Piero Vernaglione

**Austriaci e Analisi Economica del Diritto**

L’Analisi Economica del Diritto (*Economic Analysis of Law* o *Law and Economics*) è una teoria giuridica che collega le norme giuridiche alla massimizzazione del benessere. Ha la sua origine nell’Università di Chicago negli anni Sessanta del Novecento, e influenza profondamente il pensiero giuridico contemporaneo.

Lontani progenitori sono l’utilitarismo di J. Bentham e J.S. Mill, mentre è diretta la discendenza dal pragmatismo giuridico americano, rappresentato soprattutto dall’“ingegneria sociale” di Roscoe Pound e dai realisti, ai quali però si rimprovera di non disporre di un buon metodo di analisi economica.

L’EAL ha dominato il pensiero giuridico in aree come l’*antitrust*, la responsabilità civile e molte delle materie afferenti al diritto commerciale. Un’importante branca è la teoria economica dei diritti di proprietà, che studia il rapporto intercorrente fra economie esterne e diritti di proprietà nell’ambito delle transazioni di mercato. Essa ha avuto un notevole sviluppo nell’ultimo ventennio del Novecento e all’inizio del XXI secolo negli Stati Uniti per opera di giuristi come Richard Posner[[1]](#footnote-1) e di economisti come Ronald H. Coase, Harold Demsetz, Gary Becker[[2]](#footnote-2) e Aaron Director.

L’analisi economica del diritto cerca di offrire una soluzione all’insoddisfazione generata dalla teoria del diritto tradizionale (soprattutto il formalismo) dopo le critiche che il realismo giuridico americano aveva mosso ai suoi fondamenti teorici. Il tentativo di conferire nuovamente al diritto un soddisfacente grado di scientificità viene effettuato applicando a esso l’economia (*rectius*: la microeconomia), in particolare utilizzando il criterio di efficienza economica (verificabile sulla base di indagini empiriche sui costi/benefici) quale principio fondamentale da cui ricavare le norme giuridiche ottimali[[3]](#footnote-3).

Le premesse metodologiche dell’AED sono quelle della tradizione neoclassica: gli individui sono esseri razionali che tendono a massimizzare il proprio benessere; dunque rispondono razionalmente agli incentivi e ai disincentivi creati dai vincoli esterni. Circa la razionalità, si presuppone che la maggior parte degli individui agisca in modo razionale, e che quelli che non lo fanno rappresentino eccezioni casuali in grado di non modificare in misura significativa la capacità predittiva del modello. La felicità (utilità) è intesa in senso ampio, non egoistico, anche la felicità di altre persone può essere una componente delle soddisfazioni personali.

Il limite utilitarista dell’incommensurabilità delle utilità di individui diversi viene eluso attraverso 1) una misurazione del benessere come somma di tutti i beni e servizi, calcolati in unità monetarie e ponderati attraverso due tipi di prezzi, “offerti” (da chi vuole acquistare un dato bene) e “richiesti” (da chi intende venderlo)[[4]](#footnote-4); e 2) le “preferenze rivelate”. Ad esempio, se in un’asta offriamo quattro volte di più di un’altra persona per un oggetto, vuol dire che desideriamo quell’oggetto più dell’altra persona. E se due individui scambiano volontariamente un bene in cambio di 20 euro, vuol dire che il venditore con il suo comportamento “rivela” di preferire i 20 euro al libro e il compratore “rivela” di preferire il libro ai 20 euro; dopo lo scambio il benessere (l’utilità) di entrambi dev’essere aumentato, altrimenti non avrebbero effettuato lo scambio; quindi è aumentato il benessere della società. Dove lo scambio è volontario, le risorse gravitano verso gli usi più apprezzati dalle persone.

Altri due concetti fondamentali sono la legge della domanda[[5]](#footnote-5) e il costo-opportunità[[6]](#footnote-6).

La massimizzazione del benessere può essere conseguita introducendo regole giuridiche che, modificando i costi di transazione, contribuiscono al raggiungimento delle soluzioni più efficienti. In particolare, i giudici e il sistema giuridico devono assegnare i diritti di proprietà come avrebbe fatto il mercato se non fossero esistiti costi di transazione. Gli strumenti giuridici dunque devono *mimare il mercato*, interferendo con i diritti di proprietà con l’obiettivo della massimizzazione della ricchezza. Il diritto, modificando i prezzi relativi, influenzerà i comportamenti dei soggetti. Il diritto dunque diventa un insieme di incentivi rivolti ai consociati. Le norme giuridiche devono essere valutate in base ai comportamenti (modificati) che i soggetti tengono (in conseguenza degli incentivi che hanno ricevuto dalle norme)

Di conseguenza è necessario che il giudice non sia troppo strettamente vincolato a giudicare in base ai precedenti, ma sia libero di innovare ogni volta che, dal calcolo costi/benefici, si evidenziano maggiori vantaggi[[7]](#footnote-7).

Il punto d’appoggio è rappresentato dal teorema di Coase[[8]](#footnote-8). Esso è un problema di esternalità. Una premessa importante è la tesi della reciprocità della causalità. Le esternalità sono frutto della combinazione delle due attività, dunque è errato ritenere di poter stabilire in anticipo quale dei due soggetti in conflitto sia in torto. Nel caso di un incendio di un terreno agricolo prodotto da un treno in transito, l’incendio dipende da entrambe le attività, perché esso non ci sarebbe stato se la ferrovia non fosse stata costruita, ma anche se le piantagioni non fossero state realizzate così vicine ai binari[[9]](#footnote-9).

