

L'ANALISI ECONOMICA COME ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

Giovanni Tuzet
Professor Associado,
Università Bocconi, Milão,
Itália. E-mail: giovanni.
tuzet@unibocconi.it

Recebido: novembro 27,
2018

Aceito: fevereiro 14, 2019

Economic Analysis as Legal Argumentation

RESUMO

In primo luogo l'articolo considera l'analisi economica come un tipo di argomentazione giuridica. Gli argomenti che fanno leva sulle conseguenze economiche di un atto giuridico vengono considerati come una forma di argomentazione consequenzialista e viene osservato che tali argomenti competono con molti altri nel contesto dell'interpretazione e dell'applicazione giudiziale del diritto. In secondo luogo viene considerata la pretesa dell'analisi economica di concepire le norme giuridiche come incentivi e viene osservato che tale prospettiva dipende da una serie di argomenti metodologici e una serie di argomenti circa i valori da massimizzare e la razionalità degli agenti economici.

Palavras-chave: Analisi economica; Argomentazione giuridica; Consequenzialismo; Economia comportamentale; Economia neoclassica.

Abstract

Firstly, the article takes economic analysis as a type of legal argumentation. The arguments that leverage the economic consequences of legal acts are a form of consequentialist argumentation and it is noted that these arguments compete with many others in the context of judicial interpretation and application of law. Secondly, the claim of economic analysis to conceive of legal norms as incentives is considered and it is observed that this perspective depends on a series of methodological arguments and of arguments about the values to be maximized and the rationality of economic agents.

Keywords: Behavioral Economics; Consequentialism; Economic Analysis; Legal Argumentation; Neoclassical Economics.

L'idea è questa: coloro che fanno analisi economica del diritto sviluppano dei particolari argomenti di rilievo giuridico. Che argomenti? Sostanzialmente, degli argomenti consequenzialisti a proposito del diritto.

1. INTRODUZIONE

Il presente contributo intende in primo luogo considerare l'analisi economica come un tipo di argomentazione giuridica. Gli argomenti che fanno leva sulle conseguenze economiche di un atto giuridico vengono considerati come una forma di argomentazione consequenzialista (§ 2) e viene osservato che tali argomenti competono con molti altri nel contesto dell'interpretazione e dell'applicazione giudiziale del diritto (§ 3). Un caso statunitense, *Tennessee Valley Authority v. Hill*, viene presentato come esempio di controversia argomentativa che coinvolge considerazioni economiche.

In secondo luogo viene considerata in questo articolo la pretesa dell'analisi economica di concepire le norme giuridiche come incentivi (§ 4) e viene osservato che tale prospettiva dipende non solo da una serie di argomenti metodologici in merito alla distinzione fra piano positivo e piano normativo (§ 5) ma anche (e in maniera ancor più significativa) da una serie di argomenti circa i valori da massimizzare e la razionalità degli agenti economici (§ 6). Lo *schema fondamentale* dell'approccio economico al diritto (presentato al § 4) non può trovare applicazione senza tali argomenti.

In guisa di conclusioni il contributo raccomanda sia una maggiore attenzione agli argomenti economici da parte dei giuristi sia una maggiore consapevolezza della varietà e peculiarità dell'argomentazione giuridica da parte degli economisti (§ 7).

2. ANALISI ECONOMICA E ARGOMENTAZIONE

L'analisi economica del diritto (AED) e la teoria dell'argomentazione giuridica sono discipline distinte ma hanno alcune connessioni interessanti. Una di esse è il fatto che l'AED può essere concepita come *un tipo di argomentazione giuridica*. L'idea è questa: coloro che fanno analisi economica del diritto sviluppano dei particolari argomenti di rilievo giuridico. Che argomenti? Sostanzialmente, degli *argomenti consequenzialisti* a proposito del diritto.

Gli argomenti consequenzialisti sono quelli che determinano il significato, l'importanza o il valore di qualcosa guardando alle sue

conseguenze¹. Argomenti di questo tipo sono ampiamente utilizzati in ambito economico e in ambito morale. Infatti, per il consequenzialismo etico un atto è moralmente buono se le sue conseguenze sono moralmente buone, ed è moralmente cattivo se moralmente cattive sono le sue conseguenze². Mentre in ambito economico si dirà che un certo processo o fatto economico è da valutare positivamente se positive sono le sue conseguenze economiche ed è invece da valutare negativamente se le sue conseguenze economiche sono negative.

Tipicamente, gli argomenti consequenzialisti di carattere economico vertono sui costi e i benefici di atti, fatti o processi³. Così un atto si dirà economicamente buono se i suoi benefici economici superano i costi e si dirà economicamente cattivo se i suoi costi superano i benefici.

Applicati all'ambito giuridico gli argomenti consequenzialisti consistono nell'individuare e valutare le conseguenze di atti giuridici, norme giuridiche o interi sistemi di norme. Tanto la legislazione quanto la giurisdizione sono suscettibili di un'analisi consequenzialista che ne studia e valuta le conseguenze. In termini economici si tratta di individuare e stimare le conseguenze economiche di atti legislativi, decisioni giudiziali, provvedimenti amministrativi, ecc. La bontà di tali conseguenze funge così da ragione per giustificare tali atti, decisioni o provvedimenti.

Guardando più da vicino la prassi dell'argomentazione giuridica, troviamo che in essa si parla talora di argomenti "orientati alle conseguenze"⁴, talaltra di argomenti "teleologici"⁵. I secondi sono quelli che, specie in sede interpretativa⁶, fanno riferimento allo scopo dell'atto normativo, o per meglio dire allo scopo di chi pone o utilizza l'atto. In questo senso raccomandano l'interpretazione che meglio realizza lo scopo dell'atto. Notiamo così che gli argomenti teleologici

¹ Naturalmente ce ne sono molte varianti che qui non abbiamo modo di discutere. Una è l'argomentazione pragmatista che, sulla scorta della massima pragmatica di Peirce, individua il significato di una concezione nei suoi concepibili effetti pratici (la massima è del 1878, ora si può leggere in PEIRCE, 1992, p. 132).

² PETTIT, 1991. Cfr. MACCORMICK, 1983.

³ Sulla *Cost-Benefit Analysis*, v. fra gli altri KORNHAUSER, 2000.

⁴ MENGONI, 1994.

⁵ DICIOTTI, 2013.

⁶ BARAK, 2005.

possono essere ricompresi nella più ampia categoria degli argomenti consequenzialisti, con un'avvertenza sulla peculiarità che li distingue da altri argomenti della categoria: l'argomentazione teleologica è orientata a un certo tipo di conseguenze, quelle auspiccate da chi pone o utilizza l'atto normativo, mentre altri argomenti consequenzialisti fanno leva sulle conseguenze che vengono o verranno prodotte di fatto, a prescindere – o persino a dispetto – degli auspici di chi pone o utilizza l'atto in questione. In questo senso va fatta una *distinzione fra conseguenze intenzionali e non*.

Un'altra distinzione da tenere a mente è che talvolta gli argomenti consequenzialisti riguardano le conseguenze *già* prodotte da un certo atto o una certa norma, talaltra vengono sviluppati a proposito delle *prevedibili* conseguenze dell'atto o della norma. Specialmente quando l'atto normativo dev'essere ancora adottato, non è raro trovare degli argomenti consequenzialisti che cercano di giustificarlo o di screditarlo facendo leva sulle buone o cattive conseguenze che è prevedibile produca. In questo senso si fanno valere le considerazioni economiche sulla prevedibile efficienza o inefficienza di una normativa che dev'essere ancora adottata, o di una decisione giudiziale discussa fra i membri di una corte prima della sua adozione, o anche di un contratto che dev'essere ancora sottoscritto. In questo senso va fatta una *distinzione fra prospettiva ex ante ed ex post*.

