

ROBERTO ARTONI E CARLO DEVILLANOVA

Riflessioni sul rapporto fra economia e diritto

ABSTRACT

The paper discusses the methodological foundations of law and economics. In particular, it deals with the capacity of economics to properly model and measure laws and institutions. We argue that contemporary economic analysis of law is generally based on a simplistic version of mainstream economics. This process of simplification of both the heterogeneity of methodological approaches and the complexity of reality have potential important consequences, which are here illustrated. We draw implications for how law and economics should, or should not, evolve in the future, in order to guarantee a genuine interdisciplinary approach to the study of legal systems.

KEYWORDS

Law and Economics; Methodological Individualism; Rational Behaviour; Welfarism; Function of Social Welfare.

1. INTRODUZIONE

Una vecchia e notissima storiella ebraica racconta che il rabbino di Cracovia interruppe un giorno con un lamento le sue preghiere per annunciare di aver appena visto la morte del rabbino di Varsavia, duecento miglia distante. La congregazione di Cracovia, benché afflitta, fu molto impressionata dalla capacità di visione del suo rabbino. Qualche giorno dopo alcuni ebrei di Cracovia si recarono a Varsavia e con grande sorpresa videro il vecchio rabbino che officiava in apparente discreta salute. Al loro ritorno, confidarono la notizia ai fedeli e si cominciò a ridacchiare. Ma alcuni irriducibili discepoli presero le difese del loro rabbino; anche ammettendo che egli poteva essersi sbagliato in qualche particolare, esclamavano: «Però, che visione!»¹.

Il precedente brano è tratto da un saggio che Albert Hirschman scrisse a cavallo del 1972-73. Il libro merita di essere citato ad apertura di questo contributo per almeno due ragioni. In primo luogo, attraverso un percorso originale²,

1. A. O. Hirschman, 2011, 85.

2. L'autore è ben consapevole di adottare un approccio non usuale, allorché, riferendosi al

Hirschman traccia alcune tappe del complesso rapporto fra economia e filosofia. Dalla sua ricostruzione emerge come anche la nozione di interesse individuale quale motivo dominante nel comportamento umano sia storicamente determinata. In secondo luogo, la storiella riportata dall'autore ci è parsa cogliere particolarmente bene la capacità descrittiva (di alcuni filoni) della disciplina economica, come si è andata sviluppando negli anni recenti. Entrambi i punti faranno da cornice alla discussione del programma di ricerca della *Law and Economics*, o analisi economica del diritto.

In estrema sintesi, la nostra tesi è che l'analisi economica del diritto, pur con apprezzabili eccezioni delle quali non è possibile dar conto in questa sede, disperde la ricchezza di approcci metodologici usati in economia e si caratterizza per una rappresentazione estremamente semplificata dei fenomeni oggetto di analisi. In termini più propositivi, riteniamo che la disciplina potrebbe molto beneficiare da una maggiore attenzione ai dettagli istituzionali e dalla consapevolezza del limitato grado di generalità cui le conclusioni teoriche possono aspirare. Il perseguimento di questi obiettivi richiede anche il riconoscimento e la tutela di alcuni filoni nel campo economico trascurati dal *mainstream*.

Dopo un brevissimo inquadramento disciplinare, il paragrafo 2 affronta alcuni aspetti metodologici della disciplina. Il paragrafo 3 tratta del realismo dei modelli economici, esemplificandone le conseguenze pratiche. Seguono le conclusioni.

2. IL METODO

L'analisi economica del diritto consiste nell'applicazione del metodo dell'economia ai problemi giuridici e allo studio delle istituzioni³. Correndo qualche rischio di eccessiva semplificazione, il metodo, quale si è affermato negli ultimi decenni, consiste in due principi cardine. Il primo, l'individualismo metodologico, assume a oggetto di analisi l'individuo, escludendo ogni diversa dimensione sovraindividuale o sociale. Il metodo è poi integrato dall'assunto di comportamento razionale, identificato con la massimizzazione della funzione

diciassettesimo e diciottesimo secolo, scrive che «poiché le specifiche “discipline” delle scienze economiche e politiche a quel tempo non esistevano ancora, confini interdisciplinari da varcare non c'erano» ed aggiunge «mi è sembrato perciò interessante riesaminare il loro pensiero speculativo se non altro per ovviare alla nostra povertà intellettuale, frutto della presente esasperata specializzazione in tal campo» (A. O. Hirschman, 2011, 13). Per un inquadramento complessivo della figura di Hirschman si veda J. Adelman, 2013.

3. L. Kornhauser, 2011. Riferimenti classici alla disciplina si trovano in G. Calabresi, 1961; R. Coase, 1960; R. A. Posner, 1973. Una trattazione recente che evita complicazioni analitiche è fornita da S. Shavell, 2004. In italiano si vedano, fra gli altri, L. A. Franzoni, D. Marchesi, 2006; R. Cooter, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, 1999; F. Denozza, 2002.

di utilità, una misura questa della soddisfazione individuale. Il secondo caposaldo metodologico è l'adozione dell'efficienza economica quale principale paradigma di giustizia⁴. In estrema sintesi, una soluzione è economicamente (Pareto) efficiente se massimizza le risorse a disposizione della collettività, o minimizza i costi di transazione, sempre valutati in base all'utilità individuale (c.d. welfarismo). In quanto tale, una soluzione efficiente è anche socialmente desiderabile, prescindendo da ogni considerazione distributiva o meglio attribuendo al meccanismo di mercato la capacità di remunerare secondo principi di giustizia o rimandando considerazioni equitative a un secondo momento.

