



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

IL CONTRIBUTO DI PIETRO TRIMARCHI
ALL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

Atti del Convegno
Trento, 16-18 dicembre 2020

a cura di
GIUSEPPE BELLANTUONO
UMBERTO IZZO

2022



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

56

2022

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

*Redazione a cura dell'Ufficio Pubblicazioni Scientifiche
dell'Università degli Studi di Trento*

© Copyright 2022
*by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento*

ISBN 978-88-8443-973-4
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea, grazie al contributo della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento - Dipartimento di Eccellenza finanziato dal MIUR - CUP E66C18000370005. per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 979-12-5976-245-0

Febbraio 2022

IL CONTRIBUTO DI PIETRO TRIMARCHI
ALL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

Atti del Convegno
Trento, 16-18 dicembre 2020

a cura di
Giuseppe Bellantuono
Umberto Izzo

Università degli Studi di Trento 2022

INDICE

	Pag.
Giuseppe Bellantuono e Umberto Izzo <i>Prefazione</i>	1
Mario Barcellona <i>Diritto, economia e analisi economica del diritto</i>	5
Giuseppe Bellantuono <i>Riflessioni sul metodo di Pietro Trimarchi</i>	21
Francesco Denozza <i>I risarcimenti punitivi tra razionalità e ragionevolezza</i>	55
Roberto Pardolesi <i>Pietro Trimarchi, causa ignota e responsabilità sanitaria</i>	73
Francesco Parisi <i>Allocazione del rischio e disegno delle regole</i>	83
Cesare Salvi <i>Funzioni della responsabilità civile</i>	95
Gianroberto Villa <i>Incentivi all'adempimento: il pensiero di Pietro Trimarchi e la Corte di Cassazione</i>	103
Bibliografia.....	113

«Eh sì, caro professore, il sapere e la comprensione sono due cose completamente differenti. Soltanto la comprensione può portare all'essere. Il sapere di per se stesso non ha che una presenza passeggera: un nuovo sapere caccia via il precedente, e, in fin dei conti, non è altro che del nulla versato nel vuoto. E per poter comprendere i fenomeni, conformi o non conformi alle leggi, che si producono intorno a noi, dobbiamo prima di tutto percepire e assimilare consciamente una moltitudine di informazioni relative sia alle verità obiettive sia agli avvenimenti reali che sono successi in terra».

GEORGES I. GURDJIEFF, *Incontri con uomini straordinari*, Milano, 1977, pp. 326-27.

PREFAZIONE

Giuseppe Bellantuono e Umberto Izzo

Questo volume propone alcune riflessioni sull'opera di Pietro Trimarchi, presentate in occasione di un seminario tenutosi nell'ambito della conferenza annuale organizzata dalla Società Italiana di Diritto ed Economia nel dicembre 2020, di cui sono qui raccolte le tracce più meditate.

Fin dalle sue prime pubblicazioni a cavallo fra gli anni Cinquanta e Sessanta è stata riconosciuta a Trimarchi la capacità di innovare profondamente la riflessione civilistica¹. Egli ha continuato a essere un innovatore lungo l'intero arco della sua lunga attività scientifica, dal primo saggio licenziato quando era ancora uno studente in tesi con Cesare Grassetto², al volume che 67 anni dopo quel giovane Autore si accinge a dedicare alla formazione e all'esecuzione del contratto. Un'innovazione mai disgiunta dalla preoccupazione di trasmettere ai giuristi in formazione i risultati metodologici elaborati nel corso della propria ricerca, come testimoniano con encomiabile regolarità le edizioni del celebre Manuale di diritto privato, giunto ad annoverare dal 1974 ben ventitré aggiornamenti in un'alternanza di austere ed eleganti copertine rosse, verdi e blu. Le opere di Trimarchi sono sempre state rivolte a identificare le possibilità di dialogo fra interpretazione giuridica e dimensione economica dei fenomeni oggetto di regolazione.

