

UNIVERSITÀ TELEMATICA PEGASO

RICERCHE DI LAW & ECONOMICS

Guido Calabresi

IL FUTURO DEL *LAW* *AND ECONOMICS*

Saggi per una rimediazione ed un ricordo

a cura di

Francesco Fimmanò e Vittorio Occorsio

Traduzione di Demetrio Maltese

Presentazione di Enrico Al Mureden



Sezione non inclusa

INTRODUZIONE

L'idea di quest'opera nasce da un convegno di studi tenutosi presso il nostro Ateneo nel maggio del 2016. Il professor Calabresi "The future of law and economics. Essays in reform and recollection", che aveva appena pubblicato per i tipi della Yale Press il suo nuovo volume ci ha riservato l'onore di essere venuto dagli Stati Uniti per tenere una *lectio magistralis* dal titolo appunto "Il futuro del *law and economics*".

Guido Calabresi ha tratteggiato, in quella occasione, l'evoluzione della teoria del "*law and economics*", quel metodo che studia l'influenza dell'economia nel sistema giuridico. Un metodo interdisciplinare di diritto e teorie economiche che ha come oggetto di indagine l'analisi economica delle norme giuridiche sia sotto il profilo positivo che nomogenetico. I problemi giuridici debbono essere analizzati e risolti attraverso una comparazione tra i diversi gradi d'efficienza economica delle molteplici soluzioni ipotizzabili. Da questo confronto, effettuato con modalità analitiche "prese a prestito" dalla scienza economica, si cerca di individuare la scelta più efficiente, ossia quella in grado di garantire a ciascun soggetto coinvolto il maggior numero possibile di vantaggi.

L'autore ha tratteggiato gli esordi di questo percorso, sin dalle prime critiche da parte degli austeri studiosi della Germania del dopoguerra (*Zweigert in primis*) e degli studiosi italiani che intendevano reagire mediante un'accentuata impronta formalistica, fino al ricordo del regime fascista (1); per poi esporre la progressiva affermazione delle sue teorie e la loro diffusione in tanti settori del diritto,

(1) Regime di cui Guido Calabresi è stato vittima: la sua famiglia ha dovuto lasciare l'Italia nel 1938 perché di stirpe ebraica. Figlio del cardiologo Massimo Calabresi e della studiosa di letteratura europea Bianca Maria Finzi-Contini, oppositori attivi del fascismo. Dopo l'entrata in vigore delle leggi razziali la famiglia Calabresi nel 1938 fugge da Milano ed emigra negli Stati Uniti, per New Haven, Connecticut, e ottiene nel 1948 la cittadinanza americana. Un aneddoto sull'incontro del padre di Guido, importante clinico allievo di Cesa-Bianchi, e Mussolini, si trova in G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano, "Alberico Gentili Lectures"*. Macerata, 19-21 marzo 2012, a cura di B. BARBISAN, Bologna, 2013, p. 90. Per una ricostruzione dello sviluppo della dottrina giuridica italiana nel secondo dopoguerra, e sul suo rapporto con il disciolto regime fascista, vedasi N. IRTI, *Una generazione di giuristi*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, p. 971 ss.

soprattutto in quello della responsabilità civile (2).

Egli è ben consapevole del potere che ha in questa veste (3), ma senza infingimenti evidenzia come sia sempre presente in lui la tensione verso una decisione “giusta”: vale la pena — egli afferma — “*cambiare un poco per risolvere un caso nella direzione giusta*”.

Il diritto — ecco che si mostra integralmente l’idealismo, ma forse meglio: il senso etico, di Calabresi — deve essere criticato (4). Ed è altrettanto evidente che laddove la critica, laddove il “cambiare un poco”, non siano possibili secondo strumenti legali, seguendo una argomentazione giuridica che non è mai *contra legem*, il potere (“creativo”, diremmo noi) del giudice si arresta. Basti pensare che, pur in un contesto di aperta indipendenza del giudice e di forte connotazione ideologica, a nessuno è mai passato pel capo di accusare Guido Calabresi (né i suoi colleghi parimenti autorevoli e “ideologizzati”) di essere “di parte”, di venire meno alla loro funzione garantista di organo giudicante. E infatti Calabresi stesso ha ricordato di come la moglie abbia dovuto acquistare un terreno per proprio conto, dove poter affiggere i *signs* che caratterizzano le campagne elettorali americane.

L’aspetto da ultimo evidenziato — questa *fairness* nei confronti della figura del giudice — è una grande risorsa dell’America, Paese cui Calabresi è infatti grato e devoto (“salvo per il mondiale di calcio”), ma cui non lèsina feroci critiche: è il tema, a lui molto caro, della pena di morte (5).

(2) E vedi ad es. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Napoli, 1961.

(3) Si tenga conto, come ricorda Guido Calabresi nel libro, che dei circa quattromila casi decisi dalla sua corte durante un anno, solo tre-quattro vengono impugnati alla Corte Suprema: per la maggior parte di essi, è dunque il giudice di ultima istanza.

(4) È evidente che nel sistema di *common law* il concetto di “diritto” è diverso dal nostro: le sue parole riprendono in qualche maniera le differenze tra *nomos* e *lex* tanto care alla tradizione greco-romana (sull’attualità del conflitto tra queste due concezioni di diritto, vedasi ad es. il saggio di N. IRTI, *Nomos e lex (stato di diritto come stato delle legge)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 589 ss.).

(5) E cfr. anche G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice*, cit., p. 85 ss. La critica alla pena di morte riprende nel pensiero di Calabresi, oltre a convinzioni etiche, anche alcune considerazioni di ordine economico (sulla mancanza di alcun effetto preventivo sul crimine che, numeri alla mano, la previsione della pena di morte comporta), su cui vedasi, nella nostra bibliografia, G. COLOMBO, *Il perdono responsabile. Si può educare al bene attraverso il male? Le alternative alla punizione e alle pene tradizionali*, Milano, 2011, *passim*.

Il contributo di Calabresi all'analisi economica del diritto è decisivo da molti punti di vista e si è sviluppato in un insieme di lavori nel corso dei quali ha visto evolvere alcune sue convinzioni, sebbene la novità del pensiero e l'originalità di alcune intuizioni siano presenti già dai primissimi scritti. Partendo dalla necessità di formulare giudizi oggettivi sugli istituti giuridici a disposizione per la risoluzione di fenomeni percepiti come di sostanziale valore sociale, Calabresi ricorre, in maniera del tutto innovativa, agli strumenti economici riconoscendone i limiti e le potenzialità. In questa logica va l'attenzione alla *tort law*, in cui era già stato fatto ricorso a criteri economici per la definizione di standard di sicurezza, nonché l'interesse agli strumenti economici per fornire una comprensione totalmente diversa del diritto, ben al di là di una semplice analisi costi-benefici (6). Questa impostazione emerge forte in *Scelte tragiche* che “...nascono dal conflitto di valori morali determinato dalla impossibilità di soddisfare la domanda per la distribuzione di beni essenziali, a causa della limitatezza delle risorse” (7).

Sul più ampio tema del confronto tra il ruolo del giudice nei sistemi americano ed italiano si è svolto, in quella stessa occasione di incastro nella nostra Università, al termine della lezione, un dibattito, che ha visto confrontarsi *Judge Calabresi* con Giovanni Salvi, Procuratore Generale della Corte di Appello di Roma. Questi ha dapprima riaffermato le differenze profonde esistenti tra i due sistemi giudiziari (circa il ruolo della giuria, ad esempio), mettendo in guardia dalle contaminazioni che possono indurre ad imitare istituti che non possono funzionare nel nostro Paese, per poi concentrarsi sui limiti del potere interpretativo del giudice, che invece accomuna in molti aspetti i due ordinamenti. Ha osservato, in tal senso, il progressivo tramonto dell'ideale astratto della verità processuale intesa come verità assoluta (“verdetto” è *verum dicere*), e il formarsi, anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana, di un concetto di verità processuale intesa come verità meramente “approssimabile”.

