

# QUADERNI



Università degli Studi di Siena  
DIPARTIMENTO DI ECONOMIA POLITICA

FRANCESCO PULITINI

Appunti su la analisi economica del diritto

n. 368 – Ottobre 2002

**Abstract** - Negli ultimi decenni, l'Analisi Economica del Diritto ha goduto di grande attenzione sia dagli economisti sia dai giuristi, sia americani, sia europei. Questo saggio ripercorre brevemente le origini della A.E.D., quella di Chicago e quella di Yale. La differenza principale tra queste due è il ruolo giocato in esse dal concetto di efficienza economica, ruolo molto importante. Nel saggio mi domando se questa differenza rende molto difficile o non corretto considerare l' A.E.D. un corpo omogeneo di studi

**JEL Classification:** K0

**Francesco Pulitini**, Dipartimento di Economia Politica, Università di Siena

L'espressione "Analisi Economica del Diritto" in pochi anni nel nostro paese ha assunto una notorietà che forse travalica i confini degli studi accademici. Anche in questo ambito, peraltro, fino a non moltissimo tempo fa questa "etichetta" interessava un insieme di studiosi non particolarmente esteso composto da diversi giuristi comparatisti (specialmente se italiani) alcuni economisti (specialmente se americani) e comunque non moltissimi tra giuristi ed economisti in generale. Negli ultimi anni, invece, lo scenario è cambiato: il ritmo di incremento del numero di coloro che si occupano di cose definite di analisi economica del diritto (o di "Diritto ed Economia" come anche si usa dire) è cresciuto in una misura che non mi pare azzardato definire sorprendente. In un contesto di questo tipo non è invece sorprendente notare che molti degli scritti in materia continuo, chi sa se opportunamente o meno, a sforzarsi di definire cosa debba o possa stare dentro i recipienti etichettati nel suddetto modo. E fra questi molteplici recipienti non si contano più i corsi di laurea, particolarmente nelle Facoltà di Economia del nostro paese, specialistici o meno che essi siano. Tanto per fare un solo esempio mi è capitato di vedere un elenco di seminari che andavano dai problemi della globalizzazione a quelli del federalismo e della devoluzione nonché quelli delle privatizzazioni nel caso di società a capitale misto, e tutto ciò era compreso appunto sotto la etichetta AED (analisi economica del diritto).

Questi appunti vogliono soltanto tentare di capire ciò che è avvenuto e sta avvenendo in questo ambito di studi del quale, tempo fa, anche al sottoscritto è capitato di occuparsi. Per rinfrescarmi le idee mi pare potrebbe essere utile tornare a riconsiderare dove, perché, quando e come si è cominciato ad usare l'etichetta sotto esame, che nell'originale espressione inglese suonava come "Economic Analysis of Law" o anche "Law & Economics".

Cominciando dal "quando" credo che non si possa fare a meno di osservare che indicando un momento - gli anni '60 - '70 del secolo scorso- ci si riferisce al periodo nel quale apparvero quei lavori che, pur non autodefinendosi di AED, segnarono comunque una sorta di nuovo inizio (ripresa) di consapevolezza della interdipendenza tra diritto ed economia. Gli studi di quegli anni vengono a ragione considerati le pietre miliari, per così dire, della (nuova) analisi economica del diritto. Mi riferisco evidentemente ai lavori di Ronald Coase "The Problem of Social Cost" pubblicato sul Journal of Law & Economics del 1960, e quello di Guido Calabresi "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts" pubblicato sullo Yale Law Journal del Marzo 1961. I due lavori furono concepiti e scritti indipendentemente e contemporaneamente, nonostante la successione temporale che potrebbe denotare una dipendenza dell'articolo di Calabresi da quello di Coase. La successione invece è dovuta esclusivamente a questioni editoriali. A questi due va aggiunto il

lavoro che apparve sempre nel 1961 ad opera di P. Trimarchi, “Rischio e Responsabilità oggettiva”, Milano. Anche questo infatti, pur se non sempre compreso tra i lavori “fondanti” la (nuova) AED - cosa del resto non intesa, nemmeno a posteriori, dalla stesso autore-, trattava di fatto degli obiettivi risvolti ed implicazioni economiche della regola giuridica “responsabilità civile”.<sup>1</sup> Se questi riferimenti possono valere per collocare nel tempo la AED, cerchiamo ora di vedere perché si cominciò ad etichettare così un certo tipo di studi. Non era certo la prima volta nel tempo che a giuristi ed economisti capitava di occuparsi delle stesse cose. Sta di fatto però che a partire da quegli anni si passò da questa semplice constatazione alla piena consapevolezza della imprescindibile interdipendenza tra gli aspetti giuridici ed economici di un unico problema sociale. Forse uno dei modi più immediati e semplici per spiegare il perché di tutto ciò è quello che è stato usato da un giurista di Chicago, Edmund Kitch: *“l’interesse per l’economia (da parte dei giuristi) derivò essenzialmente dalla idea che dal momento che il sistema giuridico interviene nel sistema economico noi abbiamo bisogno di imparare come farlo bene e può darsi che gli economisti sappiano qualcosa sul come farlo nel modo giusto.”*<sup>2</sup> Può sembrare una osservazione banale, non lo è, anzi essa ci dà modo di fare una ulteriore considerazione. Una delle tante occasioni di incontro tra Diritto ed Economia, certamente una delle più importanti, è stata ed è quella dei problemi relativi alla concorrenza. Infatti, non a caso, Chicago è stata una delle culle della AED e proprio lì la antitrust economics ha avuto i suoi sviluppi più importanti e significativi. Franco Romani a questo proposito ha detto<sup>3</sup>: *“A dire il vero la concorrenza è stata praticamente inventata dagli economisti appunto nel diciottesimo secolo quando veniva inventata anche la denominazione di economisti per i cultori della nuova scienza dell’economia politica. La scienza economica nasce da un problema di filosofia politica. E’ possibile che una società non gerarchicamente ordinata possa funzionare? E’ possibile che ognuno faccia quel che gli pare senza che il risultato sia il disordine e il caos?”*. Gli economisti, sarei tentato di dire, hanno nel loro DNA il tentativo di dimostrare la non indispensabilità del sovrano; le forze spontanee del mercato possono<sup>4</sup> garantire il buon funzionamento della vita associata. D’altra parte la rivalità, ovvero l’anima della concorrenza, non ha mai goduto di grande reputazione anzi si è sempre cercato di tenerla sotto controllo.

---

<sup>1</sup> E’ significativo che un lavoro non concepito di AED di fatto poi sia da considerarsi oggettivamente tale; più avanti tornerò su ciò che questa constatazione mi pare significare.

<sup>2</sup> Citazione tratta dall’articolo contenuto in: “Economics and the law- From Posner to post Modernism” di N.Mercuro & S.G. Medema, Princeton University Press, 1997, pag.54.

