

SCUOLE POSITIVE, NORMATIVE E FUNZIONALI IN DIRITTO ED ECONOMIA

RIASSUNTO: Durante la sua storia relativamente breve, il movimento giuridico ed economico ha sviluppato tre distinte scuole di pensiero. Le prime due scuole di pensiero, spesso chiamate Chicago o scuola positiva e Yale o scuola normativa, si svilupparono quasi contemporaneamente. La scuola funzionale di diritto ed economia, che si è sviluppata successivamente, attinge dalla teoria della scelta pubblica e dalla prospettiva costituzionale della scuola economica della Virginia per offrire una terza prospettiva che non è né pienamente positiva né pienamente normativa. Varie importanti questioni metodologiche hanno accompagnato il dibattito tra queste scuole in merito al ruolo appropriato dell'analisi economica nella progettazione istituzionale del processo legislativo e ai limiti dei metodi di valutazione delle preferenze sociali e del benessere aggregato nell'analisi delle politiche. Questi dibattiti hanno contribuito al crescente interesse intellettuale nell'analisi economica della legge.

1. Le origini e il dominio evoluto di diritto ed economia

Varie importanti questioni metodologiche hanno accompagnato la crescita e l'evoluzione della legge e dell'economia. Sia gli economisti che i giuristi hanno discusso del ruolo appropriato dell'analisi economica nella progettazione istituzionale del processo legislativo e dei limiti dei metodi di valutazione delle preferenze sociali e del benessere aggregato nell'analisi delle politiche. Per molti aspetti, questi dibattiti metodologici hanno contribuito alla diversificazione delle metodologie nell'analisi economica del diritto.

1.1 Le origini del diritto moderno e dell'economia

La legge e l'economia sono probabilmente l'esempio di maggior successo della recente ondata di economia applicata in aree che una volta erano considerate al di là del regno dell'analisi economica e del suo studio di transazioni di mercato esplicite. Metodologicamente, la legge e l'economia applicano l'apparato concettuale e i metodi empirici dell'economia allo studio del diritto.

Sono state condotte ricerche approfondite per identificare lo storico e gli antecedenti della legge e dell'economia moderne. L'opera enciclopedica curata da Jürgen Backhaus (2003) contiene diverse voci biografiche dedicate a precursori e primi esponenti europei del movimento giuridico ed economico. È interessante notare che, sebbene il riconoscimento della legge e dell'economia come campo di ricerca indipendente sia il risultato di studi condotti negli Stati Uniti dopo gli anni '70, è in Europa che si possono trovare la maggior parte dei precursori. Notevoli antecedenti alla legge e all'economia includono il lavoro di Adam Smith sugli effetti economici della legislazione (1776) e la teoria della legislazione e dell'utilitarismo di Jeremy Bentham (1782 e 1789).

Negli Stati Uniti, non è stato fino alla metà del XX secolo - attraverso il lavoro di Henry Simon, il direttore di Aaron, Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Gordon Tullock e altri - che i legami tra legge ed economia sono diventati un oggetto di ricerca accademica seria. La regolamentazione del diritto economico e commerciale rientrava nel naturale interesse dei primi studiosi di diritto ed economia americani. Le prime ricerche si sono concentrate su settori correlati al diritto societario, al diritto tributario e al diritto della concorrenza. In tal modo, la prima generazione di studiosi di giurisprudenza ed economia ha parallelizzato gli sforzi di altri economisti, cercando di spiegare il funzionamento di mercati economici espliciti e l'impatto di vincoli giuridici alternativi, come le tasse e la regolamentazione, sul mercato.

Negli anni '60 il lavoro pionieristico di Ronald Coase e Guido Calabresi portò alla luce il portamento pervasivo dell'economia in tutte le aree della legge.

La svolta metodologica provocata da Coase e Calabresi ha permesso di estendere immediatamente le aree di illecito, proprietà e contratto. Il potere analitico del loro lavoro non era limitato a questi campi, tuttavia, e i successivi contributi di legge ed economia dimostrano la portata esplicativa e analitica della sua metodologia in una serie di altre aree della legge.

È possibile rilevare una differenza di approccio tra la legge e i contributi economici dei primi anni '60 e quelli che seguirono negli anni '70. Mentre gli studi precedenti valutano gli effetti delle norme giuridiche sul normale funzionamento del sistema economico (ovvero, considerano l'impatto delle norme giuridiche sull'equilibrio del mercato), la successiva generazione di studi utilizza l'analisi economica per ottenere una migliore comprensione del sistema. In effetti, negli anni '70, una serie di importanti applicazioni dell'economia al diritto espongono gradualmente la struttura economica di praticamente ogni aspetto di un sistema legale: dalla sua origine ed evoluzione, alle sue regole sostanziali, procedurali e costituzionali.

Nonostante una certa resistenza all'applicazione dell'economia al comportamento non commerciale, gli importanti legami tra analisi giuridica ed economica, nonché il significato sociale dell'oggetto di studio, erano di per sé una garanzia di successo e fecondità per la legge e l'economia.