Un secondo importante aspetto è che nell’ambito di tale attività esistono *costi di transazione*, in sostanza le energie e il tempo spesi per portare a termine una transazione, e possono essere costituiti dalla ricerca del bene oggetto di scambio, dagli sforzi necessari a raccogliere informazioni sulle sue caratteristiche (per annullare o ridurre le asimmetrie informative), dall’individuazione dell’interlocutore, dalla necessità di mettere d’accordo un elevato numero di soggetti, dalla negoziazione (la definizione dei termini contrattuali), dall’esecuzione (di cui fanno parte i costi di trasporto), da eventuali comportamenti opportunistici.

Anticipando le conclusioni di Coase, il diritto dovrebbe intervenire solo nel caso in cui la negoziazione fra soggetti non è priva di costi[[10]](#footnote-10). Se tali costi sono nulli, la regolamentazione statale è dannosa, crea costi in termini di produzione persa e allocazione delle risorse. Di conseguenza le parti (il produttore e la vittima dell’esternalità) devono essere libere di stipulare gli accordi che preferiscono, poiché esistono gli incentivi necessari a realizzare una condizione di ottimo sociale (inoltre, non importa come sono assegnati i diritti di proprietà; v. *infra*).

Ad esempio, inquinatore e inquinato si mettono d’accordo sulla miglior soluzione: un risarcimento, lo spostamento della fabbrica, lo spostamento dell’inquinato finanziato dall’inquinatore, l’installazione di depuratori finanziato totalmente o parzialmente dall’inquinato ecc. Chi ha interesse a ottenere un particolare diritto – per esempio il diritto a inquinare – è disposto a pagare di più per esso, e, se l’altra parte accetta, il diritto è acquisito da colui che lo valuta di più, dunque si ha un risultato efficiente. La norma imposta dal legislatore sulla base di astratti criteri di giustizia potrebbe essere meno efficiente, cioè potrebbe determinare un grado di benessere inferiore a quello generato dalla libera negoziazione fra le parti; ad esempio, potrebbe ridurre la produzione in misura maggiore rispetto alla riduzione che conseguirebbe dalla negoziazione. Ciascuna delle parti tenderà a realizzare l’uguaglianza fra costi e ricavi marginali. L’allocazione che ne deriva sarà paretianamente efficiente, e lo sarà qualunque sia la distribuzione iniziale dei diritti di proprietà, perché i diritti finiranno nelle mani di chi attribuisce loro il maggior valore.

Questo criterio è applicabile a tutte le controversie fra privati conseguenti ad attività che invadono la proprietà altrui. L’esempio classico di Coase è quello della locomotiva che riversa scintille nei terreni degli agricoltori. C’è una disputa fra una società ferroviaria e il proprietario di un campo adiacente ai binari perché la locomotiva a carbone emette scintille che danneggiano (incendiano) il terreno dell’agricoltore. Per Coase in questa situazione non vi è un danneggiante (la compagnia) e un danneggiato (l’agricoltore); da questa situazione entrambi sopportano costi. L’agricoltore vede bruciato parte del suo raccolto, la compagnia subisce un danno se l’agricoltore impedisce al treno di passare o gli impone di rallentare o di installare dei dispositivi antiscintille.

Si supponga che il danno al campo ammonti a 100.000 dollari, e il dispositivo antiscintille costi 75.000 dollari. In tale situazione, se la responsabilità è attribuita alla ferrovia (diritto di proprietà assegnato al contadino), dunque se la ferrovia deve risarcire il danno, la ferrovia preferirà pagare i 75.000 del dispositivo piuttosto che i 100.000 di risarcimento. Se invece non è assegnata la responsabilità alla ferrovia, al contadino converrà offrire una cifra minore di 100.000 e maggiore di 75.000, poniamo 90.000, per convincere la ferrovia a installare il dispositivo. Entrambe le possibilità consistono nell’installazione dell’apparecchio. Cioè, indipendentemente da quale assegnazione dei titoli di proprietà (assegnazione della responsabilità) venga fatta, senza costi di transazione, con le parti che negoziano liberamente, si determina la soluzione più efficiente, quella che genera il massimo benessere collettivo, il costo di 75.000 anziché di 100.000; ed è ciò che conta. Non si guarda la situazione delle due parti coinvolte, chi è dalla parte del giusto.

Supponiamo ora che le cifre siano invertite: la perdita di raccolto è pari a 75.000 e il costo dell’apparecchio è 100.000. Nel primo caso, cioè con la ferrovia riconosciuta responsabile, essa pagherà 75.000 al contadino, ma non installerà l’apparecchio; nel secondo caso, con la ferrovia non riconosciuta responsabile, l’agricoltore non è in grado di (non gli conviene) pagare alla ferrovia una somma tale da installare l’apparecchio. Entrambi gli scenari danno vita allo stesso risultato: non vi sarà l’apparecchio. Ancora, indipendentemente da come sono assegnati inizialmente i diritti di proprietà, secondo Coase l’allocazione delle risorse sarà la stessa.

In questa situazione, poiché non vi sono costi di transazione, le due parti devono negoziare liberamente, dunque non deve essere imposta una norma giuridica statale unica e uguale per tutti (ad esempio, il divieto per la compagnia di invasione della proprietà con risarcimento del danno).

Se invece i costi di transazione sono positivi (caso più realistico), ad esempio se le parti non si accordano, vi deve essere un intervento “normativo”. Perché, a causa di tali costi, i diritti potrebbero *non* finire nelle mani della parte che dà loro maggiore valore, dal momento che il *plus* di spesa dei costi di transazione potrebbe rendere poco conveniente l’acquisto del diritto dal suo proprietario originario[[11]](#footnote-11).