<sup>3</sup> “Pensiero economico, pensiero giuridico e concorrenza” in “La concorrenza fra diritto ed economia” a cura di N. Lipari e I Musu, Cariplo la Terza, 2000.

<sup>4</sup> Anche se non è affatto detto che nella realtà ciò succeda, ma anche soltanto sul piano teorico è fondamentale concepire ciò.

E forse il diritto, la legge, hanno sempre avuto un ruolo importante, se non determinante, in questo controllo. Il sovrano, visto male dagli economisti, non è per caso colui che con il diritto, con la legge ha molto a che fare? Forse gli uni (il diritto, la legge ) non esistono senza l'altro (il sovrano) e viceversa. Insomma la concorrenza ad un certo punto è divenuta lo snodo attorno al quale due discipline, il diritto e l'economia, pur muovendo da posizioni opposte, hanno finito con l'incontrarsi accorgendosi anche dell'utilità dell'incontro stesso. E uno dei luoghi nei quali si ebbero “ i primi e fruttuosi incontri ” fu appunto Chicago; in quella università, grosso modo intorno alla fine degli anni trenta del secolo scorso, cominciò quello scambio di idee e di uomini tra il dipartimento di economia e la facoltà di legge che fu determinante non soltanto per la fondazione della AED (Chicago style) ma per il pensiero economico in generale e per la legislazione antitrust statunitense (e di conseguenza per quella di tutto il resto del mondo) in particolare. Nel clima culturale generale del realismo giuridico americano di quegli anni, nella facoltà di legge fu istituito per la prima volta un corso quadriennale di studi interdisciplinari che includeva diversi insegnamenti economici. Nel 1939 la facoltà (giuridica) “chiamò” il suo primo economista, Henry Simons; il suo corso significativamente fu denominato “Economic Analysis of Public Policy”<sup>5</sup>. Costui, poi premio Nobel per l'Economia, non è certo da annoverarsi tra i cultori della AED; nondimeno la sua chiamata ci dice molto a proposito dell'ambiente culturale che tenne a battesimo questa scuola di AED, certamente una delle due fondamentali anche nei tempi successivi ed a tutt'oggi. Non a caso infatti il suo successore su quella cattedra fu proprio Aaron Director (anche lui un “ex ” del dipartimento di economia) che pose al centro dei propri interessi, giust'appunto, lo studio della struttura giuridico-istituzionale più consona ad un sistema economico competitivo. L'influenza scientifico-culturale di questo studioso fu enorme: basti pensare che R. Bork e R. Posner furono suoi allievi, ovvero uno dei massimi studiosi di antitrust law il primo, e il secondo colui che viene indicato come uno dei padri fondatori della AED (l'altro essendo Guido Calabresi del quale ci occuperemo poi). Fu Director che fondò il primo programma (Centro) ufficiale di Law & Economics come evoluzione, potremmo dire, del progetto originario circoscritto ai temi di antitrust. In sostanza l'idea, la convinzione, che veniva maturando in quegli anni in quell'ambiente culturale altro non era che una sorta di presa d'atto che del mercato sapevano gli economisti, del governo, delle leggi, delle regole sapevano i giuristi ergo, delle relazioni tra mercato e legge ci se ne occupava meglio se gli uni e gli altri integravano e compendiarono le rispettive riflessioni e conclusioni. A. Director, applicando la “price theory” alla comprensione di casi concreti di fusioni, concentrazioni,

---

<sup>5</sup> Interessanti sono anche le ragioni all'origine della sua chiamata non al dipartimento di economia, al quale lui apparteneva, ma alla facoltà di legge come detto: fu infatti l'esito finale di un dissidio tutto scientifico-culturale tra Frank Knight e Paul Douglas. Quest'ultimo, convinto keynesiano, la spuntò nel contrastare la chiamata di chi (Simons) invece interventista non era. A questo proposito vedi N. Mercuro & S.G. Medema ,op. cit.

integrazioni e quant'altro, mostrò che molto spesso tutto ciò non era dovuto ad intenti monopolistici bensì al perseguimento dell'efficienza. Ci si rendeva così conto che l'analisi economica poteva costituire in effetti un potente strumento di interpretazione giuridica, e questo attrasse in particolar modo i giuristi e, ovviamente, gli avvocati. La legislazione antitrust statunitense infatti condannava e condanna i comportamenti anticoncorrenziali non già il monopolio di per sé che, anzi, può ben essere esattamente ciò che l'efficienza richiede. In conclusione l'esito politico e teorico (di politica economica) della scuola di Chicago (dei giuristi e di) consisté nella affermazione della capacità di autoregolazione del mercato. Il monopolio può essere il risultato del processo competitivo, un risultato perciò stesso desiderato e desiderabile; lo stesso processo competitivo d'altra parte può essere il motore per il superamento del monopolio in tutte quelle circostanze nelle quali esso non "vada d'accordo con l'efficienza". L'insorgenza del monopolio così come la sua eliminazione o delimitazione sono gli esiti del mercato che, appunto, si autoregola; la regolazione governativa invece può produrre talvolta risultati contrari all'efficienza o comunque peggiori dei mali che si propone di curare. In sostanza la legislazione antitrust doveva limitarsi a garantire le condizioni per la concorrenza, questo è tutto ciò che è necessario per garantire l'efficienza del sistema.

Questi brevissimi ed elementari richiami possono forse essere sufficienti per indicare che la AED di stampo chicagoiano è stata, quantomeno al suo nascere, praticamente un tutt'uno con gli studi economico-giuridici sulla tutela della concorrenza o sulla legislazione antitrust che dir si voglia. Giuristi ed economisti di quella scuola nella metamorfosi che li ha trasformati in giuristi e economisti sono stati condotti dal faro dell'efficienza: efficienza delle regole (giuridiche), che hanno rintracciato nella essenza stessa della common law<sup>6</sup>; efficienza della autoregolazione del mercato che hanno rintracciato nelle capacità della concorrenza, capacità negate invece alla regolamentazione esterna al mercato, ovverossia alla regolamentazione governativa.

L'estensione della logica economica allo studio del diritto e della legge nell'ambiente chicagoiano non è poi rimasta circoscritta al diritto e alla legislazione antitrust; è ben noto, ad esempio, che Gary Becker, economista di Chicago, è il capostipite di tutto un nutrito filone di studi che indagano sul comportamento umano non di mercato con strumenti interpretativi e finalità comuni a quelli della AED.

Va da sé comunque che è il nome di Ronald Coase, più di qualsiasi altro, che lega tra loro AED e Chicago, anche se devo dire che in questo, paradossalmente, trovo qualcosa di curioso per due ragioni.

