



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI
DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND
LEGAL SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



ANNALI 2014 – ANNO II

(ESTRATTO)
PAOLO PARDOLESI

Economic analysis of law: *ieri, oggi, domani*

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO,
GIUSEPPE LABANCA, FRANCESCO MASTROBERTI,
NICOLA TRIGGIANI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO,
ANTONIO FELICE URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI,
DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE FILIPPI, ARCANGELO FORNARO,
IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI,
CONCETTA MARIA NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI,
FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI, LAURA TAFARO,
SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

STEFANO VINCI (COORDINATORE), AURELIO ARNESE,
MARIA CASOLA, PATRIZIA MONTEFUSCO, ANGELICA RICCARDI,
ADRIANA SCHIEDI, GIUSEPPE SANSEVERINO

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ,
AMBIENTE, CULTURE

CONVENTO SAN FRANCESCO, VIA DUOMO, 259 - 74123 TARANTO, ITALY

E-MAIL: FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT

TELEFONO: + 39 099 372382

FAX: + 39 099 7340595

HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Paolo Pardolesi

*ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: IERI, OGGI, DOMANI**

ABSTRACT	
Il saggio ripercorre la parabola della <i>Law & Economics</i> , valorizzando la sua inclinazione a riguardare il fenomeno giuridico in relazione ai suoi effetti (e, quindi, come un sistema di incentivi che influenza il comportamento delle persone e può raggiungere determinati obiettivi). L'obiettivo è quello di descrivere succintamente alcuni scenari, presenti e futuri, dell'Analisi economica del diritto.	The essay, moving from the idea that Law & Economics generally studies the law in relation to its effects (so that, most L&E scholars look at law as a system of incentives that shape people's behavior and accordingly may –or may not— achieve certain goals), tries to briefly describe some present and future states of mind about the Economics Analysis of Law.
Analisi economica del diritto – Teorema di Coase - Efficienza allocativa	Law&Economics – Coase Theorem - Allocative efficiency

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le origini dell'EAL tra rivoluzione marginaliste ed esternalità positive – 3. Il teorema di Coase, l'attacco all'approccio pigouviano e la *New Law and Economics*. – 4. Gli scenari presenti e futuri dell'EAL.

1. - *L'Economics Analysis of Law* (d'ora in avanti EAL in omaggio al celebre acronimo statunitense), muovendo dal presupposto che qualsiasi regola giuridica è in grado di incentivare o scoraggiare determinate condotte, prospetta una teoria del comportamento che può essere impiegata per interpretare e valutare l'efficienza delle regole giuridiche: «in via preliminare, si può ragionevolmente affermare che l'oggetto dell'analisi economica del diritto (...) è lo studio, attraverso griglie interpretative mutate dalla teoria economica, degli effetti delle norme e della loro capacità di realizzare determinati fini»¹. Più nello specifico: facendo tesoro della «multidisciplinarietà dell'approccio» sotteso all'EAL², occorre prestare attenzione,

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

¹ A. ARCURI – R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Encicl. dir.*, aggiornamento – VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 7.

² «A questo proposito occorre notare che se, la L&E si avvale degli strumenti analitici propri dell'economia, da questa eredita anche alcuni nodi concettuali (...). Nel segno del *cuius commoda* e di

per un verso, alle differenze che intercorrono tra l'interpretazione economica delle regole giuridiche (volta a valutare gli effetti di incentivo) e quella abitualmente forgiata dalla teoria giuridica (che si avvale di criteri di tipo logico deduttivo o sistematico) e, per l'altro, assumendo che non di rado le regole giuridiche creano un conflitto tra finalità distributiva e quella efficientistica, al peso da attribuire a ciascuna di esse³.

In questa prospettiva, prima di ripercorrere il dibattito che ha contraddistinto l'evoluzione recente di questa complessa corrente di studi –che, come vedremo nel prosieguo di questa (volutamente sintetica) ricognizione, «soltanto per comodità espressiva, vengono raggruppati in un'unica grande scuola: l'EAL»⁴—, occorre riandare, senza pretesa alcuna di completezza, alla tradizionale incomunicabilità tra ricerca privatistica e approccio economico, nonché ai primi tentativi di gettare un ponte in grado di ovviare a tale lacuna.

