

Economia

Antonella Laino

**La valutazione
economica
degli istituti giuridici**

FrancoAngeli

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità o scrivere, inviando il loro indirizzo, a “FrancoAngeli, viale Monza 106, 20127 Milano”.

Antonella Laino

**La valutazione
economica
degli istituti giuridici**

FrancoAngeli

Copyright © 2013 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

INDICE

Prefazione , di <i>Elisabetta Bertacchini</i>	pag.	7
1. Introduzione	»	9
1.1. Le origini del movimento <i>Law and Economics</i>	»	9
1.2. L'efficienza paretiana e i teoremi fondamentali dell'economia del benessere	»	14
1.3. L'analisi costi-benefici	»	17
1.4. La funzione del benessere sociale	»	19
1.5. I fallimenti del mercato	»	22
1.6. Efficienza delle norme giuridiche	»	24
2. Il diritto di proprietà: una prospettiva economica	»	27
2.1. Contenuto del diritto di proprietà	»	27
2.2. I limiti della proprietà privata. Il teorema di Coase	»	32
2.3. Protezione assoluta	»	33
2.4. Protezione relativa	»	35
2.5. Protezione assoluta vs protezione relativa: un confronto	»	36
Appendice giuridica	»	38
3. La proprietà intellettuale	»	41
3.1. Innovazione e mercato: la proprietà intellettuale	»	41
3.2. Le <i>Research Joint Ventures</i>	»	45
3.3. Il brevetto	»	48
3.4. La licenza d'uso	»	51
3.5. Teoria economia dei brevetti	»	53
3.6. Durata e ampiezza della tutela brevettuale	»	54
3.7. Il diritto d'autore	»	58
Appendice giuridica	»	60

4. La responsabilità civile	pag.	63
4.1. Premessa	»	63
4.2. Qualificazione economica del danno	»	68
4.3. La delimitazione dei fatti illeciti	»	71
4.4. Responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa	»	73
4.5. Applicazione delle regole di responsabilità	»	80
4.6. Responsabilità e costi	»	82
4.7. Responsabilità da prodotto	»	84
4.8. L'assicurazione	»	87
Appendice giuridica	»	91
5. Il contratto	»	93
5.1. Analisi economica dell'esecuzione contrattuale	»	93
5.2. Danni da inadempimento contrattuale	»	98
5.3. L' <i>enforcement</i> endogeno del contratto	»	100
5.4. I contratti incompleti	»	106
5.5. Il rapporto Principale-Agente nell'ambito contrattuale	»	114
5.6. La durata del contratto	»	116
Appendice giuridica	»	117
6. La repressione dell'illecito	»	120
6.1. Funzione della pena	»	120
6.2. Delimitazione delle condotte sanzionabili	»	122
6.3. Analisi economica e crimine	»	124
6.4. Analisi economica del reato. Il riciclaggio. L'evasione fiscale	»	128
Appendice giuridica	»	136
Bibliografia	»	139

PREFAZIONE

Come noto, l'analisi economica del diritto si propone di fondere un insieme di conoscenze, giuridiche ed economiche, in un'unica disciplina, con l'obiettivo di indagare le norme giuridiche e i diversi istituti nella prospettiva economica.

Più in particolare gli stessi vengono valutati in base al principio dell'efficienza, sulla scorta dei metodi e degli strumenti propri della scienza economica, nello specifico della microeconomia. In tale prospettiva le norme sono osservate come strumento di incentivo/disincentivo al comportamento del singolo, che, almeno in astratto, tende alla massimizzazione del benessere individuale e che deve essere orientato, proprio attraverso il sistema normativo, ad operare per realizzare, per mezzo di transazioni private, il benessere sociale.

L'analisi economica del diritto rappresenta un utile ausilio per gli studiosi di economia e per i giuristi.

I primi traggono, dall'analisi dei diversi istituti giuridici, un'applicazione reale di principi talvolta percepiti come astratti e teorici; i secondi riescono a leggere le norme nella prospettiva dell'efficienza, del costo, dell'incentivo, della massimizzazione del benessere.