All'interno del quadro analitico delineato, la logica conseguenza dei due assunti è che il mercato costituisce il mezzo più efficiente/giusto per la distribuzione delle risorse fra individui, una volta corretti gli eventuali fallimenti dello stesso, ovviamente nell'ipotesi che l'azione pubblica sia in grado di correggerli. Le norme giuridiche sono meccanismi finalizzati alla soluzione di problemi di coordinamento che possono sorgere nel mercato: attraverso il sistema di incentivi e sanzioni esse modificano il calcolo economico individuale e inducono i soggetti a selezionare un equilibrio (plausibilmente quello efficiente) fra molteplici possibili equilibri di mercato. In questo senso ci sembra condivisibile la tesi – espressa in questo stesso volume dal prof. Denozza – secondo la quale l'analisi economica del diritto rappresenti la versione giuridica dell'ideologia neoliberale in campo economico.

L'analisi economica delle norme giuridiche è condotta sotto il profilo positivo (per spiegare ad esempio l'esistenza di un determinato istituto giuridico e la sua evoluzione nel tempo) e normativo (al fine di indicare soluzioni efficienti al legislatore o nel momento dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme). Alla *Law and Economics* devono certamente essere riconosciuti importanti elementi di pregio su entrambi i versanti, testimoniati da una letteratura oramai vastissima e dalla rilevanza che l'analisi economica ha acquistato nell'indirizzare le scelte del legislatore e la pratica giurisprudenziale. Tuttavia, i presupposti teorici dell'individualismo metodologico e della nozione di efficienza economica sono stati oggetto di acute critiche. In questa sede vogliamo riprendere solo alcuni degli elementi problematici che caratterizzano l'approccio.

2.1. *Pluralismo metodologico in economia*

Il primo elemento problematico emerge dalla definizione stessa di disciplina economica ricondotta al metodo utilizzato, piuttosto che all'oggetto di analisi. Questa modalità di circoscrivere i confini dell'economia presenta dei limiti epistemologici evidenti, allorché riduce/esclude la competizione fra metodi di analisi alternativi. Nelle parole di Ugo Pagano:

4. Cfr. G. Rebuffa, 1982, 22. Sul punto si veda anche S. Shavell, 2004, 663.

il fatto stesso che la scienza economica sia stata definita in termini di metodologia e non nei termini della sua materia d'indagine ha avuto come conseguenza non desiderabile il fatto che gli economisti hanno spesso perduto il proprio campo di studi. Ha inoltre avuto una conseguenza negativa: definire una disciplina in termini di metodologia e non in termini di materia d'indagine pone severi limiti alla competizione fra metodologie differenti. La competizione fra metodologie richiede che esse si misurino rispetto alla capacità di spiegare il funzionamento della realtà che costituisce il comune oggetto di studio⁵.

In realtà, uno sguardo panoramico della disciplina mostra una varietà di approcci metodologici sorprendente, della quale non è possibile dare conto qui. Eppure, proprio nel definirsi quale metodo l'economia risolve al suo interno questa ricchezza e, al di là delle sfumature esistenti, finisce per coincidere con l'adozione dell'individualismo metodologico come strumento di analisi e del criterio di efficienza (paretiana) quale principale paradigma di giustizia.

2.2. *L'individualismo*

L'individualismo metodologico, inteso come comportamento del singolo diretto alla massimizzazione della propria utilità, è un concetto estremamente duttile. Solo in prima approssimazione l'utilità di un individuo dipende dal consumo di beni (economici) acquistati nel mercato. In realtà, la funzione di utilità individuale può e deve essere estesa per includere altri elementi, economici e non, quali: norme sociali, distribuzione del reddito, altruismo, invidia, considerazioni morali. Si può poi rinunciare – a costo di complicazioni analitiche – alla rappresentazione della funzione di utilità individuale quale costante nel tempo e consentirne l'evolversi, anche a seguito di cambiamenti istituzionali. Il paradigma della razionalità illimitata può infine essere abbandonato per meccanismi di decisione fondati sulle conoscenze della psicologia cognitiva. Tutto ciò rimanda a numerose e interessanti ricerche di natura interdisciplinare che attingono ampiamente alle neuroscienze, all'antropologia, alla sociologia ecc. Con la cautela che

the process of enriching the conventional assumptions about cognition and preferences can easily descend into ad hoc explanations unless disciplined by reference to facts about what real people do. It is not enough to know that self-interest is not the only motive; we need to know which other motives are important under what conditions⁶.

5. U. Pagano, 2003.

6. S. Bowles, 2004.

Il punto qui essenziale è che queste ed altre estensioni modificano sensibilmente le conclusioni a cui giunge l'analisi economica, con conseguenze di rilievo⁷.

