

FRANCESCO DENOZZA

Il modello dell’analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?

ABSTRACT

This paper takes note of the success of the economic analysis of law (Eal) and contrasts it with the theoretical deficiencies and the practical limits of this theory. The reasons for the success of the Eal despite its serious flaws are identified in its ability to give legal form to the neoliberal policies and to frame them into the legal system. The Eal’s success is therefore parasitic of the successes recorded by the neoliberal policies in recent decades.

In order to demonstrate this thesis the paper discusses the theoretical characteristics of neoliberalism, the main one being, in the Author opinion, the idea that market failures can be corrected by intervening on every single transaction, rather than on the large aggregates of the market. This change of perspective and the idea (which has been proven wrong by the financial crisis) that a sum of rational transactions necessarily leads to a maximization of the efficiency of the whole system, underpin the conceptual apparatus of the Eal. The flaws and limitations of this theoretical apparatus – illustrated in the second part of the paper – combine to explain both the reasons for, and the many failures of, the legislative choices made in the decades dominated by neoliberal policies.

KEYWORDS

Economic Analysis of Law; Market Failure; Neo-liberalism; Uncertainty; Maximization.

1. PREMESSA

Mi occuperò del movimento di pensiero che va sotto il nome di *Law and Economics* o di *Economic Analysis of Law*¹ (d’ora in poi mi riferirò a esso o con la locuzione italiana «analisi economica del diritto», o con l’acronimo inglese Eal²) che

1. Considero le due locuzioni come denotanti il medesimo oggetto, nonostante i tentativi di differenziazione che pure sono stati fatti (si veda, ad es., S. Harnay, A. Marciano, 2008).

2. Un’avvertenza di rito, ma necessaria. L’Eal non consiste nell’analisi economica dei fenomeni giuridici, non coincide, cioè, con una utilizzazione dei metodi della scienza economica al fine di inquadrare e risolvere problemi giuridici (nel senso di problemi relativi a come devono essere fatte e interpretate le norme). Si tratta invece dell’inquadramento del ragionamento giuridico all’interno dei canoni di *una specifica scuola* di pensiero che, seppure per molto tempo dominante nell’ambito della dottrina, rappresenta non l’acquisizione definitiva e incontrastata della scienza (economica) ma uno specifico e selettivo punto di osservazione dei fenomeni classifica-

è l'unico modello economico a mia conoscenza che abbia avuto presso i giuristi un successo generalizzato e duraturo. Sosterrò due tesi. La prima, non particolarmente sorprendente, è che l'analisi economica del diritto deve il suo enorme successo al fatto di essere l'ideologia giuridica specifica del più complesso movimento teorico e politico che ha dominato negli ultimi decenni e che va sotto il nome di neoliberalismo. La seconda tesi, meno scontata, è che l'impianto teorico e gli sviluppi pratici propugnati dall'analisi economica del diritto, pur essendo affetti da difetti gravissimi, non possono essere ignorati dai giuristi (almeno per ora), pena l'incapacità di comprendere una serie di fenomeni che hanno caratterizzato lo sviluppo dell'ordinamento nell'ultimo mezzo secolo o giù di lì.

La comprensione di questo apparente paradosso (utilità di una teoria sbagliata) richiede che si operi una distinzione tra la spiegazione dei motivi e delle finalità perseguitate dalle singole norme da una parte, e la ricostruzione di un coerente sistema di principi e di valori in grado di inquadrare queste finalità e dare loro un senso complessivo, dall'altra. La mia tesi è che l'analisi economica del diritto, in quanto versione giuridica dell'ideologia neoliberale³ dominante, è in grado di fornire informazioni su fenomeni che non sono puramente immaginari, ma sono parte di un'effettiva realtà⁴ (con la sola avvertenza che, contra-

bili come economici. Con ciò vorrei che fosse perciò chiaro che la critica che muoverò ai fondamenti dell'Eal implica il rifiuto di adottare questo specifico punto di vista, ma non implica in alcun modo una critica all'idea di utilizzare i metodi e le acquisizioni della scienza economica al fine di meglio comprendere le caratteristiche della realtà cui le norme devono essere applicate.

3. La possibilità, presente nella nostra lingua e cultura, di distinguere tra liberalismo e liberismo pone un problema di scelta nella traduzione del termine *neoliberalism* utilizzato nel dibattito internazionale. Ho preferito neoliberalismo perché credo che si tratti di un movimento di pensiero ben più ricco e complesso di una semplice teoria economica (per una scelta diversa cfr. M. Ferrera, 2013).

4. Una realtà che in parte è creata dall'ideologia stessa. Senza entrare in discussioni troppo complicate la mia convinzione è che, grazie all'ideologia, l'interazione tra i soggetti agenti – realmente prigionieri dell'ideologia che hanno costruito – e le strutture sociali in cui agiscono viene modellata in una certa direzione, con conseguente incidenza sul modo in cui gli agenti cercano di adattarsi o di modificare una certa struttura (si vedano in argomento le riflessioni di L. Boltansky, E. Chiappello, 1999, trad. ingl. 2005); l'ideologia perciò può incidere sull'accumulazione non solo nel senso di favorirla – addomesticando o deviando le opposizioni – ma anche nel senso di condizionarla e persino di frenarla). Un esempio pertinente di questa relazione tra realtà e ideologia può essere offerto da quella sorta di mutazione antropologica che ha investito negli ultimi decenni la figura del risparmiatore (mi permetto su questo punto di rinviare a F. Denozza, 2009b). Un certo tipo di propaganda e di pubblicità, una modificazione nell'organizzazione del lavoro degli intermediari finanziari e la riforma delle leggi pensionistiche sono tutti fenomeni che hanno concorso a far sì che oggi il risparmiatore è concepito, si concepisce e agisce non più come un soggetto che differisce un consumo futuro, ma come un soggetto impegnato a moltiplicare il valore dei suoi risparmi. Con tutte le conseguenze che ciò ha avuto nel creare i presupposti della crisi finanziaria di alcuni anni fa. Altro esempio pertinente è offerto dalla teoria dello *shareholder value*. Io credo che questa, prima che una teoria prescrittiva (gli amministratori *devono* massimizzare il valore delle azioni dei soci), sia una teoria descrittiva. Essa descrive il fenomeno per cui una nuova organizzazione del lavoro (la massiccia presenza di investitori professionali in concorrenza tra loro) ha modificato il modo di pensare degli azionisti (si investe solo là dove viene

IL MODELLO DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

riamente a come l'Eal cerca di presentarli, non si tratta di fenomeni appartenenti alla realtà dell'economia in generale, ma alla specifica realtà dell'economia neoliberale⁵) e di fornirne una chiave di lettura che colga il senso che i fenomeni stessi hanno a livello di apparenza immediata e, soprattutto, nella mentalità degli agenti coinvolti. Queste sono le ragioni per cui credo che poco si comprenda di tutto quello che è successo negli ultimi decenni se si prescinde da una chiave di lettura che, come quella qui proposta, cercherà di collegare le politiche neoliberali con gli elementi caratterizzanti l'elaborazione teorica dell'Eal e di analizzare il modo in cui certe impostazioni generali sono state concretizzate (da interpreti, giudici e legislatori) in specifiche soluzioni.

In questo senso la conoscenza dell'Eal è indispensabile per comprendere e spiegare le finalità perseguiti da nuove norme, o da nuove interpretazioni di norme preesistenti, venute a esistenza nell'ultimo mezzo secolo.

Essa però a mio avviso fallisce nell'assolvimento dell'altro rilevante compito di una teoria giuridica, la ricostruzione dei principi inspiratori e del senso complessivo del sistema. E ciò proprio perché riflette a livello giuridico le stesse contraddizioni che più in generale affliggono l'ideologia neoliberale da cui dipende.

2. L'ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, IN SINTESI

Dopo diversi decenni di evoluzione, le elaborazioni che possono essere considerate parte dell'Eal hanno inevitabilmente assunto sfaccettature diversificate e complesse. Ritengo perciò opportuno riassumere brevemente gli elementi che considero caratterizzanti la struttura teorica di cui intendo occuparmi⁶.

promessa la massima valorizzazione possibile) e, in conseguenza, ha richiesto una modifica sul piano normativo, con l'imposizione della teoria dello *shareholder value*.

5. Significativo da questo punto di vista lo status teorico di uno dei principali strumenti concettuali utilizzati dall'Eal, quello dei costi di transazione. Questi vengono presentati come un dato naturale, come qualcosa di insito nella natura umana (la razionalità limitata e la tendenza all'opportunismo) e quindi, come tale, presente in tutte le epoche e in tutte le situazioni. Viene così occultato il dato per cui la loro rilevanza e il loro modo di atteggiarsi variano in rapporto alle diverse forme che assume la divisione del lavoro e l'ideologia che questa produce. È ovvio che anche un signore medioevale può avere difficoltà ad assicurarsi la fedeltà dei suoi vassalli, come i soci di Spa hanno difficoltà ad assicurarsi la fedeltà degli amministratori. Dubito tuttavia che il ricondurre entrambi i fenomeni al concetto generale di *agency problem* possa fornire utili elementi di analisi. Il fatto è che ciascuna configurazione dei rapporti di produzione produce le proprie difficoltà di organizzazione dei rapporti tra gli agenti che vi prendono parte. Una distribuzione dei prodotti attuata per il tramite di piccoli negozi, i cui proprietari hanno legami personali con i clienti, produce costi di transazione diversi da quelli della grande distribuzione organizzata e questa da quelli della vendita via Internet, ancora di più se transfrontaliera. L'enfasi sui costi di transazione coglie da una parte elementi di realtà (è vero che alcuni contratti non si concludono per razionalità limitata o paura dell'opportunismo) ma dall'altra occulta la specifica origine delle difficoltà e mette l'interprete nelle condizioni di dover ragionare su un problema i cui termini sono definiti non dalla «natura», ma dal modo in cui il problema stesso è stato impostato.

6. Riassumo qui alcuni aspetti dell'Eal cui ho dedicato maggiore attenzione in F. Denozza, 2002.

Questa struttura si compone a mio avviso di un assunto, di un giudizio di valore e di un ponte tra i due. L'assunto è che gli individui ispirano il loro comportamento al criterio del razionale perseguitamento della massimizzazione del loro benessere personale. Il giudizio di valore pone la massimizzazione del benessere complessivo come l'obiettivo principale che la società nel suo complesso deve perseguitare. Il ponte è costituito dall'idea per cui il modo migliore di perseguitare questo obiettivo è quello di consentire agli individui di perseguitare senza ostacoli la loro naturale tendenza a massimizzare il loro benessere individuale.

