

Dialoghi difficili ma preziosi, e tanta voglia di soliloquio: le sorti controverse dell'analisi economica del diritto

Roberto Pardolesi

1. L'analisi economica del diritto: diffusa ma non assimilata

L'analisi economica del diritto (Eal, acronimo d'oltre Atlantico, divenuto nel tempo d'uso generale) non è più una novità. Vanta, ormai, una storia, che è stata raccontata le mille volte. Spesso da chi scrive: con l'ovvio vantaggio di averla vissuta in prima persona e la conseguente tentazione di trasformare questi appunti in un gigantesco "amarcord". In effetti, poco meno di mezzo secolo fa ero lì, a Chicago, con la 60th Street a far da limite a Hyde Park e a esibire, al civico 1111, la mitica architettura impressa da Eero Saarinen alla Law School. Sopravvissi in qualche modo all'esame di antitrust di Posner, vero *bugaboo* degli studenti di legge, e nondimeno frequentai le lezioni di Eal, che venivano allora impartite per la seconda volta. Più o meno, l'esordio pubblico. E fu, nel bene e nel male, un autentico shock: consistente soprattutto nella presa di coscienza del declino del diritto come disciplina autonoma e della possibilità, offerta da potenti sintesi in chiave economica, di rivisitare, reinterpretare e, se del caso, ricostruire *loci classici* che da giovane studioso ero abituato a trattare in prospettiva rigorosamente dogmatica.

Taglio corto con le memorie (prima che diventino insopportabilmente tediose per il malcapitato lettore e troppo malinconiche per me) e torno alla battuta iniziale. L'Eal non è più una novità; si può convenire, anzi, sul fatto ch'essa sia entrata in circolo, in taluni quadranti, più incisivamente che altrove. Ciò non significa necessariamente ch'essa sia stata assimilata: alle nostre latitudini (giuridiche), diversamente da quanto accade altrove, continua ad essere circondata da un'aura di meraviglia commista a diffidenza, sospetto e incomprensione, che rimonta

al diffuso convincimento di una sua pregiudiziale ideologica: quasi che la Eal dovesse identificarsi con una versione, che - pur importante, sino ad aver rappresentato larga parte del movimento - è comunque un'interpretazione fra le varie disponibili. E qui s'impone una sorta di precisazione tassonomica, come premessa a una ricognizione più realistica dei modi di confronto e dialogo tra diritto ed economia.

2. L'efficienza allocativa e gli altri parametri valutativi

Senza indulgere a un sabba di approcci definitivi che in questa sede non è dato scandagliare¹, occorre distinguere tra analisi economica del diritto e *Law and economics*: quest'ultima, per dirla in modo ineluttabilmente riduttivo (perché di frequente utilizzata in senso generalizzato, sino a vanificare ogni etichetta e porre problemi metonimici) indaga come le istituzioni vigenti influenzano l'economia, mentre la prima, nel segno del binomio "algebra-pandette", utilizza gli strumenti microeconomici per comprendere e valutare il sistema giuridico, trattando quest'ultimo alla stregua di un problema economico.

Se si parte dall'Eal, la ricerca delle nobili origini evoca Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, ma poi salta alla *new wave* di Trimarchi, Becker, Calabresi e Posner. Per questa via si è venuto radicando il convincimento che l'emersione di una scuola economica, in qualche modo reificata dagli studiosi raccolti nell'università della *windy city*, i famigerati Chicago boys di Milton Friedman, e dall'analisi economica del diritto alla maniera di Richard Posner, rappresenti una sorta di ortodossia cogente, tutta improntata al feticcio dell'efficienza allocativa, e che questo esito catturi per intero l'interfaccia, a questo punto infausta, tra diritto ed economia. Ma si tratta di un pregiudizio. Basta - si fa per dire: posto che una compiuta confutazione implicherebbe un apparato argomentativo decisamente più allargato - adottare un punto di vista esterno e più allargato, seguendo l'approccio di Barbara Fried² o, per chi ama le polarità estreme, di Ramsi Woodcock³, per rendersi conto che quella testé

¹ Valga a mo' di esempio, e perché ultima in ordine di tempo, la scansione dettata da C. Stagnaro, *Ronald H. Coase*, Torino, 2024, p. 13, nt. 2.

