

PIERLUIGI CHIASSONI

Modelli economici e scienza del diritto: considerazioni introduttive

*If lawyer-economists do not make the mistake of claiming too much
for what they are doing, and if they are willing to work at defining
and analyzing pretty good instruments leading toward the just society,
philosophers ought not be troubled*

Guido Calabresi¹

1. SCIENZA DEL DIRITTO

Con la locuzione «scienza del diritto» si possono intendere tre cose. In primo luogo, lo studio dottrinale del diritto (dottrina giuridica, dogmatica giuridica, «scienza giuridica» quale calco delle espressioni latine *iuris scientia*, *iuris prudentia*, *scientia iuris*). In secondo luogo, la conoscenza scientifica del diritto. In terzo luogo, lo studio dottrinale del diritto in quanto conoscenza scientifica del diritto.

Lo studio dottrinale del diritto – di settori determinati di un qualche diritto positivo (il diritto comunitario, il diritto francese, il diritto internazionale ecc.) – consiste tipicamente nel compiere una molteplicità di operazioni diverse. Figurano tra queste, a titolo esemplificativo:

- a) l'identificazione dei materiali che, nell'ordinamento considerato, hanno valore di «fonti» o «discorso delle fonti»: vuoi sulla base della «dottrina delle fonti» *rebus sic stantibus* pacifica e incontrovertibile, vuoi proponendo e difendendo contestualmente frammenti di una nuova dottrina;
- b) la rilevazione dei significati di fatto attribuiti da giudici e giuristi, in un arco temporale definito, alle disposizioni che compongono il discorso delle fonti, cogliendo e ponendo in luce orientamenti consolidati, pronunce esemplari, contrasti giurisprudenziali, nonché, in negativo, eventuali casi di «omessa interpretazione» (rilevazione di interpretazioni-prodotto);
- c) la formulazione di congetture circa i significati astrattamente ascrivibili alle disposizioni normative e le giustificazioni per essi adducibili (congettura di interpretazioni-prodotto e di argomentazioni-prodotto);
- d) la rilevazione di operazioni giudiziali e dottrinali, diverse dall'interpretazione di singole disposizioni determinate (interpretazione testuale), ma a essa tipicamente correlate e concernenti, ad esempio: l'identificazione, la determi-

1. G. Calabresi, 1980, 561.

nazione e la concretizzazione di norme implicite di principio; la (ri)definizione di termini che denominano concetti dogmatici e istituti giuridici, solitamente all'interno di più ampie «teorie» o «dottrine»; l'accertamento e integrazione di lacune; l'accertamento e risoluzione di conflitti normativi (antinomie), con particolare attenzione alla ponderazione di principi; la costruzione e l'utilizzo di gerarchie normative;

e) la formulazione di congetture circa modi possibili e alternativi di compiere le operazioni giudiziali e dottrinali menzionate nel punto precedente;

f) l'interpretazione testuale di disposizioni e la formulazione di proposte interpretative *de iure condito* e *de sententia ferenda* (decisione e proposta di interpretazioni-prodotto);

g) l'identificazione di conflitti normativi (antinomie) e la formulazione di proposte di risoluzione secondo criteri contestualmente indicati (tra cui la c.d. ponderazione o bilanciamento);

h) l'identificazione di lacune e la formulazione di proposte di integrazione secondo tecniche contestualmente indicate;

i) l'identificazione («induzione») di principi a partire da norme di dettaglio;

l) l'identificazione («deduzione») di norme (implicite) di dettaglio a partire da principi (c.d. concretizzazione o specificazione);

m) la (ri)definizione di termini che sono denominazione di concetti dogmatici e l'elaborazione di «teorie» o «dottrine» relative a istituti giuridici;

n) la formulazione e/o la valutazione di proposte *de lege ferenda*, secondo parametri vuoi endosistemici, vuoi extrasistemici;

o) la massimazione delle sentenze giudiziali e la critica della giurisprudenza.

Si tratta con tutta evidenza di operazioni funzionalmente eterogenee. Le operazioni di cui alle lettere a) (in quanto «rilevative» di modi di identificare le disposizioni) e da b) a e) sono propriamente conoscitive, *nomoteoretiche*. Per contro, le operazioni di cui alle lettere a) (in quanto «propositive» di modi di identificare disposizioni) e da f) a o) hanno natura costruttiva: sono operazioni *nomopoietiche*, mediante le quali i giuristi, nell'esercizio della loro funzione (*lato sensu*) propositiva, costruiscono, consolidano, ristrutturano, demoliscono pezzi di diritto positivo.

La conoscenza scientifica del diritto positivo consiste nello svolgimento di indagini sul diritto positivo, secondo principi epistemologici che stabiliscono i parametri di scientificità dell'attività e dei suoi risultati. Nell'epistemologia giuridica del positivismo analitico – l'indirizzo giusfilosofico sviluppatosi a partire dalla fine del secolo XVIII e con rinnovato vigore dopo il secondo conflitto mondiale, sino a divenire dominante in alcune aree della cultura giuridica contemporanea – la scientificità della conoscenza giuridica è intesa secondo criteri e modi di vedere di matrice empiristica:

1. il diritto positivo è fenomeno sociale, è ambito di esperienza, e come tale deve essere indagato;
2. il c.d. diritto naturale, in quanto diritto che pretende di trascendere l'espe-

rienza, non può essere oggetto di conoscenza scientifica (quest'ultima, nelle forme dell'indagine storica e dell'analisi concettuale, può semmai soltanto indagare le *opere* dei giusnaturalisti);

3. comparazione e analisi concettuale sono gli strumenti fondamentali di qualsiasi utile teoria generale del diritto;

4. la «esposizione dottrinale» del contenuto di un diritto positivo o di un suo settore determinato è attività genuinamente scientifica a condizione che si limiti alle operazioni di rilevazione e di congettura sopra sommariamente richiamate. Al di là di esse, cessa di essere scienza e diviene invece politica del diritto.

Lo studio dottrinale del diritto raramente consiste in un'attività volta in modo esclusivo alla conoscenza scientifica del diritto. Si risolve piuttosto, talvolta pressoché interamente, in operazioni di politica del diritto *de iure condito* o *de iure condendo* – delle operazioni sopra enumerate, come dicevo, possono dirsi genuinamente scientifiche soltanto quelle indicate alle lettere *a*) (con le precisazioni di cui sopra), *b*), *c*), *d*) ed *e*). La pretesa della scienza giuridica tradizionale di essere, *en masse*, vera scienza deve pertanto essere rigettata. L'utilità sociale della dottrina giuridica si gioca peraltro in larga misura al di là della conoscenza scientifica del diritto: al servizio dei giudici e dei legislatori, collaborando con operazioni nomopoietiche tecnicamente e assiologicamente adeguate al buon funzionamento, e al «progresso», di un ordinamento giuridico.

