

Alla ricerca di regole (e istituzioni) efficienti

Massimiliano Vatiero*

Università della Svizzera italiana

vatierom@usi.ch

* Professore Assistente e Titolare della Cattedra “Brenno Galli”, Università della Svizzera italiana, Lugano. Testo preparato per lezione inaugurale della Cattedra “Brenno Galli” in Analisi Economica del Diritto, Università della Svizzera italiana, 26 Settembre 2011 (101esimo anniversario della nascita di Brenno Galli), Lugano. L'autore ringrazia per gli utili commenti Enrico Baffi, Marco Borghi, Valeria Carfi, Vincenzo Cavallo, Federica De Rossa, Riccardo Del Punta, Sergio Di Nola, Nicola Giocoli, Carlo Lottieri, Dario Nardi, Antonio Nicita, Ugo Pagano, Roberto Pardolessi, Riccardo Vannini e Carlo Zappia. Si ringrazia inoltre Caterina Mari per l'ausilio alla scrittura e alla ricerca bibliografica. Ogni errore è però, come sempre, responsabilità dell'autore.

1. Introduzione

Nel 2000 Uri Gneezy e Aldo Rustichini illustrarono sul *Journal of Legal Studies* il seguente caso avvenuto ad Haifa. In alcune strutture scolastiche i genitori ritardavano ripetutamente all'orario di uscita dei propri figli, comportando che gli insegnanti e gli addetti dovessero prolungare la propria permanenza lavorativa per custodire i bambini; la dirigenza scolastica decise quindi di introdurre una regola per cui il ritardo prevedeva una sanzione pecuniaria. Per valutare gli effetti di tale sanzione questa fu introdotta in sei delle scuole dell'infanzia, mentre le restanti funsero da campione di controllo. L'obiettivo del produttore della regola (la dirigenza scolastica) era di capire se la sanzione avrebbe riportato i genitori a una condotta più consona e se sarebbe stato opportuno quindi prevederne un'estensione a tutte le scuole. Lo studio rilevò effettivamente una variazione del comportamento dei genitori a seguito dell'introduzione della sanzione (in gergo, variazione al margine), ma non nella direzione attesa: si presentò infatti un aumento sostanziale piuttosto che una riduzione dei ritardi, che quasi raddoppiarono malgrado nel campione di controllo non si riscontrarono variazioni. Una delle ragioni principali di questo risultato è ben riassunta nel titolo dell'articolo di Gneezy e Rustichini: *A fine is a price*. In altre parole, una sanzione definisce un prezzo¹ e i genitori nel caso di Haifa hanno "acquistato" il servizio – la custodia dei propri figli da parte della struttura scolastica – confrontando l'entità della sanzione rispetto al prezzo dei servizi sostituiti e alternativi – per esempio il babysitteraggio, che aveva un costo (in media) molto più alto rispetto alla sanzione.

In questo caso-studio si mostra quindi che i genitori hanno reagito all'introduzione della regola rispettando gli assunti di razionalità dell'*homo economicus*. Il comportamento (razionale) degli individui di fronte alla mutazione (o alla permanenza) dell'ambiente istituzionale circostante, ivi compreso il contesto giuridico, rappresenta il focus dell'analisi economica del diritto. Più precisamente questa materia rappresenta *una prospettiva di studio degli effetti della regola su una risorsa scarsa mediante la teoria microeconomica delle scelte*. Nella definizione qui fornita il concetto di regola comprende i precetti sia di fonte pubblica (norme giuridiche) sia privata (come nel caso delle strutture scolastiche di Haifa). La nozione di risorsa o bene economico in questo caso include tutte le manifestazioni del comportamento umano suscettibili di avere effetti su sé stessi e/o sugli altri, e per questo scarsa²; nel caso di Haifa, la risorsa o bene economico è il tempo della custodia dei bambini. In tal senso i "consumatori della regola" seguono l'obiettivo di razionalizzare le proprie

¹ Vedasi anche Cooter (1984) e Cooter et al. (2006).

² In assenza della condizione di scarsità della risorsa non vi sarebbe un problema microeconomico, ma neanche giuridico dato che non ci sarebbero reali o potenziali conflittualità da affrontare e sanare con una regola.

risorse scarse considerando al margine gli effetti della normativa, coerentemente con le logiche della teoria delle scelte individuali³.

Occorre inoltre evidenziare che nella definizione qui offerta si precisa che l'analisi economica del diritto è una prospettiva di analisi. Negli stessi termini il Giudice Guido Calabresi (noto esponente della Scuola di Yale di analisi economica del diritto), con una metafora di successo, ha affermato che l'analisi economica è solo un approccio, seppure necessario, che arricchisce la trattazione e lo studio delle norme;

[...]l'analisi economica è solo un aspetto e, come una sola vetrata di una cattedrale non riassume tutte le altre, così bisognerebbe ricordare che la cattedrale del diritto può essere compresa solo guardando a tutti gli aspetti. L'economia del diritto è solo una prospettiva su questa cattedrale, ma particolarmente utile e significativa. Per certi aspetti è *una prospettiva fondamentale*, purché non si confonda e non si pensi che questa rappresentazione sia la sola per confermare, criticare, modificare tutti gli aspetti del diritto. (Calabresi 1999:34, corsivo aggiunto)

Così come i colori delle vetrate della Cattedrale di Rouen, scrive Calabresi⁴, non possono essere apprezzati totalmente osservando la cattedrale solo in certi orari o con una sola angolazione, ma occorre vedere le diverse colorazioni al variare della luce solare (Monet dipinse ben 21 quadri della Cattedrale nelle diverse ore della giornata) così l'analisi economica del diritto è solo una prospettiva (spesso necessaria) che può aiutare e completare la comprensione delle problematiche affrontate dal produttore/i della regola.