I contributi raccolti in questo volume esplorano, da una varietà di prospettive, alcune delle strategie che Trimarchi ha impiegato per governare la complessità del rapporto fra diritto ed economia. Rendere

¹ Attente ricostruzioni dell'itinerario scientifico di Pietro Trimarchi si devono a G. FREZZA, F. PARISI, *Pietro Trimarchi (1934-)*, in J.G. BACKHAUS (a cura di), *Elgar Companion to Law and Economics*², Cheltenham, 2005, p. 709 ss.; F. PARISI, *Laudatio: Pietro Trimarchi*, 3 (1) *Rev. L. and Econ.* 3 (2007).

² P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, p. 191 ss.

visibili e fruibili tali strategie assume un'importanza cruciale nel dibattito giuridico odierno.

Si può senz'altro riconoscere che l'interdisciplinarietà ha guadagnato terreno negli ultimi lustri, ed è oggi sempre meno marginale nella ricerca e nella formazione giuridica. Al contempo, è difficile negare che il dialogo fra diritto ed economia rimanga controverso e sia spesso fonte di equivoci. Quali siano i metodi di indagine preferibili, quali temi debbano essere esplorati e quali indicazioni di carattere normativo possano trarsi leggendo il diritto con le lenti dell'economia sono interrogativi lontani dal ricevere risposte definitive. Ed è probabilmente un bene che sia così. Il dibattito resta aperto, rendendo testimonianza della relatività dei temi e delle convinzioni che in esso si affacciano³, nella consapevolezza che forse solo il registro della storia può incaricarsi di dare la collocazione che questi temi e queste convinzioni meritano. Ciò non toglie che questo dibattito continui e che per quanto possibile vada accompagnato da riflessioni che consentano di selezionare le prospettive di indagine più promettenti.

A questo difficile compito non si sottraggono gli autori di questo volume. Tornare a riflettere sull'opera di Trimarchi significa mettere a fuoco alcuni snodi fondamentali nel dibattito giuridico contemporaneo. Sintetizzare i contenuti dei singoli contributi in poche battute è sempre un'operazione velleitaria, che rischia di essere fuorviante. Più utile, invece, è tentare di sottolineare alcune indicazioni che, se da un lato consentono di identificare alcuni fra gli aspetti più significativi e originali dell'opera di Trimarchi, dall'altro si prestano a mettere in nuova luce il dialogo fra diritto ed economia.

³ La realtà delle cose può suggerire oscillazioni e ripensamenti critici nel pensiero economico (cfr. R.A. POSNER, *A Failure of Capitalism. The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge (Mass.), 2009, tr. it. *Un fallimento del capitalismo. La crisi finanziaria e la seconda grande depressione*, Torino, 2011), mentre in tempi più recenti fioriscono appelli a ripensare la stagione del neoliberalismo avviata negli anni Ottanta; così, rimanendo al panorama domestico: M. SALVATI, N. GILMORE, *Liberalismo inclusivo. Un futuro possibile per il nostro angolo di mondo*, Milano, 2021; M. GALLEGATI, *Il mercato rende liberi, e altre bugie del neoliberalismo*, Roma, 2021; A. BOITANI, *L'illusione liberista. Critica dell'ideologia di mercato*, Bari-Roma, 2021; F. FARINA, *Lo Stato sociale. Storia, politica, economia*, Roma, 2021.

In primo luogo, l'opera di Trimarchi non è stata indirizzata all'interpretazione di singole regole, ma alla ridefinizione semantica e concettuale dei problemi e delle soluzioni propri di ciascuna branca del diritto civile. Nel dialogo fra diritto ed economia, questo approccio valorizza la ricerca interdisciplinare che accetta – e non appiattisce – la peculiarità della prospettiva giuridica. Il rischio da evitare è che tale prospettiva sia considerata un ostacolo sulla strada di una più stretta integrazione fra le discipline. Al contrario, il contrasto fra la prospettiva giuridica ed economica genera i risultati più interessanti (v. il contributo di Mario Barcellona). È possibile che il risultato di tale contrasto sia l'identificazione di punti deboli della teoria economica (v. il contributo di Francesco Parisi). Inoltre, qualsiasi tentativo di proporre indicazioni di natura prescrittiva deve fare i conti con il significato assunto nel tempo dalle categorie giuridiche (v. il contributo di Cesare Salvi). Quel significato può essere oggetto di critica, ma non può essere ignorato: rappresenta il punto di riferimento più visibile per la descrizione dei problemi che ciascun sistema giuridico considera rilevanti e delle soluzioni che considera accettabili (v. il contributo di Francesco Denozza). Che si tratti di allocare il rischio della causa ignota in ambito sanitario (v. il contributo di Roberto Pardolesi) o di valutare l'ammissibilità di rimedi restitutori (v. il contributo di Gianroberto Villa) e punitivi (v. ancora Denozza), l'analisi interdisciplinare che si propone non considera le categorie giuridiche un vincolo da superare, ma una parte essenziale del contesto istituzionale da interpretare.