In tal caso la norma giuridica da adottare è quella che determina il costo più basso (dunque la più efficiente, perché è quella che determina il massimo benessere collettivo). Un giudice quindi, sulla base di questo criterio di utilità, dovrebbe assegnare i diritti di proprietà alle parti in causa in modo che la “ricchezza” o il “valore della produzione” sia massimizzato[[12]](#footnote-12) (cioè assegnare i diritti come avrebbe fatto il mercato se non fossero esistiti costi di transazione). Dunque, se il costo dell’apparecchio è inferiore alla perdita di raccolto, allora il giudice dovrebbe schierarsi con il contadino e considerare responsabile la ferrovia (soluzione a). Altrimenti, se il costo dell’apparecchio è maggiore della perdita di raccolto, il giudice dovrebbe schierarsi con la ferrovia e considerare responsabile il contadino (soluzione b). Il giudice (lo Stato) dunque assegna i diritti di proprietà.

Dal modello di Coase si sono sviluppate successivamente applicazioni che hanno superato il campo specifico dei diritti di proprietà e delle esternalità, per diventare uno strumento metodologico unitario applicabile ad aree sempre più estese del diritto: come detto, il contratto, la responsabilità extracontrattuale[[13]](#footnote-13), l’*antitrust*.

A livello metodologico, si può riscontrare un’importante coincidenza fra le tesi libertarie e l’approccio dell’EAL a proposito del sistema di *common law*. Il diritto giurisprudenziale, per le sue caratteristiche strutturali, prima fra tutte la derivazione da un processo di selezione naturale, è considerato più efficace del *civil law* europeo-continentale ai fini della produzione di risultati efficienti[[14]](#footnote-14). In generale, molti esponenti dell’EAL ritengono che per spiegare il diritto prodotto dal legislatore si debba ricorrere ad altre teorie.

Una delle aree di più fertile applicazione dell’EAL è il diritto di proprietà. Un esponente che elabora tale ramo della teoria con esiti libertari è David Friedman[[15]](#footnote-15).

Un altro campo particolarmente fecondo è il diritto contrattuale. In tale ambito, una questione di rilevante interesse è la definizione delle condizioni per l’attuabilità di un contratto. Negli scambi differiti nel tempo (ad esempio: una parte paga subito e l’altra promette la consegna della merce in futuro), affinché le transazioni e la cooperazione non vengano disincentivate, è opportuno che la promessa sia suscettibile di esecuzione coattiva.

Posner ha cercato di individuare le circostanze in cui le promesse gratuite possano essere legalmente azionabili. Per individuare le regole ottimali è necessario confrontare l’utilità della promessa per il promittente con il costo sociale dell’esecuzione della promessa. Le promesse non dovrebbero essere azionabili quando i costi di esecuzione superano il guadagno da esse apportato.

Un altro importante aspetto è la determinazione del contenuto delle regole suppletive, quelle che integrano i contratti incompleti, in cui le parti rinunciano a pattuire alcune clausole. I. Ayres e R. Gertner[[16]](#footnote-16) suggeriscono di introdurre “clausole penali suppletive” che diano «almeno ad una delle parti contraenti l’incentivo a negoziare per la disapplicazione delle regole suppletive»[[17]](#footnote-17), in modo da indurre i contraenti a rivelare le proprie preferenze nella fase di formazione del contratto. Lo strumento della clausola penale suppletiva è utilizzato anche per eliminare l’asimmetria nelle informazioni fra le parti.

Per quanto riguarda l’inadempimento contrattuale, il diritto anglo-americano privilegia il rimedio del risarcimento del danno. J.H. Barton[[18]](#footnote-18) si è occupato dei casi in cui l’oggetto del contratto è infungibile, e i danni diventano difficili da valutare. A. Schwartz[[19]](#footnote-19) ha cercato di portare argomenti a favore dell’esecuzione in forma specifica.

In materia di responsabilità civile, l’approccio in esame, in contrasto con la teoria tradizionale che mira esclusivamente a compensare la vittima per il danno sofferto, è interessato alla produzione di incentivi per comportamenti efficienti. La responsabilità ha la funzione di internalizzare i costi esterni, cioè i danni potenziali che gli atti (o le omissioni) degli individui possono cagionare agli altri. Le regole ottimali sono quelle che impongono un livello di precauzione che minimizza il costo sociale dei danni.

La negligenza di una condotta è dedotta dal confronto fra l’entità del rischio, la gravità dell’eventuale danno e i costi della prevenzione. La regola che emerge produce un equilibrio fra l’utilità conseguibile da chi intraprende la condotta e il rischio che essa genera per gli altri. Secondo S. Shavell è opportuno applicare il più rigido standard di *strict liability* al convenuto nel risarcimento del danno. Le norme tradizionali considerano il convenuto responsabile solo se non ha mantenuto un livello ragionevole di attenzione nella sua azione. Poiché queste regole non considerano l’opportunità anche solo di intraprendere l’attività rischiosa, tendono a ridurre l’effetto di deterrenza verso tali attività. Invece la responsabilità più ampia impone di pagare per tutto il danno causato e non sorge il problema[[20]](#footnote-20).

Altri settori del diritto privato in cui l’EAL si è cimentata sono il diritto di famiglia e il diritto societario.