Un importante ingrediente per il successo della ricerca in diritto ed economia è venuto dalla creazione di riviste specializzate. Il primo diario di questo tipo, il *Journal of Law and Economics*, è apparso nel 1958 all'Università di Chicago. Il suo primo editore, Aaron Director, dovrebbe essere accreditato per questa importante iniziativa, continuata con successo da Ronald Coase. Altre riviste emersero negli anni seguenti: nel 1972, il *Journal of Legal Studies*, anch'esso ospitato presso l'Università di Chicago, fu fondato sotto la direzione di Richard Posner; nel 1979, *Research in Law and Economics*, sotto la direzione di Richard Zeckhafer, Jr.; nel 1981, l'*International Review of Law and Economics* è stata istituita nel Regno Unito sotto la direzione di Charles Rowley e Anthony Ogus (successivamente affiancati da Robert Cooter e Daniel Rubinfeld); nel 1982, la *Corte economica della Corte suprema*, sotto la direzione di Peter Aranson (successivamente affiancato da Harold Demsetz ed Ernest Gellhorn); nel 1985, *Journal of Law, Economics and Organization*, sotto la direzione di Jerry Mashaw e Oliver Williamson (successivamente affiancato da Roberta Romano); e più recentemente, nel 1994, l'*European Journal of Law and Economics* è stato lanciato sotto la direzione editoriale di Jürgen Backhaus e Frank Stephen. Queste riviste specializzate hanno fornito - e continuano a fornire - un forum estremamente prezioso per lo studio della struttura economica del diritto.

Per molti aspetti, l'impatto della legge e dell'economia ha superato le sue ambizioni pianificate. Un effetto dell'incorporazione dell'economia nello studio del diritto fu la trasformazione irreversibile della metodologia legale tradizionale.

Le regole legali iniziarono a essere studiate come un sistema funzionante - un chiaro cambiamento rispetto alla tradizione Langdelliana, che si basava quasi esclusivamente sul quadro autonomo di analisi e classificazione dei casi, vedendo la legge come poco più di un sistema di archiviazione. L'economia ha fornito il rigore analitico necessario per lo studio del vasto corpus di norme giuridiche presenti in un moderno sistema giuridico. Questa rivoluzione intellettuale arrivò al momento opportuno, quando il mondo accademico legale era attivamente alla ricerca di uno strumento che consentisse una valutazione critica della legge, anziché limitarsi a rafforzare le coerenze dogmatiche del sistema.

Il matrimonio tra diritto ed economia ha influenzato anche la professione economica, contribuendo all'espansione del dominio originale dell'analisi microeconomica - lo studio delle scelte individuali e organizzative nel mercato - allo studio e alla comprensione di altre istituzioni e fenomeni non di mercato.

1.2 Il dominio evoluto di diritto ed economia

Nonostante la potente portata analitica dell'economia, era chiaro fin dall'inizio che la competenza dell'economista nella valutazione delle questioni legali era limitata. Mentre la prospettiva dell'economista potrebbe rivelarsi cruciale per l'analisi positiva dell'efficienza delle norme giuridiche alternative e lo studio degli effetti delle regole alternative sulla distribuzione della ricchezza e del reddito, gli economisti in genere hanno riconosciuto i limiti del loro ruolo nel fornire prescrizioni normative per il cambiamento sociale o riforma legale.

Il riconoscimento della natura positiva dell'analisi economica della legge non è stato sufficiente a dissipare i molti fraintendimenti e controversie nel mondo accademico generati dalla rivoluzione metodologica del movimento economico e della legge. Come indicato da Coase (1978), la coesione delle tecniche economiche consente all'economia di spostarsi con successo in un altro campo, come la legge, e di dominarla intellettualmente. Ma le differenze metodologiche hanno giocato un ruolo importante nel disagio del matrimonio tra diritto ed economia. La metodologia popperiana della scienza positiva era per molti aspetti in contrasto con i paradigmi esistenti dell'analisi giuridica. Rowley (1981) caratterizza tali differenze, osservando che l'economia positiva segue l'approccio popperiano, in base al quale ipotesi (o modelli) verificabili sono derivate mediante deduzione logica e quindi testate empiricamente. L'analisi legale anglo-americana, d'altra parte, è generalmente induttiva: gli avvocati usano giudizi individuali per costruire una premessa generale della legge. Molto lavoro è stato svolto in diritto ed economia nonostante queste differenze metodologiche, con un reciproco arricchimento degli strumenti analitici di entrambe le discipline.

La legge e l'economia si basano sul presupposto economico standard secondo cui gli individui sono massimizzatori razionali e studiano il ruolo della legge come mezzo per modificare i prezzi relativi associati ad azioni individuali alternative. Con questo approccio, un cambiamento nello stato di diritto influenzerà il comportamento umano alterando la struttura dei prezzi relativa - e quindi il vincolo - del problema di ottimizzazione. La massimizzazione della ricchezza, che funge da paradigma per l'analisi della legge, può quindi essere promossa o limitata dalle norme legali.

I primi anni di diritto ed economia furono caratterizzati dal disagio di alcuni studiosi legali tradizionali nell'accettazione della nozione di massimizzazione della ricchezza come paradigma accessorio della giustizia. Sebbene la maggior parte delle differenze si sia gradualmente rivelata in gran parte verbale - e molte altre sono state dissipate dalla graduale accettazione di una distinzione tra paradigmi di massimizzazione dell'utilità e massimizzazione della ricchezza - due obiezioni continuano a influenzare le linee del dibattito. Il primo riguarda la necessità di specificare un insieme iniziale di diritti o diritti individuali, come prerequisito necessario per rendere operativa la massimizzazione della ricchezza. Il secondo nasce dalla difficoltà teorica di definire il ruolo adeguato dell'efficienza come ingrediente della giustizia, rispetto ad altri obiettivi sociali.