² B. Fried, *The Progressive Assault on Laissez Faire. Robert Hale and the First Law and Economics Movement*, Cambridge Ma, 1998.

³ R. Woodcock, *Antimonopolism as a Symptom of American Political Dysfunction* (2021), <https://ideas.repec.org/p/osf/socarx/jgucv.html>.

evocata non è l'ortodossia necessaria, ma solo la rappresentazione della seconda, parziale epifania del movimento di *Law and economics*.

Preceduto da una prima prova di dialogo, che si era andata consolidando nel solco del *takeover* ad opera della teoria economica neo-classica, essenzialmente marginalistica, e del secondo teorema generale della teoria del benessere, a tenore del quale, in mercati autenticamente competitivi, un equilibrio efficiente emergerà comunque, quale che sia l'attribuzione dei titoli di appartenenza (anche se, ovviamente, con significative ricadute distributive). Da questo tipo d'impostazione derivava l'idea che è il diritto, cui si deve l'allocazione delle situazioni di appartenenza, a determinare il mercato. Costatazione che, a sua volta spianava la strada al riconoscimento che, data l'esistenza di surplus inframarginali (sia sul versante del venditore che su quello del compratore), si sarebbero potute variare quelle attribuzioni senza mettere a repentaglio il conseguimento di un assetto di volta in volta allocativamente efficiente. Sennonché, modificare fisicamente gli *endowment* sarebbe risultato assai difficile, sì che l'alternativa più promettente era quella di manipolare il quadro per il tramite della tassazione progressiva e della regolamentazione dei prezzi. Ed è appunto questa la ricetta a base del New deal (e, a conti fatti, il cuore della recente proposta di Thomas Piketty⁴, alla ricerca di un socialismo democratico, ecologico e meticcio).

Il largo consenso agglutinatosi intorno a tale ricostruzione è venuto sfaldandosi nel secondo dopoguerra. E si è così delineata quella *modern wave* – oggetto, ai giorni nostri, di tante critiche – che, come l'altra, s'ispira al secondo teorema generale della teoria del benessere, appuntando, però, l'attenzione sulla sua battuta iniziale. La tesi coasiana dell'invarianza supporta la conclusione che, laddove i costi transattivi ostacolano la rinegoziazione *ex post* e il conseguente ribilanciamento delle allocazioni originali (come dire: sempre, o quasi), il diritto deve mimare l'esito cui sarebbe approdato il mercato se avesse avuto la possibilità di dispiegare le sue salvifiche virtù. Morale spicciola: è il mercato a fare il diritto, mentre le conseguenze redistributive restano sullo sfondo, perché meglio gestite dalla manovra fiscale.

Fin qui, il discorso rimane relativamente neutrale; e prospetta un *exceptional match*, se si preferisce, la golosa opportunità di cogliere un *low-*

⁴ V., riassuntivamente, T. Piketty, *Una breve storia dell'uguaglianza* (2021), Milano, 2021.

hanging fruit anche in ambiti diversi da quelli – antitrust, *corporate governance*, imposizione tributaria, regolazione di mercati espliciti – in cui l’interfaccia tra diritto ed economia si candida come cogente. Diventa ideologico nel momento in cui si predica la sfiducia nell’azione governativa, perché inetta o, alternativamente, corrotta, sì che conviene confinarla ai minimi termini, o ancora perché afflitta dalla doppia distorsione denunciata da Louis Kaplow e Steven Shavell⁵. Quando, cioè, pretende di presentarsi come “positive analysis”, fondata sull’idea che la *common law* a matrice giurisprudenziale sia ispirata a principi economici e tenda, sia pure inconsciamente (a mo’ di *implicit economic logic*), a forgiar regole intese a propiziare l’efficienza allocativa giurisprudenziale⁶.