2. - Sebbene non sia possibile individuare con precisione il momento in cui è nata la *Law and Economics* (sicché, «con un po' di fantasia, e grazie alla naturale incertezza sulla paternità, sono stati iscritti al novero dei suoi antenati illustri pensatori, tra i quali vale la pena ricordare brevemente Hume, Smith, Beccaria, Bellamy, nonché, e soprattutto, Bentham»)⁵, un dato appare inoppugnabile: di primo acchito, la teoria economica –ad eccezione di quella parte dell'insegnamento smithiano che prospettava un possibile decentramento decisionale tramite l'allocazione dei *property rights*⁶— adottava una posizione di forte distacco rispetto alle problematiche giuridiche, riservando la propria attenzione alle forme di intervento sul mercato che si sostanziavano in provvedimenti centralizzati⁷.

quanto ne consegue, il destino dell'una sembra essere inscindibilmente legato al destino dell'altra, si che la crisi che investe oggi la teoria economica si estende, per traslazione, all'analisi economica del diritto»: ARCURI – PARDOLESI, *op. cit.*, p. 7.

³ G. BELLANTUONO – P. IAMICELI, *Analisi economica del diritto*, Trento, UNI service, 2005, p. 12 s.: «[I]a differenza fra le due prospettive è in parte dovuta al fatto che i giuristi non dispongono di una teoria del comportamento. Pertanto, non sono in grado di individuare gli effetti di incentivo. Occorre, però, tener presente anche la diversità di obiettivi. L'interpretazione economica privilegia l'obiettivo dell'efficienza, mentre l'interpretazione giuridica considera anche obiettivi di tipo distributivo».

⁴ U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 83.

⁵ Così ARCURI – PARDOLESI, *op. cit.*, p. 7 ss.

⁶ A. SMITH, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, in E. CANNAN (a cura di), New York, Modern Library, 1937, p. 423: qui si articola la celebre concezione della 'mano invisibile' che guida l'individuo a conseguire dei fini che non facevano parte delle sue intenzioni. Quanto dire che, perseguendo i suoi interessi egoistici, egli finisce per promuovere quelli della società in maniera più efficace che se questi fossero i suoi reali fini.

⁷ MATTEI, *op. cit.*, p. 22: «[q]uesti interventi cominciarono assai presto ad essere giustificati in termini di necessità pubblica» sicché non sorprende che «gli strumenti del diritto privato che servivano l'autonomia privata fossero ignorati e che per converso gli utilizzatori di tali strumenti, gli studiosi del diritto privato, a loro volta ignorassero le idee e gli strumenti della teoria economica».

Un primo, rilevante mutamento di rotta si ebbe con la cd. «rivoluzione marginalista», che –superando la teoria classica dello sviluppo economico basata sulle riflessioni di Adam Smith —prospettò il concetto di equilibrio (il raggiungimento del quale garantirebbe il funzionamento del mercato come modello efficiente di allocazione delle risorse) come superamento del problema economico della ripartizione di beni e servizi fra usi alternativi⁸. In proposito, assoluta centralità (per l’influenza che tale contributo ebbe sui protagonisti del dibattito giuridico/economico) merita l’analisi delle esternalità come *market failure* posta in essere da Marshall⁹, in cui «risultava già chiaro che in determinati casi si verifica, nel mondo reale, una divergenza fra il costo privato di un’azione ed il suo costo sociale, tanto nel senso di un maggior costo sociale (esternalità negative) quanto in quello di un maggior costo privato (esternalità positive)»¹⁰.

Tuttavia, si devono a un suo allievo, Pigou, l’approfondimento della divergenza tra costo privato e costo sociale al di fuori da preoccupazioni di comparazione fra posizioni di benessere interindividuali e il conseguente tentativo di delineare una soluzione al problema delle esternalità avvalendosi dello strumento giuridico del diritto pubblico (piuttosto che a quello di matrice privatistica). L’assenza di qualsivoglia titubanza nella scelta dello strumento giuridico da adottare affondava le sue radici, da un lato, nell’idea di una concezione dei *property rights* così legata allo schema giusnaturalistico da escludere che nella tradizione privatistica vi fosse spazio per differenti configurazioni e, dall’altro, alla complessità linguistica che ne contraddistingueva lo stile giuridico¹¹. Più in chiaro: Pigou –pur individuando come esternalità negative una serie di elementi che costituivano l’oggetto del dibattito giuridico degli studiosi di diritto privato (si pensi agli infortuni sul lavoro, alle malattie professionali, all’impiego di manodopera femminile e minorile nonché alle problematiche dell’inquinamento derivante dallo scarico dei rifiuti industriali)— «suggerì di computare il costo sociale mediante una somma aritmetica di tutti i costi diretti ed indotti di una determinata attività. Una volta ottenuto questo risultato sarebbe stato sufficiente confrontarlo con il costo di tale attività per il suo autore. Qualora questo fosse superiore a quello, si sarebbe dovuto provvedere ad incentivare l’attività socialmente benefica mediante la concessione di un sussidio. Qualora viceversa il costo sociale sovrastasse quello privato, sarebbe risultato necessario colpire l’attività socialmente dannosa a mezzo di un’imposta. Tanto il sussidio quanto

⁸ Per un’approfondita analisi dei ‘fenomeni’ caratterizzanti questo nuovo filone concettuale si rinvia, ancora una volta, a MATTEI, *op. cit.*, p. 22 ss. Tra questi rientra anche la scuola di Losanna in cui Viltfredo Pareto elaborò il celebre criterio (denominato efficienza paretiana) in forza del quale l’efficienza sarebbe raggiunta quando non sarebbe possibile migliorare il benessere di alcuno senza peggiorare quello di altri. Per un’incisiva analisi dei contributi economici e sociologici di Pareto v. J. A. SCHUMPETER, *Vilfredo Pareto (1848-1923)*, in *Q. J. Econ* (1949), p. 147.