Nella sua ben nota difesa della massimizzazione della ricchezza come guida per l'azione giudiziaria, Posner (1985a) distingue la ricchezza o l'utilità attesa dai prezzi di mercato. Mentre i prezzi di mercato possono non sempre riflettere pienamente le valutazioni idiosincratiche, evitano di intraprendere confronti interpersonali di utilità, con l'opportunità di razionalizzare ex post le posizioni assunte su basi emotive. L'opinione di Posner è in sintonia con le premesse di un approccio basato sui diritti di proprietà ai rapporti legali e sottolinea l'importanza di una distribuzione iniziale dei diritti di proprietà prima di qualsiasi calcolo della massimizzazione della ricchezza. Il suo paradigma di massimizzazione della ricchezza funge da denominatore comune per prospettive sia utilitaristiche che individualiste. Combinando elementi di entrambi, Posner fornisce una teoria della massimizzazione della ricchezza che si avvicina a una filosofia politica di consenso rispetto a qualsiasi altro principio politico generale.

Al contrario, Calabresi (1980) afferma che un aumento della ricchezza non può costituire un miglioramento sociale se non promuove qualche altro obiettivo, come l'utilità o l'uguaglianza.

Negando che si possa compromettere l'efficienza contro la giustizia, egli sostiene invece che l'efficienza e la distribuzione sono ingredienti della giustizia, che è un obiettivo di un ordine diverso rispetto a uno di questi due ingredienti. Calabresi difende quindi la legge e l'economia come un degno esame di determinati ingredienti della giustizia, piuttosto che un esame diretto della giustizia stessa. La resistenza intellettuale che ha caratterizzato la nascita della legge e dell'economia può essere solo temporanea. Sia i legali che i politici stanno diventando consapevoli dell'importante ruolo dell'analisi economica nella loro disciplina, e abbiamo già menzionato importanti contributi alla teoria economica tradizionale degli avvocati nel movimento giuridico ed economico. Allo stesso modo, come ha osservato Coase (1978), gli economisti hanno capito che le altre scienze sociali sono così intrecciate al sistema economico da far parte del sistema stesso. Per questo motivo, la legge e l'economia non possono più essere valutate come una branca della microeconomia applicata; piuttosto, deve essere visto come un contributo per una migliore comprensione del sistema economico stesso. Coase prevede che lo studio degli effetti di altre scienze sociali sul sistema economico diventerà una parte permanente del campo dell'economia.

Coase esamina anche le ragioni del movimento degli economisti nelle altre scienze sociali e cerca di prevedere il futuro di questo fenomeno. Gruppi di studiosi sono uniti da comuni tecniche di analisi, una teoria o un approccio comune all'argomento e / o un argomento comune.

Nel breve periodo, sostiene Coase, le tecniche di analisi di un gruppo possono dargli tali vantaggi che è in grado di spostarsi con successo in un altro campo e forse persino di dominarlo. A lungo termine, tuttavia, l'argomento tende ad essere la forza coesiva dominante. Mentre le tecniche analitiche impiegate dagli economisti - come la programmazione lineare, i metodi quantitativi e l'analisi costi-benefici - potrebbero aver recentemente aiutato l'ingresso degli economisti nelle altre scienze sociali, Coase prevede che un tale movimento può essere solo temporaneo. Dopotutto, la saggezza posseduta dagli economisti, una volta riconosciuto il suo valore, sarà acquisita da alcuni dei praticanti in questi altri campi (come sta accadendo nel campo del diritto).

Poiché il dominio della legge e dell'economia continua ad espandersi, la sua prospettiva su questioni metodologiche non è rimasta stagnante. Mentre questo saggio introduttivo enfatizza l'ampia gamma di applicazioni sostanziali, un certo grado di controversia circonda ancora molte delle basi metodologiche, normative e filosofiche dell'approccio economico al diritto. La maggior parte delle differenze ideologiche tende a perdere significato perché i loro paradigmi operativi spesso portano a risultati analoghi se applicati a casi reali. Alcuni studiosi, tuttavia, percepiscono che lo stato attuale della legge e dell'economia come paragonabile allo stato dell'economia prima dell'avvento della teoria della scelta pubblica, nella misura in cui mancava una comprensione dei "fallimenti politici" nello studio dei fallimenti del mercato (Buchanan, 1974; Rowley, 1989) La scelta del pubblico può effettivamente iniettare una prospettiva scettica - e talvolta dirompente - nel quadro più elegante e semplice dell'economia neoclassica, ma questo elemento aggiunto potrebbe essere necessario per comprendere meglio una realtà complessa. In un certo senso, l'integrazione sistematica della teoria della scelta pubblica nell'approccio economico al diritto ha contribuito a colmare le prospettive normative contrastanti in diritto ed economia, almeno portando il dibattito sul terreno più solido della teoria della scelta collettiva.

L'economia è un potente strumento per l'analisi della legge. Se gli umani sono massimizzatori razionali della loro utilità, ricchezza o benessere, allora rispondono razionalmente ai cambiamenti nei vincoli esogeni, come le leggi. Questa ipotesi di razionalità fornisce le basi di base per molta legge e letteratura economica. Basandosi sul presupposto economico standard secondo cui gli individui sono massimizzatori razionali, i sofisticati strumenti della teoria dei prezzi diventano un utile aiuto nello studio e nella scelta delle norme giuridiche (Cooter, 1984). Sebbene vi sia un ampio consenso sul valore della teoria economica nello studio delle norme giuridiche, sorgono importanti differenze metodologiche rispetto alla scelta degli strumenti appropriati di analisi giuridica e alla scelta del metodo per la valutazione delle preferenze sociali. Discuterò brevemente queste questioni metodologiche a turno.