(6) Il limite è costituito dalla *giustizia*: “*A justiça (que não se pode confundir com a distribuição lograda da riqueza obtida) enquanto «limite» para a eficiência*” e questa stessa insieme alla *distribution of wealth* come elementi *utili*, non *importanti*, ossia come mezzi e non come fini (cfr. GREMBI, *Guido Calabresi e l'analisi economica del diritto*, in www.cleis.unisi.it/site/files/041_Grembi.pdf).

(7) G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Milano 2006.

Nel dialogo che si era così instaurato sono intervenuti alcuni giuristi presenti nel folto pubblico. Tra questi in particolare Stefano Rodotà, della cui grande persona siamo stati recentemente privati, che ha rimarcato la necessità di superare la teoria economica per poter abbracciare una visione solidaristica del diritto, in linea con i temi a lui più cari soprattutto nell'ultimo periodo della vita (8).

Il dibattito è proseguito, con autorevoli interventi (tra i quali quello di Salvatore Patti), a dimostrazione dell'interesse che le teorie di Guido Calabresi — ma, diremmo, soprattutto la sua stessa personalità — rivestono per la dottrina italiana.

Abbiamo ritenuto di dar brevemente conto di quel formidabile pomeriggio, per imprimerne nella nostra memoria il ricordo, innanzitutto della maestosa sensibilità umana del giurista. Dopotutto, *insegnare* vuol dire *lasciare il segno*, e queste pagine intendono testimoniare. È anche l'occasione per ringraziare Guido della sua presenza, insieme con Giovanni Salvi, Stefano Rodotà, e i tanti altri che sono intervenuti in quel pomeriggio, per averci concesso una finestra su vasti orizzonti del sapere e della *humanitas*.

FRANCESCO FIMMANÒ - VITTORIO OCCORSIO

(8) E cfr. ad es., solo tra i suoi ultimi libri, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012; ID., *Diritto d'amore*, Bari, 2014; ID., *Il moralista militante*, Bari, 2017: «Sono un vecchio, incallito, mai pentito moralista. La parola mi piace, perché richiama non una moralità passiva, compiaciuta, contemplativa e consolatoria, ma una attitudine critica da non abbandonare, una tensione continua verso la realtà, il rifiuto di uno storicismo da quattro soldi che, riducendo a formula abusiva l'hegeliano "tutto ciò che è reale è razionale", spalma di acquiescenza qualsiasi con

Termine estratto capitolo

PRESENTAZIONE

1. Il metodo del *Law and Economics* nel pensiero poliedrico di Guido Calabresi... — 2. ... e nella *cross-fertilization* tra Stati Uniti e Unione Europea. — 3. *Law and Economics* e responsabilità civile nello specchio della società del rischio. — 4. Il futuro del *Law and Economics* nell'era dell'intelligenza artificiale.

1. *Il metodo del Law and Economics nel pensiero poliedrico di Guido Calabresi...*

La vocazione del libro di Guido Calabresi a ripercorrere e rivisitare un pensiero scientifico sviluppato nel corso di sei decenni è posta in evidenza dal sottotitolo (“*Saggi per una rimediazione ed un ricordo*”) e costantemente testimoniata dalle numerose occasioni nelle quali l'Autore si sofferma su episodi che gli hanno consentito di porre in discussione, circostanziare, sviluppare e perfezionare tesi da lui elaborate e già da tempo affermatesi nel panorama statunitense, europeo e globale. L'attenzione di Calabresi, tuttavia, non si limita alla rielaborazione ed alla sistematizzazione, ma si proietta in un futuro nel quale il metodo del *Law and Economics* — di cui vengono delineate le peculiarità che lo caratterizzano rispetto alla *Economic Analysis of Law* (1) — appare assai fecondo di applicazioni (2).

L'assunto secondo cui l'opera può apparire inconsueta nella prospettiva del giurista di *civil law* potrebbe essere osservato alla stregua di una conferma dei giudizi costantemente espressi da eminenti giuristi (3) che, in tempi diversi, hanno promosso la

(1) Cfr. *infra* cap. I.

(2) Cfr. *infra* cap. VIII.

(3) L'invito a leggere “fuori d'ogni schematismo” il primo libro di Guido Calabresi tradotto in italiano veniva formulato nel 1975 da S. RODOTÀ, *Presentazione* di G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Traduzione di A. DE VITA, V. VARANO, V. VIGORITI, Milano, 1975, p. XLIX; sempre in questo senso, C. M. MAZZONI e V. VARANO, *Presentazione* di G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, a cura di C. M. MAZZONI e V. VARANO, Milano, 1985, p. V, nel 1985, introducono la prima edizione di un'opera che ha profondamente influenzato il pensiero giuridico avvertendo il lettore che essa indaga campi speculativi “talmente nuovi e inconsueti che il giurista continentale ne rimane perplesso”, che muove da “presupposti conoscitivi estranei al mondo

diffusione del pensiero di Guido Calabresi traducendone i libri in lingua italiana (4). In effetti, proprio le peculiari caratteristiche che hanno accompagnato l'intera produzione scientifica del Maestro possono essere osservate, a posteriori, come l'espressione di un'incomparabile capacità di coniugare lo studio del diritto con una molteplicità di prospettive, efficacemente rappresentata nel titolo del celebre articolo *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, che ricorre all'incisiva metafora della Cattedrale di Rouen osservata da Monet nelle differenti visuali determinate dai toni di luce che si susseguono nel corso della giornata (5). Da questo approccio "poliedrico" (6), incline alla contaminazione del diritto con discipline esterne ad esso (7), sensibile alle critiche mosse al punto da considerarle imprescindibili strumenti per il costante perfezionamento dei risultati consegu-

del giurista" e che utilizza "metodologie sconcertanti"; da ultimo C. M. MAZZONI, *Presentazione* di G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, Traduzione di C. RODOTÀ, *Presentazione* di C. MAZZONI, Milano, 1996, p. VII, rileva che "i vari argomenti trattati sono abbastanza inconsueti per un libro giuridico".

(4) G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970; a cui ha fatto seguito G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Traduzione di A. DE VITA, V. VARANO, V. VIGORITI, *Presentazione* di S. RODOTÀ, Milano, 1975 e, a quarant'anni di distanza, una ristampa inalterata con *Presentazione* di E. AL MUREDEN; G. CALABRESI, *Ideals, beliefs, attitudes, and the law: private law perspectives on a public law problem*, Syracuse, 1985, a cui ha fatto seguito G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, Traduzione di C. RODOTÀ, con *Presentazione* di Mazzoni, Milano, 1996; G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Tragic Choices (Fels Lectures on Public Policy Analysis)*, London, 1978 a cui ha fatto seguito G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, a cura di C. M. Mazzoni e V. Varano, Milano, 1985, e poi, a ventuno anni di distanza, una seconda edizione (G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, a cura di C.M. Mazzoni e V. Varano, II ed. italiana a cura di V. Grembi, con *Premessa* di S. Rodotà, Milano, 2006).

(5) G. CALABRESI, A. DOUGLAS MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

(6) In questo senso si esprime G. ALPA, *Il futuro del Law & Economics: le proposte di Guido Calabresi*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 601.