Nella “prospettiva” dell'analisi economica del diritto, la regola definisce anzitutto un complesso d'incentivi o disincentivi comportamentali rivolti ai consociati. Questo approccio basato quindi sull'individualismo metodologico contrasta con l'analisi giuridica di fondamento kelseniano. Mentre l'analisi economica del diritto si focalizza sulla coerenza delle norme con riferimento alle preferenze e scelte degli individui – si potrebbe riassumere con una metodica dal basso (l'individuo) verso l'alto (la regola), l'analisi giuridica verifica la validità di una norma rispetto a norme superiori – dall'alto (*Grundnorm*) verso il basso (la regola). E non è quindi un caso che, seppure l'interesse degli economisti per le relazioni tra diritto e sviluppo economico fosse già presente nei Classici⁵, i precursori della moderna analisi economica del diritto siano rintracciabili in alcuni filoni giuridici “critici” nei confronti del Formalismo Giuridico, come *Sociological Jurisprudence*, *Legal Realism* e *Legal Process*

³ La metodologia di analisi riprende infatti la teoria microeconomica basilare (gli individui hanno proprie preferenze su certi stati del mondo da cui derivano una qualche ofelimità, utilizzando un termine di Vilfredo Pareto, e coerentemente alle proprie preferenze, ovvero razionalmente, compiono scelte comportamentali), alcuni elementi dell'economia pubblica (in particolare, il problema del bene pubblico) e della teoria dei giochi (tipicamente il concetto di equilibrio di Nash).

⁴ Si veda anche Calabresi e Melamed (1972).

⁵ Già Adam Smith nelle sue *Lezioni di Glasgow* e nella sua *La Ricchezza delle Nazioni* aveva mostrato una feconda dialettica tra struttura economico-produttiva e sovrastruttura giuridica.

Approach. Autori quali R. Pound, O.W. Holmes, K. Llewellyn, L.L. Fueller, H.M. Hart e W.N. Hohfeld a vario titolo e per aspetti anche distinti stimolarono la definizione di un approccio più pragmatico al diritto visto come uno strumento per l'ottenimento di fini sociali⁶; di "social engineering", riassumerebbe Roscoe Pound.

Trascurando l'italianità all'anagrafe di Guido Calabresi, possiamo comunque ritrovare nella cultura italiana alcuni autori o Scuole precorritrici di tale *social engineering*. Si prenda per esempio il seguente passaggio di Cesare Beccaria.

Perché una pena ottenga il suo effetto basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto, e in questo eccesso di male dev'essere calcolata l'infallibilità della pena e la perdita del bene che il delitto produrrebbe (Cesare Beccaria 1763, *Dei delitti e delle pene*, cap. 27)

Da questa frase emergono molti concetti basilari dell'analisi economica del diritto; "l'infallibilità della pena" ricorda un'idea di efficacia della sanzione che deve essere "calcolata" tramite una corrispondenza tra "il male della pena" e "bene che nasce dal delitto" – oggi diremmo tra costo marginale dovuto alla sanzione e beneficio marginale derivante dal comportamento illegale. Il libro di Beccaria affronta il tema della corrispondenza tra un comportamento criminale e la pena che dovrebbe scoraggiarlo, la stessa corrispondenza che è alla base dell'odierna analisi economica del diritto penale di stampo beckeriano, due secoli prima dello stesso Becker.

Probabilmente più palese è il caso nella *Public Choice*, dove l'esponente più illustre, James Buchanan, ha spesso ribadito il suo debito intellettuale nei confronti della *Scuola di Scienza delle Finanze* romana, la Scuola degli Antonio De Viti De Marco, dei Maffeo Pantaleoni, degli Ugo Mazzola, etc. Un debito intellettuale che oggi ha portato a una riscoperta di questa Scuola a livello internazionale⁷. Dato che la *Public Choice* si occupa di come il produttore della regola sia condizionato e condizionabile dai consumatori della regola medesima, e più in generale dal consenso politico, non stupisce quindi che Buchanan abbia trovato nella cultura italiana, dove ha luogo la formulazione del *Principe* di Machiavelli, spunti per la propria teorizzazione. Di fatto il Trattato di

⁶ Questi autori influenzarono l'Istituzionalismo Americano di T. Veblen, J.M. Clark, R.L. Hale e J.R. Commons, di cui, seppure con alcune discontinuità metodologiche, il Neo-Istituzionalismo Americano è la continuazione (cf. Nicita e Vatiello 2007). Oltre al Vecchio e Neo-Istituzionalismo contribuiscono alla vivacità dell'analisi economica del diritto anche altri filoni di pensiero e di ricerca; tra i più rilevanti: *public choice theory*, che si interessa del cosiddetto mercato politico, l'*Austrian Law and Economics* che può essere considerata una radice europea dell'analisi economica del diritto data l'influenza sulla cosiddetta Scuola di Friburgo o OrdoLiberalismo e, infine, la variegata letteratura sulle norme sociali. Si veda per un approfondimento Mercurio e Medema (2006). Ma è soprattutto sulle rive del Lago Michigan e dagli anni '60 del secolo scorso che l'analisi economica del diritto acquisisce celebrità e qualche antipatia per il suo approccio *market-oriented*. Il Giudice Richard Posner, uno dei massimi esponenti di questa scuola (di Chicago) è tra gli autori che ha più esteso l'area di investigazione dell'analisi economica del diritto. Con un parallelismo, Richard Posner sta all'analisi economica del diritto, come Gary Becker sta alla microeconomia (e non è un caso che i due curino insieme un blog <http://www.becker-posner-blog.com> su temi alla frontiera dell'analisi economica del diritto).

⁷ Si veda, tra gli altri, Medema (2011).

Machiavelli è un contributo di *Public Choice* ante-litteram, quasi cinque secoli prima della moderna *Public Choice*. Cesare Beccaria e la Scuola di Scienza delle Finanze italiana mostrano come possa essere utile, ieri ma ancora oggi, la conoscenza e la comprensione del dibattito in lingua italiana al confine tra scienza giuridica e scienza economica⁸.

Oggi l'analisi economica del diritto affronta compositi temi di ricerca; da quelli più prossimi e naturali come la regolamentazione economica, il diritto antitrust e la disciplina dei servizi di pubblica utilità, a quelli più specifici e originali come l'analisi delle regole relative ai diritti di proprietà, alla formazione e adempimento dei contratti, ai criteri di imputazione della responsabilità civile e al governo dell'impresa; e ancora, lo studio dell'attribuzione dei compiti nella pubblica amministrazione e dell'efficienza delle pene nel diritto penale. Come scrive Ulen (2004), in alcuni di questi campi di ricerca l'analisi economica costituisce un'*ospite inattesa* (seppure questo non significhi che è un'ospite non gradita), dati i limiti morali al mercato su cui implicitamente si fondano molte discipline giuridiche.