Ne derivano alcune indicazioni rilevanti al fine della interpretazione delle leggi vigenti e della formulazione di eventuali nuove regole. La prima è che l'interpretazione deve essere «orientata alle conseguenze»⁷. Gli strumenti concettuali con cui opera la dogmatica tradizionale (intendo le nozioni ad esempio di diritto soggettivo, proprietà, contratto ecc.) vengono sottoposti a una verifica che ne ricostruisce la funzione, e il senso, in rapporto agli effetti positivi (in termini di aumento del benessere complessivo) collegabili ai relativi istituti, e agli effetti negativi che gli istituti stessi sono chiamati a prevenire.

Così, per fare qualche esempio, della proprietà non viene valorizzata la funzione di strumento che consente a ciascuno di controllare un ambito di risorse naturali protetto in cui sviluppare la sua personalità, ma quella di strumento atto a distribuire correttamente gli incentivi e a prevenire inefficienze (ad esempio la c.d. tragedia dei comuni⁸)⁹. Della disciplina del contratto non

Tra le oramai numerose trattazioni generali segnalo, in lingua italiana, R. Cooter, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Padolesi, T. Ulen, 1999; L. A. Franzoni, 2003; S. Shavell, 2004; L. A. Franzoni, D. Marchesi, 2006; M. Abrescia, G. Napolitano, 2009; A. Gallarati, U. Mattei, 2009. Con riferimento ad altri sistemi di *civil law* e Canada, C. Ott, H.-B. Schaefer, 2004; E. Mackaay, S. Rousseau, 2008; B. Deffains, E. Langlais 2009. In lingua inglese, oltre al classico R. A. Posner, 2007; D. Friedman, 2000; R. Zerbe Jr., 2001; N. L. Georgakopoulos, 2005; S. Medema, N. Mercuro, 2006; C. Veljanovski, 2007.

7. Felice espressione presente nel titolo del celebre saggio di L. Mengoni, 1994. Si veda in argomento anche F. Denozza, 1995.

8. La tragedia dei comuni (G. Hardin, 1968) può essere illustrata con l'esempio di un territorio di caccia usato in comune da una molteplicità di cacciatori (Hardin usa il meno cruento esempio dei pastori). In questa situazione nessun cacciatore ha un appropriato incentivo a limitare la sua caccia e a favorire il ripopolamento. Infatti i costi della rinuncia alla caccia sono sopportati interamente dal singolo mentre i benefici del ripopolamento sono goduti da tutta la collettività. La divisione del territorio di caccia in tante parcelle assegnate in proprietà privata a ciascun cacciatore rimette le cose (gli incentivi) a posto. In realtà il celebrato esempio or ora riassunto, più che illustrare i pregi della proprietà privata, illustra quello che in termini marxiani si potrebbe chiamare l'effetto negativo di una contraddizione tra una forza produttiva comune (il territorio), da una parte, e rapporti di appropriazione privati, dall'altra. Basta immaginare che anche i prodotti della caccia siano messi in comune e la contraddizione (e l'effetto negativo) sparisce senza alcun bisogno di ricorrere alla proprietà privata.

9. Con il che si produce, tra l'altro, un annacquamento del concetto. «A property right for me means some protection against other people's choosing against my will one of the use of resources, said to be "mine"», così A. A. Alchian, 2006, 54.

viene valorizzata la funzione di strumento per garantire il rispetto del principio morale per cui le promesse effettuate (o gli accordi presi) devono essere rispettati, ma quella di strumento volto a facilitare gli scambi e a minimizzare i costi di prevenzione degli inadempimenti e degli imbrogli. Della disciplina dell'illecito, e delle correlative sanzioni, non viene valorizzata la funzione retributiva, ma soprattutto quella deterrente. Con la conseguenza che molto spesso le scelte interpretative vengono a dipendere da un'analisi dei costi dell'illecito confrontati con i costi della prevenzione che la deterrenza può indurre e con i costi di amministrazione dell'intero sistema.

A livello più generale l'indicazione per l'interprete è quella di preferire interpretazioni che esaltino l'autodeterminazione delle parti interessate e la possibilità per queste di contrattare direttamente tra loro le migliori soluzioni dei conflitti. L'idea è che nessuno meglio delle parti coinvolte è in grado di valutare esattamente le conseguenze di un dato corso di eventi ed è perciò auspicabile che sia l'accordo tra le parti a determinare tale corso. Là dove non sia opportuno il perseguimento di questo obiettivo, e cioè quando – a causa di alcuni fenomeni cui accenneremo tra breve – siano presenti effetti che le parti non sono in grado di apprezzare esattamente e di governare efficacemente, l'indicazione è nel senso di dare ai vari conflitti la stessa soluzione che il mercato avrebbe verosimilmente dato loro se avesse potuto funzionare correttamente.

Nell'assolvimento di questi compiti l'interprete è invitato a servirsi di un armamentario concettuale (i c.d. costi di transazione¹⁰, le c.d. *market failu-*

10. Possiamo partire da un esempio. Gli abitanti di un quartiere inquinato da una fabbrica hanno interesse a pagare la fabbrica per farle adottare misure anti-inquinamento. Se il danno da inquinamento è maggiore del costo di queste misure, l'accordo tra gli abitanti e il fabbricante sarebbe possibile, conveniente per entrambe le parti e aumenterebbe il benessere complessivo. Sarebbe perciò altamente auspicabile. Può però succedere che la difficoltà per gli abitanti di mettersi d'accordo per fare un'offerta al fabbricante (*collective action problem*), l'ignoranza dell'ammontare esatto del danno complessivo, di quello subito da ciascuno, del costo esatto e dei possibili effetti delle misure anti-inquinamento (razionalità limitata) si pongano come altrettanti ostacoli atti a impedire il raggiungimento dell'accordo. Generalizzando l'esempio possiamo comprendere nella categoria dei costi di transazione tutti i fenomeni che possono in pratica impedire la stipulazione di contratti che pure sarebbero vantaggiosi per entrambe le parti. Le fonti di questi costi possono essere poi identificate essenzialmente in due fenomeni generali. Il primo è la c.d. razionalità limitata. A questo concetto vengono ricollegate tutte le forme di ignoranza, o di incapacità di elaborazione delle informazioni, che possono impedire a ciascun agente di calcolare esattamente gli aumenti e le diminuzioni del proprio benessere che potranno derivare da ciascuna delle sue scelte (nel nostro esempio, la mancanza di dati precisi sui danni da una parte e sui costi ed effetti delle misure atte a prevenirli). La seconda fonte generale di costi di transazione è il c.d. opportunismo, cioè la possibilità che uno o più degli agenti coinvolti agisca in contrasto con lo spirito cooperativo consono all'attività che si tratta di svolgere. Nel nostro esempio, ciascuno degli inquinati potrebbe cercare di minimizzare il suo contributo all'offerta collettiva (all'inquinatore perché smetta) sostenendo di non essere interessato (nella speranza che gli altri paghino comunque e l'inquinamento cessi anche per lui) o cercando di manipolare l'appli-

*res*¹¹ ecc.) con il quale analizzare le singole situazioni, al fine di stabilire in concreto se è meglio lasciare che i rapporti mercantili seguano il loro corso, o sia necessario un qualche intervento correttivo e di quale tipo.

Le differenze che ne conseguono rispetto al modo tradizionale di procedere del ragionamento dei giuristi sono molteplici e non possono essere qui illustrate compiutamente. Direi però che la differenza più significativa è che, mentre nella prospettiva tradizionale l'equilibrio rappresenta uno dei principali pregi delle soluzioni che vengono ricercate, questo non succede nell'analisi economica del diritto. Per fare un esempio brutale, se il conflitto tra due parti può essere risolto in due modi diversi, uno che attribuisce a ciascuna soddisfazione pari a cinque e un altro che attribuisce a una parte soddisfazione pari a nove e all'altra soddisfazione pari a due, l'indicazione dell'analisi economica del diritto è nel senso di preferire la seconda, quella che massimizza il benessere complessivo, e di scartare la prima. L'idea è che il diritto debba essere in linea di principio costruito in modo da massimizzare il benessere, prescindendo dal modo in cui il benessere stesso viene distribuito. Se la distribuzione che ne risulta dovesse apparire in qualche modo ingiusta, la correzione dovrebbe avvenire non modificando le regole che hanno determinato la distribuzione stessa, ma per il tramite di apparati e di branche del diritto specializzate in questa funzione redistributiva (in sostanza il diritto tributario e gli apparati del *welfare state*).

3. SUCCESSO, DEBOLEZZA TEORICA E OPINABILITÀ PRATICA DELL'EAL

La mia profonda convinzione è che, osservati oggi a distanza di circa mezzo secolo dagli esordi del movimento, nessuno degli elementi fondanti dell'analisi economica del diritto è minimamente in grado di resistere alla critica. Sono anzi convinto che sia giunto il momento di cominciare a chiedersi non tanto se l'Eal sia giusta o sbagliata, quanto come sia stato possibile che una teoria così rudimentale sul piano filosofico, e così opinabile sul piano pratico, abbia potu-

cazione dei criteri (ad es., il danno sopportato da ciascuno) stabiliti per la determinazione della quota individuale di partecipazione all'offerta complessiva.

11. I fallimenti del mercato si riferiscono a tutte le situazioni in cui la libera contrattazione tra le parti non riesce a raggiungere i risultati ottimali che pure sarebbero in astratto possibili. L'esempio della nota precedente descrive appunto un caso di *market failure*. Altri esempi possono essere offerti dalla presenza di monopoli (i guadagni del monopolista – se si contano anche le perdite subite da coloro che sono costretti ad acquistare da altri beni che avrebbero preferito acquistare dal monopolista se questi avesse praticato un prezzo concorrenziale – sono inferiori alle perdite complessivamente subite da tutti i consumatori) o delle c.d. asimmetrie informative (il consumatore non è in grado di stabilire la qualità del singolo prodotto e quindi non è disposto a pagare per prodotti di qualità superiore il loro effettivo valore, con conseguente ostacolo allo sviluppo del mercato di questi prodotti).

IL MODELLO DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

to conquistare tra i giuristi, e non solo, l'enorme credito di cui tuttora gode¹². Pima di affrontare questo quesito, vorrei soffermarmi brevemente sui tre punti: successo, debolezza dell'impianto teorico di fondo, opinabilità pratica.