Particolarmente interessanti sono le applicazioni dell’analisi economica al diritto penale. La giustizia penale ha lo scopo di minimizzare i costi sociali. Secondo Posner il diritto penale non fa altro che vietare atti inefficienti, quali i trasferimenti di ricchezza coercitivi, per dissuadere dai quali non sono sufficienti rimedi esclusivamente civilistici[[21]](#footnote-21). L’approccio economico istituisce un’analogia tra sanzione legale e prezzo. La sanzione è il prezzo che si deve pagare per poter intraprendere un’attività illecita. L’autore valuta benefici e costi dell’atto criminoso, scontati per la loro probabilità (di riuscita o di fallimento). Sulla base di tale premessa, è possibile utilizzare gli strumenti della teoria dei prezzi per esaminare i rapporti fra sanzioni alternative e comportamenti illeciti. In base alla legge della domanda, un aumento del prezzo (sanzione) associato ad una determinata attività (o un aumento della probabilità di arresto), distoglierà dall’attività sanzionata, generando un effetto di sostituzione. È evidente in tale modello la predilezione per la funzione di deterrenza esercitata dalla sanzione.

In generale, se il beneficio conseguito dall’autore dell’illecito è inferiore al costo sociale (danno subito dalla vittima e/o dalla società), l’attività illecita verrà resa non vantaggiosa se la sanzione sarà correlata al beneficio. Se, al contrario, il vantaggio ottenuto dal criminale non è noto o è superiore al costo sociale, per conseguire un livello di deterrenza efficiente il valore della sanzione dovrà essere legato al costo sociale.

Per quanto riguarda le sanzioni pecuniarie, esse vengono concepite come strumenti per il controllo delle esternalità. Poiché realisticamente la probabilità di condanna dell’autore di un illecito è inferiore a uno, la sanzione non può essere uguale al costo sociale, come avverrebbe in un approccio *à la* Pigou. Potrebbe invece essere rapportata alla probabilità effettiva di identificazione e al patrimonio dell’autore, trascurando i costi esterni. M.A. Polinsky e S. Shavell[[22]](#footnote-22) hanno però criticato tale soluzione, perché non prende in considerazione il diverso atteggiamento degli autori rispetto al rischio.

Gary Becker ha applicato il teorema di Coase al diritto penale. Le sanzioni e le spese per l’apparato repressivo del crimine devono essere stabilite in maniera tale da minimizzare le perdite sociali derivanti dal crimine. Prevale la funzione deterrente della pena. Vengono quindi privilegiate le multe pagate allo Stato anziché i risarcimenti alla vittima. Anche il carcere non è considerato la soluzione migliore, perché in questo modo il “pagamento” da parte del criminale non viene conseguito dal resto della società, e si determina una perdita sociale[[23]](#footnote-23).

L’analisi economica del diritto ha sviluppato diversi modelli per individuare il livello di risorse da impiegare nell’attività di prevenzione e repressione del crimine. Si confrontano i costi generati dal crimine con i costi associati alle diverse attività di polizia (indagine, *intelligence*, stipendi ai poliziotti ecc.). L’aumento delle spese per l’attività di polizia ovviamente aumenta la probabilità di scoperta e condanna del colpevole, tuttavia tale beneficio marginale potrebbe essere conseguito a prezzo di un ingente impiego di risorse, cioè con costi marginali proibitivi. L’analisi economica richiama a una posizione di equilibrio, rammentando che l’obiettivo da massimizzare è il beneficio sociale netto.

B. Mast, B. Benson e D. Rasmussen hanno applicato tecniche econometriche a questioni inerenti all’azione penale. In particolare, hanno esaminato l’impatto delle norme che disciplinano la confisca sull’attività della polizia[[24]](#footnote-24).

Il gruppo di autori etichettati *new resource economists* o anche *free market environmentalists*, fra i cui esponenti vi sono Terry L. Anderson e Don R. Leal, attingono ai metodi di Coase, evidenziando come la creazione e l’allocazione dei diritti di proprietà possano risolvere problemi legati al territorio e all’ambiente, dal sovrasfruttamento delle terre pubbliche all’inefficiente allocazione dei diritti di proprietà sull’acqua[[25]](#footnote-25).

Concludiamo questa sommaria rassegna limitandoci soltanto a segnalare un altro settore di applicazione dell’EAL, il diritto costituzionale, i cui risultati sono tuttavia per ora meno sofisticati di quelli raggiunti in materia di diritto civile[[26]](#footnote-26).

Le critiche della Scuola Austriaca

1) Il teorema di Coase, con la sua tesi della reciprocità della causalità, semplicemente cancella i diritti di proprietà. Non si tiene conto che l’agricoltore è il proprietario, e dunque la ferrovia è l’aggressore e l’agricoltore la vittima. L’agricoltore se vuole deve poter impedire l’immissione di scintille nel suo terreno (e ottenere dagli agenti dello Stato l’esclusione con la forza dell’invasore); e, se è stato provocato un danno, sulla base del principio giuridico della responsabilità oggettiva (*strict liability*), ottenere il risarcimento; punto e basta. Invece Coase vede questo eventuale rifiuto dell’agricoltore come un danno, imposto alla compagnia ferroviaria e alla società, da comparare con il danno subito dall’agricoltore. Si guarda alla società come un tutto, e si dice che, considerando il valore economico totale della produzione della collettività, è irrilevante se è l’agricoltore a dare una somma di denaro alla compagnia o viceversa, basta che la soluzione sia quella che determina la massima produzione complessiva (la massima utilità). Il diritto di proprietà è azzerato.

Se questo fosse accettato come criterio generale di analisi economica, le conseguenze sarebbero moralmente inaccettabili: si potrebbe dire che qualsiasi restrizione dei rapimenti danneggia i rapitori, e una mancanza di restrizioni danneggia le vittime, dunque non bisogna vietare del tutto il rapimento ma trovare la soluzione intermedia che genera il massimo benessere sociale.