2. Scuole e prospettive intellettuali in diritto ed economia

La maggior parte dei professionisti del diritto e dell'economia credono che vi sia un importante terreno comune che unifica tutti gli studiosi della disciplina, indipendentemente dal loro credo ideologico: una ricerca di nuove intuizioni nella legge applicando concetti e teorie economiche (MacKaay, 2000). Nonostante questa dichiarazione di intenti comune, è possibile identificare varie scuole di diritto ed economia, ognuna con un elaborato programma di ricerca e un approccio metodologico distinto

2.1 Le scuole di Chicago e Yale: approcci positivi contro normativi in diritto ed economia

Durante il primo periodo della disciplina, la borsa di studio in giurisprudenza ed economia era etichettata come stile Chicago o stile Yale. Queste etichette hanno fatto riferimento al rispettivo approccio positivo o normativo utilizzato da ciascuna scuola. Le origini delle scuole di diritto ed economia di Chicago e Yale sono attribuibili ai primi lavori di una manciata di studiosi, incluso il lavoro pionieristico di Ronald Coase e Guido Calabresi nei primi anni '60.

A questo punto, sono emerse differenze metodologiche con differenze pratiche sostanziali. La scuola di Chicago gettò la maggior parte delle sue basi sul lavoro svolto da Richard Posner negli anni '70. Una premessa importante dell'approccio di Chicago alla legge e all'economia è l'idea che la common law sia il risultato di uno sforzo - consapevole o no - di indurre risultati efficienti. Questa premessa è nota come efficienza delle ipotesi di common law. Secondo questa ipotesi, prima intimata da Coase (1960), e successivamente sistematizzata e notevolmente ampliata da Ehrlich e Posner (1974), Rubin (1977) e Priest (1977), le regole di common law tentano di allocare risorse in un Pareto o Kaldor - Hicks modo efficiente. Inoltre, secondo la scuola positiva, si dice che le regole di common law godono di un vantaggio comparato rispetto alla legislazione nell'adempimento di questo compito a causa della selezione evolutiva delle regole di common law attraverso l'aggiudicazione. Numerosi contributi importanti forniscono le basi per questa affermazione; gli studiosi che hanno avanzato teorie a sostegno dell'ipotesi sono spesso in disaccordo sulla base concettuale.

L'ipotesi primaria avanzata dall'analisi economica positiva della legge è quindi l'idea che l'efficienza sia il fattore predominante che modella le regole, le procedure e le istituzioni del diritto comune. Posner sostiene che l'efficienza è un criterio difendibile nel contesto del processo decisionale giudiziario in quanto considerazioni di "giustizia" - sul cui contenuto non esiste consenso accademico o politico - introducono inaccettabili ambiguità nel processo giudiziario.

Sostenendo un uso positivo dell'economia, Posner (1974) non nega l'esistenza di preziose leggi normative e applicazioni economiche. Infatti, la legge e l'economia hanno spesso molte cose oggettive per dire che influenzerà la propria analisi normativa di una politica (2).

Nonostante la potente portata analitica dell'analisi economica, gli studiosi di Chicago hanno riconosciuto fin dall'inizio che la competenza dell'economista nella valutazione delle questioni legali era limitata. Mentre la prospettiva dell'economista potrebbe rivelarsi cruciale per l'analisi positiva dell'efficienza delle norme giuridiche alternative e lo studio degli effetti delle regole alternative sulla distribuzione della ricchezza e del reddito, gli economisti in stile Chicago hanno generalmente riconosciuto i limiti del loro ruolo nel fornire prescrizioni normative per il cambiamento sociale o la riforma legale.

2 Posner (1974) offre il crimine come esempio. La legge positiva e l'economia possono aiutare a spiegare e prevedere come varie punizioni influenzeranno il comportamento dei criminali. Potrebbe determinare che una certa sanzione ha maggiori probabilità di dissuadere un certo crimine. Sebbene questa analisi non significhi di per sé che la legge debba essere adottata, può essere utilizzata per influenzare l'analisi normativa sul fatto che la legge sia vantaggiosa per la società.

Al contrario, la scuola di giurisprudenza ed economia di Yale, spesso descritta come la scuola "normativa" ritiene che vi sia un bisogno maggiore per intervento legale al fine di correggere pervasive forme di fallimento del mercato⁽³⁾.

Le preoccupazioni distributive sono fondamentali nella letteratura in stile Yale.

La filosofia generale di questo gruppo è spesso presentata come più contaminata dal valore e più incline all'intervento politico rispetto alla scuola di legge ed economia di Chicago.

A differenza della sua controparte di Chicago, questa scuola ha attratto praticanti liberali che impiegano la metodologia della scuola di Chicago ma la spingono a formulare proposizioni normative su come dovrebbe essere la legge (MacKaay, 2000). Data la necessità imperativa di perseguire giustizia ed equità nella distribuzione attraverso il sistema legale, la maggior parte degli studiosi in stile Yale suggerirebbe che l'efficienza, come definita dalla scuola di Chicago, non potrebbe mai essere il fine ultimo di un sistema legale.

