IRIS AperTO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Economia. Il codice giuridico del mondo

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available http://hdl.handle.net/2318/1760556 since 2020-11-02T18:53:41Z

Publisher:

Giappichelli

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

27 April 2024

In copertina:

PAUL KLEE, *Hauptwege und Nebenwege*, 1929.

DIMENSIONI DEL DIRITTO

a cura di

A. Andronico, T. Greco, F. Macioce

IUSTITIAM COLIMUS

G. Giappichelli Editore

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-921-3049-4

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

pag.

Premessa dei curatori XIII

Fondamenti

Giustizia
Un bisogno umano fondamentale
Fabio Macioce

1. Introduzione 3
2. Giustizia: una mappa storico-concettuale 4
   2.1. Un quadro storico: tre paradigmi, per tre epoche 5
      2.1.1. La giustizia nel mondo classico 5
      2.1.2. La giustizia nel medioevo cristiano 8
      2.1.3. La giustizia nel mondo moderno 10
   2.2. Una mappa concettuale: definizioni ed elementi della giustizia 12
      2.2.1. Le caratteristiche della giustizia 13
      2.2.2. La giustizia sostanziale, formale, procedurale 14
3. Giustizia e diritto 17
   3.1. Giustizia, validità, efficacia 19
      3.1.1. Criteri distinti o indipendenti? 20
   3.2. Giustizia ed equità 22
   3.3. Il problema dell'obbedienza: certezza del diritto e limiti della disobbedienza 23
4. Conclusione: dimensioni ulteriori della giustizia 26

Letture per approfondire 28

pag.

Potere

L'altra faccia della medaglia

Tommaso Greco

1. "Due facce della stessa medaglia" 29
2. *Nomos* e *ius* tra *polis* e *impero* 32
3. Legge naturale e fondazione del potere 38
4. Il diritto (positivo) del potere 47
5. Tra totalitarismo e democrazia costituzionale 52
6. Le nuove sfide del potere 55
Letture per approfondire 57

Morale

Una questione di punti di vista

Andrea Porciello

1. I termini del problema: quale morale? Per quale diritto? 59
2. Diritto, morale e metodo: la questione della neutralità della scienza giuridica 65
3. Diritto, morale ed oggetto: la questione del diritto ingiusto 73
4. Diritto, morale e contesto (sociale): la questione dell'imposizione della morale attraverso il diritto 77
5. Conclusioni 81
Letture per approfondire 82

Società

Il rapporto problematico tra modelli relazionali e diritto

Giovanni Bombelli

1. Sul concetto di "società": per iniziare 85
2. Società *naturale* 87
3. Società *artificiale* 91
4. Sintesi intermedia: due costanti 95
5. *Ubi societas ibi ius?* 96
5.1. Società, comunità e diritto 98

pag.

6. Il legame sociale tra massa e diritto 104
6.1. Dalla società alla massa 104
6.2. *Ubi ius ibi societas?* Riconfigurazioni del diritto 107
7. Esiste ancora la "società"? Una sintesi e qualche prospettiva 111
Letture per approfondire 112

Libertà

La legge come misura

Alberto Andronico

1. Due strade 115
2. Una curiosa incoerenza 116
3. Così vicini, così lontani 117
4. Dal tutto alle parti 119
5. *Libertas in legibus consistit* 121
6. Una fuga verso l'interno 123
7. Uno scandaloso annuncio 125
8. La vita è altrove 127
9. Dalle parti al tutto 129
10. Un potere assoluto 131
11. Due cose incompatibili 133
12. Il limite dei diritti 135
13. Un'idea che ritorna 137
14. Restare liberi come prima 140
15. Essere costretti a essere liberi 142
16. La realtà della libertà 144
17. Le leggi della libertà 146
18. Un tratto perverso 149
Letture per approfondire 151

Eguaglianza

Un concetto controverso e sovversivo

Thomas Casadei

Premessa 153
1. Il concetto di eguaglianza (una prospettiva storico-concettuale) 156

pag.

1.2. Eguaglianza e giustizia 161
1.3. Eguaglianza e libertà 162
2. Dimensioni dell'eguaglianza 163
2.1. Dimensione etica 164
2.2. Dimensione giuridica 165
2.3. Dimensione politica 165
2.4. Dimensione economica 166
2.5. Dimensione sociale 167
3. Il nucleo dell'eguaglianza, tra diverse dialettiche 168
4. Soggetti 170
4.1. L'"altra metà": la "linea del genere" 171
4.2. La "linea del colore" 175
5. Interrogativi 177
Letture per approfondire 180

Strutture

Istituzione

L'incontro tra diritto e società

Francesco Mancuso

1. Tra società e diritto: l'istituzione 183
2. L'unità dell'ordinamento 190
3. Istituzione come limite e illimite del diritto 192
4. La necessità antropologica dell'istituzione 198
5. Istituzioni e pluralismo 201
Letture per approfondire 205

Norma

Tra forma e sostanza del diritto

Guglielmo Siniscalchi

1. Un mondo di regole 207
2. Proposizioni fallaci 210
3. Tre concetti di validità 212
4. Proposizioni non fallaci 219

pag.

6. Una metafora visiva 225
Letture per approfondire 226

Fatto

Realtà empirica e qualificazione giuridica

Tommaso Gazzolo

1. Introduzione 227
2. Realtà giuridica e fatti 228
3. La separazione tra essere e dover-essere 231
4. Giudizi di fatto/giudizi di valore 234
5. Validità ed effettività 237
5.1. La norma 237
5.2. L'ordinamento giuridico 241
6. Fatto e ragionamento giuridico 243
7. Riepilogo 246
Letture per approfondire 247

Giudizio

Lo scarto tra intelletto e volontà

Alessio Lo Giudice

1. Il giudizio necessario 249
2. Giudicare nel mondo antico 251
3. Il problema del giudizio alle origini della modernità 254
4. L'esempio del giudizio di gusto nella *Critica del Giudizio* di Kant 257
5. Una teoria generale del giudizio giuridico? 261
6. Lineamenti di filosofia del giudizio giuridico 265
Letture per approfondire 271

Linguaggio

Il discorso giuridico tra linguaggio e azioni

Isabel Trujillo

1. Introduzione al tema 273

pag.

1.2. Linguaggio e azione … di chi? 277
1.3. La necessità dell'interpretazione 279
2. Sviluppo storico della tematica 282
2.1. Codificazione e linguaggio 283
2.2. Giuspositivismo e linguaggio 285
2.3. Le filosofie del diritto dopo la svolta linguistica 286
3. Problemi emergenti 289
4. Conclusioni 290
Letture per approfondire 291

Retorica
Il diritto al servizio della verità
Federico Puppo

1. Introduzione 293
2. Il pregiudizio sulla retorica 297
3. Le origini della retorica 298
4. Dal periodo classico e medioevale all'età moderna 301
5. Lo sviluppo di una *certa* idea di logica 303
6. Una logica del diritto privata della retorica 305
7. Diritto, retorica e teorie dell'argomentazione 307
8. Conclusioni 313
Letture per approfondire 317

Ambiti

Identità
La soggettività giuridica moderna e i suoi paradossi
Valeria Marzocco

1. Introduzione. La costruzione moderna dell'identità umana 321
2. Le concezioni giuridiche dell'identità e il principio pluralistico. La questione identitaria nel dibattito contemporaneo 328
3. Oltre l'identità. Prospettive critiche sull'identità umana e teoria

pag.

3.1. Le identità umane e i regimi di pluralismo normativo: le identità culturali 332
3.2. Identità di genere e principio di uguaglianza 336
4. *Oltre le identità*. Un nuovo approccio: condizione umana e vulnerabilità 339
4.1. Soggetti vulnerabili e paradossi identitari. La vulnerabilità nel linguaggio giuridico 340
5. Conclusioni 342
Letture per approfondire 343

Spazio
La questione del territorio statale
Filippo Ruschi

1. Introduzione 345
2. Il territorio nella filosofia idealista 346
3. Il territorio dello Stato-persona 352
4. Santi Romano e Carl Schmitt: nuove prospettive sullo spazio territoriale 358
5. Hans Kelsen: la negazione dello spazio 363
6. Conclusioni (con molte cautele) 367
Letture per approfondire 368

Scienza
Ambivalenze, insidie, prospettive
Marina Lalatta Costerbosa

1. Scienza, potere e immortalità 371
2. Il diritto come limite all'intreccio di scienza e potere. Il principio di precauzione 375
3. Norme ai confini della scienza. Questioni di bioetica 378
3.1. Dal primo trapianto di organi alla definizione di morte come morte cerebrale. Gli anni Sessanta 379
3.2. Dalla sperimentazione sugli animali all'etica ambientale. Gli anni Settanta 380
3.3. La prima "bimba in provetta". Gli anni Ottanta 383
3.4. Dalla mappatura del genoma alla ricerca sulle cellule stami-

pag.

4. La scienza alleata del diritto, tra genetica e neuroscienze 392
Letture per approfondire 396

Economia

Il codice giuridico del mondo

Paolo Silvestri

0. Introduzione 399
1. *Economic Analysis of Law* 404
2. *Institutional Economics* 411
3. *Libertarian Paternalism* 418
Letture per approfondire 425

Religione

Secolarizzazione e laicità delle istituzioni

Claudio Sartea

1. La secolarizzazione come cornice socio-culturale 427
2. Analisi strutturale del rapporto tra diritto e religione: definizioni e relazioni 428
3. Modelli di rapporto fra diritto e religione 430
4. Le società democratiche post-secolari e l'affermazione del principio di laicità 433
5. Casi e problemi contemporanei 435
   5.1. La rappresentazione pubblica della religione 435
   5.2. Il nesso tra libertà religiosa e salute come diritto e come dovere civico 436
   5.3. I cosiddetti "delitti culturali" 437
6. Il dialogo di Monaco: verso nuovi equilibri tra diritto e religione 438
Letture per approfondire 440

Humanities

Umanesimo e svolta affettiva

Paolo Heritier

pag.

2. L'università e il neofondamentalismo scientista 446
3. *Affectio iuris*: retorica e svolta affettiva 452
4. Per una lettura estetico-giuridica dell'umanesimo cristiano 460
Letture per approfondire 467

Gli Autori 469

Economia

Il codice giuridico del mondo

Paolo Silvestri

SOMMARIO: 0. Introduzione. – 1. *Economic Analysis of Law*. – 2. *Institutional Economics*. – 3. *Libertarian Paternalism*. – *Letture per approfondire*.

0. *Introduzione*

1. In questo capitolo fornisco una breve introduzione ai principali e contemporanei approcci economici al diritto. Inizierò in questa sede, e in via introduttiva, con una sintetica ricostruzione storica della riflessione filosofica sul rapporto tra diritto ed economia, spiegando inoltre la principale differenza tra approcci di diritto ed economia ed approcci economici al diritto. Nei paragrafi successivi analizzerò questi ultimi, soffermandomi in particolare su: (§ 1) la *Economic Analysis of Law*; (§ 2) la *Institutional Economics*; (§ 3) il *Libertarian paternalism*. Ognuno di questi approcci sarà illustrato attraverso: una introduzione storico-concettuale, una descrizione del metodo e dell'oggetto di studio, degli esempi e/o applicazioni, un richiamo alle critiche più significative dal punto di vista filosofico-giuridico.