In particolare, la molteplicità di conclusioni ottenibili rende l'analisi economica del diritto una guida assai più incerta sulla quale basare previsioni e prescrizioni normative. L'ambiguità delle implicazioni normative viene celata dal fatto che l'analisi economica del diritto si basa prevalentemente su una versione estremamente semplificata dell'individualismo metodologico. Nelle applicazioni di *Law and Economics* gli argomenti della funzione di utilità individuale sono tipicamente il consumo di beni economici e l'offerta di lavoro. Come conseguenza, l'efficienza economica intesa come massimizzazione delle utilità individuali viene a coincidere con la massimizzazione del valore della ricchezza di una società, spesso colto dal prodotto interno lordo⁸. Con queste qualificazioni può essere ripresa l'osservazione che

la razionalizzazione secondo criteri di efficienza sulla base del calcolo costi-benefici, che propone come tecniche distributive «contratto» e «responsabilità» non riguarda *tutti* i beni, ma solo alcuni. E in particolare quelli *già* qualificati e definiti «beni economici». Si tratta perciò di una costruzione settoriale che trascura sia l'analisi dei processi di qualificazione degli oggetti (e delle situazioni) come «beni»; sia alcuni problemi affrontati in sede di *jurisprudence* come «moral issues»: per esempio i problemi di distribuzione del bene «potere politico»⁹.

Un ulteriore aspetto di rilievo nel rapporto fra individualismo metodologico e quadro normativo è il problema dell'aggregazione delle preferenze individuali. Il problema, cioè, di derivare un ordinamento sociale a partire da preferenze individuali. Arrow ha dimostrato che non esiste una regola generale che consenta di aggregare le preferenze individuali in scelte politiche soddisfacendo al tempo stesso alcune proprietà di coerenza logica dell'ordinamento di preferenze individuali e sociali ed alcuni requisiti irrinunciabili propri di un processo decisionale democratico¹⁰. I successivi tentativi di superamento del teorema di impossibilità di Arrow hanno dovuto abbandonare alcune delle ipotesi sottostanti. In questo quadro si colloca il welfarismo che caratterizza l'analisi economica del diritto.

2.3. Efficienza economica e funzione di benessere sociale

L'analisi economica del diritto valuta le norme principalmente in base alla loro efficienza, misurata attraverso la funzione di benessere sociale. La funzione di benessere sociale dipende esclusivamente dalle utilità individuali. La sua costru-

7. Per un esempio in tal senso si veda G. Dosi, 2011.

8. Cfr. ad esempio S. Shavell, 2004, 668.

9. G. Rebuffa, 1982, 25.

10. K. J. Arrow, 1951.

zione logica ha richiesto l'abbandono di uno dei principi cardine della nuova economia del benessere: l'impossibilità di comparare le utilità individuali (la c.d. ipotesi che le preferenze non siano cardinali e comparabili). In sintesi, l'individualismo metodologico assume l'esistenza di un sistema di preferenze individuali, rappresentabili in linea di principio da una funzione di utilità. La funzione di benessere sociale, aggregando attraverso una formula matematica le utilità individuali, richiede alla funzione di utilità un contenuto informativo molto maggiore. Si assume infatti che il valore associato alla funzione di utilità individuale sia comparabile fra individui, affinché, ad esempio, le utilità dei membri di una società possano essere fra loro sommate. Riprendendo la discussione del welfarismo fatta da Boadway con riferimento agli studi di economia pubblica, «basing policy prescription on the presumption that utility is fully measurable and comparable is demanding in the extreme»¹¹. Non potendo allo stato delle nostre conoscenze misurare la reale utilità degli individui, questa viene fatta dipendere da pochi beni economici inducendo quell'impoverimento dell'individualismo metodologico di cui si è già detto.

L'indeterminatezza della funzione di benessere sociale quale criterio interpretativo e normativo (e paradigma di giustizia) appare a questo punto evidente. Indeterminati sono gli argomenti delle funzioni di utilità individuale, argomenti a loro volta della funzione di benessere sociale. Deve essere sottolineato con forza che anche la specifica forma analitica ipotizzata per la funzione di benessere sociale, in cui entrano comunque considerazioni equitative, è arbitraria. La funzione di benessere sociale tipicamente utilizzata nell'analisi economica del diritto è quella cosiddetta utilitarista, o benthamiana, in cui il benessere aggregato è dato dalla somma delle utilità individuali. In generale, la soluzione che massimizza tale funzione non coincide con quella che massimizzerebbe, ad esempio, una funzione di benessere sociale rawlsiana. Non è plausibile immaginare un consenso unanime sulla forma della funzione di benessere sociale, la cui scelta riporta quindi al processo politico di aggregazione delle diverse istanze dei corpi sociali.

Ne segue che le indicazioni di *policy* dipenderanno dalla funzione di benessere sociale adottata e dalle variabili ritenute rilevanti. In termini più espliciti, l'apparente oggettivazione del criterio di efficienza in qualche modo operata dall'analisi economica del diritto occulta una serie di scelte fra cosa sia rilevante o meno per l'individuo e per la società che andrebbero sempre esplicitate e discusse. In linea generale,

là dove, come accade nella sfera umanistico-sociale, e quindi anche in economia politica, le discipline non accumulano verità per larga parte inconfutabili, ma sviluppano o articolano visioni del funzionamento della società, il pluralismo è

11. R. Boadway, 2010.

condizione essenziale per un'analisi non dogmatica e non ideologicamente deformata della realtà¹².