Inoltre non viene preso in considerazione il senso di frustrazione e di ingiustizia sofferto dall’agricoltore per il fatto di non veder rispettato un suo diritto. E le conseguenze sull’intera società di questo venir meno della sicurezza del proprio diritto alla proprietà. I costi non sono solo costi monetari, ma anche psicologici. Un’etica deve consentire a un individuo di decidere sul “giusto o ingiusto” prima che agisca, e deve riguardare qualcosa che è sotto il controllo dell’attore, come avviene per la teoria classica della proprietà privata (acquisizione originaria ecc.). Invece nella teoria ora esaminata nessuno può determinare *ex ante* se le sue azioni condurranno o no a una massimizzazione della ricchezza collettiva. Chi si assoggetterebbe al giudizio di un giudice che non gli consentisse di sapere in anticipo quali sono le azioni giuste e quali quelle ingiuste, ma che giudicasse *ex post*, dopo i fatti?

Una situazione in cui ognuno è insicuro dei propri titoli di proprietà non condurrà di certo alla massimizzazione della ricchezza nel lungo periodo.

2) Ai fini del valore della produzione complessiva, conta come sono assegnati i diritti di proprietà. Quanta produzione si realizza dipende da quanto sono protetti i diritti di proprietà degli *homesteader* e dei produttori. La dottrina del “non conta” è controproducente ai fini dell’obiettivo della massimizzazione della ricchezza.

3) Non è vero che l’uso delle risorse non è condizionato dall’allocazione iniziale dei diritti di proprietà. Ad esempio: il contadino, anziché il raccolto, perde un giardino fiorito che vale 1000 per lui ma è privo di valore per tutti gli altri. Se il giudice assegna la responsabilità alla ferrovia, l’apparecchio da 750 sarà installato. Altrimenti, l’apparecchio non sarà installato, perché il contadino non possiede una cifra tale da convincere la ferrovia a installarlo. L’allocazione delle risorse dunque è differente a seconda dell’assegnazione iniziale dei diritti di proprietà.

4) I giudici assegnano i diritti di proprietà a seconda della mutevolezza dei dati di mercato. Se l’apparecchio è meno caro del danno al raccolto, il contadino è considerato nel giusto, se l’apparecchio è più caro del danno, è considerata nel giusto la ferrovia. Dunque, circostanze diverse in momenti diversi determinano una redistribuzione dei titoli di proprietà. Nessuno può essere sicuro della sua proprietà[[27]](#footnote-27).

5) Non è possibile misurare in maniera oggettiva l’utilità e quindi confrontare le utilità di individui diversi: il valore affettivo del campo per l’agricoltore potrebbe essere altissimo (es. 1.000.000 di dollari, costo psichico), o infinito. Quindi, dal punto di vista della teoria di Coase, accadrà questo: nel Caso a) (diritti assegnati all’agricoltore), l’agricoltore non sarà contento di ricevere solo 100.000 dollari come risarcimento. Richiederà l’emissione di un’ingiunzione contro qualsiasi ulteriore aggressione della sua proprietà, e anche se la legge consente alle parti di trattare per rimuovere l’ingiunzione, egli insisterà per ottenere almeno un milione di dollari dalla compagnia ferroviaria, che questa non vorrà pagare. Al contrario, nel Caso b), è improbabile che l’agricoltore trovi un modo per ottenere il milione di dollari necessario per far cessare l’invasione nel terreno.

Tutto ciò avviene perché non è possibile alcun calcolo di costi e benefici sociali fatti da un terzo (il giudice). Con la misurazione oggettiva dell’utilità, di fatto si dà al giudice il ruolo del pianificatore.

L’impossibilità del calcolo relativo a costi e benefici sociali svuota di significato anche il concetto di “efficienza” intesa a livello collettivo, cioè applicata a istituzioni sociali o a politiche pubbliche[[28]](#footnote-28). A livello individuale, l’efficienza può essere definita come la miglior combinazione dei mezzi per raggiungere determinati fini. Ma anche a livello individuale l’efficienza è una chimera: si potrebbe affermare che, essendo gli obiettivi un dato scelto dal soggetto, almeno i mezzi da lui impiegati, le sue azioni, sono efficienti. Ma nemmeno questo si può dire, perché per agire in maniera efficiente, un individuo dovrebbe avere conoscenza perfetta (le migliori tecnologie, azioni e reazioni di tutti gli altri individui, tutti gli eventi naturali futuri), ma ciò è impossibile, viviamo in un mondo di incertezza. L’azione è un processo di apprendimento: l’individuo, mentre agisce per perseguire determinati fini, impara cose nuove, dunque le sue azioni iniziali non possono essere considerate efficienti, perché, se avesse saputo le cose che ha imparato dopo, avrebbe agito in maniera diversa. Inoltre, anche i fini non sono *dati* in maniera statica, perché appena l’individuo apprende cose nuove sulla realtà, i suoi fini cambiano. E se i suoi fini cambiano, il concetto di efficienza – la miglior combinazione di mezzi per conseguire determinati fini – diventa di nuovo priva di significato.

Se il concetto di efficienza è inutilizzabile per i singoli, lo è a maggior ragione per l’intera società. Se l’efficienza ha senso solo in relazione ai fini delle persone, e tali fini differiscono o entrano in conflitto, il problema è: quali fini verranno perseguiti? Per l’utilitarismo i fini degli individui sono gli stessi, il fine comune universale è un più alto benessere (spesso identificato nella massimizzazione del Pil), e dunque il problema è solo quello di scoprire i mezzi adatti. Ma supponiamo che per una o più persone parte del loro “prodotto” è qualcosa che altre persone considerano dannoso; ad esempio, alcuni desiderano l’uguaglianza totale delle ricchezze, mentre altri la considerano una disutilità gigantesca; oppure alcuni desiderano la schiavitù o lo sterminio di un determinato gruppo etnico, il quale a sua volta considera questo “prodotto” finale una grave riduzione di benessere. In base alla logica della AED, la vista del gruppo etnico potrebbe essere definita un’“esternalità negativa” per il resto della società, e questi costi esterni possono essere internalizzati costringendo il gruppo etnico in questione a pagare gli altri nella misura necessaria a indurli a lasciarli in pace. Non vi è nulla di avalutativo, di “value-free” in questa soluzione, vi è una scelta etica (aberrante).