2.2 La Virginia School: l'approccio funzionale e il ritorno all'individualismo normativo

Negli ultimi anni, una nuova generazione di letteratura, sviluppata all'interfaccia di legge, economia e teoria della scelta pubblica, spinge i confini metodologici dell'analisi economica della legge. L'approccio che ne risulta è per molti aspetti funzionale nella sua missione finale, tagliando la distinzione positiva e normativa e svelando le promesse e le insidie di entrambe le alternative normative e positive (3).

Questo approccio all'analisi giuridica ha il potenziale di far luce sulla concezione tradizionale del processo legislativo, suggerendo che la valutazione comparativa di fonti di legge alternative richiede un'analisi adeguata della struttura di incentivazione nell'ambiente di origine. Questa linea di ricerca è attenta all'identificazione dei fallimenti politici nella formazione della legge, sottolineando l'importanza di meccanismi simili al mercato nella creazione e selezione di norme giuridiche.

L'approccio funzionale al diritto e all'economia è ancora nella sua fase iniziale di sviluppo e lontano da un punto di maturità teorica, ma questo approccio ha indubbiamente successo nel sollevare alcune questioni cruciali riguardanti il difficile legame tra preferenze individuali e risultati sociali, con un'enfasi su progettazione del meccanismo istituzionale e scelta individuale.

L'approccio che ne risulta è piuttosto scettico per entrambe le alternative, quella normativa e quella positiva. La teoria della scelta pubblica fornisce solide basi metodologiche per la scuola funzionale di diritto ed economia: l'incorporazione sistematica dei risultati della teoria della scelta pubblica nell'analisi economica del diritto può servire a colmare le prospettive normative contrastanti in diritto ed economia, almeno portando il dibattito sul terreno più solido della teoria della scelta collettiva.

L'approccio funzionale è diffidente nei confronti dell'efficienza generalizzata

ipotesi sostenute dalla scuola positiva. A questo proposito, i funzionalisti condividono parte di questo scetticismo della scuola normativa. Nulla supporta una fiducia generalizzata nell'efficienza della legge in tutte le aree della legge. Ancora più vocalmente, la scuola funzionale di giurisprudenza ed economia è scettica su un'ipotesi di efficienza generale quando applicata a fonti diverse dalla legge comune (ad es. Legislazione o regolamenti amministrativi). L'approccio funzionale è anche critico rispetto alle estensioni normative e alle politiche correttive ad hoc, che sono spesso sostenute dalle scuole normative. I modelli economici sono una rappresentazione semplificata della realtà. Pertanto, i funzionalisti pensano che sia spesso pericoloso utilizzare tali strumenti per progettare politiche correttive o interventiste.

³ MacKaay (2000) osserva che la scuola di Yale considera i fallimenti del mercato più pervasivi di quanto gli studiosi di Chicago siano disposti ad ammettere. Si ritiene che l'intervento legale sia il modo appropriato per correggere tali fallimenti, anche se potrebbe non riuscire in tutte le circostanze.

A questo proposito, i funzionalisti sono allineati con la scuola positiva nella loro critica dell'approccio normativo. Secondo sia i positivisti che i funzionalisti, l'analisi economica normativa spesso rischia di trascurare le molte conseguenze indesiderate dell'intervento legale.

Una premessa importante dell'approccio funzionale alla legge e all'economia è la sua dipendenza dall'individualismo metodologico. Secondo questo paradigma di analisi, solo gli individui scelgono e agiscono (vedi, ad es. Buchanan [1990] e vari contributi della scuola di economia politica della Virginia). L'approccio funzionale alla legge e all'economia è informato da un riconoscimento esplicito che qualsiasi realtà sociale che cerchiamo di spiegare a livello aggregato, dovrebbe essere intesa come il risultato delle scelte e delle azioni dei singoli esseri umani che perseguono i loro obiettivi con una forma indipendente comprensione della realtà che li circonda (Vanberg, 1994: 1). L'individualismo normativo postula inoltre che solo il giudizio dei singoli individui può fornire un punto di riferimento pertinente rispetto al quale si possono valutare i meriti delle regole alternative.

I risultati della teoria della scelta pubblica, pur sostenendo gran parte della saggezza tradizionale, pone diverse sfide alla legge neoclassica ed economica. Nonostante le sofisticate tecniche matematiche di analisi economica, i giudici e i politici in molte situazioni mancano ancora dell'esperienza e dei metodi per valutare l'efficienza di alternative regole legali.

I tribunali e i responsabili politici dovrebbero quindi intraprendere un'analisi funzionale. Tale analisi richiede loro di informarsi prima sugli incentivi alla base della struttura legale o sociale che ha generato la regola legale, piuttosto che tentare direttamente di valutare i costi e i benefici di regole individuali. In questo modo, l'approccio funzionalista alla legge e l'economia possono estendere il dominio della legge tradizionale e l'indagine economica per includere sia lo studio dell'influenza delle istituzioni di mercato e non di mercato (diverse dalla politica) sui regimi legali, sia lo studio dei vantaggi comparativi di fonti alternative di legislazione centralizzata o decentralizzata nel fornire regole efficienti.