In secondo luogo, l'opera di Trimarchi può essere collocata nel quadro più ampio della riflessione sulla pluralità dei metodi interdisciplinari. In che modo i dati empirici devono essere utilizzati nella riflessione del giurista? Come leggere la complessità delle interazioni fra differenti sistemi giuridici? In che misura la riflessione civilistica deve preoccuparsi degli effetti di altri regimi regolatori? Questi interrogativi suggeriscono che le innovazioni di Trimarchi si collocano al crocevia di molteplici problemi metodologici. La sua ricostruzione sistematica può essere utilizzata per favorire una maggiore integrazione fra i diversi approcci interdisciplinari (v. il contributo di Giuseppe Bellantuono).

Definire l'innovazione nel campo delle idee è un compito insidioso. In ambito giuridico, l'innovazione segue spesso percorsi tortuosi, a vol-

te semi-clandestini, spesso imprevedibili⁴. Nel caso di Trimarchi, innovare ha significato farlo senza clamore, mettendo a punto in modo discreto un metodo che tenesse in equilibrio innovazione e tradizione. E così, spiegare funzione ed effetti delle regole giuridiche alla luce della loro lettura economica a generazioni di giuristi, ha significato promuovere nel tempo e nel mutare di stagioni nelle quali pensieri dominanti assai differenti si sono alternati, un radicale cambiamento di prospettiva rispetto alle convinzioni in auge quando quella intuizione cominciava a essere perseguita. E va a suo merito averlo fatto senza rendere necessarie cesure radicali con la tradizione interpretativa che quel metodo, di fatto, avrebbe finito per innovare.

Non è necessario essere d'accordo con le ricostruzioni di Trimarchi. Ma è fondamentale promuovere il dialogo fra diritto ed economia partendo dagli interrogativi che le sue ricerche e il suo insegnamento hanno sollevato.

Un particolare ringraziamento va alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, per aver finanziato la pubblicazione di questo volume, nonché ai dottori Tommaso De Mari, Samuel Scandola e Filippo Zemignani per il loro contributo alla revisione dei contributi.

⁴ Cfr. G. PASCUZZI, *La creatività del giurista: tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*², Bologna, 2018.

DIRITTO, ECONOMIA E ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

Mario Barcellona

SOMMARIO: 1. *In omaggio a Pietro Trimarchi*. 2. *Una premessa in tre punti*. 3. *L'ottimo paretiano e i compiti assegnati dall'AED al diritto*. 4. *Due possibili versioni dell'AED*. 5. *L'AED e la teoria dell'interpretazione*. 6. *L'AED e la teoria del diritto*. 7. *L'AED e la teoria della società*.

1. In omaggio a Pietro Trimarchi

Ho raccolto queste brevi riflessioni per il seminario del 16 dicembre 2020 promosso dalla Società Italiana di Diritto ed Economia in onore di Pietro Trimarchi.

Trimarchi è un protagonista cruciale della scienza giuridica non solo italiana, un giurista che, come pochi, ha aperto nuovi orizzonti al pensiero del diritto.