(7) G. RESTA, nell'ambito di un'opera concepita come una "conversazione" con Pietro Rescigno (P. RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, p. 133) coglie nel pensiero di Calabresi l'invito a "non confondere l'interdisciplinarietà con una ricezione passiva e acritica degli assiomi analitici (che di fatto nascondono scelte di valore) sviluppati da altre discipline".

ti (8), capace di trarre decisiva ispirazione dall'osservazione di vicende apparentemente banali, di superare le barriere generazionali attraverso un continuo e premuroso dialogo condotto quotidianamente con gli studenti e quelle culturali mediante l'accurata ricerca del pluralismo in tutti i gruppi di lavoro costituiti nell'ambito dell'attività accademica e giudiziaria (9), scaturisce, quale naturale conseguenza, un pensiero giuridico carico di significato anche per i cultori di altre discipline e dotato di una spiccata attitudine ad essere compreso ed apprezzato da un pubblico quanto mai vasto ed eterogeneo (10).

2. ... e nella cross-fertilization tra Stati Uniti e Unione Europea.

Il ricordo dell'opinione espressa da Konrad Zweigert — che nel corso di un seminario tenutosi al *Max Planck Institute* di Amburgo nel 1965 accolse le teorie di Calabresi affermando che esse destavano interesse, ma si collocavano al di fuori dell'ambito giuridico — e della

(8) Un esempio emblematico in tal senso è costituito dal celebre articolo che disciuse la molteplicità di prospettive nelle quali osservare le regole in materia di espropriazione e di responsabilità civile G. CALABRESI, A. DOUGLAS MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, cit.; gli spunti forniti dalle osservazioni espresse da SUSAN ROSE-ACKERMAN, *Inalienability and the Theory of Property Rights*, 85 Colum. L. Rev. 931 (1985), infatti, hanno condotto ad una rimediazione e ad un ulteriore ampliamento delle tesi formulate anni addietro ed alla pubblicazione del successivo saggio G. CALABRESI, *A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension, Law and Contemporary Problems*, Vol. 77, No. 2, 2014 Yale Law & Economics Research Paper No. 503.

(9) G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*. "Alberico Gentili Lectures". *Macerata*, 19-21 marzo 2012, a cura di B. Barbisan, Bologna, 2013, p. 39.

(10) La capacità del pensiero di Guido Calabresi di espandersi anche in contesti assai lontani e differenziati rispetto al sistema statunitense sono testimoniate in modo emblematico dal conseguimento di quasi cinquanta Lauree *honoris causa*. Tra le tante si ricordano quelle conseguite nella University of Toronto (1985) (LL. D.), nella University of Chicago (1988) (LL. D.), nella Princeton University (1992) (LL. D.), nella Stockholm University (1993) (Dott. Jur.), nella Tel Aviv University (1998) (D. Phil.) e nella Hebrew University of Jerusalem (2004) (D. Phil.). Tra le lauree conseguite in Atenei italiani si ricordano la laurea *honoris causa* in legge conseguita nell'Università di Torino nel 1982, su proposta del Prof. Rodolfo Sacco e del Prof. Norberto Bobbio e quella conferita dall'Università di Bologna (1990).

replica dello stesso Calabresi, secondo cui presto vi sarebbero rientrate a pieno titolo (11), testimonia in modo emblematico la tensione che ha caratterizzato una trasformazione tanto graduale quanto diffusa e profonda dei sistemi giuridici dell'Europa continentale nei decenni che seguirono e che tuttora appare in pieno corso.

Ad oltre cinquant'anni di distanza, l'osservazione dell'Opera di Guido Calabresi nella prospettiva dei profondi mutamenti impressi con un'intensità crescente nell'ultimo ventennio al sistema giuridico nazionale dall'armonizzazione del diritto dell'Unione Europea e dal fenomeno della globalizzazione conferma che proprio quell'impostazione così lontana dai canoni consolidati può essere osservata oggi come un'imprescindibile chiave di lettura di un sistema giuridico assai più complesso e articolato di quello che a partire dall'epoca delle codificazioni del diciannovesimo e del ventesimo secolo ha costituito il paradigma in funzione del quale sono state elaborate le categorie concettuali e le partizioni disciplinari tradizionali (12).

Il processo di integrazione che ha visto evolvere la Comunità Economica Europea in Unione Europea ed ha condotto all'armonizzazione di vasti settori del diritto degli Stati membri ha portato con sé una modalità di concepire e applicare il diritto fortemente intrisa del metodo dell'analisi economica.

Molteplici direttive e regolamenti, dichiaratamente ispirati a coniugare l'efficace funzionamento del mercato con esigenze di tutela della persona del consumatore (13) inteso come contraente debo-

(11) L'episodio è riportato da Calabresi nell'ultima pagina del libro (cfr. *infra* Capitolo 8, nota 17).

(12) La fondamentale rilevanza assunta dall'Opera di Calabresi al fine di sottolineare l'esigenza di "una rifondazione di quelle che vanno sotto il nome di "categorie giuridiche ordinanti" viene posta in evidenza da M. GRONDONA, *La lezione metodologica di Guido Calabresi*, in *Dibattito a più voci intorno al libro di Guido Calabresi « The Future of Law & Economics »*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 48, in part. p. 49.

(13) Lo stretto legame tra *consumerism* e analisi economica è efficacemente evidenziato da G. ALPA, *Introduzione*, in *Diritto dei consumatori*, a cura di G. Alpa e A. Catricalà, Bologna, 2016, p. 17 ss., il quale sottolinea come "alle scienze economiche si deve riconoscere il primato della definizione della categoria concettuale di consumo, e quindi della figura del consumatore". Sulla nascita del *consumerism* e sul suo successivo sviluppo nell'ambito del processo di globalizzazione Z. BACI, *Termini estratto capitolo* - Bari, 2007, p. 17.

Capitolo I

LAW AND ECONOMICS ED ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

IL RUOLO DEL GIURISTA

Quando fu chiesto a John Stuart Mill chi fossero le menti più brillanti del secolo (probabilmente quello compreso tra il 1750 ed il 1850), rispose con due nomi: il poeta Samuel Taylor Coleridge (forse un po' a sorpresa) e, ovviamente, Jeremy Bentham. A detta di Mill, Bentham si accostava a tutte le idee come se gli fossero totalmente estranee e, se queste non superavano il suo test (il test d'utilità), egli le rigettava perché vaghe genericità. Mill, poi, aggiunse che ciò che Bentham non capiva era che “queste genericità contenevano l'intero dominio delle esperienze umane non ancora analizzate” (1).

Secondo la mia tassonomia, Bentham può esser visto come un paradigmatico fautore dell'*Economic Analysis of Law*, mentre l'approccio di Mill precorre ciò che caratterizza il metodo del *Law and Economics* (2). In questo saggio introduttivo spiegherò in cosa consiste — a mio avviso — la differenza tra *Law and Economics* e analisi economica del diritto (*Economic Analysis of Law*) nonché il motivo per cui il pensiero di Mill e Bentham ne sia, rispettivamente, un esempio. Proporrò, quindi, esempi di dottrina di entrambi i tipi e discuterò di come questi si collochino storicamente. Da ultimo, in questo saggio analizzerò le ragioni per cui i giuristi hanno un importante ruolo da svolgere nell'ambito del *Law and Economics* e, in modo particolare, neisuoifuturi sviluppi. Ciò costituirà una sorta di introduzione ai sette saggi che seguiranno e che formano il nucleo centrale di questo libro. In questi saggi farò ricorso al metodo del *Law and Economics* al fine di considerare cosa si

(1) John STUART MILL, *Bentham*, in *Mill on Bentham and Coleridge* 39, 59 (F.R. Leavis ed., 1980).