⁹ A. MARSHALL, *Principles of economics*, London, Mcmillan, 1916.

¹⁰ MATTEI, *op. cit.*, 24.

¹¹ A.C. PIGOU, *The economics of welfare*⁴, London, Mcmillan, 1932.

l'imposta andrebbero computati in maniera tale da riportare a misura identica il costo privato ed il costo sociale. Secondo questa teoria il compito di fissare l'ammontare della tassa o del sussidio, così come quello della loro implementazione sarebbe spettato alla pubblica autorità»¹².

3. - L'approccio pigouviano e il rigido distacco tra l'area giuridica e quella economica subirono un drastico ridimensionamento quando, all'inizio degli anni sessanta, Ronald Coase –affrontando esplicitamente il tema delle esternalità negative nel celebre saggio dal titolo *The problem of social cost revisited* (che gli valse il premio Nobel per l'economia nel 1991)¹³—prospettò il teorema in forza del quale, qualora le parti possano negoziare tra di loro con successo, si ottiene un risultato efficiente indipendentemente dalla regola giuridica applicata.

Di là dall'analisi delle peculiarità tecniche, il teorema di Coase (la cui principale novità si riscontra nella capacità del premio Nobel inglese di avvalersi degli strumenti del privatista sancendo un sorprendente avvicinamento «fra le categorie ed i concetti del diritto privato e quelli dell'economia del benessere» per mezzo del quale impiegare i primi «per l'inquadramento e la soluzione dei problemi di questa e viceversa»), fece sì che non solo la tradizione di ricerca di ispirazione economica (allontanandosi dagli angusti confini del diritto dell'economia quali la legislazione antitrust e il diritto finanziario) si addentrasse in campi di indagine (sin lì sostanzialmente inesplorati) come i contratti, la responsabilità civile e il diritto penale, ma si verificasse altresì il primo poderoso attacco all'approccio pigouviano al problema delle esternalità¹⁴. Non a caso, «[i]l contributo di Coase (...) andò ben al di là di un semplice distinguo o di un mero ammonimento. La sua analisi riuscì a mostrare l'inadeguatezza del rimedio di Pigou sulla base della dimostrazione del fatto che, in determinate circostanze, l'impostazione di tasse e la concessione di sussidi possono portare a situazioni di allocazione delle risorse più inefficienti che non quelle create dalla stessa presenza di esternalità negative»¹⁵.

In breve, ponendo l'accento sul problema dei costi transattivi e sui reciproci rapporti tra gli attori del mercato, l'economista inglese nega la necessità dell'intervento dello Stato in presenza di esternalità in quanto, nel caso in cui i costi transattivi siano trascurabili, la negoziazione tra le parti comporta un uso efficiente

¹² MATTEI, *op. cit.*, 35.

¹³ R.H. COASE, *The problem of social cost*, 3 *J.L. & Econ.* 1 (1960). L'articolo è apparso in traduzione italiano su: R. H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, il Mulino, 1995, 199.

¹⁴ MATTEI, *op. cit.*, 72.

¹⁵ MATTEI, *op. cit.*, 74. La letteratura sul Teorema di Coase è a dir poco enciclopedica. Per una prima ricognizione v., orientativamente, D.H REGAN, *The problem of social cost revisited*, 15 *J. L. & Econ.* 427 (1972); R. COOTER, *The cost of Coase*, 11 *J. Legal Stud.* 1 (1982); E. HOFFMAN – M.L. SPITZER, *The Coase theorem: some experimental tests*, 25 *J. L. & Econ.* 73 (1982); Y. C. PRUDENCIO, *The voluntary approach to externality problem: an experimental test*, 9 *J. Envtl. Econ. & Mgmt* 213 (1982); G. HARRISON- M. MCKEE, *Experimental evaluations of the Coase theorem*, 28 *J. L. & Econ.* 653 (1985).