Se l'economia è l'elemento pregnante dell'agire quotidiano, il diritto ne è la struttura portante entro cui operano soggetti pubblici e privati, scambiando beni e servizi, e finalizzando le azioni alla massimizzazione delle posizioni individuali e collettive.

Il testo rappresenta una valida base d'analisi degli istituti giuridici privatistici nella prospettiva economica.

Realizzato da una giovane studiosa di microeconomia con la “passione per il diritto”, il volume presenta in modo rigoroso l’analisi della proprietà reale e intellettuale, del regime della responsabilità civile e della repressione dell’illecito, nonché della normativa dei contratti.

Dopo un breve richiamo ai principi dell’economia del benessere, l’autrice indaga i contenuti economici del diritto di proprietà, visto come incentivo al mantenimento e alla conservazione dei beni, e gli “effetti collaterali”, esternalità, che derivano dallo sfruttamento/utilizzo di tale diritto. In quest’ambito si inserisce l’analisi dei principali regimi di protezione della proprietà.

Dopo aver specificamente approfondito il tema della proprietà intellettuale, con l’analisi puntuale dell’istituto brevettuale, si affronta il tema della responsabilità civile, con l’individuazione delle caratteristiche, limiti e qualità dei due principali sistemi in vigore nei diversi ordinamenti: responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa.

Successivamente, dopo aver analizzato secondo i principi economici il contratto, si presta particolare attenzione alla categoria dei “contratti incompleti”, ricorrenti e originanti notevoli problemi in tema di esecuzione e/o interpretazione.

Il lavoro si conclude con una breve disamina della repressione dell’illecito, con l’individuazione delle condotte che, secondo la teoria economica, dovrebbero essere sanzionate e con l’analisi di due reati specifici: il riciclaggio e l’evasione fiscale. Quest’ultima analisi si rivela di particolare interesse in quanto fornisce uno schema tipo da utilizzare per l’esame di qualunque ipotesi di reato.

Con spunti di originalità da ritrovare nel continuo e costante rinvio alla normativa italiana, e nel sistematico confronto con la corrispondente normativa statunitense, il volume si presenta come un apprezzabile sforzo di interpretazione della realtà normativa da parte di chi è abituato ad utilizzare gli strumenti microeconomici per l’analisi dei fenomeni, ritenendo essenziale l’interdisciplinare conoscenza della complessa realtà attuale.

Elisabetta Bertacchini

Professore Straordinario di Diritto Commerciale
Università e-Campus

1. INTRODUZIONE

1.1. Le origini del movimento *Law and Economics*

Con la locuzione “analisi economica del diritto” si fa riferimento ad una metodologia d’indagine scientifica che utilizza gli strumenti microeconomici per valutare l’efficienza delle norme e degli istituti giuridici.

L’esame del rapporto tra diritto ed economia ha interessato, e affascinato, sia giuristi, sia economisti, sotto diversi profili.

I metodi e gli strumenti dell’economia hanno assunto, progressivamente, un ruolo centrale dell’analisi ed elaborazione della scienza giuridica.

I principi dell’utilità e della massimizzazione della ricchezza, così centrali nell’economia, determinano molte delle conclusioni giuridiche basiche dei diversi ordinamenti.

La metodologia propria degli studi economici è compatibile con l’analisi della norma e del diritto in quanto entrambe le scienze si occupano, anche se in maniera diversa, di incentivi. In economia si assume che gli agenti compiano azioni tese alla massimizzazione dei propri obiettivi, sulla base dei vincoli esistenti. Nell’impostazione economica i vincoli sono i prezzi e le disponibilità in termini di ricchezza e reddito, mentre nell’impostazione giuridica i vincoli sono rappresentati da norme e sanzioni.

Metodologicamente, quindi, l’analisi economica del diritto applica gli strumenti concettuali e l’empirismo dell’economia allo studio del diritto.

