

Corso di Laurea in Economia e Management
Cattedra di Diritto Privato

EFFICIENZA REDISTRIBUTIVA E «REGOLE
OPZIONALI»: L'ANALISI ECONOMICA DEL
DIRITTO NEL CODICE CIVILE

Prof. Roberto Pardolesi

RELATORE

Martina Troisi - 267571

CANDIDATO

Anno accademico 2023/2024

INDICE

PREMESSA.....	3
CAPITOLO 1	3
CAPITOLO 1.1: L'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO E LA RESPONSABILITÀ CIVILE	4
CAPITOLO 1.2: OLTRE LO STIGMA DELLA SCUOLA DI CHICAGO: LA VERA ORIGINE DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO	8
CAPITOLO 1.3: RONALD COASE E LA NASCITA DELLA LAW AND ECONOMICS.....	10
CAPITOLO 1.4: L'EREDITÀ DI COASE: IL BINOMIO TRA ISTITUZIONI ED EFFICIENZA ECONOMICA.....	14
CAPITOLO 2	16
CAPITOLO 2.1: ONE VIEW OF THE CATHEDRAL: LA QUADRIpartizione DELLE REGOLE DI TUTELA DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ AD OPERA DI CALABRESI & MELAMED	16
CAPITOLO 2.2: UNA NUOVA PROSPETTIVA SULLA CATTEDRALE: LA TEORIA DELLE OPZIONI NEL DIBATTITO TRA PROPERTY RULES E LIABILITY RULES.....	21
CAPITOLO 2.3: DEFINIZIONE DEI DIRITTI, SCAMBIO ED EFFICIENZA ALLOCATIVA	24
CAPITOLO 2.4: «OPTIONAL LAW» ED EFFICIENZA KALDOR-HICKS	31
CAPITOLO 2.5: L'ESEMPIO NUMERICO DI AYRES E GOLDBART.....	34
CAPITOLO 3	38
CAPITOLO 3: «REGOLA V» NEL CODICE CIVILE ITALIANO	38
CONCLUSIONI.....	42
BIBLIOGRAFIA.....	43

PREMESSA

Il presente lavoro costituisce una trattazione più estensiva dell'articolo "Efficienza redistributiva e «regole opzionali»: l'analisi economica del diritto nel codice civile" (2023)¹: secondo tentativo di sondare e valutare l'applicazione del concetto di "optional law" nell'ambito del diritto civile italiano. Tale approccio giuseconomico, basato sull'implementazione di regole opzionali, deriva da un'estensione del preminente lavoro di Guido Calabresi e A. Douglas Melamed presentato nel celebre *paper* "One View of the Cathedral" (1972).

L'obiettivo principale di questa ricerca è condurre un'analisi economica di specifiche norme del diritto civile italiano, con particolare attenzione alle disposizioni che attengono alla tutela della proprietà privata e ai rapporti di vicinato, che sembrano includere "opzioni put" – meccanismi che attivano acquisti coattivi.

L'analisi viene condotta ricorrendo a un inedito modello di efficienza che, a differenza dei consolidati modelli di Pareto e Kaldor-Hicks, integra elementi redistributivi.

Ulteriore (e più ambizioso) scopo di questo studio è quello di promuovere il dialogo tra le discipline economica e giuridica, riconoscendo entrambe come scienze sociali in comunione d'intenti. Sovente, giuristi ed economisti si trovano a rivendicare l'integrità e l'autonomia delle proprie discipline, respingendo qualsiasi ingerenza da parte dell'altra. Tuttavia, questo approccio costituisce un impedimento per il raggiungimento del benessere comune. Quando invece queste due discipline scelgono di cooperare, la loro sinergia promuove soluzioni che non solo rispondono ai principi di equità e di giustizia, ma risultano anche efficienti e sostenibili nel lungo periodo.

Dunque, questa interazione tra le scienze sociali non è soltanto plausibile, ma si rivela essere estremamente vantaggiosa per entrambi i settori, in quanto consente di creare modelli e politiche più robusti e adattabili alle sfide contemporanee.

¹ L. Micheli, M. Troisi, *Efficienza redistributiva e «regole opzionali»: l'analisi economica del diritto nel codice civile*; «Mercato Concorrenza Regole», 1-2, 2023, 333-352.

CAPITOLO 1

Capitolo 1.1: L'analisi economica del diritto e la responsabilità civile

L'analisi economica del diritto (anche EAL) si fonda sull'assunto che le regole, e più precisamente il diritto, abbiano un impatto considerevole sul comportamento degli individui, plasmandone le decisioni comportamentali. In quanto disciplina che trae le proprie radici concettuali dalla microeconomia – teoria delle scelte per eccellenza – l'EAL ne adotta, riadattandoli, i concetti e gli strumenti fondamentali, al fine di analizzare e valutare le risposte comportamentali dei soggetti alle regole giuridiche.

Gli sforzi pionieristici volti ad interpretare il diritto da una prospettiva economica hanno perlopiù interessato il diritto penale e la responsabilità civile, terreni che si sono dimostrati particolarmente fecondi per l'affermazione di questo approccio innovativo. Queste idee, seppure intrinsecamente semplici, differiscono nettamente dalle premesse concettuali che tradizionalmente orientano il ragionamento giuridico ed è per questo che la loro applicazione è stata alquanto ostracizzata.

Nonostante ciò, l'EAL costituisce un proficuo strumento di ingegneria sociale diretto all'assorbimento e alla gestione delle perdite, nonché alle tecniche per contenerle. L'intento da perseguire – nella responsabilità civile come in ogni altro ramo del diritto – è quello di ottimizzare l'allocazione delle risorse così da minimizzare la somma dei costi associati agli incidenti e ai rimedi adottati al fine di prevenirli. Questa nuova prospettiva fornisce una inedita interpretazione della responsabilità civile che è così chiamata a fissare il costo di esercizio dell'azione/attività da esercitare. Tale *shift* appare del tutto naturale se si pensa che qualunque azione/attività va, in qualche modo, a scuotere l'ambiente esterno. Da ciò consegue che chiunque desideri cimentarsi in quell'esercizio non può trascurare le esternalità² negative – cioè quei costi che si riversano sui terzi o sull'ambiente – che ne derivano. Allora, il sistema giuridico ha il compito di fissare il livello al di sopra del quale l'interferenza con l'altrui sfera giuridica (o con quella collettiva) diviene un'intrusione le cui conseguenze sono da configurare come danno

² Le esternalità, in economia, sono una fonte di fallimento del mercato e costituiscono l'insieme degli effetti – positivi o negativi – che l'attività di un operatore comporta per altri agenti economici. Le esternalità positive sono altrimenti note come *economie esterne*; si definiscono, invece, *diseconomie esterne* le esternalità negative.

giuridicamente rilevante, cioè un danno che deve essere sanato; l'onere resta quindi a carico dell'autore di ciò che viene considerato illecito.

L'identificazione delle esternalità negative idonee a configurare un danno risarcibile è un compito squisitamente giuridico e, seppur suscettibile di non poche contestazioni teoriche, per l'EAL è scevro da qualunque tipo di valutazione economica. In analogia con le decisioni di escludere il risarcimento per danni derivanti dall'esercizio di una libertà o di un diritto, la valutazione dell'indennizzo eventualmente accordato in seguito a un atto lecito dannoso è condotta seguendo il medesimo quadro analitico impiegato per i casi di illecito. L'approccio economico interviene nella dinamica appena esplicitata soltanto nel momento in cui è verificata la presenza di un danno giuridicamente apprezzato come tale e vi sia una ragione che ne giustifichi l'intervento.

In un contesto di questo tipo, ci si confronta con la questione della compensazione, giacché la responsabilità civile – che non ha mai finalità sanzionatorie né punitive – è squisitamente concepita per riportare il soggetto che ha subito l'illecito nella situazione in cui si trovava prima dell'insorgere del comportamento socialmente riprovevole. Di conseguenza, questa costituisce un semplice rimedio per le conseguenze dell'illecito.

Si deve all'EAL – e, in particolare, al contributo di Pietro Trimarchi³ – un'inedita interpretazione della responsabilità civile. Come si è detto, la quantificazione del pregiudizio serve a fissare *ex ante* il costo di esercizio dell'azione, sicché colui che intende intraprenderla non può trascurare l'eventualità di doverne sopportare gli oneri, laddove sia ritenuto responsabile. L'operatore razionale si troverà, dunque, a porre in essere la condotta in questione soltanto nella misura in cui i risultati attesi, in termini di profitto, siano atti a più-che-compensare l'onere dell'esposizione risarcitoria. In sostanza, si tratta di effettuare una valutazione comparativa, in termini di utilità generale (come sintesi o coordinamento degli interessi dei consociati), di interessi opposti: quello minacciato da una determinata condotta e quello che l'agente intende realizzare con tale condotta.

Dunque, si tratta di un'analisi preventiva, in quanto l'applicazione della sanzione in seguito al verificarsi dei danni ha come intento quello di incentivare, *ex ante*, il comportamento efficiente dell'agente, divenendo *de facto* uno strumento di prevenzione. Questo costituisce un fondamentale salto di paradigma, dal momento che converte la

³ P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano: Giuffrè, 1961, 34 s.

responsabilità civile da mero risarcimento per le conseguenze dell'illecito in uno strumento atto a vagliare le attività da intraprendere. Corollario a quanto appena enunciato è che l'istituto in oggetto non è volto alla prevenzione degli incidenti, bensì a operare deterrenza verso attività che, nella ponderazione tra costi e benefici⁴, diano un risultato negativo.

Al fine di analizzare il quadro legale, non ci si può limitare unicamente a considerare l'internalizzazione dei costi che altrimenti verrebbero riversati su individui inconsapevoli, come se il mondo legale fosse il risultato di una somma di attività con precauzioni unilaterali (il cui numero è, ovviamente, enorme). Infatti, Coase e Calabresi, nei loro rispettivi lavori di cui si dirà in seguito, fanno riferimento al principio di reciprocità, in funzione del quale la preferenza accordata all'una condotta comporta la mortificazione dell'altra, e viceversa. Da ciò segue che in ogni circostanza di attività a rilievo bilaterale occorre individuare chi sia il *cheapest cost avoider*, chi, cioè, fra i due sia in grado di governare il rischio situazionale al minor costo. In altre parole, chi sia il soggetto atto a meglio assorbire (= gestire) un rischio, o a governare più consapevolmente le misure del suo contenimento.

In quest'ottica, l'analisi economica – come sosteneva Richard Posner con riguardo alla giurisprudenza d'oltre Atlantico – può essere intesa come una delle possibili chiavi di lettura della branca dell'illecito civile. Nello specifico, Posner ha identificato gli strumenti economici come filtro interpretativo del diritto consuetudinario e non come metodo finalizzato al cambiamento delle norme. Alla base del suo ragionamento c'è l'idea che il *common law* ha una logica intrinsecamente economica, da cui discende che l'impiego dell'analisi economica da parte dei giudici sia necessario ai fini della rilettura e reinterpretazione delle norme e, in particolare, dei precedenti.

Al contrario, in un sistema di *civil law*, in cui è il legislatore a formare il diritto, l'EAL è confinata all'ambito della riflessione scientifica; diviene, dunque, uno strumento idoneo a valutare concettualmente il valore del diritto positivo e a suggerire possibili alternative atte ad essere adottate da chi di dovere. Tuttavia, è altrettanto vero che anche in un sistema

⁴ Tale valutazione viene eseguita in termini efficientistici. Laddove i benefici siano superiori ai costi, è fondamentale che la determinazione del prezzo che consente a chi agisce di «appropriarsi» del bene altrui sia effettuata in modo scrupoloso, di modo da promuovere tutte le attività socialmente utili e contrastare la prosecuzione di quelle attività che, invece, risultano dannose.

di diritto scritto è conferito ampio margine di interpretazione all'interprete, che di fatto andrà a plasmare a sua discrezione, sul piano applicativo, la volontà del legislatore.

Capitolo 1.2: Oltre lo stigma della Scuola di Chicago: la vera origine dell'analisi economica del diritto

Il discorso legato all'EAL, in Italia, è stato, in un certo senso, disinnescato, giacché è sempre stato segnato dal pregiudizio ideologico che la ha (erroneamente) ricondotta alla Scuola di Chicago. L'analisi economica del diritto ha infatti vissuto con lo stigma di essere di parte, perché figlia dei *Chicago boys*. Ma, così ragionando, si ignorano completamente i contributi – autonomi e spesso aventi a oggetto temi differenti – di Guido Calabresi da una parte e Pietro Trimarchi dall'altra.