---

<sup>6</sup> Vedi R.A. Posner "Economic Analysis of Law" ; Little, Brown & Company Boston and Toronto ,1986

Questo insigne studioso, pur essendo ormai praticamente identificato con la AED, in realtà con il suo articolo del 1960 non intendeva affatto occuparsi, né tanto meno “fondare” appunto la AED.<sup>7</sup> Lo ha sostenuto lui stesso esplicitamente in un suo articolo del 1993<sup>8</sup>: “It is generally agreed that this article has had an immense influence on legal scholarship, but this was not part of my intention. For me, “The Problem of Social Cost” was an essays in economics. What I wanted to do was to improve our analysis of the working of the economic system”. E ancora: ”...I had no intention of making a contribution to legal scholarship. I referred to legal cases because they afforded examples of real situations as against the imaginary ones normally used by economists in their analysis”. Quindi Coase, ritenuto – e giustamente – uno dei padri<sup>9</sup> fondatori della AED, non aveva alcuna intenzione in questo senso; e questa è la prima ragione per la quale, come dicevo sopra, trovo curiosa (per i motivi che cercherò di dire più avanti) la sequenza “ Chicago - Coase - AED ”. La seconda ragione per la quale mi sembra che questa sorta di trilogia indiscussa sia invece abbastanza approssimativa e fuorviante consiste non solo e non tanto nella constatazione, or ora ricordata, che Coase non si occupava né di AED né di antitrust, quanto piuttosto nel fatto che la AED non può, essere ascritta esclusivamente e nemmeno prevalentemente alla scuola di Chicago. Infatti, come già detto all’inizio di questi appunti, l’altro studioso che sistematicamente viene indicato come uno dei c.d. padri fondatori della AED è Guido Calabresi e con lui la Yale Law School che da decenni, ormai, è diventata “l’altra casa” di questi studi. Come sempre forse accade, una sorta di esigenza epistemologica porta a inquadrare (ex post ovviamente) in una stessa categoria, definizione o classificazione che sia, tipi di studi che magari ex ante non avevano in comune né origini né finalità. Ho l’impressione che esattamente questo sia quello che accade quando mettiamo insieme Chicago e Yale, Posner e Calabresi come centri e studiosi “fondatori” di un qualcosa di omogeneo, la AED. Naturalmente in ciò non c’è nulla di male né di particolarmente sbagliato o dannoso, a patto però che si abbiano ben presenti appunto le diverse genesi dei loro studi e le loro diverse caratteristiche e finalità. Nel proseguo di questi appunti mi propongo proprio di richiamare l’attenzione su tali diversità; se queste dovessero effettivamente risultare sostanziose si potrebbe, o forse si dovrebbe, allora insinuare il dubbio circa la possibilità ed utilità di considerare la AED un nuovo corpo omogeneo di studi.

---

<sup>7</sup> Sta di fatto comunque che quel suo articolo viene ritenuto una sorta di inizio della AED. Certamente esso ha segnato la storia del pensiero economico per quanto riguarda l’intervento pubblico (almeno per quanto riguarda il versante microeconomico); fino a Coase la legittimazione teorica dell’intervento dello Stato si basava sulla spiegazione pigouviana. Questa fu messa in discussione da Coase che fece intravedere motivazioni e modalità diverse per l’intervento pubblico; motivazioni e modalità che esulano dagli intendimenti di questo scritto. Per quanto riguarda la AED si può invece aggiungere che il termine “costi di transazione”, data la sua genericità, è stato poi usato (forse abusato) in ogni direzione possibile.

<sup>8</sup> sul Journal of Law & Economics, Aprile, dal titolo “Law and Economics at Chicago”

<sup>9</sup> E’ un caso lampante di paternità inconsapevole o involontaria che dir si voglia.

A partire proprio dall'articolo del 1961, articolo che giustamente viene indicato - insieme al " The Problem of Social Cost " di Coase - come uno degli studi fondanti della AED, è evidente la originalità di intenti di Calabresi rispetto sia allo stesso Coase sia a chi, già e poi, a Chicago si era e si sarebbe proposto di indicare la utilità dell'uso della teoria economica per lo studio e l'applicazione del diritto. In quell'articolo Calabresi si domandava se il criterio principale di attribuzione della responsabilità per danni dovesse essere quello della colpa individuale oppure quello della distribuzione sociale dei rischi e delle connesse perdite. Un problema che in sé ne contiene due distinti ma inscindibili: quello economico dell'impiego efficiente delle risorse (nei casi in cui il loro uso comporti appunto dei rischi) e quello giuridico della attribuzione della responsabilità per gli eventuali danni causati dalle attività rischiose.<sup>10</sup> Rischio e responsabilità per esso, dunque: ovvero l'aspetto economico e l'aspetto giuridico; e il tutto si fonde nella idea di "costo", il costo dell'intrapresa di qualsiasi attività sia essa di produzione sia essa di consumo. Allora il problema unitariamente visto era come si dovessero, o come si volessero, attribuire i costi (e specularmente i benefici). Vogliamo attribuirli (allocarli) diffondendoli il più possibile intertemporalmente ed interpersonalmente? Oppure il peso dei costi deve essere sopportato da chi ha maggior capacità di sostenerlo ( ability to pay ). Oppure, infine, il peso dei costi deve gravare su chi li origina a prescindere dal fatto che ciò sia o no compatibile con i due precedenti possibili obiettivi? Ognuna delle tre modalità presuppone e comporta tre possibili ed alternativi sistemi di organizzazione della società. La prima, la maggior diffusione possibile dei costi e dei benefici, significa il maggior grado di uguaglianza possibile. La seconda comporta il massimo grado di redistribuzione possibile, la terza corrisponde al meccanismo di mercato, della libera intrapresa, che assegna costi e benefici direttamente ed integralmente a coloro che ne hanno determinato l'insorgenza.

Questo schema costituisce l'intelaiatura essenziale attorno alla quale Calabresi ha poi costruito la "sua" AED. In essa l'idea dell'efficienza economica giuoca un ruolo certamente fondamentale, ma

---

<sup>10</sup> Conoscere e tener presente la formazione scientifica di Calabresi quando, non ancora trentenne, scrisse l'articolo in questione credo sia piuttosto utile per capire bene la "sua" AED. Al college a Yale il suo primo titolo accademico era stato un B.S. in analytical economics. Ad Oxford, come Rhodes Scholar, aveva fatto politica e filosofia. Aveva poi conseguito l'LLB alla Yale Law School e, di nuovo in Inghilterra, l'M.A. in politica, filosofia ed economia. Mi pare perciò alquanto problematico, e tutto sommato inutile, considerare Guido Calabresi - almeno a quel punto del suo percorso scientifico-culturale- un giurista o un economista o altro. Mi sembra evidente che si trattava di uno studioso con una varietà e qualità di competenze tali da permettergli di trattare l'argomento da tutti i punti di vista coinvolti, in una sintesi così efficace da sfuggire a classificazioni disciplinari standard o anche ad eventuali nuove etichette, come appunto quella di AED. Fin da questo suo articolo fondamentale, e poi per tutto il resto della sua opera, non si è trattato a mio avviso -come per tutti gli altri studiosi di AED- di un giurista che usava l'analisi economica o di un economista che diceva la sua su temi di carattere giuridico bensì, di uno studioso che, grazie alla perfetta fusione dei due insiemi di conoscenze, ha potuto analizzare problemi teorici e pratici in modo unitario e simultaneo con efficacia preclusa a chi invece inevitabilmente li affronta con l'attitudine propria o del giurista o dell'economista.