Le due distinzioni appena fatte si possono combinare articolando quattro possibili oggetti di analisi consequenzialista circa un atto normativo. In una prospettiva *ex ante* e focalizzandosi sulle conseguenze economiche di un atto (CE) propongo di tracciare questi schemi di analisi, dove la freccia indica una relazione causale:

- 1) Atto normativo → CE attese e intenzionali;
- 2) Atto normativo → CE attese e non intenzionali.

Mentre in una prospettiva *ex post* si possono tracciare questi schemi ulteriori:

- 3) Atto normativo → CE prodotte e intenzionali;
- 4) Atto normativo → CE prodotte e non intenzionali.

Nell'ambito dell'interpretazione e applicazione giudiziale del diritto, in particolare, gli argomenti spendibili sono molti e di natura diversa (argomenti testuali, teleologici, sistematici, valoriali, dell'intenzione del legislatore, dei precedenti, dei principi costituzionali e via dicendo)

Questi schemi analitici sono senz'altro d'aiuto a chi voglia stimare gli effetti e il valore di un atto normativo. Prendiamo ad esempio un atto legislativo che ponga un tetto al canone di locazione di immobili a uso abitativo (il cd. equo canone): chi pone la norma si aspetta *sub* 1) un incremento delle locazioni, ma qualcuno può osservare *sub* 2) che la disponibilità di immobili potrebbe diminuire se i proprietari decidessero di farne un uso diverso dal locarli a un canone inferiore; *ex post* si andrebbe quindi a verificare *sub* 3) se si sono prodotte le conseguenze auspiccate da chi ha posto la norma o piuttosto *sub* 4) le conseguenze indesiderate di una carenza di immobili da locare o un eccesso di domanda⁷.

Ma nel contesto dell'argomentazione giuridica le considerazioni economiche non sono che un tipo di considerazioni rilevanti. Nell'ambito dell'interpretazione e applicazione giudiziale del diritto, in particolare, gli argomenti spendibili sono molti e di natura diversa (argomenti testuali, teleologici, sistematici, valoriali, dell'intenzione del legislatore, dei precedenti, dei principi costituzionali e via dicendo)⁸.

3. ARGOMENTI ECONOMICI ED ALTRI ARGOMENTI

Gli argomenti economici possono entrare in conflitto con altri argomenti tipicamente utilizzati nella prassi dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica. La teoria dell'argomentazione giuridica studia l'ampio novero degli argomenti utilizzati per interpretare le disposizioni giuridiche e ricavarne norme da applicare alle fattispecie concrete. Fra questi si contano l'argomento del significato letterale della disposizione, l'argomento dell'intenzione del legislatore, l'argomento dello scopo o *ratio* della disciplina, gli argomenti sistematici che fanno leva sulla collocazione della disposizione all'interno di un certo sistema, e altri ancora. Alcuni di questi argomenti possono entrare in conflitto con gli argomenti economici orientati alle conseguenze e a tal punto andrà stimata la forza degli uni e degli altri al fine di risolvere la controversia o il problema in questione.

⁷ Sull'esempio v. più in dettaglio COOTER et al. 2006, pp. 53-54.

⁸ Si possono vedere TARELLO, 1980, p. 341 ss., MACCORMICK; SUMMERS, 1991, pp. 512-515, ATIENZA, 2006, p. 154 ss., CHIASSONI, 2007, p. 80 ss.

Un caso curioso che lo illustra è Tennessee Valley Authority v. Hill (1978)⁹. Si tratta di una controversia nata da un'istanza di alcuni gruppi ambientalisti che agiscono contro un'autorità amministrativa (la Tennessee Valley Authority) al fine di bloccare la costruzione di una diga dal valore economico di 100 milioni di dollari. L'argomento utilizzato da tali gruppi è che la realizzazione della diga minaccia l'esistenza dello Snail Darter (un piccolo pesce di tre pollici e di nessun particolare interesse scientifico, estetico ed economico). Ma non si tratta solo di un argomento morale o di principio a favore del pesce: la realizzazione della diga violerebbe un atto legislativo del Congresso degli Stati Uniti, ossia l'Endangered Species Act (1973) che protegge le specie animali minacciate.

L'autorità amministrativa argomenta di converso che l'atto legislativo non si applica a progetti già autorizzati, finanziati e sostanzialmente completati – com'è di fatto la diga in questione – bensì a progetti futuri, ancora da autorizzare, finanziare ecc.

Per curioso che sia, il caso arriva presso la Corte suprema statunitense la quale a maggioranza decide per il pesce, ordinando che la costruzione della diga venga interrotta nonostante la considerevole perdita di fondi pubblici. Gli argomenti che per la maggioranza giustificano tale decisione sono l'intenzione del legislatore ricavabile dal testo (intenzione che si estenderebbe ai progetti già autorizzati ecc.) e il principio della protezione delle specie minacciate. Ma il giudice Powell osserva in un'opinione dissenziente che tale decisione produce delle "conseguenze assurde" sotto il profilo economico.

In favore della diga c'erano dunque la diversa ricostruzione dell'intenzione legislativa operata dall'autorità amministrativa e l'argomento economico consistente nello stimare i costi e i benefici dell'alternativa decisionale. In termini economici era in effetti difficile decidere per il pesce. Il valore economico della diga (che sarebbe stata utilizzata per la produzione di energia) era pacificamente stimato intorno ai 100 milioni di dollari. Questo era il costo certo del rinunciarvi, a fronte di un beneficio che era poco plausibile ritenere superiore, considerato che lo Snail Darter è un piccolo pesce *di nessun particolare interesse scientifico, estetico ed economico*. Inoltre, il costo della decisione in favore della diga era da computare come

⁹ Viene discusso in DWORKIN, 1986, pp. 21-23.

Non è impossibile pensare al valore economico di un kg di Snail Darter, assumendo che ci sia una domanda di tale pesce e un corrispondente mercato. Ma che valore può avere l'intera specie?

costo atteso consistente nella perdita del pesce moltiplicata per la sua probabilità: non era certo che il pesce si sarebbe estinto, era solo “minacciato”.

Posto che il valore della diga era di 100 milioni, assumendo in assenza di altre informazioni che il rischio di perdere il pesce fosse dello 0,5 e assumendo generosamente che il valore di tale specie ittica fosse allora di 1 milione, la decisione pro pesce aveva un costo di 100 milioni a fronte di 1 milione di beneficio, mentre la decisione pro diga aveva un beneficio di 100 milioni a fronte di un costo di mezzo milione (1 milione moltiplicato per 0,5).

Eppure, a torto o a ragione, la Corte decide per il pesce ritenendo che gli argomenti non economici in gioco abbiano in questo caso una maggiore forza o importanza giuridica.

Non è da trascurare inoltre che in un caso del genere incontriamo il problema non secondario di come si possa stimare il valore economico di qualcosa che di fatto non ha mercato. Non è impossibile pensare al valore economico di un kg di Snail Darter, assumendo che ci sia una domanda di tale pesce e un corrispondente mercato. Ma che valore può avere *l'intera specie*? Casi del genere mostrano alcuni limiti che può avere l'analisi economica quando applicata a questioni giuridiche che coinvolgono valori non strettamente monetari.

Il caso può sembrare peculiare, ma una certa familiarità con l'argomentazione giuridica mostra quanto siano pervasivi i problemi qui accennati. L'analisi costi-benefici ha oggi un ruolo crescente nell'argomentazione giuridica e nelle decisioni giudiziali, specie se si considera che il test di proporzionalità operato in sede di bilanciamento si articola in costi imposti ad alcuni a fronte di benefici a vantaggio di altri¹⁰.