Cominciamo dal successo, che mi sembra indiscutibile. Non si tratta solo e tanto di contare i giuristi che hanno esplicitamente aderito all'Eal (che almeno in Europa non mi sembrano, tutto sommato, la maggioranza¹³) o i premi Nobel vinti dagli economisti che ne hanno ispirato le dottrine o che sono comunque con esse «simpatetici»¹⁴, quanto di considerare l'influenza che i suoi schemi concettuali hanno avuto sul dibattito dottrinale a livello internazionale e sull'inquadramento dei più importanti problemi di politica legislativa, con conseguente influenza sui legislatori (compresi quelli europei). Da questo punto di vista mi sembra che il successo possa essere considerato notevole¹⁵. A ciò si aggiunga che interi e fondamentali settori del diritto sono stati concettualmente colonizzati dall'Eal. Vengono immediatamente in mente l'esempio del diritto antitrust e quello del diritto delle società di capitali. In entrambi l'Eal ha imposto alla dottrina internazionale dei punti di riferimento (penso alle nozioni di *consumer welfare* nel diritto antitrust e a quella di *shareholder value* nel diritto societario) con cui chiunque si occupi a un certo livello delle materie in questione non può fare a meno di confrontarsi.

Al di là del successo in termini di numero di aderenti, di conquista della giurisprudenza (successo che è stato più significativo nel diritto antitrust mentre maggiori resistenze si sono manifestate nel diritto societario), e di influenza sui legislatori, è difficile negare che le impostazioni suggerite dall'Eal si sono caratterizzate, e tuttora si caratterizzano, per il fatto di rappresentare un corpo teorico coerente, soggetto bensì a critiche e dissensi più o meno estesi, ma privo di un reale competitore dotato di altrettanta organicità¹⁶.

12. Un quesito simile se lo pone, peraltro con specifico riferimento alla tesi di Posner sulla massimizzazione della ricchezza, D. Campbell, 2012, 2256: «That it is so influential whilst being tantamount to nonsense is the point of interest about Posner's work».

13. Notizie in argomento e un tentativo di spiegazione del fenomeno in N. Garoupa, T. Ulen, 2007. Si vedano anche J. Demot, B. Depoorter, 2011, 1595; e F. Nicola, 2008.

14. Il giudizio sull'affinità tra l'Eal e il pensiero di singoli economisti è ovviamente opinabile. Limitandomi ai premi Nobel dell'ultimo ventennio mi sembra che i rapporti più stretti siano con Coase (1991), Becker (1992) North (1993) e Williamson (2009).

15. In fondo l'idea, oggi abbastanza diffusa, che qualsiasi decisione possa e debba essere sottoposta a una valutazione in termini di calcolo dei costi e dei benefici che ne possono derivare (sugli aspetti teorici, si veda tra i tanti M. Adler, E. Posner, 2006; sulla diffusione e le varie applicazioni pratiche del metodo, si veda C. M. Radaelli, 2001) è un portato delle tesi, difese dall'Eal, che affermano, da una parte, la possibilità di effettuare una sensata (e magari monetaria) misurazione di ogni bene (vita umana compresa) e, dall'altra, l'irrilevanza di ogni altro valore non immediatamente misurabile in termini di aumenti e diminuzioni di benessere. Su quest'ultimo aspetto, si veda M. C. Nussbaum, 2000, che fa l'esempio dell'istruzione per l'infanzia.

16. In termini molto generali una impostazione in grado di competere con quella dell'Eal

Quanto alla debolezza dei fondamenti teorici, le concezioni dell'Eal cui mi sono riferito come parte prescrittiva (l'idea per cui il diritto dovrebbe facilitare la massimizzazione del benessere complessivo) sono in fondo una versione rozza e semplicistica dell'utilitarismo. La loro debolezza venne ampiamente rivelata dal dibattito sui suoi fondamenti filosofici, svoltosi oramai molti anni orsono¹⁷. Tale dibattito evidenziò un'ampia serie di difficoltà teoriche (dalla arbitrarietà delle aggregazioni di benessere, alla non invarianza della unità di misura – il denaro – che dovrebbe consentirne il calcolo¹⁸, dalla assurdità della separazione dei profili allocativi da quelli distributivi, alla inaccettabilità del primato attribuito all'efficienza rispetto all'equità ecc.).

Successivamente, però, il dibattito perse di interesse per i critici dell'Eal, mentre i suoi sostenitori proseguirono in genere per la loro strada senza più preoccuparsi dei problemi di fondo (in sostanza fecero finta che le difficoltà non esistessero o che fossero state risolte). La discussione in questo modo si esaurì.

Le difficoltà che erano emerse erano in realtà tutt'altro che di poco conto, e, anche se non posso riesaminarle qui completamente, confido che qualche cenno potrà essere sufficientemente illustrativo.

Alcune difficoltà, come quella relativa all'arbitrarietà delle aggregazioni di benessere, hanno implicazioni molto gravi anche sul piano pratico e contribuiscono a rendere indeterminate (o semplicemente sbagliate) le soluzioni di molti problemi specifici¹⁹, e insostenibili molti impianti analitici basati sull'idea

dovrebbe essere ricercata nell'ambito delle tesi che valorizzano esigenze di giustizia (in senso lato) e di protezione di interessi diversi da quelli che ciascun soggetto è immediatamente in grado di valorizzare sul mercato. È il caso, ad esempio, dei sostenitori della c.d. *Corporate Social Responsibility* o della giustizia sociale del diritto dei contratti (si veda Aa.Vv., 2004; un interessante esame critico del confronto tra le due impostazioni – Eal e giustizia contrattuale – nell'evoluzione del diritto contrattuale europeo in D. Caruso, 2012). Mi sembra però che le pur molte elaborazioni del rapporto tra mercato, diritto e giustizia soffrano allo stato attuale di almeno due gravi lacune. La prima attiene alla mancata definizione di un modello distributivo complessivamente alternativo a quello che può risultare dal funzionamento del mercato, per cui si ha spesso l'impressione che il mercato resti il punto di riferimento e che la discussione riguardi esclusivamente casi e modi di un'eventuale correzione di specifici risultati considerati occasionalmente inaccettabili. La seconda, connessa, riguarda il trattamento dei limiti che il mercato pone alle possibilità di intervento correttivo (ad es., il noto problema del «*pass-along*», cioè della possibilità di traslare i costi delle misure di protezione sulla parte che la legge vorrebbe proteggere). La risposta alla domanda «Fino a che punto si è disposti a soppiantare, in nome di esigenze di giustizia, i meccanismi di mercato con interventi autoritativi?» resta così piuttosto incerta.

17. Uno dei punti salienti del dibattito è costituito dal *Symposium on Efficiency as a Legal Concern* in *Hofstra Law Review*, 1980, 8 (3), con saggi, tra gli altri, di R. A. Posner, J. L. Coleman, G. Calabresi, R. Dworkin, G. Tullock.

18. L'impossibilità di dare un solido fondamento filosofico alla sua tesi della «*wealth maximization*» è riconosciuta dallo stesso R. A. Posner, 1990, 384.

19. Sulla problematicità delle aggregazioni compiute con riferimento alla indistinta catego-

IL MODELLO DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

di poter trasformare tutti i problemi in questioni tecniche²⁰ risolvibili attraverso semplici (beninteso dal punto di vista logico, non certamente da quello pratico) operazioni matematiche di somma e sottrazione dei benesseri dei vari individui considerati.

Altre rendono i potenziali risultati delle proposte dell'Eal del tutto inaccettabili. Così, ad esempio, la pretesa di trasformare l'efficienza in un valore assoluto²¹ o di scindere, anche cronologicamente²², gli aspetti allocativi (le assegnazioni di risorse che accrescono l'efficienza complessiva) da quelli distributivi (le assegnazione che si limitano a trasferire risorse da un soggetto all'altro)²³. Pretesa, quest'ultima, che ignora la possibilità che una assegnazione effettuata secondo certi criteri possa produrre dei risultati che nessun successivo intervento distributivo è più in grado di correggere²⁴. A livello più profondo, le idee che sorreggono la tendenza che a livello superficiale si manifesta nella pretesa

ria dei consumatori cfr. F. Denozza, 2009a, e ivi illustrazione anche di alcuni casi specifici in cui l'impossibilità dell'aggregazione rende indeterminate le soluzioni e in definitiva inaccettabili le impostazioni suggerite dall'Eal.

20. Con riferimento al diritto antitrust e alla nozione di *consumer welfare* si vedano F. Denozza, A. Toffoletto, 2006; F. Denozza, 2010a e 2010b.

21. Anche autori i cui ideali di fondo non sembrano in collisione con quelli dell'Eal notano che l'efficienza «in the sense of maximizing a payoff or outcome from the use of limited resources is meaningless without some common denominator, some value scale, against which various possible results can be measured», così J. M. Buchanan, 1959, 126.

22. Nel senso che la proposta è quella di produrre il massimo della ricchezza possibile e poi eventualmente redistribuirla mediante tassazione.

23. La pretesa di scindere la considerazione degli effetti allocativi da quelli distributivi può avere una qualche (dubbia) validità quando riferita a singole transazioni. Diventa invece palesemente insensata quando riferita a un quadro complessivo. Se, per restare al famoso esempio di Coase, tutti gli agricoltori del mondo dovessero compensare tutti gli allevatori del mondo per indurli a non distruggere i loro raccolti, o se tutti i consumatori dovessero pagare tutti i produttori per indurli ad astenersi da abusi o dal praticare prezzi monopolistici, assisteremmo a trasferimenti di ricchezza di portata così gigantesca da trasformare radicalmente l'intero modello di sviluppo, con inevitabili effetti anche sul piano allocativo.

