

SCUOLE E METODOLOGIE NELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

1. Scuole e tendenze nell'analisi economica del diritto

Molti importanti dibattiti metodologici hanno accompagnato la crescita e l'evoluzione dell'analisi economica del diritto. Le tradizioni culturali di economisti e giuristi hanno prospettive diverse circa il ruolo da attribuire all'analisi economica nella scelta delle regole e nel disegno istituzionale. Durante la sua storia relativamente breve, il movimento della *law and economics* ha sviluppato tre distinte scuole di pensiero. Le prime due scuole, a cui spesso ci si riferisce come scuola "positiva" di Chicago e scuola "normativa" di Yale, si sono sviluppate quasi simultaneamente. La scuola "funzionale" di *law and economics*, che si è sviluppata successivamente, prende le mosse dalla teoria della *public choice* e dalla prospettiva della economia politica costituzionale della scuola della Virginia per offrire una terza visione che non è pienamente positiva né pienamente normativa.²

Il dibattito tra queste scuole offre importanti spunti per definire il ruolo appropriato dell'analisi economica nel processo legislativo ed istituzionale e per valutare i limiti dei metodi di calcolo delle preferenze sociali e del benessere aggregato nelle analisi politiche. Questi dibattiti hanno contribuito a far crescere l'interesse intellettuale verso l'analisi economica del diritto e alla diversificazione delle metodologie nell'analisi economica del diritto.

1.1 *Le origini del moderno approccio di analisi economica del diritto*

Il movimento della *law and economics* è probabilmente l'esempio di maggior successo della recente tendenza ad applicare l'economia in aree che erano una volta considerate estranee al campo proprio dell'analisi economica e del suo studio di esplicite transazioni di mercato. Metodologicamente, la analisi economica del diritto applica gli apparati concettuali e i metodi empirici dell'economia allo studio del diritto.

Un'ampia ricerca è stata condotta per identificare gli antecedenti storici della moderna *law and economics*. Il lavoro enciclopedico pubblicato da Jurgen Backhaus (2003) contiene varie notazioni biografiche dedicate ai precursori e ai primi esponenti europei del movimento *law and economics*. E' interessante notare che, nonostante l'elevazione della analisi economica del diritto a campo autonomo di ricerca sia il risultato di studi intrapresi negli Stati Uniti dopo gli anni settanta, è in Europa che la maggioranza dei precursori possono essere identificati. Gli antecedenti di analisi economica del diritto degni di nota comprendono il lavoro di Adam Smith sugli effetti economici della legislazione (1776), e la teoria di legislazione e utilitarismo di Jeremy Bentham (1782 e 1789).

Negli Stati Uniti, bisogna attendere fino alla metà del ventesimo secolo perché, attraverso il lavoro di Henry Simon, Aaron Director, Henry Manne, Gorge Stigler, Armen Alchian, Gordon Tullock e altri, il collegamento tra economia e diritto diventi oggetto di seria ricerca accademica. La regolazione del commercio e il diritto economico furono i primi settori a ricadere nell'area di naturale interesse dei primi studiosi americani di analisi economica del diritto. Le prime ricerche si concentrarono su aree collegate al diritto societario, al diritto tributario, e al diritto della concorrenza. Con questi studi, la prima generazione di studiosi di analisi economica del diritto,

¹ Università degli Studi di Milano e George Mason University, School of Law. E-mail: parisi@gmu.edu. Tel. (703) 993-8036. Si ringrazia Eleonora Melato per la preparazione della versione in lingua italiana di questo articolo.

² Per ulteriore analisi in lingua inglese dei temi trattati in questo saggio, si vedano Parisi (2004); Parisi e Klick (2004). In lingua italiana, si veda anche il saggio introduttivo di Posner e Parisi (1998).

procedette in parallelo con gli sforzi di altri economisti, nel cercare di spiegare il funzionamento dei mercati economici e l'impatto di differenti vincoli legali, come tasse e regolamenti, sul mercato.

Negli anni sessanta il pionieristico contributo di Ronald Coase e Guido Calabresi mise in luce l'influenza pervasiva dell'economia in tutte le aree del diritto. Il varco metodologico aperto da Coase e Calabresi consentì l'immediata estensione delle ricerche alle aree dell'illecito civile, della proprietà e dei contratti. Il potenziale analitico dei loro lavori, comunque, non rimase confinato a questi campi, e i successivi sviluppi della disciplina dimostrano la portata esplicativa e analitica della loro metodologia in un gran numero di altri settori del diritto.

Una differenza di approccio è identificabile tra i lavori di analisi economica del diritto dei primi anni sessanta e quelli che seguirono negli anni settanta. Mentre i primi contributi mettono in luce gli effetti delle norme legali sul normale funzionamento del sistema economico (i.e., considerano l'impatto di norme legali sull'equilibrio di mercato), la successiva generazione utilizza l'analisi economica per pervenire ad una migliore comprensione del sistema giuridico. In verità, negli anni settanta una serie di importanti applicazioni dell'economia al diritto svelarono gradualmente la struttura economica sottostante a praticamente ogni aspetto di un sistema giuridico: dalla sua origine ed evoluzione, fino alle sue regole sostanziali, procedurali e costituzionali.

Nonostante qualche resistenza all'applicazione dell'economia a comportamenti estranei al mercato, le importanti connessioni tra l'analisi giuridica e l'analisi economica, così come la rilevanza sociale dell'oggetto di studio, furono di per sé una garanzia di successo e fecondità per la disciplina.

Un importante contributo al successo delle ricerche di analisi economica del diritto è venuto dalla fondazione di riviste specializzate. La prima di tali riviste, il *Journal of Law and Economics*, fu fondata nel 1958 all'Università di Chicago. Deve essere dato credito al suo primo direttore, Aaron Director, per questa importante iniziativa, proseguita con successo da Ronald Coase. Altri giornali emersero negli anni seguenti: nel 1972, il *Journal of Legal Studies*, anche questo con sede all'Università di Chicago, fu fondato sotto la direzione di Richard Posner; nel 1979, *Research in Law and Economics*, sotto la direzione di Richard Zerbo, Jr.; nel 1981, la *International Review of Law and Economics* fu fondata nel Regno Unito sotto la direzione di Charles Rowley e Anthony Ogus (a cui più tardi si unirono Robert Cooter e Daniel Rubinfeld); nel 1982, la *Supreme Court Economic Review*, sotto la direzione di Peter Aranson (a cui più tardi parteciparono anche Harold Demsetz e Ernest Gellhorn); nel 1985, il *Journal of Law, Economics and Organization*, sotto la direzione di Jerry Mashaw e Oliver Williamson (e poi anche Roberta Romano); nel 1994, l'*European Journal of Law and Economics* fu lanciato sotto la direzione di Jürgen Backhaus e Frank Stephen; nel 1999, l'*American Law and Economics Review*, sotto la direzione di Orley Ashenfelter e Richard Posner; e ancora, più recentemente, nel 2004 il *Journal of Empirical Legal Studies* sotto la direzione di Theodore Eisenberg, Jeffrey J. Rachlinski, Stewart J. Schwab, e Martin T. Wells; in ultimo, la *Review of Law and Economics* fondata nel 2005 sotto la direzione di Robert Cooter, Ben Depoorter, Lewis Kornhauser, Gerrit De Geest, Nuno Garoupa, e Francesco Parisi. Queste riviste specialistiche hanno fornito – e continuano a fornire – un forum estremamente valido per lo studio della struttura economica del diritto.