L’applicazione dell’analisi economica al diritto, presuppone che gli individui interpretino le sanzioni come prezzi impliciti relativi a determinati comportamenti e che questi prezzi fungano da guida affinché le azioni siano compiute nella direzione desiderata socialmente.

In questo modo, legalità e illegalità sono spogliate da implicazioni morali e sono interpretate alla luce del concetto di efficienza.

Il rapporto tra le due discipline può essere letto come una relazione tra un sistema di norme e l'attività volta alla soddisfazione dei bisogni umani in presenza di scarsità di risorse.

Il ricorso agli strumenti analitici della scienza economica, in particolare della microeconomia, deve servire a porre in evidenza incentivi e vincoli che condizionano i comportamenti degli operatori privati. Si può, in altre parole, fare chiarezza sulle conseguenze derivanti dall'applicazione di una norma attraverso la ricostruzione economica di un comportamento o di un'operazione contrattuale, descrivendo le caratteristiche del mercato in cui le parti hanno operato la transazione.

L'analisi economica ci insegna che una risorsa scarsa dev'essere impiegata in modo efficiente: dal punto di vista allocativo ciò significa impiegarla per l'uso che offre il rendimento atteso maggiore; dal punto di vista produttivo significa utilizzarla in modo da massimizzare la produzione.

Molte norme disciplinano lo svolgimento dell'attività economica e il funzionamento dei mercati, imponendo regole e comportamenti o limiti all'utilizzo di determinati strumenti.

L'analisi economica è uno strumento molto utile per valutare le possibili forme d'intervento pubblico che permettano il raggiungimento degli obiettivi prefissati con le modalità più efficienti.

La motivazione più forte verso un'integrazione delle conoscenze giuridiche con quelle economiche deriva dalla necessità di procedere ad una valutazione comparativa di regole diverse. Uno dei dilemmi della *Law and Economics* è proprio quello di individuare un criterio con cui svolgere tale analisi comparativa. In altri termini, il problema riguarda il metodo di aggregazione delle preferenze individuali in preferenze sociali, di cui parleremo diffusamente più avanti.

Il primo stimolo verso una disciplina poi chiamata analisi economica del diritto arriva dal continente americano con Seligman e Adams, che sollecitarono un dialogo teorico-pratico tra economia e scienze sociali. Questi difendevano il trasferimento involontario della ricchezza in modo da migliorare le condizioni della società nella sua interezza.

Detto in altri termini, un trasferimento forzato della ricchezza permetterebbe il miglioramento dell'utilità sociale complessiva, livellandosi, in questo modo, le utilità individuali aggregate. Il ragionamento di fondo parte

dall'idea che il diritto abbia un ruolo fondamentale per la trasformazione di una società, soprattutto se “lavora” insieme ai principi e agli strumenti economici, intesi come finalizzati a rafforzare la promozione e la distribuzione della ricchezza nella società.

L'analisi economica del diritto si sviluppa nei paesi di tradizione anglosassone, vale a dire negli ordinamenti di *common law*, che, a differenza degli ordinamenti di *civil law*, sono più duttili e malleabili, attingendo continuamente alle conoscenze ed esperienze proprie delle altre discipline, essendo più orientati al mercato che allo Stato¹.

Uno dei più fertili terreni di confronto tra diritto ed economia è stato quello inerente le specifiche problematiche della concorrenza: non a caso, laddove si sono svolti i più serrati dibattiti in tema di *antitrust*, l'Università di Chicago, si è sviluppato il più florido filone d'analisi economica del diritto.

La regolamentazione del commercio, e il diritto economico, furono le prime aree d'interesse dei pionieri dell'analisi economica del diritto.

L'embrione del movimento della *Law and Economics* dei primi decenni del novecento appariva tecnico e formale, grazie anche alla valutazione del concetto di utilità marginale.