24. In F. Denozza, 2007a, 159, faccio l'esempio dell'istruzione. Supponendo di concepire il problema come quello dell'assegnazione di un numero limitato, e perciò scarso, di «unità di educazione», il suggerimento coerente con i criteri dell'Eal sarebbe quello di distribuire la possibilità di fruire di unità di educazione assegnandone il maggior numero agli allievi più dotati che possono trarne il maggiore vantaggio. Il risultato potrebbe essere quello di una società divisa tra soggetti molto dotati che hanno ricevuto molte unità di educazione e sono diventati molto istruiti e soggetti poco dotati rimasti ignoranti. L'Eal sarebbe forse disponibile ad accettare che a questa diseguaglianza si ponga rimedio con una politica fiscale che riduca le differenze di benessere tra le due categorie. Ma, a parte la difficoltà di fare accettare queste politiche ai più favoriti (convinti oramai che la loro posizione dipende esclusivamente da loro meriti personali), è evidente che una società divisa tra molto colti e molto ignoranti non è paragonabile con, e non è necessariamente migliore di, una società in cui la cultura sia più equamente distribuita, neppure quando nella prima sia assicurato agli ignoranti un sussidio che consenta di ridurre la diseguaglianza economica tra le due classi.

di scindere allocazione e distribuzione finiscono poi per collegarsi a posizioni filosofiche che appaiono oggi difficilmente sostenibili, come quella che radicalmente rifiuta di sottoporre il mercato a una valutazione in termini di giustizia (o negando in radice che una valutazione in termini di giustizia abbia un senso – all’incirca la posizione di Hayek – o affermando – come fa Gauthier – che il mercato – perfetto – è una «morally free zone»²⁵). Su un livello ancora più generale, anche la rielaborazione di alcuni temi fondamentali, cari anche all’Eal (come il riferimento prioritario alla proprietà, al contratto e al mercato), all’interno di più raffinate elaborazioni (penso ad esempio a quella di Rawls, che comunque nessuno, e men che meno il sottoscritto, oserebbe accostare alle rozzezze dell’Eal) conduce a esiti ben diversi da quelli propugnati dall’Eal stessa (basti ricordare che la teoria di Rawls consacra mercato, contratto e proprietà personale, ma non la proprietà dei mezzi di produzione²⁶, con esiti che certo non possono suonare musica alle orecchie dei sostenitori dell’Eal).

Quanto, infine, all’opinabilità degli assunti basterà ricordare le indagini dei behavioristi da una parte²⁷ e soprattutto dei sociologi economici dall’altra, e, in particolare, la critica sviluppata da questi ultimi all’idea, centrale nell’Eal, di impostare l’analisi partendo dalle singole transazioni che si svolgono tra individui in nessun modo socializzati, totalmente ignorando i network sociali in cui gli agenti sono invece inevitabilmente *embedded* (per riprendere l’espresione che ricorre nel titolo del celebre lavoro di Granovetter²⁸). Scendendo poi dal piano teorico a quello più immediatamente percepibile da chiunque, le ricorrenti crisi dei mercati, sino alla Grande Recessione che stiamo tuttora vivendo, ben possono indurre qualche dubbio sul fatto che lo «scatenato» (*unfettered*) perseguitamento del benessere individuale si traduca necessariamente in un aumento del benessere collettivo.

4. IL NEOLIBERALISMO E LA SUA IDEOLOGIA

Venendo ora a tentare di spiegare il tanto successo di una tanto debole teoria²⁹ la mia tesi, come ho già anticipato, è che l’Eal si presenta come una raffinata elaborazione a livello microeconomico e giuridico dell’ideologia neoliberale, e

25. D. Gauthier, 1986, cap. 4.

26. In una società liberale ispirata a principi di giustizia, «while a right to property in productive assets is permitted, that right is not a basic right but subject to requirement that, in existing conditions, it is the most effective way to meet the principles of justice» (J. Rawls, 2001, 176).

27. La letteratura in argomento è sterminata. Per una prima informazione cfr. P. Diamond, H. Vartiainen, 2007; H. Gintis, 2009. Si veda anche la recentissima rassegna di C. Engel, 2013.

28. M. Granovetter, 1985.

29. È ovvio che le possibili spiegazioni possono muoversi su piani molto diversi. Uno, ad esempio, potrebbe essere l’analisi dei flussi dei finanziamenti ricevuti dalle università americane e dai progetti che coinvolgevano metodologie ispirate all’Eal.

IL MODELLO DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

in questa veste offre una chiave di lettura utile alla comprensione delle recenti tendenze evolutive di parti cospicue dell'ordinamento.

L'accostamento tra Eal e neoliberalismo apparirà certamente non sorprendente e anzi banale³⁰. I legami cronologici sono molto evidenti e, quanto ai contenuti, l'esaltazione della funzione del mercato³¹ e la sostenuta opportunità di allentare tutti i vincoli che possono impedirne lo spontaneo sviluppo sembrano rappresentare un immediato riferimento comune sia delle politiche neoliberali, sia dell'elaborazione teorica guidata in ambito giuridico dall'Eal³².

Dietro questa apparente semplicità, si nascondono in realtà molti problemi. A livello teorico generale si pone anzitutto il problema di identificare i tratti specifici dell'attuale neoliberalismo rispetto a un generico *laissez-faire* di stampo ottocentesco³³. A un livello (appena) un po' meno astratto si pone al giurista il problema di capire quali siano state le reali implicazioni dell'esaltazione del ruolo del mercato, posto che negli ultimi tempi non sembra essersi verificata alcuna complessiva e generalizzata diminuzione né dell'intervento complessivo dello Stato³⁴, né dell'importanza delle funzioni regolatrici dell'ordinamento³⁵. La

30. Si veda ad esempio, D. Campbell, 2012, 2233, il quale con riferimento al pensiero di Posner rileva che esso «gives very influential legal expression to neo-liberal ideology».

31. Il c.d. *market fundamentalism*, nelle cui capacità di erosione di ogni senso di comunità molti (ad es. il premio Nobel J. Stiglitz, 2010) individuano una delle cause principali della crisi (sulla distruzione delle strutture collettive insiste anche P. Bourdieu, 1998).

32. In verità, al di là di questo generico riferimento, i legami tra i vari aspetti delle ideologie neoliberali, di cui l'Eal è parte integrante, non sono in genere oggetto di sistematici e soddisfacenti approfondimenti teorici. Folgorante eccezione resta il lavoro di M. Foucault, 2004.

33. Alcuni pensano che sostanziali differenze in realtà non esistano e che il neoliberalismo sia la riproposizione pura e semplice del fondamentalismo di mercato. Si veda ad esempio N. Fraser, 2011, 139. In argomento si veda anche B. Amable, 2011, che peraltro critica questa tesi e individua la differenza in un passaggio dall'esaltazione dello scambio a quella della concorrenza. Altri mettono in dubbio l'esistenza di un insieme isolabile di idee e di fenomeni suscettibile di essere descritto dal termine neoliberalismo (su questo tema e per una rassegna di usi diversi del temine cfr. B. Jessop, 2013).

34. Negli ultimi decenni la presenza dello Stato nell'economia, misurata in termini di percentuale delle spese dello Stato sul Pil, anziché diminuire, è in genere aumentata. Nel periodo 1970-2009 la percentuale delle spese pubbliche sul Pil è passata dal 32,4 al 42,2% negli Usa, dal 42 al 51,7 in Uk, dal 34 (1981) al 40,2 in Giappone, dal 43,6 (1990, anno della unificazione) al 47,5 in Germania e dal 44,4 (1978) al 56 in Francia (Commissione Europea, 2010, 178 e ss).

35. Anche l'indubbia diffusione di fonti non statuali di produzione di regole appare fenomeno, dalla prospettiva del rapporto con il mercato, ambiguo, soprattutto dal punto di vista dell'implementazione delle regole stesse. Su questo versante il mercato dovrebbe operare essenzialmente con meccanismi contrattuali o reputazionali: le regole dovrebbero farsi rispettare o perché liberamente contrattate, o per il timore delle conseguenze negative, in termini di reputazione, cui il mancato rispetto espone. Sembra invece che i meccanismi reputazionali si siano rivelati per lo più insufficienti o addirittura inefficaci (come nel caso della revisione, delle agenzie di rating, degli stessi codici di autodisciplina) e che l'effettivo rispetto di regole pur privatamente elaborate passi per lo più attraverso una loro imposizione autoritativa (come nel caso delle regole contabili, su cui si veda G. Scognamiglio, 2008).

regolazione, anziché ridursi e semplificarsi³⁶, sembra essere diventata al contrario molto più complessa, in termini di crescente frammentazione (aumenta il numero delle discipline specifiche in confronto alle norme generali), di sovrapposizione delle fonti (pubbliche e private) e di intreccio tra gli ambiti disciplinari³⁷. Essa è diventata anche molto più complicata, nel senso di una crescente difficoltà di decifrarne agevolmente i principi ispiratori e di desumerne regole univoche³⁸. Nel complesso il quadro appare molto lontano dall'ideale tenacemente propugnato da uno dei padri riconosciuti del neoliberalismo, quello cioè di un ordinamento basato su norme formulate a elevato livello di astrazione e volte non a strutturare le condotte dei destinatari, ma solo a fissare i confini delle azioni consentite³⁹. Sul piano, poi, dei contenuti, è almeno singolare che l'emanazione di norme apparentemente idonee ad accrescere la protezione di cui determinati soggetti, considerati più «deboli», godono nel traffico giuridico⁴⁰, abbia coinciso e coincida con un generalizzato e impressionante aumento delle disuguaglianze, e quindi con un ulteriore indebolimento dei più deboli⁴¹. Così come è singolare che la promessa di maggior decentramento del potere, implicita nell'esaltazione del mercato, abbia portato a un depotenziamento dell'applicazione del diritto antitrust alle concentrazioni e agli abusi di posizione dominante e in pratica a una rilevante crescita delle concentrazioni di potere⁴².

Credo che anche questi pochi esempi siano sufficienti a sollecitare un approfondimento dei legami tra il neoliberalismo, la concreta evoluzione dell'ordinamento e le teorie giuridiche (appunto l'Eal) che in questi decenni hanno svolto il ruolo di punto di riferimento fondamentale (condiviso o criticato) di tutto (o quasi) il dibattito internazionale.

Con il che arriviamo alla più impegnativa domanda. Che cosa caratterizza il neoliberalismo⁴³ di cui l'Eal rappresenterebbe il riflesso ideologico a livello microeconomico e giuridico?

36. Dare un giudizio sull'aumento o la diminuzione della intensità della regolazione è ovviamente difficile. La sensazione diffusa è comunque nel senso che il proclamato obiettivo di una diminuzione delle regole non sia stato raggiunto. Si veda per tutti S. Vogel, 1996.

37. Così sinteticamente descrive la situazione un autorevole osservatore: «Despite the talk of deregulation there has been extensive reregulation, or formalization of regulation, and the emergence of global regulatory networks, intermingling the public and the private» (S. Picciotto, 2010, la citazione è tratta dall'abstract).