(2) A differenza di altri, io distinguo fra “*Economic Analysis of Law*” e “*Law and Economics*”. V. Robert COOTER, Thomas ULEN, *Law And Economics* (6 ed. 2012). Altri ancora distinguono secondo modalità molto diverse rispetto a quelle che io adotto. V. Alain MARIANO, Giovanni B. RAMELLO, *Consent, Choice, and Guido Calabresi's Heterodox Economic Analysis of Law*, 77 *Law & Contemp. Prob.* 97, 97-98 (2014).

intenda per *merit goods* e perché la teoria economica debba delineare due tipi molto diversi tra loro di questi beni (capitoli 1, 2 e 3); di analizzare le ragioni della persistenza dell'altruismo e delle istituzioni *non profit* e delle implicazioni che essa comporta per la teoria economica (capitolo 4); ciò che il ricorso ad un rimedio risarcitorio può dirci, nella pratica, riguardo alla relazione tra mercati e autoritatività (capitolo 5); cosa l'economia, sebbene lo neghi, spesso dice riguardo alla meritevolezza di diversi gusti e valori e perché lo fa (capitolo 6) e cosa l'economia può propriamente, e con molta utilità, dire circa la formazione di gusti e valori (capitolo 7).

A.

Ciò che definisco *Economic Analysis of Law* ricorre alla teoria economica per analizzare il mondo del diritto. Lo esamina dal punto di vista della teoria economica e, come risultato di questa analisi, conferma, pone in dubbio e, spesso, cerca di riformare la realtà giuridica. In effetti agisce da fulcro archimedeo sul quale posizionare una leva; una leva che permette allo studioso, quando l'operazione sottesa è portata avanti in maniera adeguata, di argomentare in favore di un cambiamento del sistema giuridico. Nella sua versione più aggressiva e riformista, se rinviene che il sistema giuridico non sia adatto, ne dichiara l'irrazionalità. Questo, ovviamente, è esattamente ciò che Bentham era solito fare quando testava leggi e comportamenti basandosi sull'utilitarismo e, nei suoi momenti più radicali, liquidava ciò che non soddisfaceva detto test come insensato o, peggio ancora, "insensatezza sui trampoli" (3).

Ciò che definisco metodo del *Law and Economics*, invece, si apre in maniera agnostica ad accettare il mondo così com'è, così come il giurista lo descrive. Quindi muove a verificare se la teoria economica può spiegare quel mondo, quella realtà. Qualora ciò non sia possibile, anziché liquidare automaticamente quel mondo come irrazionale, pone due domande.

La prima è: i giuristi che stanno descrivendo quella realtà giuridica stanno guardando al mondo così come esso è? O v'è qualcosa nel loro modo di vedere la realtà che li ha condotti ad interpretarla scorrettamente? Questa domanda è quella che Mela-

(3) MILL, *supra* nota 1, a 59.

med ed io abbiamo posto nel nostro articolo oggi comunemente noto come “la Cattedrale” (4).

Il semplice modello economico che lì abbiamo sviluppato suggeriva che vi dovrebbero essere situazioni in cui la legge permetta al soggetto che subisce una turbativa nell’esercizio dei suoi diritti di rimuovere tale turbativa; ma che al contempo imponga a questi soggetti di risarcire il danno subito dall’autore di quest’ultima, cioè compensarlo per il danno che la rimozione della turbativa gli ha causato. Tuttavia, non vi era alcun caso del genere nella letteratura giuridica (5). Aniché etichettare sbrigativamente la realtà giuridica come irrazionale, la abbiamo osservata più attentamente. È divenuto così subito evidente che, per buone ragioni il cui fondamento è da rinvenire nelle limitate capacità delle corti, non vi potrebbe essere alcun giudizio d’appello in cui questa regola dei *reverse damages* potrebbe trovare applicazione. Ed era a quella circoscritta realtà giuridica dei giudizi d’appello che i giuristi della responsabilità extracontrattuale stavano guardando. Se, invece, si espandesse la realtà giuridica così da ricomprendervi i procedimenti di assunzione delle decisioni amministrative, il “mondo” sarebbe apparso pieno di occasioni per l’applicazione della regola dei *reverse damages* (6). In altre parole, la teoria economica è servita per condurre i giuristi ad una più attenta e comprensiva lettura della realtà giuridica.

Se, tuttavia, nonostante una lettura più comprensiva della realtà giuridica si giunge a scoprire regole e prassi che la teoria economica non può spiegare, il metodo del *Law and Economics* pone una seconda domanda: è possibile potenziare la teoria economica, rendendola più ampia ovvero più raffinata (senza per ciò farle perdere le caratteristiche che le danno coerenza, rendendola potente così com’è) di modo da consentirle di spiegare il mondo del diritto sì come si dà? Se una teoria più sfumata e graduata può far

(4) Guido CALABRESI, A. Douglas MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

(5) *Spur v. Del Webb* è stato deciso poco dopo; era ed è un caso fortemente atipico. V. *Spur Indus., Inc. v. Del E. Webb Dev. Co.*, 494 P. 2d 700 (1972) (en banc).

(6) Per esempio, abbiamo notato che in diverse occasioni l’espropriazione per pubblica utilità funziona allo stesso identico modo. V. CALABRESI & MELAMED, *supra* nota 4, a 1117, n. 58.

ciò, il metodo del *Law and Economics* allora prospetta la possibilità che una simile e più ampia teoria economica possa essere usata più largamente. Suggestisce, cioè, che i cambiamenti cui la teoria economica è stata sottoposta per consentirle di spiegare in modo più convincente una specifica realtà giuridica vengono elevati al rango di parti integranti della teoria economica *tout court*.

In un certo senso, questo è ciò che i fondatori della cosiddetta economia comportamentale hanno brillantemente fatto riguardo ad una serie di questioni. Le osservazioni dei comportamenti, svolte da eminenti cultori della psicologia empirica, hanno spiegato il senso di azioni alle quali la teoria economica tradizionale non riusciva a fornire una giustificazione (7). I dati erano convincenti e molto ben documentati. Invece di ignorare un dato comportamento ovvero liberarsene etichettandolo come irrazionale o inspiegabile — come per un consistente periodo di tempo molti economisti tradizionali hanno fatto — gli economisti comportamentali hanno usato quei dati per far soffiare un vento di cambiamento negli studi economici. E così — senza sorprese e, anzi, coerentemente con quanto sto qui sostenendo — l'innovata teoria è stata usata per esaminare e spiegare con successo altre aree fenomenologiche (inclusi, soprattutto, diversi rapporti giuridici) che non erano state

(7) Per esempio, Daniel Kahneman e Amos Tversky hanno dimostrato che il modo in cui si formulano le decisioni o si classificano le scelte porta a violazioni persistenti del principio di invarianza — “rappresentazioni diverse dello stesso problema di scelta dovrebbero produrre la medesima preferenza” — in precedenza si credeva che fosse un elemento essenziale dei processi decisionali razionali. AMOS TVERSKY, DANIEL KAHNEMAN, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, J. Bus., Ott. 1986, a 251, 253-62. Per chiarire, si prenda ad esempio questo banale aneddoto personale: dopo la laurea allo Yale College nel 1953, io e i miei coinquilini abbiamo acquistato varie bottiglie di quell'annata di Chateau Mouton Rothschild in vista di una futura riunione. Venticinque anni dopo quel vino era considerato uno dei migliori del secolo e si vendeva per migliaia di dollari a bottiglia. Tutti insieme abbiamo deciso di godercelo in compagnia di alcuni ex compagni di corso, anche se non avremmo mai acquistato il vino a quel prezzo. Da un punto di vista tipico dell'economia tradizionale, non ci sarebbero dovute essere differenze fra aver acquistato quelle bottiglie nel 1978 a migliaia di dollari o aver bevuto quello stesso vino acquistato nel 1953. Anche in lavori precedenti Kahneman e Tversky avevano notato numerosi pregiudizi nozionistici non considerati dalla teoria economica tradizionale. V. AMOS TVERSKY, DANIEL KAHNEMAN, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 Sci. 1124 (1974).