Sotto molti aspetti, l'impatto della analisi economica del diritto ha superato le sue iniziali aspirazioni. Uno degli effetti dell'incorporazione dell'economia nello studio del diritto è stato quello di trasformare irreversibilmente la metodologia giuridica tradizionale. Le norme di legge hanno cominciato a essere studiate come un sistema attivo – un chiaro cambiamento rispetto alla tradizione Langdelliana, che faceva affidamento quasi esclusivamente sull'autonomo modello dell'analisi casistica e della classificazione, considerando la legge poco più che un meccanismo di riempimento.

L'economia fornisce il rigore analitico necessario per lo studio del vasto corpo normativo presente in un moderno sistema giuridico.

Questa rivoluzione intellettuale è sopraggiunta nel momento giusto, proprio quando l'accademia giuridica stava attivamente cercando uno strumento che permettesse una valutazione critica del diritto, piuttosto che il semplice rafforzamento della solidità dogmatica del sistema.

Il connubio tra diritto ed economia ha anche influenzato la professione economica, contribuendo all'espansione dell'originale campo di applicazione dell'analisi microeconomica – lo studio delle preferenze individuali e organizzative nel mercato – allo studio e alla comprensione di altre istituzioni e di fenomeni diversi da quelli di mercato.

1.2 Lo sviluppo dell'analisi economica del diritto

Nonostante la grande portata analitica dell'economia, fin dal principio fu chiaro che le competenze dell'economista nella valutazione di questioni giuridiche erano limitate. Nonostante la prospettiva dell'economista possa rivelarsi decisiva per l'analisi positiva dell'efficienza delle regole e per lo studio degli effetti di regole giuridiche alternative sulla distribuzione della ricchezza e del reddito, gli economisti generalmente riconoscono i limiti del loro ruolo nel fornire prescrizioni normative per cambiamenti sociali o riforme legali.

La presa di coscienza della natura positiva e descrittiva dell'analisi economica del diritto non è però stata sufficiente a dissipare i molti equivoci e controversie generati in seno all'accademia giuridica dalla rivoluzione metodologica del movimento della *law and economics*. Come chiari Coase (1978), la coesione delle tecniche economiche rende possibile per l'economia di migrare con successo in un altro campo, come quello del diritto, e dominarlo intellettualmente. Ma le differenze metodologiche hanno giocato un ruolo importante nel non facile connubio tra diritto ed economia. La metodologia Popperiana della scienza positiva contrastava per molti versi con gli esistenti paradigmi di analisi giuridica. Rowley (1981) definisce queste differenze, osservando che l'economia positiva segue l'approccio Popperiano, per mezzo del quale ipotesi (o modelli) verificabili vengono derivate con metodo di deduzione logica e vengono, poi, verificati empiricamente. L'analisi giuridica anglo-sassone, invece, è generalmente induttiva: i giuristi utilizzano soluzioni di singoli casi per costruire una regola generale del diritto. Molto lavoro è stato compiuto nella analisi economica del diritto a dispetto di queste differenze metodologiche, con un arricchimento reciproco di strumenti analitici per entrambe le discipline.

L'analisi economica del diritto si basa sulla comune assunzione economica che gli individui sono massimizzatori razionali, e studia il ruolo del diritto come mezzo per variare i prezzi relativi connessi a comportamenti alternativi dei soggetti del diritto. Secondo questo approccio, una variazione della regola di diritto condiziona i comportamenti umani alterando la struttura dei prezzi – e quindi il vincolo – del problema di ottimizzazione affrontato dai vari soggetti. La massimizzazione della ricchezza, fungendo da paradigma per l'analisi del diritto, può quindi essere stimolata o vincolata dalle regole di diritto.

I primi anni nello sviluppo della analisi economica del diritto furono caratterizzati dalla difficoltà di alcuni giuristi tradizionali ad accettare la nozione di massimizzazione della ricchezza come un paradigma sussidiario di giustizia. Nonostante molte delle differenze siano a posteriori risultate prevalentemente terminologiche – e molte altre siano state dissipate dal graduale accoglimento di una distinzione tra i paradigmi della massimizzazione dell'utilità e della massimizzazione della ricchezza – due ostacoli continuano ad affliggere il dibattito.

Il primo è legato alla necessità di specificare un complesso iniziale di *entitlements* o diritti, come necessario prerequisito per rendere operativa la massimizzazione della ricchezza.

Il secondo scaturisce dalla difficoltà teoretica di definire l'esatto ruolo dell'efficienza come ingrediente della giustizia, in raffronto con altre finalità del diritto e ad altri scopi sociali.

Nella sua nota difesa del criterio di massimizzazione della ricchezza come guida per l'azione giudiziaria, Posner (1985a) distingue la ricchezza o l'utilità attesa dai prezzi di mercato. Pur concedendo che i prezzi di mercato non sempre riescono a riflettere a pieno valutazioni soggettive idiosincratiche, Posner sostiene che essi consentono, però, di evitare difficili comparazioni di utilità

interpersonali, creando l'opportunità per una razionalizzazione ex post di posizioni prese su basi emotive. Il punto di vista di Posner si accorda con le premesse di un approccio alle relazioni giuridiche fondato sul diritto di proprietà, e sottolinea la rilevanza di una allocazione iniziale dei diritti di proprietà precedente ad ogni calcolo di massimizzazione della ricchezza. Il suo paradigma di massimizzazione della ricchezza serve da comune denominatore sia per la prospettiva utilitaristica sia per quella individualistica.

Combinando gli elementi di entrambe, Posner fornisce una teoria di massimizzazione della ricchezza che si avvicina più ad una filosofia politica del consenso che ad ogni altro sovrastante principio politico.

Al contrario, Calabresi (1980) sostiene che un incremento di ricchezza non può costituire un progresso sociale a meno che non persegua anche altri scopi sociali, come utilità e uguaglianza. Negando il *trade-off* tra efficienza e giustizia, Calabresi sostiene invece che efficienza e distribuzione sono entrambi ingredienti della giustizia, che è un fine di ordine differente rispetto a ciascuno di questi ingredienti. Calabresi quindi giustifica l'analisi economica del diritto come un valido esame di determinati ingredienti della giustizia, piuttosto che come un diretto esame della giustizia in sé.

Grazie a questo dibattito, divenne chiaro che la resistenza intellettuale che aveva caratterizzato la nascita di della *law and economics* era destinato a rimanere un fenomeno transitorio. Nella realtà nord-americana degli ultimi anni, giudici e legislatori hanno pienamente accettato il ruolo dell'analisi economica nelle loro rispettive competenze istituzionali. Altrettanto ampio ed indiscusso è l'impatto della *law and economics* nella realtà accademica.