Il presente scritto, riprendendo criticamente le fila dall'argomento coasiano, mostra e ribadisce l'artificialità e complementarietà delle istituzioni. Ne consegue un'illustrazione dei *bundle* istituzionali e una definizione più "ricca" di di scarsità includendovi la complessità giuseconomica.

2. In principio era il mercato

Il carattere distintivo dell'analisi economica del diritto, tanto da renderla un'*ospite inattesa*, è di essere mercato-centrica sia nel senso che le soluzioni avanzate mimano il mercato sia nel senso che il non-mercato ha solo un ruolo residuale nell'analisi. Come riassume bene una frase di Williamson (1975:20): *in principio era il mercato*. La ragione di questo mercato-centrismo va rintracciata nell'argomento coasiano e nell'inevitabile *path dependence* teorico-intellettuale dei contributi successivi.

Il "Problema del costo sociale" (1960) di Ronald Coase rappresenta il saggio con cui solitamente si segna l'inizio dell'analisi economica del diritto. Il titolo richiama un concetto di costo-opportunità per la società, ovvero le risorse scarse non sono organizzate in maniera tale da ottenere il più alto valore possibile.

⁸ Sul fronte dei giuristi, oltre a Posner e Calabresi spicca nelle prime fasi di elaborazione il contributo di Pietro Trimarchi (1961), giurista italiano, già Presidente Onorario della Società Italiana di Diritto ed Economia, che propone un'originale analisi economica della responsabilità civile.

L'articolo di Coase rivoluziona il concetto di esternalità. Se prima del contributo del 1960 il problema dell'esternalità era comunemente pensato come "A infligge un danno a B, e ciò che deve essere deciso è come si dovrebbe porre un freno ad A" (Coase 1960 in 1995:200), invece Coase (1960) mostra che

questo è sbagliato, perché si sta trattando un problema di natura simmetrica. Evitare il danno a B significherebbe infliggere un danno ad A. La vera domanda da porre [per il produttore della regola] è: si dovrebbe permettere ad A di danneggiare B, o si dovrebbe permettere a B di danneggiare A? La questione è quella di evitare il più grave tra i danni. (Coase 1960 in 1995:200)

Data la natura simmetrica dell'esternalità, se dobbiamo decidere il problema in termini di causa, entrambe le parti causano il danno. Conseguentemente, se l'obiettivo è l'efficienza, allora questo potrà essere raggiunto quando entrambe le parti prendono in considerazione l'effetto dannoso associato alla loro decisione.

Prendiamo un noto caso-studio⁹: l'odore della fabbricazione della birra disturba il convenuto e lo spinge a ostruire il passaggio dell'aria nel proprio cortile; ma questa occlusione all'aerazione deteriora la produzione di birra o meglio incrementa i costi a carico dell'attore. Il giudice stabilì che il convenuto dovesse rimuovere l'occlusione perché era stato rilevato che l'attore avesse usucapito il diritto a quel canale di aerazione. Ma, come osserva Coase, "[n]el decidere la questione, il principio di usucapione è rilevante [ai fini dell'efficienza] quasi come il colore degli occhi del giudice" (Coase 1960 in 1995:217). Infatti, il problema per l'economista dovrebbe essere il seguente: "un costo inferiore per la birra e una minore confortevolezza nelle case vicine, o piuttosto un maggiore costo per la birra e una maggiore confortevolezza"? (Coase 1960 in 1995:217). In questo senso la "regola efficiente" dovrebbe permettere un livello ottimale di svolgimento delle attività in questione.

Una prima soluzione a questo problema di esternalità era già stata avanzata dalla cosiddetta Scuola pigouviana: l'esternalità richiede come soluzione l'intervento pubblico sotto forma di tassazione in capo al danneggiante. Ma Coase mostra che possono esistere una pluralità di soluzioni istituzionali, oltre l'intervento governativo – il mercato, l'impresa e l'inerzia¹⁰ – e che il principio di causalità (*chi rompe, paga*) è, sotto certe condizioni, irrilevante per l'ottenimento dell'efficienza. In particolare, data la simmetria dell'esternalità è possibile "valorizzare" le preferenze individuali per ottenere un qualche scopo sociale (tipicamente, l'efficienza).

⁹ *Bass v. Gregory* (1890). Coase è probabilmente l'ultimo dei grandi economisti a esporre le proprie argomentazioni "attraverso il dominio di un testo letterario" (Grillo 1995), focalizzandosi su casi concreti.

¹⁰ Per inerzia si intende "lasciare tutto come è" dato che è troppo costoso ottenere un assetto istituzionale in grado di internalizzare l'esternalità. Questa soluzione è nota ai giuristi come opzione zero.

Il punto cruciale dell'argomento di Coase è rappresentato dal fatto che i diritti possono essere analizzati come fattori di produzione, e che

[i]l costo dell'esercizio di un diritto (di usare un fattore di produzione) è sempre la perdita che è subita altrove in conseguenza dell'esercizio di quel diritto - l'impossibilità di attraversare la terra, parcheggiare l'automobile, costruire una casa, godersi un panorama, avere pace e silenzio, o respirare aria pulita (Coase 1960 in 1995:258).

Data la simmetricità delle esternalità, il diritto può stimolare una rivalità tra agenti che perseguono i propri interessi sulla risorsa scarsa, come succede tra imprese che concorrono in un mercato per ottenere un asset produttivo.