I primi contributi degli studiosi di AED² cercano di indagare sugli effetti delle norme di legge sul funzionamento del sistema economico, mentre gli studi successivi utilizzano l'analisi economica per approfondire la conoscenza degli istituti giuridici.

Il movimento chiamato analisi economica del diritto, o *Law and Economics*, sviluppato dall'Università di Chicago sulla base degli assunti della teoria economica neoclassica e marginalista, ha origine dagli scritti di Richard Coase del 1960. L'idea di base proposta da Coase è quella secondo cui le norme devono essere strutturate in modo da essere funzionali allo sviluppo dei mercati e dell'economia.

Vale appena la pena rilevare come il solo criterio di efficienza, spesso, sia risultato insufficiente ai giuristi per valutare l'opportunità o meno di una norma.

¹ Ricordiamo che il sistema di *common law* è un modello di origine anglosassone, basato sulla rilevanza del precedente giurisprudenziale vincolante, ossia sul vincolo che deriva da precedenti pronunce di un giudice su casi simili. Il sistema di *civil law* è quello di matrice romanistica, propria degli ordinamenti dell'Europa continentale. I sistemi di *civil law* si fondano su insiemi di norme codificate e suddivise per categorie.

² Analisi economica del diritto.

Il movimento si sviluppa in particolare negli anni Settanta grazie all'imponente contributo di Posner e Calabresi: il primo appartenente alla scuola di Chicago, orientata al sostegno pieno dei mercati, il secondo appartenente alla scuola di Yale, che non condivide il potere di autoregolazione dei mercati, e giustifica un intervento dello Stato nell'economia. Si deve all'opera di Steven Shavell la definizione formale dei modelli utilizzati dall'analisi economica del diritto.

È, quindi, possibile individuare alcune grandi correnti nello sviluppo della disciplina:

- la scuola di Chicago (positiva), che legge il diritto e le norme alla luce della teoria economica dei mercati concorrenziali; in quest'ambito si studiano i mercati delle idee, delle sentenze. Protagonista essenziale è Richard Posner, che ha l'ambizione di applicare e sottoporre il diritto a criteri e formulazioni strettamente economici formulati dall'ortodossia neoclassica marginalista. Secondo Posner l'ordinamento giuridico è solo una variabile all'interno del più vasto sistema dell'economia. Secondo i seguaci di questa corrente compito della norma è quello di promuovere l'efficienza, facilitando gli atti giuridici attraverso un corretto sviluppo del diritto privato. In questo senso si sposa la logica secondo cui il *common law* sia da preferire allo *statute law*. Il primo, infatti, si evolve naturalmente con la modifica delle istanze sociali avvertite più celermente dal giudice che dal legislatore. Secondo quest'orientamento l'efficienza è l'unico criterio per valutare il valore di una norma e/o di un ordinamento. La sua visione è marcatamente individualista e si identifica nei meccanismi del mercato concorrenziale e si ancora fortemente agli studi di Coase. La scuola di Chicago suggerisce la definizione di un ambiente giuridico "ospitale" per il mercato, attraverso la definizione di sistemi giuridici che agevolino la nascita di relazioni commerciali tra gli individui;
- la scuola di Yale, con approccio normativo, che ritiene vi sia una diffusa necessità d'intervento legislativo per correggere i fallimenti del mercato. È un indirizzo più propenso all'intervento politico. Molti studiosi della scuola di Yale, volendo perseguire obiettivi di giustizia ed equità attraverso il sistema giuridico, sostengono che l'efficienza, come definita dalla scuola di Chicago, non può mai rappresentare il fine ultimo del sistema giuridico. Questa scuola attribuisce maggiore rilevanza al concetto di fallimento del mercato, in quanto ritiene il feno-