La dottrina giuridica, naturalmente, può venire meno in molti modi a questo compito. Ad esempio, intendendo il ruolo di servizio come servitù rispetto alla politica politicante; o ancora, abdicando al senso critico che dovrebbe sempre accompagnare qualunque importazione e adattamento di dottrine, ideologie, apparati concettuali e strumentali in un ordinamento.

2. MODELLI ECONOMICI

Al pari di «scienza giuridica», anche l'espressione «modelli economici» è equivoca. Se ne possono distinguere due accezioni principali: l'una più generica e atecnica, l'altra più specifica e tecnica.

Nell'accezione più generica e atecnica, «modelli economici» è sinonimo di locuzioni come «teorie economiche», «paradigmi economici», «dottrine economiche», «prospettive economiche». Intendendo per «economia» non già, in senso stretto, la disciplina che si occupa del funzionamento dei sistemi economici (produzione di beni e di servizi, allocazione delle risorse, massimizzazione della ricchezza, investimenti, occupazione, inflazione), bensì, in senso lato, la disciplina che studia il comportamento di agenti razionali in condizioni di scarsità e incertezza.

Nell'accezione più specifica, «modelli economici» si riferisce invece a quelle parti di teorie, dottrine, prospettive, paradigmi economici, che consistono in rappresentazioni schematiche (astratte, semplificate) di comportamenti e processi, a fini descrittivi, esplicativi, predittivi o normativi. Si pensi al «model-

lo della scelta razionale» della teoria economica classica e neoclassica e alle sue revisioni postclassiche, a opera delle teorie dei costi transattivi, dei giochi, e comportamentiste (ai modelli economici è dedicato il saggio di Maggiolino e Tuzet, di cui dirò tra breve).

3. MODELLI ECONOMICI E SCIENZA DEL DIRITTO

Le rapide note terminologiche precedenti suggeriscono che una riflessione su «modelli economici e scienza del diritto» può consistere, alternativamente, in un'indagine sui rapporti tra teorie o modelli economici e studio dottrinale del diritto, con particolare riguardo alle operazioni di politica del diritto *de iure condito* o *de iure condendo* (modelli economici e dottrina giuridica), oppure, in un'indagine sui rapporti fra teorie o modelli economici e conoscenza scientifica del diritto.

Nel primo caso, la riflessione può vertere ad esempio sui rapporti tra una determinata teoria economica o un determinato modello economico, da un lato, e lo studio dottrinale di un certo settore del diritto positivo – diritto *antitrust*, diritto costituzionale, diritto della responsabilità civile, diritto del lavoro ecc. – dall'altro, considerandoli sotto il profilo di una o più delle operazioni dottrinali tipiche prima enumerate (modelli economici e interpretazione e integrazione delle leggi *antitrust*, modelli economici e identificazione e concretizzazione dei principi generali della responsabilità extracontrattuale, modelli economici e tutela dei diritti dei lavoratori, modelli economici e dottrine dell'interpretazione costituzionale ecc.).

Nel secondo caso, la riflessione può vertere, ad esempio, sull'apporto che una determinata teoria economica o un determinato modello economico potrebbe dare:

1. alla descrizione del contenuto di norme giuridiche vigenti o di comportamenti attinenti a norme giuridiche vigenti;
2. alla spiegazione causale del contenuto di norme giuridiche vigenti, sotto il profilo delle loro probabili cause ed effetti;
3. alla spiegazione causale dei comportamenti di produzione, applicazione, osservanza, violazione di norme giuridiche;
4. alla predizione di comportamenti di produzione, applicazione, osservanza, violazione di norme giuridiche.

Nel primo caso, la riflessione può essere utile a valutare, ad esempio:

1. se, e in che misura, l'adozione di una determinata teoria economica o un determinato modello economico possa influire positivamente sulla razionalità dello studio dottrinale di un certo settore di un diritto positivo; contribuendo, ad esempio, alla messa a punto di migliori apparati concettuali, alla proposta di migliori interpretazioni-prodotto, alla formulazione di migliori argomentazioni in diritto, all'articolazione di migliori caratterizzazioni dei

principi ecc., sotto il profilo della chiarezza semantica, della trasparenza assiologica, dell'adeguatezza a scopi previamente identificati come meritevoli, della controllabilità;

2. se, e quale, posizione possa o debba essere attribuita all'efficienza economica (secondo un certo modo d'intenderla, contestualmente indicato) nella gerarchia dei valori che informano, o dovrebbero informare, un certo settore del diritto positivo.

Nel secondo caso, la riflessione può essere utile a valutare, ad esempio:

1. quali parametri di scientificità siano associati a quali teorie o modelli economici utilizzati o utilizzabili in investigazioni sul diritto, e se tali parametri siano accettabili, o no, alla luce di epistemologie «accreditate»;

2. se, e in che misura, l'adozione di una determinata teoria economica o di un determinato modello economico possa influire positivamente sulla conoscenza scientifica di un certo settore di un diritto positivo: ad esempio, procurando spiegazioni o previsioni comparativamente più affidabili delle spiegazioni o previsioni offerte da prospettive non economiche;

3. se, e in che misura, l'adozione di una determinata teoria economica o di un determinato modello economico possa accrescere la capacità esplicativa della teoria generale delle norme giuridiche, dell'interpretazione, del precedente giudiziale ecc.: ad esempio, suggerendo ricostruzioni concettuali migliori di quelle offerte da prospettive non economiche, sotto il profilo della chiarezza, della capacità esplicativa, della confutazione di tesi intuitivamente erranee, della conferma di tesi intuitivamente corrette.

Il porre in relazione teorie e modelli economici con lo studio dottrinale o la conoscenza scientifica del diritto costituisce il denominatore comune del variegato insieme di indirizzi di ricerca facenti capo alla c.d. «analisi economica del diritto» (*Law and Economics, Economic Analysis of Law*). A oltre cinquant'anni dalle sue origini nordamericane², i saggi di seguito pubblicati compongono a beneficio del lettore un'introduzione critica aggiornata e, come vedremo, foriera di molteplici spunti di riflessione.