del tutto diverso da quello che essa giuoca nella AED chicagoiana. In quest'ultima, l'idea di efficienza, come abbiamo cercato di accennare sopra, è né più né meno quella degli economisti e viene usata come criterio di valutazione della struttura organizzativa dei mercati, quella concorrenziale essendo il parametro di riferimento ideale. L'idea di efficienza in Calabresi riguarda un ambito più generale e non corrisponde pedissequamente all'idea che di essa hanno gli economisti. Vediamo un momento. La categoria economica che ci aiuta a capire l'idea ed il ruolo dell'efficienza in Calabresi è quella degli effetti esterni, ovvero le conseguenze, positive o negative, non intenzionali dell'azione di consumo o di produzione di un individuo su altri non in relazione con lui. Tali conseguenze, che sono poi costi o guadagni, proprio perché "esterne" al mercato non possono essere valutate, non possono cioè entrare nel calcolo economico di colui che intraprende l'attività che le origina. Di conseguenza, chi - non intenzionalmente - provoca quei costi o quei guadagni non paga o non riceve pagamento per essi e questo fatto di per sé comporta un errato impiego delle risorse. Dove "errato" sta per non efficiente, quando l'efficienza nell'impiego delle risorse è ritenuta un obiettivo della società.

Il modello neoclassico dell'equilibrio economico generale individua alcune circostanze che impediscono al mercato di raggiungere automaticamente, ovvero in virtù esclusivamente delle sue forze, una condizione ottimale che è definita tale proprio perché nessun ulteriore cambiamento può migliorare la situazione di qualcuno senza, al contempo, peggiorare quella di altri. La meravigliosa costruzione del modello neoclassico mostra anche che di tali condizioni ottimali ne esistono tante quante possono essere le diverse distribuzioni iniziali delle risorse tra gli agenti economici. Ciò significa che per ogni situazione di partenza, rispetto alla attribuzione delle risorse, esisterà una corrispondente situazione finale che si determinerà automaticamente e che sarà appunto ottimale o efficiente che dir si voglia. Tutto ciò, come appena detto, se non si verifica nessuna delle circostanze in grado di compromettere il funzionamento del mercato. Una di queste circostanze corrisponde esattamente al problema della distribuzione del rischio di cui si occupò Calabresi nell'articolo cui ci stiamo riferendo, si tratta ovviamente del suddetto problema degli effetti esterni. Non è certo qui il caso di andare oltre nella descrizione del parallelo tra la regola della responsabilità civile e la soluzione economica all'esistenza degli effetti esterni, come ho detto sopra vorrei invece mettere in evidenza il ruolo diverso giocato dalla categoria economica della efficienza nella AED di Calabresi rispetto a quello giocato nella AED chicagoiana.

Fra le assunzioni del modello neoclassico ricordato, quella della perfetta conoscenza di ogni e qualsiasi vincolo ed opportunità da parte di tutti gli agenti economici è fondamentale. In termini diversi essa si esprime dicendo che "ognuno è il miglior giudice del proprio benessere". Ognuno cioè sa meglio di chiunque altro cosa scegliere e cosa fare per ottenere il massimo (di utilità se è un

consumatore, di profitto se è un imprenditore) dalle proprie risorse, dati i prezzi dei mezzi che gli occorrono per ottenere i propri fini.

Ebbene, quando tale perfetta conoscenza è compromessa dalla esistenza di effetti esterni - dalla esistenza cioè di situazioni nelle quali il mio benessere (la mia utilità di consumatore o il mio profitto di produttore) è influenzato da altri con i quali non esiste una relazione (non esiste un mercato) che permetta di valutare i costi e i guadagni che reciprocamente ci provochiamo - non si potrà più produrre automaticamente il risultato ottimale di cui sopra, non si avrà più una situazione efficiente od ottimale che dir si voglia. Il punto è che in queste situazioni l'individuo non è più il miglior giudice del proprio benessere; e la società nel suo complesso non potrà più "fidarsi" del mercato per ottenere il meglio possibile dalle risorse date. Per correggere queste situazioni, ovvero per far rientrare nel calcolo economico i costi ed i guadagni che sfuggono al mercato ma che, non di meno, hanno effetto sul benessere degli individui e per ciò stesso devono esser valutati, occorrerà un intervento extra-individuale. Nel modello neoclassico, quindi, l'intervento allocativo esterno al mercato è invocato per motivi di efficienza, per riportare cioè l'uso delle risorse a quello che sarebbe stato se ci fosse stata la perfetta conoscenza dei vincoli e delle opportunità, presupposto necessario per l'instaurarsi di un sistema dei prezzi efficiente capace pertanto di garantire il corretto impiego delle risorse. In estrema sintesi questa è l'impalcatura teorica alla base, ad esempio, degli interventi allocativi destinati alla fornitura dei c.d. "merits goods", quei beni che si ritiene dover fornire e produrre anche a prescindere dalla volontà degli stessi destinatari. E perché questo? Perché si valuta appunto che in talune circostanze non esista la perfetta conoscenza dei propri bisogni, talvolta cioè qualcuno non è più ritenuto il miglior giudice del proprio benessere.<sup>11</sup> In questa condizione farà delle scelte che non permetteranno l'ottenimento del massimo benessere per la società nel suo complesso, benessere che passa ovviamente anche per il suo stesso personale benessere. E' proprio in riferimento al trattamento delle condizioni riconducibili, anche in senso lato, alla categoria dei bisogni meritori che risulta evidente la originalità della concezione calabresiana della relazione tra efficienza e distribuzione; originalità anche per la teoria economica prima ancora che per la sua AED rispetto a quella chicagoiana. All'origine di certi interventi allocativi (giustificati per esigenze di efficienza) in realtà esistono motivazione distributive.

---

<sup>11</sup> Per esemplificare potremmo riferirci al caso delle spese per l'istruzione o per la sanità. La motivazione, forse essenziale, addotta per il loro finanziamento pubblico origina dalla loro caratteristica di beni meritori. Si parte dalla constatazione della esistenza di effetti esterni positivi collegati alla fruizione di tali servizi, si dice infatti che i benefici dell'istruzione e della sanità travalicano i consumatori diretti per diffondersi nell'intera società. In queste condizioni la quantità di risorse individualmente dedicate a questo tipo di beni o servizi risulta inferiore a quella socialmente desiderabile o efficiente che dir si voglia. Insomma gli individui, particolarmente quelli a basso reddito, non valuterebbero correttamente i benefici loro derivanti dall'istruzione e dalla sanità (di base) ergo lo Stato, in migliori condizioni di loro per effettuare tale valutazione si sostituisce alla loro scelta fornendogli "più" servizi di quanto da

Esistono certi beni (o mali) la cui allocazione effettuata sulla base della distribuzione esistente dà luogo a costi (esterni) che non si originerebbero se la distribuzione di partenza fosse diversa. In sostanza, nella visione calabresiana la distinzione e la separatezza tra efficienza e distribuzione, distinzione e separatezza proprie e certamente non secondarie del modello neoclassico, vengono a cadere del tutto. Se tutto ciò è vero, come credo, si tratta di una constatazione non da poco sia per la AED sia per la stessa teoria economica.