Si può aggiungere, per concludere su questo punto, che l'AED offre quantomeno degli *argomenti di secondo grado* utili a dirimere controversie fra argomenti interpretativi di primo grado. Poniamo che un atto legislativo sia suscettibile di un'interpretazione letterale e un'interpretazione intenzionalista le quali portano a risultati diversi; allora l'interprete può ricorrere alle conseguenze economiche delle due e scegliere quella che ha le migliori conseguenze. A parità di

¹⁰ Cfr. SARTOR, 2010 sull'opera di Alexy e una sua possibile lettura in termini economici.

ammissibilità giuridica delle interpretazioni, gli argomenti economici servono a orientare la decisione in un senso o nell'altro¹¹.

4. NORME COME INCENTIVI

In realtà l'AED ha delle pretese più forti rispetto a quella di offrire argomenti per una valutazione degli atti normativi. Ha in particolare la pretesa di offrire una migliore comprensione del funzionamento delle norme giuridiche, ma come vedremo questa pretesa si articola a propria volta in una serie di argomenti controversi.

Un'idea fondamentale dell'AED è quella di concepire le norme giuridiche come *incentivi*. Per essa non è essenziale la dimensione del comando, o dell'autorità, o della fonte normativa (da dove la norma proviene, o da cosa la norma dipende). Per l'analisi economica è essenziale la capacità di una norma di incentivare certi comportamenti (cosa dipende dalla norma).

Sotto il profilo logico, concependo una norma come un condizionale possiamo chiamare C (condotta, o comportamento) il suo antecedente ed S (sanzione) il suo conseguente. Una norma imputa una determinata sanzione a una determinata condotta. La parola "sanzione" fa immediatamente pensare alle sanzioni penali: pene o conseguenze negative di qualche tipo stabilite dal diritto penale rispetto a determinate condotte. Ma non dobbiamo prendere il termine in questo significato ristretto. Ci possono essere sanzioni positive consistenti in benefici, vantaggi, conferimenti di diritti o premi di qualche tipo¹². Chiameremo S_n le sanzioni negative, come ad esempio quelle tipicamente stabilite dal diritto penale. E chiameremo S_p le sanzioni positive, come ad esempio una detrazione fiscale o il conferimento di un diritto.

Entrambi i tipi di sanzioni costituiscono degli incentivi a tenere certi comportamenti e a non tenerne altri. O in altre parole incentivano certe condotte e ne disincentivano altre. Com'è ovvio, S_n sono incentivi a non tenere C (o disincentivi a tenere C), mentre S_p sono incentivi a tenere C (o disincentivi a non tenere C).

¹¹ POSNER, 1985, p. 103 ss. sostiene che i giudici siano chiamati a scelte economiche nei casi in cui hanno discrezionalità.

¹² V. fra gli altri BOBBIO, 2007, p. 21 ss.

L'analisi economica guarda così all'efficienza delle norme e dei sistemi normativi, chiedendosi se e come tali norme e sistemi producano efficienza o al contrario forme di inefficienza (sprechi di risorse, eccessivi costi sociali, ostacoli alla produzione efficiente di beni e servizi).

All'analisi economica interessa poi capire quali conseguenze economiche derivino da tali sistemi di incentivi. Quali conseguenze economiche dipendano dal fatto che sia prevista una determinata sanzione (negativa o positiva) per una determinata condotta. Cosa cioè si verifichi o sia prevedibile che si verifichi in un determinato contesto in cui venga posta la norma in questione. I destinatari della norma si comportano di fatto come la norma li incentiva a fare? Ciò produce le conseguenze economiche attese? Oppure i destinatari si comportano diversamente e ciò dipende dall'inadeguatezza degli incentivi? Una certa S_n è troppo mite rispetto ai vantaggi economici che un criminale può ottenere da C? Una certa S_p è troppo esigua rispetto ai costi di C? Questi sono esempi di domande che l'analisi economica può porre utilizzando lo schema fondamentale che stiamo considerando.

Chiamando CE le conseguenze economiche di una norma, l'analisi economica guarda a CE come determinate dal sistema di incentivi posti dalle norme rilevanti. Lo *schema fondamentale* è questo:

$$(C \rightarrow S) \rightarrow CE$$

ma si deve fare attenzione a non confondere il significato delle due frecce. La prima indica una relazione normativa, la seconda una relazione causale. Il rapporto fra C ed S è di imputazione normativa, mentre il rapporto fra la norma e CE è un rapporto causale¹³.

L'analisi economica guarda così all'efficienza delle norme e dei sistemi normativi, chiedendosi se e come tali norme e sistemi producano efficienza o al contrario forme di inefficienza (sprechi di risorse, eccessivi costi sociali, ostacoli alla produzione efficiente di beni e servizi)¹⁴.

In linea di principio qualsiasi branca del diritto è suscettibile di questa analisi. Non solo le forme di diritto più legate all'attività economica (come il diritto commerciale, quello tributario o quello fallimentare). Ma anche forme più distanti da essa – sebbene per alcune sia più difficile la traduzione dei problemi giuridici in termini economici. Tutto il diritto civile può essere osservato con le lenti dell'economia¹⁵

¹³ Volendo possiamo esplicitarlo così: $(C \rightarrow S) \rightarrow CE$, dove "n→" sta per una conseguenza normativa e "c→" per una conseguenza causale.

¹⁴ Su alcune concezioni dell'efficienza v. TUZET, 2016.

¹⁵ V. infatti COOTER et al., 2006.

ed è infatti in questo ambito che si collocano alcuni dei primi lavori dell'AED del Novecento¹⁶. Ma anche il diritto penale è suscettibile di analisi economica (come il riferimento fatto sopra alle sanzioni negative lasciava facilmente immaginare) ed è infatti in questo ambito che si collocano alcuni precursori dell'AED¹⁷. Certamente anche il diritto processuale può entrare nel discorso (pensiamo all'efficienza processuale) e anche buona parte del diritto pubblico: senza dubbio il diritto amministrativo e anche il diritto costituzionale nella misura in cui disegna degli assetti istituzionali capaci di produrre conseguenze economiche di vario tipo. Più difficile è una traduzione in termini economici di questioni costituzionali di principio, ovvero le questioni giuridiche legate ai diritti fondamentali quali dignità, libertà ed eguaglianza. Lo Snail Darter, nel suo piccolo, ci ha offerto un esempio di questa difficoltà, non essendo affatto chiaro come possa compiersi un calcolo di costi e benefici quando è in gioco un bene che non ha mercato.

Comunque sia, questo discorso sulle norme come incentivi ha alcuni presupposti che devono essere esplicitati. Un primo presupposto è che i destinatari delle norme siano in grado di intenderle, anche se non ne colgono le ragioni economiche. Una norma non intellegibile non offre ovviamente alcun incentivo determinato. In questo senso l'analisi economica guarda con favore ai testi normativi formulati con un linguaggio chiaro e comprensibile, in cui siano minimizzate vaghezza e ambiguità. I destinatari devono essere in grado di comprendere quale condotta sia regolata e quali incentivi siano disposti. Per la stessa ragione l'analisi economica del diritto non guarda con favore alle norme retroattive, che per definizione non possono offrire alcun incentivo a chi ha già tenuto una certa condotta. Un secondo presupposto dell'AED è che le norme-incentivi influenzino le decisioni e le condotte dei loro destinatari. Se infatti una norma si limitasse a essere compresa, senza produrre alcun effetto sulle decisioni e le azioni dei suoi destinatari, sarebbe una norma del tutto inutile sotto il profilo pratico ed economico in particolare¹⁸. Certo possono darsi individui che decidono di non tener conto delle san-

¹⁶ Cfr. COASE, 1960; CALABRESI, 1961; TRIMARCHI, 1961.