Di solito, di Trimarchi si dice che è stato quello che, per primo, ha aperto lo sguardo della civilistica italiana sull'universo dell'economia e dei suoi rapporti con il diritto. E sicuramente è così – e non solo rispetto al pensiero giuridico italiano. Ma le sue elaborazioni teoriche vanno oltre i paradigmi dell'Analisi economica del diritto (AED), ai quali esse vengono talvolta ricondotte.

L'intelligenza della responsabilità come problema dell'allocazione del rischio, la scomposizione delle fenomenologia aquiliane negli ambiti distinti delle attività quotidiane e delle attività d'impresa, la fondazione della responsabilità oggettiva sul dispositivo della internalizzazione dei costi sociali, la decostruzione delle formule causali in criteri razionali di distribuzione delle insorgenze pregiudizievoli non costituiscono solo formidabili strumenti di analisi di questo istituto, cardini che ne hanno ribaltato la comprensione in quel tempo diffusa e accantonato

definitivamente le dottrine fino ad allora dominanti¹. Rappresentano, soprattutto, la messa in opera di un modo nuovo di intendere il diritto e il lavoro del giurista, che ne innova le semantiche e ne modifica la comprensione, centrando le une e l'altra sulla ragione funzionale e sulle sue virtualità evolutive.

Ciascuno dei criteri euristici che Trimarchi mette a punto per rilegge i problemi della responsabilità ha origine, infatti, nell'idea che ogni problema che il mondo propone al diritto è determinato, in ultima istanza, dalla funzione che il diritto è chiamato a svolgere e che questa funzione si misura e ridetermina, di volta in volta, sul problema che essa stessa ha contribuito a ritagliare.

Il che non è un gioco di parole. Bensì il senso profondo nel quale si dà il rapporto tra diritto e funzione: quello di un rapporto propriamente ricorsivo, per cui, per un verso, il sistema giuridico si istituisce per risolvere i problemi del mondo, ma, per altro verso, i problemi, con cui il mondo di continuo lo interpella, incessantemente lo determinano, lo costringono a specificarsi e sempre più determinarsi, ne producono una sorta di auto-espansione, che, per mezzo dell'interpretazione, ne implementa il senso, la veduta, a partire dai quali si è formato².

Questo è, per l'appunto, quello che fa Trimarchi: muovere dal senso del sistema giuridico e dalle funzioni sue proprie per "questionarle" attraverso i fatti o – meglio – attraverso i problemi che tali funzioni mettono in luce, onde poi riarticolarle, rideterminarne i campi e i rapporti e accrescerne così le virtualità regolative.

Di solito si direbbe che questo sia un metodo interpretativo, più precisamente un metodo funzionale che assume e sviluppa quelli della giurisprudenza degli interessi o delle dottrine teleologiche o della stessa AED.

Ma non è così o – meglio – non è del tutto così.

Ciò che qui viene in considerazione non è tanto una questione di metodo, almeno in quel senso in cui, tradizionalmente, si discetta del metodo dei giuristi.

¹ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961 e ID., *Causalità e danno*, Milano, 1967.

² In proposito si v. anche M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996.

In realtà, alla base di questo modo di ragionare sta un fondamento che attiene all'oggetto stesso della scienza giuridica piuttosto che al modo di trattarlo: attiene al darsi della calcolabilità e dell'efficienza come tratti distintivi ed essenziali del diritto razionale istituito dalla Modernità.

Il diritto moderno, quello inaugurato dalle grandi codificazioni dell'Ottocento, è un diritto che corrisponde alla ragione strumentale che è propria dell'economia di mercato istituita dalle Rivoluzioni borghesi. La quale postula il calcolo economico ed è preordinata all'efficienza. Sicché l'una e l'altra definiscono il principio d'ordine dell'intero sistema sociale e dunque il suo senso nucleare.

Misurare la responsabilità su quel che meglio previene e più produttivamente rialloca non viene, perciò, dal paradigma paretiano, bensì dall'intelligenza che questo modo di trattare il diritto (e in esso la responsabilità civile) è il modo che si confà alla determinazione storica con cui il sistema giuridico si presenta nella Modernità.