I giuristi di estrazione chicogiana ragionano di efficienza ed usano il concetto esattamente come fanno gli economisti; la sua applicazione allo studio del diritto - sia nel momento positivo di descrizione e scoperta della “congenita” efficienza del sistema di common law sia nel momento normativo della sua indicazione come criterio fondamentale per il law design - non ha nulla a che vedere con considerazioni di carattere distributivo, esattamente come per gli economisti una determinata soluzione al problema dell’impiego delle risorse può essere efficiente o non efficiente del tutto a prescindere da questa o quella distribuzione delle stesse. Gli stessi economisti che si occupano di AED in ambito chicogiano non hanno alcun bisogno di riconsiderare il modello neoclassico, possono rimanere né più né meno quello che sono collaborando con i giuristi; anzi proprio loro, gli economisti, sono gli “esperti di efficienza” utili a loro, giuristi. Con Calabresi invece le cose cambiano, e non di poco, sia per gli economisti sia per i giuristi. La teoria economica, l’idea di efficienza economica, non è una sorta di strumento tecnico usato dai giuristi per valutare la bontà o meno di questa o quella regola giuridica. Quest’ultima, piuttosto, viene osservata e considerata nei suoi aspetti e nelle sue potenzialità di natura economica in senso lato, ovvero come strumento in grado di favorire il perseguimento di questo o quell’obiettivo di natura economica: obiettivo distributivo o di efficienza che sia. Con Calabresi è la regola giuridica che “si fa strumento” per il perseguimento di obiettivi economici; nella AED chicogiana, al contrario, è l’efficienza economica che gioca il ruolo dello strumento atto a valutare la bontà della regola. Questo curioso gioco delle parti, come sarei tentato di chiamarlo, mette contemporaneamente in evidenza la diversità (“genetica” o di fondo) tra i due modi di fare AED e la loro sostanziale complementarietà. A mio avviso, comunque, la differenza più interessante tra le due impostazioni riguarda gli scopi diversi per i quali esse possono essere usate. La AED di stampo chicogiano ha avuto molto successo come nuovo strumento analitico a disposizione di giuristi ed avvocati che si occupano di diritto societario, di diritto antitrust e connessi. Insomma, l’organizzazione economico-giuridica dei mercati ha potuto fare grossi passi in avanti verso la maggiore efficienza proprio grazie alla AED.

---

loro stessi richiesti. In realtà, però, la quantità di servizi individualmente richiesta dipende anche dalla distribuzione della ricchezza, non soltanto dalla valutazione dei benefici che ne possono derivare.

L' impostazione calabresiana, invece, direi quasi che travalica gli stessi confini della AED. Nonostante l'intento non descrittivo di questi appunti, vale forse la pena cercare di entrare appena un po' nel merito di questa ultima osservazione.

Abbiamo appena visto il ruolo del tutto peculiare giocato dal concetto di efficienza economica nella AED di Calabresi. Abbiamo anche accennato alla sua peculiarità nel trattare di efficienza e distribuzione rispetto anche a come gli stessi economisti le trattano. Questi ultimi infatti le tengono completamente separate. La teoria dell'equilibrio economica generale ci dice infatti in cosa consiste l'efficienza e quali sono le condizioni che la garantiscono. A partire da una determinata iniziale distribuzione delle risorse, se sono soddisfatte una serie di condizioni, il sistema economico giungerà ad una corrispondente situazione finale efficiente. Partendo da un'altra distribuzione iniziale delle risorse, si arriverà ad un'altra situazione finale altrettanto efficiente. Insomma, efficienza e distribuzione sono due cose distinte e separate tra loro. Anche Coase (economista) pur avendo, per così dire, "superato" Pigou, continua a tenere separate le due cose. L'unificazione (logica e metodologica) tra efficienza e distribuzione, indicata da Calabresi, diventa invece l'elemento strategico che permette alla AED di superare lo "status" di mero strumento analitico per la valutazione delle regole giuridiche per assumere quello di metodo per la configurazione degli assetti giuridico-economici (istituzionali) desiderati. Cerchiamo, pur se sommariamente, di vedere in che modo.

L'assetto istituzionale implicito nello schema "effetti esterni - fallimento del mercato - intervento pubblico", ovvero nel modello neoclassico e pigouviano, è esattamente quello che aveva in mente Smith e con lui la teoria economica che lo ha seguito. La rilevanza economica dell'assetto istituzionale non era sconosciuta da Smith; né, d'altra parte, alcun assetto istituzionale è immutabile. Si tratta allora di capire se quello considerato da Smith avesse allora ed, eventualmente, continui ora ad avere senso, ovvero se fosse e sia utile per la comprensione del funzionamento effettivo del sistema di mercato. Sistema che comprende l'agente pubblico, lo Stato, e gli agenti privati, gli individui. Ebbene, credo che la AED di Calabresi ci aiuti a dare risposta a questi interrogativi. Prima però di tentare queste risposte è forse utile accennare appena un po', appunto, all'assetto istituzionale che aveva in mente Smith e che, più o meno consapevolmente, continua ad essere quello degli economisti.

L'organizzazione istituzionale in Smith si fondava sostanzialmente sulle regole del diritto privato. Era compito dello Stato riconoscere e tutelare i c.d. "diritti naturali"; dal libero dispiegarsi poi degli interessi individuali nella cornice di tali diritti, sarebbe scaturito automaticamente il bene comune massimo. Insomma, la definizione dei diritti di proprietà sulla risorse era tutto ciò che occorreva, la mano invisibile avrebbe fatto tutto il resto. La ricchezza della nazione sarebbe stata la massima