meno più pervasivo di quanto non facciano i “collegi” di Chicago. La legge è ritenuta lo strumento essenziale di correzione di tali fallimenti. Secondo l’orientamento in parola, particolarmente vicino alla sensibilità dei giuristi di *civil law*, l’analisi del diritto si caratterizza per il combinato utilizzo del criterio di efficienza e d’equità. Con quest’approccio, che vede il suo massimo esponente in Calabresi, si mette in discussione la base individualistica per prediligere l’analisi dell’interazione tra individui, evidenziando il ruolo delle esternalità. Secondo l’orientamento di Calabresi, l’utilizzo pieno ed esclusivo del criterio paretiano è fallimentare; appare piuttosto più indicato un approccio che tenti di bilanciare i valori dell’efficienza di mercato con la considerazione dell’equità e della giustizia distributiva. L’attuale architettura del diritto privato patrimoniale predilige, senza dubbio, i valori di giustizia ed equità delle transazioni e, più in generale, è volto ad assicurare la correttezza comportamentale degli attori coinvolti in operazioni economiche. Guido Calabresi è ritenuto il padre, o almeno uno dei padri, della nuova *Law and Economics* grazie ad una serie di pubblicazioni realizzate tra il 1961 e il 1978, che evidenziano con crescente vigore l’influenza dell’economia in tutte le aree del diritto. Lo studioso, per formulare giudizi sui diversi istituti giuridici ricorre in maniera talvolta molto originale a strumenti economici. Secondo Calabresi dalla teoria economica deriva un principio fondamentale, cioè quello per cui ogni soggetto è il miglior giudice dei propri bisogni e del proprio benessere: per questo motivo i conflitti in tema di responsabilità civile devono essere risolti nell’ottica di considerare il prezzo come segnale dell’effettivo costo di produzione di un bene. Detto in altri termini, le esternalità devono essere internalizzate nel meccanismo dei prezzi, pena il mancato raggiungimento di un’allocazione efficiente delle risorse. Egli sostiene che un incremento di ricchezza non costituisce progresso sociale di per sé, a meno che non persegua altri fini, come l’equità e l’uguaglianza;

- la scuola di Berkeley, che pone maggiore attenzione alle istituzioni che sono alla base dei mercati, sviluppando compiutamente l’analisi dei costi di transazione. In questo senso si afferma un concetto d’impresa come istituzione alternativa al mercato, studiando le relazioni di lungo termine. È una corrente più recente delle due precedenti, e si sviluppa come innesto tra diritto, economia e teoria della *public choice*. Si sug-

gerisce che la valutazione delle diverse fonti del diritto richieda un'analisi della struttura di incentivi presenti nel contesto che le ha generate. Si presta attenzione al concetto di fallimento politico che ha effetto sulla formazione della norma, evidenziando come i tradizionali meccanismi di mercato siano indispensabili nella creazione della norma giuridica. Quest'approccio è ancora in fase di sviluppo. L'approccio funzionale di cui si parla ripone particolare fiducia nell'individualismo metodologico: solo gli individui scelgono e agiscono. Ogni realtà sociale valutata a livello aggregato deve essere letta come il risultato di scelte e di azioni umane individuali. Solo il giudizio del singolo è rilevante per valutare la meritevolezza della norma giuridica;

- la corrente che si ispira alla teoria dei giochi. Risente dei recenti sviluppi della teoria economica, in cui il concetto di asimmetria informativa, vista come fonte prima dei costi di transazione, serve da bussola per l'interpretazione dei diversi fenomeni economici.

L'analisi positiva utilizza il metodo economico per analizzare la norma così come essa si presenta, interrogandosi su quali siano le modalità d'influenza della regola sul comportamento degli individui, andando anche a far emergere, talvolta, le diverse logiche economiche sottese alla legge. In questo senso il raggiungimento di un'allocatione efficiente è un obiettivo implicito di ogni norma, anche se questo non viene palesemente indicato come prioritario. A questo proposito notiamo come "fisiologicamente" gli ordinamenti di *common law* seguano gli andamenti del mercato e si adattino agli sviluppi di questo

L'analisi normativa, viceversa, si interroga sui meccanismi di miglioramento del dettato normativo, sul presupposto che l'efficienza è uno degli obiettivi che deve essere perseguito nella formazione di una norma.