Similarmente, come ha notato Coase (1978), gli economisti stanno prendendo coscienza del fatto che le altre scienze sociali sono così inevitabilmente connesse al sistema economico da essere quasi parte del sistema stesso. Per questo motivo, l'analisi economica del diritto non può più essere considerata come una branca della microeconomia applicata; piuttosto, deve essere vista come un contributo ad una migliore comprensione dello stesso sistema economico. Lo studio degli effetti di altre scienze sociali sul sistema economico diventerà, come Coase predisse, una componente permanente del campo economico. Coase esamina anche le ragioni della migrazione di economisti in altre scienze sociali, e cerca di predire il futuro di questo fenomeno. Gruppi di studiosi sono legati da comuni tecniche di analisi, da un approccio comune alla materia, e/o da un comune oggetto di studio. Nel breve periodo, asserisce Coase, le tecniche di analisi di un gruppo potrebbe avere una tale superiorità da riuscire con successo ad imporsi in un altro campo, e magari anche a dominarlo. Nel lungo periodo, comunque, l'oggetto di studio tende ad assurgere a forza coesiva dominante. Le tecniche analitiche utilizzate dagli economisti – come la programmazione lineare, i metodi quantitativi, e le analisi costi-benefici – possono avere recentemente favorito l'ingresso degli economisti in altre scienze sociali, ma Coase sostiene che questa tendenza può essere solo temporanea. Dopo tutto, la conoscenza in possesso degli economisti, una volta che il suo valore sia stato riconosciuto, potrà essere acquisita da altri professionisti in altri campi (come sta accadendo nel campo del diritto). Come il campo di applicazione della analisi economica del diritto continua ad espandersi, così anche le sue prospettive e esiti metodologici non rimangono fermi.

Nonostante questi importanti punti di convergenza, qualche spunto di controversia ancora circonda alcune questioni metodologiche, normative e filosofiche che costellano l'analisi economica del diritto. Anche se alcune di queste differenze metodologiche spesso perdono significato perché i loro paradigmi operativi spesso portano a risultati analoghi se applicati a casi reali, il dibattito non è esaurito. Alcuni studiosi avvertono che lo stato attuale di sviluppo della analisi economica del diritto è comparabile allo stato dell'economia prima dell'avvento della teoria delle scelte pubbliche (*public choice*), in quanto una comprensione dei "fallimenti della politica" si stava perdendo nello studio dei fallimenti del mercato (Buchanan, 1974; Rowley, 1989). La teoria delle scelte pubbliche introduce una prospettiva scettica – e a volte disgregativa – nel più elegante e semplice modello dell'economia neoclassica, ma questo elemento aggiuntivo può ben essere necessario per una migliore comprensione di una realtà complessa. Da un certo punto di vista,

l'incorporazione sistematica della *public choice* nell'approccio economico al diritto ha contribuito a spostare il dibattito sul terreno della teoria delle scelte collettive, in qualche modo orendo spunti di convergenza tra le diverse visioni normative della analisi economica del diritto.

L'economia è un potente strumento per l'analisi del diritto. Se gli uomini sono massimizzatori razionali della loro utilità, ricchezza o benessere, allora essi risponderanno razionalmente a mutamenti dei vincoli esterni, quali ad esempio quelli creati dalle regole del diritto. L'assunto della razionalità costituisce il fondamento basilare per molta letteratura economica e giuridica.

Partendo dal comune assunto economico che gli individui sono massimizzatori razionali, i sofisticati strumenti della teoria dei prezzi diventano un utile ausilio per lo studio della scelta di regole giuridiche (Cooter, 1984). Mentre c'è un generale consenso sul valore della teoria economica nello studio delle regole giuridiche, importanti differenze metodologiche sorgono rispetto alla scelta degli strumenti appropriati di analisi giuridica e alla scelta del metodo di calcolo delle preferenze sociali. Nei tre capitoli che seguono discuterò brevemente queste questioni metodologiche.

2. Scuole e prospettive intellettuali nell'analisi economica del diritto

Molti esperti della analisi economica del diritto credono che esista un importante terreno comune che unifica tutti gli studiosi della disciplina, indipendentemente dalle loro convinzioni ideologiche: una ricerca di nuove intuizioni nel diritto attraverso l'applicazione di concetti e teorie economiche (MacKaay, 2000). Nonostante questa comune dichiarazione di intenti, possono essere identificate varie scuole di analisi economica del diritto, ciascuna con un elaborato programma di ricerca e con un distinto approccio metodologico.

2.1 Approcci "positivi" e "normativi" nell'analisi economica del diritto

Durante il primo periodo di vita della disciplina, la dottrina della *law and economics* fu qualificata come "Chicago-style" o "Yale-style". Queste qualificazioni si riferiscono al rispettivo approccio positivo e normativo utilizzato da ciascuna scuola. Le origini delle scuole di analisi economica del diritto di Chicago e Yale sono attribuibili ai primi lavori di un ristretto numero di studiosi, tra cui il pionieristico lavoro di Ronald Coase e Guido Calabresi nei primi anni sessanta.

Mettendo a confronto il lavoro di questi due padri fondatori dell'analisi economica del diritto, vengono alla luce importanti differenze metodologiche con differenze pratiche sostanziali. La scuola di Chicago pose molte delle sue basi sul lavoro portato avanti da Richard Posner negli anni settanta. Una importante premessa dell'approccio della scuola di Chicago è l'idea che la Common law sia il risultato di uno sforzo – cosciente o meno – di generare regole (e risultati) efficienti. Questa premessa è nota come "*efficiency of the Common law hypothesis*". Secondo questa ipotesi, avanzata per la prima volta da Coase (1960), e più tardi sistematizzata ed estesa da Ehrlich e Posner (1974), Rubin (1977) e Priest (1977), le regole di Common law cercano di allocare le risorse secondo il criterio di efficienza di Pareto o di Kaldor-Hicks. Ancora, secondo la scuola positiva, le regole di Common law hanno un vantaggio comparativo rispetto ai sistemi di Civil law e alle regole di produzione legislativa nell'adempiere a questo compito, dovuto alla selezione evolutiva delle regole di Common law attraverso il giudizio. Molti importanti contributi hanno fornito fondamento a questa affermazione: gli studiosi che hanno avanzato teorie in supporto di questa ipotesi sono, però, spesso in disaccordo sulle basi concettuali di questa ipotesi.

La prima ipotesi di efficienza della Common law avanzata dalla scuola positiva di analisi del diritto è quindi la nozione che l'efficienza è il fattore predominante che forgia le regole, le procedure e le istituzioni di common law. Posner afferma che quello di efficienza è un criterio giustificabile nel contesto del processo giudiziale di decisione perché considerazioni di "giustizia" – sulle quali non c'è consenso né accademico né politico – introducono una inaccettabile ambiguità nel giudizio.