possibile solo se si fosse smantellato l'apparato istituzionale mercantilista. Apparato istituzionale, quest'ultimo, tutt'affatto diverso da quello auspicato da Smith ispirato al diritto privato naturale. Concorrenza e diritto naturale, per Smith, erano due elementi inscindibili ed essenziali per il perseguimento del massimo benessere. La legislazione mercantilista, basata sul diritto amministrativo e limitativa della concorrenza, era l'ostacolo da abbattere. Gli economisti, tutti figli più o meno fedeli, hanno preso la base istituzionale del mercato descritta dal loro padre fondatore come un dato assoluto ed immutabile finendo, in sostanza, col non metterla più in discussione. Il riferimento istituzionale in sostanza diventava sempre più astratto fino a dimenticarne la rilevanza e, di conseguenza, a non occuparsene del tutto. In altre parole le idee di proprietà, contratto, ecc: per gli economisti diventavano sempre più idee astratte da qualsiasi riferimento di tempo e di luogo. Tanto è vero che economisti di estrazioni culturali e geografiche del tutto diverse parlano di proprietà *tout-court* e si capiscono; l'opposto accadeva ed accade tra i giuristi di tradizione "common law" e quelli di tradizione "civil law".<sup>12</sup> Anche quando la teoria economica, da Sidgwick in poi, cominciò a dimostrare che il mercato qualcosa non poteva fare e in qualche altra cosa falliva (beni pubblici, esternalità ecc:), l'assetto istituzionale non fu messo in discussione e la soluzione a quei problemi fu cercata al di fuori del meccanismo decentrato del mercato. Quando il mercato da solo non permetteva il perseguimento dell'interesse pubblico si pensò che il rimedio unico ed obbligato fosse quello della regolamentazione pubblica, gli strumenti privati vennero esclusi, o meglio non considerati, per definizione. Dal controllo decentrato delle regole del diritto privato si passò al controllo centralizzato con strumenti pubblicistici ed amministrativi. La regolamentazione economica, fin dalle sue più remote origini teoriche, è tutta improntata a schemi e strumenti di natura, appunto pubblicistico-amministrativa. Il mercato, basato su diritti di proprietà concepiti come un tutto o niente, come diritti naturali, fallisce. Allora se esso fallisce, e fallisce insieme all'assetto istituzionale che gli è di supporto, non resta altro che ricorrere ad un insieme diverso di meccanismi istituzionali. E dove trovarne, se la proprietà ed il prezzo non hanno funzionato? L'imposta, o comunque l'intervento di una terza entità regolamentatrice esterna alle due parti private, una terza entità, ecco lo strumento capace di risolvere l'impasse. Questa era la conclusione a cui doveva necessariamente arrivare chi non era in grado di pensare alla possibilità di mettere in discussione l'assetto e la conformazione dei "property rights" e la struttura dei diritti in generale. Non è qui il caso, e non sta a me, dimostrare che il modello istituzionale che è stato nella mente degli economisti da Smith in poi è un modello che in realtà non esiste e non è mai esistito; esso era ed è soltanto una costruzione teorica priva di contenuto positivo.

---

<sup>12</sup> Sulla diversa accoglienza del modello istituzionale giusnaturalistico da parte dei giuristi e degli economisti è molto interessante il lavoro di uno dei migliori studiosi italiani di AED, Ugo Mattei, "Tutela inibitoria e tutela risarcitoria.

Torniamo però al discorso che volevamo abbozzare qui, quello che è possibile intraprendere con la AED calabresiana, circa gli strumenti giuridici che possono realizzare un sistema di scelte decentrate capace di perseguire l'interesse pubblico, sistema di scelte contrapposto a quello centralizzato della regolamentazione amministrativa. Occorre a tale scopo riferirci allo schema concettuale elaborato nel famoso articolo di Calabresi-Melamed.<sup>13</sup> L'idea essenziale di quell'articolo, ormai lontano nel tempo ma tutt'ora fondamentale per la AED, è che la funzione del sistema giuridico consiste nella attribuzione di "entitlements" e nella definizione delle possibili forme di tutela degli stessi. Il termine entitlement non ha traduzione né letterale né sostanziale nella nostra lingua e nel nostro sistema giuridico. Significa qualcosa che assomiglia al "diritto soggettivo", ma la traduzione forse preferibile, sia in termini letterali sia in termini sostanziali, è quella di titolarità. In altri termini con esso si intende il conferimento ad un soggetto del diritto a prevalere su di un altro nel caso che tra i due esista un conflitto di interessi su una risorsa (di qualsiasi natura essa sia). Questo è il primo momento della scelta giuridica, il secondo sarà quello della scelta della regola atta a tutelare il conferimento o intitolamento assegnato ad una delle due parti. Il "gioco" tra aspetti allocativi, o di efficienza che dir si voglia, ed aspetti distributivi inizia già da questo primo momento. Per esemplificare supponiamo che un corso d'acqua sia adatto ad essere usato da un insieme di persone, chiamiamolo gruppo (A), amanti della pace godibile sulle sponde di quel corso d'acqua e nell'acqua stessa. Esiste un altro gruppo di persone, chiamiamolo gruppo (B) che si diletta delle corse in motoscafo particolarmente comode in quello stesso corso d'acqua. Evidentemente le due attività confliggono tra loro, l'una rende impossibile o meno valida (ne diminuisce il valore) l'altra. Ebbene, assegnare al gruppo (A) od al gruppo (B) la titolarità dell'uso del corso d'acqua avrà effetti di efficienza e di distribuzione diversi. Ambedue le attività hanno un valore economico, esplicito od implicito che esso sia; chi appartiene al primo gruppo è disposto a pagare per godersi la pace. Chi vuole correre in motoscafo altrettanto. Ora è evidente che entrambi i gruppi di persone non passeranno verosimilmente tutta la loro vita o a godersi la pace lì o a scorrizzare in motoscafo lì. Chi deve scegliere come regolare questo conflitto di interessi può adottare criteri diversi tra loro per decidere a quale delle due parti assegnare il "diritto" a soddisfare i propri gusti. Se decide, supponiamo, in base a quello che potremmo chiamare un pregiudizio ecologista, non avrà dubbi: il diritto sarà assegnato agli amanti della pace. L'obiettivo ecologico sarà soddisfatto. Con esso sarà poi garantito anche un altro obiettivo, quello di rendere

---

Contributo alla teoria dei diritti sui beni", Milano Giuffrè, 1987

<sup>13</sup> "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, 1972.