È probabile che una siffatta impostazione corrispondesse a un disegno strategico volto a guadagnare l’approvazione dei giudici (e v., infatti, l’oratoria militante di Henry Manne⁷). Approccio, è appena il caso di aggiungere, coltivato nel tempo da altri studiosi, come Priest e Rubin, e successivamente avallato dal movimento di *Law and finance*, sino ad approdare alla teorizzazione delle *legal origins* di La Porta e sodali⁸. Ma, sia detto per l’ennesima volta – e a scanso di equivoci –, non si trattava di una traiettoria necessaria⁹.

⁵ L. Kaplow e S. Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income*, in *Journal of Legal Studies*, 23, 1994, p. 667 ss.

⁶ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 1 ed., Boston Ma, 1973, p. 98 ss.

⁷ «The original approach was simply a marginal (jurisprudentially speaking) movement from what most legal-realist-oriented law professors were already doing but, alas, doing very badly. They were trying to explain why one rule of law was better than another... but the focus was always on improving the law and not on showing the methodological skills of the authors. This was the intellectual victory which revolutionized the law school world, and it was all because of... the power of economics, vastly greater than that of any other discipline, to resolve what had appeared to be purely normative issues in a positive way. It was the introduction to this kind of power that opened the eyes of many law professors back in the 1970s, and which I think still has the power to amaze people (including, alas, many economists) who are not familiar with economics’ great analytical powers»: così, fra i tanti “manifesti”, H.G. Manne e J.D. Wright, *The Future of Law and Economics: A Discussion*, George Mason University Law and Economics Research Paper Series 08-35.

⁸ R. La Porta, F. Lopez de Silanes e A. Shleifer, *The Economic Consequences of Legal Origins*, in *Journal of Economic Literature*, 46, 2008, p. 285 ss.

⁹ Col tempo, quest’approccio, che proponeva un solco obbligato, ha mostrato la corda, non solo perché segnato, in taluni frangenti, da palesi forzature, ma proprio per la sua indole *captive*. Specie sul versante economico si sono infittite le critiche che denunciavano lo scarso rigore scientifico di una ricognizione legata a schemi

L'efficienza è, essa stessa, un valore. Sennonché, come sottolineava un osservatore non sospetto quale John Mainard Keynes¹⁰, non l'unico: «the political problem of mankind is to combine three things: economic efficiency, social justice, and individual liberty». Di per sé, l'Eal è scevra di ipoteche ideologiche, perché indica un parametro valutativo da rapportare a (e contemperare con) gli altri criteri assiologici rilevanti: a partire dalla distribuzione della ricchezza, come sottolineato da Barriola, Deffains e Musy con la provocatoria affermazione che i sistemi di *civil law* sono meglio attrezzati per arginare e combattere la disegualianza¹¹. Quanto dire che, ove ogni altra condizione resti immutata, l'efficienza conta, eccome: solo che questa condizione da *lone star* è, nella realtà, pressoché chimerica.

3. Le dimensioni delle interazioni di diritto ed economia

Più, però, che coltivare intrecci di tal fatta (dietro i quali ci si è spesso rifugiati per non pagare lo scotto di un avvicinamento che comporta non poche difficoltà, perché impone un approccio autenticamente interdisciplinare, di quelli che riempiono le proclamazioni scientifiche ma non scaldano i cuori: con scorno dei giuristi di fronte alle formule matematiche che affollano tanta letteratura economica, e degli economisti spiazzati dalle sottigliezze dogmatiche del discorso giuridico), mette conto, probabilmente, riconoscere in modo consapevolmente pragmatico che il complesso movimento che risulta dai vari livelli di interazione di diritto ed economia – di là dalla propensione a contaminare tecniche euristiche

precostituiti: una volta entrata in circolo l'idea che l'efficienza ha un ruolo significativo nel conformare l'applicazione delle regole giuridiche, non è più necessario assumere che quelle regole siano di per sé ottimali e si chiude, anzi, la possibilità di mettere a nudo le circostanze in cui quell'obiettivo viene, in modo più o meno plateale, mancato. Naturalmente, l'abbandono dello schema obbligato in pro di una vena "normativa" ravviva il dibattito, liberandolo da vincoli sin troppo asfittici. Ci si apre alla possibilità di proporre miglioramenti della disciplina ricevuta, ma si alimenta il distacco (per così dire, economico) dalla prassi del diritto: fenomeno alimentato da un altro fattore, su cui si richiamerà l'attenzione tra un momento: la matematizzazione dell'Eal.