Per questo mi è sembrato che un buon modo di rendere omaggio a Pietro Trimarchi sia quello di interrogarsi su quel che distingue l'AED dal suo modo di spostare l'asse del ragionamento giuridico sulla funzione e di comprenderla in rapporto (anche) all'efficienza economica.

2. *Una premessa in tre punti*

Può essere utile a render più chiara questa riflessione farla precedere da una premessa articolata in tre punti, che illustrano le direttive del ragionamento.

Il primo punto si può dire così: *non si può capire niente del diritto – e segnatamente del diritto moderno – senza mettere in campo l'economia.*

La ragione di questo sta in ciò, che la forma generale e astratta del diritto moderno incorpora un senso sistemico, il quale propriamente consiste nella istituzione di quella che M. Weber ha chiamato una so-

cietà di mercato e nella sottoposizione delle sue relazioni sociali alla logica dello scambio³.

Detto in breve e in modo che forse può sembrare un po' criptico: il carattere dell'astrattezza e generalità delle norme, implica l'eguaglianza e la libertà dei soggetti cui esse si rivolgono e l'una e l'altra, a loro volta, comportano che il consenso sia assunto a mediatore universale delle relazioni sociali. Il consenso, però, non è che la forma dello scambio e del mercato e, perciò, sottopone queste relazioni, tutte le relazioni, al dominio dell'economia⁴.

Il secondo punto si può enunciare così: *diritto ed economia sono inscindibili, l'uno non si capisce senza l'altra, ma il paradigma dell'AED non è il solo – e neanche il primo – che ha teorizzato e messo a fuoco questa connessione costitutiva.*

Questa connessione si coglieva già tutta negli scritti di K. Marx⁵ ed è stata, poi, magistralmente sviluppata da M. Weber⁶.

Il loro pensiero – come si sa – è stato coltivato a lungo soprattutto dalla sociologia e dalla filosofia. Ma, quando le barriere erette dalla dogmatica tradizionale hanno preso a disfarsi sul tornante degli anni

³ Questa sequenza è dettagliatamente sviluppata in M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, p. 119 ss.

⁴ Cominciando dalla proprietà, che, nella forma libera e privata che si legge nella Dichiarazione dei diritti del 1789 e nei codici dell'Ottocento, abroga le relazioni personali di dipendenza dell'*Ancien Régime* e produce la separazione dei produttori dai mezzi di produzione e la sottoposizione della rendita fondiaria alla logica dello scambio.

Continuando con il contratto, che appresta la forma in cui tutte le relazioni sociali si sottopongono alla mediazione universale dello scambio e alla logica mercantile che lo governa.

Finendo con la responsabilità, che si istituisce come ancella della conservazione della ricchezza e delle aspettative di appropriazione là dove il sistema degli scambi, a regime, le viene allocando.

⁵ Il senso del cui pensiero a proposito del diritto è mirabilmente colto da E. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, Bari, 1975, ove si interroga sul diritto con il "metodo" che Marx aveva utilizzato per l'analisi della merce, invece di limitarsi a metterne insieme le sparse proposizioni.

Ma a proposito di questa connessione in Marx e delle utilizzazioni che ne vennero fatte rimane ancora fondamentale U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, Roma, 1972.

⁶ M. WEBER, *Diritto. Economia e società*, Roma, 2016. E in proposito S. ANDRINI, *La pratica della razionalità, diritto e potere in Max Weber*, Milano, 2000.

Settanta del Novecento⁷, il generale valore euristico, che quest'ordine di idee assegnava all'economia, è trapassato nella teoria giuridica e nell'analisi delle norme e ha dato vita a nuovi indirizzi del pensiero sul diritto⁸.

La differenza di questo pensiero rispetto al paradigma dell'AED sta, principalmente, nell'approccio innanzitutto cognitivo da cui muove: "com'è", "a che serve" e "come funziona" sono gli interrogativi che esso, *in primis*, rivolge alle norme e al diritto.