2.4. *La replica*

Di questi rilievi sono consapevoli gli esponenti della *Law and Economics*. Come già detto, in questa sede non è possibile dar conto della varietà di posizioni all'interno della disciplina e dei numerosi apprezzabili tentativi di accogliere le critiche in specifiche analisi. Ci limitiamo quindi a riprendere le principali argomentazioni all'interno di quella che è identificabile come la corrente predominante. Per quanto concerne l'individualismo metodologico, non si ritiene che necessiti di particolare difesa. L'ipotesi che l'individuo persegua il proprio interesse personale è «largely self-evident», salvo riconoscere che «in reality, an individual may not be following a completely fixed goal» e qualificare in questo senso l'analisi¹³. Sul punto rimandiamo ancora una volta a Hirschman, lasciando almeno aperta la possibilità che la rappresentazione dell'uomo quale portatore di interessi individuali debba essere messa in relazione al più generale evolversi della storia delle idee.

Maggiore attenzione è dedicata alla giustificazione della funzione di benessere sociale utilitarista, che viene difesa sulla base di due argomentazioni principali. La prima è che valutare la desiderabilità sociale in base alla somma delle utilità individuali consente di meglio isolare le conseguenze efficientistiche del sistema normativo. Queste sarebbero invece oscurate da una diversa funzione di benessere sociale, il cui valore dovesse dipendere anche da considerazioni equitative. La seconda argomentazione è che comunque la valutazione delle conseguenze distributive delle norme giuridiche è impossibile nella sostanza, a causa delle interazioni fra i molteplici istituti giuridici nel determinare gli esiti distributivi, e inutile, poiché le questioni equitative possono meglio essere affrontate in un secondo momento, attraverso un opportuno mix di tassazione e spesa pubblica. In altre parole, si opera una netta demarcazione fra efficienza economica – sulla base della quale le norme (e la loro interpretazione) dovrebbero essere ispirate – ed equità – che rimanda al momento etico o politico. La legittimità di istanze equitative all'interno di una società non viene assolutamente negata; piuttosto, queste dovrebbero essere affidate alle più appropriate politiche di tassazione e spesa pubblica.

I due punti sono sintetizzati da Shavell. Il primo:

The motivation for use of a restricted-in-breadth aggregate measure of social welfare is that it allows us to achieve a better understanding of certain desirable

12. R. Artoni, 2007, 189.

13. S. Shavell, 2004, 661.

features of legal rules, having to do with provision of incentives to promote benefits and to reduce expenses and harms¹⁴.

Il secondo:

The income distribution is determined by the totality effects of different legal rules, many of which work counter to one another. [...] In strict logic, the distribution of income is the resultant of the whole legal system – not only of the legal rules that we might think of as variable because they are in flux or are under consideration for modification, but also of the whole background of legal rules of property, contract law, criminal law, and so forth that we view as stable and that order our society. [...] Because society possesses the income tax system for attaining income distributional goals, legal rules do not need to be chosen with these goals in mind¹⁵.

2.5. Ulteriori riflessioni

Fermi restando i rilievi fatti nei precedenti paragrafi in merito al metodo utilizzato nell'analisi economica del diritto, le due argomentazioni appena esposte meritano di essere brevemente commentate. Alla base della prima argomentazione vi è la convinzione che efficienza economica e assetti distributivi siano determinati su due piani fra loro indipendenti. Al contrario, si può ragionevolmente ritenere che il binomio efficienza-equità si basi su una serie di semplificazioni della realtà. Poiché il nesso efficienza-equità è un tema estremamente complesso da affrontare in linea generale, verrà chiarito a breve con un esempio. Occorre poi notare che il differimento temporale delle esigenze equitative è potenzialmente pericoloso anche ai fini dell'efficienza delle soluzioni proposte, poiché «relying on hypothetical lump-sum income tax adjustments to disaggregate the efficiency effects of a policy reform can lead to social-welfare-reducing policy reforms if such income tax adjustments are not carried out»¹⁶.

La seconda argomentazione appare logicamente debole: mentre si riconosce l'interazione fra i differenti istituti giuridici, con un passaggio logico molto dubbio si assume che la redistribuzione di risorse operata attraverso il sistema di tassazione e spesa pubblica sia da essi avulso. Al contrario, è ragionevole ipotizzare che anche l'effettiva progressività del sistema impositivo dipenda dal complesso *background of legal rules*, o che il sistema di protezione sociale interferisca con alcuni elementi giuridici – ad esempio – del mercato del lavoro. Specularmente, la decomposizione nei due stadi efficienza-redistribuzione

14. Ivi, 664.

15. Ivi, 654-5.

16. R. Boadway, 2010, 968.

può essere applicata anche ai singoli strumenti di tassazione e spesa pubblica¹⁷. Inoltre – ma questa è una implicazione diretta della limitazione del numero di argomenti nella funzione di utilità individuale – le considerazioni equitative vengono spesso ridotte a un problema di corretta distribuzione del reddito monetario.

Le precedenti considerazioni di carattere generale possono essere illustrate con un esempio. Vi è un'ampia letteratura economica che argomenta come la flessibilità nell'utilizzo del fattore lavoro (intesa in senso lato: riduzione dei costi di licenziamento, mobilità geografica e settoriale, flessibilità salariale ecc.) accresca l'efficienza del sistema economico, in quanto facilita l'adeguamento dell'impiego di manodopera al mutare delle condizioni di domanda di lavoro. Le conseguenze distributive, si aggiunge, possono essere affrontate modulando opportunamente la progressività del sistema di tassazione e spesa pubblica e garantendo un adeguato sistema di assicurazione contro il rischio di disoccupazione. Le implicazioni normative sono ovvie e puntano verso il celebrato modello della *flex-security*.