¹⁰ J.M. Keynes, *Liberalism and Labour* (1926), in Id., *Essays in Persuasion*, New York NY e London, 1963, p. 339 ss.

¹¹ I. Barriola, B. Deffains e O. Musy, *Law and Inequality: A Comparative Approach to the Distributive Implications of Legal Systems*, in *International Review of Law and Economics*, 75, 2023, n. 106139.

di diversa estrazione, con ovvio disappunto dei puristi su l'uno e l'altro fronte – si articola in due dimensioni: quella (per così dire) formativa, che definisce il suo ambito e le sollecitazioni che lo vivificano, e l'altra, decisamente più evoluta, che si lascia alle spalle le ricostruzioni d'insieme ed entra in dettagli di elevato tecnicismo, proponendo interrogativi e formulando ipotesi ricostruttive di avanzata originalità.

Di questa seconda fase, che ha i suoi problemi (come pure le sue suggestioni)¹², sarebbe dato discorrere con costrutto se si potesse dare per acquisita – e consegnata ormai a narrative che stinguono nella storiografia giuridica – la prima. Ma, forse, non è così; e il disagio che la nostra cultura legale non smette di esibire nei confronti di un'impostazione in chiave giuseconomica – oggi più che mai a fronte di sviluppi altamente formalizzati, magari scanditi a colpi di paginate di equazioni complesse – risale a un'imperfetta assimilazione di alcune coordinate di base, delle cui implicazioni non si è avuta percezione piena: ciò che rende problematica una riflessione interdisciplinare già di per sé assai difficile in ragione dei vincoli di appartenenza sapienziale. Tutto sommato, diritto ed economia si sono sempre parlati, badando

¹² Detto con franchezza: la semplificazione oltranzistica propugnata da Calabresi e Posner come modalità argomentativa indispensabile per assicurare la recezione dell'Eal è ormai dismessa. Le odierne elaborazioni presentano modelli, recano importanti e sofisticati apparati di equazioni, dimostrazioni, appendici e quant'altro serve per scoraggiare il giurista operativo e indurlo a ritenere che, data la normale impossibilità di ravvisare in quelle dense pagine di formule (per lui spesso e volentieri impenetrabili) indicazioni immediatamente utili alla pratica applicativa, il diritto non abiti più lì. In questo bilancio sconcertante c'è del vero. Ma è probabile che il disagio, come pure la diagnosi sul declino ineluttabile dell'analisi economica del diritto vadano oltre il segno. Come sottolineato, tra gli altri, da Keith Hylton, la modellizzazione matematica fissa un protocollo comunicativo di grande affidabilità; fornisce uno strumento essenziale e rigoroso per la verifica dei temi di analisi economica del diritto; spiana la strada alla ricerca empirica. I modelli impingono nell'astrazione, sì, ma impediscono all'analista di saltare a conclusioni non supportate e indifendibili; lo costringono a farsi carico di argomentazioni destinate, altrimenti, a rimanere fuori quadro. « Although often seductive to law students, the entirely verbal arguments that are provided in other lines of tort speculation, such as the variants of corrective justice theory, do not subject themselves to the same intellectual constraints, and, for this reason, sometimes present counterarguments as strawmen, and mask or obscure loose and spurious connections between their assumptions and their conclusions » (K.N. Hylton, *Tort Theory and the Restatement, in Retrospect*, in *Southwestern Law Review*, 52, 2024, p. 378). Il discorso diventa, sì, vertiginosamente complesso; ma quello della specializzazione tecnica è problema di ogni scienza; il progresso deriva comunque da quel tipo di approfondimento, che sarà, a tempo debito, in grado di gemmare risultati applicativi di immediata fruibilità.

però, più spesso che no, a privilegiare ciascuno la sua lingua e a tracciare, senza confessarlo, confini invalicabili di ultima istanza.