Sostenendo l'uso positivo dell'economia, Posner (1974) non nega l'esistenza di valide applicazioni normative di analisi economica del diritto. L'analisi economica del diritto ha spesso molte cose obbiettive da dire che influenzeranno l'analisi normativa di una politica³.

Nonostante gli importanti risultati analitici dell'analisi economica, gli studiosi di Chicago hanno riconosciuto fin dall'inizio che la competenza dell'economista nella valutazione di questioni giuridiche era limitata. La prospettiva dell'economista può dimostrarsi decisiva per l'analisi positiva dell'efficienza di regole giuridiche e per lo studio degli effetti di regole alternative sulla distribuzione della ricchezza e del reddito, ma gli economisti che aderiscono alla analisi economica "Chicago style" generalmente riconoscono i limiti del loro ruolo nel fornire prescrizioni normative per i cambiamenti sociali o le riforme giuridiche.

Al contrario, la scuola di analisi economica del diritto "Yale style", spesso descritta come scuola normativa, crede che ci sia una necessità diffusa di intervento legale per correggere forme pervasive di fallimento del mercato.⁴ Le questioni riguardanti la distribuzione sono centrali nella letteratura di questa scuola.

La filosofia globale di questo gruppo è spesso presentata come maggiormente contaminata da considerazioni di valore e come più propensa all'intervento politico rispetto alla scuola di analisi economica del diritto di Chicago.

Diversamente dalla scuola di Chicago, la scuola normativa ha attirato studiosi che utilizzano la metodologia della scuola di Chicago ma la forzano per formulare proposizioni prescrittive su come il diritto dovrebbe essere (MacKaay, 2000). Dato il predominante bisogno di perseguire la giustizia e l'equità nella distribuzione attraverso il sistema giuridico, molti studiosi di Yale sostengono che l'efficienza, così come definita dalla scuola di Chicago, non può mai essere il fine ultimo di un sistema giuridico.

2.2 *L'approccio "funzionale" e il ritorno all'individualismo normativo*

In anni recenti, una nuova generazione di letteratura legata alla c.d. scuola della Virginia – sviluppatasi dall'intersezione tra diritto, economia e teoria della *public choice* – forza i confini metodologici dell'analisi economica del diritto. L'approccio che ne risulta è per molti aspetti funzionale alla sua missione ultima, ritagliandosi uno spazio nella distinzione tra positivo e normativo e svelando le promesse e le illusioni sia dell'alternativa positiva che di quella normativa. Questo approccio all'analisi del diritto ha il potenziale di gettar luce sulla tradizionale concezione di processo legislativo, suggerendo che la valutazione comparativa di differenti fonti del diritto richiede una analisi appropriata della struttura degli incentivi presenti nel contesto che le ha generate. Questo filone di ricerca presta attenzione all'identificazione dei fallimenti politici incidenti sulla formazione del diritto, evidenziando l'importanza dei meccanismi di mercato nella creazione e nella selezione di regole giuridiche.

L'approccio funzionale di analisi economica del diritto è ancora nella sua fase iniziale di sviluppo e ancora lontano dall'acquisizione di una maturità teoretica, ma ha senza dubbio successo nel sollevare questioni cruciali riguardo al difficile collegamento tra preferenze individuali e conseguenze sociali, ponendo enfasi sul meccanismo istituzionale di legislazione e sulle scelte individuali. L'approccio risultante è scettico sia rispetto all'alternativa positiva sia rispetto a quella normativa.⁵ La teoria della scelte pubbliche fornisce forti basi metodologiche alla scuola

³ Posner (1974) offre il crimine come esempio. La *law and economics* positiva può aiutare a spiegare e a predire come differenti pene influenzeranno il comportamento dei criminali. Potrebbe risultare che una determinata sanzione è più adatta come deterrente per un certo crimine. Questa analisi non implica di per sé che tale legge debba essere adottata, ma può essere utilizzata per influenzare l'analisi normativa, indicando se una siffatta legge sia benefica per la società o meno.

⁴ MacKaay (2000) osserva che la scuola di Yale considera i fallimenti del mercato molto più diffusi e rilevanti di quanto gli studiosi di Chicago siano disposti ad ammettere. L'intervento legale è considerato il metodo appropriato per correggere tali fallimenti, nonostante possa non avere successo in tutte le circostanze.

⁵ Per una breve storia intellettuale dei tre approcci di *law and economics*, vedi Posner e Parisi (1998).

funzionale: l'incorporazione sistematica dei risultati della *public choice* nell'analisi economica del diritto serve invero a gettare un ponte tra le configgenti prospettive normative di analisi economica del diritto, quantomeno spostando il dibattito sul più solido terreno della teoria delle scelte collettive.

L'approccio funzionale è scettico nei confronti delle ipotesi generalizzate di efficienza esposte dalla scuola positiva. Sotto questo aspetto, i funzionalisti condividono in parte l'approccio critico della scuola normativa. Nulla supporta una fiducia generalizzata nell'efficienza del diritto giurisprudenziale nelle varie aree del diritto. Ancora più decisamente, la scuola funzionale è scettica rispetto ad una generale ipotesi di efficienza quando applicata a fonti legislative e a regolamentazioni amministrative.

L'approccio funzionale è critico anche riguardo alle politiche correttive ad hoc, che sono spesso propugnate dalla scuola normativa. I modelli economici sono descrizioni semplificate della realtà. Quindi, i funzionalisti credono che sia spesso pericoloso utilizzare tali strumenti per approntare politiche correttive o interventiste. Anche laddove il modello sia semplice, la sua applicazione al caso concreto è spesso resa difficile da problemi di quantificazione e valutazione concreta. Da questo punto di vista, i funzionalisti sono in sintonia con la scuola positiva e con la sua visione critica dell'approccio normativo. Sia secondo i positivisti che secondo i funzionalisti, l'analisi economica normativa rischia spesso di trascurare le molte non volute conseguenze di un intervento legale.

Una premessa importante dell'approccio funzionale nell'analisi economica del diritto è la sua fiducia nell'individualismo metodologico. Secondo questo paradigma di analisi, solo gli individui scelgono e agiscono (vedi, ad esempio Buchanan (1990) e i vari contributi della scuola di politica economica della Virginia). L'approccio funzionale si informa sull'esplicito riconoscimento che qualsiasi realtà sociale al livello aggregato, deve essere considerata come il risultato di scelte e di azioni di entità umane individuali che perseguono i loro fini con una intelligenza – formatasi in modo indipendente – della realtà che li circonda (Vanberg, 1994). L'individualismo normativo postula poi che solo il giudizio dei singoli individui può fornire un banco di prova rilevante sul quale valutare i meriti di regole giuridiche alternative.