Altrettanto errato è considerare che la prima emersione del movimento di Law and Economics sia da attribuirsi allo stesso Calabresi, indiscusso padre dell'EAL. Invero, la fase precedente al suo lavoro è particolarmente significativa, dal momento che è proprio nella prima metà del secolo scorso che si ravvisa la prima interazione tra diritto ed economia. Ciò è riconducibile all'affermazione della teoria neoclassica e della sua tendenza marginalistica, nonché del secondo teorema fondamentale dell'economia del benessere⁵, in forza del quale si assume che laddove i mercati siano competitivi si raggiungerà comunque un equilibrio nel senso dell'efficienza allocativa, salvo ovviamente pagare un serio prezzo in termini di redistribuzione della ricchezza. Da questa impostazione, si può dedurre che sia il diritto a definire il mercato, in quanto la sua struttura è la conseguenza dell'allocazione dei titoli di appartenenza (*endowments*). E, se questo è vero, si può pensare che, giacché il secondo teorema ammette l'esistenza di più punti di equilibrio – possono infatti sussistere più punti di *surplus* sia sul versante della domanda sia su quello dell'offerta che, in ogni caso, conducono a un equilibrio efficiente – si può cambiare il mercato modificando il diritto; in altri termini, è possibile cambiare il mercato variando l'attribuzione degli *endowments*. Tuttavia, si tratta di qualcosa di estremamente complicato da attuare e, probabilmente, si sarebbe potuto attivare un meccanismo del genere optando per la regolamentazione dei prezzi o per la tassazione progressiva.

⁵ Il secondo teorema dell'economia del benessere stabilisce che l'allocazione delle risorse preferibile deve essere realizzata con imposte e sussidi in somma fissa (detti anche *lump-sum*). Detto altrimenti, l'intervento pubblico di redistribuzione delle risorse deve essere condotto con strumenti che non alterino il comportamento di consumatori e produttori. (H. S. Rosen, T. Gayer, *Scienza delle finanze* 5/ed, McGraw-Hill Education).

La Law and Economics così come noi la conosciamo è, in realtà, figlia della *second wave* e parte dai medesimi presupposti, cui si lega il principio di invarianza formulato da Coase. Da questo *mélange* risulta che, nelle circostanze sopra descritte, è il mercato a determinare il diritto, in quanto il diritto per passare il vaglio della teoria normativa deve dimostrare di riprodurre gli esiti del mercato. Questa è analisi economica del diritto, non un *outcome* della Scuola di Chicago, che ha invece tracciato una delle tante traiettorie dell'EAL.

Capitolo 1.3: Ronald Coase e la nascita della Law and Economics

In ambito accademico, prima di Ronald H. Coase, si può ridurre l'interazione tra il diritto e l'economia a un silenzioso scambio di sguardi sospettosi tra vicini di casa. Con il suo *The Nature of the Firm* (1937) prima e con il ben più celebre saggio *The Problem of Social Cost* (1960) dopo, Coase ha introdotto un nuovo paradigma divenuto poi il motore immobile della Law and Economics.

I contributi di Coase sono il prodotto di un lungo esercizio di autoanalisi che vede la propria genesi nel suo interesse verso il mondo reale, sovente ignorato dagli economisti suoi contemporanei, piuttosto avvezzi all'impiego della matematica come linguaggio principale nelle loro analisi sofisticate e astratte. Inoltre, la natura interdisciplinare della sua ricerca ha suscitato interesse, non solo tra i suoi colleghi economisti, ma anche tra studiosi coinvolti in altri settori (primi fra tutti i giuristi).

Il primo viaggio a Chicago tra il 1931 e il 1932 porta Coase a intuire l'esistenza dei costi transattivi⁶, che definisce come «costi per l'utilizzo del sistema dei prezzi»⁷. Sarà proprio questa nozione ad ispirare tutta la sua produzione successiva. Infatti, in *The Nature of the Firm* – tra i *paper* più citati nella letteratura economica e giuridica di tutti i tempi⁸ nonché massima espressione della *law and economics* di stampo *Chicagoan* – Coase si interroga sul perché nasce l'impresa, individuando proprio nei costi di transazione le ragioni della sua esistenza e ha identificato quello che è il loro ruolo nella teoria microeconomica e nella teoria moderna delle istituzioni. È proprio l'apporto di matrice coasiana sul problema dei costi sociali uno dei pilastri su cui si fondano innumerevoli lavori successivi che hanno condotto a sviluppi di enorme interesse, seppur ben lontani dal punto di

⁶ I costi transattivi sono quei costi che i soggetti fronteggiano durante e a seguito della fase contrattuale. Si distinguono in due tipologie: costi di allineamento e costi di *enforcement*. I primi, che devono essere fronteggiati *ex ante* dai soggetti in questione al fine di realizzare un contratto efficiente, che riesca ad arginare l'asimmetria informativa dei contraenti. I secondi, cui i soggetti devono far fronte *ex post*, attengono alla fase di realizzazione di quanto stabilito dal contratto stipulato.

⁷ C. Stagnaro, *Ronald H. Coase*, cit.

⁸ Per F. R. Shapiro, M. Pearse, *The Most-Cited Law Reviews of All Time*, 110 *Mic. L. Rev.* 1484 (2012), il lavoro di Coase è, in riferimento alla letteratura giuridica statunitense, il più citato di tutti i tempi.

partenza. Primo fra tutti, l'interpretazione di Oliver Williamson⁹ che partendo dalla rappresentazione dell'impresa come fascio di contratti, ha contribuito allo sviluppo microeconomico del primigenio impianto di Coase.

La situazione dal punto di vista di *The Problem of Social Cost* è, se possibile, ancora più suggestiva in quanto la sua idea fondamentale era quella di riuscire a spiegare perché gli economisti à la Pigou facessero ragionamenti corretti per poi approdare a delle conclusioni errate. Infatti, a partire da quest'idea, Coase solleva il tema dei diritti di proprietà e ha offerto una soluzione innovativa al problema dell'internalizzazione delle esternalità, rielaborandone il concetto. Nella nuova formulazione, le esternalità sono definite come fenomeni di natura reciproca, in cui individuazione e qualificazione di danneggiante e danneggiato, essenziali per Pigou¹⁰, non hanno alcuna rilevanza economica. Giacché i due soggetti sono coinvolti allo stesso modo, seppur in posizioni speculari (dal momento che il vantaggio di uno coincide con il pregiudizio in capo all'altro), possono generare e subire gli effetti esterni; di conseguenza, potenzialmente, entrambi hanno la capacità di adottare azioni correttive per internalizzare le esternalità.

La soluzione di Coase al problema dell'internalizzazione delle esternalità reciproche è quella enunciata nel suo celebre *teorema* – così denominato per la prima volta da George Stigler¹¹ – che, paradossalmente, non trattava del mondo reale a lui tanto caro, bensì assumeva l'assenza dei costi transattivi. Da qui, la sua versione “forte”: se i costi transattivi sono prossimi allo zero e i diritti di proprietà ben definiti, l'allocazione iniziale dei diritti è irrilevante, poiché la contrattazione tra gli agenti economici condurrà in ogni caso ad un efficiente uso delle risorse, anche in presenza di esternalità (principio di invarianza). Questa era la versione del *teorema* che Coase coltivava in polemica contro

⁹ O. E. Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, The Journal of Law & Economics.

¹⁰ Secondo Pigou, le esternalità, sia positive che negative, sono considerate una forma di inefficienza di mercato in cui il prezzo di equilibrio di un bene o servizio non internalizza completamente i costi o i benefici che tale attività genera per la società nel suo complesso. Questo fallimento di mercato deriva dalla mancanza di proprietà esclusiva nelle transazioni economiche, poiché le parti coinvolte non sono tenute a considerare appieno gli effetti esterni delle loro azioni. Di conseguenza, il prezzo di mercato non riflette accuratamente il vero costo o beneficio sociale associato all'attività, comportando un'allocazione inefficiente delle risorse. Al fine di internalizzare le esternalità e raggiungere un equilibrio socialmente ottimo, Pigou ha sottolineato la necessità dell'intervento pubblico attraverso strumenti come imposte e sussidi.

¹¹ G. Stigler, *The Theory of Price*, Macmillan Library Reference; 3° edizione.

Pigou, secondo cui la redistribuzione delle risorse finalizzata al conseguimento dell'efficienza allocativa deve essere perseguita mediante la tassazione.

Il *teorema* ha sollevato non poche critiche in ambito etico e politico in quanto, fondamentalmente, attesta che ogni intervento dello Stato per risolvere in maniera socialmente ottima le esternalità è intrinsecamente destinato al fallimento. Sarà il mercato, libero da ogni restrizione e con diritti di proprietà chiaramente definiti, a negoziare le esternalità come qualsiasi altro bene, conformemente alla legge della domanda e dell'offerta.

Tuttavia, Coase non è mai stato interessato a un mondo *à la* Perrault in cui i costi transattivi sono nulli. Dunque, se ne svincola attestando che, ove detti costi non siano trascurabili, la determinazione iniziale dell'*entitlement* costituisce un momento cruciale per il conseguimento dell'efficienza allocativa. Da ciò segue che la regola da prediligere è quella che colloca l'*entitlement* in capo al soggetto che sopporta i costi transattivi più elevati, di modo da incentivare la negoziazione da parte degli agenti meno svantaggiati nella trattativa.

L'estrazione che ne fa la Scuola *Chicagoan* è ancora un'altra, concludendo che neppure il teorema normativo di Hobbes¹² è in grado di abbattere i costi transattivi; difatti, l'inevitabile esistenza di tali costi e la comunque incompleta definizione dei diritti di proprietà inducono il legislatore o chi per lui a optare per una soluzione equipollente a quella che sarebbe emersa naturalmente dal mercato, se questo avesse potuto operare liberamente. È proprio questo il *motore immobile* dell'analisi economica del diritto, giacché il medesimo schema può essere applicato in ogni circostanza. Tant'è che verrà poi arricchito dai contributi di Calabresi e Melamed, con la loro quadripartizione delle regole, nonché dall'*optional law* e da tutti gli sviluppi che ne sono seguiti.

L'intuizione formidabile di Ronald Coase ha dato il via ad anni di evoluzione dell'analisi economica del diritto, nonostante la sua idea estremamente incisiva fosse indifferente a questo tipo di logica. Difatti, la sua eredità è legata alle applicazioni delle sue ricerche ad

¹² *Teorema normativo di Hobbes*: il diritto deve essere strutturato in maniera tale da minimizzare i danni causati dai fallimenti negli accordi privati.

In base a questo principio il diritto dovrebbe essere strutturato in maniera tale da prevenire minacce coercitive e da eliminare la distruttività dei disaccordi. (R. Coater, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole*, II ed., Bologna, 2006).

altri ambiti, la cui profonda influenza si può ravvisare soprattutto nelle decisioni giurisprudenziali e nelle scelte di *policy*.

La validità delle scoperte teoriche dell'economista britannico è infatti attestata dalla loro larghissima applicazione ai problemi di *policy* in paesi fortemente diversi tra loro. Questo ha portato Coase a sperimentare nuovi assetti istituzionali, di modo da ottenerne uno in grado di ridurre i costi di transazione e rendere possibili e proficui gli scambi. L'acme di questo processo di ingegneria istituzionale è l'ultima opera che Coase ha scritto con l'allievo Ning Wang: *Come la Cina è diventata un paese capitalista*, diretta a interpretare il profondo cambiamento istituzionale della Cina del dopo Mao (scomparso nel 1976).

Con occhio sempre attento all'analisi del contesto storico e giuridico, il «costruttore di istituzioni» – epiteto attribuitogli da Williamson¹³ – ha fornito i mezzi per trattare questioni che in passato si credeva potessero essere risolte unicamente mediante l'intervento dello Stato.

¹³ O. Williamson, *Ronald Harry Coase: Institutional Economist and Institution Builder*, *Journal of Institutional Economics*, pp. 221 – 226.