Appare chiaro che in questa prospettiva la regola viene (parzialmente) svuotata del suo contenuto giuridico (spesso legato al principio di causalità) per essere arricchita di una funzionalità economica (ottenimento dell'efficienza). A tale scopo scrive Coase, però

[è] necessario sapere se l'attività produttiva che arreca il danno ne porta o no la responsabilità, perché senza una iniziale delimitazione dei diritti non ci può essere alcuna transazione che li trasferisca o li ricombini. Ma, se si assume che il sistema dei prezzi funziona a costo nullo, il risultato ultimo (che massimizza il valore della produzione) è indipendente dalla situazione giuridica originaria. (Coase 1960 in 1995:208)

Queste proposizioni racchiudono *in nuce* il Teorema di Coase¹¹, per cui sotto certe condizioni (*prima test*) la negoziazione privata comporta l'efficienza e (*seconda test*) tale risultato è invariante rispetto alla posizione originaria, ovvero alla definizione iniziale delle responsabilità. Le condizioni alla base sia della prima tesi sia della seconda sono tre. Primo, il diritto deve essere ben definito e chiaro; senza tale definizione una contrattazione non potrebbe iniziare. Secondo, la contrattazione del diritto deve essere "permessa", ovvero il diritto deve poter essere alienato e scambiato tra le parti coinvolte. Queste due prime condizioni possono essere riassunte con la richiesta di definizione di diritti di proprietà. Infine, la contrattazione deve avvenire senza costi, detti costi di transazione; ovvero i costi per il funzionamento del meccanismo dei prezzi (o mercato) devono essere trascurabili o nulli.

Una parte del successo del Teorema di Coase sta nell'indicazione ideologica che ne deriva. Le scienze sociali, come l'analisi economica del diritto, non hanno una linearità nel loro sviluppo (a differenza delle scienze esatte) perché spesso sono chiamate a rispondere a domande contingenti per una società. Negli anni '60 la Guerra Fredda sembrava volgere a favore della Russia Sovietica – basti pensare

¹¹ Un'implicita enunciazione del Teorema era già presente in un articolo di Coase del 1959, "The Federal Communications Commission". A seguito di questo saggio fu organizzata una cena da parte di alcuni economisti di Chicago (tra cui G. Stigler, M. Friedman e A. Director) allo scopo di mostrare a Coase alcuni errori della sua argomentazione. E invece furono gli altri commensali a ricredersi e a spingere Coase a scrivere il saggio del 1960 (Cf. Medema 2011). Come noto il Teorema di Coase fu formulato esplicitamente proprio da uno dei commensali presenti – George Stigler nel 1966 – su alcune proposizioni dell'articolo di Coase del 1960.

ai successi sovietici nella “corsa allo spazio” alla fine degli anni ’50 e inizio anni ’60, tali da convincere gli USA a mettere in atto lo sforzo del Programma Apollo – e ciò aveva spinto molti economisti (anche Chicagoans) a dubitare delle virtù del mercato per preferire strumenti di pianificazione pubblica e di intervento diretto nell’economia da parte dei governi. Il contributo di Coase si contrappose a questa prospettiva, tanto da imporre negli anni successivi lo spostamento del paradigma di riferimento. Anche per questa ragione, l’analisi economica del diritto promuove soluzioni che richiedano la creazione di un mercato o la replicazione del suo meccanismo¹².

3. Artificialità e complementarità istituzionale, ovvero perché *there is no institutional solution as a free lunch*

L’ipotesi di costi di transazione nulli è nella letteratura più dibattuta e studiata delle due tesi del Teorema di Coase summenzionate. Lo stesso Coase ha criticato tale ipotesi sia per la mancanza di coincidenza con la realtà sia per la sterilità derivante anche da un mero discorso teorico che assumesse tale ipotesi. E’ come se Pitagora (di cui il noto Teorema geometrico) avesse dimostrato ripetutamente che i triangoli rettangoli non esistono in realtà e che anche una pura astrazione di questa ipotesi non è utile per il dibattito teorico in geometria. Per di più Coase mostrò che i costi di transazione non sono nulli molto prima dello stesso Teorema che porta il suo nome, per la precisione nel 1937 con il suo articolo intitolato “La natura dell’impresa”.

Oltre il mercato, un’altra soluzione istituzionale (trascurata dagli economisti) al problema di esternalità è un’organizzazione gerarchica che “integri” le attività coinvolte: l’attività A acquisisce l’attività B, o l’attività B acquisisce l’attività A. Anche in questo caso, sotto certe condizioni, vale l’invarianza (*chi acquisisce chi*) rispetto all’efficienza. Coase chiama tale organizzazione impresa. Nel saggio del 1937 Coase afferma in particolare che la ragione principale per cui è vantaggioso costituire un’impresa piuttosto che usare il mercato è che esiste un costo d’uso del meccanismo dei prezzi. Se fosse vero, come assumono gli economisti, che nei mercati i costi di transazione sono nulli, allora tutte le transazioni dovrebbero avvenire nel mercato dato che è gratuito, piuttosto che in istituzioni gerarchiche come le imprese. Il fatto che le imprese esistano nella realtà e che i soggetti economici scelgano questa soluzione istituzionale per le proprie transazioni prova – secondo un ragionamento abduttivo – che i mercati hanno un costo e non sono sempre il modo più economico per strutturare le transazioni¹³.

¹² In questa direzione merita di essere citato un recente lavoro di Gary Becker e Richard Posner (2009), *Uncommon Sense*, dove il Teorema di Coase è diffusamente applicato per mostrare l’efficienza o meno di una regola in contesti molto variegati.

¹³ Un’interessante rilettura delle argomentazioni di Coase (1937) può essere quella della cosiddetta *efficiency defense* nel diritto della concorrenza: una fusione tra due imprese, da una parte costituisce un pericolo per il surplus del consumatore perché riduce il livello della

Questo implica che, piuttosto che supporre mondi con costi di transazione nulli, occorre

prendere in considerazione i costi di funzionamento delle varie forme di organizzazione sociale (sia che si tratti del funzionamento di un mercato o quello di un dipartimento governativo) così come i costi di adozione di un nuovo sistema (Coase 1960 in 1995:258-9).

Se Milton Friedman, con uno slogan popolare “*There’s no such thing as a free lunch*”, avverte che non esiste bisogno umano socialmente rilevante il cui soddisfacimento sia gratuito, Coase mostra che nessuna forma di organizzazione e assetto istituzionale con il compito di ridurre o minimizzare il costo sociale, può a sua volta essere gratuita¹⁴: ciò si potrebbe riassumere con lo slogan, *There’s no institutional solution as a free lunch*. Tale è il messaggio principale dell’argomentazione coasiana.