Dove vi sono fini in conflitto, l’“efficienza” di un gruppo diventa il danno di un altro. L’efficienza quindi non può diventare la base del diritto o delle politiche pubbliche. Dove vi sono fini in conflitto (e questa situazione è la norma) l’obiettivo di “minimizzare il costo sociale” è impossibile, perché i costi psichici di individui diversi non possono essere sommati, essendo soggettivi e non misurabili quantitativamente. Un osservatore esterno (un giudice) non può conoscere i processi mentali interni di un individuo, dunque non può stabilire quale somma di denaro debba essere trasferita da un soggetto a un altro[[29]](#footnote-29).

6) Quanto detto nel punto precedente è applicabile anche ai costi di transazione. Ci sono sempre costi di transazione; che non sono altro che costi, come tutti gli altri; e i costi sono soggettivi, quindi non misurabili e non confrontabili. Dunque un osservatore esterno – legislatore o giudice – non può affermare *ex ante* che l’insieme dei costi di transazione è superiore al beneficio finale della transazione; o che è superiore al costo della misura politica (ad esempio, nel caso dei *public good* realizzare i beni attraverso finanziamento coercitivo e centralizzato), e che il beneficio finale è certamente superiore al costo della misura politica. Solo attraverso le *preferenze dimostrate* possiamo sapere le valutazioni di utilità delle persone: se queste non negoziano, vuol dire che il costo della transazione è ritenuto superiore al beneficio, se invece negoziano vuol dire che lo ritengono inferiore. Nel primo caso il bene o il servizio non verranno predisposti, ma non vi è niente di inefficiente in tale esito, rappresentando la scelta volontaria dei soggetti coinvolti. Lo Stato non risolve il problema dei costi di transazione meglio del mercato.

7) Coase pretende di introdurre un criterio *value-free*, ma in realtà introduce la norma etica dell’“efficienza”, in base alla quale devono essere assegnati i diritti di proprietà.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Coase, R., *The Problem of Social Costs*, in “Journal of Law and Economics”, n. 3, ottobre 1960.

Posner, R.A. *Economic Analysis of Law*, Little, Brown, Boston, 1972.

Parisi, F. e Posner, R.A., *Scuole e tendenze nell’analisi economica del diritto*, in “Biblioteca della libertà”, nn. 147, 148, 149, 1998/1999;

*- Law and Economics*, 3 voll., Elgar-Ashgate, Cheltenham, 1997.

Calabresi, G., *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in “Yale L. J.”, 70, 1961; *- Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica* (1970), Giuffrè, Milano, 1975.

AA.VV., *Il mercato delle regole*, il Mulino, Bologna, 1999.

Chiancone, A. e Porrini, D., *Lezioni di analisi economica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.

Gallo, P., *Analisi economica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1998.

Rothbard, M. N., [*Diritto, diritti di proprietà e inquinamento*](http://rothbard.altervista.org/essays/diritto-diritti-propriet%C3%A0-e-inquinamento.pdf), in Rothbardiana, https://www.rothbard.it/essays/diritto-diritti-proprietà-e-inquinamento.pdf, 11 novembre 2009, in particolare pp. 2-4. Ed. or. [*Law, Property Rights, and Air Pollution*](http://rothbard.altervista.org/essays/law-property-rights-air-pollution.pdf), in “Cato Journal” 2, n. 1, primavera 1982.

- The Myth of Efficiency, in M. J. Rizzo (a cura di), Time, Uncertainty, and Disequilibrium, Lexington Books, Lexington, Mass., 1979, pp. 90-95; ristampato in The Logic of Action One: Method, Money, and the Austrian School, Edward Elgar, Cheltenham, 1997, pp. 266-273.

Hoppe, H.-H., *The Ethics and Economics of Private Property*, in E. Colombatto (a cura di), *Elgar Companion to the Economics of Private Property*, Elgar, London, 2004.

Block, W., *Coase and Demsetz on Private Property Rights*, in “Journal of Libertarian Studies” 1, no. 2, 1977;

- *Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: A Reply to Harold Demsetz*, in “Review of AustrianEconomics” 8, no. 2, 1995.

Crespi, G.S., *Exploring the Complicationist Gambit: An Austrian Approach to the Economic Analysis of Law*, in “Notre Dame Law Review”, Volume 73, Issue 2, 1999.

Krecke, E., *Law and the Market Order. An Austrian Critique of the Economic Analysis of Law*, in “Journal des Economistes et des Etudes Humaines”, Volume 7, Issue 1, 1996.

1. Per la citazione del presente saggio: P. Vernaglione, *Austriaci e Analisi economica del diritto*, in Rothbardiana, https://www.rothbard.it/teoria/austriaci-vs-aed.doc, 31 luglio 2009.