38. La diffusione del ricorso a clausole generali, e la costruzione di interi sottosettori retti ciascuno da una propria clausola generale, sono ovvia testimonianza della incapacità dell'ordinamento di governare le diverse fattispecie con regole o principi di generale e rigida applicazione.

39. Il riferimento è ovviamente a Hayek, sul cui pensiero al riguardo si veda A. Cohen, 2010.

40. Penso ovviamente alle varie discipline che introducono speciali protezioni per i consumatori, i risparmiatori, le imprese di ridotte dimensioni o in situazione di dipendenza economica ecc.

41. Al tema e alle sue molteplici implicazioni è dedicato il lavoro di J. E. Stigler, 2012.

42. In generale su entrambi i punti (depotenziamento del diritto antitrust e crescita del potere delle imprese transnazionali) cfr. S. Picciotto, 2011, 138 ss.

43. Una recente rassegna di varie posizioni sull'argomento in C. Hardin, 2012.

IL MODELLO DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

Nelle famose, e qui già ricordate⁴⁴, lezioni al *Collège de France* dedicate alla nascita della biopolitica, Foucault sintetizzava il passaggio dal liberismo al neoliberismo sottolineando che nel primo il protagonista è il soggetto considerato come partner di uno scambio, mentre nel secondo il soggetto è teorizzato come un imprenditore di se stesso (uno che investe i suoi risparmi per arricchirsi, che investe il suo tempo per poi vendersi meglio sul mercato del lavoro, che organizza tutta la sua vita intorno all'obiettivo di massimizzare la soddisfazione delle sue preferenze come l'imprenditore tenta di massimizzare il suo profitto).

Credo che Foucault abbia ragione solo in parte. Il fattore fondamentale che caratterizza il capitalismo vecchio e nuovo è e resta la logica dello scambio (come elaborata nelle analisi che partono da Marx e passano attraverso Lukács e Adorno). Quello che è cambiato è che lo scambio (la transazione, direbbe il cultore dell'Eal) non è più lo strumento con cui un soggetto converte un bene che gli serve di meno in un altro che gli serve di più. Esso è oggi concepito, ed è in effetti per molti diventato, un'occasione di massimizzazione⁴⁵.

La mia tesi è che il cambiamento rispetto a epoche precedenti non sta solo e tanto nel diverso rapporto reale tra Stato e mercato, o nella deregolazione di quest'ultimo, quanto, e soprattutto, nel mutamento della prospettiva che ispira il sistema di governo del mercato stesso. Detta in estrema sintesi, mentre prima si pensava (con ovvie e clamorose differenze a seconda dei periodi e delle diverse correnti di pensiero) che i limiti del mercato dovessero essere affrontati e superati partendo dal governo dei grandi aggregati, il neoliberismo si caratterizza per il fatto di affrontare i problemi partendo dall'analisi delle singole transazioni. Sempre procedendo con semplici contrapposizioni: prima si rite neva che un mercato spontaneamente funzionante, o opportunamente corretto e guidato da un saggio intervento pubblico, fosse la base per assicurare lo svolgimento di corrette contrattazioni e la realizzazione di eque transazioni. I neoliberali rovesciano questo rapporto e sostengono invece che l'importante è facilitare la contrattazione e la realizzazione di ogni transazione che possa essere considerata singolarmente efficiente. L'idea è che da una somma di efficienze non possa che nascere un mercato pur esso necessariamente efficiente.

5. IL NEOLIBERALISMO, I SUOI RIFLESSI GIURIDICI E LE LACUNE DEL MODELLO TEORICO GENERALE

Questa prospettiva consente di riportare a una stessa matrice una serie di trasformazioni che hanno riguardato diversi ambiti giuridici: fenomeni apparentemente lontani possono essere allora interpretati come concretizzazioni di una logica comune.

44. Si veda sopra, nota 32.

45. Per qualche esempio specifico si veda sopra, nota 4.

Facciamo qualche esempio. Nei mercati finanziari l'obiettivo prioritario diventa non più la gestione della massa monetaria e creditizia, ma quello del governo delle transazioni degli intermediari, al fine di creare condizioni di omogeneità (il c.d. *level playing field*) e gradi vari di trasparenza (si vedano il c.d. Piano di azione per i servizi finanziari, la Mifid e le varie direttive implementative). Su un altro fronte, il controllo della grandezza del consumo complessivo cessa di essere un obiettivo prioritario e viene sostituito dalla minuziosa disciplina delle transazioni dei singoli consumatori con i singoli commercianti (le varie direttive in materia di diritti dei consumatori). L'enorme potere dei manager (con la sua legittimazione divenuta oramai così incerta) che tanto inquietava la generazione di Berle & Means, cessa di apparire una fonte di preoccupazione, e l'attenzione viene spostata sulla (presunta) transazione tra i soci da una parte e gli amministratori (delle Spa) dall'altra (*l'agency problem* e la teoria dello *shareholder value*). Allo stesso modo la preoccupazione per la struttura complessiva che venivano ad assumere i mercati, che guidava le riflessioni della generazione di Mason e Bain⁴⁶, viene meno, e l'oggetto privilegiato di analisi diventano le transazioni, gli atti unilaterali e le interrelazioni tra imprese dotate di vario potere di mercato, valutate non più dal punto di vista dei loro effetti complessivi sulla concorrenza e sul mercato, ma da quello degli effetti che ciascuna, isolatamente considerata, può avere sul presunto benessere dei consumatori (la c.d. teoria della massimizzazione del *consumer welfare* nell'antitrust⁴⁷).

Su un piano ancora più generale lo stesso passaggio dal governo alla *governance*, conclamata caratteristica delle politiche neoliberali, si inquadra agevolmente in questa tendenza. Anche qui l'idea è che affidando la regolazione di singoli settori a corpi separati, magari con cospicua partecipazione dei soggetti direttamente interessati, sia possibile ottenere una disciplina complessivamente soddisfacente, anche in assenza di una autorità centrale (il vituperato governo) che si preoccupi di coordinare le varie discipline parziali.

È facile constatare allora l'esistenza di uno stretto legame tra queste impostazioni politiche complessive e il livello teorico dell'Eal, in cui la transazione è l'unità elementare di analisi e i c.d. costi di transazione sono lo strumento teorico operativo che consente di classificare, distinguere, aggregare i vari tipi di transazioni e poi di progettare interventi relativi a essi, afflitti dall'uno o dall'altro tipo di costi. La diffusione di questo orientamento spiega tra l'altro la diffusa sensazione di progressiva frammentazione dell'ordinamento e il multi-

46. Cfr. E. Mason, 1939; J. S. Bain, 1954, 1956.

47. Cfr. D. Rubinfeld, 2008, che sintetizza il cambiamento come il passaggio dallo studio della struttura del mercato a quello dei comportamenti strategici. Il che finisce poi per avere un inevitabile effetto di legittimazione dei monopoli. Cfr. R. Van Horn, 2009, 219: «“Watershed in the emergence of neoliberalism at Chicago” was the change in perspective on monopolies from being seen as a danger to free market society that required government intervention to being seen as benign phenomena that functioned “as if” they were competitive».

IL MODELLO DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

plicarsi di discipline sempre più speciali⁴⁸. In fondo ogni transazione presenta a suo modo qualche peculiarità e il gioco delle suddivisioni può svilupparsi praticamente all'infinito.

Questo spostamento di attenzione è in qualche misura registrato dalla stessa dottrina che maggiormente ha contribuito allo sviluppo di questo apparato concettuale. In alcuni, significativi, lavori, ricchi di grandi implicazioni teoriche, Williamson contrappone esplicitamente l'economia (intesa come scienza economica) della scelta, all'economia della contrattazione⁴⁹. La prima concentra l'attenzione sul momento della scelta nell'ambito di un contesto definito (i prezzi stabiliti dal mercato) e si preoccupa di analizzare le condizioni esterne e i processi interni che conducono i soggetti a compiere una scelta invece di un'altra. La seconda si preoccupa invece degli «*strategic hazards*» che sono presenti nella contrattazione, soprattutto in contesti di commercio bilaterale.

La contrapposizione mi sembra convincente, con la decisiva avvertenza, però, che non si tratta, a mio avviso, di due modi diversi di osservare la realtà, ma di due realtà che sono entrambe presenti nel sistema. Una, quella della scelta, domina la scena là dove il mercato limita i comportamenti strategici che gli agenti possono tenere. Protagonisti sono allora gli agenti in grado di ben orientarsi tra i parametri messi a disposizione dal mercato e capaci di modellare le loro scelte in modo da massimizzare il loro benessere, abilmente sfruttando tutte le opportunità che il mercato offre loro. Qui il tema principale è quello dell'equilibrio, cioè del coordinamento delle scelte in una maniera che consente di utilizzare al meglio tutte le risorse disponibili.

L'altra realtà, quella che (sempre usando la terminologia di Williamson) possiamo chiamare della contrattazione, vede invece protagonisti attori (gli imprenditori hayekiani o schumpeteriani) che cercano di rompere gli equilibri esistenti, o scovando nuove opportunità che altri non hanno colto, o introducendo innovazioni. Qui il tema è il disequilibrio e la concorrenza come meccanismo di distruzione creatrice. Di queste due realtà la c.d. nuova economia istituzionale (il parente più stretto, a livello economico, dell'analisi economica del diritto) tende, come ci informa Williamson, a privilegiare la seconda, quella della contrattazione, piuttosto che quella della scelta.

48. Si pensi alla materia contrattuale un tempo regno incontrastato di alcuni principi fondamentali generali – libertà, volontà, autoresponsabilità – e adesso spezzettata in differenti discipline la cui tipologia continuamente si accresce: b to b; b to c; c to c; contratti stipulati da imprese in situazione di dipendenza economica; contratti stipulati da microimprese; contratti della catena agroalimentare (l'ultima stravaganza del nostro legislatore, peraltro non del tutto ignota a livello europeo, dove esiste una specie di codificazione di *best practices* della contrattazione del settore agroalimentare avallata dalla Commissione Europea, 2011).

49. Cfr. O. E. Williamson, 2002a, 2002b, 2002c. Si veda anche M. Kohn, 2004 e il ricco dibattito su tale lavoro in *Review of Austrian Economics*, 2007, 20, introdotto dal saggio di R. Wagner, e le repliche dello stesso M. Kohn, 2007.