Il fatto che ogni istituzione (definendo per istituzione l’insieme delle regole di un ordinamento – pubblico o privato *à la* Williamson – che condizionano il comportamento degli individui), sia costosa implica che anche il mercato (inteso come un’istituzione fondata sullo scambio e sulla negoziazione privata), non sia “a self-generated phenomenon, a product of immaculate conception and virgin birth” (Dugger et al. 1992: 89). Usando una terminologia fortunata di Natalino Irti (2009) possiamo affermare che il mercato è un *locus artificialis* piuttosto che *locus naturalis* e che codesta artificialità deriva dalla tecnica del diritto che conferisce forma all’economia. La concorrenza, la capacità di contrattazione, l’*enforcement*, etc, non sono dati *in rerum natura*: la concorrenza va sostenuta tramite istituzioni indipendenti, la contrattazione implica dei vincoli alla libertà, la razionalità individuale è influenzata dalle istituzioni e norme presenti in una comunità, i comportamenti strategici che celino le informazioni rilevanti devono essere contrastati, la creazione di *enforcement* pubblici o privati è tutt’altro che senza costi. Come scrive Coase, “[l]a politica economica implica una scelta tra istituzioni sociali alternative, e queste ultime sono *create dal diritto e dipendono da esso*” (Coase 1960 in 1995: 69, corsivo aggiunto). In altri termini, l’argomentazione coasiana contrasta con un’idea di giusnaturalismo economico.

Inoltre l’artificialità del mercato comporta il rigetto dell’assunto che le istituzioni di non-mercato (impresa e Stato) siano meramente residuali al mercato¹⁵ o che il mercato esista *a prescindere* dallo Stato e dalle imprese. Infatti

concorrenza sul mercato, ma dall’altra un’integrazione delle attività, insegna Coase, può permettere un risparmio di costi (di transazione) che, a loro volta, possono determinare un beneficio anche per il consumatore finale.

¹⁴ Si veda anche Coase (1992).

¹⁵ Seppure siano meccanismi di non-mercato distinti, Coase mostra che l’impresa è un’istituzione di non-mercato nel 1937 e lo ribadisce nel 1960, e che lo Stato è un’istituzione di non-mercato nel 1960. In ambedue i casi però tali istituzioni di non-mercato sono descritte in negativo o comunque in opposizione al meccanismo di mercato; (troppo) poco o niente si dice invece su

il mercato per funzionare necessita (almeno) di un custode del diritto (tipicamente uno Stato) e di merci da scambiare (prodotte dalle imprese). Le istituzioni non sono quindi sempre alternative (a differenza di quanto scrive Williamson 1975: 8, “[m]arket and firms are alternative instruments”) ma potenzialmente complementari¹⁶. Un esempio noto anche se poco studiato in tal senso è quello del Protocollo di Kyoto. Infatti il Protocollo, solitamente descritto come un’applicazione stretta del Teorema di Coase, ci mostra invece come meccanismi istituzionali diversi (anche gerarchici) possano co-esistere e sorreggersi l’un l’altro. Si stabilisce un mercato dei diritti a inquinare che ha come attori le imprese (ovvero, istituzioni di non-mercato) e la cui definizione delle emissioni complessive è stabilita non dalla legge della domanda e dell’offerta ma dagli Stati (ovvero, istituzioni di non-mercato) secondo un meccanismo di *cap and trade*¹⁷.

La costosità di ogni istituzione comporta quindi l’emergere nella realtà di un *bundle* istituzionale come soluzione al problema delle esternalità; e un compito ancora troppo trascurato dall’analisi economica del diritto è quello di investigare se e quando il *bundling* o l’*unbundling* istituzionale è efficiente, ovvero se e quando il meccanismo di una istituzione migliora il meccanismo di un’altra o lo rende maggiormente difficoltoso e inefficiente.

4. La scarsità giuseconomica

Anche il risultato del caso di Haifa mostra l’artificialità delle istituzioni. Perché i soggetti, quando il prezzo era nullo (prima dell’introduzione della sanzione),

come funzionino (ed è stata forse questa una ragione per cui è emersa una fiorente letteratura sul tema): per esempio non si definisce cosa sia un’autorità nell’impresa, come si renda concreta la coercizione di uno Stato oppure perché i soggetti “accettino” un potere nell’impresa e/o dello Stato, etc. Si ringrazia il Professor Pardolesi per avermi sollecitato a chiarire questo passaggio.

¹⁶ Per un approdimento si veda Vatiero (2009), capitolo 4.

¹⁷ La ragione principale del *cap and trade* sta nella numerosità dei soggetti che utilizzano in comune la risorsa: aria con o senza emissioni di gas serra. E più in particolare, nella numerosità di coloro che hanno interesse a mantenere pulita tale risorsa, come per esempio i cittadini dei singoli stati. Mancur Olson ha mostrato che non sempre individui con interessi comuni agiscono volontariamente in modo tale da cercare di favorire “l’interesse di gruppo”. A meno di un numero di individui molto piccolo, o a meno che ci sia una coercizione, ogni volta che non sia possibile escludere nessuno dai benefici degli altri (tragedia delle risorse comuni), ognuno è motivato a non contribuire al lavoro comune, e, invece, a sfruttare gratuitamente il lavoro degli altri (comportamento di *free-riding*). In altre parole, sebbene i cittadini fossero tutti interessati a un’aria pulita, in pochi (o, in teoria, nessuno) si impegnerebbero e adopererebbero “al massimo” per lo scopo comune. Questo comporterebbe una deviazione e distorsione della negoziazione efficiente dato che una parte delle preferenze individuali sarebbero sottostimate (o comunque non stimate correttamente). E anche se ci fosse una volontà da parte di tutti i soggetti coinvolti ad adoperarsi per l’interesse comune, sarebbe troppo costoso far coagulare un interesse collettivo e sostenere un’effettiva azione collettiva. E poi chi si assumerebbe questa spesa? Nel sistema dei permessi l’interesse dei cittadini è perciò raccolto dall’autorità pubblica che stabilisce il massimo livello di emissioni sostenibili.

non avevano tassi di ritardo più alti, almeno più alti di quelli con una sanzione positiva? La ragione è che servono regole per l'esistenza stessa del mercato. Prima della sanzione il mercato è assente perché – come anche affermano i due autori – l'incompletezza contrattuale tra famiglie e struttura scolastica aveva lasciato ambigua la circostanza dei ritardi: e.g., chi è responsabile della custodia? Fino a quando? Paradossalmente, solo con l'introduzione della sanzione si è completata questa lacuna contrattuale, o perlomeno questa è stata la percezione per le famiglie (o alcune di queste), determinando l'emergere di un proto-mercato del ritardo.