Questo risultato presuppone che l'efficienza della soluzione proposta non dipenda dalla ripartizione dei rischi individuali, in termini di licenziamento e di variabilità salariale, e da questioni equitative. Ricorre, cioè, al binomio efficienza-equità come momenti fra loro distinti. Tuttavia, a soluzioni differenti si giunge ipotizzando, ad esempio, che lo scioglimento del rapporto di lavoro comporti delle perdite di competenze specifiche allo stesso, o che periodi di disoccupazione abbiano effetti negativi sul capitale umano dei disoccupati, o che la variabilità salariale incida sulle motivazioni del lavoratore e, in ultimo, sulla sua produttività. Sono solo esempi, fra i tanti che si potrebbero addurre, che suggeriscono come l'efficienza economica del modello possa essere messa in crisi dall'introduzione di aspetti salienti della realtà, ciascuno dei quali ha peraltro ricevuto sostanziale verifica empirica in letteratura. Un importante programma di ricerca, noto con l'acronimo di Voc (Varieties of Capitalism) ha prodotto numerosi contributi in questa direzione, dimostrando come l'efficienza economica delle istituzioni del mercato del lavoro dipenda dalla loro interazione con le altre istituzioni specifiche di un dato paese, senza che un modello sia preferibile in assoluto¹⁸. Sul piano macroeconomico, poi, il binomio efficienza-equità sembra ancora meno appropriato, esito di una peculiare cultura economica – di cui si dirà in seguito – e forse anche di una scarsa memoria storica. A prescindere da riferimenti teorici importanti, osserviamo che prestigiose istituzioni internazionali riconoscono da anni che «achieving a job-rich recovery and broad based income gains is vital not only for equity and social cohesion but also to lay the foundations for sustained growth made

17. L. Kaplow, 2008.

18. Si veda, ad esempio, P. A. Hall, D. Soskice, 2001.

possible by an expansion of potential output matched by adequate effective demand» e che «the promotion of job-rich growth strategies requires strengthening labour market institutions»¹⁹.

Continuando con l'esempio, sul piano logico non può essere ignorato il fatto che l'attività di tassazione e spesa pubblica interagisce con le istituzioni del mercato del lavoro, modificandone gli esiti. Una vasta letteratura ha enfatizzato i disincentivi della tassazione e dei sussidi di disoccupazione sull'offerta di lavoro, ma si possono anche ricordare gli effetti produttivistici nel mercato del lavoro stesso da sempre attribuiti agli istituti del *welfare state* opportunamente disegnati, o l'interazione fra le norme che regolano il sistema finanziario e la possibilità di operare un'efficace tassazione progressiva del reddito complessivo.

Infine, sul piano equitativo la soluzione pare ignorare che lavoro e (equivalente del) reddito da lavoro entrano probabilmente in maniera distinta nel determinare l'utilità individuale e che la mera assicurazione di un reddito adeguato in caso di disoccupazione non compensi per la perdita, ad esempio, di status sociale che deriva dalla stessa.

A distanza di quasi settanta anni le parole di Polanyi a riguardo suonano ancora attuali: «Il lavoro è soltanto un altro nome per un'attività umana che si accompagna alla vita stessa la quale a sua volta non è prodotta per essere venduta ma per ragioni del tutto diverse, né questo tipo di attività può essere distaccato dal resto della vita, essere accumulato o mobilitato»²⁰. Simile il giudizio dell'autore sulla riduzione a merci di altri fattori: «Quella che noi chiamiamo terra è un elemento della natura inestricabilmente intrecciato con le istituzioni dell'uomo. Isolarlo e farne un mercato è stata forse la meno naturale di tutte le imprese dei nostri antenati»²¹. Quanto poi al ruolo delle istituzioni dello stato sociale, scrive l'autore che

sostenere che la legislazione sociale, le leggi sulle fabbriche, l'assicurazione per la disoccupazione, e soprattutto le organizzazioni sindacali non hanno interferito nella mobilità del lavoro e nella flessibilità dei salari come qualche volta si è fatto, significa suggerire che quelle istituzioni hanno completamente mancato il loro scopo che era esattamente quello d'interferire sulle leggi dell'offerta e della domanda relativamente al lavoro umano e di togliere quest'ultimo dall'orbita del mercato²².

3. IL REALISMO

La precedente discussione ha evidenziato come l'analisi economica del diritto abbia gravemente ridotto la molteplicità di approcci metodologici utilizzati in economia e, anche nel perimetro dell'individualismo metodologico e dell'effi-

19. Fondo monetario internazionale e Organizzazione internazionale del lavoro, 2010, 6, 8.

20. K. Polanyi (1944), trad. it. 1974, 93.

21. Ivi, 229.

22. Ivi, 227.

cienza come criterio di giustizia, ne rappresenti spesso una versione assai stilizzata. Questo processo di semplificazione è evidente anche nella modellistica e nella misurazione del dato normativo e istituzionale in genere.