1.2. L'efficienza paretiana e i teoremi fondamentali dell'economia del benessere

L'economia del benessere studia regole e metodi per classificare, e nel caso ordinare, secondo uno o più parametri le diverse allocazioni di risorse, cioè i fattori necessari per una determinata produzione o un definito consumo.

Emerge la necessità di definire il concetto di efficienza³ sulla base dell'assunto della scarsità delle risorse necessarie al raggiungimento dei fini individuali. Per questo motivo i singoli competono tra loro per l'approvvigionamento, e lo sfruttamento, delle risorse. In quest'ambito si inserisce la definizione di efficienza come allocazione di risorse che permette di massimizzare la soddisfazione.

Un sistema economico si dice efficiente se fornisce il massimo ammontare di beni che i soggetti desiderano, date le risorse disponibili: la nozione standard d'efficienza è quella di Pareto⁴.

Si ha un miglioramento paretiano quando, attraverso il compimento di un'azione, si migliora la condizione (e la soddisfazione) di un soggetto, senza nuocere ad alcuno. Si raggiunge l'efficienza economica quando hanno avuto luogo tutti i miglioramenti paretiani.

Ciò implica che si parli di ottimo paretiano quando non è possibile realizzare nessun intervento che provochi un miglioramento paretiano nel senso indicato.

In quest'ottica, ad esempio, gli adempimenti burocratici che non recano vantaggio a nessuno sono inefficienti, perché comunque creano danno ad altri, imponendo loro degli oneri.

Alla base del criterio di Pareto si rinvengono due giudizi di valore: il benessere⁵ e l'impossibilità di confronti interpersonali di benessere.

Il primo teorema dell'economia del benessere afferma che le condizioni di efficienza paretiana sono realizzate da un'economia di concorrenza perfetta: in altre parole, l'equilibrio concorrenziale è Pareto-efficiente.

In effetti, l'equilibrio concorrenziale richiede il raggiungimento della massima soddisfazione per i consumatori, minimizzazione dei costi e massimizzazione dei profitti per l'impresa.

Secondo quest'interpretazione il meccanismo dei prezzi rappresenta un sistema di valutazione della scarsità delle risorse e permette di assegnare le ri-

³ Si dice *efficiente* un'allocazione di risorse che permette di massimizzare il *surplus* totale degli individui.

⁴ Il concetto paretiano di *efficienza* è stato introdotto nella letteratura utilitarista per affrontare il problema del confronto tra le utilità. In altri termini, secondo questa filosofia il valore incluso dall'efficienza è l'utilità.

⁵ Con l'espressione *benesserismo* si intende la valutazione delle alternative sulla base delle variazioni di utilità avvertite dai soggetti.

sorse a chi attribuisce loro un valore maggiore: in questo modo s'indirizzano le risorse ai settori di massima produttività⁶.

Potremmo dire, in alternativa, che la Pareto-efficienza che si realizza nel mercato concorrenziale richiede efficienza nello scambio, nella produzione e nell'allocazione delle risorse.

L'ottimizzazione del consumo implica efficienza nello scambio, la minimizzazione dei costi implica efficienza della produzione, ed entrambe le condizioni, insieme alla massimizzazione del profitto, implicano il massimo livello di efficienza.

Per estensione il teorema suggerisce che il *policy maker* debba facilitare il funzionamento del mercato e della concorrenza.

In definitiva, l'equilibrio di un sistema di mercato perfettamente concorrenziale soddisfa tutte le condizioni richieste dalla Pareto-efficienza.

Emerge, ora, una potenziale area d'intervento dello Stato, laddove le condizioni del mercato reale non soddisfino quelle richieste per configurare un mercato di concorrenza perfetta: sotto questa luce, il settore pubblico diventerebbe un meccanismo di allocazione delle risorse diverso, e alternativo, al mercato.

Il secondo teorema dell'economia del benessere afferma che, con opportune modifiche alle dotazioni iniziali, attraverso il meccanismo impositivo o di sussidio, un'economia concorrenziale consente il raggiungimento di un equilibrio Pareto-efficiente.