3. Pareto, Bentham e Rawls: il dilemma dell'aggregazione delle preferenze

La necessità di effettuare valutazioni comparative tra regole diverse motiva gran parte della legge e dell'economia. Di conseguenza, il secondo problema metodologico in diritto ed economia riguarda la scelta di criteri per l'esecuzione di tale analisi comparativa. In termini pratici, questo problema riguarda il metodo di aggregazione delle preferenze individuali in preferenze sociali. Questo problema non è esclusivo della legge e dell'economia. Fa parte di un dibattito metodologico molto più ampio sulla filosofia economica e sull'economia del benessere.

Già alla fine del XIX secolo, F.Y. Edgeworth (1881: 7-8) affermò il dilemma morale dell'analisi del benessere sociale, osservando che un calcolo morale dovrebbe procedere con una valutazione comparativa della "felicità di una persona con la felicità di un'altra. ... Tale confronto non può più essere evitato, se ci deve essere una morale sistematica." Il problema sorge ovviamente dal fatto che gli economisti non hanno alcun metodo affidabile per misurare l'utilità degli individui, per non parlare dei confronti interpersonali dell'utilità.

L'analisi economica utilizza generalmente uno dei tre criteri fondamentali di aggregazione delle preferenze.

3.1 Preferenze ordinali e criterio di Pareto

Il primo criterio di assistenza sociale è in gran parte attribuibile all'economista e sociologo italiano Vilfredo Pareto. Il criterio di Pareto limita l'inchiesta alle preferenze ordinali delle persone rilevanti. Secondo Pareto, un'allocazione ottimale è quella che massimizza il benessere di un individuo mantenendo costante il benessere dell'altro individuo. In situazioni normali, ci sono diverse

possibili soluzioni che si qualificherebbero per un tale criterio di ottimalità sociale. Ad esempio, se il problema sociale è quello di distribuire un vantaggio tra due parti, qualsiasi distribuzione ipotetica sarebbe Pareto ottimale, poiché non esiste alcuna ridistribuzione alternativa che renderebbe una parte migliore senza danneggiare un'altra parte.

Il criterio di Pareto è stato criticato per due motivi principali: (a) è status quo dipendente, in quanto si ottengono risultati diversi a seconda della scelta della dotazione iniziale; e (b) consente solo la valutazione ordinale delle preferenze, poiché non ne contiene alcun meccanismo per indurre le parti o i responsabili delle decisioni a rivelare o valutare le preferenze cardinali (cioè l'intensità delle preferenze). A causa di queste carenze, gli studiosi (ad esempio, Calabresi, 1991), hanno messo in dubbio l'utilità del criterio di Pareto nelle sue applicazioni al diritto e all'economia.

3.2 Prove utilitarie: Bentham e Kaldor-Hicks

Nel diciannovesimo e all'inizio del ventesimo secolo, economisti e filosofi hanno sviluppato paradigmi di welfare in base ai quali il grado di tutti gli individui colpiti doveva essere preso in considerazione in qualsiasi valutazione comparativa dei diversi stati del mondo. Questa tendenza metodologica, legata alla filosofia utilitaristica, è meglio rappresentata da filosofi e giuristi come Bentham (1839) e successivamente economisti come Kaldor (1939) e Hicks (1939), che in vari modi formularono criteri di benessere sociale che spiegavano il preferenze cardinali degli individui.

In *Principles of Moral and Legislation*, Bentham (1789) presenta la sua teoria del valore e della motivazione. Suggestisce che l'umanità è governata da due padroni: "dolore" e "piacere". I due forniscono la motivazione fondamentale per l'azione umana. Bentham osserva che non tutti gli individui traggono piacere dagli stessi oggetti o attività e non tutte le sensibilità umane sono uguali. L'imperativo morale di Bentham, che ha fortemente influenzato il dibattito metodologico in diritto ed economia, è che i politici hanno l'obbligo di selezionare regole che diano "la massima felicità al maggior numero". Come sottolineato da Kelly (1998: 158) questa formulazione è piuttosto problematica, poiché identifica due massimali (cioè il grado di piacere e il numero di individui) senza specificare il compromesso tra l'uno e l'altro. L'approccio utilitaristico di Bentham è quindi, nella migliore delle ipotesi, semplicemente di ispirazione ai fini politici.

Gli economisti successivi, tra cui Kaldor (1939), Hicks (1939) e Scitovsky (1941), formularono paradigmi di welfare più rigorosi che evitavano le ambiguità teoriche della proposta di Bentham. Tuttavia, queste formulazioni hanno presentato una serie diversa di difficoltà nella loro attuazione. L'idea principale del loro approccio è che lo stato A deve essere preferito allo stato B se coloro che ottengono dal passaggio ad A guadagnano abbastanza da compensare coloro che perdono. Il test è generalmente noto come test Kaldor-Hicks di potenziale compensazione. Si tratta solo di una compensazione "potenziale", perché la compensazione dei perdenti è solo ipotetica e non deve avvenire. In termini pratici, il criterio di Kaldor-Hicks richiede un confronto tra i guadagni di un gruppo e le perdite dell'altro gruppo. Finché i gainer guadagnano più di quelli perdenti, la mossa è considerata efficiente. Matematicamente, entrambe le versioni di efficienza di Bentham e Kaldor-Hicks vengono eseguite confrontando i profitti aggregati delle varie alternative e selezionando l'opzione che massimizza tale somma.