delle risorse indipendentemente dalla conformazione dei diritti posta in essere dall'ordinamento giuridico. Per questa via, autorevole dottrina –rimarcando come l'originalità dell'idea vada ricercata nel fatto che Coase abbia «ribaltato la prospettiva con cui in economia veniva comunemente analizzato il problema delle esternalità; i costi, prima ancora di essere distinti in sociali e privati, devono essere considerati nella loro dimensione di reciprocità»—, ha evidenziato come non possa escludersi che «la fortuna di questo contributo derivi anche dal fatto che la conclusione del teorema sembra caricarsi di valenze ideologiche, là dove pone l'accento sui benefici del sistema di mercato, nello specifico un mercato dei diritti in cui le parti, contrattando liberamente, raggiungono un'allocazione finale delle risorse efficiente. In realtà, l'articolo non esalta indiscriminatamente i benefici del mercato, in quanto sin dalle prime pagine è presa in considerazione l'esistenza dei costi di transazione. Anzi, Coase stesso riconosce che le argomentazioni avanzate sono strutturalmente simili a quelle che si trovano nel suo contributo del 1937, *The Nature of the Firm*, in cui l'autore spiega perché nasce l'impresa, istituzione gerarchica che sostituisce al libero mercato. Il filo di Arianna che lega i due scritti sembra essere costituito proprio dalla nozione di costi di transazione, categoria concettuale che racchiude una molteplicità di costi, da quelli di informazione, di negoziazione e di trasferimento dei diritti ai costi necessari per far rispettare l'accordo»¹⁶. Pertanto, di là dalle critiche che alcuni commentatori hanno rivolto all'economista inglese per mancanza di realismo¹⁷, «[l]'eredità intellettuale del pensiero coasiano deriva, allora, dall'approccio, tutto pragmatico, con cui Coase ci invita ad analizzare in termini relativi i costi di funzionamento del mercato e quelli dell'intervento pubblico, per comprendere quale sistema normativo meglio li minimizza»¹⁸.

Ecco allora che il teorema di Coase, permettendo di analizzare il problema delle esternalità negative per mezzo delle categorie giuridiche, assunse il ruolo di motore immobile per una variegata schiera di studiosi che –sebbene spesso in disaccordo «su come leggere l'albero genealogico derivante dal paradigma di Coase»— sogliono essere raggruppati nella nuova analisi economica del diritto¹⁹. Più da vicino,

¹⁶ ARCURI – PARDOLESI, *op. cit.*, p. 7 ss.

¹⁷ Per una preziosa analisi delle quali si rinvia a F. PARISI, *Interpretazione giuridica e analisi economica del diritto. Il teorema di Coase trenta anni dopo*, in *Riv. critica dir. privato* (1991), p. 643 ss.

¹⁸ ARCURI – PARDOLESI, *op. cit.*, p. 8.

¹⁹ MATTEI, *op. cit.*, p. 83. A tale proposito mette conto evidenziare come, volgendo lo sguardo all'esperienza nostrana, «uno dei (...) padri fondatori [dell'EAL]» sia stato Pietro Trimarchi (*Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961). A ben vedere, nello stesso arco temporale in cui Ronald Coase costruiva il suo celebre teorema e Guido Calabresi cominciava a riflettere sull'allocazione del rischio, Trimarchi, «in piena autonomia concettuale», osservò come l'impegno di schemi e criteri microeconomici poteva «tornare utile ad una più lucida comprensione di tradizionali istituti del diritto privato» (v. R. COOTER - U. MATTEI - P. G. MONATERI - R. PARDOLESI - T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*², Bologna, il Mulino, 2006, vol. I - *Fondamenti*, p. 9). Ciò nonostante, occorre rimarcare come il dibattito italiano sull'EAL –non

abbondano le tassonomie specifiche, tra le quali assoluto rilievo merita quella che distingue tra «tre accezioni correnti della formula *law & economics*»: 1) la EAL ‘positiva’, riconducibile alla ‘Scuola di Chigaco’ (capeggiata da Richard Posner), che utilizzerebbe l’efficienza come unico criterio di lettura delle norme giuridiche; 2) la EAL ‘normativa’, ricollegabile alla ‘Scuola *liberal*’ (guidata da Calabresi), che al cennato criterio efficientistico affiancherebbe i cd. fini distributivi e, infine, 3) la EAL ‘descrittiva’, che –differenziandosi dalla versione posneriana e non essendo legata ad