Capitolo 1.4: L'eredità di Coase: il binomio tra istituzioni ed efficienza economica

Il rilievo del rapporto tra istituzioni (e diritto) ed efficienza economica ha influenzato nel profondo le dinamiche giurisprudenziali, in particolar modo nel diritto anglosassone. In un contesto qualificato dalla pervasività dei costi transattivi, i giudici non possono ignorare la relazione che lega l'allocazione dei diritti all'efficienza complessiva del sistema economico. Ne consegue che il giudice, oltre a preoccuparsi della giustizia, deve tenere da conto anche l'efficienza. È proprio su questo approccio – già comunemente accettato nell'ambito del contenzioso antitrust¹⁴ – che si colloca la rivoluzione di Coase e degli altri di Chicago. Infatti, nella visione coasiana, particolarmente critica nei confronti della regolamentazione, l'azione giurisprudenziale riveste un ruolo di primaria importanza. Il giudice, dunque, acquisisce un ruolo sostanziale: non è più solo arbitro del diritto, ma è anche promotore dell'efficienza economica¹⁵.

Tuttavia, la lezione teorica di Coase doveva essere tradotta in pratica. È qui che si collocano le figure di Guido Calabresi e Richard Posner, che hanno ampliato l'analisi del saggio del 1960 che riconosceva la natura simmetrica di qualunque conflitto sui diritti di proprietà. Di qui l'importanza della valutazione del giudice circa l'allocazione *iniziale* dei diritti tenendo conto delle eventualità e, se del caso, delle modalità con cui questa incide sugli scambi successivi, ovvero se e in che misura l'assegnazione *finale* dei diritti è influenzata dai costi di transazione. A tal proposito, data la natura reciproca del danno, è irrilevante – o comunque poco interessante – stabilire chi l'abbia causato, poiché emergerà comunque la situazione allocativamente efficiente. Il costo sociale derivante dal danno e il fatto che non debba necessariamente essere il soggetto che deve adottare misure preventive del danno a sostenere i costi sono i due aspetti più considerevoli. È proprio questo il concetto trasmesso da Calabresi. Quest'ultimo, in realtà – benché fosse autore di uno dei contributi più rilevanti per l'applicazione dell'analisi economica al diritto civile – si era inizialmente dimostrato scettico nei confronti del lavoro di Coase e piuttosto perplesso riguardo ai risultati apparentemente inconcludenti di un'analisi economica pura come quella del teorema di Coase, riconoscendone il portato soltanto in un secondo

¹⁴ N. Giocoli, *La Scuola di Chicago*, in particolare pp. 165-214.

¹⁵ E. Bertrand, *The Fugitive: The Figure of the Judge in Coase's Economics*, *Journal of Institutional Economics*.

momento. In *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, infatti, ha osservato che il teorema di Coase è ugualmente applicabile nel breve e nel lungo periodo, concludendo che si trattasse di una sorta di assioma generale dell'economia del benessere. Tale consapevolezza ha portato Calabresi a sottolineare che la forza del contributo di Coase è stata quella di spostare l'attenzione dell'economia da miglioramenti potenzialmente realizzabili a quelli concretamente possibili, a patto che si accettino i costi come parte integrante della realtà. È qui che si colloca il lavoro del 1972 *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, scritto a quattro mani con Douglas Melamed con l'intento di fornire uno sguardo unitario agli ambiti di competenza di *tort* e *property* e, al contempo, concretare le linee guida concettuali tracciate da Coase. La loro espansione si colloca nel filone della cosiddetta «optional law», che consiste nell'apprezzare il ruolo della granularità del diritto proprietario, mostrando che gli incentivi allo scambio e, più in generale, all'allocazione efficiente dei diritti proprietari dipendono dal particolare modo in cui tali diritti sono definiti in termini di consenso, accesso e rimedi. Il sistema giuridico, in altri termini, svolge un ruolo pervasivo ai fini dell'efficienza allocativa, attraverso il complesso disegno dei rimedi. Si tratta, a ben vedere, di un dirompente contributo dell'analisi economica del diritto all'intuizione coasiana dello scambio dei diritti sul mercato per il riassorbimento di esternalità (come alternativa all'intervento pubblico). Calabresi & Melamed, come anche i teorici dell'«optional law», sembrano suggerire che il processo giuridico con il quale definiamo i diritti e i relativi rimedi gioca a sua volta un ruolo fondamentale al riguardo, del tutto ignorato da Coase.

CAPITOLO 2

Capitolo 2.1: One View of the Cathedral: la quadripartizione delle regole di tutela del diritto di proprietà ad opera di Calabresi & Melamed

La Cattedrale di Calabresi & Melamed – il cui titolo fa riferimento ad uno dei tanti possibili scorci della cattedrale di Rouen dipinti da Monet: visioni diverse dello stesso oggetto che cambiano in funzione del colore, del tempo, dell'ora del giorno – fornisce una teoria dei criteri di definizione degli *entitlements* in funzione dei costi transattivi associati alla protezione dei diritti. Da ciò consegue che il giudice, nel decidere in merito a conflitti insorti per l'attribuzione di un bene, non deve limitarsi esclusivamente a stabilire in favore di quale delle parti risolvere la controversia, ma, dopo aver provveduto all'assegnazione del diritto, deve scegliere con quale meccanismo tutelarlo.

L'intuizione centrale del loro lavoro deriva dalla circostanza che il tipo di rimedio (alla tutela proprietaria) definisce la natura del diritto di proprietà e, conseguentemente, la prospettiva di efficienza nell'allocazione del diritto in presenza di esternalità che non possono essere internalizzate. Quindi, in teoria, si possono avere tanti diritti (proprietari) diversi in funzione delle diverse forme di protezione. I due brillanti studiosi arrivarono a contare tre diverse forme di tutela: *property*, *liability* e *inalienability rules*.

Le *property rules* conferiscono al titolare del diritto di proprietà il potere di impedire ad ogni altro individuo d'interferire nell'esercizio del diritto, insieme alla facoltà di alienare al prezzo deciso e fissato dallo stesso *dominus*. Tutti i trasferimenti dell'*entitlement*, che avvengano senza il consenso del titolare, sono perciò sanzionati dalla corte ed al proprietario viene generalmente concessa l'inibitoria ovvero (qualora ne sussistano le condizioni) la reintegrazione in forma specifica del diritto.

La famiglia delle *liability rules* ricomprende le regole che garantiscono ai terzi la possibilità di assicurarsi l'*entitlement* a prescindere dal consenso del proprietario, vincolandola al pagamento di un prezzo, solitamente stabilito dall'autorità. Il proprietario non gode, quindi, di tutela forte, gli è solo riconosciuto un ristoro in caso di privazione forzata dell'*entitlement*.

La prima famiglia di regole corrisponde quindi ad un sistema di protezione assoluta, mentre le *liability rules* offrono al proprietario una tutela relativa, se non parziale, quanto

meno per equivalente. Semplificando, le *property rules* proteggono l'*entitlement* attraverso la deterrenza dall'appropriazione, mentre con le *liability rules* si persegue solo una compensazione per il caso di appropriazione non consensuale. Detta in altro modo, una *liability rule* potrebbe essere interpretata come un diritto all'accesso da parte di un terzo non proprietario, condizionato al pagamento di un prezzo di accesso (la tutela risarcitoria).

Infine, le *inalienability rules*, che – nel segno di un marcato paternalismo – proibiscono il trasferimento dell'*entitlement* a prescindere dal consenso del proprietario o dalla volontà di interferire del non proprietario. Qui la tutela è nuovamente assoluta, ma fuori persino dalla facoltà di disposizione del proprietario. (Pardolesi, Nicita e Rizzolli, 2006). La conseguenza di questa tripartizione è che esistono tante «forme» di diritto di proprietà quanti sono i rimedi che disciplinano la violazione del diritto.

Analizzando le scelte dei vari ordinamenti si nota che il diritto di proprietà può essere tutelato tramite l'applicazione di differenti meccanismi di tutela. Diventa quindi interessante comprendere quale finalità perseguono, nei diversi ordinamenti, questi diversi meccanismi e se tali diverse finalità corrispondono ad un criterio economico di efficienza paretiana, anche nella forma debole di Kaldor-Hicks.

Qui, come sottolinea il giudice Calabresi, è tuttavia interessante confrontare alcune regole risarcitorie (le *liability rules*) con l'approccio coasiano del mercato dei diritti di proprietà come soluzione ad un problema di esternalità reciproche¹⁶. Per esempio, una impresa che inquina a monte l'acqua del fiume utilizzato da un'impresa a valle realizza una esternalità negativa a valle. Se il diritto di proprietà (all'uso dell'acqua pulita) dell'impresa a valle è tutelato da una *property rule*, allora l'impresa a monte sarebbe inibita dall'inquinare l'acqua a monte e questo diritto, a sua volta, genererebbe una esternalità negativa per l'impresa a monte. Come anticipato, per Ronald Coase, se i diritti di proprietà sono ben definiti e se i costi di transazione sono trascurabili, allora le due imprese potrebbero negoziare quei diritti proprietari trasferendo, attraverso uno scambio di mercato, il diritto di proprietà sull'uso dell'acqua del fiume al soggetto che è disposto a pagare di più per disporre dell'acqua, internalizzando così le esternalità. La soluzione di scambio coasiana

¹⁶ R. Coase, *The Problem of Social Cost*, in «The Journal of Law and Economics», 3, 1960, pp. 1-44.

è efficiente in senso paretiano, in quanto, dopo lo scambio, nessuno sta peggio dello *status quo ante* di persistenza dell'esternalità.

Lo scambio di mercato coasiano implica consenso: il diritto viene ceduto se il titolare acconsente allo scambio. E ciò avviene se il titolare riceve in cambio della cessione un prezzo pari al costo opportunità di rinunciare al diritto di opporsi. Ne consegue che lo scambio coasiano è intrinsecamente legato alla nozione di efficienza paretiana, per la quale, dopo lo scambio, nessuno sta peggio di prima.

Di fatto, Coase assume che i diritti di proprietà siano sempre protetti da una *property rule*, cioè da una regola che attribuisce al proprietario iniziale il diritto di rifiutare il consenso all'accesso al bene; tuttavia, in caso di tutela inibitoria, la presenza di elevati costi transattivi impedisce, nella più parte dei casi, il perseguimento dell'efficienza allocativa. Difatti, il classico diritto di proprietà tutelato da una *property rule* non aiuta la negoziazione di fasci di diritti, piuttosto ne limita i vantaggi, anche dal punto di vista informativo, esclusivamente alle parti coinvolte, non estendendoli alla totalità dei consociati. Dunque, occorre operare una distinzione tra le varie modalità di protezione dei diritti e valutare in termini efficientistici quale di queste prediligere al fine di favorire gli scambi di usi proprietari che altrimenti non avverrebbero sul mercato.

Ciò che Calabresi e Melamed aggiungono allo schema coasiano è la considerazione che uno scambio efficiente può essere conseguito anche nei casi in cui, per diverse ragioni, l'accesso al bene avvenga senza il previo consenso del proprietario, come nel caso della *liability rule*: in questo caso il proprietario ha sempre il diritto a ricevere un «prezzo di accesso», ma non può ostacolare l'accesso attraverso il rifiuto al proprio consenso. Ragione per la quale, potremmo dire, nel caso in cui un diritto proprietario sia protetto da una *liability rule* si avrebbe un caso di scambio senza consenso. In tale circostanza, affinché lo scambio resti efficiente, nel senso di Pareto, occorre naturalmente che il prezzo di accesso sia almeno pari al costo opportunità del proprietario di concederlo.

In conclusione, nel caso di esternalità negative, si può attribuire una *property rule* al soggetto danneggiante, qualora le immissioni rientrino nella sfera della normale tollerabilità; alternativamente, tenendo conto della precedenza temporale di uno dei due soggetti, assegnare una *liability rule* al proprietario che subisce le immissioni: a lui, che pur subisce un'interferenza nel godimento del proprio diritto, spetta soltanto un congruo risarcimento.