Detto altrimenti, nel caso di Haifa, solo a seguito della definizione della sanzione per i soggetti “si chiarisce” che l'istituto scolastico abbia il diritto di chiedere un compenso per il ritardo del genitore, e che il genitore abbia il dovere di “indennizzare” la scuola per il suo comportamento. Una relazione di diritto-dovere, che “transa” in un'opposta relazione di diritto-dovere quando il genitore compra (pagando la sanzione) il diritto ad avere il figlio in custodia dall'istituto per un certo lasso di tempo eccedente il normale orario scolastico, e la scuola ha il dovere di custodirlo. Questo rapporto diritto-dovere ci porta alla formulazione classica delle relazioni giuridiche di Wesley N. Hohfeld, come in figura 1 (riadattata da Vatiero 2010, Fiorito e Vatiero 2011).

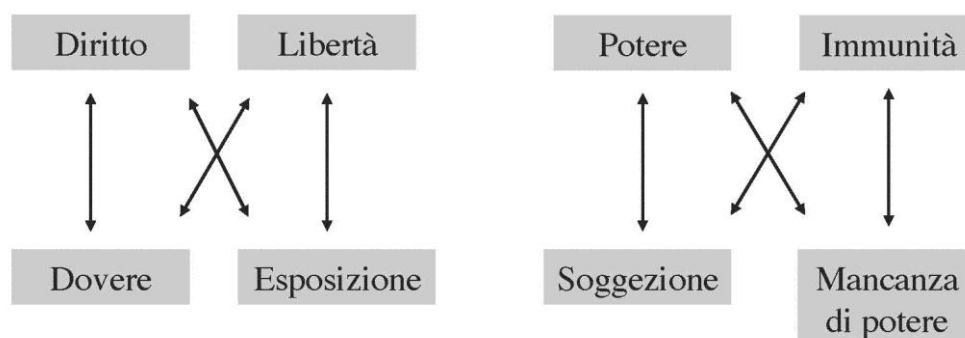


Figura 1

Nella formulazione di Hohfeld, oltre alla relazione giuridica progressiva (diritto-dovere), è definita anche la relazione giuridica regressiva: libertà-esposizione. Se il soggetto A ha la libertà di dipingere le pareti di casa propria del colore che preferisce (esempio, in rosa), il vicino, quando le finestre sono aperte, è esposto a quella libertà se la visione del colore rosa delle pareti gli comporta qualche disagio o qualche agio¹⁸.

Per completare lo schema di Hohfeld, dobbiamo introdurre le relazioni giuridiche endogene. Infatti, nelle relazioni diritto-dovere e libertà-esposizione, è previsto l'intervento di un pubblico ufficiale per rendere effettive (*enforceable*) le relazioni giuridiche. Per esempio, se il venditore non consegna al compratore

¹⁸ L'esempio è ripreso da Sen (1970).

il bene, allora il compratore può rivolgersi a un'autorità terza (*enforcement* esogeno) che assicuri la realizzazione della compravendita così come prevista dall'ordinamento. Ma se un dipendente svolge il proprio lavoro con scarso impegno, il datore di lavoro non richiederà l'intervento di un pubblico ufficiale ma dovrà endogenamente predisporre un meccanismo di incentivi per stimolare il lavoratore a svolgere il lavoro con l'impegno che lui si attende.

I soggetti possono quindi modificare e ridefinire endogenamente la situazione giuridica. La possibilità di operare questo risultato nel modo voluto si chiama *potere*. La possibilità che una relazione giuridica si "trasformi" è coerente con l'etimologia stessa del termine potere: *potis esse*¹⁹. La situazione di chi subisce le conseguenze dell'esercizio del potere si chiama *soggezione*. Per soggezione si intende quindi qualsiasi situazione nella quale un soggetto subisce le conseguenze di un potere. Potere e soggezione sono quindi correlati tra loro. Oltre alle relazioni giuridiche "endogene" progressive (potere-soggezione), possiamo definire le relazioni giuridiche "endogene" regressive. Se una parte non ha il potere di modificare una certa situazione giuridica dell'altra, diciamo che questa seconda parte ha una corrispondente immunità a cui è correlata una mancanza di potere. Abbiamo così ottenuto un'ulteriore coppia di concetti: *immunità e mancanza di potere*²⁰.

Gli otto concetti elementari illustrati fin qui possono venire disposti in uno schema come in figura 1. Le linee verticali collegano tra loro concetti correlati; i concetti correlati esistono simultaneamente. Le linee oblique congiungono i concetti opposti; questi, per definizione, non possono coesistere. Possiamo quindi dedurre un'idea di equilibrio economico (Pagano 1995, 2007, 2010). In equilibrio, a un diritto corrisponde un dovere, così come in un equilibrio di concorrenza perfetta il prezzo di riserva di chi compra è uguale a prezzo di riserva di chi vende. E in caso di disequilibrio, qualcuno reclamerà (per esempio davanti a un tribunale) un livello più alto di pretese rispetto al livello di dovere offerto dall'altro, così come in un disequilibrio di mercato qualcuno sarà disponibile a comprare a un prezzo maggiore il bene o servizio rispetto al prezzo corrente.

¹⁹ Sul tema del potere in una prospettiva di Law and Economics si rimanda a Vatiero (2009).

²⁰ Si riconsideri la relazione tra lavoratore e datore di lavoro. Chi ha il potere sull'altro? Siamo portati a considerare il lavoratore in una posizione di soggezione e "mancanza di potere" rispetto al datore di lavoro. È probabilmente vero in molti casi ma è parziale. Il lavoratore potrebbe endogenamente acquisire potere o immunità se grazie alle sue capacità e competenze fosse difficile da sostituire per il proprio datore di lavoro e contestualmente fosse richiesto da molti datori di lavoro alternativi. Si pensi al "lavoratore" Ronald H. Coase nei confronti del proprio datore di lavoro, l'Università di Chicago. In questa situazione il lavoratore potrebbe esercitare un certo grado di potere, o perlomeno, un'immunità da talune pretese del datore di lavoro. Ma affinché questa situazione perduri, gli investimenti in competenze e capacità del lavoratore devono essere "maggiori" degli investimenti del datore di lavoro nel cercare risorse alternative alle competenze e capacità del lavoratore Ronald Coase; per l'Università di Chicago quindi avere o 'produrre' una moltitudine di Premi Nobel per l'Economia riequilibra il rapporto con Ronald H. Coase. Detto altrimenti, in certe situazioni, le parti definiscono endogenamente le posizioni di potere in una relazione.