3.3 Preferenze sociali non lineari: Nash e Rawls

Altri paradigmi del benessere sociale si discostano dal semplice approccio utilitaristico, suggerendo che la massimizzazione del benessere sociale richiede qualcosa di più della massimizzazione dei profitti totali per i vari membri della società. Le società sono formate da una rete di relazioni individuali e ci sono alcuni importanti effetti interpersonali che fanno parte delle singole funzioni di

utilità. Inoltre, la natura umana è caratterizzata da un'utilità marginale decrescente, che dà rilevanza alla distribuzione dei benefici tra i membri del gruppo.

Immagina due regimi ipotetici: (a) in cui tutti i membri della società mangiano un pasto al giorno; e (b) in cui solo una metà casuale della popolazione ottiene un doppio pasto mentre l'altra metà sfortunata rimane affamata. Dal punto di vista di Kaldor-Hicks, le due alternative non sono distinguibili dal punto di vista dell'efficienza perché la totale quantità di cibo disponibile rimane invariata. In un test Kaldor-Hicks, coloro che ricevono un doppio pasto hanno quanto basta per compensare gli altri e quindi la società dovrebbe rimanere indifferente tra i due sistemi allocativi. Ovviamente, questa proposta di indifferenza lascerebbe la maggior parte degli osservatori insoddisfatti. In assenza di un effettivo risarcimento, il criterio non considera il beneficio marginale decrescente di un secondo pasto e il crescente dolore marginale della fame. Allo stesso modo, la distribuzione casuale dei pasti non tiene conto degli effetti interpersonali delle allocazioni sleali. Le persone fortunate subiscono una perdita di utilità sapendo che altre persone muoiono di fame mentre si godono un doppio pasto. A causa della diminuzione dell'utilità marginale della ricchezza e degli effetti dell'utilità interpersonale, da un punto di vista ex ante, nessun individuo sceglierebbe il sistema di allocazione (b), anche se il rendimento atteso da (b) è uguale al rendimento da (a).

Gli studiosi che cercano di valutare le implicazioni per il benessere delle disuguaglianze distributive generalmente lo fanno invocando le teorie di giustizia di Rawls (1971) (9) o il framework of welfare di Nash (1950) (10).

L'intuizione alla base di questi criteri di benessere è relativamente semplice: il benessere di una società è giudicato in base al benessere dei suoi membri più deboli. L'uso di un prodotto algebrico per aggregare le preferenze individuali cattura quell'intuizione. Come la forza di una catena è determinata dalla forza del suo anello più debole, così la catena di prodotti in una moltiplicazione algebrica è pesantemente influenzata dai più piccoli moltiplicatori. In effetti, al limite, se c'è uno zero nella catena di prodotti, l'intero totale complessivo crollerà a zero. Ciò significa che l'intero benessere sociale di un gruppo si avvicina allo zero come l'utilità di uno dei suoi membri vanno a zero. Nella legge e nella tradizione economica, questi modelli di benessere sociale non hanno goduto di grande popolarità. Questo non tanto per un preconcetto ideologico ma piuttosto per una combinazione di diverse ragioni pratiche. Questi motivi includono la tendenza generale a intraprendere un'ottimizzazione in due fasi nella progettazione delle politiche e le difficoltà di identificare un criterio oggettivo per valutare l'utilità interpersonale e ridurre gli effetti marginali dell'utilità. Da un punto di vista metodologico, le preoccupazioni distributive sono generalmente tenute separate dalla ricerca dell'efficienza nel processo decisionale. Tale separazione è stata razionalizzata sulla base del fatto che il sistema giuridico è uno strumento troppo costoso per la distribuzione, dato il vantaggio del sistema fiscale per la riallocazione all'ingrosso della ricchezza (ad esempio Kaplow-Shavell, 1994).

9 Notevoli studiosi hanno preso in considerazione le condizioni alle quali i principi di giustizia possono emergere spontaneamente attraverso l'interazione e lo scambio volontari dei singoli membri di un gruppo. Come in un contesto contrattuale, la realtà della formazione della legge consueta si basa su un processo volontario attraverso il quale i membri di una comunità sviluppano regole che regolano la loro interazione sociale aderendo volontariamente agli standard comportamentali emergenti. In questo contesto, Harsanyi (1955) suggerisce che le norme sociali ottimali sono quelle che emergerebbero attraverso l'interazione dei singoli attori in un ambiente sociale con preferenze impersonali. Il requisito di impersonalità per le preferenze individuali è soddisfatto se i decisori hanno le stesse possibilità di trovarsi in una delle posizioni sociali iniziali e scelgono razionalmente un insieme di regole per massimizzare il benessere previsto. Rawls (1971) utilizza il modello di ignoranza stocastica di Harsanyi nella sua teoria della giustizia. Tuttavia, il "velo dell'ignoranza" di Rawlsian introduce un elemento di avversione al rischio nella scelta tra stati alternativi del mondo, alterando così il risultato ottenibile secondo il modello originale di Harsanyi, con una propensione alla parità di distribuzione (cioè, con risultati che si avvicinano alla Nash criterio di benessere sociale). Ulteriori analisi sulla formazione spontanea di norme e principi morali si possono trovare a Sen (1979); Ullmann-Margalit (1977); e Gauthier (1986).

10 Secondo il criterio di Nash, il benessere sociale è dato dal prodotto dell'utilità dei membri della società (Nash, 1950). Vedi Mueller (1989: 379-82), attribuendo la forma moltiplicativa della funzione di welfare sociale a Nash.