2. In un Manuale di filosofia del diritto che si rispetti, non può mancare un capitolo dedicato al rapporto tra economia e diritto. Certo, si obietterà, molto dipende da cosa si intende per "economia" e "diritto", e da quale è o debba essere il compito della riflessione filosofica al riguardo. Altrettanto certo, però, è che non si è mai visto un sistema economico "sregolato", cioè senza regole o non retto da consuetudini e istituzioni, e che una filosofia del diritto che non si occupi dell'uomo e dell'economia nella quale e in virtù della quale egli vive – si nutre, lavora, scambia e stipula contratti, acquisisce o trasferisce la proprietà, agisce e pensa – non è una filosofia del diritto, o, a voler essere benevoli, è una filosofia del diritto monca.

Nella tradizione filosofica la riflessione sul rapporto tra economia e diritto ha acquisito un posto di tutto rilievo a partire dallo sviluppo del mo-

derno sistema capitalistico e della corrispondente nascita della moderna scienza economica. Basti qui ricordare la rivoluzione paradigmatica introdotta da Adam Smith (1723-1790) con le riflessioni sulla "mano invisibile" e sulla possibilità di un ordine spontaneo della società e del mercato, che hanno rappresentato un punto di non ritorno nelle concezioni della regolamentazione del sistema economico, fornendo potenti argomenti sui limiti dell'intervento dello stato nell'economia; o le riflessioni di Karl Marx (1818-1883) sul rapporto economia-diritto in termini di struttura-sovrastruttura.

Il rapporto tra economia e diritto è stato inoltre oggetto di una riflessione intensa e di un vivace dibattito anche nella tradizione filosofica, giuridica e filosofico-giuridica italiana, soprattutto nella prima metà del Novecento. Nella maggior parte dei casi si è trattato di un tentativo di ripensare e riconfigurare sia il rapporto tra saperi che erano solitamente considerati dominio della filosofia pratica o teoretica – in particolare: economia, diritto, filosofia ed etica – sia il loro oggetto di studio, l'uomo e la società. Benedetto Croce (1866-1952) giocò un ruolo fondamentale, nel bene e nel male, sia per la riflessione sull'economia sia per quella sul diritto. Famoso fu il dibattito sulla natura dell'"economico" con l'economista Vilfredo Pareto (1848-1923), tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento. Il dibattito, tuttavia, fu caratterizzato da un crescendo di incomprensioni reciproche, e si chiuse con la celebre invettiva con cui Croce ingiunse agli economisti di "calcolare" (e non filosofare) e ai filosofi di "pensare" (e non calcolare) [1]. Ciò contribuì a creare una separazione netta tra economia e filosofia, e, rispettivamente, tra economisti e filosofi [2].

Gli economisti, in ogni caso, seguirono più Pareto che Croce. Sul fronte della riflessione filosofica su diritto ed economia, invece, con la prima edizione della *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* (1907) Croce aprì un lungo dibattitto in cui furono coinvolti (o quantomeno obbligati a confrontarsi) quasi tutti i filosofi e i giuristi della prima metà del Novecento. In quest'opera Croce individua il carattere distintivo dell'azione economica nell'utile, inteso come il rapporto strumentale tra mezzi e fini, azione che di per sé non è né morale né immorale, bensì amorale. Riducendo il diritto all'economia, Croce si sbarazza anche dell'eterna discussione tra diritto positivo e diritto naturale, riconducendola al rapporto-distinzione tra economia (diritto) e morale. Per questa via Croce fonda l'autonomia dell'economia dall'etica, che, nella costruzione della *Filosofia dello spirito*, diventerà l'"economico" o l'Utile, cioè una delle quattro categorie

[1] B. Croce, *Filosofia della pratica. Economica ed etica*, Laterza, Bari, 1909.

[2] Per una ricostruzione del dibattito Croce-Pareto mi sia consentito rinviare a P. Silvestri, *Economia, diritto e politica nella filosofia di Croce. Tra finzioni, istituzioni e libertà*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 55-95.

dello Spirito, oltre al Bello, Buono e Vero. Gran parte della discussione successiva sul rapporto tra diritto ed economia è stato un tentativo di ripensare e superare l'impostazione crociana[3]. Giuseppe Capograssi (1889-1956), ad esempio, ha cercato di riconfigurare tale rapporto come una relazione tra esperienza giuridica ed esperienza economica, o fini e mezzi[4]. Francesco Carnelutti (1879-1965) l'ha invece pensata nei termini di una sussunzione o subordinazione dell'economia al diritto, lì dove è il diritto, informato a principi etici, a regolamentare l'economia[5]. Una riflessione in parte ripresa da Luigi Mengoni (1922-2001), ma declinata nei termini di forma (diritto) e materia (economia)[6].

Infine, da una prospettiva più specificamente giuridica, il rapporto tra economia e diritto è sempre stato oggetto di studio di quelle discipline che rientrano nell'orizzonte del *diritto dell'economia*, qui inteso in un senso molto ampio, includente la regolamentazione – da un punto di vista privatistico, pubblicistico o internazionale – degli ordinamenti economici: dalla c.d. costituzione economica, che regolamenta, ad esempio, il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa, al diritto commerciale, il diritto pubblico dell'economia, il diritto dell'ambiente, il diritto della concorrenza, sino ad arrivare alle regolamentazioni internazionali del libero scambio.

La principale differenza, tuttavia, tra questi approcci di diritto *dell'*economia e gli approcci economici *al* diritto oggi dominanti, è che, semplificando un po', mentre i primi rimangono nell'orizzonte di un approccio regolativo dell'economia affrontato con "*lenti giuridiche*", i secondi hanno la tendenza a leggere il problema della regolamentazione giuridica dell'economia e, più in generale, del comportamento umano con "*lenti economiche*".

Tale differenza è fondamentale poiché segna, per dirla con Thomas Kuhn, un cambiamento di paradigma: non il diritto "misura" del mondo economico, bensì la scienza economica "misura" del mondo giuridico. Se la regolamentazione sociale è stata, tradizionalmente, dominio del "giuridico", ora gli approcci economici al diritto si candidano a diventare una nuova tecnica di regolamentazione sociale. In altri termini, si potrebbe dire che questi approcci, attraverso la strumentazione della scienza economica, ambiscano a diventare il nuovo "codice" del mondo giuridico, e, per questa via, del mondo economico e sociale.

---

[3] Per una ricostruzione del dibattito post-crociano, con riferimento agli autori menzionati nel prosieguo si v. G. Tuzet, *Note critiche sui rapporti tra diritto ed economia*, in M.G. Bernandini-O. Giolo (eds.), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa 2017, pp. 273-294.

[4] G. Capograssi, *Pensieri vari su economia e diritto* (1940), ora in "Opere di Giuseppe Capograssi", vol. IV, Giuffrè, Milano 1959, pp. 225-291.

[5] F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, terza ed. emendata e ampliata, Soc. ed. del "Foro italiano", Roma 1951.

[6] L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica* (1963), in Id., *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna 1985, cap. VI, pp. 147-176.

3. Per approcci (oggi) "dominanti" intendo quegli approcci economici al diritto e alle istituzioni che, a partire dagli anni sessanta del secolo scorso, hanno avuto una proliferazione di studi e pubblicazioni – con relative riviste scientifiche specializzate e riconosciute a livello internazionale – cattedre e corsi di insegnamento nelle Università, soprattutto nel mondo anglosassone e nella tradizione di *Common law*.

Questi approcci dominano da tempo non solo l'analisi e la discussione di questioni giuridico-economiche, ma hanno anche variamente influenzato, seppure in misura diversa, la regolamentazione di aree sempre più estese delle relazioni umane, comprese le relazioni e i comportamenti non di mercato. D'altra parte, una buona dose del successo di questi approcci è dovuto al fatto che molti dei loro precursori o padri fondatori sono stati insigniti del premio Nobel in Economia.

Questo "dominio" è stato spesso etichettato, in modo polemico, come "imperialismo della scienza economica". Per "imperialismo della scienza economica" solitamente si intende l'applicazione sistematica del metodo adottato dalla scienza economica nello studio del comportamento umano a tutti gli ambiti in cui tale comportamento può essere oggetto di studio e, soprattutto, criterio esplicativo delle relazioni umane e, quindi, del funzionamento della società. Una tale definizione richiederebbe tuttavia molte precisazioni e chiarimenti[7]. A questo riguardo, mi limito a fare solo due brevi considerazioni, lasciando da parte declinazioni e usi ideologico-politici o retorici dell'espressione "imperialismo della scienza economica" – p. es. i "cattivi" (economisti-*mainstream*-ortodossi-imperialisti) da un lato, e i "buoni" (per definizione "eterodossi"), dall'altro – non molto utili a chiarire la portata del fenomeno.

In primo luogo, ricondurre gli approcci che qui intendo analizzare sotto l'etichetta di "imperialismo" potrebbe essere riduttivo, se non fuorviante. È certamente vero che il cosiddetto approccio economico al comportamento umano ha vieppiù esteso il suo metodo allo studio di quei comportamenti precedentemente ritenuti "non-economici" e (quindi) oggetto di studio delle discipline umanistiche. Non è un caso se, a fronte di tale "dominio", le discipline umanistiche hanno spesso lamentato la mancanza di una genuina apertura e dialogo da parte dell'economia e degli economisti. In effetti, gli studiosi che si occupano e insegnano questi approcci sono in stragrande maggioranza economisti, con buona pace della tanto sbandierata "interdisciplinarietà" di questi approcci. L'interdisciplinarietà si riduce, nella migliore delle ipotesi, a una forma di "dialogo" finzionale tra discipline e approcci[8]. È anche vero, tuttavia, che le discipline umanistiche, quando non

[7] Si v. almeno U. Mäki, *Economics imperialism: Concept and constraints*, in "Philosophy of the social sciences", 2009, pp. 39(3): 351-380.

[8] Un tipico esempio è l'economista che si occupa di *Law* and *Economics* ma dialoga e, so-

hanno ignorato, se non disdegnato l'economia (non senza presunzione o arroganza), sono semplicemente rimaste a guardare lo spettacolo della colonizzazione. E la filosofia del diritto non è stata da meno. In ogni caso, l'iper-specialismo delle discipline ha reso l'ideale dell'interdisciplinarietà un'etichetta vuota, tanto più se all'*interno* delle stesse discipline economiche e giuridiche la frammentazione non solo dell'oggetto di studio ma anche dei metodi utilizzati è sempre più marcata e avanza da tempo con progressione geometrica. In altri termini, è il dialogo tra studiosi della *stessa* disciplina ad essere divenuto difficile, e a volte impossibile.

In secondo luogo, gli approcci economici al diritto che analizzeremo non sono riconducibili ad un unico paradigma metodologico "dominante", né muovono da concezioni identiche dell'economia e del diritto, né, soprattutto, da concezioni identiche dell'uomo, dei suo moventi e dei suoi valori. Si direbbe anzi, che ciò a cui assistiamo oggi nella scienza economica, e nelle scienze sociali in generale, è la riproposizione di un'antica diatriba, che chiamerei un "conflitto di antropologie": ognuna di queste scienze accampa la pretesa di spiegare l'uomo "quale realmente è", e/o di fornire una rappresentazione più 'realistica' del comportamento umano. E, a partire da qui, eventualmente fornire indicazioni di *policy* al legislatore. In ogni caso, ognuno di questi approcci è come una galassia in continua espansione e modificazione, è cioè costituito da una molteplicità di autori, concetti e metodi, ed è soggetto a critiche, mutamenti di paradigma e/o tentativi di rinnovamento.