gli amanti della pace più ricchi di quanto sarebbero stati senza quella attribuzione di titolarità. E' del tutto evidente infatti che disponendo di un qualcosa che interessa anche ad altri (il diritto su una risorsa ) io sono in grado di trarre vantaggio da ciò acconsentendo alla offerta che costoro mi faranno per spartirci quel qualcosa. Ecco allora l'effetto distributivo , come detto prima, del primo momento della scelta giuridica. Cerchiamo ora di descrivere le conseguenze, sul piano della efficienza, della scelta giuridica di primo livello. Come abbiamo visto poc'anzi gli amanti della pace non passeranno tutto il tempo della loro vita sulle sponde di quel corso d'acqua, se non altro perché anche gli altri, i motoscafisti, apprezzano la possibilità di sbizzarrirsi nelle loro corse propri li. Allora se il gruppo (A) si trova, per qualsiasi motivo, a disporre del "diritto" all'uso di quel corso d'acqua c'è solo da aspettarsi che riceva una offerta dal gruppo (B) volta ad ottenere parte, o anche tutto, il diritto in termini, ad esempio, di un certo numero di ore al giorno o, che so, un certo numero di giorni alla settimana per soddisfare la loro esigenza. Insomma si instaurerà tra i due gruppi una contrattazione (un mercato) per il diritto all'uso della risorsa. Il gruppo (A) cederà quote del suo diritto fino a quella quantità per la quale l'offerta di (B) sarà maggiore, o come minimo uguale, a quanto loro stessi (gruppo (A) ) valutano quella stessa quantità. Insomma, come ci fece capire Coase <sup>14</sup>, se la contrattazione tra le parti può avvenire senza alcun ostacolo, costo o limitazione di sorta, si può essere certi che essa si svolgerà fino al punto in cui nessuna delle due ha più nulla da guadagnare da un cambiamento ulteriore della situazione raggiunta. Il che ovviamente, come traducono gli economisti, significa che quella situazione raggiunta è quella efficiente. Da notare poi, come è noto, che una situazione efficiente si raggiunge anche, sempre che sussistano le stesse condizioni perfette per la contrattazione, a partire dalla situazione opposta, ovvero dalla situazione in cui fosse il gruppo (B) a disporre inizialmente del diritto ad usare la risorsa <sup>15</sup>. E fin qui va la teoria, teoria che ci aiuta però a capire come le cose funzionano in realtà. Realtà che non contempla praticamente mai la suddetta possibilità di contrattare senza alcun problema, ovvero senza alcun costo. Esistono infatti i c.d. costi di transazione; questa semplicissima constatazione ci fa immediatamente capire che, allora, non è affatto indifferente, ai fini dell'ottenimento della efficienza, se il diritto è assegnato in partenza all'una o all'altra parte. Non essere indifferente significa , niente meno, che l'assegnazione all'una o all'altra parte del diritto iniziale all'uso della risorsa diventa l'elemento determinante per l'ottenimento o meno dell'efficienza. E questo è proprio ciò che volevamo scoprire quando abbiamo parlato dell'importanza della scelta giuridica di primo livello.

---

<sup>14</sup>Risparmio al lettore la ennesima enunciazione del c.d. teorema di Coase .

<sup>15</sup> Ritengo superfluo dimostrare passo passo questo punto , si tratta di cosa arcinota e , inoltre , essa esula dallo scopo di fondo di questi appunti.

Giova qui ripetere che anche dal punto di vista distributivo non è affatto indifferente che io abbia o meno quel diritto; sarò più ricco se ce lo ho e meno se non ce lo ho, e questo è del tutto ovvio. Ciò che è molto meno ovvio è invece che, come abbiamo appena visto, partendo da due situazioni alternative, in ognuna delle quali una delle due parti è più ricca proprio in funzione dell'assegnazione del diritto, si potrà arrivare o meno ad una<sup>16</sup> situazione efficiente. Ecco cosa si intende parlando della inscindibilità tra efficienza e distribuzione messa felicemente in risalto da Calabresi. Il c.d. secondo momento della decisione giuridica riguarda la scelta della regola a tutela del conferimento (attribuzione di titolarità); sarà anzi proprio questa regola a dare sostanza al “diritto” precedentemente assegnato. Calabresi e Melamed nel suddetto articolo indicarono tre regole giuridiche possibili a tutela di tale conferimento: la regola di proprietà, la regola di responsabilità civile e, infine, quella di inalienabilità. Tra i criteri per scegliere tra queste tre forme di tutela gli autori indicarono quello della efficienza economica combinata con gli obiettivi distributivi. Ed esattamente in questo snodo, per così dire, sta l'originalità e la peculiarità del discorso di Calabresi.

La “property rule”<sup>17</sup> è la forma più forte di tutela di un diritto o titolarità che dir si voglia; essa conferisce al suo detentore tutte le potestà che siamo abituati a ritenere tipiche della proprietà (in senso naturalistico). Il titolare di un diritto protetto con questa regola può usare del bene (nell'accezione più generale del termine) nel modo più ampio possibile; il trasferimento del suo godimento può avvenire solo col consenso ed al prezzo accettato dal suo titolare. La circostanza economica perfettamente governata da questa regola giuridica è quella della relazione tra due parti che non produce alcun effetto esterno. Quando la produzione o il consumo di un bene non generano alcun effetto su altre parti diverse da quelle interessate, ovvero quando il mercato ha tutti gli elementi necessari per il suo perfetto funzionamento, la regola della proprietà è lo strumento giuridico più idoneo ad accompagnare, appunto, il funzionamento del mercato. Questa regola implica, evidentemente, l'assenza o estraneità dello Stato. Quando invece esistono situazioni di esternalità (dicono gli economisti) o di effetti immissivi (dicono i giuristi), ovvero quando, in sostanza, i calcoli privati non vanno d'accordo con i calcoli sociali, il mercato da solo non è più in grado di garantire il risultato efficiente, occorre integrarlo, per così dire. La regola giuridica in grado di fornire tale tipo di “assistenza” è la “liability rule”, la seconda forma di protezione di una attribuzione iniziale indicata da Calabresi. Con essa infatti resta possibile, come è richiesto dall'efficienza, il trasferimento della titolarità ma la sua valutazione economica viene svincolata

---

<sup>16</sup> Ho usato intenzionalmente l'articolo indeterminativo “una” invece di quello determinativo “la” (stessa) come fece Coase perché a partire da una iniziale attribuzione o dall'altra non è affatto detto che si arrivi, appunto, alla “stessa” situazione finale ancorché le due diverse situazioni siano, questo senza dubbio, parimenti efficienti.

<sup>17</sup> Questa è il corrispettivo del nostro “diritto di proprietà”, il “property right” invece è cosa diversa.

dalla sfera individuale per passare a quella sovraindividuale che può tenere nel conto dovuto la totalità dei costi e dei benefici e con essi gli effetti distributivi.