Va osservato però che questa tendenza non è motivata dal fatto che gli aderenti alla nuova economia istituzionale intendano andarsi a collocare nel novero delle teorie economiche eterodosse, e cioè le molte teorie che variamente negano la tendenza all'equilibrio e anche la sua importanza (dai neoaustraci, ai neokeynesiani, agli evoluzionisti, per non parlare ovviamente dei marxisti). Ma da una ragione paradossalmente opposta, e cioè che essi sembrano considerare l'equilibrio una diffusa proprietà del contesto, tanto ovvia da non avere bisogno di essere problematizzata. I neoistituzionalisti concentrano allora (come si è già sottolineato più volte) la loro attenzione sulle singole *market failures*, cioè su localizzate situazioni di squilibrio (immaginate come isole tristi nel mare felice dell'equilibrio) e sugli effetti che la loro presenza può avere sulla realizzazione delle transazioni.

Si manifesta qui la parzialità della teoria e in definitiva la presenza di una sua incolmabile lacuna. Le politiche e le teorie neoliberali non possiedono strumenti teorici in grado di analizzare e valutare il contesto complessivo. Ciò impedisce, da una parte, di comprendere le ragioni delle *market failures* che tanto le preoccupano, e, dall'altra, di anticipare e giudicare i risultati globali. Qualsiasi risultato emerge da una somma di transazioni che massimizzano il benessere delle parti coinvolte è per definizione assunto come un risultato ottimale⁵⁰.

La prospettiva della massimizzazione tramite scambio, che è alla base dell'osessione dell'Eal, e di molta legislazione recente, presuppone l'idea che ogni transazione conclusa in condizioni di assenza di *market failures* aggiunga necessariamente almeno un punto positivo in più su quella ipotetica lavagna luminosa in cui continuamente si misura l'evoluzione della somma del benessere globale. La «qualità» delle transazioni passa in secondo piano. Poco interessano gli obiettivi finali perseguiti dalle parti, poco interessa la probabilità che la massa delle transazioni si coordini in un quadro complessivo in un qualche senso equilibrato. Viene così assegnato al diritto lo scopo esclusivo di facilitare e moltiplicare le transazioni.

Ciò comporta una sostanziale indifferenza verso i problemi connessi all'equilibrio e all'esigenza di avere un mercato in grado di mandare agli agenti segnali appropriati (cioè, essenzialmente, prezzi ricchi di reale contenuto informativo). E gli effetti di questa indifferenza sono stati resi drammaticamente palesi dalla grande crisi finanziaria di alcuni anni fa, caratterizzata, in fondo, dal fatto che le transazioni concluse da soggetti che valorizzavano la loro razionalità intenzionale nella ricerca del reciproco vantaggio, invece di

50. La stessa nozione di *market failure* subisce una torsione in un senso «particularistico». Una situazione viene giudicata come di fallimento del mercato non dal punto divista degli effetti complessivi negativi che può produrre, ma perché impedisce ad alcuni di fare qualche buon affare.

IL MODELLO DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

coordinarsi in una complessiva razionalità (inintenzionale) del sistema, lo hanno condotto alla sostanziale disintegrazione.

Questa impostazione (dell'Eal e della nuova economia istituzionale) s'è sviluppata, a livello teorico, da ogni riferimento a modelli distributivi, liberata da oneri di valutazione complessiva dei risultati e del funzionamento dei mercati nel loro complesso, vorrebbe reggersi in definitiva sulla autosufficienza della valutazione delle singole transazioni. L'idea è in sostanza quella di poter isolare le situazioni in cui ciascuna transazione dovrebbe realizzarsi e di poterle analizzare e valutare in base a parametri tecnici (gli ostacoli alla realizzazione di transazioni massimizzatrici e la possibilità di superarli) non bisognosi di inquadramento in un contesto di scelte politiche più generali.

È nella impraticabilità di questo progetto che si manifestano a livello giuridico tutti i limiti dell'analisi economica del diritto ed è su questo aspetto che concentrerò da ultimo l'attenzione.

6. L'ECONOMIC ANALYSIS OF LAW E LA MASSIMIZZAZIONE TRAMITE SCAMBIO: CONTRATTI INCOMPLETI E DIRITTI PROPRIETARI INDEFINITI

La nozione di fallimento del mercato, interpretata, come si è detto, non come possibilità che il mercato nel suo complesso produca risultati negativi, ma come situazione occasionalmente in grado di impedire la realizzazione di transazioni che potrebbero migliorare il benessere di entrambe le parti coinvolte, trova, a livello giuridico, il suo riflesso nella teoria dei contratti incompleti e nella convinzione che la radice ultima dei problemi vada sistematicamente ricercata in una imperfetta definizione dei reciproci diritti delle parti coinvolte⁵¹.

Il punto di partenza è la prospettiva analitica, sviluppata in massimo grado da Williamson⁵², che classifica le varie occorrenze di *market failure* (i vari tipi

51. I contratti incompleti si riferiscono a un fenomeno che può essere considerato come un caso particolare del problema più generale della imperfetta definizione dei diritti. Un contratto è infatti incompleto quando non disciplina esplicitamente tutte le contingenze che potranno verificarsi nel corso della sua esecuzione. L'incompletezza (che inevitabilmente affligge tutti i contratti relativi a operazioni minimamente complesse) fa sì che le parti non sono in grado di prevedere esattamente *ex ante* i diritti che nelle diverse circostanze future potranno spettare *ex post* a ciascuna. Non sono perciò in grado di dare un valore preciso alla loro posizione contrattuale (se l'evento sopravvenuto «x» dà il diritto «y» alla parte «a», la posizione contrattuale di «a» ha un prezzo diverso da quello che avrebbe se lo stesso evento desse invece lo stesso diritto alla controparte «b»). Ciò può rendere difficile o addirittura impossibile la negoziazione. Più in generale, problemi sorgono tutte le volte in cui un diritto non è perfettamente definito e non si può stabilire esattamente *ex ante* il valore di un acquisto, una vendita, una violazione, un danno ecc. Questi temi ricorrono, con diversa accentuazione, in tutti i lavori teorici sull'Eal. Per un buon esame critico si veda comunque S. Ferey, 2008, in particolare il cap. 1 della parte prima, significativamente intitolato *Des droits de propriété en quête d'auteur*.

52. Si veda soprattutto O. E. Williamson, 1971, 1985, 1996.

di costi di transazione che possono ostacolare la contrattazione) e connette a esse i rimedi (le varie possibili strutture di governo delle transazioni) che le parti sono in grado di apprestare al fine di aggirare gli ostacoli. Il riflesso rilevante per il giurista è l'indicazione rivolta a legislatori e interpreti di sopperire all'eventuale incapacità delle parti, costruendo e proponendo (a livello di architettura normativa) le strutture di *governance* (ad esempio, sistemi di completamento dei contratti o di migliore definizione dei diritti proprietari) più appropriate alle caratteristiche delle singole transazioni.

Prescindo qui da altre critiche che potrebbero investire questa impostazione e mi concentro sulla prospettiva giuridica, e cioè sulla capacità di fornire un quadro teorico di riferimento che possa guidare legislatori e interpreti verso scelte coerenti.

Al fondo di tutte le varie ipotesi di fallimento del mercato qui considerate rilevanti, sta, in sostanza, un unico fenomeno, che è l'incertezza. Che si parli di costi di transazione, di imperfetta definizione dei diritti di proprietà, di incompletezza dei contratti, tutto si riduce al fatto che esistono incertezze che le parti non sono in grado di governare⁵³. In tutti i casi i problemi nascono dalla possibilità che o una realtà attuale imperfettamente conosciuta (le asimmetrie informative) o una realtà futura non completamente prevedibile (il mutamento, nei rapporti di durata, del contesto o delle condizioni dei contraenti) consentano a una delle parti della transazione di impiegare sue risorse esistenti (maggiori informazioni) o sopravvenute (potenziale di minaccia creato dall'evoluzione del rapporto) al fine di trarre vantaggio dall'imposizione all'altra di costi imprevisti.

Se si riconosce che l'incertezza è il fattore in ultima istanza determinante, risulta evidente che la nozione di *market failure* (nella riduttiva interpretazione che ne danno l'Eal e la nuova economia istituzionale) non è in grado di fornire, a legislatori e interpreti, nessun riferimento univoco e coerente.

La quantità di incertezze che gravitano intorno agli esiti finali di uno scambio minimamente complesso è pressoché infinita, a cominciare dal rischio di avere male valutato le proprie preferenze o da quello che esse mutino nel corso del rapporto. È evidente perciò che nessun sistema di regole può assumere come proprio obiettivo l'eliminazione di tutti i rischi connessi all'incertezza⁵⁴.

Né è pensabile, proprio perché ci troviamo in un contesto di incertezza, che qualcuno (sia esso il legislatore, il giudice o l'interprete) non dotato di onni-

53. In un certo senso si tratta, come rilevava uno dei primi commentatori di Williamson, del potenziale verificarsi di esternalità (R. N. McKean, 1971).

54. Tanto meno può ripristinare le condizioni di esercizio della razionalità degli agenti (come in fondo vorrebbero l'Eal e l'economia dei costi di transazione) che è invece dipendente dal contesto complessivo e cioè dal fatto che sussistano tutte le condizioni ideali del «contexte sociale a lequel elle est ancrée» (cfr. K. J. Arrow, 1987, 22-3).

IL MODELLO DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

scienza, possa sostituirsi alle parti e decidere lui quali incertezze e rischi le parti avrebbero lasciato ciascuna a carico dell'altra se avessero potuto contrattare in condizioni di piena consapevolezza.

Le scelte che legislatori e interpreti sono chiamati a compiere sono perciò scelte non tecniche, ma eminentemente politiche⁵⁵, nel senso di scelte che dipendono da un giudizio in ordine ai rischi che è opportuno eliminare, trasferire o lasciare a carico delle parti, nonché in ordine alle risorse (di informazione, di capacità di previsione ecc.) che le parti possono o non possono usare a proprio vantaggio⁵⁶.

Il punto è che la teoria del fallimento del mercato proposta dall'Eal e dalla nuova economia istituzionale, priva come è di ogni riferimento a valori distributivi e di qualsiasi criterio in grado di agganciare la singola transazione a un auspicabile equilibrio diverso da quello potenzialmente risultante dalla sommatoria di infinite transazioni massimizzanti, non può offrire alcuna indicazione coerente in grado di guidare queste scelte.