Equità⁷ ed efficienza, quindi, non sono obiettivi antitetici: è possibile utilizzare imposte e sussidi per orientare all'equità un sistema efficiente, anche se normalmente imposte e sussidi importano distorsioni nel sistema delle scelte e delle preferenze. E proprio la necessità di un sistema fiscale non distorsivo rende l'assunto del secondo teorema così difficile da collocare nella realtà.

Affinché i due teoremi abbiano senso è necessario che si verifichino determinate condizioni: nel determinare i giudizi di valore si deve essere interessati solo al benessere degli individui, questi ultimi sono i migliori giudici del proprio benessere e scelgono, sempre, ciò che è meglio nel loro interes-

⁶ Nei paesi anglosassoni è prassi che la concorrenzialità "invada" la vita quotidiana: gli studenti competono tra loro per frequentare le migliori università, le aziende vanno a "caccia" delle "teste" migliori, i lavoratori più brillanti e preparati ottengono stipendi maggiori.

⁷ Ci riferiamo alla corretta e opportuna distribuzione del benessere tra i membri della comunità.

se, il benessere sociale progredisce anche se migliora solo il benessere di un soggetto (chiunque esso sia), fermo restando il benessere degli altri.

Le condizioni espresse prestano il fianco a numerose critiche, soprattutto sotto il profilo dell'equità: non è sufficiente andare ad indagare il benessere degli individui, quanto avere come oggetto d'indagine il benessere di entità sociali composite, come la famiglia, il gruppo di lavoro, il paese. Inoltre, sulla scorta delle assunzioni paretiane, non è possibile individuare la migliore tra due opzioni, se entrambe rappresentano miglioramenti paretiani.

1.3. L'analisi costi-benefici

L'analisi costi-benefici è una tecnica d'esame che permette di confrontare l'efficienza di differenti alternative, che possono essere investimenti, interventi di politica economica e/o di regolazione. L'analisi in parola permette di verificare se i benefici che una determinata alternativa può produrre alla collettività sono maggiori dei costi per produrre l'intervento. La logica di base è quella della scarsità delle risorse che, quindi, devono essere impiegate per gli interventi che massimizzano il benessere sociale.

Normalmente quest'analisi è svolta prima di porre in essere un intervento, per giudicare l'opportunità di allocare determinate risorse; ma può essere condotta anche *ex post* per valutare i risultati dell'intervento.

L'analisi costi-benefici inizia con l'individuazione dell'ambito d'analisi, valutando costi e benefici connessi ad un determinato intervento e monetizzandoli, per poi effettuare un'analisi di sensibilità che induce alla scelta economicamente più opportuna.

Molto spesso risulta difficile valutare correttamente le preferenze degli individui: un metodo che può essere utilizzato in alternativa a quello indicato da Pareto è il criterio di compensazione⁸.

Ci riferiamo all'analisi costi-benefici delle alternative rilevanti espresse in termini monetari netti: in definitiva, questo metodo, di semplice applicazione, ci suggerisce di scegliere una determinata alternativa quando i vantaggi cumulati superano la somma dei costi. Questo criterio, a differenza di

⁸ Originariamente legato ad Hicks e Kaldor.

quello paretiano, si occupa dell'aspetto distributivo delle risorse, e tiene in gran considerazione le allocazioni di partenza dei soggetti.

Secondo questo criterio, è possibile modificare l'iniziale allocazione delle risorse in modo efficiente solo se l'aumento di benessere di alcuni supera la perdita di benessere di altri: in altre parole, coloro che subiscono una perdita in termini di benessere devono essere "compensati" da coloro che ricevono un vantaggio dal cambiamento di allocazione⁹.

Il principio di compensazione riesce a replicare quasi fedelmente i risultati del mercato.

Il criterio di Kaldor-Hicks è il criterio di efficienza più utilizzato nella moderna analisi economica del diritto.