4. La funzione preventiva della responsabilità civile

Se, a mo' di esempio paradigmatico di questa assimilazione incompiuta – e per sottrarsi alla fumosità di discorsi troppo generali - si prendesse l'elaborazione in materia di responsabilità civile¹³, scopriremmo di aver a che fare con idee semplici, ma evidentemente diverse da quelle che muovono l'impostazione ortodossa del giurista *comme il faut*; per questo, c'è da credere, si è prodotto un pigro fenomeno di sottovalutazione del cambio di prospettiva, che tanto contribuisce a opacizzare gli sviluppi che ne sono seguiti.

Senza poter qui indulgere in approfondimenti che ci porterebbero troppo lontano, ma giusto per apprezzare le difficoltà di dialogo sul campo, vale la pena di evocare, in estrema sintesi, quei caposaldi.

Muovendo dal presupposto programmatico che la responsabilità civile, letta – se così si può dire – con gli occhiali dell'economista, si candida come strumento volto all'assorbimento e gestione diffusiva delle perdite, come pure alle tecniche per arginarle. Sino a puntare alla realizzazione di un risultato ben definito: quello di minimizzare, nel segno dell'efficienza allocativa, la somma dei costi degli incidenti e delle misure adottate per evitarli. Essa mira, cioè, a promuovere il benessere sociale inducendo gli operatori interessati ad adottare livelli efficienti di cautele contro il prodursi di effetti pregiudizievoli. Il punto nevralgico di questo approccio sta proprio nel fatto di coltivare una valutazione *ex ante*, il cui obiettivo dichiarato è quello di operare deterrenza. La differenza è epocale e vale a trasformare la responsabilità civile da mero rimedio per le conseguenze dell'illecito (quindi, in una prospettiva tutta *ex post* di compensazione e riconduzione sull'originaria curva d'indifferenza) in un *tool* di ingegneria sociale, con vocazione a fare da filtro in prevenzione per le attività da intraprendere.

Ma non ci si può fermare all'idea dell'internalizzazione di costi altrimenti proiettati all'esterno, a carico di vittime inconsapevoli, quasi

¹³ Scelta, nemmeno a dirlo, tutt'altro che arbitraria. Infatti, la responsabilità civile, insieme al diritto penale, ha fatto da rampa di lancio dei primi, gloriosi tentativi di esplorare la materia giuridica in chiave economica.

che il mondo a rilievo giuridico fosse il risultato della sommatoria di un numero (enorme, va da sé) di attività a precauzione unilaterale. E qui soccorrono gli apporti – ancora idee semplici, ma di straordinaria forza euristica – di Ronald Coase e Guido Calabresi.

Il primo, col suo celebre teorema¹⁴ (che tale non era, ovviamente, ma così fu battezzato da George Stigler, con una formula che ha contribuito alla sua fortuna), ci ha insegnato che l'attività umana non si svolge nel vuoto, sì che, quante volte venga a collidere con altra attività (com'è tipico dell'uso incompatibile di proprietà vicine, terreno d'elezione per la dimostrazione delle versioni, forte e debole, del teorema stesso), occorre – prim'ancora di porsi il problema di chi abbia ragione e chi torto – rendersi conto del principio di reciprocità, in funzione del quale la preferenza accordata all'una condotta comporta la mortificazione dell'altra, e viceversa (sì che, ove le parti avessero agio di negoziare in assenza di costi transattivi, approderebbero comunque all'allocazione ottimale delle risorse; dove, però – e sovente accade – quei costi si fanno avvertire come assai elevati, il sistema ripiega sulla *liability rule*¹⁵).

Trasportato nel laboratorio tipico della responsabilità civile¹⁶,

¹⁴ R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, p. 1 ss. Celebre, conveniamone, è dir poco. F.R. Shapiro e M. Pearse, *The Most-Cited Law Reviews of All Time*, in *Michigan Law Review*, 110, 2012, p. 1484, ci avvertono che il lavoro di Coase è quello più citato di tutti i tempi (naturalmente, il conto è riferito alla letteratura giuridica statunitense; e gli AA. si premurano di precisare che il dato «is lifted above others with law citation-counts similarly in the thousands by the fact that it also has thousands of social science citations». Per una volta – fatto davvero insolito – l'interdisciplinarietà paga!