Capitolo II

I MERIT GOODS

COMMODIFICATION E COMMANDIFICATION

A. La definizione dei *merit goods*

Parecchi anni fa, Richards Musgrave ad Harvard e James Tobin a Yale hanno invitato ad una riflessione circa l'esistenza di categorie di beni che la nostra società (e, invero, molte altre) non permette siano allocati secondo gli stessi meccanismi cui è soggetta la gran parte degli altri beni (1). Li definirono "*merit goods*", chiarendo che essi sono funzionali a soddisfare desideri meritevoli di tutela. Affermarono, poi, che ciò che caratterizza questi beni è che le decisioni circa il loro acquisto ed uso non riflettono adeguatamente i costi sopportati dagli altri consociati ed i benefici da questi goduti. Scrissero che vi sono utilità e passività rispetto alle quali le scelte individuali basate sull'economia di mercato non considerano adeguatamente i costi e i benefici esterni che derivano dalla loro produzione e dal loro consumo (2).

Pur potendoci trovare d'accordo, tuttavia questa definizione non risulta particolarmente utile. Le decisioni individuali rispetto a qualunque bene creano esternalità, sia positive che negative. E, così come dimostrato da Coase, il mercato opera (nei limiti dei costi di transazione) per ridurre o eliminare queste esternalità (3). Inoltre, mentre è generalmente vero che la gran parte dei beni e delle passività hanno delle esternalità, se si guarda a questi beni e passività che, nel mondo del diritto, sono per lo più i beni di merito, si capisce che le esternalità a questi associate sono diverse dalle esternalità con cui, normalmente, si è a lungo confrontata la teoria economica.

È certamente vero che la tua decisione di non sottoporre alla

(1) Richard A. MUSGRAVE, *The Theory Of Public Finance: A Study In Public Economy* (1959); James TOBIN, *On Limiting the Domain of Inequality*, 13 J.L. & Econ. 263 (1970).

(2) V. MUSGRAVE, *supra* nota 1, a 13-15; TOBIN, *supra* nota 1, a 266-67.

(3) R. H. COASE, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & Econ. 1 (1960). Potrebbe non essere altrettanto evidente il fatto che le società scelgano anche di prendere decisioni autoritative per ridurre o eliminare tali esternalità.

manutenzione la tua casa impone dei costi su di me, il tuo vicino. E questi costi non sono semplicemente legati alla diminuzione del valore di mercato della mia casa perché è situata accanto ad una baracca. Altri costi possono essere, ad esempio, un maggior pericolo di incendio della mia abitazione a causa delle pessime condizioni in cui la tua è tenuta. Eppure, mi pare di poter argomentare, non sono queste esternalità — oggi analizzate in modo adeguato dalla teoria economica — che inducono le persone a considerare l'abitazione come un bene diverso dagli altri beni ordinari. Non sono queste esternalità tradizionali che fanno in modo che si applichi la terminologia di Musgrave/Tobin all'abitazione, al punto da definirla *merit good* (4). Ma allora, cosa sono i *merit goods* (e i *merit bads*) nella nostra società? Cos'è che li rende diversi dagli altri beni (e dalle altre passività) e cosa significa per la teoria economica concentrarsi su di essi? O, in altri termini e per far risuonare il *leitmotiv* di questo libro: (a) quali sono le esternalità specifiche di alcuni beni e passività tali da renderli — nel mondo reale — diversi dal resto dei beni e delle passività? (b) che significato ha riconoscere l'esistenza di questi beni per la teoria economica se essa deve spiegarne la presenza quasi universale? E (c) come può lo sviluppo di una simile teoria economica renderla maggiormente in grado di confrontarsi, spiegare e, magari, riformare altri istituti e rapporti giuridici?

Credo che quelli che vengono correttamente denominati *merit goods* siano di due tipi. Alcuni sono beni che un considerevole numero di individui non vuole abbiano un prezzo. Cioè, in termini più convenzionali, sono beni rispetto ai quali la determinazione del prezzo, di per sé, causa una diminuzione dell'utilità conseguita da un considerevole numero di individui. Sono “perle senza prezzo” — o, almeno, ci piace intenderli così — la cui mercificazione è *di per sé* costosa (5). Ma altri beni, correttamente definiti *merit goods*, non subiscono negativamente la determinazione di un prezzo. Sono beni per i quali avere un prezzo di mercato non è di per sé costoso ma la cui allocazione mediante i prevalenti meccanismi distributivi non è affatto desiderabile per la maggior parte delle persone. Non è la

(4) Ma V. *infra* Capitolo 4, Sez. A (si discute del ruolo del vantaggio comparativo per determinare quali siano, concretamente, i beni definiti *merit goods* in qualsiasi società).

(5) V. Margaret Jane RADIN, *Contested Commodities* (1996).

determinazione di un prezzo ad essere sgradita ai consociati; è la possibilità che i ricchi hanno di appropriarsene più di quanto non possano fare i poveri a rendere l'allocazione basata su strutture ordinarie di mercato inaccettabile e "costosa" per troppe persone nella misura in cui essa causa una diminuzione di utilità.

Vi è, evidentemente, un'area di sovrapposizione tra queste due categorie di beni e passività. Cioè, ve ne sono alcuni per cui la fissazione di un prezzo determina costi esterni notevoli e la cui allocazione (sia mediante un sistema basato sul prezzo o altrimenti) segue le differenze di ricchezza così determinando una considerevole diminuzione di utilità esterne. Ma vi sono anche molti altri tipi di beni, così come spero di dimostrare a breve, ai quali si applica, in modo preminente, una sola delle due fonti di costi sopra descritte. Di conseguenza, queste due diverse categorie di *merit goods* possono essere analizzate in modo più efficace se trattate separatamente. Entrambe le categorie di *merit goods* differiscono dai beni la cui allocazione di mercato conduce a costi esterni più tradizionali (ad esempio, il caso dell'incendio della casa summenzionato). Alcuni di questi beni che causano esternalità possono ovviamente sovrapporsi con entrambe le categorie di *merit goods* che ho appena indicato. Tuttavia la differenza nel tipo di costi esterni che questi beni tradizionali causano, soprattutto i costi legati a quelli che definisco *merit goods*, rendono un'analisi unitaria sostanzialmente inutile.

Vi è, inoltre, un aspetto che rende le due categorie di *merit goods* ad un tempo simili e differenti rispetto ai beni che comportano costi esterni. A tal fine appare utile sottolineare e analizzare tale profilo di similitudine. I costi esterni che i beni che io chiamo *merit goods* comportano sono *sofferenze psicologiche* patite dagli altri consociati a seguito dell'allocazione di detti beni tramite il mercato. Il costo esterno connesso a questi beni — nelle ipotesi in cui il loro prezzo viene determinato ed essi sono allocati mediante meccanismi di mercato — è la sofferenza sopportata dai consociati che non approvano quella modalità di determinazione del prezzo. Da questo punto di vista, sono costi più simili ai costi morali che non ai più immediati costi economici. Ma ciò non li rende meno veri o meritevoli di considerazione, né, per ragioni che spiegherò, la teoria economica può ignorare i costi morali esterni se intende spiegare il mondo delle concrete relazioni giuridiche.

La mia obiezione a ciò che fai e che io ritengo essere immorale — sia che si tratti di sapere che stai facendo qualcosa che aborro o

vedertela fare in pubblico (si pensi alle condotte sessuali che ad alcuni causano ribrezzo) — non è meno vera e costosa, per me, del dolore che provo se mi dai un pugno in faccia. Queste riflessioni trovano puntuale conferma nel pensiero espresso tempo addietro da un autorevole giurista come Robert Bork (6). Una società può scegliere, come Mill ha tra l'altro suggerito (7), di ignorare o superare tutti questi costi “moralì” o alcuni di essi, buone o cattive che siano le ragioni sottese a questa scelta (8); così come può scegliere di superare o ignorare ogni altro tipo di costo più tradizionale. In ogni caso una simile scelta non rende detti costi meno veri e concreti. Pertanto gli economisti non possono di certo ignorarli, muovendo dall'assunto secondo cui i gusti e i valori non rientrano nel loro ambito di competenza (9).