I risultati della teoria della *public choice*, mentre è supportata dal buon senso tradizionale, pone molte sfide alla analisi economica del diritto neoclassica. A dispetto delle sofisticate tecniche matematiche di analisi economica, giudici e politici spesso difettano della competenza e dei metodi necessari per valutare l'efficienza di regole giuridiche. Corti e legislatori dovrebbero pertanto intraprendere un'analisi funzionale. Questa analisi richiede per prima cosa di esaminare gli incentivi sottostanti alla struttura giuridica e sociale che ha generato la regola giuridica, piuttosto che tentare direttamente l'analisi costi-benefici delle singole regole.⁶ In questo modo, l'approccio funzionalista della analisi economica del diritto è in grado di estendere l'ambito tradizionale di ricerca della analisi economica del diritto per includervi sia lo studio dell'influenza di istituzioni di mercato e non di mercato (diverse dalla politica) sui regimi giuridici, sia lo studio dei vantaggi comparati di fonti alternative di produzione centralizzata o decentralizzata di norme nel fornire regole efficienti.

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

La necessità di procedere a valutazioni comparate di regole differenti funge da motivazione per la maggior parte degli studi di analisi economica del diritto. Di conseguenza, il secondo problema metodologico nella analisi economica del diritto riguarda la scelta del criterio con il quale portare avanti tale analisi comparativa. In termini pratici, questo problema concerne il metodo di aggregazione di preferenze individuali in preferenze sociali. Il problema non è riscontrabile esclusivamente nell'ambito dell'analisi economica del diritto. E' parte di un più vasto dibattito metodologico nella filosofia economica e nell'economia del benessere.

⁶ Su questo punto, vedi Cooter (1994) che introduce una simile idea di valutazione strutturale (*structural adjudication*) delle norme.

Già nel tardo diciannovesimo secolo, F.Y. Edgeworth (1881: 7-8) formulò il dilemma morale dell'analisi del benessere sociale, osservando che un calcolo morale dovrebbe procedere con una valutazione comparativa della "felicità di una persona con la felicità di un'altra... Tale comparazione non può più essere evitata, se consideriamo che ci debba essere una qualche moralità sistematica". Il problema ovviamente sorge dal fatto che gli economisti non hanno alcun metodo attendibile per misurare l'utilità degli individui, tanto meno per procedere a comparazioni interpersonali di utilità.

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

3.1 *Preferenze ordinali e il criterio di Pareto*

Il primo criterio di benessere sociale è fondamentalmente attribuibile all'economista e sociologo italiano Vilfredo Pareto. Il criterio di Pareto limita la ricerca alle preferenze *ordinali* degli individui presi in considerazione. Secondo Pareto, un'allocazione ottimale è un'allocazione che massimizza il benessere di un individuo mentre il benessere degli altri individui rimane costante.⁷ In situazioni normali, ci sono molte possibili soluzioni che potrebbero essere qualificate secondo un tale criterio di ottimo sociale. Per esempio, se il problema sociale è di distribuire un beneficio tra due parti, qualsiasi possibile soluzione sarebbe Pareto ottimale, dal momento che non esiste alcuna possibile redistribuzione alternativa che può migliorare la situazione di una parte senza colpire l'altra.

Il criterio di Pareto è stato criticato per due ragioni principali: (a) è dipendente dallo *status quo*, in quanto diversi risultati sono ottenibili in relazione alla scelta di allocazione iniziale; e (b) permette solo una valutazione *ordinale* delle preferenze, dal momento che non contiene alcun meccanismo idoneo a indurre le parti a rivelare o valutare le preferenze *cardinali* (laddove risulti l'intensità delle preferenze). In conseguenza a queste deficienze, alcuni studiosi (ad esempio, Calabresi, 1991), hanno contestato l'utilità del criterio di Pareto nelle sue applicazioni nella analisi economica del diritto.

3.2 *I test utilitaristici: Bentham e Kaldor- Hicks*

Nel diciannovesimo e all'inizio del ventesimo secolo, economisti e filosofi svilupparono dei paradigmi di benessere secondo i quali il grado di ogni individuo considerato deve essere preso in considerazione in ogni valutazione comparativa di differenti stati del mondo. Questa tendenza metodologica, collegata alla filosofia utilitaristica, è rappresentata al meglio da filosofi e giuristi come Bentham (1839), e più tardi da economisti come Kaldor (1939) e Hicks (1939), che formularono in modi diversi criteri di benessere sociale che tenevano conto delle preferenze *cardinali* degli individui.

Nei *Principles of Moral and Legislation*, Bentham (1789) presenta la sua teoria del valore e della motivazione. Egli suggerisce che il genere umano è governato da due padroni: "dolore" e "piacere". Le due cose forniscono la motivazione fondamentale per l'agire umano. Bentham nota che non tutti gli individui traggono piacere dagli stessi oggetti o attività, e non tutte le sensibilità umane sono uguali.⁸ L'imperativo morale di Bentham, che ha grandemente influenzato il dibattito metodologico nell'analisi economica del diritto, è che i politici hanno un obbligo di selezionare regole che diano "la più grande soddisfazione al più grande numero di persone". Come è stato sottolineato da Kelly (1998: 158) questa formulazione è molto problematica, dal momento che identifica due fattori da massimizzare (i.e. grado di soddisfazione e numero di individui) senza

⁷ Come corollario, uno spostamento verso una alternativa Pareto superiore migliora la condizione di un individuo senza che la condizione di nessun altro individuo risulti peggiorata.

⁸ Vedi Posner (1998) per una interessante discussione su Bentham e la sua influenza sul movimento law and economics.

specificare il *trade-off* tra l'uno e l'altro. L'approccio utilitaristico di Bentham può quindi rivestire, al massimo, un ruolo semplicemente ispiratore per i fini politici.

Nel secolo successivo, vari economisti, tra cui Kaldor (1939), Hicks (1939) e Scitovsky (1941), formularono paradigmi di benessere più rigorosi che evitavano le ambiguità teoretiche della affermazione di Bentham. Anche queste formulazioni presentavano un, seppur diverso, insieme di difficoltà nella loro implementazione. L'idea centrale del loro approccio è che una allocazione di risorse *A* deve essere preferita ad una allocazione *B* se quelli che ottengono un vantaggio dal regime *A* hanno un guadagno sufficientemente ampio da poter compensare quelli che hanno subito uno svantaggio. L'esame è generalmente conosciuto come test di Kaldor-Hicks o "test di compensazione potenziale". Si tratta invero di una compensazione "potenziale" in quanto la compensazione di coloro che subiscono un pregiudizio è solo ipotetica e non necessita di essere effettivamente messa in atto.⁹ In termini pratici, il criterio di Kaldor-Hicks richiede una comparazione dei guadagni di un gruppo con le perdite dell'altro gruppo. Ogni qualvolta i vincitori guadagnano più di quanto perdano i perdenti, il cambiamento è ritenuto efficiente. Matematicamente, sia la versione di efficienza di Bentham che quella di Kaldor-Hicks sono effettuate mediante la comparazione dei payoffs aggregati delle varie alternative e mediante la selezione dell'opzione che massimizza la sommatoria del benessere delle parti.