¹⁵ L'importanza del teorema non sta, dunque, nel truismo in cui si risolve la sua versione "forte", bensì nella direttiva desumibile dalla sua declinazione "debole", a tenore della quale, per usare le parole di Coase, «è auspicabile che i diritti siano attribuiti a quanti possono usarli in maniera più produttiva e dotati degli incentivi che li portino a farlo» (R.H. Coase, *La struttura istituzionale della produzione* (1992), in Id., *Sull'economia e gli economisti* (1994), Torino, 2016, pp. 13 e 23). Direttiva che, nell'ottica dell'Eal, assurge a criterio valutativo di fondo: la qualità della norma si misura sulla base della sua capacità di mimare l'esito che si sarebbe prodotto in un mercato pienamente funzionante. Da qui, come osservava già Richard Posner sin dalla prima edizione del suo celebre manuale (R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 17 ss.), rampolla ogni ulteriore sviluppo.

¹⁶ La sintesi proposta da K.N. Hylton, *Tort Theory and the Restatement*, cit., p. 387, è fulminante: «Coase argued that in a world with zero transaction costs, there would be no injuries or accidents for which the law's intervention would be socially beneficial. In a zero transaction cost world, A would enter B's property only after gaining the consent of B. If A's entry provides no immediate benefit to B, B would

magari con l'esempio ricorrente dell'interazione tra automobilista e pedone che metta eventualmente capo a un incidente, l'approccio coasiano implica che il problema non possa esser risolto, sempre e comunque, attribuendo la responsabilità dell'investimento al guidatore, o a chi in sua vece – quasi che a lui soltanto si offra, nel quadro di un'attività a precauzione unilaterale (rispetto alla quale la vittima è soggetto del tutto passivo), l'opportunità di evitarlo – perché si danno casi in cui le cautele del conducente non possono semplicemente scongiurare il sinistro, innescato da un pedone che, per qualche ragione, si butta sotto le ruote dell'automezzo: evento che potrebbe essere impedito solo proibendo *in toto* la circolazione automobilistica o (per quel che conta a mo' di paradosso) pedonale.

In altre parole, il privilegio accordato al passante limita la possibilità di guida dell'automobilista, mentre la soluzione inversa mette a rischio l'incolumità di chi attraversa la strada con le dovute cautele. Morale spicciola di Eal: in ogni circostanza di attività a rilievo bilaterale non ci si può contentare di un intervento inteso a riportare all'interno del processo produttivo il danno proiettato viceversa su chi viene con esso a contatto, e nemmeno di un mero approccio compensativo in pro di chi abbia sofferto un danno, ma occorre individuare chi sia il *cheapest cost avoider*, chi, cioè, fra i due sia in grado di governare il rischio situazionale al minor costo, se il pedone, che consideri con più attenzione il sopravvivere di automezzi, o l'automobilista, che riduca la velocità nei paraggi di una scuola o di un giardino pubblico, dov'è più probabile l'eventualità di bambini sfuggiti al controllo dei genitori.

In termini più distesi, l'impostazione cennata coltiva un'analisi efficientistica intesa a evidenziare, in seno ad una situazione relazionale, sulla base del riscontro comparativo del valore delle attività coinvolte, quale vada privilegiata. Detto altrimenti, ma con qualche arricchimento strumentale, chi sia il soggetto in grado di meglio assorbire (=gestire) un rischio, o perché governa più consapevolmente le misure del suo contenimento, oppure perché – e qui s'innesta un ulteriore piano di analisi – è capace di assicurarlo in modo più conveniente,

consent to the entry only if A compensates him for whatever injury results or might result from the entry. Hence, there would be no problem of activities being pursued to a socially excessive degree. Coase realized, of course, that the real world is not one of zero transaction costs, and he offered insights on how the law responds to the presence of positive transaction costs».

comprando polizze sul mercato o attuando adeguati accantonamenti protettivi (autoassicurazione)¹⁷. La responsabilità – ecco il principio cardine – va allocata in capo al soggetto più atto a prevenirla, perché questa scelta assicura la minimizzazione dei costi totali e si raccomanda come allocativamente efficiente.