Questi due metodi di tutela corrispondono rispettivamente alle *regole I e II* di Calabresi e Melamed. Il punto interessante di questa analisi è che le regole di protezione dei diritti di proprietà incidono sugli incentivi allo scambio, con o senza consenso. Una circostanza che assume particolare rilievo quando l'esistenza di costi di transazione impedisce lo scambio volontario contrattuale. A ben vedere, si possono immaginare, proprio a partire dalle *regole I e II* individuate da Calabresi e Melamed, diverse ulteriori modalità di frazionamento dei diritti, ovvero diverse combinazioni di *property* e *liability* che conducono a vere e proprie opzioni *call* e *put* sui diritti proprietari. In particolare, guardando a molte regole che disciplinano usi e diritti proprietari si possono scorgere, in diversi regimi, proprio diverse combinazioni di queste opzioni di tutela proprietaria.

L'orientamento che ritiene le *liability rules* relativamente più efficienti rispetto alle *property rules* è il frutto di una lunga evoluzione della letteratura. Trova la sua origine nella Cattedrale e procede con gli argomenti a sostegno della prevalenza delle regole «forti» sulle regole «deboli» o viceversa. Vale la pena, a questo punto, ripercorrere le tappe più significative di questo processo.

Come rilevato in precedenza, Calabresi & Melamed sostengono che, in presenza di bassi costi transattivi, le *property rules* sono da prediligere poiché delegano la contrattazione alla volontà delle parti; al contrario, laddove i costi sono elevati, le *liability rules* prevengono i fallimenti caratteristici della contrattazione, consentendo alle parti di allocare gli *entitlements* in maniera più efficiente. Hylton (2005) conferma la veridicità dell'ipotesi calabresiana mediante una più rigorosa analisi dei costi transattivi, evidenziando che quando questi aumentano le *liability rules* diventano relativamente più efficienti rispetto ai costi di «denormalization»¹⁷, i quali, se crescenti, favoriscono la superiorità delle *property rules*.

Henry Smith (2004) e Richard Epstein (1997) avanzano l'idea della predominanza delle regole di proprietà per ogni livello dei costi di transazione. Nello specifico, Smith attesta che le *property rules*, per via della loro immediata chiarezza, forniscono una protezione

¹⁷ Per quanto concerne i «costi di denormalizzazione», Hylton delinea una nozione che trascende la categoria dei «costi di demoralizzazione» precedentemente tracciata da Frank Michelman. I *costi di denormalizzazione* si riferiscono alla diminuzione degli investimenti, all'incremento dell'incentivo al *taking*, agli investimenti nella protezione e alla riduzione dell'orizzonte temporale dell'investimento ottimale.

più efficiente rispetto alle *liability rules*, la cui attivazione è connessa a più elevati costi amministrativi¹⁸. Lucian Bebchuck (2001) ha proposto un ulteriore approccio al tema, improntato sull'osservazione che la maggiore prevedibilità del diritto connessa alle *property rules* permette investimenti *ex ante* più cospicui. Tale tesi è ribaltata da Luis Kaplow e Steven Shavell (1996), i quali sostengono la superiorità delle *liability rules* poiché queste consentono alla corte di prendere decisioni meno onerose in termini di informazioni necessarie al fine di allocare efficientemente l'*entitlement*. Ian Ayres e Eric Talley (1995) sviluppano ulteriormente questa teoria. I due autori sostengono che – in un contesto in cui le parti possono negoziare dopo l'assegnazione dell'*entitlement* da parte del giudice – il fatto che una parte possa appropriarsi del diritto in questione al prezzo fissato dal titolare facilita il conseguimento dell'allocazione finale dell'*entitlement*, eludendo i problemi transattivi tipici del monopolio bilaterale.

La tendenza a preferire l'uso di *liability rules* nella definizione di controversie in materia di usi incompatibili che si è andata via via affermando nella *law and economics* statunitense scaturisce dall'impossibilità, per le parti coinvolte, di raggiungere una soluzione efficiente attraverso la cooperazione. Ciò trova la sua ragion d'essere nei comportamenti generalmente strategici ed opportunistici che prevalgono tra gli agenti economici, nella difficoltà nel valutare le risorse da allocare, poiché il valore di queste risorse è strettamente correlato all'allocazione iniziale dell'*entitlement*, e nelle possibili asimmetrie nella distribuzione del *surplus* risultante dalla negoziazione.

Di conseguenza, la soluzione che si prospetta più efficiente è che sia un soggetto terzo – un giudice o il legislatore stesso – a stabilire il prezzo della negoziazione tra le parti. In questo modo, il giudice-legislatore può meglio interpretare le esigenze di entrambe le parti, facilitando così il raggiungimento dell'efficienza allocativa in maniera più diretta.

¹⁸ Il fondamento delle *property rules* risiede nel meccanismo di esclusione ad esse associato, che si basa sul semplice concetto di divieto di intromissione. Se, da un lato, questo principio può costituire un limite per il conseguimento di allocazioni efficienti per alcuni impieghi delle risorse, è altrettanto vero che minimizza i costi informativi relativi alla determinazione dell'assegnazione del diritto in un dato momento (Smith 2002).

Capitolo 2.2: Una nuova prospettiva sulla Cattedrale: la teoria delle opzioni nel dibattito tra property rules e liability rules

Nel dibattito tra le *property rules* e le *liability rules*, alcuni giuristi hanno individuato un dettaglio apparentemente marginale, ma intrinsecamente rilevante, che offre spunti significativi per inediti sviluppi teorici. Nello specifico, si tratta di una nuova prospettiva sulla Cattedrale, che ha colto una correlazione tra le conclusioni di Calabresi & Melamed e la teoria delle opzioni finanziarie e reali¹⁹. Si deve a Madeline Morris (1993) la ricostruzione delle *liability rules* come *opzioni call* – sorgenti di innesco di vendite forzate. Difatti, la *regola II* – per la quale il costruttore che abbia violato il diritto del proprietario non è tenuto a restituire il terreno, ma è unicamente vincolato a corrispondergli un congruo risarcimento – può essere così interpretata: previo congruo risarcimento, il costruttore ha il diritto di appropriarsi del terreno del proprietario senza che questi si possa opporre. Analogamente, la *regola IV* – in virtù della quale il costruttore può occupare il terreno, ma il proprietario si vede conferito il potere di espellerne il costruttore, previo pagamento di un indennizzo – può essere “letta” nei termini seguenti: il proprietario può coartare il costruttore a cedergli il suo diritto di occupare il terreno compensando i danni stabiliti dal giudice e senza che il costruttore abbia la possibilità di opporsi.

A completamento di ciò, con il medesimo ragionamento, è possibile reinterpretare le *property rules* come *opzioni put*. Infatti, studiosi successivi – primo fra tutti Ian Ayres (2005) – hanno intuito che, per ogni regola basata su una *opzione call*, è possibile costruire una speculare *opzione put* che, al contrario, innesca acquisti coattivi. In questo senso, è sufficiente immaginare che le *property rules* stabiliscano che il prezzo di esercizio dell’opzione sia infinito, di modo da rendere l’opzione inesercitabile sia nel caso della *regola I*, sia della *regola III*.

Di conseguenza, le due opzioni sono equivalenti in termini di esiti allocativi, differendo solamente per quelli distributivi.

¹⁹ Le opzioni finanziarie sono strumenti derivati che conferiscono al loro possessore il diritto, ma non l’obbligo, di acquistare o vendere un bene sottostante – quali azioni, indici di borsa o valute – a un prezzo predeterminato entro una data futura specificata.

Le opzioni reali, invece, si riferiscono alla possibilità di intraprendere azioni o decisioni – ad esempio, la flessibilità di espandere, ridurre, interrompere o modificare un’attività aziendale – che influenzano il valore di un progetto o di un’attività economica, in risposta a cambiamenti nelle condizioni di mercato o nelle opportunità di investimento.

Sono due le regole conformi al meccanismo di *put option*: la *regola V*, che conferisce al costruttore la possibilità di continuare l'occupazione del terreno e, qualora il proprietario decidesse di far cessare l'occupazione, il diritto di chiedere un ristoro o un risarcimento; e la *regola VI*, che attribuisce al proprietario la facoltà di decidere se ottenere il rimedio in forma specifica e fare cessare l'occupazione, oppure per equivalente e farsi risarcire il danno.

Le due opzioni, *call* e *put*, sono intese come modalità di protezione risarcitoria dei diritti proprietari. L'innovazione scaturisce dall'intuizione che le regole «deboli» di tutela risarcitoria, come le regole opzionali, siano preferibili alle regole «forti» di tutela inibitoria sotto il criterio dell'efficienza allocativa aggregata. In altre parole, si tratta qui di indagare se il disegno dei sistemi e delle regole di tutela dei diritti di proprietà rispondono, nella loro concreta attuazione, a principi di efficienza paretiana. La vera rivoluzione che questa chiave di lettura offre è insita nella definizione economica di opzione, che consente di spostare lungo l'asse temporale la decisione riguardante l'allocazione dell'*entitlement* – c.d. effetto di *time-shifting*. Il soggetto che può esercitare l'opzione, infatti, ha la facoltà di decidere se esercitarla al prezzo prestabilito; evidentemente, detto soggetto opterà per l'esercizio dell'opzione solamente nella misura in cui la propria valutazione supererà il prezzo d'esercizio dell'opzione stessa.

Le implicazioni dell'*optional law* hanno un'utilità immediatamente palpabile. L'*optional law*, infatti, implementa l'efficienza mediante una combinazione misurata tra autonomia negoziale e interventi di elaborazione dei principi normativi. Tale approccio, in via definitiva, non si limita alla risoluzione di specifiche questioni teoriche – ad esempio quelle legate all'assegnazione e alla tutela dei diritti di proprietà –, ma ha la potenzialità di coinvolgere tutti gli ambiti cui il diritto odierno presta attenzione.

Affinché la teoria delle opzioni appena menzionata sia efficacemente impiegata in ambito legale e perché diventi un efficace strumento di valutazione per i giudici che devono decidere su controversie bilaterali (ovvero su dispute che possono essere approssimate a una situazione di monopolio bilaterale), è innanzitutto necessario riadattare al diritto i paradigmi delle opzioni finanziarie. In secondo luogo, secondo Ayres (2005), il contesto da tenere in considerazione è quello in cui non è prevista contrattazione tra le parti al di fuori della corte poiché, seppure desiderabile, non si manifesta nella prassi. Infine, non si può tralasciare che, nel contesto giuridico, è comune che le appropriazioni degli

entitlements non siano intenzionali, bensì dovute a negligenza – la teoria delle opzioni, di contro, fa riferimento ad appropriazioni intenzionali. Tale assunzione comporta che il fatto giuridico possa essere ricostruito sotto forma di opzione solamente *ex post*. Prendendo in considerazione le assunzioni di Ayres di cui sopra, il giudice-legislatore dispone ora di una serie di regole che, schematizzate sotto forma di opzioni, gli consente di perseguire le finalità distributive desiderate, senza sacrificarne gli esiti allocativi.

Capitolo 2.3: Definizione dei diritti, scambio ed efficienza allocativa

L'analisi economica del diritto necessita di una definizione di efficienza che costituisca un valido strumento per la valutazione delle regole e delle istituzioni che disciplinano il libero mercato allo scopo di favorire gli scambi mutuamente vantaggiosi in grado di garantire la massimizzazione del profitto. In questo senso, il criterio di Pareto può risultare inadeguato, in quanto rende impossibile un confronto interpersonale. Per analizzare se un dato disegno di regole poste a tutela del diritto di proprietà permette di conseguire l'efficienza allocativa, occorre fare qualche passo in più sul concetto di efficienza.

Nel caso della nozione di efficienza nel senso di Pareto, il raggiungimento di questo tipo di efficienza garantisce un'allocazione delle risorse tale che nessun agente possa migliorare ulteriormente la propria posizione, senza peggiorare quella di qualcun altro. Tuttavia, le situazioni Pareto-ottimali presentano, nella loro algeida inappuntabilità, grandi limiti: sono legate alle preferenze dei singoli nella misura in cui la valutazione su un miglioramento o un peggioramento della posizione di un soggetto è delegata al soggetto stesso, non forniscono alcuna informazione circa la distribuzione delle risorse, rendendo impossibile, laddove sia auspicabile, una valutazione in termini redistributivi e, infine, dipendono dall'allocazione iniziale delle risorse, che potrebbero appartenere *ex ante* a un singolo agente, ciò che renderebbe l'efficienza paretiana, di fatto, una tutela dello *status quo*. Per altro verso, l'esistenza di costi di transazione, come rilevato da Coase, potrebbe in ogni caso inficiare scambi volti a internalizzare esternalità Pareto-rilevanti.