Da ciò deriva anche che una loro trattazione nella brevità di un capitolo impone necessariamente semplificazioni e scelte di campo piuttosto drastiche. Ognuno di questi approcci sarà analizzato con l'intento di: fornirne un quadro meramente introduttivo, storico e/o concettuale, limitandosi ai principali autori di riferimento, teorie e/o concetti chiave; illustrarne la "cassetta degli attrezzi", vale a dire gli assunti metodologici, le tecniche di analisi e/o l'oggetto di studio, con qualche esempio di applicazioni a problemi economico-giuridici; evidenziarne limiti e/o critiche interne o esterne, soffermandomi principalmente sulle critiche più significative da un punto di vista filosofico-giuridico.

---

prattutto, lavora e scrive solo con altri economisti, e, quando dialoga con i giuristi (quasi mai con i filosofi), continua a farlo con le lenti dell'economista. Non sono da meno quegli economisti che, pur (auto)definendosi "eterodossi", o assumono come termine polemico di riferimento gli economisti "ortodossi" (e quindi dialogano pur sempre con questi) e/o dialogano con la cerchia ristretta degli amici 'eterodossi', implicitamente stabilendo chi è dentro e chi è fuori, chi è degno o non degno di dialogare con loro.

1. Economic Analysis of Law

1. La *Economic Analysis of Law* ("Analisi Economica del Diritto", d'ora innanzi: "EAL") è la disciplina che applica gli strumenti della Microeconomia all'analisi delle regole e istituzioni giuridiche.

La sua nascita può essere datata agli inizi degli anni '60 del secolo scorso con i lavori pioneristici dell'economista Ronald Coase (1910-2013) e del giurista e giudice Guido Calabresi (1932-). Quando Coase venne insignito del premio Nobel per l'economia nel 1991 – con la motivazione: «per la scoperta e la spiegazione dell'importanza che i costi di transazione e i diritti di proprietà hanno nella struttura istituzionale e nel funzionamento dell'economia» – gli studi di analisi economica del diritto intesi in senso ampio erano già notevolmente proliferati e divisi in tanti rivoli, anche grazie all'apporto di altri studiosi. Tra gli studiosi più attivi e prolifici, un posto di primo piano spetta al giurista e giudice federale statunitense Richard Posner (1939-), autore di uno dei più famosi e fortunati testi di EAL. Nondimeno, in questo approccio economico al diritto la parte del leone è giocata non tanto dai giuristi ma dagli economisti e (ancora una volta) premi Nobel che hanno impostato, per così dire, l'agenda di ricerca. Fra questi, vanno ricordati: Gary J. Becker (1930-2014), i cui studi hanno *esteso* il metodo e "l'approccio economico" *al* "comportamento umano" (per riprendere il titolo di un suo famoso libro)[9], applicando sistematicamente le ipotesi comportamentali della scienza economica ad aspetti del comportamento umano precedentemente considerati dominio di altre scienze sociali, fra cui la criminologia e il diritto penale[10]; e gli studiosi di Economia istituzionale Douglass C. North (1920-2015) (sul quale torneremo nel prossimo paragrafo), Oliver E. Williamson (1932-) ed Elinor Ostrom (1933-2012).

L'approccio di EAL, originariamente sviluppatosi negli USA e nei sistemi di *Common law*, ha poi guadagnato terreno, seppur non con la stessa forza e influenza, anche nei sistemi di *Civil law*. Tale approccio ha sviluppato teorie sempre più sofisticate – teorie economiche della proprietà, dei contratti, della responsabilità civile e penale, del processo, della costituzione, dei sistemi elettorali, ecc. – conquistando ambiti tradizionalmente considerati di dominio esclusivo di giuristi ed esperti del diritto.

2. L'approccio di EAL cerca di rispondere a due domande fondamentali: 1) Quali sono gli effetti delle norme giuridiche sul comportamento degli

---

[9] G.S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, Chicago 1976.

[10] G.S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in "Journal of Political Economy", 1968, 76, pp. 169-217.

attori sociali?; 2) gli effetti delle norme giuridiche sono socialmente desiderabili? La prima domanda è tipica dell'approccio di analisi *positiva*. Studiare gli effetti delle norme significa comprendere quali sono le possibili conseguenze sugli attori sociali di norme vigenti – anche in termini di analisi comparata tra norme/istituti appartenenti a diversi ordinamenti giuridici – o di norme "potenziali", come ad es. le conseguenze di una diversa stesura o formulazione delle norme. La seconda domanda è tipica dell'approccio di analisi *normativa*. Essa rivela l'intento *lato sensu* "riformista", cioè volto a riformare o cambiare le norme/istituti qualora i loro effetti sociali non siano "buoni" o "desiderabili", ad es. modificare la regolamentazione di un dato mercato qualora si sia in presenza di un qualche fallimento di quel mercato (monopolio, esternalità, ecc.) [11].

Apparentemente, queste domande non hanno alcunché di nuovo per i giuristi, i quali, in effetti, hanno spesso affrontato questo tipo di problemi. Ad esempio: in che modo una sanzione condizionerà un determinato comportamento? Una sanzione penale ridurrà (il numero e/o l'efferatezza) di alcuni tipi di comportamenti criminali? In che modo un certo regime di responsabilità per danni, che ad es. grava sul produttore di un bene potenzialmente difettoso, condizionerà il suo comportamento, la sicurezza e il prezzo di quel prodotto, o il comportamento dei consumatori?

Tuttavia, il mutamento paradigmatico imposto dall'EAL sta nel cercare di rispondere a tali domande con le lenti e i metodi dell'economia. La scienza economica fornisce gli strumenti per prevedere gli effetti della sanzione giuridica sul comportamento umano. In quest'ottica, si assume che la *sanzione* sia come un *prezzo* e che quindi gli individui rispondano alla sanzione, e in generale alle norme, allo stesso modo di come rispondono alla variazione del prezzo. Così come un prezzo più alto di un determinato bene implica un minor consumo dello stesso, allo stesso modo una sanzione giuridica più "pesante" o punitiva dovrebbe implicare una riduzione dell'attività sanzionata. Per tornare all'esempio del regime di responsabilità per danni e al produttore di un bene potenzialmente difettoso [12], egli dovrà considerare almeno due tipi di costi: il costo della sicurezza e il costo della sanzione giuridica. Più esattamente: il costo necessario a implementare una produzione che rispetti le norme di sicurezza del prodotto, e il costo dell'eventuale sanzione per i danni al consumatore. Per massimizzare i profitti, il produttore fisserà il livello di sicurezza del prodotto al punto in cui il co-

---

[11] Sulla problematicità della distinzione positivo/normativo con particolar riferimento al ruolo dei giudizi di valore nella *Law and Economics* si v. P. Silvestri, *On the (Methodological) Future of Law and Economics. The Uneasy Burden of Value Judgments and Normativity*, in "Global Jurist", 2019, p. 3.

[12] Mutuo questo esempio dal testo di R. Cooter-T. Ulen, *Law and Economics*, 2nd ed., Addison-Wesley, Boston 1997, p. 3.

sto marginale della sicurezza eguaglia il costo di un eventuale risarcimento per danni.

Per estendere e generalizzare le domande summenzionate e i precedenti ragionamenti, occorre chiedersi: di quali "effetti" si occupa l'EAL, e qual è il criterio regolativo che qualifica la "bontà" o "desiderabilità" di tali effetti? La risposta risiede nel fondamentale concetto economico di *efficienza*. Più in generale, si può dire che l'EAL concepisce il *diritto* e le *norme come incentivi*, e si occupa della ricerca di "norme efficienti" [13], cioè ha come obiettivo la formazione di regole che garantiscano la realizzazione di transazioni che sono in grado di massimizzare l'efficienza o (il che è lo stesso) *massimizzare il benessere complessivo*.

Per intendere il senso di questa ricerca di norme efficienti, occorre prima esplicitare alcuni dei principali assunti che l'EAL mutua dalla scienza economica. Il primo assunto è di natura antropologica e comportamentale: *gli individui rispondono a incentivi*. È uno degli assunti chiave del modello dell'*homo oeconomicus*, l'agente razionale che massimizza la propria utilità o, più in generale, i benefici netti delle sue scelte e quindi il suo benessere *soggettivo*. Poiché, in quest'ottica, il diritto è un metodo per ordinare la società e conseguire obiettivi sociali – sia creando incentivi affinché gli individui si comportino in un certo modo, sia aiutandoli a raggiungere i loro obiettivi legittimi – si capisce perché l'economia giochi un ruolo chiave nel fornire tecniche sia teoriche che empiriche per esaminare gli effetti del diritto.

Il secondo e fondamentale assunto è la *scarsità delle risorse*. La scarsità è una nozione cruciale, al punto da comparire in una delle più celebri definizioni della scienza economica: «la scienza che studia il comportamento umano come relazione tra fini e mezzi scarsi suscettibili di usi alternativi» [14]. In quest'ottica, la scarsità non è un concetto assoluto, ma relativo ai (e dipendente dai) fini molteplici, alternativi e potenzialmente infiniti che si possono perseguire con le risorse a disposizione.

La nozione di scarsità si presta anche ad una lettura giuridica, ed è proprio su questo snodo o nesso economico-giuridico che si inserisce l'approccio di EAL. Se nella prospettiva economica gli individui interagiscono tra di loro cooperando e confliggendo nell'uso di risorse scarse, e queste sono o possono essere assegnate attraverso transazioni o scambi, nella prospetti-

---

[13] Mutuo qui l'efficace espressione del titolo del libro di F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano 2002, dal cui primo capitolo traggo la maggior parte delle considerazioni di questa sezione. Per una breve e utile introduzione critica alla EAL in chiave filosofico-giuridica si v. anche G. Tuzet, *op. cit.*

[14] L. Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (1932), London, Macmillan, tr. it. *Saggio sulla natura e l'importanza della scienza economica*, Utet, Torino 1947.

va giuridica tali transazioni sono disciplinate da regole che possono essere stabilite tramite contratti o dal legislatore. Per l'EAL le regole sono concepite come meccanismi di allocazione di risorse scarse e di risoluzione dei conflitti generati dalla scarsità. Ad es. il diritto di proprietà può essere visto come un complesso di norme che assegna risorse scarse e, al contempo, risolve il conflitto emergente dalle diverse pretese di assegnazione di tali risorse. Ma anche le più semplici norme di circolazione stradale possono essere intese come norme atte a regolamentare le diverse pretese di uso della risorsa (scarsa) strada, accampate da automobilisti, motociclisti, ciclisti, pedoni, ecc. Se quindi due (o più) attività interferiscono tra loro e/o con l'attività di terzi, come nei rapporti di vicinato, o nel caso tipico dell'inquinamento, L'EAL si chiede: qual è la combinazione (o livello) ottimale delle due attività che assicura il massimo benessere complessivo?

Nella prospettiva dell'EAL, realizzare il massimo benessere collettivo significa incentivare i comportamenti efficienti, il che equivale ad assegnare le risorse a coloro che le valutano di più o le utilizzeranno in maniera più efficiente.