4. L'ELISIR DEL DOTTOR CALABRESI

Il saggio di Damiano Canale – *Forme e usi della Law and Economics*³ – ricostruisce le principali tesi dell'approccio giuseconomico di Guido Calabresi, uno dei padri fondatori del movimento. Figurano tra queste:

1. l'esigenza di realismo, nella teoria economica come pure, di conserva, nell'analisi economica del diritto;

2. la configurazione dell'efficienza economica non già come un fine ultimo, reggitore supremo di intere aree del diritto, bensì come un fine intermedio, la

2. Sul punto, cfr. tra gli altri P. Chiassoni, 1992, parte 1.

3. *Infra*, 27-41.

cui ricerca serve, e deve servire, alla realizzazione di fini più importanti, tra cui anzitutto la giustizia («Justice not welfare») (su questo punto ritornerò brevemente nel paragrafo seguente);

3. l'insistenza sul valore essenzialmente metodologico dell'analisi economica del diritto per la dottrina giuridica e la scienza della legislazione («repertorio di ragioni», non già compiuta e dettagliata «agenda di politiche pubbliche»);

4. l'obiettivo di offrire ai giuristi non già i lineamenti di una «nuova dogmatica» di stampo economico, bensì il disegno della via da seguire per svolgere i loro tradizionali compiti in modi «socialmente utili». Che è poi la via di una interdisciplinarietà autentica: la quale, richiedendo la presa in considerazione non amatoriale di porzioni sempre più ampie delle scienze sociali e cognitive contemporanee, spinge il giurista a uscire dalla «cattedrale del diritto», in modo da poter gettare su di essa uno sguardo passionato e avvertito.

La ricostruzione offerta da Canale, vale la pena sottolinearlo, è oltremodo opportuna e, oserei dire, salutare. Richiamando i pregi tutt'altro che antiquati del modello di analisi economica del diritto proposto da Calabresi, ci ricorda che *Law and Economics* non è soltanto l'indirizzo dominante, di orientamento neoliberista (e, nelle sue volgarizzazioni politiche e propagandistiche, neodestorso), associato alla Scuola di Chicago. Che l'analisi economica del diritto non è necessariamente idolatria dell'efficienza economica e cadaverica osservanza delle (presunte) ferree leggi del Mercato.

5. MISERIA DEL NEOLIBERISMO GIURIDICO

Il saggio di Francesco Denozza – *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*⁴ – è dedicato all'analisi economica del diritto quale esempio di fusione tra teoria economica e dottrina giuridica.

Occorre avvertire che con la locuzione «analisi economica del diritto» Denozza non intende operare un riferimento generico all'insieme degli indirizzi che, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, negli Stati Uniti d'America e poi anche altrove, si sono caratterizzati per l'utilizzo consapevole e metodico di teorie, modelli, nozioni, strumenti e modi di pensare economici nell'affrontare problemi tradizionali della dottrina giuridica e della scienza della legislazione.

Con essa, Denozza vuole piuttosto designare un indirizzo specifico all'interno dell'analisi economica del diritto latamente intesa: l'indirizzo egemone, l'analisi economica del diritto per antonomasia, paradigmatica, la cui stessa, fortunata, denominazione – *Economic Analysis of Law* (Eal) – è l'invenzione di uno dei suoi principali esponenti (Richard Posner⁵).

4. *Infra*, 43-67.

5. R. Posner, 2003.

Sotto il profilo della sua matrice teorica, l'analisi economica del diritto (così strettamente intesa) è informata a una combinazione di microeconomia neoclassica *Chicago Style*, bene esemplificata dall'opera di Joseph Stigler, e neoistituzionalismo dei costi transattivi, facente capo a Ronald Coase e a Oliver Williamson.

Sotto il profilo della sua matrice ideologica, essa si connota per l'adesione a un liberalismo economico radicale: al credo neoliberista che, a partire dalla fine del secondo conflitto mondiale, si specifica come *market fundamentalism* (fondamentalismo del mercato), e con calcolata, lungimirante e ben foraggiata furia ingaggia una lotta mortale – in massima parte coronata dal successo – contro lo «Stato», la «burocrazia», la «pianificazione», la «regolazione» dell'economia (presentata come «illecita interferenza a prescindere»), i «lacci e lacciolli» che ostacolano il «gioco» benefico della «libera concorrenza», il «paternalismo» delle assicurazioni sociali, la prestazione di «provvidenze» dettate da esigenze di equità, bollata in modo sprezzante e malandrino di «assistenzialismo».

Prendendo l'avvio dall'interrogativo posto a titolo del suo contributo – *Come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?* – Denozza sostiene tre tesi. Primo, l'enorme successo dell'analisi economica del diritto si deve precisamente al suo essere «l'ideologia giuridica specifica» del movimento «neoliberista». Secondo, «l'impianto teorico e gli sviluppi pratici» dell'analisi economica del diritto sono viziati da «difetti gravissimi». Terzo, in virtù dell'egemonia culturale esercitata sui tecnici del diritto e sui legislatori, l'analisi economica del diritto – con il suo credo neoliberista radicale e la sua teoria economica neoclassica e neoistituzionalista – è il fattore culturale che permette di spiegare e comprendere «una serie di fenomeni che hanno caratterizzato lo sviluppo» degli ordinamenti giuridici occidentali, tra cui quello italiano, «nell'ultimo mezzo secolo o giù di lì».

Dell'analisi economica del diritto neoliberista, Denozza sviluppa una critica su due piani: sul piano teorico, offrendo una ricognizione avvertita dei suoi difetti di prospettiva e di strumentario; sul piano ideologico. Lascero al lettore il piacere di identificare da sé, e assaporare, i principali punti della critica di Denozza alla teoria dell'analisi economica del diritto neoliberista: punti che, come lo stesso Denozza ha cura di rammentare, sono stati messi in luce da tempo, e dovrebbero essere ben noti a tutti, e tutti avrebbero dovuto trarne le debite conseguenze sul piano culturale come pure sul piano pratico delle politiche pubbliche, se non fossero stati oscurati dalla – martellante, bene orchestrata ed efficiente – propaganda dell'internazionale neoliberista. Desidero invece soffermarmi sulla critica che Denozza rivolge all'ideologia dell'analisi economica del diritto neoliberista. Tale critica si rivela infatti particolarmente opportuna laddove suggerisce di cogliere un aspetto paradossale di tale ideologia; che dovrebbe essere di pubblico dominio, se non fosse, nuovamente, artatamente travisato dalla consueta propaganda.

Denozza richiama tre componenti del credo neoliberista dell'analisi economica del diritto: la pretesa di neutralità morale; la pretesa di autonomia dalla politica e l'orientamento «antipolitico» di fondo; l'individualismo deontologico di stampo economico.