trovando terreno fertile – sia rimasto lungamente confinato tanto sul piano metodologico che su quello pregiudiziale [per una approfondita riflessione sul punto si rinvia a U. MATTEI- R. PARDOLESI, *Law and economics in civil law countries*, in *Int. Rev. L. & Econ.*, II (1991), p. 265]. Tuttavia, attraverso il ritorno sul versante economico del paradigma microeconomico e dalla scoperta del neo-istituzionalismo, da un lato, e l’avvento nel 1990 della legge antimonopolistica in Italia [che –con un ritardo di circa un secolo rispetto allo *Sherman Act* nord-americano— poneva l’accento sull’intreccio di *antitrust* e *regulation* da sempre considerato un fondamento del movimento di EAL. Per una approfondita riflessione in chiave di analisi economica v., orientativamente, a R. PARDOLESI, *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Foro it.*, V (1993), p. 1; ID., *Commento alla legge 10 ottobre 1990 n. 287*, in *Diritto antitrust italiano*, in A. FRIGNANI – R. PARDOLESI – A. PATRONI GRIFFI – L.C. UBERTAZZI (a cura di), I, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 145 ss.], dall’altro, si è assistito ad un’importante inversione di rotta. Non a caso: 1) sul versante giuridico si è assistito ad un progressivo abbandono di quell’intransigente legame verso il positivismo giuridico e l’analisi dei singoli istituti in nome della consapevolezza che le decisioni giudiziali producono effetti non solo tra le parti ma anche tra coloro che si trovano in posizioni affini («quanto dire, dunque, che l’equità inefficiente del caso concreto rischia di innescare una spirale perversa di iniquità, spirale che una modellistica di taglio economico promette di comprendere e magari soffocare sul nascere o, quanto meno, di ricondurre a dimensioni accettabili»); mentre 2) in quello economico si è rinunciato «alla purezza della modellistica astratta per avvicinarsi ad una realtà estremamente più articolata» coscienti che sarebbe superficiale appiattare i modelli legali senza tenere conto della loro ontologia regionale (COOTER - MATTEI - MONATERI - PARDOLESI - ULEN, *op. cit.*, p. 10 s.). Tale spinta verso il superamento dell’incomunicabilità tra giuristi ed economisti (nonché della volontà di un numero sempre crescente di autori di applicare le categorie microeconomiche allo studio delle problematiche giuridiche), ha trovato conferma tanto nel formante dottrinale che in quello giurisprudenziale. Per quanto concerne il primo –accanto alla celebre antologia sull’analisi economica del diritto privato curata da Alpa, Pulletti, Rodotà e Romano (*Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, Giuffrè, 1982) nonché ad altri prestigiosi volumi di carattere introduttivo/storico-sociologico (A. CHIANCONE – D. PORRINI, *Lezioni di analisi economica del diritto*³, Torino, Giappichelli, 1996; P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato- III Analisi economica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1998; D. FABBRI – G. FIORENTINI – L. A. FRANZONI, *L’analisi economica del diritto: un’introduzione*, Roma, Carocci, 1997)— mette conto menzionare l’illustre adattamento alla nostra tradizione giuridica del famoso lavoro di Cooter e Ulen (pensato per rendere accessibile agli studenti gli strumenti dell’approccio di EAL attraverso la loro applicazione nel sistema giuridico italiano) che ha rappresentato un fondamentale supporto per l’avvento nel 1999 della prima (e, per ora, unica) rivista interamente dedicata al L&E: “*Mercato, concorrenza, regole*” (edita da *Il Mulino*). In relazione al secondo (ossia al formante giurisprudenziale), nell’impossibilità di dar conto in questa sede delle numerose decisioni in materia, assoluto rilievo merita l’approfondita ricognizione sulla ‘sensibilità’ ai suggerimenti provenienti dall’EAL degli organi giudicanti italiani posta in essere da Roberto Pardolesi e Bruno Tassone [non solo nel volume “*I giudici e l’analisi economica del diritto*” (Bologna, il Mulino, 1993) ma nel successivo saggio “*I giudici e l’analisi economica del diritto due anni dopo*” (in *Mercato, concorrenza, regole* (2005), p. 579)]. Per una recente ricognizione circa il quadro dell’analisi economica del diritto nella realtà giuridica italiana si rinvia a F. CAROCCIA – R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto: «the Italian job»*, in *Foro it.*, V (2014), p. 193.

alcuna scuola in particolare —fa leva sulla capacità dei modelli di mercato di fornire un apparato concettuale entro cui iscrivere i tradizionali problemi giuridici²⁰.

In un quadro di tal fatta, però, la palma dell'attenzione (soprattutto per il ruolo paradigmatico assunto nel linguaggio dell'accademia statunitense) spetta, senz'ombra di dubbio, allo «scontro titanico» tra le prime due accezioni²¹, dal quale traspare in maniera chiara, compiuta e precisa la volontà della prima «di ammantarsi di neutralità scientifica, appunto quella garantita dal metodo positivo, da contrapporre alle gerarchie di valori in cui sono imprigionati i seguaci dell'EAL normativa, Calabresi in testa»²². Tuttavia, benché le due scuole si siano avvalse dei medesimi schemi concettuali²³, il reale momento di divisione si riscontra nella differente attenzione