¹⁷ Come BECCARIA, 1764.

¹⁸ "Le norme giuridiche debbono essere valutate in base agli incentivi che stabiliscono ed alle modifiche che, in risposta a quegli incentivi, inducono nel comportamento dei soggetti da esse direttamente o indirettamente contemplati" (FRIEDMAN, 2000, p. 33, trad. it).

zioni previste, pene o premi che siano, ma se questo accadesse per la totalità dei destinatari o per una loro larga maggioranza si tratterebbe di norme (largamente) prive di effettività e dunque prive di (apprezzabili) conseguenze economiche.

5. ARGOMENTI POSITIVI E NORMATIVI

Lo schema fondamentale visto sopra si presta a due tipi di argomentazione. Il primo consiste nel partire dagli incentivi disposti da una norma di diritto positivo e vedere quali conseguenze economiche produce (o è prevedibile produca). Il secondo tipo di argomentazione consiste nel partire da conseguenze economiche che si ritengono desiderabili e vedere quali norme-incentivi consentano di produrle in maniera appropriata. Il primo approccio è detto *positivo*, il secondo *normativo*.

La distinzione non è solo patrimonio dell'AED. Da diverso tempo la teoria economica è giunta alla consapevolezza di questa distinzione e della sua importanza¹⁹. Benché ci siano voci critiche a riguardo, pare opportuno mantenere (se non altro sotto il profilo metodologico) la distinzione fra economia positiva ed economia normativa. La prima tratta dell'essere, la seconda del dover essere economico. La prima si occupa dei fatti economici per come sono, la seconda di come dovrebbero essere. Nei grandi economisti si trovano l'una e l'altra, in varie forme e combinazioni, ma è bene essere vigili sulla loro distinzione concettuale e non confondere i loro piani prendendo le conclusioni dell'una per conclusioni dell'altra, o gli strumenti dell'una per strumenti dell'altra. In questo senso è del tutto legittimo, sotto il profilo scientifico, fare un'analisi economica di processi che provocano la nostra disapprovazione morale o addirittura la più ferma condanna. Si possono condurre analisi economiche del mercato della droga, della prostituzione, del traffico di organi, della tratta di schiavi, bambini e migranti. Analizzarne le dinamiche significa descriverle, spiegarle, prevederle, coglierne le variabili e comprenderne gli sviluppi. Una cosa è la loro conoscenza. Altra cosa è il nostro giudizio di valore a riguardo.

La grande distinzione fra approccio positivo e normativo può essere elaborata in modo da cogliere delle differenze più sottili. Fra chi

Analizzare certe dinamiche significa descriverle, spiegarle, prevederle, coglierne le variabili e comprenderne gli sviluppi. Una cosa è la loro conoscenza. Altra cosa è il nostro giudizio di valore a riguardo.

¹⁹ LANDRETH; COLANDER, 1994, pp. 27, 243-244, 486 trad. it.

conduce delle analisi positive, c'è chi pensa che l'economia sia vicina alle scienze formali e chi la concepisce piuttosto come una scienza empirica. I primi, nell'argomentare, fanno un largo uso di strumenti logico-matematici, di un metodo deduttivo e di una serie di assiomi, assunti a priori, da cui derivare conseguenze interessanti rispetto a problemi economici dati. I secondi preferiscono un'indagine sul campo, per così dire, raccogliendo dati empirici e utilizzando un metodo induttivo che consenta di ricavare a posteriori delle leggi economiche o almeno delle generalizzazioni. E ancora, fra chi predilige l'indagine empirica è maggioritaria l'opinione che l'economia sia una scienza sociale, ma a ben vedere non è impossibile concepirla come una scienza naturale, una scienza della natura umana. Quest'ultima prospettiva sembra a prima vista bizzarra, ma trova una possibile giustificazione nell'idea dell'economia come disciplina che studia le scelte umane: anche un naufrago solitario è chiamato a compiere scelte sulle risorse scarse di cui dispone rispetto ai fini eletti. In un senso ampio e fondamentale di "economia", si tratta di scelte economiche²⁰. Ma è anche vero che la maggior parte di noi opera in contesti sociali, con le interazioni che li caratterizzano e che rendono più appropriato intendere l'economia come una scienza sociale. In maggior parte non siamo eremiti ma, volenti o nolenti, creature sociali.

Sul versante normativo gli approcci possono distinguersi in normativi puri e applicati. I primi conducono il discorso normativo in astratto, elaborando dei sistemi economico-morali a prescindere da contesti concreti e determinati. Fa questo, ad esempio, una teoria economica della giustizia elaborata in astratto *à la* Rawls, o un sistema utilitarista ispirato a Bentham e privo di riferimenti a contesti e problemi determinati. Se invece il discorso riguarda contesti e problemi determinati è un discorso applicato che elabora delle proposte normative per quei contesti e problemi, tenuto conto dei loro tratti specifici e dei vincoli contestuali. Fa questo, ad esempio, l'odierno approccio del *Nudge*, che si focalizza su problemi concreti in contesti definiti²¹. Quando l'approccio è di questo tipo, vengono individuati i fini perseguiti o da perseguire in un dato contesto e vengono elaborate delle proposte sui mezzi più economicamente idonei a realizzare tali fini.

²⁰ Questa è l'idea fondamentale di ROBBINS, 1932: l'economia è la scienza che studia la condotta umana come una relazione tra scopi e mezzi suscettibili di usi alternativi.

²¹ V. specialmente THALER; SUNSTEIN, 2008.

5.1. Approccio normativo

Si usa parlare dell'approccio normativo come proprio della "Scuola di Yale" e di Guido Calabresi (1932-*) come suo fondatore e massimo esponente²². Un presupposto di questo approccio – che si configura in concreto piuttosto che in astratto – è che le norme giuridiche possano influire sulle dinamiche economiche. Non avrebbe alcun senso perorare dei mutamenti giuridici a fini economici se si pensasse al sistema economico come separato e totalmente indipendente da quello giuridico. Un altro presupposto è che si possano effettuare degli interventi giuridici per correggere i fallimenti di mercato (ma anche le distorsioni economiche prodotte in precedenza da interventi giuridici maldestri). Quando il mercato produce in quantità insufficiente un bene o un servizio desiderabile, è il caso di intervenire con mezzi giuridici per supplire a tale mancanza.

Pertanto, questo approccio si articola logicamente a) nell'individuazione di fini economico-sociali desiderabili e b) nell'individuazione dei mezzi che realizzano tali fini in modo economicamente idoneo. Naturalmente si devono offrire argomenti in favore di tali fini e mezzi, affinché le proposte normative in questione possano essere giustificate e siano persuasive.

Un punto su cui di recente Calabresi ha insistito molto è la distinzione fra *Economic Analysis of Law* e *Law and Economics*. Le due espressioni vengono spesso utilizzate come equivalenti, ma nascondono una sensibile differenza. La prima rivela un'ambizione riduzionista che non è propria della seconda. Chi intende effettuare un'*analisi economica* del diritto intende propriamente analizzare le questioni giuridiche in termini economici. Cioè ridurre le prime ai secondi. Indicare le cause economiche delle norme giuridiche, delle prassi giuridiche, dei sistemi giuridici. E sostituire una logica economica a quella giuridica, oltre a sostituire il vocabolario di "regole", "principi" e via dicendo con quello di "costi", "benefici" e via dicendo. Diversamente, chi si occupa di *diritto ed economia* intende porre in luce le diverse interazioni e influenze fra le due cose. Non intende procedere in maniera unidirezionale, assumendo un'unica direzione esplicativa (è l'economia a spiegare il diritto), ma intende indagare piuttosto le maniere in cui le dinamiche giuridiche influenzano

²² V. soprattutto CALABRESI, 1970.

quelle economiche e viceversa, o indagare i presupposti economici del diritto assieme a quelli giuridici dell'economia. Banalmente, se è vero che diritti e norme nascono da interessi economici è altrettanto vero che le transazioni economiche si configurano in un quadro di norme e diritti. Come sarebbe possibile vendere e acquistare qualcosa se non ci fosse una qualche assegnazione di diritti che definisce la posizione delle parti e su cui si elaborano le transazioni? Per tali ragioni le preferenze di Calabresi vanno a questo approccio integrato e non riduzionista²³.