Segnatamente, questo tipo di approccio al rapporto tra diritto ed economia ha questo di proprio, che esso, oltre a essere inclusivo degli altri saperi sociali, non toglie la parola al diritto e neanche al suo interprete, ma restituisce all'uno e all'altro un senso nucleare, quello della Modernità, articolato in *rationes* sistemiche, le quali fanno comprendere il primo nelle sue profonde direttive funzionali e offrono al secondo le "istruzioni" per cogliere i cambiamenti e progettare il *novum* necessario a regolarli.

Il terzo punto si può riassumere così: *l'AED non sempre si mostra la via migliore per comprendere questa connessione costitutiva tra diritto ed economia e i modi in cui essa volta a volta si articola.*

⁷ Anche se non si deve dimenticare – se della scienza giuridica si vuole discutere con serietà – che la stessa giurisprudenza dei concetti, la *Begriffsjurisprudenz*, alle sue origini e nelle sue successive espressioni migliori, aveva ben chiaro che, ad es., volontà e negozio giuridico erano forme simboliche dello scambio e che a queste – come alle altre categorie fondamentali del diritto privato – spettava il compito di implementare la logica del mercato che nello scambio aveva, per l'appunto, il suo nucleo essenziale (basta pensare al senso delle dispute su volontà e dichiarazione nella definizione del negozio giuridico o ai ragionamenti che imbastiva Windscheid per costruire la categoria della presupposizione negoziale).

Certo, tale compenetrazione tra simboli e materia si reggeva su di un archetipo economico, culturale e sociale che nel Novecento prese a franare. Con la conseguenza che quella dottrina, che non era riuscita a pensare oltre, ne venne travolta e i suoi concetti si ridussero alle comiche maschere che tutti conoscono. Ma questa è un'altra storia.

⁸ P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1977.

Ma va ricordato anche T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 65 ss.

Questo non solo per l'irriducibilità dei profili spirituali e sociali al calcolo economico, che, con buona ragione, le viene solitamente rimproverata.

Questa riserva concerne, piuttosto, tre cose che esibiscono una portata – se si vuole – più generale: a) lo statuto epistemologico dell'interpretazione e la postura del giurista che essa implica, b) la irrecusabile servitù del diritto all'economia che essa postula e c) il progetto sociale cui i suoi dispositivi sembra potrebbero lasciare spazio.

Ma per approfondire queste tre criticità è opportuno prima illustrare brevemente il paradigma paretiano dal quale l'AED prende le mosse⁹.

3. *L'ottimo paretiano e i compiti assegnati dall'AED al diritto*

L'ottimo paretiano, nelle diverse versioni che di esso via via si sono date, persegue l'equilibrio generale della produzione e degli scambi misurandolo sul principio di efficienza¹⁰.

Poiché la riproduzione sociale (ossia la produzione e gli scambi) avviene necessariamente attraverso transazioni tra gli individui che la compongono, il suo equilibrio dipende, innanzitutto, dalla condizione che le relazioni tra questi individui sottostiano al principio della loro massima efficienza.

L'inefficienza, infatti, comporta necessariamente uno spreco delle risorse da tali individui possedute e, quindi, deteriora, invece di migliorarlo, il bilancio della loro transazione. E questo, a sua volta, peggiora l'efficienza generale e allontana dal traguardo dell'equilibrio ottimo.

La massima efficienza di qualsiasi mutamento della situazione iniziale di ogni individuo (quale che ne sia la consistenza e qualità) – e

⁹ In proposito si v. il bel saggio di R.D. COOTER, *Le migliori leggi giuste: i valori fondamentali nell'analisi economica del diritto*, nella raccolta egregiamente curata da G. ALPA, *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998, p. 464 ss.

¹⁰ Cfr. V. PARETO, *Manuale di economia politica con una introduzione alla scienza sociale*, Milano, 1906.

Un'idea realistica del valore e del peso dell'opera di Pareto si evince dal quadro esemplare che ne traccia J.A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica* (1954), III, Torino, 1960, p. 1055.

quindi di ogni transazione che intervenga tra più individui – si dà quando per effetto di un tale mutamento la situazione di ognuno sia migliore di quella iniziale o, più esattamente, quando non sia più possibile migliorare la situazione di uno senza pregiudicare quella dell'altro.