La pretesa di neutralità morale è la pretesa secondo cui l'operare del (libero) mercato secondo le «sue» leggi sarebbe per sua natura sottratto a valutazioni morali. Queste ultime infatti, sostengono i neoliberisti, possono propriamente attenersi, se del caso, soltanto alla (re)distribuzione della ricchezza (prodotta mediante il mercato), ma non anche alla sua produzione.

Analogamente, la pretesa di autonomia dalla politica consiste nel sostenere, andando un poco più nel dettaglio:

1. che «la politica» non deve interferire con l'operare del mercato secondo le «sue» leggi, se non al fine di sancirle e farle osservare da tutti, anche coattivamente;
2. che rientra invece nella competenza propria della politica dedicarsi, se del caso, alla (re)distribuzione della ricchezza che il mercato, con le «sue» leggi, permette di produrre;
3. che le eventuali politiche (re)distributive non devono tuttavia in alcun caso risolversi in disincentivi alla produzione di ricchezza mediante mercato, essendo quest'ultima l'obiettivo fondamentale dell'interazione sociale;
4. che le profonde e inevitabili limitazioni delle prerogative della politica e dello Stato, imposte dal mercato e dalle «sue» leggi, devono essere viste con favore, al di là della loro strumentalità rispetto alla massimizzazione della ricchezza, poiché politica e Stato rappresentano da sempre l'unica, vera, concreta minaccia alla libertà individuale.

L'individualismo deontologico di stampo economico, infine, è la posizione etico-normativa che identifica il fine prioritario di ogni organizzazione sociale nella tutela degli individui in quanto *homines oeconomici*: in quanto massimizzatori razionali della loro ricchezza (utilità, benessere, valore).

I tre componenti del credo neoliberista meritano qualche commento.

La pretesa di neutralità morale e la pretesa di autonomia dalla politica traggono la loro forza persuasiva da una presunta corrispondenza alla natura delle cose. La quale natura delle cose coincide, a sua volta, con la natura del mercato e delle «sue» leggi. Sorge però spontanea un'obiezione. Il mercato (tralasciando per ora le ulteriori, più radicali, riserve cui accennerò al paragrafo 8) è fenomeno non già naturale, ma artificiale: in ogni momento del suo operare esso presuppone, e dipende da, l'esistenza di un apparato di norme e di meccanismi giuridici coattivi efficace, i quali sono fatalmente connessi alla morale e alla politica. Le due pretese si rivelano essere così altrettanti frammenti di un'ideologia quale falsa rappresentazione della realtà a fini pratici. Invero, nessun ambito dell'interazione umana può sfuggire vuoi alla morale, vuoi alla politica (e al diritto). L'alternativa non è mai tra contesti d'interazione sociale soggetti alla morale e contesti d'interazione sociale contraddistinti dall'assenza di morale

(ovverosia, tra uno «spazio vuoto» e uno «spazio pieno» di morale); non è mai tra contesti d'interazione sociale soggetti alla politica e contesti d'interazione sociale contraddistinti dall'assenza di politica (ovverosia, tra uno «spazio vuoto» e uno «spazio pieno» di politica). La vera alternativa si pone sempre, invece, in termini di morali e di politiche alternative. Tornando alle due tesi neoliberiste, occorre pertanto prendere atto che, piaccia o no, si tratta sempre, e ineluttabilmente, di decidere *quale* morale, e *quale* politica, debbano valere per il mercato.

L'aspetto paradossale dell'ideologia neoliberista non sta comunque nelle due pretese ora considerate. Lo si ritrova invece nell'individualismo deontologico di stampo economico. Ecco il paradosso: la tutela degli individui in quanto *homines oeconomici*, così come intesa dai neoliberisti, esige norme giuridiche (Denozza ne menziona alcune in materia di *antitrust*, risparmio e intermediazione finanziaria) che *indeboliscono* la tutela degli individui in quanto *homines politici* e *homines morales*, ovverosia in quanto titolari di diritti politici e di diritti morali al di là dei, e se del caso contro i, diritti connessi al funzionamento del mercato. L'individualismo economico protegge la soddisfazione del consumatore, del risparmiatore, dell'investitore, dell'imprenditore nei termini astratti e impalpabili delle sue formule e in quanto *strumenti* per la massimizzazione della ricchezza aggregata. Non protegge però i singoli individui in carne e ossa, in quanto «agenti morali liberi ed eguali» (per usare le note parole di John Rawls), in *tutte* le dimensioni della loro esistenza. Tramite compagini statali e organismi internazionali ridotti a servi di scena, l'individualismo economico favorisce gruppi ristretti di privati individui organizzati in opportune forme societarie consentendo loro, in nome della sovranità del mercato e delle «sue» leggi, di imporre condizioni di vita precarie («flessibili»), e programmaticamente assai miserevoli, a masse di altri individui. L'individualismo economico è dunque paradossalmente l'ingrediente chiave di un'ideologia che, nei fatti, si rivela radicalmente anti-individualistica (altri aggiungerebbe: antiumanistica). È un totalitarismo di mercato omologo, piaccia o non piaccia ai suoi cantori, ai tristemente noti totalitarismi di partito. Facendo leva in modo fraudolento sull'esigenza di salvaguardare gli individui dalla presunta tirannia «della politica» e «dello Stato» (come se tutte le politiche e tutti gli Stati fossero egualmente tiranni), giustifica l'asservimento di masse di individui (la «società del 95%», ma per il futuro potrebbe essere una stima ottimistica) alla tirannia economica di un numero relativamente ristretto di individui (la «società del 5%»), in ossequio alle ferree leggi mercantili.

Non si tratta naturalmente di idee nuove⁶. Il principale merito del saggio di Denozza consiste però, come dicevo, nel richiamarle con tocco felice in un contesto, la cultura italiana attuale, nel quale la paccottiglia neoliberista gode

6. Una ricognizione in P. Chiassoni, 1996, 139-53. Un'utile rassegna di posizioni critiche in A. W. Katz (edited by), 1998, cap. 8, con saggi di R. Dworkin, D. Kennedy, M. Kelman, R. Ellickson, S. Kelman, e A. A. Leff.

ancora di un credito spropositato: anche, miracolo dell'indottrinamento, presso *coteries* la cui missione dovrebbe essere quella di contrastarla con ogni mezzo.