Di qui, per chiudere con un esempio concreto, l'eterno dilemma posto dagli interventi che pretendono di correggere una *market failure* proteggendo una delle parti (ad esempio vietando certe clausole o imponendo vincoli di informazione a carico dell'altra parte). Quanti dei soggetti protetti apprezzeranno la protezione e i costi che essa comunque comporta? Un ipotetico referendum tra tutti gli interessati darebbe esito positivo o negativo? Il benessere complessivo verrà massimizzato?

7. LE IMPLICAZIONI DELL'IDEOLOGIA DELLA MASSIMIZZAZIONE

Dall'esaltazione dei problemi di massimizzazione e dalla sottovalutazione dei problemi dell'equilibrio, deriva, sul piano giuridico, un'altra serie di conseguenze, che consiste nella scomposizione dell'ordinamento in tanti sottosistemi dotati ciascuno del suo appropriato *maximand*: lo *shareholder value* nella disciplina societaria, il *consumer welfare* nella disciplina della concorrenza, il benessere dei contraenti nella disciplina dei contratti, quello dei creditori nella disciplina delle garanzie e delle procedure concorsuali ecc.

Alla base di questa ossessione per la segmentazione sta una ragione molto semplice, e cioè il tentativo di isolare gruppi di soggetti che possano essere immaginati come dotati di interessi tanto sufficientemente omogenei da

55. Come ho già sostenuto altrove (F. Denozza, 2012, 25 ss.) non esiste nessun modello oggettivo in grado di orientare una distribuzione autoritativa dei rischi.

56. Che si tratti di scelte distributive da cui dipende la possibilità per ciascuno di far fruttare al meglio le risorse di cui dispone era già stato a suo tempo vigorosamente segnalato da A. T. Kronman, 1980. In senso critico, ma sulla base di presupposti teorici molto lontani da quelli dell'Eal, si veda P. Benson, 1989.

consentire di ipotizzare che la protezione di questi interessi possa massimizzare il benessere di tutti, evitando in tal modo gli insuperabili problemi posti dalla impossibilità di aggregare i benesseri di individui diversi⁵⁷.

Il tentativo è ovviamente destinato al fallimento. Anche all'interno delle singole categorie (soci, consumatori, creditori, contraenti ecc.) esistono differenze e conflitti di interessi tali da escludere la possibilità che possa essere in ogni circostanza individuata una determinata disciplina in grado di massimizzare il benessere di tutti. La disciplina che soddisfa gli interessi del socio investitore di lungo periodo, o del creditore c.d. *adjusting* o del consumatore *risk adverse* ecc., non può contemporaneamente soddisfare gli interessi del socio speculatore di breve periodo, del creditore semi-involontario o del consumatore *risk taking*⁵⁸. In assenza della possibilità di aggregare e misurare i benesseri delle varie sottocategorie lo scopo della massimizzazione del benessere non è in grado di coordinare e razionalizzare nessun insieme di scelte. Queste restano quello che sono e cioè scelte politiche, frutto di valutazioni comparative di interessi, che avrebbero bisogno di quel quadro di riferimento più generale rispetto alla valutazione delle parti nella singola transazione, che è proprio quello che (come qui si è più volte ribadito) l'analisi economica del diritto non vuole e non può offrire.

A questa critica ne può essere aggiunta un'altra che ci conduce a una delle radici profonde della recente crisi, e che riguarda il profilo, cui si è già accennato, della *governance*. La creazione di diversi sottosistemi, ciascuno impegnato a massimizzare l'interesse di una specifica categoria di soggetti, ha creato una sorta di miopia nei confronti dell'interesse complessivo. E così l'ordinamento, tutto impegnato a supportare la razionalità di questo o di quel gruppo di agenti per favorire il più scorrevole svolgimento delle singole transazioni, ha perso completamente di vista l'equilibrio del sistema nel suo complesso, e i rischi cui il tutto era esposto, anche a dispetto del buon funzionamento delle singole parti. È stato accantonato ogni tentativo di sindacare i contenuti e l'utilità sociale dei contratti e di regolarne in conseguenza la diffusione (basti pensare alla vicenda dei derivati e alla decisione del nostro – e di altri – legislatori di

57. Uno degli ambiti in cui l'immagine di soggetti titolari di posizioni agevolmente aggregabili in un interesse comune si è rivelata più perniciosa è quella del diritto societario e dello *shareholder welfare*. Questa immagine ha contribuito a rendere il diritto societario miope nei confronti di tutti i problemi connessi all'esistenza di interessi diversi (e non facilmente conciliabili) in ordine al modo in cui le società per azioni dovrebbero essere gestite, con i risultati che sono sotto gli occhi di tutti e che vengono ancora oggi concettualizzati nella contrapposizione tra prospettive di breve e prospettive di lungo termine, come se si trattasse di un problema di diversi orizzonti temporali di soggetti che comunque condividono un interesse comune, e non di conflitti di interesse tra chi aspira a un certo risultato e chi ne vorrebbe uno diverso. Sul tema della diversità tra gli interessi dei soci si vedano nella nostra dottrina più recente G. Rossi, 2012; C. Angelici, 2012.

58. Ho esaminato ciascuno di questi temi in separati lavori cui mi permetto di rinviare. Sui conflitti di interesse tra diverse categorie di consumatori, si vedano i lavori citati alle note 19 e 20. Su quelli tra creditori, si vedano F. Denozza, 2006a, 2007b. Su quelli tra soci, F. Denozza, 2006b, 2010c.

IL MODELLO DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

rinunciare a quel pur molto approssimativo controllo che avrebbe potuto essere esercitato con il ricorso alla disciplina della scommessa⁵⁹). Nessuno ha pensato di favorire forme di miglior sindacato interno (da parte dei CdA e degli organi di controllo) sulla qualità dei prodotti finanziari che gli amministratori delegati andavano comprando e vendendo. Nessuno ha pensato agli effetti che le regole di *corporate governance*, concepite per garantire la massimizzazione del benessere dei soci, avrebbero potuto avere sulla propensione al rischio degli amministratori. Poco o nulla è stato fatto per coordinare le regole di Basilea con le nuove regole contabili (il c.d. *fair value*) che avrebbero dovuto massimizzare l'informazione e il benessere degli investitori, e hanno invece avuto tremendi effetti prociclici. L'incompletezza delle norme di protezione del cliente, che lasciava, e in parte lascia tuttora, privi di protezione i clienti sofisticati, ha evitato costi e consentito una maggiore diffusione di certi prodotti, ma ha spesso favorito l'ingresso e l'operatività su mercati particolarmente sofisticati di soggetti in realtà incapaci di autotutelarsi compiutamente.

In sintesi, la frammentazione concettuale, con la conseguente concentrazione dell'attenzione sulla facilitazione delle capacità massimizzanti di ciascun sottosistema, ha indotto a ignorare gli effetti che si andavano producendo sul sistema nel suo complesso. A ignorare, cioè, gli effetti disfunzionali che il pur corretto funzionamento di ciascuno dei sottosistemi poteva avere sul funzionamento di altri sottosistemi e, in definitiva, del sistema nella sua interezza. Con tutte le oramai ben note conseguenze in termini di propensione al rischio create da un certo sistema di *corporate governance*, di crescita smisurata di imprese *too big to fail* consentita da un diritto antitrust reso miope dal riferimento al *consumer welfare*, di regole prudenziali aggirate e stravolte (nei loro effetti) da regole contabili concepite in funzione di tutt'altri obiettivi⁶⁰ ecc.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.Vv., 2004, «Social Justice in European Contract Law: A Manifesto». *European Law Journal*, 10: 653-74.
- ABRESCIA Michele, NAPOLITANO Giulio, 2009, *Analisi economica del diritto pubblico*. il Mulino, Bologna.
- ADLER Matthew D., POSNER Eric A., 2006, *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- ALCHIAN Armen A., 2006, «Some Economics of Property Rights». In *The Collected Works of Armen A. Alchian*, vol. 2, edited by Daniel K. Benjamin, 52-67. Liberty Fund, Indianapolis, Indiana.

59. Sulla storia della «legittimazione» dei contratti derivati nei diversi ordinamenti cfr. B. G. Carruthers, 2013. Sulla evoluzione della disciplina delle scommesse e dei derivati nel diritto inglese, in quello americano e in alcuni diritti continentali si veda M. J. Golecki, 2012.

60. Sono ancora una volta costretto a rinviare a un altro mio lavoro, F. Denozza, 2010d.

FRANCESCO DENOZZA

- AMABLE Bruno, 2011, «Morals and Politics in the Ideology of Neo-Liberalism». *Socio-Economic Review*, 9: 3-30.
- ANGELICI Carlo, 2012, «La società per azioni. Principi e problemi». In *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Piero Schlesinger. Giuffrè, Milano.
- ARROW Kenneth J., 1987, «De la Rationalité – de l'Individu e des Autres – dans un Système Économique». *Revue Francaise d'Économie*, 2: 22-47.
- BAIN Joe S., 1954, «Economies of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries». *American Economic Review*, 44: 15-39.
- ID., 1956, *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- BENSON Peter, 1989, «Abstract Right and the Possibility of a Non-Distributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory». *Cardozo Law Review*, 10: 1077-198.
- BOLTANSKY Luc, CHIAPPELLO Eve, 1999, *Le Nouvel Esprit du Capitalisme*. Gallimard, Parigi (trad. ingl. *The New Spirit of Capitalism*, Verso, New York 2005).
- BOURDIEU Pierre, 1998, «The Essence of Neoliberalism». *Le Monde Diplomatique*, december: <http://mondediplo.com/1998/12/08bourdieu>.
- BUCHANAN James M., 1959, «Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy». *Journal of Law and Economics*, 2: 124-8.
- CAMPBELL David, 2012, «Welfare Economics for Capitalists: Economic Consequences of Judge Posner». *Cardozo Law Review*, 33: 2233-74.
- CARRUTHERS Bruce G., 2013, «Diverging Derivatives: Law, Governance and Modern Financial Markets». *Journal of Comparative Economics*, 41: 386-400.
- CARUSO Daniela, 2012, *The Baby and the Bath Water: The American Critique of European Contract Law*. <http://ssrn.com/abstract=2135179>.
- COHEN Amy J., 2010, «Governance Legalism: Hayek and Sabel on Reason and Rules, Organization and Law». *Wisconsin Law Review*, 2010: 357-88.
- COMMISSIONE EUROPEA, 2010, *European Economy. Statistical Annex*. www.cesifo-group.de.
- ID., 2011, *High Level Forum for a Better Functioning of the Food Supply Chain*, Decisione della Commissione Europea, 30 luglio 2010, (2010/C 210/03).
- COOTER Robert, MATTEI Ugo, MONATERI Pier Giuseppe, PARDOLESI Roberto, ULEN Thomas, 1999, *Il mercato delle regole*. il Mulino, Bologna.
- DEFFAINS Bruno, LANGLAIS Éric (dirs.), 2009, *Analyse économique du droit*. De Boeck, Bruxelles.
- DEMOT Jef, DEPOORTER Ben, 2011, «The Cross-Atlantic Law And Economics Divide: a Dissent». *University of Illinois Law Review*, 2011: 1593-606.
- DENOZZA Francesco, 1995, «La struttura dell'interpretazione». *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 49: 1-73.
- ID., 2002, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2006a, «Different Policies for Corporate Creditor Protection. Efficient Creditor Protection in European Company Law». *European Business Organization Law Review*, 7: 409-16.
- ID., 2006b, «Nonfinancial Disclosure Between "Shareholder Value" and "Socially Responsible Investing"». In *Investor Protection in Europe*, edited by Guido Ferrarini, Eddy Wyimeersch, 365-78. Oxford University Press, Oxford.