Il raggiungimento dell'efficienza, perciò, avviene spontaneamente, sol che ciascun individuo sia opportunamente informato e libero di scegliere: nessuno, infatti, avrà ragione di opporsi al miglioramento della propria situazione iniziale provocato dal mutamento programmato e tutti, invece, saranno indotti a perseguirlo in forza della loro stessa convenienza.

Come si è detto, questa regola aurea ha subito nel tempo molte precisazioni e svariati emendamenti, ma il suo senso è rimasto sempre lo stesso.

Questa regola aurea è costruita e misurata sullo scambio tra due individui. Ma la sua trasformazione in un generale principio di organizzazione delle società poggia sull'individualismo metodologico da cui muove tutto il pensiero marginalistico, nel quale questo argomentare si iscrive. Ossia poggia sull'assunto che le società non siano niente di più che la somma degli individui che le compongono e che, perciò, il sistematico miglioramento della situazione di qualsiasi parte di tali individui che non implichi il peggioramento di quella degli altri si traduce, sempre e necessariamente, in un attivo sociale generale.

Da questa regola aurea questo pensiero fa discendere due conclusioni generali:

- la prima è che è necessario rimuovere radicalmente tutti gli ostacoli che impediscono che gli scambi si conformino a tale regola aurea;
- la seconda, ma preliminare, è, che occorre, perciò, rimuovere, altrettanto radicalmente, tutti gli ostacoli che distolgono le relazioni tra gli individui dall'assumere la forma dello scambio, ove quest'ottimo spontaneamente (e solo così) si raggiunge.

Queste – come si sa – sono, alla fine, le direttive inderogabili del neoliberalismo e i compiti che esso assegna al diritto¹¹. Non è difficile immaginare, perciò, quante e quali siano le critiche che a questo teore-

¹¹ Su cui sono da leggere le pagine di F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. RISPOLI FARINA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, E. TONELLI (a cura di), *Regole e mercato*, II, Milano, 2016, p. XV ss.

ma sono state già rivolte e le molte altre che ancora gli si potrebbero rivolgere.

Di queste critiche si tratterà brevemente dopo.

Da questa regola aurea, infatti, l'AED ha tratto ulteriori ingiunzioni al diritto e ai giuristi, delle quali occorre adesso discutere e che con qualche arbitrio, si possono così riassumere:

- il giurista, chiamato a interpretare un testo normativo, deve intenderlo in quel modo che più induce le relazioni in esso considerate all'ottimo paretiano;
- il diritto (e perciò chi lo fa) deve conformare i propri precetti all'obiettivo di regolare le relazioni tra gli individui in modo da spingerle verso l'ottimo paretiano;
- la società ha da disporsi in quel modo che permette all'economia di essere governata dalla tensione all'ottimo paretiano.

Queste tre ingiunzioni coinvolgono tre livelli: quello della teoria dell'interpretazione, quello della teoria del diritto e quello della teoria della società. E su questi tre livelli vanno, perciò, considerate le proposte teoriche dell'AED.

Il punto è, però, che queste tre ingiunzioni possono intendersi in due modi molto diversi¹², i quali esibiscono implicazioni del tutto differenti.

4. Due possibili versioni dell'AED

Vi è, innanzitutto, un *modo positivo* di intendere l'AED, che tiene insieme l'efficienza con la ragionevolezza e, soprattutto, con il vincolo alle determinazioni normative e alle *rationes* in esse racchiuse.

In questa accezione *positiva*, l'AED esibisce lo statuto di una *teoria seconda e sussidiaria* delle funzioni giuridiche.

Seconda, nel senso che le sue prescrizioni sono, programmaticamente, destinate a operare a valle delle scelte distributive, le quali ben possono rispondere anche a direttive etiche, politiche, ecc.

¹² In generale sulle diverse versioni dell'AED si v. l'ottimo quadro tracciato da P. CHIASSONI, *Analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in G. ALPA, *op. cit.*, p. 489 ss.