Per far fronte a questi limiti, viene in soccorso il principio di efficienza di Kaldor-Hicks, altrimenti noto come miglioramento potenzialmente paretiano. Questo principio si basa sull'assunto che attraverso ulteriori trasferimenti o compensazioni *ex post* si possano redistribuire guadagni e perdite in modo da migliorare una situazione statica (di equilibrio paretiano) dalla quale almeno un soggetto non ha interesse a muoversi. Il principio di miglioramento potenzialmente paretiano promuove la modifica della regola giuridica, quando a seguito di questa modifica il beneficio di cui godono coloro che ne traggono vantaggio (*gainers*) è maggiore rispetto al danno subito da quelli che ne risultano svantaggiati (*losers*), i quali, pertanto, potrebbero teoricamente essere compensati dai primi, che manterrebbero comunque un *surplus* per sé. Alla fine della compensazione si raggiungerà un equilibrio di efficienza paretiana, dalla quale di nuovo almeno un soggetto

non avrà interesse a muoversi, ma ciò sarà avvenuto attraverso il miglioramento di un precedente equilibrio paretiano.

L'importante differenza che si riscontra rispetto alla classica efficienza paretiana è qui la possibilità, in determinate condizioni di interesse collettivo, di avere dei *gainers* anche in presenza di *losers*. L'avverbio «potenzialmente» tradisce qui il fatto che si tratta di una compensazione meramente virtuale che ha bisogno di un intervento (contrattuale, giuridico o di un *policy maker*) per realizzarsi.

Rilevato il carattere insoddisfacente dell'efficienza di Pareto e ragionando sul principio di Kaldor-Hicks nei termini di cui diremo, possiamo fornire un modello (attualizzato) che tenga conto anche della fattuale distribuzione del *surplus*.

Una situazione in cui i benefici dei *gainers* superano anche di un solo centesimo i costi che i *losers* devono sopportare è sempre efficiente per Kaldor-Hicks. In altre parole, questa è condizione necessaria e sufficiente perché un intervento sulla regola giuridica che governa lo scambio potenziale si riveli efficiente. Sulla necessità di tale condizione non si può che convenire, mentre sulla sua sufficienza si addensa più d'un'ombra. Il principio di Kaldor-Hicks si cura solamente del *surplus* espresso in termini patrimoniali e non fornisce alcuna informazione sull'entità numerica dei *gainers* e dei *losers*. Ci si può dunque spingere sino a considerare efficiente, in un mondo di Kaldor-Hicks, la situazione descritta (in cui i benefici superano di un centesimo i costi) anche nel caso in cui vi sia un solo *gainer* e mille *losers*. Piketty alla mano, pensando all'efficienza come uno strumento di analisi delle politiche attuate da un'amministrazione, saremmo disposti ad avallare come efficiente una direttiva politica che, a fronte di un *surplus* così insignificante, va ad aumentare in modo così consistente la sperequazione delle risorse? Per questa via, potremmo essere portati ad estremizzare una siffatta linea e a porre una sorta di veto per ogni cambiamento che comporta più *losers* di quanti siano i *gainers*; ma non ci vuole molto per rendersi conto che, così facendo, perderemmo occasioni di rendere l'intera società più ricca.

La ricerca del modello più opportuno spesso si trasforma in una ricerca del giusto mezzo, ovvero di un modello in grado di adattarsi al maggior numero di situazioni possibili, pur non rinunciando ad una comoda semplicità di analisi. Proprio con questo intento abbiamo realizzato un modello di efficienza che si esprime in questi termini:

«Un intervento è giudicato efficiente quando i benefici collettivi (M_G) superano o eguagliano i costi complessivamente sostenuti (M_L) e al contempo vale la relazione secondo la quale il prodotto del numero di gainers (α) per i benefici è maggiore del prodotto del numero di losers (β) per i costi».

Tale enunciato può essere espresso con il sistema che segue:

$$E = \begin{cases} M_G \geq M_L \\ \alpha M_G > \beta M_L \end{cases}$$

Tabella 1: tabella delle efficienze.

	Genera ricchezza sociale ($M_G > M_L$)	Non genera ricchezza sociale ($M_G = M_L$)
Sperequazione ($\alpha < \beta$)	$\alpha M_G > \beta M_L$	Inefficiente
Redistribuzione ($\alpha > \beta$)	Efficiente	Efficiente
Né sperequazione, né redistribuzione ($\alpha = \beta$)	Efficiente	Inefficiente (indifferente)

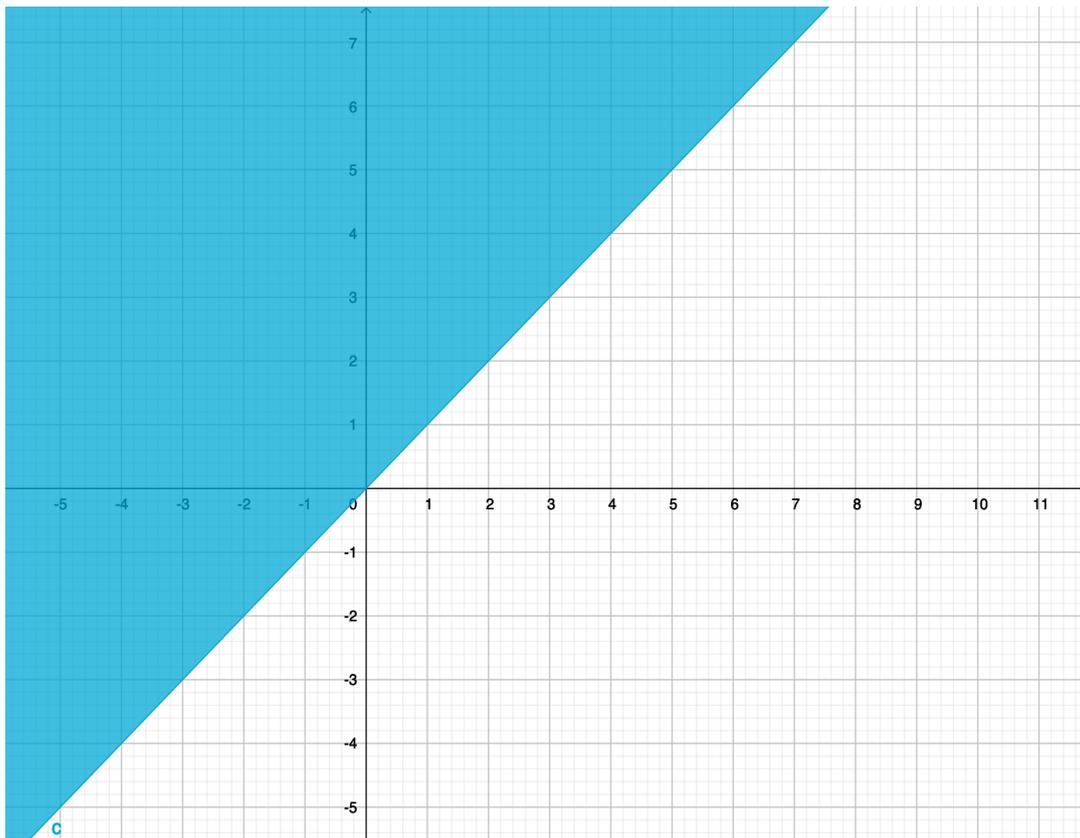


Grafico 1:

Nel grafico in questione, l'asse delle ordinate rappresenta i benefici (M_G), mentre quello delle ascisse i costi (M_L). In particolare, l'area evidenziata rappresenta la disequazione: $M_G \geq M_L$.

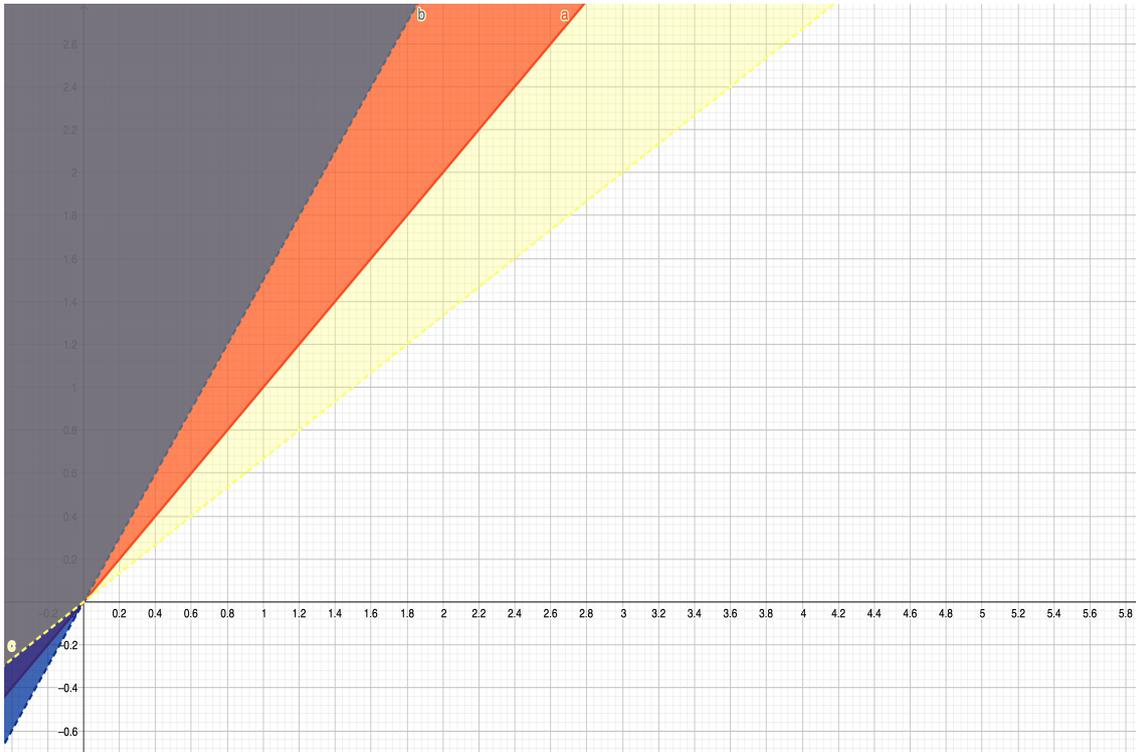


Grafico 2 (grafico delle efficienze):

Nel grafico in questione, l'asse delle ordinate rappresenta i benefici (M_G), mentre quello delle ascisse i costi (M_L).

L'area in giallo, arancione e grigio rappresenta la disequazione: $30M_G > 20M_L$;

L'area in arancione e grigio rappresenta la disequazione: $M_G > M_L$ (efficienza di Kaldor-Hicks);

L'area in grigio rappresenta la disequazione: $20M_G > 30M_L$.

Ogni punto del grafico 2 ha per coordinate una combinazione di benefici e costi relativi ad un intervento. L'area dei punti efficienti²⁰ è data dall'intersezione tra l'area di efficienza di Kaldor-Hicks, con relativa curva d'indifferenza, e l'area sovrastante la curva, che si ottiene assegnando un valore ai *gainers* e ai *losers*. Si nota che quando il numero di *gainers* supera il numero di *losers*, l'area di efficienza coincide con l'area di efficienza di Kaldor-Hicks con relativa curva d'indifferenza (*area in grigio e area in arancione*). Quando invece sono i *losers* a superare in numero i *gainers*, il grafico restringe la sua area di efficienza, generando una situazione analoga a quella rappresentata dall'area in grigio. L'area di efficienza diventa sempre meno estesa, ma non inesistente, tanto più, a costi e benefici noti, il rapporto tra *gainers* e *losers* tende a zero, ovvero tanto più i *losers* sono numericamente superiori ai *gainers*. In altre parole, ci si discosta da un principio di *più è meglio* per arrivare ad un principio di *più e meglio*.

Uno spunto degno di riflessione è rappresentato dalla situazione di indifferenza di Kaldor-Hicks in cui i benefici eguagliano i costi. In questa situazione la valutazione sull'efficienza di un intervento è demandata esclusivamente alla capacità dello stesso di creare più *gainers* che *losers*. Le implicazioni logiche che ne derivano sono molto importanti: a parità di ricchezza sociale la redistribuzione è efficiente.