 R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown, Boston, 1972. [↑](#footnote-ref-1)
2. G. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, Chicago, 1976. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sul piano metodologico esistono due correnti all’interno della Scuola: quella “positiva” (viva a Chicago con Richard Posner) e quella “normativa” (a Yale con Guido Calabresi, S.R. Ackermann, O. Fiss). La prima ritiene che l’unico criterio debba essere la massimizzazione della ricchezza, e che esso è parametro di giudizio non solo dell’efficienza, ma anche della giustizia di un sistema giuridico. Il parametro deve essere la ricchezza e non l’utilità perché questa è impossibile da misurare e da comparare in forma interpersonale. La seconda corrente, definita anche *New Haven School* o *Reformist School*, sostiene invece che, in termini di giustizia, il solo incremento di ricchezza non basta, e deve essere coniugato con altri scopi, come l’eguaglianza e l’utilità, dunque le norme devono indurre redistribuzioni della ricchezza. G. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in “Yale L. J.”, 70, 1961; *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica* (1970), Giuffrè, Milano, 1975. [↑](#footnote-ref-3)
4. Dalla contrattazione emergeranno i prezzi effettivi. Le unità monetarie consentono misurazioni che sono impossibili con l’“utilità”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Un esempio di applicazione giuridica, che sarà ripreso più avanti, è il disincentivo al crimine in relazione alla pena, considerata il “prezzo” che la società impone per un reato, con una relazione inversa tra le due entità. [↑](#footnote-ref-5)
6. Un’applicazione al diritto è la stima dei danni (monetari, quindi minimi) per la perdita della vita di un figlio, valutando le risorse investite dai genitori (cibo, vestiti, istruzione ecc.) che si sarebbero potute indirizzare verso altri beni e servizi. [↑](#footnote-ref-6)
7. Per Posner l’accostamento economico non è solo *normativo* (funzionale a valutare la correttezza delle soluzioni giuridiche), ma anche *descrittivo*, in grado cioè di spiegare le istituzioni giuridiche vigenti. In tutti gli ambiti del diritto - e persino in settori apparentemente lontani da implicazioni economiche, come il diritto penale - le soluzioni proposte da legislatori, giudici e giuristi tendono a perseguire l’efficienza economica, anche quando i loro autori non ne sono coscienti, o quando nascondono tale intento dietro espedienti retorici. [↑](#footnote-ref-7)
8. R. Coase, *The Problem of Social Cost*, in “Journal of Law and Economics”, n. 3, ottobre 1960. L’articolo è una risposta a A.C. Pigou e alla sua soluzione del problema delle diseconomie esterne, incentrata sulle imposte, o sul risarcimento, assegnati in anticipo alla parte responsabile, che così è costretta a internalizzare l’esternalità. [↑](#footnote-ref-8)
9. Un altro esempio proposto da Coase è il seguente: «Nel caso del bestiame del proprietario del ranch che si cibi del raccolto del vicino, è senz’altro vero che il raccolto non avrebbe subìto danno alcuno se non ci fosse stato il bestiame. Ma è anche vero il contrario, ossia che il raccolto non avrebbe subìto danno alcuno se fosse stato altrove, anziché lì. […] Se discutiamo del problema in termini di causalità, ebbene, entrambe le parti hanno causato danni». R. Coase, *op. cit.* La reciprocità della causalità ha sollevato molte critiche, che verranno esaminate più avanti. Autori non di scuola Austriaca che hanno rifiutato la tesi sono Richard Epstein (*Causation – In Context: An Afterword*, in “Chicago-Kent Law Review”, 63, 1997) e George Fletcher, che ha osservato: «Il teorema di Pigou continuerà a regnare […] Coase non si affermerà mai tra i giudici, perché le sue idee di efficienza sono incompatibili con i principi più elementari di equità». G. Fletcher, *The Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 167. [↑](#footnote-ref-9)
10. Un esempio che viene proposto di tale condizione è l’inquinamento provocato da un aereo in volo: l’individuazione dei soggetti danneggiati e l’ipotetica negoziazione con essi rappresenterebbe un costo di transazione molto elevato. In questo caso è plausibile una norma giuridica che impone in maniera standard un vincolo specifico, ad esempio un’imposta sulle emissioni o l’imposizione di dispositivi antiinquinanti. Per Coase l’*impresa* stessa, con la sua organizzazione, è un modo di ridurre i costi di transazione: naturalmente l’internalizzazione delle attività, che, riducendo i contratti verso l’esterno, riduce i costi di transazione, non è sempre vantaggiosa; oltre una certa soglia gli svantaggi saranno superiori ai vantaggi (se non fosse così, ogni impresa procederebbe a una progressiva integrazione verticale, finché l’internalizzazione di ogni processo produttivo e commerciale non genererà un’unica gigantesca impresa). Gli istituzionalisti Oliver Williamson e Douglass North approfondiscono lo spunto di Coase sui costi di transazione. Williamson ne evidenzia gli attriti sulla fluidità degli scambi, ma ritiene che il mercato riesca a minimizzarli. North considera le istituzioni come lo strumento più esteso per ridurre i costi di transazione, in particolare l’incertezza. Istituzioni mal congegnate aumentano, anziché ridurre, i costi. D. North, *Institutions, institutional change, and economic performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990. [↑](#footnote-ref-10)
11. Nell’esempio precedente della locomotiva, ai 100.000 dollari di danni al campo e ai 75.000 dollari di costo dell’apparecchio si aggiungono costi di transazione pari a 30.000. Di conseguenza la soluzione non sarà più quella del caso di assenza di costi di transazione, e cioè la ferrovia non installerà il dispositivo, e la soluzione sarà meno efficiente. Il giudice, come si vedrà di seguito, deve mimare gli effetti del mercato assegnando i diritti al contadino. [↑](#footnote-ref-11)