5.2. Approccio positivo

Si usa dire che l'approccio positivo è proprio della "Scuola di Chicago" e di Richard Posner (1939-*) come suo esponente più noto e importante in ambito giuridico.

L'idea di fondo è spiegare il diritto in termini economici, traducendo le dinamiche giuridiche in dinamiche e cause economiche. In questo quadro si colloca l'originale progetto di Posner di spiegare il *common law* statunitense in termini di efficienza economica²⁴. L'ipotesi è che il *common law* sia efficiente e che questo spieghi il suo affermarsi e perdurare. Si badi: l'ipotesi parla di un insieme di regole giuridiche di produzione giudiziale, assestatosi nel corso dei secoli e selezionato non per caso. Così come nel processo di selezione naturale sopravvivono e si riproducono le creature più atte a far fronte all'ambiente, secondo questo argomento le regole giuridiche di *common law* che sono giunte sino a noi sono le più efficienti, quelle più idonee a soddisfare le esigenze sociali e a produrre ricchezza. Le regole inefficienti e le cattive soluzioni non hanno retto la prova del tempo. Ciò che la secolare tradizione del *common law* ci trasmette è un insieme di regole efficienti, a prova di esperienza, di generazione in generazione. Si capisce che in questa prospettiva non può essere riposta analoga fiducia nel diritto di produzione legislativa: troppo recente, troppo mutevole, troppo soggetto a pressioni politiche, troppo incline a infelici compromessi tra forze diverse.

²³ CALABRESI, 2016. Si noti peraltro che nelle presenti pagine parliamo spesso di "analisi economica del diritto" in senso ampio, senza connotazioni riduzioniste.

²⁴ Vedi ad es. POSNER, 1972.

Una diffusa obiezione alla prospettiva di Posner è che la sua analisi tradisca in realtà degli orientamenti normativi²⁵. Posner, in breve, prenderebbe i precedenti che più gli piacciono, gli argomenti che più gli piacciono, i casi che trova più congeniali al suo progetto ricostruttivo, e reinterpreterebbe tali materiali alla luce degli scopi normativi che predilige. Il che non sarebbe uno sforzo propriamente scientifico. Sarebbe quantomeno un'operazione che, per essere trasparente, dovrebbe esplicitare i fini perseguiti e i mezzi che si intendono utilizzare per realizzarli.

5.3. Analisi positiva e proposte normative

Negli scritti più recenti Posner ha mutato la sua prospettiva originale, ampliando il discorso a un confronto più complesso fra diritto ed economia e palesando non di rado le sue proposte normative a fronte di un diritto positivo ritenuto talora inefficiente.

Un esempio significativo di questo atteggiamento più complesso, che integra argomenti positivi e normativi, è la sua nota e discussa proposta circa il “mercato dei bambini”²⁶. Punto di partenza dell'analisi è il cronico divario fra domanda e offerta di minori in adozione. Perché domanda e offerta non raggiungono un punto di equilibrio? La causa è da ritrovare ad avviso di Posner nell'intervento statale che determina un prezzo basso e “bloccato” per l'adozione di minori: il prezzo della procedura. Un prezzo siffatto tiene alta la domanda, cui fa fronte un limite normativo alla “produzione” di minori adottabili, cioè il divieto di concepire e generare bambini al fine di darli in adozione. Ne è conseguenza, non sorprendentemente per Posner, il mercato nero di bambini. Riconsiderando lo schema fondamentale visto sopra, tale divario e mercato nero sono le (cattive) conseguenze economiche prodotte dalla normativa in questione.

La soluzione proposta da Posner a tale problema è quella di liberalizzare la “vendita di minori”²⁷. Egli suggerisce di farlo tramite contratti

²⁵ “La ‘spiegazione’ economica di una data branca del diritto, giudiziale o legislativo, che sia il risultato di un ragionamento gius-economico positivo, altro non è che una proposta di reinterpretazione di un insieme di materiali giuridici autoritativi all'insegna dell'efficienza economica (quale è intesa da Posner)” (CHIASSONI, 1992, p. 176).

²⁶ V. inizialmente LANDES; POSNER, 1978, ora POSNER, 2014, pp. 173-177. Cfr. CHIASSONI, 1999, pp. 217-219.

²⁷ In realtà si tratterebbe di acquistare diritti e doveri genitoriali, non letteralmente i minori.

con donne incinte, da siglare dopo il concepimento e prima della nascita. In questo modo le donne incinte che non possano o non vogliono continuare la gravidanza avrebbero una possibilità ulteriore rispetto all'aborto: portare a termine la gravidanza per altri, dietro pagamento di un corrispettivo. In questo modo il concepimento non sarebbe strumentalizzato e verrebbe ampliato il novero delle possibilità di scelta in capo alla donna. Maggiore libertà e soprattutto maggiore ricchezza per tutte le parti coinvolte. Nella specifica accezione di "ricchezza" da Posner adottata²⁸, infatti, questi sostiene che la donna incinta si troverebbe in una situazione migliore dopo aver stipulato un contratto siffatto (all'aborto o a una gravidanza sofferta sostituirebbe una gravidanza dietro corrispettivo), così come starebbero meglio i futuri genitori adottivi (che soddisferebbero un proprio desiderio di particolare importanza) e presumibilmente il minore (che verrebbe accolto e accudito in una famiglia che lo ha desiderato fortemente). Nessuno ci perderebbe e tutti ci guadagnerebbero²⁹.

Mutatis mutandis si può riformulare tale proposta come un argomento a favore della "maternità surrogata", sostenendo che anche in tale fattispecie si verificherebbe un beneficio per tutte le parti coinvolte e che la liberalizzazione della cosa consentirebbe di abbassarne i costi rendendola accessibile alle coppie con limitati mezzi economici, pur se qui tanto il concepimento quanto la gravidanza sarebbero governate da un contratto, con una diversa posizione delle parti rispetto alla fattispecie proposta da Posner e con un maggior rischio di "mercificazione" del corpo della donna e del nascituro³⁰.

A prescindere dai meriti o demeriti di tali proposte, resta il punto che argomenti positivi e normativi raramente si trovano allo stato puro. Più spesso, in Posner come in Calabresi e in molti altri, l'analisi positiva costituisce la base di proposte normative volte a migliorare un diritto ritenuto inefficiente.

²⁸ Cfr. POSNER, 1979, dove la ricchezza è misurata dalla disponibilità a pagare per ottenere un certo bene o servizio, o a essere pagati per dare un certo bene o servizio. V. anche POSNER, 2015.

²⁹ Per prudenza, tuttavia, viene suggerito di adottare la proposta come "esperimento" circoscritto di cui valutare i risultati (LANDES; POSNER, 1978, pp. 347-348).

³⁰ Cfr. POSNER, 2014, pp. 177-178.

6. ARGOMENTI NEOCLASSICI E ARGOMENTI COMPORTAMENTALI

Quali agenti economici sono al centro di questi discorsi? Qual è la loro razionalità? Quale il loro benessere? L'analisi neoclassica³¹ assume che siano dei massimizzatori razionali del proprio benessere, ma di rado fa luce sui significati di "razionalità" e "benessere". Diverse sono le concezioni della razionalità e del benessere che si possono adottare in questo campo e la scelta dell'una o dell'altra non è priva di conseguenze pratiche oltre che teoriche.