3. Per comprendere la natura di questo discorso occorre introdurre un ultimo postulato derivato dalla scienza economica, cioè gli *scambi sono mutamente benefici* o vantaggiosi, e, soprattutto, il suo nesso con il teorema più importante e famoso dell'EAL, vale a dire il c.d. *teorema di Coase*, enunciato nel suo celebre articolo *Il problema del costo sociale*[15], e il connesso problema dei *costi di transazione*. Riprendo a questo riguardo una spiegazione semplificata, ma efficace, fornita da uno dei maggiori studiosi della EAL:

> Un concetto centrale della microeconomia è che il libero scambio tende a spostare le risorse fino a che esse non arrivano al loro valore di uso massimo, nel qual caso l'allocazione delle risorse ha raggiunto quella che viene definita "efficienza di Pareto". A parte il diritto di proprietà sulle risorse disponibili, la legge istituisce anche molti altri diritti, quali ad esempio il diritto a non essere molestati nel possesso dei propri beni o il diritto all'adempimento di un contratto. Coase estende il sistema di proposizioni relative allo scambio delle risorse all'ambito giuridico, cioè allo scambio dei diritti riconosciuti ai singoli individui. Interpretato in questi termini, il teorema di Coase afferma che l'allocazione iniziale di questi diritti non presenta alcun problema in termini di efficienza nella misura in cui è possibile scambiarli liberamente. In altre parole, se la legge alloca i diritti in modo inadeguato, il problema può essere risolto dal libero scambio di detti diritti sul mercato.
> Coase fa il seguente esempio. Il legno e il carbone bruciati dalle locomotive

[15] R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, in "Journal of Law and Economics", 1960, 3, pp. 1-44.

a vapore possono provocare delle scintille, e capita talvolta che queste scintille generino degli incendi che danneggiano i campi dei coltivatori. Ciascuna delle due parti in causa – le ferrovie e i contadini – può prendere alcune precauzioni per ridurre il pericolo di incendi. Se i contadini hanno il diritto di costringere le ferrovie a interrompere le corse finché non sarà risolto il problema delle scintille, i danni che queste causano saranno scarsi o nulli. Al contrario, se le ferrovie hanno il diritto di mantenere impunemente i treni in attività, il rischio sarà molto elevato. Ma secondo il teorema di Coase queste apparenze sono fuorvianti: se il diritto infatti determina l'allocazione iniziale dei vari diritti, la loro allocazione finale è decisa dal mercato. Se, poniamo, i contadini hanno il diritto di essere liberi dalle emissioni di scintille, e se il diritto a emettere scintille è più importante per le ferrovie di quanto non sia importante per i contadini evitare il pericolo di incendi, sarebbe conveniente per entrambe le parti che i contadini vendessero i loro diritti alle ferrovie.

Secondo questa interpretazione, per conseguire l'efficienza giuridica basta rimuovere gli ostacoli che impediscono il libero scambio dei diritti, i quali sono spesso vaghi e indeterminati, e ciò rende difficile stabilire quale sia il loro valore. Inoltre, i tribunali non sono sempre disposti a riconoscere la validità dei contratti relativi alla loro cessione. Di conseguenza, secondo questa "interpretazione del libero scambio", l'efficienza giuridica deve essere assicurata definendo con maggior chiarezza la natura dei diritti attribuiti dalla legge ai singoli e tutelando la validità dei contratti di vendita dei diritti stessi stipulati dai privati.

Secondo gli economisti, per allocare le risorse sui mercati in modo efficiente, oltre alla libertà di scambio sono necessarie anche altre condizioni. Una di queste riguarda il concetto – un po' elusivo, ma indispensabile – di costi di transazione. In senso stretto, il concetto di costi di transazione si riferisce al tempo e agli sforzi richiesti per portare a buon fine una transazione. In alcune circostanze, tali costi possono essere molto elevati, come ad esempio quando la conclusione di un contratto implica l'intervento di molte parti situate in luoghi diversi. Gli alti costi di transazione possono bloccare il funzionamento di mercati che altrimenti sarebbero efficienti. In senso ampio, invece, il concetto di costi di transazione designa tutti gli usi delle risorse necessarie per negoziare e far valere gli accordi, compreso il costo delle informazioni necessarie per formulare una strategia di contrattazione, il tempo speso nel mercanteggiare, il costo della prevenzione di eventuali scorrettezze delle parti. Secondo la "interpretazione dei costi di transazione", il teorema di Coase afferma quindi che l'allocazione iniziale dei diritti non pone problemi in termini di efficienza fintantoché i costi di transazione sono nulli. Da questo punto di vista il legislatore, più che curarsi di una efficiente allocazione iniziale dei diritti, dovrebbe cercare di realizzarla rendendo più snelli i meccanismi dello scambio [16].

---

[16] R. Cooter, *Diritto ed Economia*, in "Enciclopedia delle scienze sociali", Treccani, 1993, in *http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-ed-economia_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/*.

Alla luce di quanto detto, si comprendono allora le c.d. implicazioni normative del teorema di Coase, e, di conseguenza la funzione che la EAL assegna al diritto. Se in assenza di costi di transazione si raggiunge l'efficienza, ovvero un massimo di benessere collettivo, lo scopo del diritto è: evitare di creare nuovi costi di transazione, abbattere quelli esistenti, o favorire la realizzazione delle transazioni che gli interessati avrebbero realizzato in assenza di costi di transazione.

4. Sin dai i suoi albori, la EAL è stata oggetto di un dibattito molto intenso e di critiche di varia natura provenienti da diverse prospettive disciplinari: economia, diritto, etica, filosofia. Alcune di queste critiche hanno a che fare con il dibattito interno alla stessa scienza economica (ad esempio sulla nozione di efficienza paretiana) e/o con la sua stessa evoluzione e mutamento. Secondo molti, ad esempio, l'impianto della microeconomia neoclassica a cui la EAL delle origini faceva riferimento è sostanzialmente superato. Nondimeno la EAL ha dimostrato una notevole capacità di adattamento, di rinnovamento e integrazione di teorie e paradigmi provenienti dalla scienza economica, ad esempio introducendo la teoria dei giochi quale strumento di analisi del diritto. Non c'è dubbio tuttavia che le scoperte della psicologia ed economia comportamentale abbiano assestato un duro colpo al modello dell'*homo oeconomicus* (si v. il par. 3), obbligando l'EAL a un serio ripensamento dei suoi assunti [17].

Dal punto di vista più squisitamente giuridico, filosofico e morale possiamo invece limitarci a evidenziare quanto segue. Alcune critiche hanno attaccato la sostanziale incapacità della EAL di cogliere l'importanza dei diritti umani e/o le questioni di giustizia distributiva, e/o di fornire una teoria generale del diritto che sappia, ad esempio, rispondere alle classiche domande sulla natura del diritto, sul suo fondamento, sul valore della legalità, ecc. [18]. Gli studiosi di EAL potrebbero facilmente obiettare che a loro non interessano tali questioni filosofiche e tantomeno pretendono di formulare una teoria generale del diritto: il loro obiettivo è un'analisi e risoluzione puntuale di micro-problemi. In questo caso, le suddette critiche non avrebbero molta presa. Gli studiosi di EAL potrebbero altresì obiettare che il loro approccio è solo un punto di vista sul mondo (o sulla realtà diritto), che può essere complementare, ma anche confliggente con altri tipi di approcci

[17] Nell'ambito della EAL, la questione era già stata sollevata diversi anni fa da A. Leff, *Economic analysis of law: Some realism about nominalism*, in "Virginia Law Review", 1974, pp. 60: 451-482; e poi rilanciata, alla luce delle scoperte della psicologia cognitiva, da R.C. Ellickson, *Bringing culture and human frailty to rational actors: A critique of classical law and economics*, in "Chicago-Kent Law Review", 1989, pp. 65: 23-55.

[18] Si v. ad es. L. Kornhauser, in "The Economic Analysis of Law, The Stanford Encyclopedia of Philosophy" (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = *https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/*.

al diritto o con i suoi stessi principi fondamentali. Oggi, ad esempio, la gran parte degli studiosi di EAL sarebbe disposto a concedere che il criterio normativo dell'efficienza dovrebbe essere controbilanciato con altri criteri di giustizia o equità [19].

Un discorso diverso sono invece quelle critiche (o quantomeno preoccupazioni) che additano i potenziali effetti *performativi* di un certo punto di vista sul mondo, cioè, semplificando un po', quando si rimarca il fatto che un punto di vista non è mai puramente innocuo o neutrale rispetto al suo oggetto di studio: esso finisce prima o poi con il plasmarlo, tanto più se un tale punto di vista sul mondo si fa "visione del mondo", diventa cioè un sapere dominante o istituzionalizzato e si insinua persino nei ragionamenti delle decisioni giudiziali o diventa parte integrante della *razio* del legislatore. "Importare" quindi un punto di vista di un sapere in un altro sapere non è mai una operazione neutrale. Ad esempio, adottare l'assunto della scienza economica per cui «le risorse debbano andare al migliore offerente [cioè a chi le valuta di più o può usarle in maniera più efficiente], significa trascurare o dimenticare chi ha poco o nulla da offrire», e ciò è già una scelta di valore [20].

Altre critiche hanno puntato il dito sull'approccio *riduzionista* della EAL. Mi limito qui a distinguere analiticamente tre tipi di riduzionismo che chiamerei *metodologico*, *antropologico* e *giuridico*. Quanto al *riduzionismo metodologico*, il "dominio" dell'approccio economico al diritto è da molti giuristi percepito se non come una forma di "imperialismo della scienza economica" quantomeno come una forma di *riduzione* dello studio del diritto ai soli metodi (e lenti) dell'economia. A questo riguardo, non sono mancate anche critiche interne alla EAL, nonché tentativi più recenti di ristabilire un certo equilibrio tra economia e diritto, e, rispettivamente, tra economisti e giuristi. Calabresi, ad esempio, ha cercato di rivitalizzare l'approccio di *Law and Economics* contro l'approccio di *Economic Analysis of Law*. Quest'ultimo approccio privilegia un'analisi meramente unidirezionale, cioè dall'economia al diritto. Il rischio costante a cui si espone è che tutto ciò che non è osservabile attraverso le lenti e i paradigmi della scienza economica finisca con l'essere scartato come irreale o irrazionale. E ciò vale anche e soprattutto per certi tipi di comportamenti umani non facilmente spiegabili con le lenti dell'*homo oeconomicus*. La *Law and Economics*, invece, privilegia e vede con favore una relazione "bilaterale" e di reciproca contaminazione tra diritto ed economia [21].

---

[19] Il problema era stato sollevato da R. Dworkin, *Why Efficiency. A Response to Professors Calabresi and Posner*, in "Hofstra Law Review", 1979, pp. 8: 563-590.

[20] D.M. Driesen-R.P. Malloy, *Critiques of Law and Economics*, in F. Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1: Methodology and Concepts*, Oxford University Press, Oxford 2017, p. 300.

[21] G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, in "Yale University Press", New Haven 2016. Sull'approccio di Calabresi e le sue implicazioni

La critica al *riduzionismo antropologico* dell'EAL, viene solitamente espressa nei termini di un sostanziale 'appiattimento' della complessità del comportamento e motivazioni individuali alla singola metrica della massimizzazione dell'utilità, trascurando quindi altre dimensioni dell'agire umano[22], e rimarcando come ciò possa avere conseguenze deleterie soprattutto se e quando tale sapere ha la pretesa di dare indicazioni di *policy*.