3.3 *Preferenze sociali non-lineari: Nash e Rawls*

Altri paradigmi di benessere sociale si allontanano dal puro approccio utilitaristico, suggerendo che la massimizzazione del benessere sociale richiede qualcosa in più della massimizzazione dei payoffs totali dei vari membri della società. Le società sono formate da una rete di relazioni individuali e ci sono alcuni importanti effetti interpersonali che sono parte delle funzioni di utilità individuali. Inoltre, la natura umana è caratterizzata da una utilità marginale decrescente, il che attribuisce rilevanza alla distribuzione dei benefici tra i membri del gruppo.

Immaginiamo due regimi ipotetici: (a) in cui tutti i membri della società consumano un pasto al giorno; e (b) in cui solo una metà della popolazione, scelta casualmente, abbia il privilegio di consumare due pasti al giorno, mentre l'altra sfortunata metà rimane a digiuno. Secondo la prospettiva di Kaldor-Hicks, le due alternative non sono distinguibili dal punto di vista dell'efficienza perché l'ammontare totale di cibo disponibile rimane immutato. Nel test di Kaldor-Hicks, quelli che ricevono il doppio pasto hanno esattamente abbastanza da compensare gli altri e quindi la società dovrebbe rimanere indifferente rispetto ai due sistemi di allocazione. Ovviamente, questa affermazione di indifferenza lascerà la maggior parte degli osservatori insoddisfatti. In assenza di effettiva compensazione, il criterio manca di considerare il beneficio marginale decrescente di un secondo pasto e il costo marginale crescente del digiuno. Ugualmente, la casuale distribuzione dei pasti manca di considerare gli effetti interpersonali delle allocazioni inique. Gli individui fortunati subiscono una diminuzione di utilità nel sapere che altri individui soffrono la fame mentre loro godono di un doppio pasto. A causa della utilità marginale decrescente di benessere e degli effetti dell'utilità interpersonale, secondo una valutazione *ex ante*, nessun individuo sceglierà il sistema allocativo (b), nonostante il ricavo atteso da (b) sia uguale a quello atteso da (a).

Gli studiosi che cercano di valutare le implicazioni della sperequazione distributiva sul benessere, generalmente invocano la teoria di giustizia di Rawls (1971)¹⁰ o utilizzano il modello di benessere di Nash (1950).¹¹

⁹ Si dovrebbe notare che, se si procedesse ad una effettiva compensazione, qualsiasi test che soddisfa il criterio di efficienza di Kaldor-Hicks sarebbe atto a soddisfare anche il criterio di Pareto.

¹⁰ Insigni studiosi hanno preso in considerazione le condizioni alle quali i principi di giustizia possono emergere spontaneamente attraverso l'interazione e lo scambio volontario di membri singoli di un gruppo. Come in ambito contrattuale, la realtà della formazione del diritto consuetudinario si basa su un processo volontario attraverso il quale i membri di una comunità sviluppano regole che governano le loro interazioni sociali aderendo volontariamente a

L'intuizione sottostante a questo criterio di benessere è relativamente semplice: il benessere di una società è giudicato sulla base del benessere dei suoi membri più deboli. L'uso di un prodotto algebrico per aggregare le preferenze individuali coglie questa intuizione. Come la resistenza di una catena è determinata dalla resistenza del suo anello più debole, così la catena dei prodotti in una moltiplicazione algebrica è pesantemente condizionata dal moltiplicatore più piccolo. Infatti, al limite, se c'è uno zero nella catena dei prodotti, l'intero gran totale crollerà a zero. Questo significa che l'intero benessere sociale di un gruppo tenderà allo zero quando l'utilità di uno dei suoi membri si avvicina allo zero.

Nella tradizione di analisi economica del diritto, questi modelli di benessere sociale non hanno ottenuto grande popolarità. Questo non tanto per un preconetto ideologico, ma piuttosto per una combinazione di molte ragioni pratiche. Queste ragioni comprendono la generale tendenza ad intraprendere una ottimizzazione in due fasi (*two-step optimization*) nella progettazione delle politiche, e la difficoltà di identificare un criterio obiettivo per stimare l'utilità interpersonale e gli effetti dell'utilità marginale decrescente. Dal punto di vista metodologico, gli aspetti concernenti la distribuzione sono generalmente tenuti separati dalla ricerca dell'efficienza nelle scelte politiche. Tale separazione è stata razionalizzata sulla base del fatto che il sistema giuridico è uno strumento troppo costoso per la distribuzione, dato il vantaggio di utilizzare il sistema fiscale per la riallocazione su larga scala della ricchezza (si veda ad esempio, Kaplow-Shavell, 1994).

4 Ricchezza, utilità e preferenze rivelate: la scelta dell'oggetto della massimizzazione

C'è una importante questione metodologica che ha apertamente occupato l'attenzione di autorevoli studiosi di analisi economica del diritto: che cosa dovrebbe cercare di massimizzare il sistema giuridico? In questo dibattito, anche rigidi sostenitori della visione strumentale del diritto potrebbero discutere se l'obiettivo della legge debba essere la massimizzazione della ricchezza aggregata, dell'utilità aggregata, o semplicemente quello di fornire le condizioni per una libera scelta individuale.

Se gli studiosi coinvolti nel dibattito potessero considerare l'argomento come spettatori neutrali, potrebbe essere raggiunto il consenso sull'idea che il fine ultimo politico è la massimizzazione della felicità e del benessere umano. Ma indipendentemente da questo ipotetico consenso, l'analisi economica del diritto di fatto raramente utilizza metodi di valutazione basati sull'utilità. La ragione di ciò è, ancora una volta, principalmente pragmatica. A differenza della ricchezza (o quantità di risorse fisiche), l'utilità non può essere oggettivamente misurata. Inoltre, comparazioni interpersonali di utilità sono impossibili, il che rende ogni bilanciamento tra gruppi o individui ampiamente arbitrario.

Queste limitazioni fanno della massimizzazione dell'utilità uno strumento inutilizzabile per pratici fini politici.

Date queste limitazioni, seguendo Posner, vari studiosi dell'analisi economica del diritto si sono allontanati dall'ideale utilitaristico ottocentesco della massimizzazione dell'utilità, utilizzando

standards comportamentali emergenti. In questo ambito, Harsanyi (1955) suggerisce che norme sociali ottimali sarebbero quelle che emergono attraverso l'interazione di attori individuali in un contesto sociale con preferenze impersonali. Il requisito della impersonalità per le preferenze individuali è soddisfatto se i soggetti che prendono le decisioni hanno uguale possibilità di trovarsi in ognuna delle posizioni sociali iniziali e scelgono razionalmente un insieme di regole che massimizzi il loro benessere atteso. Rawls (1971) impiega il modello di ignoranza stocastica elaborato da Harsanyi nella sua teoria della giustizia. Comunque, il "velo di ignoranza" rawlsiano introduce un elemento di avversione al rischio nella scelta tra stati alternativi del mondo, e così altera il risultato ottenibile con l'originario modello di Harsanyi, con una deviazione verso un'equa distribuzione (i.e. con risultati che si avvicinano al criterio di benessere sociale di Nash). Ulteriori analisi della formazione spontanea di norme e principi di moralità possono essere trovate in Sen (1979); Ullmann-Margalit (1977); e Gauthier (1986).