Questa constatazione non costituisce necessariamente una critica. Al contrario, il progresso della conoscenza in linea generale richiede un processo di astrazione e semplificazione. Ma questo processo deve rispettare alcune condizioni essenziali. In primo luogo, dovrebbe essere sempre specificata la ragione per cui alcune variabili e/o relazioni sono da ritenersi essenziali mentre altre sono accessorie. Probabilmente in questo campo un più intenso dialogo interdisciplinare sarebbe vantaggioso. In secondo luogo, la validità delle implicazioni normative dovrebbe sempre essere subordinata al fatto che si tratta di astrazioni, lasciando ai fatti la possibilità di falsificarle.

Di seguito esemplifichiamo le conseguenze pratiche del mancato rispetto di queste condizioni, con riferimento alla modellistica economica e ai problemi di misurazione. Gli esempi attingono alla macroeconomia e all'economia pubblica, campi di indagine relativamente meno praticati dalla *Law and Economics*, ma particolarmente rilevanti nel presente momento congiunturale.

3.1. Il realismo nei modelli

La recente modellistica macroeconomica ha preteso di dimostrare l'inefficacia delle politiche fiscali per regolare il ciclo economico (e, in generale, la nocività dell'attività di tassazione e spesa pubblica per la crescita di lungo periodo). La neutralità della politica fiscale (risultato noto come equivalenza ricardiana) è uno dei capisaldi della macroeconomia moderna, che ha avuto concreta applicazione nelle norme di bilancio europee e, recentemente, nella previsione a livello di Costituzione italiana dell'obbligo di bilancio pubblico in pareggio.

L'equivalenza ricardiana è uno dei cinque risultati di neutralità che, presi nel loro complesso, hanno consentito alla macroeconomia contemporanea di rovesciare molte delle conclusioni cui era giunta la macroeconomia di matrice keynesiana, come discusso da Akerlof²³. L'autore esamina la validità dei cinque risultati di neutralità proprio alla luce della generalità delle preferenze utilizzate nei modelli macroeconomici, che dipendono solo da grandezze reali. L'estensione del modello di base a preferenze che includono anche le norme sociali porta (ma non è questa l'unica via) alla violazione di ciascuna delle cinque neutralità e, sotto il profilo di *policy*, alla risurrezione dell'economia keynesiana.

Le norme sociali sono elementi essenziali di un modello positivo e/o normativo o complicazioni accessorie? Certamente la sfida intellettuale lanciata da Akerlof – nello stile dell'autore – è assai ambiziosa. Tuttavia, i cultori di altre discipline potrebbero argomentare – ironicamente e non a torto – che i modelli macroeconomici difettano di numerosi altri elementi di realismo.

23. G. A. Akerlof, 2007.

Tempo fa, intervenendo in un qualificato dibattito sullo stato della teoria macroeconomica, Blanchard ne dichiarava la buona condizione di salute, rammaricandosi però del fatto che i modelli macroeconomici generalmente non prevedessero la disoccupazione!²⁴

Il punto essenziale è che la scelta di che cosa sia rilevante e che cosa non sia rilevante in un modello economico è in larga parte arbitraria. Il riconoscimento di questo stato di fatto dovrebbe indurre il ricercatore a un costante confronto delle teorie con i fatti. Le opinioni su come tale precetto sia seguito nella disciplina economica sono varie e polarizzate. Scriveva Larry Summers sul «Financial Times» del 16 settembre 2012:

It is the mark of science and perhaps rational thought to operate with falsifiable understanding of how the world works. So it is fair to ask economists a fundamental question: what could happen that would cause you to revise your views of how the economy operates and acknowledge that the model you had been using was flawed?

Considerazioni analoghe possono essere svolte con riferimento a temi più abituali negli studi di *Law and Economics*. Di fatto, il nocciolo duro del paradigma neoclassico tipico dell'analisi economica del diritto mostra una formidabile resistenza alle anomalie empiriche, numerose e per certi versi evidenti. L'aspetto però forse più pericoloso è che lo stesso paradigma teorico ha fortemente influenzato la rappresentazione della realtà, dandone una lettura in buona misura ideologica e certamente parziale.

3.2. I problemi di misurazione

L'influenza che l'analisi economica ha avuto nel descrivere, misurare, comparare gli istituti giuridici e gli assetti istituzionali difficilmente può essere sopravvalutata. Una prima banale osservazione in merito è che il modello economico sottostante è fondamentale nel determinare quali istituti misurare e come interpretare le misure. Ad esempio, la costruzione dell'archivio Ease of Doing Business, a opera della Banca mondiale, poggia su un preciso modello teorico di crescita economica. Tale modello, che in estrema sintesi assume perfetta efficienza dei mercati e individua nell'innovazione il motore della crescita²⁵, indica le variabili rilevanti per ottenere una crescita sostenuta e in base a queste ordina i paesi e suggerisce loro riforme del sistema normativo. Incidentalmente, un siffatto schema logico porta inevitabilmente a suggerire

24. O. Blanchard, 2009.

25. Per una descrizione non tecnica del modello si veda W. J. Baumol, R. E. Litan, C. J. Schramm, 2007.

strategie *one-size-fits-all*, indipendentemente dal livello di sviluppo di un paese, dal contesto politico e sociale, dalle risorse materiali e non.

Le difficoltà di misurare istituzioni e norme è un argomento troppo complesso per essere trattato in termini generali in questa sede. Di seguito portiamo due esempi che mostrano i problemi insiti nella descrizione dei sistemi istituzionali.