Inoltre le relazioni giuridiche costituiscono in realtà degli aggregati complessi di rapporti elementari. Le relazioni nella realtà non sono solo endogene o solo esogene per cui esiste sempre un *bundle* di istituzioni gerarchiche e non-gerarchiche²¹.

Emerge infine un'ultima considerazione rilevante: ogni posizione giuridica (diritto, dovere, libertà, etc.) è scarsa nel senso economico del termine perché non può essere consumata in quantità uguali per tutti, poiché implica che qualcuno (almeno uno) abbia una posizione giuridica corrispondente: al diritto per uno corrisponde sempre il dovere per almeno un altro, così come la libertà per una parte è correlata, per definizione, un'esposizione di almeno una controparte; e ancora, un potere implica una soggezione e un'immunità implica un'assenza di potere. Diritto, potere, etc. non possono essere "consumati" positivamente da tutti, e per questo sono risorse scarse. E come tutte le risorse scarse, suggerirebbe l'economista, devono essere razionalizzate²².

Se si accetta la definizione di diritto come relazione giuridica (almeno per quel che concerne i diritti reali), alla scarsità economica delle risorse – oggetto di analisi dell'economia – si aggiunge la scarsità giuridica delle posizioni giuridiche stabilite su quelle risorse.

²¹ L'unica circostanza di un contesto con solo relazioni endogene è l'isola di Robinson e Venerdì, dove è assente un terzo potenziale *enforcer*. Fuori da questo contesto, nella realtà di una comunità, c'è sempre la presenza di un *enforcer*, terzo tra le parti, e quindi di relazioni esogene. Analogamente, un contesto con solo relazioni esogene è un contesto con contratti completi e costi di transazione nulli. Fuori da questo contesto l'*enforcer* è fallibile e quindi c'è spazio anche per relazioni endogene. Esemplificando, nella relazione tra Coase e l'Università di Chicago (*supra* note) non ci sono solo relazioni endogene, ma anche esogene: per esempio se il lavoratore ruba parte delle dotazioni messe a disposizione dal datore di lavoro, quest'ultimo non "reagirà" mediante uno schema di disincentivi/incentivi endogeni, ma rivolgendosi alle autorità competenti per far tutelare le sue pretese. Il diritto in una prospettiva di analisi economica del diritto è quindi un aggregato (molto spesso in disequilibrio) di pretese, facoltà, immunità e poteri riconosciuti al singolo per la soddisfazione di un suo interesse secondo il suo libero apprezzamento.

²² Di particolare interesse per l'analisi economica del diritto è anche la verifica sperimentale dell'assunto razionale che gli agenti siano auto-interessati (Sunstein 2000, Henrich et al. 2001). A tal proposito, abbiamo affermato, seguendo la teoria delle relazioni giuridiche, che a ogni diritto corrisponde sempre un dovere, o meglio al consumo positivo di un diritto corrisponde necessariamente un consumo positivo di un dovere; questa tipologia di consumo è diversa dalla teorizzazione classica in presenza di beni privati (al consumo positivo di un bene privato corrisponde un consumo nullo dello stesso bene per qualcun altro). Detto altrimenti, i diritti-doveri seguono una logica molto simile a quella dei giochi a somma-zero. E' opportuno domandarsi quindi se tale circostanza può rendere le scelte individuali più altruiste, più egoiste o non ha nessuna conseguenza. Per esempio, le strategie escludenti nei mercati mostrano che le imprese talvolta perseguono l'acquisizione o il mantenimento di un diritto sugli asset non tanto o non solo per un chiaro beneficio sulle proprie attività ma per il costo/dovere che questo diritto implica sulle attività dei concorrenti (cf. Vatiello 2009, capitolo 5). Quindi, seppure l'analisi economica del diritto è saldamente ancorata all'individualismo metodologico, questo non implica che gli individui siano sociopatici, ma che talvolta scelgano anche valutando gli effetti delle proprie decisioni sulla comunità o su taluni soggetti di riferimento, in particolare quando si tratta di scelte che implicano una certa allocazione dei diritti e dei doveri.

Possiamo quindi derivare un concetto di scarsità più complesso, che potremmo chiamare di scarsità giuseconomica: alla razionalizzazione delle merci si somma e si ricollega la razionalizzazione delle regole, sia nel senso che le istituzioni sono costose (data l'artificialità summenzionata) sia per il fatto che le posizioni giuridiche sono scarse (perlomeno se si accetta la teoria delle relazioni giuridiche *à la* Hohfeld).

5. Considerazioni finali

L'analisi economica del diritto ha avuto uno straordinario successo. Ne è testimonianza il fatto che ben sei Premi Nobel per l'Economia negli ultimi venti anni circa hanno contribuito direttamente allo sviluppo dell'analisi economica del diritto: J. Buchanan, R.H. Coase, G.J. Becker, D.C. North, O.E. Williamson e E. Ostrom. La materia ha come scopo originale quello di studiare e proporre regole efficienti. Ed è quindi al concetto di efficienza²³ che ora ci dedichiamo, mostrandone una revisione critica sulla scorta di quanto sin qui illustrato.

L'argomentazione di Coase include sia un concetto di efficienza del fine sia un concetto di efficienza nei mezzi²⁴: quando Coase parla di massimizzazione della produzione congiunta e complessiva delle attività, sta perseguendo un'efficienza del fine; quando Coase invece offre una trattazione ampia sulla pluralità di meccanismi istituzionali (impresa, mercato, stato) e sul ruolo della comparazione istituzionale come fulcro dello studio di politica economica, sta fornendo una valutazione dell'efficienza nei mezzi. La valutazione coasiana dell'efficienza nei mezzi è rilevante anche in separazione dall'obiettivo dell'efficienza del fine? Non potendo fornire una risposta esaustiva, si può comunque sottolineare che Coase, avendo come scopo quello di criticare l'approccio pigouviano, non poteva omettere come fine la massimizzazione della produzione; ma, d'altro canto, è evidente, che l'elemento più innovativo dell'argomentazione coasiana sta nel mostrare la pluralità di potenziali soluzioni istituzionali.