12. Posner fa coincidere il “principio di massimizzazione della ricchezza” non con l’ottimalità paretiana ma con il criterio di Efficienza Kaldor-Hicks, secondo cui una regola, decisione o azione è efficiente se e solo se coloro che ne beneficiano potrebbero potenzialmente compensare coloro che perdono e continuare a conseguire un guadagno netto. In questo schema le parti vincitrici non compensano effettivamente quelle perdenti; il punto è: se le parti rese più ricche fossero sollecitate a valutare l’opportunità di una compensazione e decidessero che è conveniente, allora ci si troverebbe in una situazione di ottimo paretiano. In tal modo l’azione statale è giustificata anche se si determina l’impoverimento di una delle parti, perché, senza bisogno delle controverse comparazioni di utilità, si desume che la situazione nuova scaturita dall’intervento è migliore di quella precedente. [↑](#footnote-ref-12)
13. In questa area fu importante il contributo di G. Calabresi nel già citato lavoro *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. [↑](#footnote-ref-13)
14. R. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Harvard, 1983; P.H. Rubin, *Why is the Common Law Efficient?*, in “Journal of Legal Studies”, 6, 1977. [↑](#footnote-ref-14)
15. Per un esame dell’approccio di David Friedman v. P. Vernaglione, *David Friedman*, in Rothbardiana, <https://www.rothbard.it/autori-libertari/david-friedman.pdf>, 31 luglio 2009. [↑](#footnote-ref-15)
16. I. Ayres I., R. Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, in “Yale Law Journal”, 99, 1989. [↑](#footnote-ref-16)
17. F. Parisi, R.A. Posner, *Scuole e tendenze nell’analisi economica del diritto*, n. 148, cit., p. 10. [↑](#footnote-ref-17)
18. J.H. Barton, *The Economics Basis of Damages for Breach of Contract*, in “Journal of Legal Studies”, n. 1, 1972. [↑](#footnote-ref-18)
19. A. Schwartz, *The Case for Specific Performance*, in “Yale Law Journal”, 89, 1979. [↑](#footnote-ref-19)
20. S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1987. Shavell è uno dei maggiori esponenti della componente dell’AED, concentrata nella Harvard Law School, che ha sviluppato modelli matematici per le tematiche giuridiche. [↑](#footnote-ref-20)
21. Il limite più evidente del ricorso alla responsabilità civile si ha nel caso in cui l’autore dell’illecito possieda risorse finanziarie insufficienti. [↑](#footnote-ref-21)
22. M.A. Polinsky, S. Shavell, *The Optimal Tradeoff Between the Probability and Magnitude of Fines*, in “American Economic Review”, 69, 1979. [↑](#footnote-ref-22)
23. G. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in “The Journal of Political Economy”, 76, 1968, pp. 169-217. All’impostazione di Becker sono state rivolte le seguenti critiche: 1) L’impossibilità delle comparazioni interpersonali di utilità, che non consente il calcolo dei costi sociali del crimine; 2) la vittima, e il suo diritto al risarcimento, anche psicologico, non vengono considerati; 3) per Becker il costo di un omicidio è dato dalla perdita dei guadagni futuri della vittima, e non si calcola il valore della vita in sé. Per cui se venisse ucciso un handicappato che non lavora ed è quindi un consumatore netto di risorse, non essendoci una perdita netta per la società, quell’omicidio non dovrebbe essere sanzionato; verrebbe ammesso l’omicidio selettivo. [↑](#footnote-ref-23)
24. In base ai dati hanno rilevato che, durante gli anni Ottanta e Novanta del Novecento, negli Stati Uniti fu incrementata la possibilità di sequestrare beni in relazione ad attività illegali, principalmente la detenzione e il commercio di stupefacenti. Confrontando le leggi dei vari stati e i dati relativi, gli autori hanno dimostrato che i dipartimenti di polizia si orientavano verso i settori in cui era loro consentito sequestrare quantità più elevate di beni. B. Mast, B. Benson, D.W. Rasmussen, *Entrepreneurial Police and Drug Enforcement Policy*, in “Public Choice”104, n. 3-4, 2000, pp. 285-308. [↑](#footnote-ref-24)
25. T.L. Anderson, D.R. Leal. *Free Market Environmentalism*, Pacific Research Institute forPublic Policy, San Francisco, 1991. [↑](#footnote-ref-25)
26. D.C. Mueller, *Constitutional Democracy*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1996; R.D. Cooter, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2000. [↑](#footnote-ref-26)
27. Inoltre, anche i prezzi relativi cambiano in continuazione, dunque l’assunzione di prezzi relativi *fissi*, in base ai quali il giudice prende le decisioni, è irrealistica e fallace. [↑](#footnote-ref-27)
28. Tre autori non Austriaci, J. Hanson, K. Hanson e M. Hart, hanno svolto una critica simile. L’argomento in base al quale alcune regole incrementerebbero l’efficienza è legato a una serie di presupposti, tra cui la conoscenza dei costi di transazione, dei livelli di attività, dei costi amministrativi, della misura di probabilità neutrale, del rischio delle parti, della capacità dei giudici di compiere corrette valutazioni circa i costi e i benefici derivanti da azioni alternative. L’EAL tende a fare supposizioni irrealistiche o ad assumere valori fissi su variabili che in realtà mutano significativamente e in modi imprevedibili. J. Hanson, K. Hanson, M. Hart, *Law and Economics*, in D. Patterson (a cura di), *A Companion to the Phlilosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2010, pp. 299-326. [↑](#footnote-ref-28)
29. M.N. Rothbard, The Myth of Efficiency, in M. J. Rizzo (a cura di), Time, Uncertainty, and Disequilibrium, Lexington Books, Lexington, Mass., 1979, pp. 90-95; ristampato in The Logic of Action One: Method, Money, and the Austrian School, Edward Elgar, Cheltenham, 1997, pp. 266-273. [↑](#footnote-ref-29)