Lungo questa traiettoria svela tutta la sua forza dimostrativa la formula di Learned Hand¹⁸ – all'apparenza, uno svolazzo: $\alpha < Bp$ – a tenore della quale ricorre negligenza allorquando le precauzioni idonee a evitare il danno (α) costano meno del valore attuale del danno atteso, ossia del prodotto del pregiudizio preventivato (B) per la probabilità, da 0 a 1, ch'esso abbia a materializzarsi¹⁹. La formula, inutile per chi ricostruisca la vicenda dannosa a cose fatte, diventa strumento essenziale per assicurare pragmaticità al principio del *cheapest cost avoider*, sottraendolo al destino della prescrizione nel vuoto (per la difficoltà di assegnarle contorni praticabili). La colpa, sfuggente quanto alla sua articolazione schiettamente giuridica nei paradigmi di negligenza, imperizia e

¹⁷ Si va così al cuore del formidabile contributo di Guido Calabresi, ispirato dall'idea che il sistema della *tort law*, in particolare attraverso regole di *strict liability*, dovrebbe convogliare la responsabilità in capo ai soggetti più appropriati, mercé il ricorso al *cheapest cost avoiders test*: per questa via, che promette l'abbattimento dei costi di amministrazione della giustizia, il giudice è chiamato a determinare «which of the parties is in the best position to make the cost-benefit analysis between accident costs and accident avoidance costs and to act on that decision once it is made», senza neppure porsi il problema di statuire se si sarebbe dovuto evitare il prodursi del danno: la citazione è tratta da G. Calabresi (e J.T. Hirschhoff), *Towards a Test for Strict Liability in Torts*, in *Yale Law Journal*, 82, 1972, p. 1060, ma è giusto rappresentativa di una produzione allargata, a partire da Id., *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Tort*, in *Yale Law Journal*, 70, 1961, p. 499 ss. e, nemmeno a dirlo, Id., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica* (1970), Milano, 1975.

¹⁸ La formula scandita, in *plain English* (oltre che in termini algebrici), dal giudice Learned Hand nel testo della decisione *U.S. v. Carrol Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947), è comunemente riguardata come la prima applicazione di un test costi-benefici in ambito giuridico. Naturalmente, c'è chi vede il bicchiere come mezzo vuoto: «indeed, on reflection it seems like a lot of the illusory progress that the Law and economics movement has made in tort law comes from the fact that Judge Learned Hand, in the famous *Carroll Towing* opinion, happened to express a fairly conventional negligence decision using an algebraic structure!» (S. Bayern, *The Failures of Law and Economics*, Cambridge Ma, 2023, p. 26).

¹⁹ Fra i tanti scritti intesi a evidenziare il senso (e le implicazioni) della formula, vale la pena di segnalare R.S. Markovits, *Tort-Related Risk Costs and the Hand Formula for Negligence*, University of Texas School of Law - Law and Economics Working Paper No. 036-2004 e R.W. Wright, *Hand, Posner, and the Myth of the "Hand Formula"*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 4, 2003, p. 145 ss.

imprudenza, diventa un concetto tangibile: un livello di costo delle precauzioni, che conviene adottare perché evitano un danno maggiore, mentre, oltre quel limite, non vale la pena di continuare a investire in cautele le quali costano più del pregiudizio che concorrono ad evitare. Di là da quel punto, non c'è più colpa; e, per conseguenza, non c'è ulteriore protezione per la vittima, per tutta conseguenza incentivata, a sua volta, ad adottare misure atte ad evitare il danno in senso economico. La qual cosa implica che i due protagonisti della vicenda siano indotti, ciascuno per la sua parte, ad adottare le cautele ottimali, secondo la vocazione, ormai evidente, dell'Eal applicata al campo dell'illecito.