Infine, la critica al *riduzionismo giuridico* dell'EAL punta i suoi strali alla concezione riduttiva delle norme intese come strutture di vincoli e incentivi, o premi e punizioni, che finisce inevitabilmente con il trascurare o non comprendere il problema dell'obbligazione giuridica e/o politica.

Torneremo su questi riduzionismi nella sezione (§ 2.4) dedicata alle critiche rivolte alla *New Institutional Economics*.

2. Institutional Economics

1. Il termine "istituzione" è diventato di uso comune nelle scienze sociali. In ambito giuridico, non sono mancate riflessioni e teorie sviluppate intorno alla nozione di istituzione. Emblematico, a questo riguardo, è l'*Istituzionalismo giuridico* di Maurice Hauriou (1856-1829) e Santi Romano (1875-1947), che concepisce l'ordinamento giuridico come organizzazione (istituzione), in opposizione alla concezione normativista del diritto. Ma la diffusione del termine "istituzione" nelle scienze sociali è in gran parte dovuta alla *Institutional Economics* ("Economia Istituzionale", d'ora innanzi: IE). L'Istituzionalismo giuridico e l'IE hanno poco o nulla in comune se non la parola "istituzione": sono nati in contesti storici e culturali completamente diversi, così come sono diversi il metodo di studio, nonché il significato e il ruolo da questi attribuito alle istituzioni. Nella visione della IE sono istituzioni non solo le "organizzazioni" giuridiche o politiche – es.: Stato, Parlamento, Governo, Magistratura, Pubblica amministrazione, ecc. – o le norme che presiedono al loro funzionamento, come la costituzione, ma anche il matrimonio, la famiglia, la Borsa, la moneta, le imprese, i partiti e i sindacati, le convenzioni e, ovviamente, i due pilastri delle moderne economie di mercato: la proprietà privata e il contratto. D'ora innanzi userò il termine istituzionalismo, senza qualificazione alcuna, per riferirmi alla IE.

---

si v. i saggi pubblicati nello *Special Issue* curato da P. Silvestri-A. Stojanovic (eds.), *On The Future of Law and Economics by Guido Calabresi. An Interdisciplinary dialogue*, in "Global Jurist", 2019, p. 3.

[22] Si v. ancora Ellickson, *op. cit.*, e M.C. Nussbaum, *Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics*, in "University of Chicago Law Review", 1997, 64, pp. 1197-1214.

L'economia istituzionale è solitamente distinta in *Old Institutional Economics* (OIE) e *New Institutional Economics* (NIE). La distinzione tra vecchia e nuova IE indica più una cesura che una continuità storico-evolutiva tra i due approcci. Infatti, gli esponenti della NIE hanno raramente avvertito il bisogno di confrontarsi con la OIE. Ciò nonostante, la OIE e la NIE condividono, oltre ovviamente all'analisi delle istituzioni quale peculiare oggetto di studio, sia l'approccio interdisciplinare, sia un certo metodo, per così dire, storicizzante, cioè attento al contesto storico in cui le istituzioni (e gli individui) nascono, si evolvono e muoiono. Inoltre, sebbene non possa dirsi che la OIE abbia compiuto quel mutamento di paradigma attribuibile ai contemporanei approcci economici al diritto (v. introduzione e *infra*), mi pare importante menzionare la OIE in questa sede per comprendere sia le affinità con la NIE, sia i tentativi di alcuni autori di ripensarla in chiave critica nei confronti della NIE.

2. Per OIE si intende quella corrente di pensiero nata in America alla fine del XIX secolo, sviluppatasi come un approccio "eterodosso", in contrapposizione al formalismo deduttivo e astratto della scienza economica dominante. Tra i maggiori esponenti si annoverano Thorstein Veblen (1857-1929), Wesley Clair Mitchell (1874-1948) e John Commons (1862-1945).

Questa corrente di pensiero ha definito in vario modo le istituzioni. Per Veblen le istituzioni sono le «abitudini di pensiero ampiamente seguite e le pratiche che prevalgono in un dato periodo»[23]. L'enfasi è qui posta sulle credenze, le abitudini e le consuetudini a fondamento delle istituzioni stesse. Secondo Commons le istituzioni sono «forme di azione collettiva che garantiscono il controllo, la libertà e l'espansione dell'azione individuale»[24]. A differenza quindi dell'economia ortodossa che assume l'individuo come un dato e come una monade autosufficiente, Commons pone l'accento sulle basi sociali dell'individuo.

Il metodo e l'oggetto di studio della OIE sono profondamente diversi da quelli dell'analisi economica ortodossa (ma anche dalla EAL, che è nata molti anni più tardi). In generale, occorre notare come il focus della ricerca sia incentrato sulla *relazione* tra micro e macro, o tra azione individuale e livello istituzionale. Quanto al livello di spiegazione, gli istituzionalisti non mirano alla costruzione di un modello generale basato su alcuni assunti comportamentali (es. *homo economicus*), ma a sviluppare un'analisi contestuale e storicamente situata di specifiche istituzioni economiche o processi economici. Ad esempio, un istituzionalista è interessato a comprendere come un dato insieme di abitudini comuni è incorporato in, ed è rinforzato

[23] T. Veblen, *The Theory of the Leisure Class*, MacMillan, New York 1899.

[24] J.R. Commons, *Institutional Economics. Vol. I: Its Place in Political Economy* (1934), Transaction Publisher, New Brunswick, New Jersey 2009.

da, specifiche istituzioni sociali. L'insistenza sul contesto storico e culturale entro cui determinate istituzioni si sviluppano e sulle consuetudini, credenze e abitudini sui cui tali istituzioni si reggono, rendono cauti riguardo alla possibilità di trapiantare istituzioni da un paese all'altro, siano esse istituzioni economiche, come il mercato, o giuridico-politiche, come il "rule of law", la costituzione, il sistema giudiziario, ecc. Per fare un esempio contemporaneo, il fatto che i vari tentativi di trapiantare o "esportare" i modelli di democrazia, mercato o capitalismo occidentali in paesi "non occidentali" o in sistemi economico-istituzionali precapitalistici o ex-comunisti siano falliti, è un fatto che non stupirebbe minimante uno studioso appartenente alla OIE. Anzi, egli lo vedrebbe come una conferma del fondamento culturale delle istituzioni. Tale consapevolezza è oggi considerata come "acquisita" anche da parte degli studiosi appartenenti alla NIE.

Inoltre, le istituzioni, quale specifico oggetto di studio della OIE (ma anche della NIE), hanno una esistenza ontologica e, per questo, una legittimità empirica, cioè sono degne di studio tanto quanto gli individui. E ciò è tanto più vero se si considera che gli individui nascono già nelle istituzioni, e, soprattutto, che le istituzioni hanno una certa stabilità nel tempo, la cui durata sopravanza, spesso di gran lunga, la vita stessa degli individui.

La gran parte delle analisi sviluppate dagli autori riconducibili alla OIE riguardano: a) il modo in cui le istituzioni giuridiche influenzano (a.1) le attività/comportamenti economici e/o (a.2) il sistema economico in generale (e viceversa); b) l'analisi comparata di istituzioni e regole alternative, e lo studio dei loro effetti economici. Domande tipiche dell'approccio della OIE sono, ad esempio: in che modo l'evoluzione (giurisprudenziale e/o legislativa) della definizione dell'istituto giuridico della proprietà privata ha avuto (ed ha) un impatto sugli affari economici o sulle relazioni umane?; quali sono gli effetti della regolamentazione della concorrenza o dei monopoli in generale o in settori particolari quali, ad es., le *public utilities*? Quali sono gli effetti del diritto del lavoro sui rapporti di lavoro all'interno dell'azienda, o sulla contrattazione salariale? Dalle precedenti considerazioni, si comprende allora perché la OIE sia ancora al di qua del mutamento paradigmatico realizzato dai moderni approcci economici al diritto, vale a dire analisi del diritto con categorie economiche (generalmente, di microeconomia).

Le proposizioni fondamentali che costituiscono il nucleo di questo approccio sono state egregiamente riassunte in questo modo:

> 1) Il comportamento economico è fortemente condizionato dall'ambiente istituzionale all'interno del quale si svolge l'attività economica e, contemporaneamente, il comportamento economico influisce sulla struttura del contesto istituzionale; 2) L'interazione reciproca tra le istituzioni e il comportamento degli attori economici è un processo evolutivo, da qui la necessità

di un "approccio evolutivo" per l'economia; 3) Nell'analizzare i processi evolutivi in esso contenuti, l'enfasi è rivolta al ruolo giocato dalle condizioni imposte dalla tecnologia moderna e dalle istituzioni economiche del capitalismo moderno a economia mista; 4) L'enfasi è posta sui conflitti all'interno della sfera economica della società, in contrasto con l'idea di ordine armonioso inerente al libero gioco cooperativo, spontaneo e inconsapevole degli attori economici all'interno del mercato; 5) Esiste una chiara e presente necessità di incanalare i conflitti inerenti alle relazioni economiche strutturando le istituzioni per stabilire un meccanismo di controllo sociale sull'attività economica; 6) L'istituzionalismo richiede un approccio interdisciplinare che faccia appello alla psicologia, alla sociologia, all'antropologia e al diritto per comprendere meglio il comportamento degli attori economici e quindi formulare assunzioni più accurate e realistiche nella descrizione del loro comportamento[25].

Nonostante la rilevanza e la novità di questo corpus di proposizioni e precetti metodologici, la OIE è stata spesso accusata di aver fornito solo un insieme di idee sparse, più che un vero e proprio paradigma teorico alternativo all'economia ortodossa. Torneremo su alcuni tentativi di ripresa e sviluppo del pensiero della OIE nella sezione conclusiva (§ 2.4).

3. La NIE condivide con la OIE la premessa fondamentale che le istituzioni siano un fattore determinante della struttura e *performance* economica. Se tuttavia la OIE aveva cercato di presentarsi come prospettiva critica e alternativa alla scienza economica ortodossa sviluppatasi tra fine Ottocento e prima metà del Novecento, la NIE ha come riferimento teoretico i lavori di studiosi che hanno profondamente innovato la scienza economica dalla seconda metà del Novecento in poi. Fra questi occorre ricordare (almeno) i lavori dei premi Nobel: Ronald Coase (1910-2013) e Oliver Williamson (1932-)[26], sul ruolo della proprietà privata; di Coase e George Stigler (1911-1991), sugli effetti dei costi di transazione e informazione sugli scambi; di James Buchanan (1919-2013), sull'analisi dei processi di scelta collettiva (più noto come approccio di *Public Choice*, il cui programma di ricerca è stato ulteriormente sviluppato dalla *Constitutional Political Economy*).

Dal punto di vista metodologico, la NIE si regge su due pilastri o *assunti fondamentali*. Il primo è che gli individui perseguono razionalmente il loro *self-interest* (interesse personale), seppur *soggetto a vincoli*. A questo ri-

[25] Gordon 1964: 124-125, cit. da N. Mercuro-S.G. Medema, *Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, Princeton University Press, Princeton 2006, p. 107 (traduzione mia).