È altresì vero che questo approccio non mira a fornire informazione alcuna sullo stato patrimoniale dei consociati precedente all'intervento, bensì si propone di valutarne gli effetti. Quanto appena affermato può generare una imperfetta coincidenza tra ciò che è efficiente e ciò che è giusto ed equo. A tal proposito, se si pensa a un intervento normalmente giustificato con il criterio di Kaldor-Hicks – come la tassazione generale per fini redistributivi, in cui i *losers* sono per definizione più dei *gainers* –, questo non trova la sua ragione d'essere nel nostro modello ogni qual volta che tale disparità non è compensata da un adeguato *surplus* dei benefici sui costi. La disparità numerica nel caso in questione genera una sperequazione al contrario, che, laddove vada ad incidere su una società di per sé sperequata, costituisce un valido intervento, seppure non trovi riscontro dal punto di vista efficientistico. Ne consegue che l'efficienza non è e non dovrebbe essere

²⁰ L'area dei punti efficienti, o area di efficienza, è l'insieme di tutte le combinazioni di benefici e costi che rende efficiente un intervento normativo.

il solo o il principale criterio di valutazione²¹. Come spiega Carlo Scognamiglio Pasini: «il valore rappresentato dall'efficienza non esaurisce certo la gamma degli obiettivi che i cittadini chiedono all'organizzazione del sistema economico. Accanto a questo si devono porre anche valori più propriamente etici come il valore dell'uguaglianza e il valore della giustizia, nel senso che un sistema efficiente, ma spietato, non sarebbe accettato dalla maggioranza dei cittadini»²².

Occorre sottolineare che tutti i miglioramenti comportano *ex ante* dei perdenti²³ e che dunque, nella realtà, non esistono cambiamenti che migliorano il benessere di un individuo senza peggiorare la situazione di qualcun altro. Ciò vuol dire che ogni situazione, considerata in sé, avrebbe le caratteristiche di un ottimo paretiano: ma è allora evidente che un paradigma di tal fatta non è utile a condurre un'indagine proprio sull'efficienza.

Dunque, per individuare e perseguire tutti quei cambiamenti che non creano immediatamente nuovi *gainers* e *losers* non compensati, occorre seguire una traiettoria pratica e determinare un criterio valutativo plausibile. Per raggiungere questo scopo, non è sufficiente l'utilizzo del criterio di Kaldor-Hicks, carente nel rappresentare in modo veritiero la realtà. Infatti, l'efficienza teorizzata da Kaldor e Hicks valuta le decisioni sulla base della potenziale capacità di compensare i *losers* con i guadagni dei *gainers*. A questo punto, si rende necessario ampliare il concetto di efficienza appena enunciato, affinché sia possibile effettuare un confronto di utilità come nel modello da noi proposto, ossia considerando il *surplus* complessivo «pesato» per il numero di *gainers* e quello di *losers*.

²¹ Sul tema, si veda: L. Barriola, B. Deffains e O. Musy, *Law and Inequality: A Comparative Approach to the Distributive Implications of Legal Systems*; «International J. Law and Economics», 75, 2023, 106139.

²² C. Scognamiglio Pasini, *Economia industriale. Economia dei mercati imperfetti*, Luiss University Press.

²³ Questo discorso è stato ampiamente trattato da G. Calabresi ne *L'inutilità di Pareto: portando oltre Coase*, «Riv. Int. scienze sociali», 1991, 215.

Capitolo 2.4: «Optional Law» ed efficienza Kaldor-Hicks

La valutazione del diritto – e in particolare delle diverse regole di protezione del diritto proprietario, con riferimento ai costi transattivi ad essi connessi – assume un ruolo fondamentale nella misura in cui si rende sempre più necessario il confronto tra i meccanismi che operano in maniera differente nei vari ordinamenti giuridici. Allorché prendesse consistenza una tendenza ad armonizzare il diritto occidentale, diverrebbe opportuno scegliere quale regola o meccanismo prediligere; separare, dunque, la farina dalla crusca. Lo studio di tali confronti può portare, laddove ve ne sia vantaggio, alla creazione di nuovi meccanismi ibridi o inediti. Il metro scelto per operare il confronto è prettamente economico e trova nell'efficienza allocativa massima e compiuta espressione.

Torniamo al caso delle esternalità negative. Immaginiamo due soggetti (un danneggiato proprietario e un danneggiante non proprietario). Per la soluzione dell'esternalità, l'approccio di analisi economica del diritto non pone più il tema di decidere se il conflitto va risolto in favore del primo o del secondo, ma anche il meccanismo attraverso il quale tutelare il diritto, una volta che si sia provveduto alla sua assegnazione. Si approda, così, all'articolazione di quattro regole «opzionali»²⁴.

La *regola I* può essere così rappresentata. S'immagini un costruttore che si trovi ad edificare sul terreno altrui. La corte potrebbe decidere di tutelare il diritto del proprietario del terreno, imponendo al costruttore la restituzione. In alternativa, il giudice potrebbe, per qualche ragione, riconoscere al costruttore il diritto ad edificare in quel luogo, con la conseguenza di svuotare la pretesa del proprietario (*regola III*). Ancora, il giudice potrebbe decidere che, pur avendo violato il diritto del proprietario, il costruttore non è tenuto alla restituzione del terreno, ma solo ad un congruo risarcimento (*regola II*). Le soluzioni accennate sopra sono ben note ai giuristi. Il contributo dell'articolo di Calabresi e Melamed è l'affermazione dell'esistenza di una nuova regola, la *regola IV*, che rovescia la responsabilità in favore del costruttore. Il meccanismo si articola in questo modo: al costruttore viene concessa l'occupazione del terreno, ma il proprietario si vede conferito il potere di espellerne il costruttore, previo pagamento di un indennizzo.

²⁴ A. Nicita, R. Pardolesi e M. Rizzolli, *Le opzioni nel mercato delle regole*, in «Mercato Concorrenza Regole», 2, 2006, pp. 239-284.

Al contrario, nel caso in cui i danni eccedano la normale tollerabilità, si configura una tutela forte del soggetto danneggiato (*regola I*). Ancora, il giudice può tener conto della priorità di un determinato uso, assegnando una tutela debole al soggetto danneggiante, rimproverando al soggetto danneggiato di essersi autonomamente esposto ai danni, *coming to nuisance (regola IV)*. Questo tipo di tutela non trova riscontro nell'ordinamento italiano, ma solamente nell'esperienza giurisprudenziale nord-americana²⁵. Avendo riguardo alla disciplina delle «immissioni», il giudice può anche tenere conto del previgente stato dei luoghi e, laddove le immissioni eccedono la normale tollerabilità, si configura una tutela inibitoria in forza del soggetto danneggiante (*regola III*), giustificata da un plateale *coming to nuisance*, tanto forte da prevalere sul diritto del soggetto danneggiato.

Tutte le regole appena enunciate possono essere intese come *call options*. Tuttavia, nel caso delle *property rules*, il prezzo è fissato all'infinito, il che le rende non esercitabili. Invece, le *liability rules* fissano un prezzo all'*entitlement* in modo tale da investire il soggetto, a cui non è stato assegnato, della facoltà di forzare controparte a vendere il proprio diritto al prezzo stabilito dall'autorità. Allo stesso modo si può immaginare l'esistenza di particolari *liability rules* che investano il soggetto, cui è stato assegnato l'*entitlement*, della facoltà di forzare controparte ad acquistarlo. In base all'assegnazione iniziale dell'*entitlement* all'occupante o al proprietario si distinguono due ulteriori regole, rispettivamente la *V* e la *VI*.

La *regola V* conferisce all'occupante la possibilità di continuare l'occupazione del terreno e, qualora il proprietario decidesse di far cessare l'occupazione, il diritto di chiedere un ristoro o un risarcimento; e la *regola VI*, che attribuisce al proprietario la facoltà di decidere se ottenere il rimedio in forma specifica e fare cessare l'occupazione, oppure per equivalente e farsi risarcire il danno.

Questa complicata costruzione teorica è necessaria per avere un quadro completo di tutte le diverse assegnazioni e modalità di tutela che si possono riscontrare nei casi concreti, allo scopo di valutarle e individuare quale sia, sotto il profilo dell'efficienza allocativa aggregata, la regola migliore da applicare nei casi di esternalità. Il mondo descritto da Coase in un primo momento risulta essere molto simile al paese delle meraviglie di Lewis

²⁵ *Spur Industries v. Del Webb Development Co.*, 108 Ariz. 178, 494 P.2d 700 (1972).

Carroll, ove, a prescindere da chi si veda assegnare l'*entitlement* e in qualunque modo si decida di tutelarla, la soluzione allocativamente efficiente sarebbe comunque raggiunta mediante la contrattazione tra le parti. Tuttavia, viviamo nel mondo reale e, dunque, dobbiamo inevitabilmente fare i conti con la presenza di costi transattivi²⁶, spesso elevati e comunque difficilmente calcolabili in maniera preventiva, che rendono di fatto la sola contrattazione inadeguata a propiziare l'efficienza allocativa. Ad assicurare un esito positivo deve necessariamente provvedere l'assegnazione iniziale dell'*entitlement* operata dall'ordinamento e garantita dalla tutela più efficiente. Per operare questa scelta viene in soccorso il contributo di Calabresi e Melamed, che ci fanno notare che, in presenza di alti costi transattivi, la famiglia delle *liability rules* sarebbe preferibile a quella delle *property*. Eliminando dunque le *regole I e III*, applicando l'esempio numerico di Ayres²⁷ alle rimanenti, possiamo giungere a una conclusione: nelle regole basate su un meccanismo di *call option (II e IV)* è più efficiente assegnare l'*entitlement* a chi ha la valutazione meno speculativa della *res* (proprietario), di modo che controparte possa scegliere se acquistarlo; al contrario, nelle regole basate su un meccanismo di *put option (V e VI)*, è più efficiente assegnare l'*entitlement* a chi ha la valutazione più speculativa (occupante) affinché il titolare dell'*entitlement* possa scegliere di forzare controparte all'acquisto. Da questa selezione le regole con *payoff* aggregato maggiore risultano essere la *II* e la *V*.

²⁶ I costi transattivi sono quei costi che i soggetti fronteggiano durante e a seguito della fase contrattuale. Si distinguono in due tipologie: costi di allineamento e costi di *enforcement*. I primi, che devono essere fronteggiati *ex ante* dai soggetti in questione al fine di realizzare un contratto efficiente, che riesca ad arginare l'asimmetria informativa dei contraenti. I secondi, cui i soggetti devono far fronte *ex post*, attengono alla fase di realizzazione di quanto stabilito dal contratto stipulato.

²⁷ Il modello qui riportato è stato elaborato nella prima parte di I. Ayres e P.M. Goldbart, *Optimal Delegation and Decoupling in the Design of Liability Rules*, in «Michigan Law Review», 100, 1, 2001, pp. 1-79.

Capitolo 2.5: L'esempio numerico di Ayres e Goldbart

Il modello numerico di Ayres e Goldbart (2001) – formulazione nota agli studiosi di finanza e derivati – è uno strumento utile al fine di determinare a quale soggetto attribuire il diritto di decidere sull'assegnazione finale dell'*entitlement* in situazioni di conflitto.

Quando i costi di transazione sono elevati e l'autorità deve intervenire, prevale l'idea che il diritto di proprietà debba essere assegnato a chi attribuisce il valore più alto al bene in questione. Tuttavia, ciò può essere eseguito per mezzo di *property rules* o *liability rules*. La differenza principale tra le due tipologie di regole è che con le *property rules* la corte delibererà direttamente l'allocazione iniziale del diritto, mentre con le *liability rules* sarà la corte a stabilire chi deciderà l'allocazione finale del diritto di proprietà. Nel caso di regole opposte di tutela «debole» (la *II* e la *V*, o la *IV* e la *VI*), l'attribuzione dell'*entitlement* produce i medesimi esiti allocativi.

L'incognita, a questo punto, è trovare il *most efficient chooser*, ossia il soggetto che massimizza l'efficienza nell'allocazione del diritto di proprietà. A tale fine è possibile classificare le regole opzionali sulla base del soggetto che decide sull'esercizio dell'opzione. Nello specifico, si tratta di regole *plaintiff choice* che consentono al proprietario di esercitare l'opzione *call* o *put* (rispettivamente *regola IV* e *VI*) e regole *defendant choice* che conferiscono al costruttore la facoltà di esercitare l'opzione *call* o *put* (rispettivamente *regola II* e *V*).