Non succede altrettanto con la responsabilità oggettiva (che esibisce i propri faticosi pregi in termini di drastico abbattimento dei costi amministrativi di accertamento della colpa da parte degli organi giudiziari, ma sconta importanti inconvenienti, a partire dalla moltiplicazione delle istanze contenziose). Se, infatti, si opta per la soluzione che connette indefettibilmente la responsabilità allo svolgimento di una determinata attività, e dunque a chi la intraprende, non si otterrà un più elevato livello di cautele, per l'ovvia ragione che non ha senso (economico, ma anche comune) assumerle: di là dal punto in cui la cautela (marginale) riesce ad evitare un danno maggiore del suo costo di implementazione, risulta più semplice, e meno oneroso, farsi carico del pregiudizio e pagare il risarcimento. L'unica conseguenza davvero apprezzabile è che all'aggravio di responsabilità per l'una parte corrisponde un'inopinata deresponsabilizzazione dell'altra, la quale, nell'aspettativa di veder ripagato qualsivoglia risvolto controproducente delle proprie condotte, si sobbarcherà a rischi che non avrebbe ragionevolmente accettato in condizioni normali. Ecco perché la *strict liability*, per risultare efficiente, ha bisogno di un correttivo in termini di responsabilità per colpa a carico della vittima, così da disincentivarla dall'assunzione di iniziative (economicamente) insensate.

Non ci vuol altro per toccare con mano che l'analisi economica si candida come attendibile chiave di lettura della disciplina (nel nostro esempio: dell'illecito civile), anche in un sistema di diritto scritto, in cui comunque rimangono spazi amplissimi rimessi (o conquistati, magari fra molte polemiche) all'interpretazione del giudice, che andrà così a forgiare, sul piano applicativo, la volontà del legislatore.

Che questa opportunità sia fatta cadere o addirittura ignorata, per ubbie di vario ordine, è circostanza davvero sfortunata. Vero che le

critiche abbattutesi sull'Eal come approccio generale al fenomeno giuridico sono feroci. Scegliendo nel mucchio, si è detto che è «uninteressant» ed estranea al diritto²⁰, che le fondamenta dell'edificio sono da tempo sprofondate nella sabbia²¹, che il movimento ha imboccato la via del declino²², che è malato e trasmette malanni²³, che non c'è nessuno edificio, ma solo sabbia²⁴, che il suo successo è nulla più che il portato parassitario della capacità di dare forma giuridica alle rampanti ideologie neoliberali²⁵. Tuttavia, a dispetto di tanto scetticismo, riuscirebbe difficile negare che l'Eal, nei sessanta e passa anni di operatività, abbia fornito importanti apporti conoscitivi. Allora, vale la pena di chiudere questa breve riflessione con le sagge parole di una voce dottrina per certo non accomodante, qual è quella di Arthur Leff, che a suo tempo, in margine al manifesto posneriano, commentava: «the economic analysis of law... continually manages to provide rich and varied insights into legal problems... it frequently serves intelligently to inform actual legal choices»²⁶.

²⁰ C. W. Canaris, *Funktion, Struktur und Falsifikation Juristischer Theorien*, in *Juristen Zeitung*, 1993, p. 384.

²¹ E J. Weinrib, *Understanding Tort Law*, in *Valparaiso University Law Review*, 23, 1989, p. 487.

²² M. J. Horwitz, *Law and Economics: Science or Politics?*, in *Hofstra Law Review*, 8, 1980, p. 905 ss.

²³ L. R. Jaffee, *The Troubles with Law and Economics*, in *Hofstra Law Review*, 20, 1992, p. 779.

²⁴ A. Bernstein, *Whatever Happened to Law and Economics*, in *Maryland Law Review*, 64, 2005, p. 303 ss.

²⁵ F. Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, in *Ars interpretandi*, 2013, p. 43.

²⁶ A.A. Leff, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, in *Virginia Law Review*, 60, 1974, p. 459, con tanto di graffiante precisazione: «in addition to its value as a way to continue to ignore our otherwise desperate intellectual straits».