[26] In questa sede fra l'altro non è possibile rendere conto dei successivi studi di Williamson sui costi di transazione, la *governance* economica e l'impresa, che sono solitamente considerati parte integrante degli studi della NIE.

guardo, l'agente razionale della NIE è diverso dall'*homo oeconomicus* della scienza economica neoclassica in quanto è soggetto sia a vincoli "esterni" che "interni". Più precisamente, l'*homo oeconomicus* si muove in una sorta di "stato di natura" o in un ambiente-senza-istituzioni ed è dotato di elevata capacità calcolante, e possiede tutte le informazioni necessarie per effettuare calcoli, previsioni, scambi, ecc.; per la NIE, invece, i vincoli all'azione umana sono numerosi e determinanti. I vincoli *esterni* sono rappresentati dalla cornice istituzionale – in particolare, il diritto che istituisce, regolamenta e garantisce la proprietà privata e i contratti – e dai costi di transazione. I vincoli *interni* sono quelli riassumibili nel concetto di *bounded rationality* – "razionalità limitata", espressione coniata dal premio Nobel per l'economia Herbert Simon (1916-2001) –, stante a indicare che il processo decisionale di un individuo è limitato da vari fattori, fra cui: le informazioni che possiede, i limiti cognitivi della sua mente, la quantità finita di tempo di cui dispone per prendere una decisione.

Il secondo pilastro fondamentale della NIE è l'idea della *massimizzazione del benessere o ricchezza*. Di qui la ricerca di strutture istituzionali che massimizzino la capacità produttiva dei sistemi economici. In questa prospettiva, istituzioni "efficienti" sono quelle che abbassano i costi di transazione, danno certezza agli scambi, o favoriscono situazioni di cooperazione tra individui.

Per intendere come questi assunti prendano corpo nelle analisi della NIE si può riprendere la celebre definizione di istituzioni fornita dal più illustre esponente della NIE – anch'egli premio Nobel – Douglass Cecil North (1920-2015):

> Le istituzioni sono i vincoli, concepiti dagli uomini, che strutturano l'interazione politica, economica e sociale. Sono costituite sia da vincoli informali (sanzioni, tabù, costumi, tradizioni e codici di condotta), sia da regole formali (costituzioni, leggi, diritti di proprietà). Nel corso della storia, le istituzioni sono state ideate dagli esseri umani per creare ordine e ridurre l'incertezza negli scambi. Assieme ai classici vincoli economici, esse determinano l'insieme delle scelte individuali e quindi i costi di transazione e produzione, e, di conseguenza, la redditività e la fattibilità di impegnarsi in attività economiche. Le istituzioni evolvono in modo incrementale, collegando il passato con il presente e il futuro; la storia, di conseguenza, è in gran parte una storia di evoluzione istituzionale in cui la performance storica dei sistemi economici può essere compresa solo come parte di una storia sequenziale. Le istituzioni forniscono la struttura di incentivi di un'economia; man mano che questa struttura si evolve, essa forgia la direzione del cambiamento economico verso la crescita, la stagnazione o il declino[27].

[27] D.C. North, *Institutions*, in "Journal of Economic Perspectives", 1991, 5(1), pp. 97-112: 97 (traduzione mia).

In questo articolo, North indaga il ruolo dello stato nello sviluppo dei sistemi economici per capire perché storicamente alcuni sistemi sono avanzati e altri sono regrediti. Confrontando la produttività dei diversi sistemi economici, North ha mostrato come una buona parte dell'interazione sociale che determina la crescita di un sistema economico sia influenzata dal quadro istituzionale e, in particolare, dallo stato. Attraverso le loro istituzioni, gli stati garantiscono i diritti di proprietà, il rispetto e l'applicazione dei contratti, riducendo così i costi di transazione, facilitando gli scambi, e, in ultima analisi, migliorando la performance dei sistemi economici.

4. L'approccio della NIE non è esente da critiche. Mi limiterò qui a prendere in considerazione quelle che ritengo le più significative, almeno da una prospettiva filosofico-giuridica, e richiamerò e svilupperò ulteriormente i cenni fatti nel paragrafo precedente circa il problema del riduzionismo antropologico e giuridico.

Di particolare interesse è la posizione di Geoffrey Hodgson (1946-), uno dei più illustri studiosi contemporanei della IE. Egli definisce le istituzioni come «durable systems of established and embedded social rules that structure social interactions»[28]. La sua riflessione è volta, da un lato, a superare alcuni limiti della NIE, e, dall'altro, a riformulare e sviluppare alcune delle categorie chiave della OIE, in particolare le nozioni di consuetudine e abitudine[29], già presenti nell'istituzionalismo di Veblen.

Tra i limiti della NIE, in particolare quella sviluppata da North, Hodgson nota, in primo luogo, la poca chiarezza concettuale nella distinzione tra "regole" e "vincoli", "formali" e "informali". Abbiamo visto come nella definizione di North le istituzioni siano «costituite sia da vincoli informali (sanzioni, tabù, costumi, tradizioni e codici di condotta), sia da regole formali (costituzioni, leggi, diritti di proprietà)». Non è chiaro, ad esempio, se per regole "formali" debbano intendersi le regole "giuridiche" e/o "legali", e, di conseguenza, quelle "informali" sarebbero da intendersi come "illegali", o non-legali (cioè non espresse o formalizzate attraverso il diritto). Non è altresì chiaro se la distinzione tra "formale" e "informale" debba intendersi in termini di regole espresse e tacite, o regole frutto della progettazione umana e regole sviluppatesi spontaneamente (per usare un'altra importante distinzione risalente alla tradizione austriaca in economia). Inoltre, il quadro concettuale è complicato dal fatto che North ha definito in vari modi le istituzioni: a volte ricorrendo alle nozioni di "regole" e "vincoli" come sinonimi, altre volte definendole meramente in termini di "vin-

[28] G.M. Hodgson, *What are institutions?*, in "Journal of Economic Issues", 2006, 40(1), pp. 1-25: 13.

[29] Si veda soprattutto G.M. Hodgson, *The Approach of Institutional Economics*, in "Journal of Economic Literature", 1998, 36(1), pp. 166-192.

coli" (formali o informali), lasciando cioè intendere che le regole siano un caso speciale dei vincoli formali. Ma, obietta Hodgson, «se tutte le regole sono formali, e le istituzioni sono essenzialmente regole, allora tutte le istituzioni sono formali»[30].

In secondo luogo, Hodgson evidenzia come la concezione delle istituzioni come "vincoli", a loro volta intesi come insieme di incentivi/disincentivi, tradisca l'assenza di una seria riflessione sul fondamento di legittimità delle istituzioni e, quindi, sul problema dell'obbedienza alle istituzioni. Non stupisce, allora, che anche il tema del rapporto tra istituzioni e libertà sia sostanzialmente trascurato. Secondo Hodgson spiegare le istituzioni in termini di incentivi o sanzioni associate alle regole è insufficiente perché non spiegherebbe come le persone comprendono, interpretano e/o valutano le sanzioni o gli incentivi, né perché dovrebbero prenderli sul serio, e, in definitiva, perché dovrebbero scegliere di seguire una regola. Questo processo di comprensione, interpretazione e valutazione di una regola è inevitabilmente un processo di interazione sociale. Ad es., affinché le leggi diventino "regole" (istituzioni) e siano seguite, devono diventare consuetudini. «Le istituzioni funzionano solo perché le regole di cui sono costituite sono incorporate in abitudini condivise di pensiero e comportamento». Di qui il ruolo cruciale giocato dalla "*habituation*" (acquisizione di abitudini), cioè il «meccanismo psicologico mediante il quale gli individui acquisiscono le disposizioni per impegnarsi in comportamenti (simili a regole) precedentemente adottati o acquisiti». Le abitudini «sono il materiale costitutivo delle istituzioni, dotandole di stabilità nel tempo, potere e autorità normativa. A loro volta, riproducendo abitudini di pensiero condivise, le istituzioni creano forti meccanismi di obbedienza alle regole». In questa prospettiva, l'abitudine non è la negazione della deliberazione e della libertà di scelta, ma il loro fondamento necessario[31].

Altri critici[32] hanno sottolineato come la NIE muova da assunti antropologici piuttosto discutibili o quantomeno riduttivi che, a loro volta, rendono la nozione di istituzione estremamente riduttiva. L'idea di "razionalità", per quanto "limitata", continua a presupporre l'assunto comportamentale della massimizzazione dell'utilità, sicché le istituzioni sono importanti solo perché entrano nella funzione di calcolo dell'individuo come "vincoli" (incentivi/disincentivi o premi/sanzioni). Ciò presuppone altresì una visione economicista-funzionalista delle istituzioni: esse sono importanti in quanto funzionali allo sviluppo economico. Tuttavia, ciò lascia sullo sfondo altri fattori determinanti dello sviluppo economico come le idee, le ideologie e

---

[30] G.M. Hodgson, *What are Institutions?*, cit., p. 11.

[31] *Ivi*, p. 7.

[32] Mi riferisco qui in particolare a D.N. McCloskey, *Max U versus Humanomics: A Critique of Neo-Institutionalism*, in "Journal of Institutional Economics", 2016, 12(1), pp. 1-27.

l'etica, che spesso stanno a fondamento delle stesse istituzioni economiche, e senza le quali il "diritto scritto" di queste istituzioni rimane "lettera morta".

Di più, questa visione utilitarista e funzionalista delle istituzioni trascura anche i fondamenti sacrali, estetici, rituali o finzionali delle istituzioni. L'apparato concettuale dell'economista è del tutto insufficiente a spiegarli e, quindi, a rendere conto dei fondamenti di legittimità delle istituzioni. Le *Humanities*, o forse una nuova "Humanomics", tutta da pensare, avrebbero ancora molto da dire sulle istituzioni[33].

3. Libertarian Paternalism

1. Il *Libertarian Paternalism* ("Paternalismo libertario", d'ora innanzi: "LP") è una espressione ossimorica che coniuga due concetti comunemente ritenuti opposti. Esso esprime l'idea che sia possibile e legittimo che le istituzioni pubbliche e private influenzino il comportamento delle persone rispettando al tempo stesso la loro libertà di scelta. L'espressione è stata coniata nel 2003 dai due principali esponenti e fautori di questo approccio: l'economista comportamentale Richard Thaler (1945-), premio Nobel per l'Economia nel 2017, e il giurista Cass Sunstein (1954-), i quali hanno poi riassunto e difeso la loro dottrina nel libro *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (2008)[34]. L'eloquente immagine paternalista usata in copertina – un elefante che, con la proboscide, spinge il suo cucciolo riottoso – sintetizza bene il concetto di *Nudge* ("spinta gentile", "colpetto", "spintarella" o "pungolo") e le politiche di *nudging*, cioè i vari tipi di intervento (o cassetta degli attrezzi) del paternalista – strategie comunicative o informative (*disclosure*), regole di *default*, ecc. – con cui influenzare i motivi e gli incentivi insiti nel processo decisionale di gruppi e individui, almeno con la stessa (se non maggior) efficacia della legislazione basata su comandi e sanzioni, istruzioni dirette, coercizione o adempimento forzato.

Nella visione di Thaler e Sunstein, l'approccio regolamentativo del LP è "paternalista" nel senso che cerca di influenzare o guidare le scelte delle persone per il loro bene (o in modo da aumentare il loro benessere), "così come giudicato da loro stessi"[35]; è libertario perché cerca di "preservare la

---

[33] Si v. ancora D.N. McCloskey, *op. cit.*, e Heritier, *Humanities. Umanesimo e svolta affettiva*.

[34] R.H. Thaler-C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness* (2008), 2nd edition, Penguin Books, New York 2009.

[35] *Ivi*, p. 5.

libertà di scelta"[36], mirando a garantire che le persone siano sempre "libere" di scegliere diversamente, se vogliono farlo[37].