¹¹ Secondo il criterio di Nash, il benessere sociale è dato dal prodotto dell'utilità dei membri della società (Nash, 1950). Vedi Mueller (1989: 379-82), che attribuisce la forma moltiplicativa del benessere sociale a Nash.

invece il paradigma della massimizzazione della ricchezza.¹² Altri studiosi di analisi economica del diritto rimangono tuttavia a disagio nell'accettare la nozione di massimizzazione della ricchezza come un paradigma ausiliario di giustizia.

In questo contesto, si può pensare alle varie critiche dei sostenitori della massimizzazione della ricchezza attraverso il diritto proprietario che percepiscono il costo sociale di tale criterio di giudizio come molto alto, data la concezione strumentale di diritti individuali e *entitlements* propri della massimizzazione della ricchezza. Questi critici fanno notare che i diritti hanno un valore che deve essere considerato in sé, al di là dell'utilità che possono avere in relazione all'accumulazione di ricchezza (Buchanan, 1974; Rowley, 1989).

In questo dibattito, la scuola funzionale di analisi economica del diritto fornisce una alternativa identificando le scelte individuali e le preferenze rivelate come i fondamentali criteri di valutazione. La produzione di meta-regole che aspirano a incoraggiare libere scelte individuali mediante l'eliminazione gli impedimenti strategici e transattivi alla rivelazione delle preferenze reali diventa un obiettivo esplicito della scuola funzionale. Come già detto, la valutazione di fonti di diritto alternative richiede una analisi appropriata della struttura degli incentivi presenti nel contesto che le ha generate ed è diretta ad introdurre meccanismi di mercato nella creazione e selezione delle regole giuridiche, ponendo enfasi sul meccanismo istituzionale di legislazione e sulle scelte individuali. La recente letteratura su reciprocità (Smith, McCabe e Rassenti, 1998; Fon e Parisi, 2003), norme sociali e diritto consuetudinario (Cooter, 2000; Parisi, 1998), scelta contrattuale della legge applicabile e mercato delle regole (Romano, 1999; Parisi e Ribstein, 1998; Ribstein e O'Hara, 2000), federalismo (Ribstein and Kobayashi, 2001) e libertà contrattuale (Trebilcock, 1994; Buckley, 1999) sono esempi della crescita e del valore degli approcci funzionali nella analisi economica del diritto.

Le future generazioni di studiosi di analisi economica del diritto dovrebbero essere consapevoli degli importanti dibattiti metodologici che hanno occupato i loro predecessori, per avvantaggiarsi delle intuizioni sviluppate dalle differenti tradizioni metodologiche nella valutazione di regole giuridiche e istituzioni.

5. Economia sperimentale e comportamentale: nuove sfide nell'analisi economica del diritto

L'economia comportamentale accetta molte delle premesse proprie del pensiero economico tradizionale, cioè che gli effetti di scelte individuali sono il frutto di atto in un determinato ambiente economico. Ma gli economisti comportamentali fanno un passo ulteriore, sostenendo che l'azione umana è modellata non solo dai vincoli economici presenti nel caso concreto, ma è anche influenzata dalle preferenze endogene, dalle conoscenze, dalle capacità, dalle doti e dai vari vincoli psicologici e fisici delle persone (Smith 1991). Gli incentivi sono importanti e guidano il comportamento umano, ma questi incentivi spesso sono qualcosa in più di mera prospettiva di guadagno monetario.

La produzione di regole giuridiche spesso si basa su predizioni circa la misura in cui le persone risponderanno alle regole giuridiche e ai vincoli istituzionali. Molti dei primi contributi alla analisi economica del diritto sono stati profondamente influenzati da modelli di scelta razionale e dalle teorie comportamentali dell'azione umana, che hanno tradizionalmente fornito le basi teoretiche per tale predizione. La recente attenzione per le deviazioni dalla scelta razionale e la

¹² Posner è il più autorevole esponente del paradigma della massimizzazione della ricchezza. Con il principio della massimizzazione della ricchezza, una transazione è desiderabile se accresce la somma della ricchezza per le parti in causa (dove la ricchezza è intesa come comprendente tutti i beni e servizi tangibili o intangibili). Già Bentham (1839) aveva criticato l'idea di usare attori quali la ricchezza oggettiva o la quantità di risorse come indici di benessere sociale. Nonostante le difficoltà nella quantificazione di valori quali l'utilità o la felicità, la ricerca del piacere e della felicità e l'evitare il dolore sono le forze motivazionali del comportamento umano. Ricchezza, cibo e protezione sono meri strumenti per pervenire a tali fini umani.

progressiva incorporazione di risultanze psicologiche nei modelli economici costituisce una importante sfida a queste premesse metodologiche. Gli importanti risultati dell'economia comportamentale e sperimentale mettono in evidenza la necessità di più penetranti forme di sperimentazione per capire come gli uomini reagiscono a cambiamenti di vincoli esterni come regole giuridiche e sanzioni.¹³

In anni recenti, il filone comportamentale ha cominciato a giocare un ruolo ampio nella analisi economica del diritto, come è ben evidenziato dalla recente creazione di una rivista specializzata in questo campo.¹⁴ L'impegno intellettuale dell'analisi economica del diritto sperimentale è inevitabilmente destinato a occupare molte generazioni di studiosi, data la complessità delle scelte umane nel mondo reale, in relazione alle semplificazioni dei primi approcci di scelta razionale. Sarà una impresa scientifica di grande portata e dai risultati prevedibilmente affascinanti, che ha il potenziale di generare rilevanti implicazioni normative per la scelta di regole e il disegno istituzionale.¹⁵

Questa nuova tendenza nella letteratura ha innescato una intrigante esplorazione di rilevanti punti di collegamento tra il diritto, l'economia e la psicologia. Ponendo speciale attenzione sui modelli di comportamento irrazionale, questo filone di ricerca ricava le implicazioni di tali modelli per la produzione giuridica e delle istituzioni. I primi contributi in questo campo offrono già un buon punto di partenza per far sperare nel successo della disciplina nel campo dell'analisi economica del diritto. I risultati dell'economia sperimentale e comportamentale fanno altresì ritenere che l'applicazione di modelli economici di comportamento irrazionale al diritto è particolarmente impegnativa perché le specifiche deviazioni dal comportamento razionale differiscono marcatamente una dall'altra. Inoltre, gli strumenti analitici e deduttivi della teoria economica devono essere rimodellati per occuparsi proficuamente dei risultati frammentari ed eterogenei della ricerca psicologica, evolvendo in una metodologia più sperimentale e induttiva.

Sotto molti punti di vista, la complessità messa in luce da queste nuove dimensioni di scelta umana porterà al graduale sviluppo di modelli economici più complessi. La specializzazione metodologica sarà il risultato inevitabile di questi sviluppi intellettuali, ma questa specializzazione e diversificazione di approcci aggiungerà anche ostacoli alla intelligibilità dei risultati nel campo interdisciplinare della analisi economica del diritto.