Iniziamo dal *benessere*. Si parla non solo di questo ma anche di massimizzazione della felicità, dell'utilità, della ricchezza e di altro ancora. Se "felicità" porta con sé una connotazione spirituale, "utilità" sa di materiale³² e "ricchezza" sa di monetario. Assumere l'una o l'altra cosa come bene fondamentale che gli agenti vogliono massimizzare significa impostare molto diversamente l'analisi economica e le argomentazioni volte a sostenerla. Da questo punto di vista il termine "benessere" sembra avere un vantaggio: quello di essere sufficientemente generico da coprire tutte queste diverse opzioni (benessere spirituale, materiale, monetario). Il suo uso ha così il vantaggio di coprire tali opzioni diverse e lo svantaggio di mantenere il discorso a un livello generico.

Ma c'è un'altra ragione – e più importante – per utilizzare "benessere". A meno che non si abbracci una concezione oggettivista del bene e del valore economico in particolare, le scelte e le condotte degli agenti economici non rimandano che alle loro preferenze soggettive. Noi non possiamo osservare direttamente le preferenze degli individui, ma possiamo arguirle da quello che dicono e fanno. In particolare le ricaviamo dalle loro scelte (se un individuo sceglie sempre *x* piuttosto che *y*, ne possiamo inferire che preferisce *x* – a meno che non sia irrazionale al punto da scegliere sempre la cosa che non preferisce)³³. Ora è un fatto indubitabile di questo mondo che gli individui perseguono i fini più diversi nelle maniere più diverse. C'è chi ama trascorrere il proprio tempo in poltrona a contemplare la televisione, chi ama studiare e insegnare, chi vuole far soldi, chi

³¹ r le differenze con la scuola classica rimando a LANDRETH; COLANDER (1994, pp. 353-355, trad. it.); per le differenze e le somiglianze con la scuola austriaca, v. *Idem*, p. 384 ss., p. 611 ss.

³² Per non parlare del "piacere" inteso à la Bentham come quantità oggettiva e misurabile. Cfr. BARBERIS, 2011, p. 21.

³³ Si parla tecnicamente di "teoria delle preferenze rivelate". Per una discussione recente, v. DIETRICH; LIST, 2016.

Diverse sono le concezioni della razionalità e del benessere che si possono adottare in questo campo e la scelta dell'una o dell'altra non è priva di conseguenze pratiche oltre che teoriche.

partecipa a missioni umanitarie, chi colleziona prede sessuali e chi si fa esplodere in un attentato terroristico. A meno che, ripeto, non si abbiano degli argomenti per dire che alcune di queste cose sono oggettivamente buone e altre cattive, si tratta solo e semplicemente di preferenze soggettive e diversi desideri che gli individui cercano di soddisfare in diversi modi. Ciò non condanna la teoria economica al silenzio. Si tratta di assumere tale fatto (la diversità delle preferenze) come fondamentale e si tratta di concepire le preferenze soggettive come *ordinali*. Non ha senso in questa prospettiva dire che Tizio ricava un'utilità di 5 da una mela e di 8 da una torta, ma ha senso dire che preferisce la torta alla mela. Almeno allo stato delle nostre conoscenze e tecnologie, non ha senso attribuire valori cardinali alla soddisfazione di preferenze. Neppure ha senso fare comparazioni interpersonali di utilità – dire che Tizio ricava un'utilità di 5 da una mela e Caio un'utilità di 3 – ma ha senso dire che Tizio ha il proprio ordine di preferenze e Caio ha il proprio³⁴. Su queste assunzioni possono essere costruite teorie e argomentazioni economiche non prive di complessità e significative differenze, ma egualmente basate su tali presupposti.

In questa prospettiva diremo che *gli individui cercano di massimizzare il proprio benessere per come articolato nelle rispettive preferenze ordinali*, qualunque esse siano e qualunque cosa significhi “benessere” alla luce di tali preferenze.

Immaginiamo una situazione molto semplice. Supponendo *a)* che i beni in gioco siano solo due, una mela e una torta, *b)* che gli individui siano solo due, Tizio e Caio, *c)* che a ogni individuo spetti un solo bene, e *d)* che Tizio preferisca la torta alla mela mentre Caio preferisce la mela alla torta, massimizza il loro benessere l'allocazione in cui Tizio ha la torta e Caio la mela, a prescindere da ogni eventuale intensità delle rispettive preferenze e della loro soddisfazione.

Per altro verso si deve notare che in letteratura non mancano tentativi di reintrodurre delle misurazioni cardinali del benessere e del valore economico, ma non possiamo occuparcene qui³⁵. Vale comunque osservare che se l'analisi è impostata in termini di costi e benefici questi richiedono una stima cardinale almeno in termini monetari.

³⁴ Per tale ragione PARETO, 1896, pp. 3-5 preferiva abbandonare l'uso di “utilità” e parlare piuttosto, sotto un profilo tecnico, di “ofelimità”. Ma la scelta terminologica non ha avuto successo nella letteratura successiva.

³⁵ L'efficienza di Kaldor-Hicks ne è l'esempio più noto. Cfr. COLEMAN, 1980, pp. 239-242.

6.1. Approccio neoclassico

Veniamo ora al tipo di *razionalità* in gioco. La teoria neoclassica assume che gli agenti economici siano razionali e lo specifica elencando una serie di proprietà che le loro scelte devono avere per essere considerate razionali. Perlopiù si tratta di proprietà formali, come la completezza e la transitività.

Per la prima tutte le alternative (tutte le possibili combinazioni di beni) devono essere ordinate. Posto di fronte alla scelta fra un paniere 1 costituito da una barca e un pappagallo, “devo” sapere se lo preferisco al paniere 2 costituito da una moto e una scimmia, o se a entrambi preferisco il paniere 3 costituito da una bicicletta e un Rolex, o il paniere 4 così e colà e via dicendo, o se alcuni di questi panieri mi sono indifferenti (nel senso che l’uno vale l’altro).

Per la seconda proprietà formale vale la coerenza interna delle preferenze. Ossia, con un esempio, il fatto di preferire il cabernet sauvignon al chinotto e questo al succo di mela mi “obbliga” razionalmente a preferire il cabernet al succo di mela. Se preferisco x a y e y a z , “devo” preferire x a z . In effetti sarebbe sorprendente la scelta di chi, preferendo il cabernet al chinotto e il chinotto al succo di mela, scelga quest’ultimo quando viene posto di fronte all’alternativa fra il succo e il cabernet.

A queste condizioni formali si aggiunge una certa stabilità delle preferenze. È implausibile pensare ad agenti che non cambino mai preferenze (a loro riguardo verrebbe da ipotizzare una forma di patologia piuttosto che di razionalità), ma è altrettanto implausibile pensare ad agenti razionali che le mutino di continuo. Proviamo a immaginare la situazione in cui, al ristorante, cambiamo continuamente la nostra ordinazione: tanto i commensali quanto i camerieri avrebbero fondati motivi per ritenerci vittime di qualche patologia.

Per quanto almeno alcune di queste assunzioni siano plausibili, non sfugge la loro natura di assunzioni “ideali”. Idealmente, è razionale avere un ordine completo di preferenze. Realisticamente, chi ce l’ha? Inoltre non pare razionale la condotta di chi, coerentemente, continui a fare la cosa sbagliata, cioè la condotta di chi continui ad adottare dei mezzi inadeguati al raggiungimento dei propri fini³⁶. Naturalmente la teoria neoclassica è consapevole di questi limiti.

³⁶ Il punto è sollevato da SEN, 1987, pp. 20-21, trad. it.