Tra gli approcci economici al diritto sin qui considerati, il LP è quello che ha avuto maggior risonanza, influenza e applicazioni, soprattutto in quest'ultimo decennio: tanto nel settore privato, commerciale, e soprattutto del marketing, dove le tecniche di persuasione sfumano sempre più in forme di persuasione occulta o manipolazione, quanto nel settore pubblico. In quest'ultimo ambito, il LP è stato adottato, o quantomeno caldeggiato, da varie istituzioni – governative, nazionali, sovranazionali o internazionali – per promuovere diverse iniziative: campagne contro il fumo, tutela dei consumatori, efficienza energetica, donazioni filantropiche, donazione di organi e strategie di *compliance* volte a facilitare gli adempimenti o gli obblighi dei cittadini nei confronti dello stato, come nel caso del pagamento delle tasse. Di particolare rilevanza sono i casi del Regno Unito, dove il primo ministro David Cameron aveva istituito il *Behavioural Insights Team* (BIT), più noto come *Nudge Unit*, e degli Stati Uniti, dove il presidente Barack Obama aveva nominato Cass Sunstein come amministratore dell'Ufficio di Informazione e Affari Normativi. Altri paesi hanno poi seguito l'esempio, istituendo simili commissioni governative formate da esperti di *nudging*, e altre istituzioni, quali l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) o la Commissione Europea, hanno raccomandato l'adizione di *policies* ispirate ai risultati dell'economia comportamentale.

2. L'approccio del LP muove da una critica all'anti-paternalismo fondata sui risultati della psicologia ed economia comportamentale. Per comprendere questo aspetto, riprendiamo e sintetizziamo per punti le tre tesi principali dell'articolo di Thaler e Sunstein, fondativo del LP: «l'anti-paternalismo si basa su un assunto falso [A] e almeno due idee sbagliate [B.1 e B.2]»[38].

A) «Il falso assunto è che le persone facciano scelte che sono sempre (di solito?) nel loro migliore interesse»[39]. La psicologia e l'economia comportamentale hanno dimostrato che questo assunto è falso.

L'istanza anti-paternalista era stata riassunta in maniera mirabile da John Stuart Mill (1806-1873) nel suo celebre saggio *On Liberty* (1858):

> l'unico motivo per cui il potere può essere legittimamente esercitato su qualsiasi membro della comunità civilizzata, contro la sua volontà, è quello

[36] C.R. Sunstein-R.H. Thaler, *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, in "University of Chicago Law Review", 2003, 70(4), pp. 1159-1202: 1182.

[37] *Ivi*, p. 1161.

[38] R.H. Thaler-C.R. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, in "The American Economic Review", 2003, 93, pp. 175-79: 175.

[39] *Ibid.*

> di prevenire un danno agli altri. Il bene dell'individuo, sia fisico sia morale, non costituisce una giustificazione sufficiente dell'interferenza. Un individuo non può essere costretto o impedito a fare qualcosa per il fatto che ciò sarebbe meglio per lui, o perché ciò lo renderebbe più felice, oppure perché agire così, almeno secondo l'opinione degli altri, sarebbe saggio e persino giusto. […]. Interventi di questo tipo si giustificano quando la condotta da cui si intende farlo desistere è ritenuta tale da nuocere a qualcun altro. Il solo aspetto della condotta per cui si è responsabili di fronte alla società è quello che concerne gli altri. Per la parte che riguarda solo se stesso, l'indipendenza dell'individuo è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente l'individuo è sovrano [40].

Questa tesi è nota anche come *principio del danno* o *principio di libertà* di Mill. Egli, fra l'altro, ha fornito diverse giustificazioni a questa tesi e al valore della libertà in generale. Fra queste giustificazioni, di solito si menziona l'argomento *epistemico*: ogni individuo è nella posizione migliore per *sapere* che cosa è bene per lui, e, quindi, per identificare i propri fini, e i mezzi migliori per raggiungerli [41].

Secondo il LP è proprio questo assunto ad essere falso. Notiamo, per inciso, che una legislazione paternalista, in contrasto con questo principio, esisteva ben prima degli sviluppi del LP: le norme sull'obbligo delle cinture di sicurezza (o del casco, per chi viaggia in moto), le norme che promuovono la sicurezza alimentare o la sicurezza nei luoghi di lavoro, assicurazioni sulla salute etc., sono alcuni significativi esempi. Ma il salto paradigmatico compiuto dal LP consiste nell'aver fondato l'approccio paternalista sulle ricerche della psicologica ed economia comportamentale.

A partire dagli anni '70, queste ricerche hanno smontato, se non distrutto, il modello dell'*homo economicus*, secondo il quale ognuno di noi pensa e sceglie in maniera razionale, massimizzando la propria utilità, e, per altri versi, hanno integrato e approfondito il modello della razionalità limitata. Fondamentali, a questo riguardo, sono stati gli studi degli psicologi Daniel Kahneman (1934-), premio Nobel per l'Economia nel 2002, e Amos Tversky (1937-1996) [42]. Con diversi test ed esperimenti, hanno dimostrato che i processi decisionali dell'individuo sono soggetti a errori sistematici – solitamente classificati e distinti in procedimenti euristici (*heuristics*) e pregiudizi (*biases*) – che vanno a scapito del suo benessere. Questi studi hanno re-

---

[40] J.S. MILL, *Sulla libertà*, Bompiani, Milano 2010, p. 55.

[41] Una confutazione più articolata delle tesi di Mill è in C.R. Sunstein, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, Yale 2014, tr. it. *Effetto nudge: la politica del paternalismo libertario*, EGEA, Università Bocconi Editore, Milano 2015.

[42] Studi in gran parte raccolti in D. Kahneman-A. Tversky (eds.), *Choices, Values, and Frames*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.

stituito una immagine dell'individuo "reale" tutt'altro che "razionale" (secondo la definizione di razionalità dell'*homo oeconomicus*): i processi decisionali sono sistematicamente caratterizzati da scelte impulsive, da miopia e difficoltà a immaginare l'effetto delle proprie scelte nel futuro, tendenza a procrastinare, debolezza della volontà e inerzia, ottimismo irrazionale, oltre che da una valutazione errata (o che conduce a scelte che si rivelano errate o autolesioniste) dei più semplici dati statistici e di fattori e circostanze esterne: dall'effetto gregge, imitazione o emulazione, al *framing*, per cui gli individui hanno una tendenza a modificare il risultato finale della scelta a seconda della cornice entro cui la scelta viene loro proposta. Emblematiche, a quest'ultimo riguardo, sono le regole di *default*, che stabiliscono che cosa accade quando l'individuo non sceglie o non decide nulla, come nel caso delle regole di silenzio-assenso o silenzio-diniego.

Nell'ottica del LP, tutti questi errori decisionali sono casi di "fallimenti del mercato comportamentali" [43], cioè una fondamentale integrazione alla casistica dei fallimenti del mercato. In quanto tali, essi sono stati presentati come ulteriori ragioni per giustificare la regolamentazione pubblica improntata al paternalismo. Come spiegato da Sunstein, questa è la «prima (e unica) legge della regolamentazione comportamentale informata»: «*di fronte ai fallimenti del mercato comportamentali, le spinte gentili sono solitamente la migliore risposta, almeno quando non c'è alcun danno per gli altri*» [44].

B.1) La prima idea sbagliata dell'anti-paternalismo è che ci siano valide e «praticabili alternative al paternalismo. In molti casi il paternalismo è inevitabile: soggetti pubblici o privati *devono* fare scelte che condizionano inevitabilmente le scelte di altre persone» [45]. L'esempio, dagli autori variamente riformulato, è quello della scelta (o anche la "semplice" presentazione) del cibo da parte di un dirigente di una mensa scolastica. Egli potrebbe trovarsi di fronte a tre (per semplificare) possibili opzioni: 1) scegliere i cibi che fanno star meglio gli studenti; 2) scegliere i cibi in maniera casuale; 3) scegliere i cibi che rendono gli studenti obesi. L'opzione (1) è certamente paternalista, ma chi sarebbe disposto a difendere la 'bontà' delle altre due opzioni? Lo stesso dicasi se i cibi fossero presentati in modo tale da mettere il cibo sano al livello degli occhi, e il cibo spazzatura in zone più difficili da raggiungere: le alternative sarebbero in ogni caso peggiori.

B.2) «La seconda idea sbagliata è che il paternalismo implichi sempre la coercizione». Se per coercizione si intente il forzare qualcuno a fare qualcosa, allora, come mostra l'esempio della mensa, non si può propriamente dire che lo studente sia forzato a scegliere qualcosa. E il problema non sareb-

---

[43] C.R. Sunstein, *op. cit.*, pp. 16 e 28 ss.

[44] *Ivi*, p. 14.

[45] R.H. Thaler-C.R. Sunstein, *op. cit.*, p. 175.

be diverso se gli utenti del servizio mensa fossero adulti. «Dunque qualche forma di paternalismo dovrebbe essere accettabile anche per il più fervente libertario»[46]. E se il paternalismo è inevitabile, allora la questione rilevante è come scegliere tra diverse politiche paternaliste.

A questo riguardo, il LP distingue tra paternalismo dei *mezzi* e dei *fini* e paternalismo *forte* e *debole*. Il paternalismo dei mezzi cerca solo di influenzare le scelte degli individui relative ai mezzi, ad esempio indirizzando le loro scelte verso elettrodomestici efficienti (attraverso la normativa sulle etichette informative sul consumo/risparmio energetico), se il loro fine è quello di risparmiare denaro. Il paternalismo dei fini, invece, influisce direttamente sui fini attraverso obblighi o divieti, per esempio vietando determinati comportamenti sessuali. Il paternalismo debole mira a preservare la libertà di scelta, mentre nel paternalismo forte entra in gioco la coercizione, come nel caso di una multa o una condanna a una pena detentiva. Le politiche di *Nudging* rientrano generalmente, secondo i suoi esponenti, nella categoria del paternalismo dei mezzi e del paternalismo debole, e sarebbero quindi compatibili, almeno nella maggior parte dei casi, con il principio del danno.

3. Per spiegare in che modo funziona (o può funzionare) il *nudging*, prendiamo due casi famosi: il caso delle regole di *default* per la donazione di organi, e i tentativi di incentivare la *compliance* fiscale, cioè i vari adempimenti/obblighi tributari (pagare le tasse, pagarle in tempo, ecc.).

Le opzioni di *default* sono probabilmente il caso più emblematico di *nudging*: se non decidi (per inerzia, pigrizia, tendenza a procrastinare le scelte, miopia, ecc.), una decisione *a priori* verrà presa in ogni caso. La regolamentazione della scelta di donare i propri organi in caso di decesso può avere effetti del tutto diversi a seconda del tipo di regola di default adottata. Se vige la regola del silenzio-assenso, come in Austria, vuol dire che se non vuoi essere donatore devi dichiararlo, altrimenti i tuoi organi verranno espiantati in ogni caso. Se vige la regola del silenzio-diniego, come in Germania, se non vuoi essere donatore non devi fare nulla (o se vuoi essere donatore devi dichiararlo). Il risultato di queste due diverse opzioni di default è che in Austria le donazioni di organi sono più del 90%, mentre in Germania meno del 10%.