References

Juergen Backhaus (ed.), *The Elgar Companion to Law and Economics* (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing 2003).

Jeremy Bentham, *Of Laws in General* (1782)

Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789).

¹³ Nel 2001, Gorge Akerloff, Michael Spence e Joseph Stiglitz hanno ricevuto il Premio Nobel per l'economia. Il loro contributo mette in luce che i mercati non sempre funzionano in modo efficiente, in quanto compratori e venditori non sempre hanno accesso all'informazione di cui necessitano per fare scelte ottimali. Lo stesso anno, Matthew Rabin vinse la John Bates Clark Medal per la sua ricerca volta ad espandere il campo dell'economia attraverso la psicologia. Nel 2002, Daniel Kahneman e Vernon Smith vinsero il Premio Nobel per l'economia per i loro rispettivi contributi all'economia comportamentale e sperimentale.

¹⁴ Si tratta del *Journal of Empirical Legal Studies* creato nel 2004 sotto la direzione di Theodore Eisenberg, Jeffrey J. Rachlinski, Stewart J. Schwab, e Martin T. Wells.

¹⁵ Il volume di Parisi e Smith (2005) rappresenta un passo in questa direzione, mettendo insieme i contributi di studiosi pionieristici in quest'area, con una presentazione di alcuni degli sviluppi più rilevanti della economia comportamentale e sperimentale per l'analisi economica del diritto.

Jeremy Bentham, *A Manual of Political Economy* (New York: G.P. Putnam 1839).

James Buchanan, Good Economics-Bad Law, 60 *Virginia Law Review* 483-92 (1974).

James M. Buchanan, The Domain of Constitutional Economics, 1(1) *Constitutional Political Economy* 1-18 (1990).

Francis H. Buckley, *The Fall and Rise of Freedom of Contract* (Durham: Duke University Press 1999).

Guido Calabresi, About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin, 8 *Hofstra Law Review* 553-562 (1980).

Guido Calabresi, The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further, 100 *Yale L.J.* 1211 (1991).

Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 *Journal of Law and Economics* 1-44 (1960).

Ronald H. Coase, Economics and Contiguous Disciplines, 7 *Journal of Legal Studies*, 201-11 (1978).

Robert Cooter, Prices and Sanctions, 84 *Columbia Law Review* 1523-1560 (1984).

Robert D. Cooter, Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law, 14 *Int. Rev. of Law & Econ.* 215 (1994).

Robert D. Cooter, Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence, and Internalization, 79 (1) *Oregon Law Review* 1 (2000).

Francis Y. Edgeworth, *Mathematical Psychics* (London: C. Kegan Paul 1881).

Isaac Ehrlich and Richard A. Posner, An Economic Analysis of Legal Rule Making, 3 *Journal of Legal Studies* 257-186.

Vincy Fon and Francesco Parisi, The Limits of Reciprocity for Social Cooperation, [George Mason Law & Economics Research Paper No. 03-08](#).

D. Gauthier, *Morals by Agreement* (Oxford: Clarendon Press 1986).

J. C. Harsanyi, Cardinal Welfare Individualistic Ethics, and Interpersonal Comparisons of Utility, 63 *Journal of Political Economy* 315 (1955).

J.R. Hicks, The Foundations of Welfare Economics, 49 *Economic Journal* 696-712 (1939).

N. Kaldor, Welfare Propositions of Economics and Inter-personal Comparisons of Utility, 49

Economic Journal 549-52 (1939).

Louis Kaplow and Steven Shavell, Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income, 23 *Journal of Legal Studies*, 667-681 (1994).

Paul Kelly, Jeremy Bentham, 1 *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (1998).

Ejan MacKaay, History of Law and Economics, 1 *Encyclopedia of Law and Economics* (Cheltenham, U.K.: Edward Elgar Publishing 2000).

Dennis Mueller, *Public Choice II*, (Cambridge U.K.: Cambridge University Press 1989).

John Nash, The Bargaining Problem, *Econometrica* 18: 155 (1950).

Francesco Parisi, Customary law, 1 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, (1998).

Francesco Parisi, "Normative and Functional Schools in Law and Economics" 18 *European Journal of Law and Economics* 259-272 (2004)

Francesco Parisi and Jonathan Klick, "Functional Law and Economics: The Search for Value-Neutral Principles of Lawmaking" 79 *Chicago-Kent Law Review* 431-450 (2004).

Francesco Parisi and Larry Ribstein, Choice of Law, 1 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, (1998).

Parisi, Francesco e Vernon Smith, *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford University Press, 2005.

Richard A. Posner, Wealth Maximization Revisited, 2 *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy* 85-105 (1985) .

Richard A. Posner, The Ethics of Wealth Maximization: Reply to Malloy, 36 *Kansas Law Review* 261 (1988).

Richard A. Posner, Bentham's Influence on the Law and Economics Movement, 51 *Current Legal Problems* 425 (1998).

Richard A. Posner and Francesco Parisi, Scuole e Tendenze nella Analisi Economica del Diritto, 147 *Biblioteca della Liberta'* 3-20 (1998).

George L. Priest, The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules, 6 *Journal of Legal Studies* 65-82 (1977).

John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass: Harvard University Press 1971).

Larry Ribstein and Bruce Kobayashi, A Recipe for Cookies: State Regulation of Consumer Marketing Information, [George Mason Law & Economics Research Paper No. 01-04](#) (2001).

Larry Ribstein and Erin A. O'Hara, From Politics to Efficiency in Choice of Law, 67 *University of Chicago Law Review* 1151 (2000).

Roberta Romano, Corporate Law as the Paradigm for Contractual Choice of Law, in *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, F. Buckley, ed. (Durham, NC: Duke University Press 1999).

Charles K. Rowley, Social Sciences and the Law: The Relevance of Economic Theories, 1 *Oxford Journal of Legal Studies* 391-405 (1981).

Charles K. Rowley, The Common Law in Public Choice Perspective: A Theoretical and Institutional Critique, 12 *Hamline Law Review* 355-383 (1989).

Paul H. Rubin, Why is the Common Law Efficient?, 6 *Journal of Legal Studies* 51-63 (1977).

A. Schotter, *Economic Theory of Social Institutions* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1981).

T. Scitovsky, A Note on Welfare Propositions in Economics, 9(1) *Review of Economic Studies* 77-88 (1941).

A. K. Sen, Rational Fools: A Critique of the Behavioural Foundations of Economic Theory, in *Philosophy and Economic Theory* (F. Hahn and M. Hollis eds., Oxford: Clarendon Press 1979).

Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776)

Vernon Smith, 1991. *Papers in Experimental Economics*. Cambridge: Cambridge University Press.

Vernon Smith, Kevin McCabe and Stephen Rassenti, Reciprocity, Trust and Payoff Privacy in Extensive Form Bargaining, 24 *Games and Economic Behavior* 10-24 (1998).

Michael J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994).

E. Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms* (Oxford: Clarendon Press 1977).

Viktor J. Vanberg, *Rules and Choice in Economics* (London, Routledge 1994).