I costi legati ai *merit goods* sono quindi costi morali. Essi, tuttavia, non sono costi morali diretti. Essi sono più complessi dei costi con cui si confronta ordinariamente l'economia, in quanto non rappresentano soltanto ciò che tradizionalmente viene definito esternalità ma costituiscono una tipologia di esternalità più specifica che può definirsi esternalità morale. Anche questa circostanza, tuttavia, non li rende meno veri o importanti. Il dolore che soffro nel constatare che la mia “vita” viene valutata con un prezzo ben definito è reale. Ed altrettanto reale è il dolore patito nel vedere che è il ricco ad acquistare organi e tessuti che, per lo più, solo il povero vende. Il fatto che una simile dinamica sia ragionevole o non accettabile costituisce una valutazione non rilevante in questa fase dell'analisi. Ciò che è importante, tuttavia, è che questi costi morali esterni ed indiretti sono più difficili da internalizzare ricorrendo a transazioni coasiane di quanto non lo siano le esternalità tradizionali. Invero, quanto a questi costi, una internalizzazione coasiana è quasi sempre impossibile. Parimenti significativo è il

(6) Robert BORK, *Neutral Principles and Some First Amendment Problem*, 47 Indiana L.J. 1, 9-11 (1971).

(7) V. JOHN STUART MILL, *On Liberty*, in *On Liberty And Other Essays* 5, 93-103 (John Gray ed., Oxford Univ. Press 1991) (1859).

(8) V. *infra* Capitolo 7, Sez. A, B (si mostra come gli economisti spesso ignorino certi costi morali); cfr. Guido CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, And The Law: Private Law Perspectives On A Public Law Problem* 69-86 (1985) (si indaga sul perché tradizionalmente la legislazione in materia di responsabilità civile non risarcisca i danni morali).

(9) V. Termine estratto capitolo

Capitolo III

MERIT GOODS E DISEGUAGLIANZA

A.

Per quanto la precedente categoria di *merit goods* possa ritenersi significativa, ritengo che essa non sia neppure lontanamente paragonabile in termini di importanza e diffusione alla seconda: la categoria di *merit goods* per i quali non si ritiene deprecabile la fissazione di un prezzo, quanto piuttosto che la loro allocazione dipenda da una distribuzione altamente iniqua della ricchezza.

Credo si possa affermare che la nostra società sia fortemente ambivalente nei confronti delle disparità di ricchezza. Da una parte, molti ritengono che siano necessarie e inevitabili al fine di garantire la persistenza di incentivi funzionali a sviluppare e produrre i beni che la società desidera. E ciò vale in modo particolare se, come si osserverà nel capitolo 8, ciò che la società ritiene desiderabile è relativamente raro. A quanto pare, le significative disparità di ricchezza costituiscono il risultato necessario del nostro desiderio di avere una grande torta ripiena di qualsiasi frutto relativamente raro. E tuttavia molti ritengono che le disparità esistenti non siano giuste o corrette in senso fondamentale. Secondo questa lettura, la maggiore ricchezza spesso non è il risultato di un grande merito, quanto piuttosto un accumulo dovuto al concatenarsi di eventi casuali non particolarmente influenzati dai meriti del soggetto arricchito.

Le profonde disparità di ricchezza possono essere determinate dalla condizione di povertà o agiatezza nella quale si nasce, dalla famiglia e dall'ambiente che si ha la fortuna o la sfortuna di ereditare o dalle caratteristiche mentali e fisiche che si possiedono — una mente brillante, una bellezza straordinaria, un'abilità atletica naturale da un lato, e capacità pressoché minime dall'altro. In ogni caso, queste fonti di disuguaglianza hanno poco o nulla a che vedere con il merito. Tuttavia, se le caratteristiche che possediamo — per quanto immeritate — devono essere trasformate in azioni e prodotti desiderati dalla società — nel bene comune, per così dire — allora appaiono necessari incentivi che consentano di sviluppare e utilizzare queste capacità. Sia che si tratti di incentivi positivi (ricompense finanziarie), sia che si tratti di incentivi di tipo negativo

(punizioni in caso di obiettivi mancati), il risultato è la disuguaglianza. Poiché in genere nella nostra società si preferiscono le ricompense economiche rispetto alle punizioni, la disuguaglianza si misura principalmente in termini di ricchezza (1). Non sorprende, dunque, che gli atteggiamenti nei confronti delle disparità di ricchezza siano ambivalenti e che per certi versi vorremmo entrambe le cose, essere uguali e tuttavia mantenere gli incentivi (2).

Detta ambivalenza assume varie forme; questa discussione si concentra su una di esse. Molti nella nostra società credono che alcuni beni (e passività) dovrebbero essere messi a disposizione (o imposti) secondo modalità peculiari, diverse rispetto a quelle che caratterizzano la pluralità dei beni (e delle passività), ossia che non dipendono primariamente dalla distribuzione prevalente della ricchezza. Rovesciando i termini della questione, molti nella società sono infelici, soffrono e si oppongono a tale risultato nella misura in cui questi beni sono conseguiti e queste passività vengono evitate in funzione della ricchezza. In un linguaggio economico più tradizionale: l'allocazione di questi beni secondo la distribuzione prevalente della ricchezza comporta costi morali esterni significativi.

Non sorprende che il risultato sia che questi beni (e passività) spesso *non* sono allocati attraverso il mercato ordinario, ma in moltissimi altri modi. Ritengo che questi metodi allocativi alternativi siano stati una conseguenza del desiderio di ridurre il peso di

(1) Il fatto che negli Stati Uniti molte persone siano in prigione — molte di più che in qualunque altro paese — suggerisce che spesso gli incentivi possono condurre a soluzioni negative. In ogni caso, appare piuttosto evidente che un ricorso frequente alla detenzione generi altrettante disuguaglianze. V. ad es. Michelle ALEXANDER, *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness* (2013); Bruce WESTERN, *Punishment and Inequality in America* (2006).

(2) V. ad es. Michael H. SHAPIRO, *Who Merits Merit? Problems in Distributive Justice and Utility Posed by the New Biology*, 48 S. Cal. L. Rev. 318 (1974) (descrive i “resource attractors” come “merit attributes” nel contesto dei *distributive justice claims*); V. ad es. anche Marjorie E. KORNHAUSER, *The Morality of Money: American Attitudes Toward Wealth and the Income Tax*, 70 Ind. L.J. 119 (1994) (approfondisce l’ambivalenza degli americani nei confronti della ricchezza nel diritto tributario); Marjorie E. KORNHAUSER, *Equality, Liberty, and a Fair Income Tax*, 23 Fordham Urb. L.J. 607 (1996) (descrive il nesso fra accumulo ed egualitarismo dell’”individualismo economico e morale”).

tali costi morali esterni da parte di chi ne fosse afflitto (3). Tuttavia, come spesso accade nel caso di azioni collettive volte a ridurre i costi morali, questa risposta non è stata analizzata o elaborata in maniera approfondita. Le persone hanno semplicemente agito. Per questo motivo, e poiché spesso questi beni non sono stati oggetto di studi sistematici, non è affatto chiaro se il modo in cui vengono gestiti oggi sia il migliore per combinare e raggiungere i nostri obiettivi confliggenti. Inoltre, poiché alcuni di questi beni (e passività) per certi versi si sovrappongono ai *merit goods* discussi in precedenza — cioè quei beni per i quali la determinazione di un prezzo è di per sé materia di discussione — molti dei *merit goods* attribuiti in funzione della distribuzione della ricchezza sono stati semplicemente rimossi dal mercato. Ciò è avvenuto nonostante l'allocazione basata su logiche di mercato potesse comportare grandi vantaggi, a condizione che non fosse effettuata in funzione della distribuzione prevalente della ricchezza (4).