²⁰ R. PARDOLESI, *Luci ed ombre nell'analisi economica del diritto (appunti in margine ad un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.* (1982), p. 721 ss. In particolare, per ciò che concerne l'ultima accezione (ossia la EAL descrittiva), l'A. rimarca come volendo «restringere l'attenzione all'ambito privatistico, può ben essere additata, come provvida palestra d'esercizio, il tema della responsabilità contrattuale. Si scopre così che il famoso quanto cinico *dictum* di O.W. Holmes [*The path of the law*, 10 *Harv. L. Rev.* 457 (1987)] circa le limitate finalità dei contratti (...) si traduce in una sofisticata teoria degli incentivi creati dai rimedi contrattuali, nel presupposto che essi tendano in ogni caso a porre la parte fedele nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovata ove la *lex contractus* fosse stata scrupolosamente rispettata». Ne consegue che, muovendo dalla considerazione che nel dibattito nordamericano «la compattezza del fronte si sgretola» —si pensi che alcuni inclinano a ritenere sufficiente un ristoro men che integrale [C. J. Goetz - R.E. Scott, *Enforcing promises: an examination of the basis of contract*, 89 *Yale L. J.* 1261 (1980), p. 1288], altri suggerisce l'opportunità di un risarcimento sopracomprensivo nell'ipotesi di inadempimento 'intenzionale', in mala fede [D. A. FARBER, *Reassessing the economic efficiency of compensatory damages for breach of contract*, 66 *Va. L. Rev.* 1443 (1980), p. 1468 ss, (1980)], altri ancora si pronuncia per un più vasto impiego nell'esecuzione in forma specifica [A. SCHWARTZ, *The case for specific performance*, 89 *Yale L. J.* 271 (1979)]—, la teoria l'efficienza «svolge un ruolo centrale anche in questa branca dell'EAL, senza assurgere però, come in Posner, a valore dominante in assoluto».

²¹ Sul punto, R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto civ.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 311, osserva che «la 'personalizzazione' delle scuole (e del confronto) è un incisivo espediente per riassumere icasticamente una divaricazione di fondo non già e non tanto sull'EAL in sé, ma sulle sue implicazioni e conseguenze».

²² PARDOLESI, *Luci e ombre*, cit., p. 722. A tale proposito mette conto evidenziare come le critiche («severe, non meno di quanto si ammantino d'entusiasmo gli apprezzamenti») all'approccio posneriano non si siano fatte attendere e ruotino segnatamente intorno al fatto che «l'efficienza (più precisamente la massimizzazione del benessere collettivo) diventa un vero e proprio centro di gravità, con l'aggravante che il criterio di efficienza impiegato è il cd. criterio di compensazione potenziale (o Kaldor- Hichs), in ragione del quale si ha un miglioramento di benessere quando, a seguito di un cambiamento dello *status quo*, i 'gainers', coloro che ne traggono giovamento, potrebbero compensare i 'losers', quanti ne derivano pregiudizio (in altre parole, quando i guadagni dei *gainers* sono maggiori delle perdite dei *losers*)»: ARCURI - PARDOLESI, *op. cit.*, p. 7 ss.

²³ A tale proposito, MATTEI, *op. cit.*, p. 86, rileva come «[l]e teorie (...) vengano configurate utilizzando gli stessi schemi concettuali nelle diverse fasi del loro sviluppo. Incontriamo, cioè, un identico momento definitorio (cos'è l'analisi economica del diritto; quali scopi si propone la nuova teoria; a chi si rivolge la nuova teoria); un identico momento di riduzione ad unità, od omogeneizzazione del dato (diffuso utilizzo di schemi concettuali semplificati e.g. *property rules* e *liability rules*); ed, infine, un identico momento di spiegazione del dato storico, nel caso di una configurazione descrittiva della teoria (passaggio dal sistema della colpa a quello della responsabilità oggettiva; sopravvivenza delle *legal rules* efficienti)».

prestata dalla scuola di Calabresi alle sperequazioni sociali di partenza (traducibile in una sensibilità per le ricchezze dei singoli attori del mercato del tutto assente nella scuola di Posner dedita ad una analisi esclusivamente ‘positiva’ delle soluzioni di un ordinamento giuridico)²⁴. Ecco allora che, «una volta caduta la maschera, Posner, con i suoi epigoni, appare normativo quanto Calabresi»²⁵. Sicché, in questa prospettiva, piuttosto che vertere sul modo di essere dell’EAL, le differenze concernono la sua utilizzazione: «[t]ale constatazione collima perfettamente con l’idea –con ogni probabilità la più corretta— che la *new law and economics* non si risolva in un movimento di pensiero, accomunato da una trama concettuale in qualche misura condivisa da quanti vi confluiscano e che, piuttosto, essa esprima una valenza metodologica, suscettibile –con le limitazioni del caso— di essere piegata agli impieghi più lontani e disparati. In altre parole, l’EAL è a disposizione di chiunque se ne voglia servire, perché richiede soltanto di avvicinarsi al problema giuridico con la mentalità —e gli strumenti— dell’economista, offrendo in cambio un promettente bagaglio di opportunità ricognitive»²⁶.