4 Ricchezza, utilità e preferenze rivelate: la scelta di Maximand

C'è un'importante domanda metodologica che ha apertamente attirato l'attenzione di eminenti studiosi di diritto ed economia: che cosa dovrebbe cercare di massimizzare il sistema legale? In questo dibattito, anche i rigorosi aderenti alla visione strumentale della legge possono mettere in dubbio se l'obiettivo della legge dovrebbe essere la massimizzazione della ricchezza aggregata, l'utilità aggregata o semplicemente fornire le condizioni per la libera scelta individuale.

Se gli studiosi coinvolti in questi dibattiti potessero considerare la questione come spettatori neutrali, si potrebbe raggiungere un consenso sull'idea che, l'obiettivo politico finale è la massimizzazione della felicità e del benessere umani. Ma indipendentemente da tale osservazione, l'analisi economica della legge raramente utilizza metodi di valutazione basati sull'utilità. La ragione di ciò è, ancora una volta, per lo più pragmatica. A differenza della ricchezza (o quantità di risorse fisiche), l'utilità non può essere misurata oggettivamente. Inoltre, i confronti interpersonali di utilità sono impossibili, rendendo arbitrario qualsiasi bilanciamento tra gruppi o individui. Queste limitazioni rendono la massimizzazione dell'utilità non praticabile ai fini della politica pratica.

Date le limitazioni di cui sopra, seguendo Posner, diversi professionisti dell'analisi economica della legge si sono allontanati dall'ideale utilitaristico ottocentesco della massimizzazione dell'utilità (11). Piuttosto, hanno sempre più utilizzato un paradigma di massimizzazione della ricchezza. Numerosi studiosi di giurisprudenza ed economia restano a disagio nell'accettare la nozione di massimizzazione della ricchezza come paradigma ancillare di giustizia. Sebbene molte delle differenze si rivelino in gran parte verbali, due obiezioni continuano a incidere sulle linee del dibattito.

La prima obiezione riguarda la necessità di specificare un insieme iniziale di diritti o diritti individuali come prerequisito necessario per rendere operativa la massimizzazione della ricchezza. In questo contesto, si possono pensare alle varie critiche alla massimizzazione della ricchezza da parte dei sostenitori dei diritti di proprietà che percepiscono il costo sociale dell'adozione di tale criterio di giudizio è molto alto, vista la visione strumentalista della massimizzazione della ricchezza dei diritti e dei diritti individuali. Questi critici sostengono che i diritti hanno un valore che deve essere contabilizzato al di fuori di quanto possano essere utili all'accumulo di ricchezza (Buchanan, 1974; Rowley, 1989).

La seconda obiezione nasce dalla difficoltà teorica di definire il ruolo adeguato dell'efficienza come ingrediente della giustizia, rispetto ad altri obiettivi sociali. Gli studiosi della legge e della tradizione economica (vedi, ad esempio, Calabresi, 1980) hanno affermato che un aumento della ricchezza non può costituire un miglioramento sociale a meno che non promuova qualche altro obiettivo sociale, come l'utilità o l'uguaglianza. Negando che si può compromettere l'efficienza contro la giustizia, questi studiosi sostengono invece che l'efficienza e la distribuzione sono ugualmente elementi essenziali di giustizia, che è visto come un obiettivo di un ordine diverso rispetto a uno dei suoi elementi costitutivi.

La scuola funzionale di diritto ed economia fornisce una terza alternativa identificando la scelta individuale e le preferenze rivelate come criterio fondamentale per la valutazione. La progettazione di metarule che mirano a favorire la libera scelta individuale eliminando gli impedimenti strategici e transazionali alla rivelazione di vere preferenze diventa un obiettivo esplicito della scuola funzionale.

11 Posner è l'esponente più notevole del paradigma della massimizzazione della ricchezza. Secondo i principi di massimizzazione della ricchezza, una transazione è auspicabile se aumenta la somma della ricchezza per le parti interessate (dove la ricchezza è destinata a includere tutti i beni e servizi materiali e immateriali). Bentham (1839) ha già sfidato l'uso di fattori oggettivi, come la ricchezza o le risorse fisiche, come proxy della felicità umana. Nonostante le difficoltà nella quantificazione di valori come utilità o felicità, la ricerca del piacere e della felicità, l'evitamento e il dolore sono le forze motivanti del comportamento umano. Ricchezza, cibo e riparo sono semplici strumenti per raggiungere tali obiettivi umani.

Come discusso in precedenza, la valutazione di fonti di legge alternative richiede un'analisi adeguata della struttura di incentivazione nell'ambiente di origine e mira a introdurre meccanismi di mercato nella creazione e selezione di norme giuridiche, con un'enfasi sulla progettazione di meccanismi istituzionali e individuali scelta. La recente letteratura sulla reciprocità (Smith, McCabe e Rassenti, 1998; Fon e Parisi, 2003), norme sociali e diritto consuetudinario (Cooter, 2000; Parisi, 1998), scelta della legge (Romano, 1999; Parisi e Ribstein, 1998; Ribstein e O'Hara, 2000), federalismo (Ribstein e Kobayashi, 2001) e libertà contrattuale (Trebilcock, 1994; Buckley, 1999) sono esempi della crescita e del valore degli approcci funzionali in diritto ed economia.

Le future generazioni di studiosi di giurisprudenza ed economia dovrebbero essere a conoscenza degli importanti dibattiti metodologici che hanno coinvolto i loro precursori, sfruttando appieno le intuizioni sviluppate dalle diverse tradizioni metodologiche nel valutare le norme e le istituzioni giuridiche.