Analizzando le valutazioni di ciascuna delle parti, si dimostra che il *chooser* con una valutazione più speculativa è quello più efficiente, poiché può ottenere allocazioni in media più efficienti. Si rende, dunque, necessario stabilire quali sono gli obiettivi distributivi da perseguire. A tal fine, occorre esaminare come la scelta tra regole con opzioni *call* o *put* possa influenzare la distribuzione del *payoff* tra le parti coinvolte. Per stabilire quale sia la regola da prediligere, è possibile operare un'analisi efficientistica e mettere a confronto le due regole. Per raggiungere questo obiettivo, riproporremo come esempio numerico il modello di Ayres, limitandoci a mettere in evidenza il *payoff* delle sole regole di nostro interesse.

Assumendo di essere in presenza di un conflitto di attribuzione, occorre stabilire il soggetto a cui affidare *ex post* l'*entitlement* al fine di massimizzare il benessere sociale. Siamo in presenza di un'esternalità, generata dall'occupante che ha erroneamente costruito sul terreno del proprietario. I costi transattivi precludono l'esito positivo della

contrattazione tra le parti; pertanto, si rende necessario l'intervento di un giudice. La corte, tuttavia, può soltanto effettuare una stima approssimativa del valore che le rispettive parti attribuiscono al fondo in questione.

Ipotizziamo, dunque, che l'appezzamento di terra abbia, per il proprietario, un valore che oscilla tra € 40.000 e € 60.000, con distribuzione uniforme. Per l'occupante, invece, si ha una valutazione più speculativa, in quanto si tiene conto dell'incertezza del suo investimento: può essere descritta con una distribuzione uniforme che assume valori tra € 0 e € 100.000. È da notare che la valutazione dell'occupante ha una varianza più elevata rispetto a quella del proprietario.

Supponendo che l'obiettivo sia la massimizzazione del benessere sociale, individuato dal *payoff* aggregato delle due parti, si verificano due scenari:

– Scegliendo la *regola II*, il giudice dovrebbe fissare i danni a € 50.000, pari alla media della valutazione del proprietario. Nel 50% dei casi, l'occupante, la cui valutazione media è pari a € 75.000²⁸, acquisterà l'*entitlement*, ottenendo un *surplus* di € 25.000, che coincide con la differenza tra la sua valutazione ed il costo di esercizio dell'opzione. Nella restante metà dei casi, invece, la valutazione dell'occupante ammonterà a € 25.000, valore inferiore al prezzo; pertanto, il proprietario, che lo valuta € 50.000, conserverà l'*entitlement*.

Il profitto atteso del proprietario è di € 50.000, mentre quello dell'occupante è pari a € 12.500. Dunque, il *surplus* sociale ammonta a € 62.500.

– Applicando la *regola V*, si ottiene lo stesso *surplus* sociale, ma con una distribuzione differente. Infatti, nel 50% dei casi l'occupante, avendo una valutazione del terreno in media pari a € 75.000, terrà per sé il terreno. Nell'altra metà dei casi, essendo la sua valutazione inferiore, forzerà il proprietario a riacquistarlo per € 50.000. Il *surplus* sociale è appunto pari a € 62.500, ma i profitti attesi sono tutti concentrati nelle mani dell'occupante.

²⁸ Dato che la distribuzione è uniforme, avere una valutazione media pari a € 50.000 corrisponde ad una probabilità del 50% che la valutazione media sia € 75.000 e una probabilità del 50% che la valutazione media sia € 25.000.

Entrambe le regole attribuiscono all'occupante la scelta finale sull'allocazione dell'*entitlement*, ma comportano esiti distributivi diversi. Infatti, qualora si prediligesse la *regola II*, ci troveremmo in presenza di due *gainers* e nessun *loser*; invece, favorendo la *regola V*, il *surplus* sociale sarebbe interamente assorbito dall'occupante, unico *gainer*, senza generare alcun *loser*, bensì ricollocando il proprietario lungo la curva originaria d'indifferenza.

Quanto appena enunciato può essere ulteriormente illustrato graficamente. Nel grafico 3 qui riportato sono rappresentati dei punti che hanno per coordinate i benefici e i costi associati a proprietario e occupante per ciascuna delle regole che stiamo analizzando.

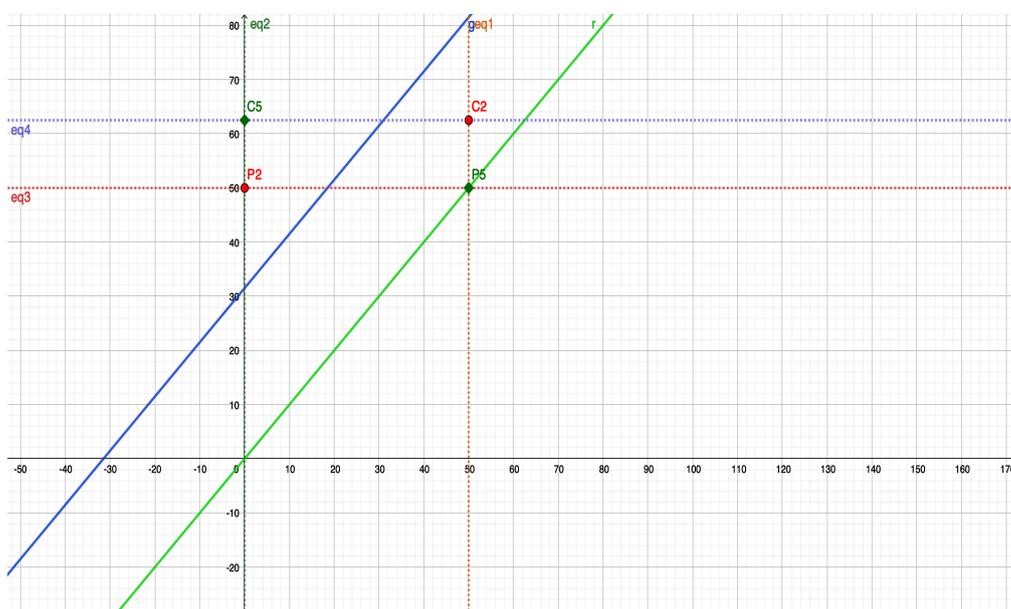


Grafico 3: Nel grafico in questione, l'asse delle ordinate rappresenta i benefici (M_G), mentre quello delle ascisse i costi (M_L). È qui raffigurato il confronto tra la regola II e la regola V nel modello proposto da Ayres. I punti $P_2(0; 50)$ e $C_2(50; 62,5)$ esprimono rispettivamente la situazione del proprietario e quella del costruttore della regola II; allo stesso modo, $P_5(50; 50)$ e $C_5(0; 62,5)$ rappresentano il proprietario ed il costruttore della regola V. La retta r di equazione $M_G = M_L$ è la curva di indifferenza. La retta g , invece, è una curva rappresentativa della situazione ideale, in cui proprietario ed occupante raggiungono la migliore distribuzione del *surplus*.

Come emerge dal grafico, nessuno dei punti giace al di sotto della curva di indifferenza di equazione $M_G = M_L$.

I punti associati alla *regola II*, P_2 e C_2 , si trovano nell'area di efficienza di Kaldor-Hicks, così come il punto C_5 , che rappresenta la situazione dell'occupante nella *regola V*. Il punto P_5 , associato al proprietario nel caso della *regola V*, invece, giace sulla curva d'indifferenza, ad indicare che il *payoff* aggregato è, in realtà, ad unico beneficio dell'occupante.

Queste due regole risultano essere parimenti efficienti per il modello di efficienza di Kaldor-Hicks, ma non per come l'efficienza è stata definita nelle precedenti pagine. Risulta evidente che vi sia una migliore varianza distributiva nella *regola II*, che ne rende preferibile l'applicazione.

In casi più complessi è utile trovare un valore teoricamente assegnabile ad un intervento in confronti di efficienza. Con Kaldor-Hicks ciò non è necessario, poiché il confronto di efficienza avviene semplicemente comparando il *pay-off* aggregato, non spingendosi oltre nei casi in cui due interventi diano come risultato il medesimo *payoff*. Tuttavia, a questo *payoff* aggregato reale può essere assegnato un valore grafico dato dalla somma delle distanze punto-retta tra la retta (r) che delimita l'area di efficienza e i punti che rappresentano le situazioni delle parti coinvolte. La distribuzione ideale è rappresentata da tutti i punti che giacciono sulla retta (g), che dista da r di un valore dato dalla misura grafica del *pay-off* aggregato diviso per il numero di parti in causa. Il valore assoluto dello scostamento dalla situazione ideale (retta g) dei punti a sinistra o a destra della retta g rappresenta il valore teoricamente assegnabile all'inefficienza in un'ipotesi di confronto. Quanto più piccolo è questo valore, tanto più, a parità di *payoff* aggregato, l'intervento è efficiente²⁹.

²⁹ Il confronto tra la *regola II* e la *regola V* nel modello di Ayres, utilizzando questo metodo, può essere sintetizzato con il seguente procedimento:

$$P_2 - r = \frac{|0-50+0|}{\sqrt{1+1}} = 25\sqrt{2}; C_2 - r = \frac{|50-62,5+0|}{\sqrt{1+1}} = 6,25\sqrt{2}; P_2 - r + C_2 - r = 31,25\sqrt{2}$$

$$P_5 - r = \frac{|50-50+0|}{\sqrt{1+1}} = 0; C_5 - r = \frac{|0-62,5+0|}{\sqrt{1+1}} = 31,25\sqrt{2}; P_5 - r + C_5 - r = 31,25\sqrt{2}$$

Situazione ideale: $P - r = C - r = 15,625\sqrt{2}$.

Calcolando gli scostamenti dalla situazione ideale:

$d(P_2, g) = d(C_2, g) \cong 9,375\sqrt{2}$; $d(P_5, g) = d(C_5, g) \cong 15,625\sqrt{2}$, la *regola II* risulta la più efficiente, in quanto ha lo scostamento minore.

CAPITOLO 3

Capitolo 3: «Regola V» nel codice civile italiano

Contrariamente alle prime quattro regole di Calabresi e Melamed, le quali sono state ricavate partendo dall'analisi di scenari reali, le regole basate su un meccanismo di *put option*, *V* e *VI*, sono state ipotizzate in astratto. Il guanto di sfida che viene lanciato consiste nel trovare casi concreti di loro applicazione. Alcuni studiosi, prendendo in esame il codice civile italiano, hanno scovato epifanie della *regola VI*³⁰. Fatto rimarchevole se si considera quanto carenti sono invece i riscontri di questo tipo di regole opzionali nell'esperienza giurisprudenziale americana; tuttavia, siamo convinti che l'inesauribile complesso di precedenti possa offrire grandi sorprese a chiunque dei nostri colleghi d'oltreoceano voglia cimentarsi nell'impresa. Tornando all'analisi del codice civile, in questo paragrafo presenteremo un'applicazione della *regola V*, nettamente controintuitiva rispetto alla *VI*, concentrandoci sul libro della proprietà.

Prendendo in considerazione il combinato disposto degli artt. 886 e 888 c.c.³¹, nell'ipotesi in cui venga innalzato unilateralmente un muro di cinta tra fondi attigui posti negli abitati è possibile ricostruire la vicenda nei termini che seguono.

In un primo momento, il proprietario più zelante tra i due, che si è fatto carico della costruzione del muro di cinta, diviene di fatto occupante della porzione di fondo attiguo su cui il muro è stato eretto. In quanto tale può, *ex art. 886 c.c.*, forzare il vicino a contribuire per metà alle spese di costruzione, esercitando un'opzione (*put*) che innesca un acquisto coattivo. A questo punto, si assiste ad un vero e proprio *switch* temporale tra l'azione esperita dall'occupante e la decisione del proprietario, che si trova di fronte ad

³⁰ A. Nicita, R. Pardolesi e M. Rizzolli, *Le opzioni nel mercato delle regole*, cit.

³¹ Art. 886 c.c. (Costruzione del muro di cinta): Ciascuno può costringere il vicino a contribuire per metà nella spesa di costruzione dei muri di cinta che separano le rispettive case, i cortili e i giardini posti negli abitati. L'altezza di essi, se non è diversamente determinata dai regolamenti locali o dalla convenzione, deve essere di tre metri.