È bene tenere presente peraltro, come accennavo prima (e ci ricordano opportunamente Canale e, come vedremo, Artoni e Devillanova, nei loro saggi), che l'analisi economica del diritto neoliberista non coincide con il fenomeno *Law and Economics*. Non c'è alcuna connessione necessaria tra l'utilizzo di teorie e modelli economici in sede di dottrina giuridica e di scienza della legislazione, da un lato, e l'ideologia neoliberista, dall'altro. Vi è invero almeno un indirizzo, evocato da Guido Calabresi nel passo che ho citato in epigrafe⁷, per il quale:

1. la giustizia è l'unico fine che una società possa lecitamente porsi e perseguire;
2. la giustizia costituisce un obiettivo distinto, sovraordinato e non negoziabile rispetto alla massimizzazione della ricchezza;
3. la massimizzazione della ricchezza deve sempre essere realizzata *nel contesto* di politiche di redistribuzione: la «torta» della ricchezza complessiva di una società (che può coincidere con la società universale dell'età della globalizzazione) non può mai essere accresciuta *indipendentemente* dalla contestuale attuazione di misure perequative;
4. lo strumentario offerto dalle teorie economiche deve servire a una dottrina giuridica pragmatista (lo «studio razionale del diritto», propugnato da Oliver Wendell Holmes Jr. sin dalla fine del secolo XIX⁸), attenta a identificare, per ogni insieme materialmente unitario di norme di diritto, le conseguenze, i costi, i benefici, nonché, *ça va sans dire*, le classi di beneficiari e di onerati (*who gets/does not get what, when, and how*).

Dimenticare il lato non liberista e antiliberista del *Law and Economics* vorrebbe dire gettare via, assieme all'acqua lurida, il proverbiale (e sia pure anche molesto) bebbè.

6. TEORIA ECONOMICA, INTERPRETAZIONE GIURIDICA E SPIEGAZIONE CONCETTUALE DEL DIRITTO

Il saggio di Diego Papayannis – *Spiegazione funzionale e analisi concettuale. Sull'incidenza dei modelli economici nello studio della pratica giuridica*⁹ – si colloca nell'altro corno dell'alternativa che ho disegnato prima. Il problema con il quale si misura attiene infatti all'apporto che la «teoria economica» (denominazione generica con cui designa l'insieme delle teorie e dei modelli economici qui e ora circolanti) può recare alla conoscenza del diritto.

Papayannis distingue tre tipi di conoscenza giuridica, tutti appartenenti, sia

7. G. Calabresi, 1980, 553-62; cfr. inoltre 1991, 1211-37.

8. Il riferimento è naturalmente al saggio O. W. Holmes Jr., 1897, 457-78.

9. *Infra*, 69-109.

detto per inciso, al genere della c.d. conoscenza proposizionale (del sapere che, del *knowing that*): la conoscenza concettuale del diritto come istituzione («derecho como institución»); la conoscenza funzionale del diritto come istituzione; e infine, la conoscenza del contenuto di un determinato diritto positivo.

Formulerò di seguito qualche commento in relazione alle parti del saggio dedicate ai rapporti tra teoria economica, conoscenza del contenuto del diritto e conoscenza concettuale del diritto.

6.1. *La connessione interpretativa tra diritto e teoria economica: conoscenza o determinazione?*

La teoria economica può servire a identificare (userò per il momento questa espressione quale *vox neutra*) il contenuto di un dato sistema positivo qualora – suggerisce Papayannis – essa sia oggetto di rinvio o di incorporazione. Ponendosi nella prospettiva di quelle che ritiene essere, qui e ora, le principali dottrine relative alla determinazione del contenuto delle norme giuridiche di un sistema (positivismo giuridico, interpretazionismo, giusnaturalismo), Papayannis distingue tre casi:

1. le formulazioni normative («fonti-prodotto») contengono espressioni (ad esempio: «concorrenza» e «prezzi predatori») che, secondo l'opinione pressoché unanime e «convenzionale» degli operatori giuridici (giudici, giuristi, avvocati, funzionari), fanno rinvio a istituti, modelli e concetti economici;
2. non è possibile stabilire quale qualificazione normativa convenga a un comportamento in relazione ai principi della morale politica di fondo, che presiedono all'uso legittimo della coercizione da parte dei pubblici poteri, senza ricorrere alla teoria economica – ad esempio, essa determina le condizioni alle quali i prezzi praticati da un'impresa sono «predatori», costituiscono dunque un caso di «concorrenza sleale», e dunque una violazione delle regole della concorrenza e dei diritti dei concorrenti;
3. non è possibile stabilire se una norma giuridica sia moralmente adeguata, e dunque materialmente valida, se non valutando se essa sia economicamente adeguata – se sia adeguata, ad esempio, dal punto di vista della tutela della concorrenza, della protezione dei diritti dei concorrenti ecc.

In tutti e tre i casi, come si sarà notato, vuoi per rinvio, vuoi per incorporazione, la connessione tra teoria economica e norme giuridiche è una connessione interpretativa. Nel primo caso, la teoria economica serve a tradurre formulazioni normative (disposizioni) in norme esplicite (interpretazione-traduzione). Nel secondo caso, contribuisce a stabilire la qualificazione di comportamenti al fine di determinarne le conseguenze giuridiche (interpretazione-qualificazione). Nel terzo caso, infine, offre parametri di valutazione alla luce dei quali qualificare e valutare norme (interpretazione-qualificazione).

Queste operazioni interpretative contribuiscono senza dubbio a identifica-

re il contenuto di un diritto. Non sono però operazioni conoscitive. Sono piuttosto operazioni di natura decisoria o determinativa (lo stesso Papayannis parla, in un passo riassuntivo, di «determinazione») che appartengono, direbbe Kelsen, alla «politica del diritto». Gli interpreti *decidono* che un termine, contenuto in una formulazione normativa, faccia rinvio «alla teoria economica»; *decidono* a quale teoria economica esso faccia rinvio, selezionandone una – naturalmente, la «migliore» – a scapito di altre; *decidono* che la «verità» di una proposizione di diritto, per conformità rispetto ai principi della morale politica di fondo, debba essere stabilita sulla base di una certa teoria economica; *decidono* che la validità materiale di una norma debba dipendere dal suo contenuto e/o dalle sue conseguenze, così come qualificati da una certa teoria economica. La teoria economica, qui, non serve dunque a conoscere il diritto: serve a costruirne o valutarne singole norme, a partire da materiali dati e tenendo conto di contenuti prefissati. Le decisioni interpretative sopra menzionate possono consolidarsi in prassi che rispecchiano orientamenti diffusi e stabili. Quando ciò accada, al singolo interprete potrebbe apparire percorribile soltanto la via del conformismo rispetto a ciò che «tutti fanno» e ritengono «giusto fare». Il conformismo tuttavia non altera la natura pratica, politicamente compromessa, delle operazioni: che sono e restano operazioni dottrinali, le quali perseguono politiche del diritto mediante politiche dell'interpretazione.