Posner – il cui lavoro rientra nel paradigma neoclassico – concepisce l'economia come la scienza della scelta razionale in un mondo caratterizzato, quale il nostro, da scarsità di risorse rispetto ai fini che gli individui si pongono. (Si badi: una risorsa non è economicamente scarsa di per sé ma in relazione a quello che se ne vorrebbe fare). Egli precisa che il compito dell'economia, così concepita, è quello di esplorare le implicazioni di tale assunzione, cioè dell'assunzione che l'essere umano è un massimizzatore razionale dei propri fini, ovvero, dice Posner, del suo *self-interest*³⁷. Ora, quest'ultima affermazione si presta a un fraintendimento. È ricorrente fra i critici di questo approccio l'obiezione che gli uomini non sono solamente animati da motivi egoistici. Anche motivi altruistici operano in noi. Il che è certamente vero, ma dev'essere inquadrato propriamente. Tanto gli egoisti quanto gli altruisti cercano di soddisfare le proprie preferenze, con la differenza che quelle dei primi riguardano loro stessi e quelle dei secondi riguardano altri. Possiamo chiamare le prime *interne* e le seconde *esterne*. Una cosa è prendere un gelato per sé, un'altra è prenderlo per il proprio bambino. Ma anche nel secondo caso il compratore soddisfa una propria preferenza: piuttosto che usare quel danaro per mangiare un gelato egli stesso lo utilizza per il proprio bambino. E trae gioia e benessere dalla gioia di questi.

Rimane che nel complesso le assunzioni dell'analisi neoclassica hanno qualcosa di poco realistico. Posner afferma che la razionalità neoclassica è un'"utile assunzione", ossia un costrutto teorico utile a sviluppare una serie di argomenti³⁸, con la riserva implicita che gli uomini reali sono un'altra cosa. Ma anche inteso in questo modo l'approccio neoclassico può lasciare perplessi. Perché comunque tali costrutti sono utilizzati per formulare spiegazioni o predizioni di fenomeni reali e perché in ogni caso, se l'obbiettivo è quello di descrivere, spiegare e predire i fatti e i processi economici di questo mondo, tanto vale sostituire tali assunzioni con premesse più realistiche riguardanti gli agenti economici in questo mondo e nei contesti determinati che ci possono interessare.

³⁷ POSNER, 2014, p. 3. Cfr. POSNER, 1990, p. 382, dove la razionalità umana è assimilata a quella di un piccione o di un ratto, essendo il comportamento umano completamente determinato da incentivi. Si consideri questo punto rispetto allo schema fondamentale visto sopra, in cui le norme-incentivi determinano una serie di conseguenze economiche.

³⁸ POSNER, 2014, pp. 17-18.

6.2. Approccio comportamentale

Poniamo ci venga chiesto di scegliere fra programmi sanitari alternativi volti a debellare una patologia che altrimenti annienterebbe l'intera popolazione di una comunità di 600 persone. E immaginiamo che le opzioni siano queste due:

- (A) un programma che salva con certezza 200 vite;
- (B) un programma che comporta la probabilità di 1/3 di salvare tutte le 600 vite e di 2/3 di non salvare nessuno.

Quale sceglieremmo? Statisticamente, fra i soggetti cui è stato chiesto di rispondere³⁹, si riscontra una significativa preferenza per il programma (A). Ora poniamo di dover effettuare una seconda scelta, dove il problema è lo stesso e le opzioni sono queste:

- (A) un programma che comporta la morte certa di 400 persone;
- (B) un programma che comporta la probabilità di 2/3 di perdere tutte le 600 vite e di 1/3 che nessuno morirà.

Cosa scegliere? Qui si riscontra nelle statistiche un declino di (A) e una crescita di (B). Eppure, a uno sguardo attento, le due scelte sono sostanzialmente la stessa, presentata in modo diverso. Dapprima si presenta (A) come salvifico per 200 persone; poi come mortifero per 400. Questo basterebbe a spiegare perché nel primo contesto (A) riscuota più successo che nel secondo⁴⁰. Ma non solo. A ben vedere anche i due programmi sono equivalenti: il valore atteso di (A) e di (B) è esattamente lo stesso, ossia 200 ($200 \times 1 + 400 \times 0$ e $600 \times 1/3 + 0 \times 2/3$).

Che morale viene tratta da esperimenti di questo tipo? Che la maniera in cui vengono presentati i problemi influenza in modo determinante le risposte dei soggetti⁴¹. O più ampiamente che nelle loro reazioni giocano i pregiudizi, i vincoli cognitivi e le emozioni (paura, panico, fiducia, ecc.) piuttosto che i calcoli razionanti. Senza dubbio l'opzione di salvare 200 persone ha un impatto emotivo diverso del farne morire 400.

³⁹ Vedi KAHNEMAN, 2011, pp. 486-488, pp. 495-496, trad. it. Cfr. RUBINSTEIN, 2012, p. 32.

⁴⁰ Ma si possono formulare delle spiegazioni ulteriori: alcuni sostengono di intendere (A) nel primo contesto come salvezza certa per 200 persone e mancanza di informazioni sulle altre, e viceversa nel secondo contesto.

⁴¹ Nel caso specifico si parla di *framing effect*.

Le questioni di policy in diverse aree del diritto, i problemi della vigilanza su operatori come gli intermediari finanziari, la tutela dei contraenti deboli, la tutela dei risparmiatori e dei consumatori in particolare, la riduzione delle asimmetrie informative e la semplificazione delle procedure sono questioni normative che si pone tipicamente chi adotta questo approccio.

L'analisi economica comportamentale nasce da una necessità di questo tipo: rendere conto degli agenti economici per come sono realmente. E se è vero che questi sono sistematicamente influenzati da pregiudizi, vincoli cognitivi ed emozioni, occorrono modelli e argomenti economici che ne tengano conto⁴². In questo modo si ritiene di avvicinare la teoria economica al mondo reale.

Studi di questo tipo sono frutto di un intreccio fra economia e psicologia: studiare gli agenti economici reali, i loro processi psicologici, le loro decisioni effettive piuttosto che le decisioni “razionali” postulate dalla teoria economica neoclassica. Il che ha ovviamente una ricaduta giuridica: studiare il comportamento effettivo dei destinatari delle norme giuridiche e degli operatori del diritto (giudici, amministratori, ecc.). E ancora, studiare le conseguenze economiche di tale comportamento e valutarle.

Ma qui facciamo attenzione. Una cosa è studiare, un'altra valutare – come sappiamo bene dalla distinzione fra approccio positivo e normativo. Dunque un'AED comportamentale si configura come approccio positivo nella misura in cui studia tali fenomeni, mentre acquista una coloritura normativa nel momento in cui comincia a valutarli, e indossa una veste indubbiamente normativa quando elabora delle proposte per risolvere i problemi che l'analisi positiva ha rivelato. Le questioni di policy in diverse aree del diritto, i problemi della vigilanza su operatori come gli intermediari finanziari, la tutela dei contraenti deboli, la tutela dei risparmiatori e dei consumatori in particolare, la riduzione delle asimmetrie informative e la semplificazione delle procedure sono questioni normative che si pone tipicamente chi adotta questo approccio. Si tratta di analisi economica normativa e applicata, ovviamente. E l'approccio noto come *Nudge* ne è un esempio molto significativo⁴³.

⁴² Oltre a *behavioral economics* si trovano in letteratura caratterizzazioni come *bounded rationality*, *biases theory* e altro ancora. Ci sono delle differenze tra tali caratterizzazioni ma non è questa la sede per occuparsene. In Italia MOTTERLINI; GUALA, 2011, p.xx: preferiscono, a *economia comportamentale*, “il più caratterizzante” *economia cognitiva*.