4. - La ricognizione testé condotta sull’EAL ci ha permesso di fornire un sintetico abbozzo dell’approccio di *Law & Economics* che –pur rigettando l’ossessione del ricorrere ad ogni costo a qualsivoglia *technicalities* economica— molto spesso si è avvalso di una appendice matematica. Per questa via, molti gius-economisti hanno guardato al diritto come ad uno strumento per determinare il comportamento umano e, conseguentemente, tracciarne le regole di governo più efficienti. In questa direzione si colloca una serie di grandi teorie, di incisive sintesi e fulgide intuizioni, come il teorema di Coase²⁷, le matrici di Calabresi – Melamed²⁸ e la valorizzazione della Learned Hand’s formula ($w < pA$)²⁹.

²⁴ Sul punto ARCURI - PARDOLESI, *op. cit.*, p. 7 ss., rimarcano come «[r]ispetto al monismo posneriano, l’analisi di Calabresi si distingue proprio per l’attenzione riservata ai profili di equità».

²⁵ PARDOLESI, *Luci e ombre*, cit., p. 722 s.

²⁶ PARDOLESI, *Analisi economica*, cit., p. 312.

²⁷ COASE, *The problem*, cit., p. 1 ss.

²⁸ G. CALABRESI – A. D. MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972).

²⁹ Tale celebre regola venne formulata dal giudice Learned Hand, allorquando – in difetto di un chiaro e puntuale standard di diligenza che incentivi il livello efficiente di prevenzione – si trovò a dirimere una controversia nata in conseguenza dell’inabissamento di una chiatta e del suo carico nel porto di New York [*United States v. Carroll Towing Co.*, 159 *F.2d* 169 (2d *Circ.* 1947)]. Più in chiaro: nel caso di specie, il sinistro era stato determinato dai marinai di un rimorchiatore incaricati dal proprietario di alcune chiatte (tutte assicurate da un singolo ormeggio ad un molo) di trasferirne una fuori dal porto. Non trovando nessun operatore a bordo delle chiatte, i marinai si erano fatti carico di sciogliere e riformare gli ormeggi. Tuttavia, l’operazione non venne eseguita nel migliore dei modi: una delle chiatte –disancorandosi dalle altre— entrò in collisione con una nave, affondando con il proprio carico. In ragione della dinamica di tali eventi, il proprietario della chiatta citò in giudizio il titolare del rimorchiatore denunciando l’imperizia dei suoi marinai. Per tutta risposta, il convenuto argomentò che la causa dell’incidente andasse attribuita all’assenza dell’addetto sulla chiatta quando il rimorchiatore ebbe ad effettuare l’operazione. In questa prospettiva – muovendo dalla mancanza di una regola

Ciò nonostante, tali orientamenti guardano all'*homo oeconomicus*, frutto della cd. *rational choice theory*, che in linea generale (a prescindere dalle ridotta di versioni differenti³⁰, così numerose da far dire ad autorevole dottrina che criticarla sarebbe come sparare su un bersaglio mobile)³¹, postula come l'individuo razionale massimizzi i suoi obiettivi senza specificare né quali essi siano né le modalità per raggiungerli. Così facendo, hanno finito per offrire il destro ad una serie di critiche articolate intorno all'opportunità di spostare l'attenzione dalla *substantive rationality* all'idea di *procedural rationality* (quanto dire che occorre porre l'accento sulla modalità della decisione piuttosto che all'oggetto della stessa)³²: «[i]n contrapposizione alla concezione ortodossa della massimizzazione, Herbert Simon suggerisce una teoria delle scelte basate su limitate capacità cognitive dell'uomo. I meccanismi selettivi che governano i processi cognitivi sono il prodotto delle esperienze passate; in particolare, Simon parla di *adaptive learning* in relazione ad un tipo di apprendimento basato su un processo *trial and error*»³³.