In quali modi la teoria economica potrebbe dunque contribuire in maniera effettiva alla conoscenza del contenuto di un diritto? Mi sembra se ne possano ipotizzare due:

1. l'esplicazione di operazioni dottrinali e giurisprudenziali;
2. la formulazione di congetture interpretative.

I giuristi e i giudici operanti in un ordinamento possono decidere di utilizzare teorie, modelli, nozioni, strumenti e modi di pensare economici per compiere operazioni tipiche dei loro ruoli. In taluni casi, ad esempio in relazione a una legge «per la protezione della concorrenza e del mercato», la decisione può apparire obbligata. Non bisogna dimenticare tuttavia, come anche lo stesso Papayannis ha cura di sottolineare, che la teoria economica parla sovente con molte voci: che non vi è un solo modello di «concorrenza», una sola nozione di «prezzi predatori», una sola concezione degli effetti economici dell'*insider trading* ecc., di modo che permangono comunque spazi significativi di discrezionalità interpretativa. Come che stiano le cose, l'uso dottrinale o giudiziale di teorie economiche rende utile adottare la prospettiva della teoria economica, anzitutto, per esplicitare le operazioni compiute da giuristi e giudici: per chiarire, ad esempio, l'ambito di applicazione e le conseguenze di una norma dal punto di vista della sua presumibile matrice economica. L'esplicazione economica può preludere alla critica: laddove le interpretazioni economiche offerte da giuristi o giudici si rivelino essere il frutto di utilizzazioni erranee delle teorie economiche.

La formulazione di congetture interpretative consiste nell'identificare, per ciascuna formulazione normativa (disposizione) di un insieme previamente determinato, i significati alternativi o cumulativi che potrebbero essere accreditati sulla base di nozioni, modelli, criteri, modi di pensare desumibili dalla teoria economica. Consiste, in termini kelseniani, nel disegnare, per ogni disposizione considerata, la cornice delle sue possibili interpretazioni economiche. I suoi presupposti sono, a seconda dei casi: la rilevazione secondo cui, di fatto, giuristi e giudici ritengono che le disposizioni di un certo insieme debbano o possano essere oggetto d'interpretazione economica; la possibilità e ragionevolezza di sottoporre un certo insieme di disposizioni a interpretazioni economiche, al di là delle opinioni registrabili nella cultura giuridica del tempo. In quest'ultimo caso, l'interpretazione congetturale economica è interpretazione creativa: indica come spostare la frontiera delle possibilità interpretative delle disposizioni considerate, andando al di là dell'orizzonte convenzionale fissato dalla cultura giuridica del tempo¹⁰.

6.2. *Il diritto non è forse un gigantesco meccanismo generatore di prezzi?*

I giuristi-economisti sono soliti concepire il diritto come «un gigantesco meccanismo generatore di prezzi» (*a giant price machine*): una macchina molto complessa che stabilisce il prezzo di innumerevoli tipi di condotte umane; un sistema articolato e dinamico di incentivi e disincentivi all'azione¹¹.

Il problema se la teoria economica possa contribuire utilmente alla «spiegazione concettuale del diritto» consiste nel chiedersi se essa sia in grado di offrire una definizione del concetto di diritto, che tenga conto dei dati di esperienza e delle «nostre intuizioni» in proposito, in modo tale da possedere un'elevata capacità esplicativa, rendendo il fenomeno meglio intelligibile e accrescendo così la nostra consapevolezza di fronte a esso.

Orbene: Papayannis sostiene che no. La teoria economica, a suo avviso, non può contribuire alla definizione del concetto di diritto, ma soltanto alla definizione di concetti nel diritto: come ad esempio i concetti di colpa, negligenza, causalità, danno ingiusto. A supporto di questa conclusione, Papayannis dipana un'argomentazione il cui punto di partenza è il concetto di diritto proposto da Herbert Hart:

1. il diritto è combinazione («unione») di norme *primarie*, che impongono

10. Ho distinto tra interpretazione congetturale «convenzionale» e interpretazione congetturale «creativa» in P. Chiassoni, 2013.

11. Cfr., per esempio R. Cooter, T. Ulen, 2008, 3: «Consider this classical definition of the law: "A law is an obligation backed by a state sanction" [...]. To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions as they respond to prices»; C. Veljanovski, 2007, 8: «The economist does not view the law as a set of rights and remedies but a system of incentives and constraints affecting future actions».

obblighi sorretti dalla comminazione di una sanzione, e norme *secondarie*, che attengono alla produzione delle norme giuridiche e fissano i criteri di validità¹²;

2. soltanto le norme primarie possono propriamente essere intese come norme che stabiliscono un prezzo per le condotte regolate: che formano un sistema di incentivi e disincentivi fondato sul prospettare e irrogare sanzioni positive (premi, finanziamenti a perdere e altri vantaggi) o negative (la privazione di beni quali la vita, la libertà, l'integrità fisica, la proprietà, la capacità di agire ecc.);

3. il concetto economico di diritto (il diritto è un gigantesco meccanismo generatore di prezzi), dunque, non è idoneo a dare conto delle norme secondarie;

4. in considerazione di ciò, il concetto economico di diritto si rivela essere, in conclusione, un concetto inadeguato sotto il profilo esplicativo: mette in ombra un aspetto della realtà del diritto (che dovrebbe essere) noto a qualunque partecipante; trascura a un tempo l'esperienza e le «nostre intuizioni».

La liquidazione del concetto economico di diritto è forse un po' troppo sbrigativa. Per amore d'argomento, si possono formulare in sua difesa non meno di tre considerazioni.

In primo luogo, i giuristi-economisti non propongono il loro concetto di diritto come un concetto esclusivo, sostitutivo dei concetti giuridici elaborati in sede di teoria generale del diritto. Al contrario, lo presentano come un concetto che intende dare conto, in prospettiva e in termini economici, di un aspetto centrale, che nessuno può negare, degli ordinamenti giuridici positivi: la presenza di norme sanzionatorie¹³.

In secondo luogo, il concetto economico di diritto, laddove caratterizza il diritto come «sistema di incentivi e vincoli» o «meccanismo generatore di prezzi», può essere inteso a contenere un riferimento, sia pure velato, all'aspetto autopoietico del diritto, e dunque alle hartiane norme secondarie (o alle kelseniane norme autorizzatrici).