Si noti, la liability rule - la responsabilità civile - è uno strumento di diritto privato; l'indicazione della teoria economica per la soluzione del problema delle esternalità, ovvero l'intervento regolamentatorio dello Stato, si avvale invece di strumenti giuridici di natura amministrativa: imposizione di limiti alla produzione, concessione di licenze ecc.: Per esemplificare potremmo riferirci alle alternative possibili riguardo all'uso dell'etere. L'alternativa forse più praticata è quella della concessione di licenze amministrative; viene concesso l'uso esclusivo di una determinata lunghezza d'onda ad un soggetto (A). In caso che altri (il signor B) disturbino l'uso di essa utilizzandone magari un'altra adiacente, la stessa autorità che ha dato in concessione quella frequenza ingiungerà al danneggiante (B) la cessazione del disturbo. Questa situazione può essere descritta nei nostri termini nel modo seguente. Due lunghezze d'onda adiacenti possono recarsi reciprocamente danno, possono cioè originarsi effetti esterni. Abbiamo appena detto che in questi casi la regola di proprietà non è la più adatta se vogliamo impiegare efficientemente le risorse, ovvero se vogliamo massimizzare l'uso complessivo della risorsa in questione, l'etere in questo caso. Ebbene, dal punto di vista economico, la concessione di una licenza esclusiva è del tutto equivalente ad una attribuzione protetta con una regola di proprietà. La concessione di una licenza per di più, se effettuata senza un'asta, non ha in sé alcuna possibilità di valutare quale dei possibili destinatari possa farne l'uso più efficiente. Inoltre, sia la concessione amministrativa sia la proprietà (acquisita in via amministrativa), non permettono la valutazione, ed il relativo risarcimento, dei danni reciproci che due frequenze possono arrecarsi. Alternativamente, la attribuzione iniziale del diritto all'uso (direbbe Calabresi l'entitlement) alla parte (A) protetto con una regola di responsabilità civile permette a (B) di infrangere il diritto di (A) tramite il pagamento del relativo danno. Questo è il meccanismo che garantisce l'uso complessivamente più efficiente della risorsa, essa infatti alla fine sarà usata di più da chi più la valuta. Inoltre la regola di responsabilità permette anche il perseguimento dell'obiettivo distributivo in quanto la valutazione del danno che una parte dovrà pagare all'altra può essere lasciata ad una entità terza (pubblica) che potrà, eventualmente, esercitare opzioni extra-efficientistiche.

## CONCLUSIONI

All'inizio di queste pagine avevamo ipotizzato che l'etichetta "Analisi Economica del Diritto" forse talvolta è un po' abusata; abbiamo poi cercato di rintracciare le origini e le fondamenta di questo tipo di studi che oggi sembra quasi (sfortunatamente?) stia assumendo i tratti di un vero e proprio

“logo” per denominare gli eterogenei curricula, già superaffollati, di numerosissimi corsi universitari di primo e secondo livello, di masters, di dottorati di ricerca ecc.:. A parte comunque tutto ciò, e per concludere, vorrei tornare sull’interrogativo circa la omogeneità o meno di tutto ciò che viene etichettato come AED alla luce delle differenze tra le sue due anime richiamate in queste pagine, l’anima calabresiana e quella posneriana.

Come ho cercato di mettere in risalto, la differenza fondamentale e strategica fra i due modi di fare AED sta tutta nel diverso “ruolo” del concetto di efficienza economica. La AED chicagiana (Posner) assume in toto la netta separazione tra considerazioni di efficienza e considerazioni distributive propria della teoria neoclassica dell’equilibrio economico generale. Calabresi (Yale) invece si discosta da questa, che per altro corregge, e dimostra che dalla consapevolezza della simultaneità tra efficienza e distribuzione può scaturire una diversa ed interessante nuova prospettiva per il controllo sociale decentrato del mercato. In sostanza Posner, giurista di common law, incorporando negli studi giuridici la teoria economica tradizionale ha introdotto nel diritto quello schema istituzionale smithiano (al quale abbiamo accennato ) che aveva portato, fin dalle origini, gli economisti ad una concezione immaginaria del diritto di proprietà, una concezione che non lo rende più utile allorché, come nella realtà , il mercato non è in grado di allocare le risorse in modo efficiente e gradito dal punto di vista distributivo. Calabresi invece, recuperando la concezione del diritto di proprietà propria della common law (il property right che non è equivalente alla property rule ma si configura come un aggregato di poteri, facoltà, obblighi e responsabilità) che incorpora la responsabilità civile nella sua struttura intrinseca, modifica così il substrato giuridico-istituzionale del modello economico neoclassico; potremmo forse infine dire, in modo figurato, che Calabresi ha filtrato il modello smithiano <sup>18</sup> attraverso l’imbuto della common law.

Insomma, se la AED ha due anime così diverse, c’è o no qualcosa che unisce questi due approcci almeno quel tanto da giustificarne la comune etichettatura? La risposta è: “forse sì”. Questo qualcosa si rintraccia sul piano metodologico. Posner con il suo “Economic Analysis of Law” tracciò il sentiero di un rinnovato e fruttuoso incontro tra diritto ed economia; insegnò a capire l’utilità dell’una disciplina per l’altra, in entrambe le direzioni, si badi bene. Calabresi con gli stessi strumenti ha infranto il muro “distribuzione-efficienza”, come ho cercato di dimostrare. Ciò, a sua volta, contribuisce non poco ad infrangere un altro muro, quello tra diritto pubblico e diritto privato. Cosa questa utile sia ai giuristi sia agli economisti.

---

<sup>18</sup> Come noto Smith apparteneva a quella tradizione scozzese che non aveva mai abbandonato il diritto romanista.

In definitiva, se probabilmente non è facilissimo attribuire brevetti di autenticità a questo o a quel lavoro definito di AED, né tanto meno è legittimo dare marchi DOCG a questo o a quello studioso che dice di fare AED, è forse però possibile dire *cosa non è* analisi economica del diritto. Non lo è, *di per sé*, ciò che fa il giurista che si occupa di legislazione economica ( come, per fare solo due esempi, chi si occupa di antitrust o di corporate governance ). Specularmente non lo è ciò che fa l'economista che prende semplicemente atto che *esiste anche la legge*; magari quella sulle privatizzazioni, o sulla tutela ambientale o sulle nuove proprietà o quant'altro.

Sono passati diversi anni da quando, come dicevo all'inizio di questi appunti, mi era capitato di occuparmi di AED; nel frattempo si sono consolidati grosso modo due filoni principali di studi in proposito. Il primo, forse quello prevalente, che fa capo alle due riviste più importanti ( il Journal of Legal Studies e il Journal of Law & Economics entrambe edita a Chicago) è caratterizzato da un notevole uso del formalismo matematico del quale sono meritevoli o colpevoli gli economisti che, sia al di qua sia al di là dell'Atlantico, si occupano ormai abbondantemente di AED. L'altro filone, pur se alquanto composito, può comunque essere individuato attorno a studiosi che vanno da C. Sunstein e C. Jolls – la behavioral law & economics – a O. Williamson ed il neo-istituzionalismo, agli studi di N. Komesar che coordinano il legal process con l'efficienza economica, alla comparative law and economics da U. Mattei a R. Cooter, T. Ulen e H. Hansmann. Ciò che mi pare possa essere indicato come una sorta di comune denominatore dei lavori di questi studiosi, e allo stesso tempo ciò che può farli inserire in un filone almeno orientativamente calabresiano, credo sia la loro tensione verso il dato distributivo, inteso nel senso più generale del termine, e la loro attenzione al ruolo che legge ed istituzioni hanno nella creazione e nella tutela dei valori alla Calabresi del "Tragic Choices".

La sfida degli studi multidisciplinari per le istituzioni giuridiche ed economiche negli anni a venire sarà quella di riuscire definitivamente ad affrancarsi dai lasciti tradizionali delle singole discipline a favore di una percezione unitaria della sempre più complessa realtà.