(3) Fin dai tempi di Coase sappiamo che i costi esterni tendono a ridursi, che se ci sono costi esterni spesso le persone tentano di ridurli pagando coloro le cui attività impongono tali costi affinché non le svolgano. Siamo meno propensi a concepire l'internalizzazione delle esternalità attraverso il controllo in termini coasiani. Tuttavia, che la si concepisca in questi termini oppure no, la riduzione di questi costi avviene sia attraverso i mercati sia attraverso il controllo pubblico e dovremmo aspettarci che la stessa tendenza valga anche per i costi *morali* esterni qui discussi. In altre parole, una modalità con la quale le persone possono lavorare per ridurre i costi morali è il controllo pubblico, il divieto delle attività illecite. Un'altra modalità è il ricorso a un comportamento altruistico con prassi simili a quelle del mercato — per esempio, se mi offende che tu venda un rene posso pagarti affinché tu non lo faccia. In teoria non c'è nulla che impedisca di ridurre i costi morali esterni in un modo o nell'altro. Naturalmente, nel caso della vendita di organi è improbabile che si possa raggiungere il tipo di internalizzazione del mercato degli altri casi. Tuttavia, se anche in un certo qual modo fosse raggiungibile, potremmo integrarla con una forma di internalizzazione attraverso il controllo pubblico.

(4) Molti hanno espresso un parere favorevole al mercato dei trapianti degli organi; questo potrebbe comportare molti risvolti positivi, incluso quello della creazione di incentivi per accrescere la disponibilità di organi. V. ad es. Lloyd R. COHEN, *Increasing the Supply of Transplant Organs: The Virtues of a Futures Market*, 58 *Geo. Wash. L. Rev.* 1 (1989); Jesse DUKEMINIER, Jr., *Supplying Organs for Transplantation*, 68 *Mich. L. Rev.* 811 (1970) (il quale suggerisce varie alternative alla vendita diretta e sostiene che per accrescere la disponibilità potrebbe essere necessaria una forma di remunerazione). Tuttavia potrebbero manifestarsi difficoltà maggiori nella creazione di mercati per casi concernenti organi o tecno-

Occorre ora concentrare l'attenzione su alcuni beni e passività particolari che, a mio avviso, ricadono in questa seconda categoria di *merit goods*, che limitano la disuguaglianza. Si tratta di un gruppo di beni profondamente vario, e questa è una caratteristica importante, poiché potrebbe suggerire che sia appropriato trattarli diversamente a seconda della loro natura. Tali beni e passività vanno dal servizio militare (in particolare in tempi di guerra) al diritto ad avere dei bambini e ottenere varie parti del corpo (sangue, ovuli e liquido seminale, midollo osseo, reni, ecc.), al diritto di influenzare le elezioni con contributi alle campagne elettorali. Potrebbero essere inclusi anche i diritti a un determinato livello di istruzione e assistenza medica, e magari persino a un certo grado di protezione ambientale (5). Negli Stati Uniti nessuno pone in dubbio che questi beni possano essere assoggettati a forme ordinarie di economia di mercato e quindi acquistati o venduti. Alcuni, come il servizio militare, sono stati effettivamente acquistati e venduti in passa-

logie salvavita. V. ad es. *infra* nota 36; V. ad es. anche I. GLENN COHEN, *Regulating the Organ Market: Normative Foundations for Market Regulation*, 77 *Law & Contemp. Probs.* 71 (2014) (nel quale si illustrano le argomentazioni contrarie a un libero mercato degli organi insieme a vari meccanismi di regolamentazione che ogni argomentazione giustificerebbe).

(5) Richard A. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, 13-14 (1959); Richard A. MUSGRAVE, *Merit Goods*, 3 *The New Palgrave: A Dictionary of Economics* 452 (John Eatwell et al. eds., 1987) (l'assistenza sanitaria viene vista come un esempio di *merit good*); Edward D. BURMEISTER, Jr., *Note, Cost-Benefit Analysis and the National Environmental Policy Act of 1969*, 24 *Stan. L. Rev.* 1092, 1108 (1972) (“L’argomentazione secondo la quale il processo politico sia il modo appropriato di prendere delle decisioni, dunque, sostiene che la tutela dell’ambiente sia un *merit good* — che il valore delle amenità ambientali dovrebbe essere determinato su base egualitaria, in considerazione dei compromessi fra la qualità ambientale e altri *merit goods*, e dal punto di vista delle preoccupazioni di carattere sociale piuttosto che in virtù dell’interesse personale privato.”); Steven J. EAGLE, *Environmental Amenities, Private Property, and Public Policy*, 44 *Nat. Resources J.* 425, 436 (2004) (“Un problema legato alla valutazione delle amenità ambientali è l’affermazione della loro natura di ‘*merit goods*’”); V. ad es. anche Endre STAVANG, *Tolerance Limits and Temporal Priority in Environmental Civil Liability*, 17 *Int’l Rev. L. & Econ.* 553 (1997); Endre STAVANG, *Property in Emissions: Analysis of the Norwegian GHG ETS with References also to the UK and the EU*, 17 *Env’tl. L. & Mgmt.* 209 (2005) (in cui si sottolinea l’importanza

Termine estratto capitolo

Capitolo IV

I MERIT GOODS IN GENERALE

APPLICAZIONI SPECIFICHE E RIFLESSIONI CONCLUSIVE

A.

Cosa possiamo dire adesso, quindi, dei *merit goods*, (a) per definirli; (b) su come possano essere gestiti al meglio; e (c) sul perché una società potrebbe volerli gestire in questi modi piuttosto che alterando la distribuzione generale della ricchezza (1)? Consideriamone alcuni che, a mio parere, rientrano nella categoria e altri che potrebbero farne parte o meno.

Fra i beni e le passività che ho inserito — implicitamente e talvolta esplicitamente — nel gruppo dei *merit goods* che le persone non accettano di far dipendere dalla distribuzione della ricchezza rientrano il servizio militare, le parti del corpo trapiantabili, i diritti ad avere figli e i contributi alle campagne elettorali. Gli altri — la cui gestione, nelle nostre società o in società affini alle nostre, suggerisce che potrebbero rientrare nella categoria — sono un livello basilare di istruzione, l'assistenza sanitaria e la protezione dell'ambiente. Per la maggior parte di questi beni, pare probabile che una grande quantità di persone possa dire: “sarebbe sbagliato che la loro allocazione permetta ai ricchi di accedervi, ma non lo consenta ai poveri”. Come ho già detto, il punto non è capire

(1) V. ad es. Louis KAPLOW, Steven SHAVELL, *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. Legal Stud. 667 (1994) (si argomenta riguardo al fatto che la redistribuzione attraverso il sistema dell'imposta sul reddito è superiore alla redistribuzione attraverso norme come quali quelle in materia di responsabilità civile). Ronen AVRAHAM et al., *Revisiting the Roles of Legal Rules and Tax Rules in Income Redistribution: A Response to Kaplow & Shavell*, 89 Iowa L. Rev. 1125 (2004); Zachary LISCOW, *Note, Reducing Inequality on the Cheap: When Legal Rule Design Should Incorporate Equity as Well as Efficiency*, 123 Yale L.J. 2478 (2014); Chris SANCHIRICO, *Taxes Versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View*, 29 J. Legal Stud. 797 (2000); Lee Anne FENNELL, Richard H. McADAMS, *The Distributive Deficit in Law and Economics* (Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics No. 713, 2015). L'idea per cui la redistribuzione generale del reddito dovrebbe avere la priorità su specifiche allocazioni di beni o diritti è stata espressa ampiamente anche da Milton Friedman. V. ad es. Milton FRIEDMAN, *Capitalism And Freedom*, 190-95 (1962).

perché molte persone la pensino così, e con una tale intensità, per alcuni beni e meno per altri. Chiedersi se tali atteggiamenti siano “giusti”, “sensati” — oppure, come a volte capita, “se siano coerenti con l’ottimo paretiano” (2) — significherebbe esprimere quelle valutazioni sui gusti e sui valori che l’economia dichiara di voler evitare. Sarebbe sbagliato, come illustrerò più dettagliatamente in saggi successivi (nei quali considererò anche ciò che, al contrario, l’economia possa e debba dirci su gusti e valori), proprio come sarebbe sbagliato chiedere perché alcune persone gradiscano il caviale e altre le banane.