La politica per incentivare i contribuenti a pagare in tempo le tasse – messa in atto nel Regno Unito dalla *Nudge Unit* – ha fatto leva sull'euristica dell'imitazione e dell'emulazione, in questo caso, l'imitazione delle *norme sociali*. A questo riguardo sono stati fatti diversi esperimenti, inviando a centinaia di migliaia di contribuenti lettere "informative" che veicolavano

[46] *Ibid.*

diversi tipi di norme sociali, formulate in modi diversi. Una delle formulazioni di maggior successo, in termini di incremento della *compliance*, recitava: «Nove persone su dieci nel Regno Unito pagano le tasse in tempo. Attualmente lei si trova nella piccolissima minoranza di persone che non ci hanno ancora pagato». E tale "informazione" sembra funzionare tanto più se il gruppo sociale di riferimento (oggetto di emulazione) è vicino spazialmente o temporalmente, ad esempio facendo riferimento non tanto ai contribuenti del "Regno Unito" quanto ai contribuenti del proprio "quartiere". Tali esperimenti hanno anche provato a testare l'efficacia di norme sociali "descrittive", come la summenzionata norma che descrive il comportamento sociale dei contribuenti del Regno Unito, in confronto a norme sociali "ingiuntive", veicolate, ad esempio, con il messaggio «Nove persone su dieci sono d'accordo sul fatto che tutti nel Regno Unito *dovrebbero* pagare le tasse in tempo». Il risultato è stato che le norme sociali descrittive sembrano essere più efficaci di quelle ingiuntive. In ogni caso, queste lettere hanno comunque sortito l'effetto di aumentare e anticipare il gettito fiscale[47].

4. Il LP ha sollevato diverse critiche, e il dibattito è in gran parte ancora in corso. Alcune critiche hanno puntato al classico problema del "*chi controlla il controllore?*". I funzionari pubblici o gli *esperti* delle politiche di *nudging* potrebbero essere influenzati da pressioni o *lobbying* di potenti gruppi privati. D'altra parte, anche se non lo fossero, potrebbero commettere errori "sistematici" tanto quanto gli individui, con la differenza che gli errori degli esperti potrebbero danneggiare molti individui, mentre gli errori di un individuo non possono che danneggiare lui stesso, almeno nel caso in cui la sua azione non presenti particolari esternalità. Altri studiosi hanno invece sottolineato che il criterio di riferimento normativo sottostante il *nudging* è ancora l'*homo economicus*, nonostante i suoi esponenti sostengano il contrario[48]. In altri termini, non si tratta di una critica al modello della razionalità economica sulla base del comportamento "reale" dell'individuo, ma di un tentativo di plasmare il comportamento reale dell'individuo affinché sia più conforme a quell'ideale di razionalità, per il suo bene e per il bene di tutti.

Una buona parte delle critiche (e preoccupazioni) si sono inoltre con-

---

[47] Per un breve resoconto di questo esperimento si v. C.R. Sunstein, *Nudging Taxpayers Do the Right Thing*, in "Bloomberg View" (April 15, 2014). In *https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2014-04-15/nudging-taxpayers-to-do-the-right-thing*.

[48] Cfr. R. Sugden, *Do People Really Want to be Nudged Towards Healthy Lifestyles?*, in "International Review of Economics", 2017, 64(2), pp. 113-123; G. Gigerenzer, *On the supposed evidence for libertarian paternalism*, in "Review of Philosophy and Psychology", 2015, 6(3), pp. 361-383.

centrate sul potenziale carattere *manipolativo* di certi interventi di *nudging*. Il termine "manipolazione" richiederebbe diverse precisazioni, anche se molti concordano sul fatto che alcune comunicazioni o avvertimenti grafici che fanno leva sulle paure o emozioni, come le immagini sui pacchetti delle sigarette, siano delle forme di manipolazione.

Un altro problema è la *difficoltà di distinguere nettamente tra paternalismo dei mezzi e dei fini*, in virtù della difficoltà di separare nettamente i fini e i mezzi nel processo decisionale[49]. In primo luogo, perché c'è sempre un rapporto di reciproca implicazione tra mezzi e fini. Da un lato, la scelta dei mezzi non è neutrale rispetto ai fini perseguiti, cioè occorre scegliere i mezzi conformi e opportuni al raggiungimento del fine. Fra l'altro, questo processo di scelta dei mezzi può portare a dover ridefinire il fine, qualora, ad esempio, i mezzi a disposizione non siano congrui o sufficienti. D'altro canto, i mezzi possono contaminare o corrompere il fine, ad esempio nel caso in cui si assuma la massima "il fine giustifica i mezzi" quale criterio regolativo dell'azione (si pensi all'obiettivo di perseguire la pace con mezzi militari). In secondo luogo, la difficoltà di separare nettamene mezzi e fini è anche dovuta al fatto che, spesso, mezzi e fini rappresentano un *continuum* in una lunga catena decisionale: ciò che è assunto come un fine, potrebbe essere il mezzo per il raggiungimento di un fine ulteriore o di altri fini più ampi o di lungo periodo. Se ad esempio scelgo di fare una dieta per dimagrire, i miei fini ulteriori potrebbero essere molti e diversi: da quelli di natura estetica (es.: voglio piacere a me stesso e/o agli altri, etc.) a quelli legati alla salute (es. stare bene e/o vivere più a lungo, ecc.) o entrambi; questi fini potrebbero a loro volta essere mezzi per altri fini, quali: una vita più felice, di successo, o entrambi (e molti altri ancora). Se tutto ciò è vero, allora potrebbero darsi dei casi in cui il paternalismo dei mezzi finisca con l'intaccare o modificare quei fini che invece dice di voler lasciare alla libera scelta degli individui.

Un caso particolare in cui il paternalismo dei mezzi sfuma in una forma di paternalismo dei fini è proprio quello delle opzioni di *default*. Thaler e Sunstein sostengono che in tali casi si è sempre liberi di scegliere diversamente o di *opt-out*, cioè di "uscire" dallo stato di *default*. Ma se l'architettura dell'opzione di default è principalmente concepita per l'individuo che, per inerzia, pigrizia, tendenza a procrastinare le scelte, o anche per semplice dimenticanza, *non decide*, allora, cosa fa pensare che un individuo con tali caratteristiche *si decida* a "uscire" in un secondo tempo? Una tale decisione presuppone che nell'individuo sia *presente* quel minimo di razionalità o capacità volitiva da *homo oeconomicus* che il *nudgin*, invece, addita come

[49] Si v. R. Viale, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, pref. di C. Sunstein, il Mulino, Bologna 2018, pp. 202-204.

mancante[50] (d'altra parte, ciò sembrerebbe ulteriormente confermare quanto il *nudging* continui a presupporre l'*homo oeconomicus* quale ideale regolativo dell'azione umana). In questo senso l'opzione di *default* rischia di rivelarsi una specie di trappola che finisce inevitabilmente con il condizionare i fini dell'individuo.

Infine, una delle questioni filosoficamente e antropologicamente più rilevanti è il problema della libertà. Come molti hanno evidenziato, il LP considera solo la libertà di scelta o, meglio, alcuni aspetti di essa, ma trascura completamente altri aspetti della più ampia nozione di libertà e del suo rapporto con la dignità umana. In primo luogo, il LP sembra trascurare la libertà che si esprime attraverso il *consenso*, incluso il consenso alle *condizioni* della scelta[51]. La questione può essere riformulata in questi termini: se la cornice delle scelte è decisa e costruita dagli esperti di *nudging* (anche se animati dalle migliori intenzioni, e anche se la cornice non incidesse in alcun modo sui fini dell'individuo), come può l'individuo dirsi ancora libero se non dà almeno un consenso alle strategie che costruiscono le condizioni della sua scelta? Inoltre, gli individui potrebbero considerare la libertà di scelta: a) come un ingrediente fondamentale del proprio *benessere*, cioè potrebbero rivendicare il diritto di scegliere da sé, il che vuol dire che una limitazione di questa libertà di scelta implicherebbe una diminuzione di quel benessere individuale che il LP vorrebbe invece aumentare; b) come un valore in sé, e quindi un elemento essenziale della *dignità* umana (gli individui vanno trattati come fini e non solo come mezzi), in questo senso tale libertà sarebbe intoccabile; c) come inclusiva della *libertà di fare errori*, e quindi una componente essenziale dell'apprendimento individuale e, più in generale, dello sviluppo della società e dell'uomo[52].

Letture per approfondire

Calabresi G., *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, in "Yale University Press", New Haven 2016.

Chavance B., *L'économia institutionnelle*, La Découverte, Paris 2007, tr. it. *L'economia istituzionalista*, il Mulino, Bologna 2010.

Coase R.H., *The Problem of Social Cost*, in "Journal of Law and Economics", 1960, 3, pp. 1-44.

---

[50] R. Rebonato, *Taking liberties. A critical examination of libertarian paternalism*, Palgrave, Macmillan, New York 2012.

[51] A. Marciano, *Freedom, Choice and Consent. A Note on a Libertarian Paternalist Dilemma*, in "Homo Oeconomicus", 2015, 32(2), pp. 287-291.

[52] Per un tentativo di rispondere a tutte queste obiezioni si v. ancora C.R. Sunstein, *op. cit.*

Cooter R.-Mattei U.-Monateri P.G.-Pardolesi R.-Ulen T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, nuova ed., 2 voll., il Mulino, Bologna 2006.

Denozza F., *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano 2002.

Dworkin R., *Why Efficiency-A Response to Professors Calabresi and Posner*, in "Hofstra Law Review", 1979, pp. 8: 563-590.

Ellickson R.C., *Bringing culture and human frailty to rational actors: A critique of classical law and economics*, in "Chicago-Kent Law Review", 1989, 65, pp. 23-55.

Hodgson G.M., *The approach of institutional economics*, in "Journal of economic literature", 1998, 36(1), pp. 166-192.

Hodgson G.M., *What are institutions*?, in "Journal of economic issues", 2006, 40(1), pp. 1-25.

Kornhauser L., *The Economic Analysis of Law*, in "The Stanford Encyclopedia of Philosophy" (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = *https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/*.

Mercuro N.-Medema S.G., *Economics and the law: From Posner to postmodernism and beyond*, Princeton University Press, Princeton 2006.

North D.C., *Institutions*, in "Journal of economic perspectives", 1991, 5(1), pp. 97-112.

Nussbaum M.C., *Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics*, in "University of Chicago Law Review", 1997, 64, pp. 1197-1214.

Posner R.A., *Economic Analysis of Law* (1973), 9th ed., Wolters Kluwer, Law & Business, Toronto 2014.

Rebonato R., *Taking liberties. A critical examination of libertarian paternalism*, Palgrave, Macmillan, New York 2012.

Sunstein C.R., *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, Yale 2014, tr. it. *Effetto nudge: la politica del paternalismo libertario*, EGEA, Università Bocconi Editore, Milano 2015.

Sunstein C.R.-Thaler R.H., *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, in "University of Chicago Law Review", 2003, 70(4), pp. 1159-1202.

Thaler R.H.-Sunstein C.R., *Libertarian Paternalism*, in "The American Economic Review", 2003, 93, pp. 175-179.

Thaler R.H.-Sunstein C.R., *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness* (2008), 2nd edition, Penguin Books, New York 2009.

Voigt S., *Institutional Economics: An Introduction*, in "Cambridge University Press", Cambridge, 2019, doi:10.1017/9781108573719.

Williamson O.E., *The new institutional economics: taking stock, looking ahead*, in "Journal of economic literature", 2000, 38(3), pp. 595-613.