Il primo esempio concerne la spesa sociale. Il presupposto, spesso ignorato, è che le istituzioni di un moderno sistema di welfare forniscono una risposta a problemi concreti, ai grandi rischi dell'esistenza: vecchiaia, malattia, disabilità, famiglia/figli, disoccupazione, esclusione sociale. Tutte le società moderne, in un modo o nell'altro, hanno dovuto affrontare questi problemi. Le soluzioni adottate sono assai differenti rispetto, ad esempio, al coinvolgimento del settore pubblico e alla rilevanza della componente formale/informale. Ne segue che il confronto fra i modelli di stato sociale dovrebbe avvenire sulla base della spesa totale (pubblica e privata) e della capacità di protezione della popolazione dai grandi rischi sociali. Tuttavia, la generalità dei modelli macroeconomici odierni non affronta questo problema ed enfatizza piuttosto le distorsioni introdotte da un elevato intervento pubblico. Questo presupposto teorico ha portato a concentrare l'attenzione esclusivamente sulla spesa sociale pubblica, contribuendo alla vulgata di relativa efficienza dei sistemi di welfare di tipo anglosassone, rispetto al più esoso modello europeo. È questa una rappresentazione adeguata della realtà? Probabilmente no. L'Ocse calcola per 27 paesi la spesa per protezione sociale, nella sua componente pubblica (inclusendo le esenzioni fiscali) e privata²⁶. I risultati sono per certi versi sorprendenti: l'Italia si pone a un livello di spesa (26,4% del prodotto interno lordo) lievemente inferiore a quello di Uk (26,9%) e Usa (27,5%) e sensibilmente inferiore rispetto ad altri paesi europei (Francia 32,7%, Germania 28,4%). Non è un caso che sul «New York Times» del 24 febbraio 2012 un fondo titolava *La complessità del nostro [Usa] sistema fiscale ci consente di credere che non siamo un welfare state*. Naturalmente, rispetto a Uk e Usa, in Italia è superiore la componente pubblica rispetto a quella privata. Dal lato della capacità di protezione della popolazione dai grandi rischi sociali, ci pare che le recenti esperienze rendano ora manifesta la crisi gravissima di tutte le provvidenze di origine aziendale negli Usa.

Il secondo esempio di lettura perlomeno problematica del dato istituzionale riguarda la rigidità in uscita del mercato del lavoro italiano. Si prenda, ad esempio, l'indice Ocse, il più accreditato e citato indice di rigidità dei regimi di protezione dell'impiego, calcolato per ben quaranta paesi²⁷. L'ultima versione del 2008 pone l'Italia al ventiseiesimo posto in ordine decrescente di flessibilità. Questo dato viene utilizzato a supporto di una rappresentazione largamen-

26. W. Adema, P. Fron, M. Ladaique, 2011.

27. M. Del Conte, C. Devillanova, S. Morelli, 2004.

te condivisa del mercato del lavoro italiano che vede il lavoro a tempo indeterminato caratterizzato da un'estrema rigidità dei regimi di protezione dell'impiego. Le implicazioni normative sono anche in questo caso evidenti e note. Di fatto, l'indice Ocse non consente di trarre questa conclusione. Considerando separatamente le diverse tipologie contrattuali, l'indice evidenzia una relativa facilità di licenziamento dei lavoratori a tempo indeterminato nelle imprese con più di quindici dipendenti. Infatti, l'indice Ocse relativo ai lavoratori a tempo indeterminato posiziona l'Italia al decimo posto, a livello di Danimarca e Irlanda. Incidentalmente, secondo l'indice Ocse l'aspetto del mercato del lavoro italiano che introduce maggiori elementi di rigidità è invece la regolamentazione dei licenziamenti collettivi, che includono cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria, le procedure di mobilità e i licenziamenti collettivi. In realtà, il sistema dei licenziamenti collettivi e ancor di più la cassa integrazione guadagni offrono un formidabile strumento di flessibilità per le imprese, ampiamente utilizzato dalle stesse. Ad analoghe conclusioni porta l'analisi statistica dei flussi nel mercato del lavoro, che in Italia mostra tassi di riallocazione dei lavoratori estremamente elevati, in assoluto e relativamente agli altri paesi. «Però, che visione!», verrebbe da pronunciare.

Rileviamo inoltre come l'approssimazione nella descrizione del dettaglio istituzionale sia particolarmente frequente nei paesi (culturalmente) periferici rispetto, ad esempio, agli Stati Uniti, anche in conseguenza dei criteri di valutazione della ricerca frequentemente adottati in economia²⁸.

4. CONCLUSIONI

Stante l'evidente e mai discussa necessità di una profonda interazione fra economia e diritto (di cui l'esempio più antico è probabilmente l'analisi economica e giuridica del sistema tributario), ci possiamo chiedere in conclusione che cosa non dovrebbe o dovrebbe essere, usando la terminologia moderna, la *Law and Economics*.

Non dovrebbe essere un travestimento di posizioni ideologiche, profondamente unilaterali, miranti di fatto a sovvertire molti istituti che la stessa evoluzione dei sistemi capitalistici ha dimostrato essere necessari, anche se evidentemente passibili di riforme e di adattamenti in relazione all'evoluzione delle strutture economiche e sociali.