Se un numero sufficiente di persone “si oppone” all’allocazione di questi beni e passività secondo la distribuzione prevalente della ricchezza e “soffre” nel caso venga condotta secondo questo criterio, allora occorre prendere in considerazione il costo di questa sofferenza, proprio come non può essere ignorato il desiderio o il disgusto di un gran numero di persone nei confronti di qualunque altro bene o passività più tradizionale. Certamente è opportuno esaminare il fatto per cui esistano modi diversi di ridurre i costi morali relativi alla distribuzione della ricchezza, che abbiano minori o maggiori costi propri. Per certi versi, però, gli economisti devono dare per assodata l’esistenza di questi costi, come assodati sono i costi di produzione di una quantità ottimale di beni tradizionali. Inoltre, è un dato di fatto che spiega molte delle strutture giuridiche presenti intorno a noi. Questo dato di fatto, se trattato in quanto tale, aiuta a criticare, modificare o confermare l’auspicabilità delle specifiche strutture giuridiche utilizzate. Vale la pena cercare modalità meno “costose” di allocare i *merit goods*, proprio come vale la pena cercare di trovare delle modalità più efficienti per produrre il grano!

Ma non sarebbe forse lo stesso se si chiedesse a molte persone di esprimersi su — virtualmente — qualsiasi bene? Non direbbero forse che sarebbe meglio se quel bene fosse allocato in maniera più indipendente dalla distribuzione esistente della ricchezza rispetto a quanto sia in realtà? Eppure, la maggior parte di questi beni e passività continua a essere allocata sulla base della distribuzione prevalente della ricchezza. Perché? Comprenderne il motivo è importante se vogliamo capire come vengono gestiti i *merit goods* e

(2) V. ad es. Louis KAPLOW, Steven SHAVELL, *Fairness Versus Welfare* (2002).

secondo quali modalità dovrebbero essere allocati. La ragione sta nell'ambivalenza già menzionata che molte persone avvertono nei confronti dell'uguaglianza, e che si manifesta in molte delle nostre strutture giuridiche. Da una parte, molti preferiscono l'uguaglianza alla disuguaglianza (3). Dall'altra, molte di queste stesse persone credono che una parte considerevole delle disuguaglianze sia inevitabile se si vogliono mantenere gli incentivi necessari a una maggiore disponibilità di beni da condividere (seppur in maniera iniqua) (4).

È questa ambivalenza a spiegare il paradosso apparente descritto sopra. Se solo fosse coinvolto il bene specifico sulla cui allocazione le persone hanno espresso la propria opinione, allora la sua distribuzione "equa" (5) farebbe crescere il desiderio di una maggiore uguaglianza e l'effetto negativo sugli incentivi sarebbe minimo, poiché sarebbe stato rimosso dall'allocazione ordinaria di mercato solo quel bene. Il vantaggio in termini di uguaglianza — il *piacere* — supererebbe qualsiasi perdita negli incentivi — il *costo!* Ecco, quindi, la risposta (6). Ma poiché il bene in questione è

(3) Naturalmente "uguaglianza" ha molti possibili significati diversi. V. ad es. Amartya SEN, *Equality of What?*, in *Equal Freedom: Selected Tanner Lectures On Human Values*, 307 (Stephen Darwall ed., 1995). Vi è persino chi non attribuisce alcun valore all'uguaglianza. V. ad es. Friedrich A. HAYEK, *The Atavism of Social Justice*, in *New Studies In Philosophy, Politics, Economics And The History Of Ideas* (1978).

(4) V. ad es. Arthur OKUN, *Equality And Efficiency: The Big Trade Off* (1975); Lee Anne FENNELL, Richard H. MCADAMS, *Fairness In Law And Economics* (2013) (in particolare la Parte II Sez. A, nella quale si discute riguardo alle interazioni tra fra correttezza ed efficienza). Persino John Rawls ha dichiarato che la disuguaglianza può generare degli incentivi vantaggiosi per l'intera società. V. ad es. John RAWLS, *A Theory Of Justice*, 151, 158, 279 (1971).

(5) Anche in questo caso, l'"uguaglianza" nella distribuzione di un bene ha molti significati possibili. Potrebbe trattarsi dell'uguaglianza nella distribuzione di quel bene, dell'uguaglianza dei ricavi marginali ottenuti dal bene, dell'uguaglianza in termini di possibilità di godere di quel bene, e così via. V. ad es. SEN, *supra* nota 3.

(6) Esiste una differenza importante fra decidere come allocare i beni e le passività in un caso particolare e decidere come allocarli in generale. Una regola apparentemente corretta dal punto di vista morale in determinate circostanze potrebbe non funzionare se imposta all'intera società. Per esempio, in un certo caso una giuria potrebbe stabilire il pagamento di ingenti risarcimenti a una persona vittima di illeciti. Allo stesso tempo, la medesima giuria potrebbe prendere una decisione completamente diversa se questa dovesse applicarsi a tutte le

leggermente diverso dalla grande maggioranza dei beni, per logica e in concreto la sua rimozione dal mercato comporterebbe anche la rimozione di molti altri beni, e ciò porterebbe a un'inaccettabile riduzione degli incentivi. Quindi, in pratica, se venisse scelto, il bene che si vorrebbe allocare in maniera più equa rispetto a quanto avverrebbe attraverso il mercato ordinario si finirebbe per operare comunque l'allocazione secondo logiche di mercato e non in deroga a esse.

Come fa allora una società a scegliere quali beni rimuovere dal mercato? Come decide quali considerare *merit goods*? La scelta, in sostanza, è il risultato di una sorta di decisione comparativa sui vantaggi. Quali beni, se venissero rimossi dal mercato ordinario, ridurrebbero maggiormente i costi morali esterni della mancanza di uguaglianza, causando al contempo i minori effetti negativi sugli incentivi? Questa è la domanda — implicita o esplicita — che le società si pongono, e la risposta si osserva nella gestione non ordinaria di alcuni specifici beni sul mercato. Bisogna capire che questa è una doppia questione. I beni la cui allocazione ordinaria di mercato causa i maggiori costi morali esterni sono anche i beni che possono generare i più alti incentivi in virtù della propria importanza. In pratica, la società si domanda cosa si perde e cosa si guadagna con ogni possibile allocazione. E questo, fra l'altro, potrebbe spiegare la gestione mista di alcuni di questi beni, come l'istruzione e i servizi sanitari. Una quantità minima di ognuno è rimossa dal mercato ordinario e messa a disposizione in maniera relativamente equa, ma al di sopra di questa soglia minima vigono le regole del mercato ordinario, quasi con una sorta di vendetta. Non è difficile osservare il riflesso di costi e benefici contrastanti in questa comune struttura giuridica della società.

Le strutture giuridiche esistenti suggeriscono una serie di decisioni in merito alle quali beni e passività possano garantire a quella particolare società la maggiore riduzione dei costi della disuguaglianza in relazione ai benefici degli incentivi nel caso venissero rimossi dal mercato in misura minore o maggiore. Allo stesso tempo, però, ci dicono molto di più su quali siano gli incentivi di cui quella specifica società ritiene di avere bisogno in relazione ai costi

persone vittime di illeciti analoghi. V. ad es. Guido CALABRESI, Philip BOBBITT, *Tragic Choices*. Termine estratto capitolo