A ben vedere, però, le successive evoluzioni dell'EAL (ed, in particolar modo, quelle riconducibili ai gius-economisti di matrice prevalentemente economica, a partire da Steven Shavell in poi) hanno finito per portare alle estreme conseguenze la «trattabilità» (ovvero la cd. «matematizzazione dell'economia»), introducendo sofisticati strumenti analitici e modelli teorici che –pur nella loro eleganza (nonché complessità) linguistico/concettuale– hanno contribuito a tracciare un solco profondo con i cd. *laymen* (ossia i gius-economisti di matrice giuridica) escludendo qualsivoglia forma di sinergia: «[s]ostenere che la matematica corrisponde a semplicità potrà sembrare a molti una contraddizione in termini, poiché la scienza dei numeri spesso evoca complicati labirinti logici. Eppure, per quanto strano possa sembrare, nel contesto del ragionamento economico la matematica dovrebbe avere il ruolo di semplificare, scomponendola nelle sue diverse dimensioni, una realtà a volte

generale per stabilire quando l'assenza di un barcaiolo, o altro inserviente, renda responsabile l'armatore per danni ad altri battelli provocati dal rilascio di un ormeggio –, il giudice Hand ricostruì la responsabilità dell'armatore in funzione di tre variabili: 1) la probabilità di rilascio del battello (indicata con p); 2) la gravità del danno (A) e 3) l'onere delle precauzioni idonee ad evitarlo (w). Ecco allora che, prendendo le mosse dalla considerazione che tanto la probabilità dell'incidente quanto la sua gravità (in termini di danni) diminuiscono con l'aumentare dei livelli di precauzione adottati dalle parti, «[s]i può dunque stabilire una correlazione inversa tra livello di precauzione e danno atteso in ragione dell'adozione di quel livello di precauzione» (BELLANTUONO – IAMICELI, *op. cit.*, p. 41).

³⁰ T. ULEN, *Rational choice and the economics analysis of law*, 19 *L & Soc. Inquiry* 478 (1994).

³¹ R.B. KOROKBIN – T. ULEN, *Law and behavioral science: removing the rationality assumptions from the law and economics*, 88 *Cal. L. Review*. 1051 (2000).

³² H. A. SIMON, *Rational decision making in business organization*, 69 *American Econ. Review* 493 (1979), p. 499.

³³ ARCURI – PARDOLESI, *op. cit.*, p. 7 ss. In particolare gli AA. rimarcano come le critiche alla cennata teoria non fossero certo nuove, «né tantomeno sconosciute agli economisti; basti pensare che prima di Herbert Simon, Nobel per l'economia nel 1978 per la sua teoria della razionalità limitata (*bounded rationality*), già Velben e Commons, critici dell'economia ortodossa, si erano soffermati a descrivere i processi cognitivi che portano l'individuo a scegliere».

troppo complessa. Tuttavia, come capita quando si corre e ci si dimentica perché si sta correndo, sovente la matematica è stata, abusivamente, elevata da mezzo a fine. Quando di fronte ad un complicato modello economico, si chiede il perché di alcune assunzioni, non è infrequente sentirsi rispondere che altrimenti ci si troverebbe di fronte ad una funzione con soluzione impossibile»³⁴.

Così stando le cose, l'auspicio non può che andare nella direzione di un 'ritorno al futuro' dell'EAL³⁵. Superando gli eccessi delle *technicalities* (straordinariamente utili e proficue qualora fossero percorse da sano realismo: «[m]athematical rigor and formality is not without its benefits. Modeling can force out into the daylight hidden assumptions and make explanations more precise in a unique way. Like any other tool in economic science, mathematical modeling can produce insights for some problems but maybe less so for others. It would neither make sense to claim L&E left no room for the sort of detailed institutional analysis and exposition supplied by Alchian, Coase, Williamson, Klein, Demsetz or Tullock than it would to claim that L&E should ignore the insights generated by careful theoretical or econometric work») ³⁶, l'analisi economica dovrebbe tornare ad interagire in maniera sistemica con il diritto mostrando, al contempo, una maggiore attenzione per la realtà e per le questioni etiche. Sebbene tale scenario sia ancora di là dal venire, un'autorevole voce dottrinale ha rimarcato con vigore l'opportunità di «prendere in seria considerazione il fermento intorno alla *behavioral law and economics*, ma anche rivolgere nuovamente lo sguardo all'analisi del diritto comparata, sede privilegiata per un'analisi economica realista» ³⁷.

³⁴ ARCURI – PARDOLESI, *op. cit.*, p. 7 ss.

³⁵ Per una ricognizione dei possibili sviluppi futuri sull'EAL R. A. POSNER, - G. BECKER, *The future of law and economics*, in *Review of Law & Economics* (2014), p. 235.

³⁶ J. D. WRIGHT – H.G. MANNE, *The future of law and economics: a discussion*, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1145421>.

³⁷ ARCURI – PARDOLESI, *op. cit.*, p. 7 ss. Per una incisiva ricognizione sulla *behavioral law and economics* v., orientativamente, J. D. WRIGHT – D. H. GINSBURG, *Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws and implications for liberty*, disponibile su <http://ssrn.com/abstractid=2147940>; C. JOLLS, *A behavioral approach to law and economics*, 50 *Stan. L. Rev.* 1471 (1998); S. Isaacharoff, *Can there be a behavioral law and economics?*, 51 *Vand. L. Rev.* 1729 (1998).