Il presente scritto ha evidenziato due prospettive di sviluppo della materia in linea con l'efficienza nei mezzi: lo studio del (*un*)*bundling* istituzionale e l'analisi della scarsità giuseconomica. Più precisamente, la comparazione degli assetti istituzionali come richiesta da Coase dovrebbe prevedere (i) la consapevolezza che i "mezzi istituzionali" siano artificiali e che conseguentemente (ii) possano

²³ Per una trattazione del principio di efficienza sia nella sua formulazione nota come ottimo Paretiano sia nella formulazione offerta dagli economisti Nicholas Kaldor e John R. Hicks fondata sul criterio di compensazione, si veda Zerbo (2001).

²⁴ Per efficienza del fine si considera, sostanzialmente, la massimizzazione delle ofelimità individuali; queste possono derivare dal consumo e/o dalla produzione di risorse. Per efficienza nei mezzi si intende invece, dato un fine (anche distinto dall'efficienza), qual è il modo più economico per raggiungere quel fine.

nella realtà emergere *bundle* istituzionali di cui occorre studiarne l'efficienza come mezzi, e infine (iii) lo studio dell'efficienza della regola debba tener conto, oltre che della limitatezza delle merci, anche della costosità delle istituzioni e della scarsità delle posizioni giuridiche.

Riferimenti bibliografici

- C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1763).
- G.S. Becker e R. Posner, *Uncommon sense: economic insights, from marriage to terrorism* (University of Chicago Press, 2009).
- G. Calabresi, *Il futuro dell'analisi economica del diritto* Suppl. al n. 68 numero speciale novembre Liuc Papers 32-39 (1999).
- G. Calabresi e P. Bobbit, *Scelte tragiche* (Milano, Giuffrè, 2006).
- G. Calabresi e A.D. Melamed, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the Cathedral* 85(6) HARVARD LAW REVIEW 1089-1128 (1972).
- R.H. Coase, *The nature of the firm* 4(16) ECONOMICA 386-405 (1937). Edizione italiana a cura di M. Grillo, *Impresa, mercato e diritto* (Bologna, il Mulino, 1995).
- R.H. Coase, *The Federal Communications Commission* 2 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 1-40 (1959).
- R.H. Coase (1960), "The problem of social cost", *Journal of Law and Economics*, 3:1-44. Edizione italiana a cura di M. Grillo, *Impresa, mercato e diritto* (Bologna, il Mulino, 1995).
- R.H. Coase, *The institutional structure of production* 82(4) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 713-719 (1992). (Nobel Prize Lecture).
- R. Cooter, *Prices and sanctions* 84(6) COLUMBIA LAW REVIEW 1523-60 (1984).
- R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Padolesì e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, Fondamenti* (Bologna, il Mulino, 2006).
- W.M. Dugger, T. Waller e Jr. Armonk, *The stratified State: radical institutionalist theories of participation and duality* (NY, M.E. Sharpe, 1992)

- Fiorito L. e M. Vatiero, *Beyond legal relations: Wesley Newcomb Hohfeld's influence on American Institutionalism* 45(1) JOURNAL OF ECONOMIC ISSUES 199-222 (2011).
- U. Gneezy e A. Rustichini, *A fine is a price* 29(1) JOURNAL OF LEGAL STUDIES 1-17 (2000).
- M. Grillo, *Introduzione*, in R. H. Coase *Impresa, mercato e diritto* 7-38 (Bologna, il Mulino, 1995).
- J. Henrich, R. Boyd, S. Bowles, C. Camerer, F. Colin, E. Fehr, H. Gintis e R. McElreath, *In search of Homo Economicus: behavioral experiments in 15 small-scale societies* 91(2) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 73-8 (2001).
- N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato* (Roma-Bari, Editori Laterza, 2009).
- N. Machiavelli, *Il Principe* (1513).
- S.G. Medema, *The hesitant hand* (Princeton University Press, 2011).
- N. Mercuro e S.G. Medema, *Economics and the law. From Posner to postmodernism and beyond*, (Princeton University Press, 2006).
- A. Nicita e M. Vatiero, *Towards a broader notion of transaction?* 1 STUDI E NOTE DI ECONOMIA 7-22 (2007).
- U. Pagano, *Economia e diritto*, 291-316, in A. Boitani e G. Rodano (a cura di), *Relazioni pericolose. L'avventura dell'economia nel pensiero economico* (1995).
- U. Pagano, *Legal positions and institutional complementarities*, in F. Cafaggi, A. Nicita e U. Pagano (a cura di), *Legal orderings and economic institutions* 54-83 (London, Routledge, 2007).
- U. Pagano *Posizioni giuridiche e complementarità istituzionali* 1 STUDI E NOTE DI ECONOMIA (2010).
- A.K. Sen, *The impossibility of a Paretian liberal* 78 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 152-7 (1970).
- G.J. Stigler, *The theory of price*, (New York, Macmillan, 1966).
- C.R. Sunstein, *Behavioral Law and Economics*, (Cambridge University Press, 2000).
- P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva* (Milano, Giuffrè, 1961).
- T.S. Ulen, *The unexpected guest: Law and Economics, law and other cognate disciplines, and the future of legal scholarship* 79(2) CHICAGO-KENT LAW REVIEW 403-29 (2004).
- M. Vatiero, *Understanding power. A Law and Economics approach* (VDM-Verlag, 2009).
- M. Vatiero, *From W. N. Hohfeld to J.R. Commons, and beyond? A Law and Economics enquiry on jural relations* 69(2) *American Journal of Economics and Sociology* 840-66 (2010).
- O.E. Williamson, *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications* (New

York, Free Press).

R.O.Jr. Zerbe, *Efficiency in Law and Economics* (Aldershot England, Edward Elgar, 2001).