IL MODELLO DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

- ID., 2007a, «Fairness and Welfare: Are They Really Competing Values?». In *Legal Orderings and Economic Institutions*, edited by Fabrizio Cafaggi, Antonio Nicita, and Ugo Pagano, 154-62. Routledge, Oxon.
- ID., 2007b, «Il capitale sociale tra efficienza economica ed equità distributiva». In *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità, prospettive*, vol. 1, a cura di Paola Balzaretti, Giuseppe Carcano e Marco Ventoruzzo, 563 e ss. Giuffrè, Milano.
- ID., 2009a, «Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita». *Giurisprudenza Commerciale*, 1: 1057-86.
- ID., 2009b, «I conflitti di interesse nei mercati finanziari e il risparmiatore "imprenditore di se stesso"». In *I servizi del mercato finanziario. Atti del convegno in ricordo di G. Santini*, 141-68. Giuffrè, Milano.
- ID., 2010a, «Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento». In *Vent'anni di antitrust: l'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di Piero Barucci, Carla Rabitti Bedogni, 137-53. Giappichelli, Torino.
- ID., 2010b, *Intellectual Property and Refusal to Deal: "Ad Hoc" v. "Categorical" Balancing*, <http://ssrn.com/abstract=1604390>.
- ID., 2010c, «L'interesse sociale tra "coordinamento" e "cooperazione"». In *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, 9-44. Giuffrè, Milano.
- ID., 2010d, «Mercati concorrenziali e rischi sistematici: uscire dalla "governance" per tornare al governo». In *Dopo la crisi: conseguenze economiche, finanziarie e sociali*, a cura di Camilla Beria di Argentine, 105-20. Giuffrè, Milano.
- ID., 2012, «Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti». *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1: 5-40.
- DENOZZA Francesco, TOFFOLETTO Alberto, 2006, «Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust». *Mercato, Concorrenza, Regole*, 3: 563-80.
- DIAMOND Peter, VARTAINEN Hannu (eds.), 2007, *Behavioral Economics and Its Applications*. Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- ENGEL Christoph, 2013, *Behavioral Law and Economics: Empirical Methods*. Mpi Collective Goods Preprint, 1: http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2013_01online.pdf.
- FEREY Samuel, 2008, *Une histoire de l'analyse économique du droit*. Bruylant, Bruxelles.
- FERRERA Maurizio, 2013, «Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo Stato sociale in Europa». *Stato e mercato*, 1: 3-36.
- FOUCAULT Michel, 2004, *Naissance de la Biopolitique*, Gallimard, Parigi (trad. it. *Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, Milano 2005).
- FRANZONI Luigi A., 2003, *Introduzione all'economia del diritto*. il Mulino, Bologna.
- FRANZONI Luigi A., MARCHESI Daniela, 2006, *Economia e politica economica del diritto*. il Mulino, Bologna.
- FRASER Nancy, 2011, «Marketization, Social protection, Emancipation: Toward a Neo-Polanyan Conception of Capitalism». In *Business as Usual: The Roots of the Global Financial Meltdown*, vol. 1, edited by Craig Calhoun, Georgi Derluguian, 137-58. New York University Press, New York.
- FRIEDMAN David, 2000, *Law's Order*. Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- GALLARATI Alberto, MATTEI Ugo, 2009, *Economia politica del diritto civile*. Giappichelli, Torino.

FRANCESCO DENOZZA

- GAROUPA Nuno, ULEN Thomas, 2007, «The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States». *University of Illinois Law and Economics Research Paper No. LE07-009*: <http://ssrn.com/abstract=972360>.
- GAUTHIER David, 1986, *Morals by Agreement*. Oxford University Press, Oxford.
- GEORGAKOPOULOS Nicholas L., 2005, *Principles and Methods of Law and Economics*. Cambridge University Press, Cambridge.
- GINTIS Herbert, 2009, *The Bounds of Reason*. Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- GOLECKI Mariusz J., 2012, «Evolutionary Theories of Derivatives Regulation». *Aestimatio. The Ieb International Journal of Finance*, 4: 152-67.
- GRANOVETTER Mark, 1985, «Economic Action and Social Structure: the Problem of Embeddedness». *American Journal of Sociology*, 91: 481-510.
- HARDIN Carolin, 2012, «Finding the “Neo” in Neoliberalism». *Cultural Studies*: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09502386.2012.748815#>. UledgBdH7IU.
- HARDIN Garrett, 1968, «The Tragedy of the Commons». *Science* 162: 1243-8.
- HARNAY Sophie, MARCIANO Alain, 2008, *Posner, Economics And The Law: From Law and Economics to Economic Analysis of Law*: <http://www.icer.it/docs/wp2008/ICER-wp09-08.pdf>.
- JESSOP Bob, 2013, «Putting Neoliberalism in its Time and Place: a Response to the Debate». *Social Anthropology/Anthropologie Sociale*, 21: 65-74.
- KOHN Meir, 2004, «Value and Exchange». *Cato Journal*, 24: 303-39.
- ID., 2007, «The Exchange Paradigm: Where to Now?». *Review of Austrian Economics*, 20: 201-3.
- KRONMAN Anthony T., 1980, «Contract Law and Distributive Justice». *Yale Law Journal*, 89: 472-511.
- MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane, 2008, *Analyse Économique du Droit*, 11 ed. Dalloz, Parigi.
- MASON Edward S., 1939, «Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise». *American Economic Review*, 29: 61-74.
- MCKEAN Roland N., 1971, «Discussion». *American Economic Review*, 61: 124-7.
- MEDEMA Steven G., MERCURIO Nicholas, 2006, *Economics and the Law*, 11 ed. Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- MENGONI Luigi, 1994, «L'argomentazione orientata alle conseguenze». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1-18.
- NICOLA Fernanda, 2008, «Transatlanticisms: Constitutional Asymmetry and Selective Reception of U.S. Law and Economics in the Formation of European Private Law». *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 16: 101-61.
- NUSSBAUM Martha C., 2000, «The Costs of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis». *Journal of Legal Studies*, 29: 1005-36.
- OTT Claus, SCHAEFER Hans-Bernd, 2004, *The Economic Analysis of Civil Law*. Edward Elgar, Cheltenham-Northampton.
- PICCIOTTO Sol, 2010, «International Transformations of the Capitalist State». *Antipode*, 43: 87-107.
- ID., 2011, *Regulating Global Corporate Capitalism*. Cambridge University Press, Cambridge.

IL MODELLO DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

- POSNER Richard A., 1990, *The Problem of Jurisprudence*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- Id., 2007, *Economic Analysis of Law*, vii ed. Wolters Kluwer, New York.
- RADAELLI Claudio M., 2001, *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*. Rubbettino, Soveria Mannelli.
- RAWLS John, 2001, *Justice as Fairness. A Restatement*. Belknap Press, Cambridge.
- ROSSI Guido, 2012, «La metamorfosi della società per azioni». *Rivista delle società*, 57: 1-10.
- RUBINFELD Daniel L., 2008, «On the Foundations of Antitrust Law and Economics». In *How the Chicago School Overshot the Mark*, edited by Robert Pitofsky, 51-73. Oxford University Press, Oxford.
- SCOGNAMIGLIO Giuliana, 2008, «I nuovi modi di formazione del diritto commerciale: IAS/IFRS e sistema delle fonti del diritto contabile». *Rivista del diritto privato*, 1: 5-53.
- SHAVELL Steven, 2004, *Foundations of Economic Analysis of Law*. Belknap Press, Cambridge (trad. it. *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Giappichelli, Torino 2004).
- STIGLER Joseph E., 2012, *The Price of Inequality*. W.W. Norton and Company, New York-Londra.
- STIGLITZ Joseph, 2010, «Moral Bankruptcy». *Mother Jones*: <http://motherjones.com/politics/2010/01/joseph-stiglitz-wall-street-morals>.
- VAN HORN Robert, 2009, «Reinventing Monopoly and the Role of Corporations: the Roots of Chicago Law and Economics». In *The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective*, edited by Philip Mirowski, Dieter Plehwe, 204-37. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- VELJANOVSKI Cento, 2007, *Economic Principles of Law*. Cambridge University Press, Cambridge.
- VOGEL Steven K., 1996, *Free Markets, More Rules*. Cornell University Press, Ithaca, New York.
- WAGNER Richard, 2007, «Value and Exchange: Two Windows for Economic Theorizing». *Review of Austrian Economics*, 20: 97-103.
- WILLIAMSON Oliver E., 1971, «The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations». *American Economic Review*, 61: 112-23.
- Id., 1985, *The Economic Institutions of Capitalism*. Free Press, New York.
- Id., 1996, *The Mechanisms of Governance*. Oxford University Press, New York.
- Id., 2002a, *The Lens of Contract: Applications to Economic Development and Reform*. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnacp770.pdf.
- Id., 2002b, «The Lens of Contract: Private Ordering». *American Economic Review*, 92: 438-43.
- Id., 2002c, «The Theory of the Firm as Government Structure: From Choice to Contract». *The Journal of Economic Perspectives*, 16: 171-95.
- ZERBE Richard Jr., 2001, *Economic Efficiency in Law and Economics*. Edward Elgar, Cheltenham-Northampton.