In terzo luogo, anche le norme secondarie possono essere lette, in prospettiva economica, come norme che stabiliscono il prezzo di certi comportamenti: che incentivano alcune condotte, disincentivandone altre. Le norme costituzionali di un ordinamento stabiliscono i requisiti formali e sostanziali della produzione delle norme di legge. La loro osservanza comporta la validità delle leggi; la loro inosservanza ne comporta l'invalidità. Una legge invalida non deve essere osservata né applicata. L'ordinamento ne prevede l'annullamento da parte di un organo specializzato. Orbene: da un punto di vista economico, che cosa sono l'inosservanza, la disapplicazione, l'annullamento della legge approvata in spregio alla costituzione se non il *prezzo* che l'organo legislativo paga per l'imperizia, non di rado frammista a tracotanza, che ne segni l'operare?

12. H. L. A. Hart, 2012, cap. V.

13. Cfr. per esempio R. Cooter, T. Ulen, 2008, 3.

7. VISIONI PERICOLOSE

La critica dell'analisi economica del diritto, e, più in generale, della teoria economica neoliberista prosegue nel saggio di Roberto Artoni e Carlo Devilanova – *Riflessioni sul rapporto fra economia e diritto*¹⁴. Nel volgere di poche pagine, i due autori, entrambi economisti, suggeriscono l'opportunità di una radicale demistificazione della cultura giuseconomica tuttora dominante, mettendone in luce i principali difetti: l'occultamento del pluralismo dei modelli economici; l'occultamento, sotto una falsa patina di oggettività, dell'arbitrarietà insita nella loro costruzione e utilizzazione quali basi per politiche economiche; il mito delle sfere separate della produzione (efficienza) e redistribuzione (equità) della ricchezza sociale; il mito dei benefici effetti della flessibilità del mercato del lavoro, coltivato nel negletto più totale dei suoi costi elevati, non soltanto economici, ma altresì individuali e sociali; il mito della dannosità delle politiche di spesa pubblica volte a sostenere forme di assicurazione sociale; le innumerevoli «visioni» non corrispondenti ai fatti (ad esempio, circa la superiore onerosità dei sistemi di *welfare* europei-continentali se comparati a quelli angloamericani). Nella prospettiva del giurista, sembra di scorrere i capi d'imputazione in un processo per disonestà intellettuale aggravata e gravi illeciti contro la pari dignità sociale degli individui e la civile convivenza.

8. IL MERCATO È UNA FINZIONE SU TRAMPOLI

Il saggio di Mariateresa Maggiolino e Giovanni Tuzet – *Modelli economici e diritto antitrust*¹⁵ – esplora le connessioni tra modelli economici, dottrina giuridica e giurisprudenza, assumendo come punto di vista privilegiato il diritto *antitrust*. Anche in questo caso, ci troviamo di fronte a un contributo fuori dal coro, che si caratterizza per una marcata presa di distanza critica rispetto all'analisi economica del diritto. A riprova di ciò, vale la pena di richiamare le principali tesi (così come m'è parso di intenderle, naturalmente):

1. l'interpretazione economica delle clausole delle leggi *antitrust*, lungi dall'essere un modo di procedere naturale, non è affatto «imposta» dal linguaggio delle clausole ed è necessariamente il frutto di una scelta di politica del diritto;
2. esiste una pluralità di modelli economici concorrenti, ciascuno a sua volta tipicamente comprensivo di variabili suscettibili di apprezzamenti potenzialmente divergenti, la quale rende possibile offrire, per le stesse disposizioni, una pluralità di interpretazioni economiche alternative;

14. *Infra*, 111-26.

15. *Infra*, 127-50.

3. i modelli economici utilizzati al fine di offrire interpretazioni economiche delle disposizioni *antitrust* hanno uno statuto (onto)logico incerto: possono essere, secondo i casi, vere e proprie finzioni, oppure presunzioni, semplificazioni, astrazioni, o anche idealizzazioni (come messo in luce dalla fine analisi concettuale degli autori);

4. quando utilizzano modelli economici, gli operatori del diritto non sembrano essere pienamente consapevoli, né della pluralità di modelli, tutti in linea di principio volti a «dare conto», «esplicare», «cogliere», il fenomeno dell'interazione di mercato nel suo complesso o in singoli suoi aspetti, né della variabilità del loro statuto (finzione, semplificazione, idealizzazione ecc.);

5. sarebbe tuttavia auspicabile che gli operatori del diritto acquisissero simili consapevolezze, considerato che l'uso di un modello a scapito di un altro ha di solito effetti non trascurabili sulla risoluzione delle controversie in materia *antitrust* e, più in generale, sull'identificazione dei principi regolatori, anche processuali, di tale area del diritto.

Al di là delle conclusioni cui gli autori pervengono espressamente, il saggio ne suggerisce un'altra, implicita, la quale sembra essere però il vero spirito nella macchina del loro contributo. La conclusione, si badi, appartiene alla stessa linea di critica radicale del neoliberismo giuridico che abbiamo incontrato nel saggio di Denozza (cfr. *supra*, par. 5). Proverò a formularla, in termini spiccioli, nel seguente modo. La pluralità di modelli economici concorrenti e dallo statuto (onto)logico incerto e mutevole suggerisce che non vi sia affatto una cosa che è «il mercato». Ci sono soltanto comportamenti economici (volti alla produzione e allo scambio di beni e di servizi), la cui «natura» (*id est*, qualificazione) dipende necessariamente da teorie e dottrine economiche concorrenti (di modo che una stessa condotta risulta essere «anticoncorrenziale» da un certo punto di vista, e «proconcorrenziale» da un punto di vista differente). Così stando le cose, la locuzione «il mercato» è una espressione fittizia, avrebbe detto Jeremy Bentham, che si riferisce a un'entità fittizia, puramente concettuale, non già a un'entità reale nel mondo dell'esperienza. Orbene: se il mercato è un'entità fittizia (in senso benthamiano), coloro che, in sede di politica economica, di dottrina giuridica e di giurisprudenza, facciano appello alla sua esistenza al fine di promuovere determinate scelte ed esiti pratici a scapito di altri stanno a ben vedere ordendo un inganno ai danni dell'opinione pubblica: usano a loro profitto la finzione(-inganno) «del mercato» (che «è lì», «ha leggi ferree», «premia», «punisce», «vuole un certo tipo di pratiche» poiché concorrenziali, ne «abborrisce» altre, poiché «lesive della concorrenza» ecc.), sfruttando l'impalpabile natura del mercato quale entità fittizia, puramente teorica o ideologica. «Il mercato» – quale presunto limite naturale e invalicabile al diritto e alla politica – si rivela essere così nient'altro, avrebbe detto Bentham, che una pericolosa finzione su trampoli.