Art. 888 c.c. (Esonero dal contributo nelle spese): Il vicino si può esimere dal contribuire nelle spese di costruzione del muro di cinta o divisorio, cedendo, senza diritto a compenso, la metà del terreno su cui il muro di separazione deve essere costruito. In tal caso il muro è di proprietà di colui che l'ha costruito, salva la facoltà del vicino di renderlo comune ai sensi dell'art. 874, senza obbligo però di pagare la metà del valore del suolo su cui il muro è stato costruito.

un bivio: può, *ex art. 886 c.c.*, contribuire per metà alle spese (di costruzione del muro di cinta che separa le rispettive case, cortili e giardini) sostenute dal vicino; alternativamente, *ex art. 888 c.c.*, può esimersi dal contribuire alle suddette spese. In tal caso è obbligato a cedere all'occupante la metà del terreno di sua proprietà su cui il muro di cinta è stato costruito. Qualora si verifichi quest'ultima circostanza, fatta eccezione per la facoltà del vicino di renderlo comune ai sensi dell'art. 874 in qualunque momento senza pagare la metà del suolo su cui il muro è stato costruito (configurando un'opzione *call* esercitabile dall'occupato), l'acquisto da parte dell'occupante della porzione di fondo attiguo ingombra dalla metà del muro di cinta si configura come una fattispecie analoga all'indennizzo. Tuttavia, non si tratta di una somma di denaro, ma di una porzione di terreno suscettibile di valutazione economica.

In questo modo, dunque, cessa l'occupazione del fondo altrui da parte dell'occupante, in quanto ha acquisito interamente il suolo su cui ha fatto erigere il muro, divenendo *ex lege* titolare di un diritto di superficie. Non essendo il diritto di superficie acquistato *ex art. 888 c.c.* soggetto a termine, si configura un diritto reale parziario di godimento perpetuo, che costituisce una fattispecie analoga all'enfiteusi perpetua, sulla quale ci si interroga su chi debba essere, *de facto*, considerato il proprietario della *res*. In altre parole, il diritto di proprietà in questione risulta svuotato, in quanto tutte le azioni che normalmente sono esclusivamente esperibili dal titolare del diritto di proprietà si ritrovano in capo ad un altro soggetto che, appunto, è il titolare del diritto di superficie.

La disposizione dell'art. 886 c.c. assume una grande rilevanza non solo dal punto di vista efficientistico, essendo un'applicazione della *regola V*, ma anche con uno sguardo ai suoi effetti pratici. Infatti, prevedendo l'obbligo di contribuire alla costruzione del muro di cinta, il legislatore ha voluto assicurare la protezione dei fondi. Questa funzione non sarebbe ugualmente garantita in altro modo, come si evince dalla sentenza n. 7675/1986 della Corte di cassazione³², che ne sottolinea la natura eccezionale e ne esclude l'applicazione analogica. In questo senso, si può intendere l'attribuzione di una *put option*

³² Cassazione civile, Sez. II, sentenza n. 7675 del 18 dicembre 1986. Massima: l'art. 886 c.c., prevedendo un obbligo, a carico del vicino, di contribuire per metà nella spesa di costruzione del muro di cinta, è norma per sua natura eccezionale e, pertanto, insuscettibile di applicazione analogica ad altre ipotesi, come quella in cui si tratti di recinzione realizzata con rete metallica.

all'occupante come una forma di tutela operata dal diritto, non nuova al nostro ordinamento. Possiamo infatti trovare la medesima *ratio legis* nella disciplina dell'usucapione: premiare il soggetto che, pur non essendo l'effettivo proprietario della *res*, ne faccia un uso produttivo evitando, così, lo sfasamento tra situazione di fatto e situazione di diritto che altrimenti darebbe luogo a confusione e incertezza.

L'innovativo meccanismo di tutela che si innesta sul combinato disposto degli artt. 886 e 888 c.c. testimonia la profonda evoluzione che l'istituto della proprietà ha vissuto nel corso del tempo. Basti pensare al codice civile francese, al quale si deve la prima teologia della proprietà privata³³. Fondamentali, sul tema, sono le riflessioni di Jeanne Étienne Marie Portalis che, il 17 gennaio 1804, nella relazione sul secondo libro del *Code Civil*, si espresse come segue: «Cittadini legislatori, la legge riconosce che la proprietà è il diritto di godere e di disporre dei propri beni nella maniera la più assoluta, e che questo diritto è sacro [...] questo principio è come l'anima universale di tutta la legislazione». La proprietà, pilastro del nuovo assetto privatistico, è intesa come diritto di libertà ed è caratterizzata dall'assolutezza.

Nel 1793, Robespierre aveva proposto una riformulazione della *Dichiarazione dei diritti*, in cui definiva la proprietà come «il diritto di godere e di disporre dei beni che è garantito dalla legge», escludendola dall'elenco dei diritti naturali dell'uomo. La sua riformulazione non vide mai la luce, eppure è piuttosto vicina a quanto enunciato dalla nostra Costituzione, che garantisce la tutela della proprietà senza però annoverarla tra i diritti di libertà. Nonostante questa più spiccata somiglianza, è possibile ritrovare parte dell'enfasi di Portalis nell'art. 832 c.c.³⁴ che, nello scansionare il contenuto del diritto di proprietà, stabilisce che il proprietario si trovi in una sorta di bolla, dove è libero di fare ciò che desidera finché non incorre nei limiti fissati dal diritto. Nel codice del '42, quindi, la proprietà continua ad essere un diritto di libertà, benché ridimensionata rispetto alla sua teorizzazione francese; è un diritto pieno ed esclusivo che, però, ha perso la sua

³³ Per l'art. 544 del *Code civil*, la proprietà è il «diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, non se ne faccia un uso proibito dalle leggi e dai regolamenti».

³⁴ Art. 832 c.c.: «Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico [Cost. 42, 43, 44]».

assolutezza, poiché sono previsti limiti positivi e negativi al suo esercizio. Primo fra tutti l'art. 42 della nostra Costituzione³⁵, in cui la proprietà è classificata tra i diritti economici, e non più tra quelli fondamentali del singolo, come era invece previsto dallo Statuto Albertino (art. 29). Nella sua formulazione costituzionale, la proprietà riveste una funzione sociale, che giustifica l'espropriazione per pubblico interesse evocata dallo stesso art. 42 Cost. nonché dall'art. 834 c.c.³⁶. Il nostro ordinamento giuridico prevede, infatti, che il bene immobile, rivendicazione individualistica, sia armonizzato con il gerarchicamente preposto interesse della collettività. Questa disposizione limita le modalità di espressione del diritto di proprietà che, di fatto, risulta declassato. Si può parlare di una sorta di *ipoteca morale* sul diritto di proprietà, in quanto nella nostra carta costituzionale questo diritto è finalizzato al conseguimento di uno scopo più ampio: l'utilità sociale.

³⁵ Art. 42 Cost.: «[...] La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto [922 c.c.], di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale (2) e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale [834 c.c.] [...].»

³⁶ Art. 834 c.c.: «Nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e contro il pagamento di una giusta indennità.

Le norme relative all'espropriazione per causa di pubblico interesse sono determinate da leggi speciali». (Il concetto di giusta indennità qui riportato non è presente nell'art. 42 Cost).

CONCLUSIONI

Giuristi o economisti, ognuno per la propria parte, potrebbero essere portati ad affermare, in una sorta di slancio campanilistico, l'indipendenza e la purezza della propria disciplina: scevra da contaminazioni, da fuggire come la peste, dell'altra. Questo modo refrattario di tracciare limiti e alzare barriere concettuali risulta essere deleterio nel momento in cui lo si estremizza sino a farne un ostacolo al raggiungimento del benessere comune. Nel perseguirlo, queste due discipline si trovano in comunione d'intenti e, solo a volerlo, potrebbero essere preziose alleate l'una per l'altra. Gli strumenti applicativi che abbiamo presentato, così come l'*optional law*, servono a fornire uno spaccato di una prospettiva unitaria.

È proprio sull'*optional law* e, in particolare, sulla visione di Calabresi e Melamed che si innesta la nostra visione della cattedrale di Rouen. Come un arco rampante è costruito per far sì che su di esso si innestino fantastiche volte, così gli studi dei pionieri della giuseconomia non solamente aprono la strada a un nuovo modo di concepire la giurisprudenza o l'economia, ma gettano le basi per la nascita di una nuova, funzionale e per lo più inesplorata scienza sociale.

BIBLIOGRAFIA

- I. **Ayres** – *Optional Law: The Structure of legal Entitlements*, Chicago (2005).
- I. **Ayres** e P. M. **Goldbart** – *Optimal Delegation and Decoupling in the Design of Liability Rules*; «Michigan Law Review», 100, 1, 2001, pp. 1-79.
- I. **Ayres** e E. **Talley** – *Distinguishing between Consensual and Nonconsensual Advantages of Liability Rules*, 105 Yale L. J. 235 (1995).
- L. **Barriola**, B. **Deffains** e O. **Musy** – *Law and Inequality: A Comparative Approach to the Distributive Implications of Legal Systems*; «International J. Law and Economics», 75, 2023, 106139.
- L. A. **Bebchuck** – *Property Rights and Liability Rules: The Ex Ante View of the Cathedral*, 10 Mich. L. Rev. 601 (2001).
- G. **Calabresi**, A. D. **Melamed** – *Property Rules. Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*; «Harvard Law Review».
- G. **Calabresi** – *L'inutilità di Pareto: portando oltre Coase*; «Riv. Int. scienze sociali», 1991.
- R. **Coase** – *The Problem of Social Cost*; «The Journal of Law and Economics», 3, 1960, pp. 1-44.
- R. **Cooter**, U. **Mattei**, P. G. **Monateri**, R. **Pardolesi** e T. **Ulen** – *Il mercato delle regole*, II ed., Bologna, 2006.
- C. **Del Bò** – *Proprietà di sé e giustizia distributiva: Un conflitto necessario?* «Il Politico», p. 137-150.
- N. **Giocoli** – *La Scuola di Chicago*, «IBL Libri».
- L. **Kaplow** e S. **Shavell** – *Property Rules versus Liability Rules*, 109 Harv. L. Rev. 713 (1996).
- L. **Micheli**, M. **Troisi** – *Efficienza redistributiva e «regole opzionali»: l'analisi economica del diritto nel codice civile*; «Mercato Concorrenza Regole», 1-2, 2023, 333-352.
- M. **Morris** – *The Structure of Entitlements*, 78 Cornell L. Rev. 822 (1993).
- A. **Nicita**, R. **Pardolesi** e M. **Rizzolli** – *Le opzioni nel mercato delle regole*; «Mercato Concorrenza Regole», 2, 2006, pp. 239-284.
- R. **Nozick** – *Anarchy, State and Utopia*, 1974.

- R. **Pardolesi** – Analisi economica del diritto e responsabilità civile in «enciclopedia del diritto. I tematici. La responsabilità civile», A cura di C. Scognamiglio.
- R. **Pardolesi** – La «Cattedrale» rivisitata. Due regole in più per la matrice di Calabresi e Melamed? «Rassegna Forense», pp. 119-148.
- J. **Rawls** – A theory of Justice, 1971.
- H. S. **Rosen**, T. **Gayer** – Scienza delle finanze 5/ed, McGraw-Hill Education.
- C. **Salvi** – Teologie della proprietà privata. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza, «Rubbettino», 2017.
- C. **Scognamiglio Pasini** – Economia industriale. Economia dei mercati imperfetti; «Luiss University Press».
- F. R. **Shapiro** M. **Pearse** – The Most-Cited Law Reviews of All Time, 110 Mic. L. Rev. 1484 (2012).
- A. **Swift** – Political Philosophy, 2019.
- C. **Stagnaro** – Ronald H. Coase, «IBL Libri».
- G. **Stigler** – The Theory of Price, «Macmillan Library Reference»; 3° edizione.
- P. **Trimarchi** – Rischio e responsabilità oggettiva, Milano, 1961, 34 s.

- Cassazione civile, Sez. II, sentenza n. 7675 del 18 dicembre 1986
- Spur Industries v. Del Webb Development Co., 108 Ariz. 178, 494 P.2d 700 (1972)