⁴³ Vedi THALER; SUNSTEIN, 2008, nonché SUSTEIN, 2013; 2014. L'argomento chiave di questo approccio è quello di utilizzare certi profili cognitivi e comportamentali degli agenti economici per indirizzarli verso scelte migliori per il loro benessere, senza comprimerne la libertà di scelta sotto il profilo deontico. Si parla a riguardo di “paternalismo libertario”. Per alcune critiche, v. SUGDEN, 2017.

7. CONCLUSIONI

Visto il modo in cui l'AED può essere concepita come argomentazione in ambito giuridico e visto il modo in cui le norme giuridiche possono essere intese come incentivi economici, occorre notare la pluralità di assunzioni e di argomenti che queste prospettive comportano.

Da una parte si è osservato che gli argomenti economici o consequenzialisti competono con molti altri nel contesto dell'interpretazione e dell'applicazione giudiziale del diritto e che possono fungere da argomenti di secondo grado per scegliere fra essi. Dall'altra si è notato che la concezione delle norme come incentivi dipende da una serie di argomenti metodologici in merito alla distinzione fra piani disciplinari e da una serie di argomenti circa i valori da massimizzare e la razionalità degli agenti economici. Il contributo che questo articolo ha cercato di dare sta dunque nel rilievo dell'argomentazione per l'AED, in quanto l'analisi economica produce argomenti spendibili in sede giuridica e in quanto richiede la discussione di assunzioni non puramente economiche.

La morale con cui si può concludere è pertanto duplice: da un lato, che i giuristi prendano (maggiormente) sul serio gli argomenti economici a proposito del diritto e siano pronti a discuterne le assunzioni con cognizione di causa; dall'altro lato, che gli economisti comprendano (meglio) come gli argomenti economici non sono che uno fra i tipi di argomenti giuridicamente rilevanti e come la loro spendibilità in ambito giuridico dipenda da una serie di questioni non puramente economiche⁴⁴.

⁴⁴ Per molti scambi sui temi di questo articolo va un ringraziamento a Fabrizio Esposito e Paolo Silvestri; per i commenti a una precedente versione del testo va un ringraziamento a due anonimi revisori di questa rivista.

RIFERIMENTI

- ATIENZA, M. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- BARAK, A. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- BARBERIS, M. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011.
- BECCARIA, C. 1764. *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di G.D. Pisapia. Milano: Giuffrè, 1973.
- BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- CALABRESI, G. Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 70, pp. 499-553, 1961.
- CALABRESI, G. *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970 [trad. it. *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*. Milano: Giuffrè, 2015].
- CALABRESI, G. *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*. New Haven: Yale University Press, 2016.
- CHIASSONI, P. *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli, 1992.
- CHIASSONI, P. Richard Posner: pragmatismo e analisi economica del diritto. In: ZANETTI, G. (a cura di). *Filosofi del diritto contemporanei*. Milano: Cortina, 1999, pp. 183-220.
- CHIASSONI, P. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: il Mulino, 2007.
- COASE, R. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, vol. 3, pp. 1-44, 1960 [trad. it. *Impresa, mercato e diritto*. Bologna: il Mulino, 2006, pp. 199-259].
- COLEMAN, J.L. Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law. *California Law Review*, Berkeley, vol. 68, pp. 221-249, 1980.
- COOTER, R. et al. *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, nuova ed. in 2 voll. Bologna: il Mulino, 2006.
- DICIOTTI, E. Il ragionamento teleologico nell'interpretazione e nell'integrazione giurisprudenziale della legge. *Analisi e diritto*, Madrid, pp. 249-273, 2013.
- DIETRICH, F.; LIST, C. Mentalism versus Behaviourism in Economics: A Philosophy-of-Science Perspective. *Economics and Philosophy*, Cambridge, vol. 32, pp. 249-281, 2016.

- DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986.
- FRIEDMAN, D. *Law's Order. What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000 [trad. it. *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*. Bologna: il Mulino, 2004].
- KAHNEMAN, D. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus & Giroux, 2011 [trad. it. *Pensieri lenti e veloci*. Milano: Mondadori, 2012].
- KORNHAUSER, L.A. On Justifying Cost-Benefit Analysis. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 29, pp. 1037-1057, 2000.
- LANDES, E.M.; POSNER, R.A. The Economics of the Baby Shortage. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 7, pp. 323-348, 1978.
- LANDRETH, H.; COLANDER, D.C. *History of Economic Thought*. Boston: Houghton Mifflin, 1994 [trad. it. *Storia del pensiero economico*. Bologna: il Mulino, 1996].
- MACCORMICK, N. On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, New York, vol. 58, pp. 239-258, 1983.
- MACCORMICK, N.; SUMMERS, R.S. Interpretation and Justification. In: MACCORMICK, N.; SUMMERS, R.S (eds.). *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991, pp. 511-544.
- MENGONI, L. L'argomentazione orientata alle conseguenze. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, vol. XLVIII, pp. 1-18, 1994.
- MOTTERLINI, M.; GUALA, F. *Mente Mercati Decisioni. Introduzione all'economia cognitiva e sperimentale*. Milano: Università Bocconi Editore, 2011.
- PARETO, V. *Cours d'économie politique*, vol. 1. Lausanne: F. Rouge, 1896.
- PEIRCE, C.S. *The Essential Peirce*, vol. 1. Bloomington & Indianapolis: Indiana University Press, 1992.
- PETTIT, P. Consequentialism. In: SINGER, P. (ed.). *A Companion to Ethics*. Oxford: Blackwell, pp. 230-240, 1991.
- POSNER, R.A. A Theory of Negligence. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 1, pp. 29-96, 1972.
- POSNER, R.A. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 8, pp. 103-140, 1979.
- POSNER, R.A. Wealth Maximization Revisited. *Notre Dame Journal of Ethics and Public Policy*, Notre Dame, vol. 2, pp. 85-105, 1985.

POSNER, R.A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1990.

POSNER, R.A. *Economic Analysis of Law*, 9 ed. New York: Aspen Publishers, 2014.

POSNER, R.A., Norms and Values in the Economic Approach to Law. In: HATZIS, A.N.; MERCURO, N. (eds.). *Law and Economics: Philosophical Issues and Fundamental Questions*. London: Routledge, pp. 1-15, 2015.

ROBBINS, L. *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. London: Macmillan, 1932 [trad. it. *Saggio sulla natura e l'importanza della scienza economica*. Torino: Utet, 1947].

RUBINSTEIN, A. *Lecture Notes in Microeconomic Theory. The Economic Agent*, 2 ed. Princeton: Princeton University Press, 2012.

SARTOR, G. Doing Justice to Rights and Values: Teleological Reasoning and Proportionality. *Artificial Intelligence and Law*, vol. 18, pp. 175-215, 2010.

SEN, A. *On Ethics and Economics*. Oxford: Blackwell, 1987 [trad. it. *Etica ed economia*. Roma-Bari: Laterza, 2002].

SUGDEN, R. Do People Really Want to Be Nudged towards Healthy Lifestyles? *International Review of Economics*, vol. 64, pp. 113-123, 2017.

SUNSTEIN, C.R. *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*. New Haven: Yale University Press, 2014 [trad. it. *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*. Milano: Università Bocconi Editore, 2015].

SUNSTEIN C.R. *Simpler. The Future of Government*. New York: Simon & Schuster, 2013 [trad. it. *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*. Milano: Feltrinelli, 2014].

TARELLO G. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

THALER, R.H.; SUNSTEIN, C.R. *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008 [trad. it. *Nudge. La spinta gentile*. Milano: Feltrinelli, 2009].

TRIMARCHI, P. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961.

TUZET, G. Effettività, efficacia, efficienza. *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Bologna, vol. XLVI, pp. 207-223, 2016.