Secondo il c.d. test di Kaldor-Hicks uno spostamento si definisce efficiente quando coloro che si avvantaggiano da tale spostamento lo fanno in misura superiore alla perdita subita da coloro che sono danneggiati dallo spostamento: quindi se i "vincitori" compensassero i "perdenti" otterrebbero in ogni modo un miglioramento della propria posizione rispetto alla condizione precedente allo spostamento.

Secondo Coleman, quindi, il cambiamento della regola giuridica è efficiente se il beneficio ottenuto da chi ne trae vantaggio supera il danno subito da coloro che ne sono svantaggiati.

L'idea di base del criterio di compensazione è quella di effettuare un'analisi comparata dei vantaggi, visti come miglioramenti del benessere collettivo.

L'analisi costi-benefici valuta l'impatto di un determinato intervento su una collettività di riferimento: per questo motivo il primo nodo da sciogliere per sviluppare quest'analisi è l'individuazione dell'ambito territoriale, sociale e temporale di riferimento.

Nella fase d'individuazione dei costi e benefici all'interno dell'ambito di analisi definito come rilevante, devono specificarsi le unità di misura da utilizzare, come ad esempio il numero di "incidenti" evitati, il quantitativo di territorio bonificato: ad esempio, con riferimento agli eventi criminali, è possibile valutare la riduzione degli eventi delittuosi, il numero di denunce, di fermi.

⁹ Kaldor-Hicks enunciano il seguente principio: «Una qualsiasi scelta pubblica è preferibile se genera un incremento nel reddito reale tale da avvantaggiare una parte della collettività in modo tale da poter compensare quella danneggiata dal provvedimento. Independentemente dal fatto che la compensazione abbia luogo».

Per la “monetizzazione” dei costi e dei benefici è necessario effettuare delle stime *ex ante*, individuando le relazioni che legano le variabili coinvolte. La monetizzazione avviene utilizzando il concetto economico di disponibilità a pagare.

La disponibilità a pagare di un gruppo di individui per fruire, o evitare, un determinato intervento pubblico può misurarsi come variazione del *surplus* del consumatore (o del produttore) relativo a quel gruppo.

Intuitivamente, l’assenza di mercati per alcuni degli obiettivi da valutare rende molto difficile la monetizzazione: come può valutarsi il beneficio relativo ad una maggiore sicurezza sociale, alla bellezza di un paesaggio, ad un maggiore senso di giustizia diffuso?

Gli interventi di politica pubblica hanno effetti anche pluriennali, quindi è necessario un confronto intertemporale dei benefici e dei costi, attraverso un’operazione di attualizzazione degli oneri e dei benefici previsti.

In altri termini, si dovrà determinare il valore attuale netto (VAN) degli interventi e scegliere quello con il VAN maggiore.

Al termine del processo brevemente illustrato è necessario implementare un’analisi di sensibilità che consiste in una sorta di verifica del risultato finale: ad esempio il VAN alle ipotesi fatte ai fini dello svolgimento dell’analisi.

1.4. La funzione del benessere sociale

In economia, la composizione degli interessi divergenti avviene attraverso la funzione del benessere sociale, assumendo che le utilità degli individui siano ponderate all’interno di una valutazione complessiva, definendo quando l’interesse di uno possa prevalere su quello dell’altro.

La funzione del benessere sociale aggrega le funzioni di utilità individuali, potendo assegnare un peso diverso alla posizione di individui diversi. La funzione del benessere sociale in origine fu definita da Bergson, nel 1938, e da Samuelson nel 1947, che la videro come misura di benessere sociale in funzione dei livelli di utilità degli individui. È il corrispettivo, a livello sociale, della funzione di utilità individuale.

Per definire la funzione del benessere sociale è necessario che l’utilità sia un concetto misurabile e confrontabile, e che sia possibile esprimere giudizi di valore che si rivelino più puntuali di quelli previsti dal concetto di efficienza definito da Pareto.