Può essere, o forse deve essere, interpretata come analisi delle particolari esigenze di cui il diritto deve preoccuparsi quando intenda regolare gli specifici aspetti che riguardano la vita economica di una società. Ne emerge la necessità di un adeguato inquadramento storico e istituzionale, oltre all'evidenza di un ricorso a una teoria economica ragionevolmente realistica.

28. Cfr. R. Artoni, 2004.

Può essere intesa, e qui va forse la nostra preferenza, come individuazione delle modalità con cui possono comporsi i profili giuridici con quelli economici nella regolamentazione della società: è la materia economica che condiziona la formazione e l'applicazione del corpo normativo, o, al contrario, è questo che condiziona la materia economica? Ovvero, in realtà, non si dà materia economica «pregiuridica», «naturale», e non si dà diritto che possa prescindere dalla natura dei rapporti che si intendono regolare²⁹. Forse il libro di Hirschman citato può esserci di aiuto in questo ambito.

Si tratta di accezioni diverse, che in concreto si sovrappongono, ma che comunque sono lontane dalle elaborazioni, oltre che da alcune applicazioni, che hanno caratterizzato gran parte della letteratura sull'analisi economica del diritto degli ultimi anni, rimasta di fatto succube di un modello economico dominante a livello accademico, ma forse non sufficientemente robusto, come hanno dimostrato le vicende degli ultimi anni.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ADELMAN Jeremy, 2013, *Worldly Philosopher: The Odyssey of Albert O. Hirschman*. Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- ADEMA Willem, FRON Paulin, LADAIQUE Maxime, 2011, «Is the European Welfare State Really More Expensive?». *Indicators on Social Spending, 1980-2012*. Oecd Social, Employment and Migration Working Papers 124, Oecd Publishing.
- AKERLOF George. A., 2007, «The Missing Motivation in Macroeconomics». *American Economic Review*, 97 (1): 5-36.
- ARROW Kenneth J., 1951, *Social Choice and Individual Values*. Yale University Press, New Haven, Connecticut.
- ARTONI Roberto, 2004, «La valutazione della ricerca». *Economia Politica*, 21 (3): 373-81.
- ID., 2007, «Valutazione della ricerca e pluralismo in economia politica». *Rivista Italiana degli Economisti*, 12 (2): 191-203.
- BAUMOL William J., LITAN Robert E., SCHRAMM Carl J., 2007. *Good Capitalism, Bad Capitalism and the Economics of Growth and Prosperity*. Yale University Press, New Haven, Connecticut.
- BLANCHARD Oliver, 2009, «The State of Macro». *Annual Review of Economics*, 1: 209-28.
- BOADWAY Robin, 2010, «Efficiency and Redistribution: An Evaluative Review of Louis Kaplow's "The Theory of Taxation and Public Economics"». *Journal of Economic Literature*, 48 (4): 964-79.
- BOWLES Samuel, 2004, *Microeconomics: Behaviour, Institutions, and Evolution*. Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- CALABRESI Guido, 1961, «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts». *Yale Law Journal*, 70: 499-553.

29. Questi punti riprendono osservazioni formulate da Piero Schlesinger in una corrispondenza privata.

- COASE Ronald, 1960, «The Problem of Social Cost». *Journal of Law and Economics*, 3: 1-44.
- COOTER Robert, MATTEI Ugo, MONATERI Pier Giuseppe, PARDOLESI Roberto, ULEN Thomas, 1999, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*. il Mulino, Bologna.
- DEL CONTE Maurizio, DEVILLANOVA Carlo, MORELLI Silvia, 2004, «L'indice Oecd di rigidità nel mercato del lavoro: una nota». *Politica Economica*, 3: 335-55.
- DENOZZA, Francesco, 2002, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*. Giuffrè, Milano.
- DOSI Giovanni, 2011, «Economic Coordination and Dynamics: Some Elements of an Alternative "Evolutionary" Paradigm». Inet, 18 novembre: <http://ineteconomics.org/sites/inet.civicaactions.net/files/dosi-response-v10.pdf>.
- FONDO MONETARIO INTERNAZIONALE E ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO, 2010, «The Challenges of Growth, Employment and Social Cohesion»: <http://www.osloconference2010.org/discussionpaper.pdf>.
- FRANZONI Luigi A., MARCHESI Daniela, 2006, *Analisi e politica economica del diritto*. il Mulino, Bologna.
- HALL Peter A., SOSKICE David (edited by), 2001, *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*. Oxford University Press, Oxford.
- HIRSCHMAN Albert O., 2011, *Le passioni e gli interessi*. Feltrinelli, Milano.
- KAPLOW Louis, 2008, *The Theory of Taxation and Public Economics*. Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- KORNHAUSER L., 2011, «The Economic Analysis of Law». In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/legal-econanalysis/>.
- PAGANO Ugo, 2003, «L'economia delle istituzioni e le istituzioni della scienza economica». *Economia Politica*, 20 (1): 3-19.
- POLANYI Karl, *The Great Transformation*. Farrar & Rinehart, New York-Toronto (trad. it. *La grande trasformazione*. Torino, Einaudi 1974).
- POSNER Richard A., 1973, *Economic Analysis of Law*. Little Brown, Boston, Massachusetts.
- REBUFFA Giorgio, 1982, «Introduzione». In Ronald Dworkin, *I diritti presi sul serio*. il Mulino, Bologna.
- SHAVELL Steven, 2004, *Foundation of Economic Analysis of Law*. Belknap-Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.