9. CONSUMATORI IN CERCA D'IDENTITÀ

Il saggio di Fabrizio Esposito – *Alcune note su di un approccio economico ordinalista allo studio del diritto*¹⁶ – è dedicato a perorare la tesi secondo cui, nel compiere operazioni dottrinali e giurisprudenziali informate all'analisi economica del diritto, giudici e giuristi dovrebbero adottare una prospettiva «ordinalista», incentrata sulla protezione del consumatore, anziché una prospettiva «cardinalista», incentrata sulla massimizzazione della ricchezza sociale. Anche questo saggio contribuisce, come quelli di Canale, Denozza, Artoni e Devillanova, e Maggiolini e Tuzet, a una valutazione disincantata dell'analisi economica del diritto nella versione dominante del neoliberismo giuridico. Offre inoltre, sotto il profilo della riflessione metodologica, una dimostrazione chiarissima del fatto che le «descrizioni» (interpretazioni) economiche, a uso giuridico, dell'interazione sociale dipendono strettamente dalle teorie e dalle ideologie dei «descrittori». In un saggio assai noto (sia pure in quanto *succès de scandale*) pubblicato nel 1978, *The Economics of the Baby Shortage*, Elizabeth Landes e Richard Posner configurano le relazioni tra genitori naturali, genitori adottivi, minori suscettibili di adozione e agenzie governative (in breve: rapporti di adozione), come relazioni in un mercato nel quale: i genitori naturali svolgono il ruolo di venditori, i genitori adottivi il ruolo di acquirenti/consumatori, i minori adottabili il ruolo di beni oggetto di compravendita, le agenzie governative il ruolo di intermediari nelle transazioni tra compratori e venditori. Alla descrizione del mercato delle adozioni offerta da Landes e Posner, Esposito contrappone una diversa descrizione, sempre formulata in chiave economica. Anche in questo caso, i rapporti di adozione sono intesi come rapporti di, e in un, mercato. Tuttavia, i ruoli dei soggetti coinvolti appaiono radicalmente mutati. I genitori naturali ne sono del tutto estromessi; i genitori adottivi svolgono il ruolo, non già di acquirenti/consumatori di minori adottabili, bensì di venditori di servizi genitoriali; i minori adottabili passano dal ruolo, moralmente opinabile, di «cose in vendita», a quello, assai più conforme a dignità umana, di acquirenti/consumatori di servizi genitoriali; le agenzie governative, infine, assumono il ruolo di garanti della *customers' satisfaction* dei minori adottandi, ovviando anzitutto alle asimmetrie informative tra adottanti e adottati potenziali. Si noti che, a ben vedere, entrambi i mercati delle adozioni – quello di Landes e Posner come pure quello di Esposito – sono concepiti quali meccanismi allocativi volti a massimizzare l'utilità (la soddisfazione) degli acquirenti/consumatori. La differenza sta nella diversa soluzione offerta al problema di stabilire chi sia acquirente/consumatore e chi, invece, sia venditore o, addirittura, merce. Non interessa qui quale delle due descrizioni sia preferibile, da un punto di vista teorico o etico-normativo. Interessa invece

16. *Infra*, 151-83.

richiamare l'attenzione su quanto ampio sia il margine di discrezionalità interpretativa – relativa alla «descrizione» economica del mondo – che l'analisi economica del diritto, con le sue molteplici teorie e prospettive, lascia ai suoi adepti.

10. IL MITO DELLA SPONTANEITÀ DEL DIRITTO PRIVATO

Il saggio di Ivan Pupolizio – *Coase, Hayek e la «grande dicotomia» tra diritto pubblico e diritto privato*¹⁷ – offre, infine, un raffronto tra tre dicotomie, mettendo in luce corrispondenze e connessioni. La prima è la dicotomia tra gerarchia (impresa) e mercato, introdotta da Ronald Coase spiegando l'origine e le dimensioni delle imprese. La seconda è la dicotomia tra ordini spontanei (retti da «regole della giusta condotta» di tipo consuetudinario o sapienziale) e ordini artificiali (retti da «comandi specifici» e regole orientate a scopi determinati), introdotta da Friedrich von Hayek per identificare le differenze strutturali tra società libere e società totalitarie. La terza è la dicotomia tra diritto privato (il diritto che rende possibile la convivenza tra singoli perseguitori dei loro interessi individuali) e diritto pubblico (il diritto che impone la coordinazione delle azioni individuali in vista di scopi comuni), le cui origini affondano nella peculiare struttura economico-politica della *polis* greca e della *res publica* romana. Anche quest'ultimo saggio non è scevro di venature critiche. Qui il bersaglio non è però l'analisi economica del diritto, bensì la teoria del diritto e delle istituzioni politiche di Friedrich von Hayek. L'esaltazione hayekiana degli ordini spontanei, in quanto ordini di libertà, sostiene Pupolizio, è storicamente ingiustificata: basti pensare alla condizione degli schiavi, rispettivamente, ad Atene e a Roma, e nella Francia rivoluzionaria. Non si può che plaudire a critiche che riconducono le teorie sotto la dura disciplina dei fatti. Ma forse si può andare oltre. Alla luce della storia, è l'idea stessa di «ordini spontanei», concernenti i rapporti che sono tradizionalmente oggetto del diritto privato, che si rivela essere, se non autocontraddittoria, quantomeno una idealizzazione fuorviante. Non c'è ordine senza norme; non c'è norma senza potere; non c'è potere senza forza – e sopraffazione, attuale o potenziale. Come insegna il nostro buon amico di Malmesbury.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- CALABRESI Guido, 1980, «About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin». *Hofstra Law Review*, 8: 553-62.
 ID., 1991, «The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further». *Yale Law Journal*, 100: 1211-37.

17. *Infra*, 185-204.

- CHIASSONI Pierluigi, 1992, *Law & Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*. Giappichelli, Torino.
- ID., 1996, «Mercato». *Ragion Pratica*, 7: 139-53.
- ID., 2013, «Interpretación jurídica sin verdad». *Revista Brasileira de Filosofia*, di prossima pubblicazione.
- COOTER Robert, ULEN Thomas, 2008, *Law and Economics*, v ed. Pearson, Boston.
- HART Herbert L. A., 2012, *The Concept of Law*, III ed. Oxford University Press, Oxford.
- HOLMES Oliver W. Jr., 1897, «The Path of the Law». *Harvard Law Review*, 10: 457-78.
- KATZ A. Wiener (edited by), 1998, *Foundations of the Economic Approach to Law*. Oxford University Press, New York-Oxford.
- POSNER Richard, 2003, *Economic Analysis of Law*, VI ed. Aspen, New York.
- VELJANOVSKI Cento, 2007, *Economic Principles of Law*. Cambridge University Press, Cambridge.