Sussidiaria, nel senso che essa si limita a prescrivere solo che i mutamenti così introdotti e le transazioni che ne seguono siano regolati in modo efficiente – e cioè in modo che non generino sprechi e producano, invece, esiti migliorativi per tutti gli attori da essi interessati.

In questi termini¹³ la precettistica dell'AED è pressoché indispensabile e appresta al giurista sicuri e preziosi ausili: essa si offre come una sorta di *google maps*, alla quale si dà una destinazione e che indica il percorso migliore per raggiungerla.

Così di sé sembrerebbe dire l'AED, ma, spesso, essa così non si concepisce.

Per essa, infatti, ogni concessione a direttive distributive rimane, alla fine, una devianza: dà luogo sempre quanto meno a un'efficienza solo di secondo grado, la quale implica uno spreco e genera una relativa inefficienza, che pregiudica l'efficienza generale del sistema¹⁴.

In questa *accezione intransigente*, che è qui rappresentata in modo un po' radicale ma che proprio così fa da base al neoliberalismo giuridico, l'AED esibisce, allora, lo statuto di una *teoria primaria e precettiva*.

Ed è con questa vocazione primaria e precettiva, che regge tale nuovo corso della regolazione giuridica, che vanno, dunque, considerate le ingiunzioni dell'AED sui tre diversi livelli teorici che investono.

¹³ I quali pressappoco suonano così: formulando un precetto, il legislatore può perseguire il fine che crede ma deve curare che i dispositivi apprestati per raggiungerlo siano i più efficienti possibile; e, allo stesso modo, quando sia chiamato ad applicare un precetto, il giudice deve preferire l'interpretazione che ne comprende lo scopo e/o che ne articola i congegni implementativi nei termini della massima efficienza conseguibile a partire dalle opzioni del legislatore.

¹⁴ D'altronde, la normatività generale che appare così colorare il paradigma dell'AED trova nel suo stesso impianto teorico le proprie ragioni. Quella dell'ottimo paretiano è, infatti, una teoria dei *fini* prim'ancora che dei *mezzi*. La quale si prefigge il compito di determinare l'allocazione ottimale delle risorse. Sicché implicita in questo compito è la superiorità dei suoi risultanti e quindi di quell'assetto delle relazioni sociali che più di ogni altro permette di conseguirli.

5. L'AED e la teoria dell'interpretazione

Come si è detto, al giurista chiamato a interpretare un testo normativo, l'AED ingiunge di intenderlo in quel modo che spinge le relazioni in esso considerate all'ottimo paretiano.

Assunta in senso forte, quest'indicazione implica che all'interprete è assolutamente indifferente quale sia, o possa essere, il senso della norma. La sua origine, le sue ragioni e il rapporto in cui sta con la situazione regolata, infatti, non giocano alcun ruolo nel compito che gli spetta, che è solo quello di piegare le sue parole, i suoi segni, al modo che sospinge la relazione tra i soggetti in essa contemplati verso l'ottimo paretiano¹⁵.

In forza di ciò, l'interprete è elevato a *dominus* della semantica normativa, un *dominus*, però, che sottostà a un signore senza nomi e senza luoghi: la superiore "matrice" economica alla quale soltanto dà voce.

Questo modo di intendere l'interpretazione delle norme, però, capovolge il rapporto tra il giurista e la norma e ne stravolge la stessa epistemologia. La quale, dall'ermeneutica di H.G. Gadamer¹⁶ al decostruzionismo di M. Rosenfeld¹⁷, postula, quanto meno, la distinzione tra «rilettura» e «riscrittura» e i vincoli che da essa necessariamente discendono.

Cancellare questa distinzione equivale allora – parafrasando P. Schlag¹⁸ – a far annunciare all'interprete che *le droit c'est moi*.

Ma questo – piaccia o no – abroga la distinzione tra giurisdizione e legislazione, che costituisce una delle gambe su cui cammina la divisione dei poteri e il moderno Stato di diritto¹⁹.

¹⁵ L'enunciato della norma, perciò, costituisce, sempre, solo un indesiderato ostacolo all'introduzione di una semantica di altra origine, un ostacolo che, proprio perché tale, deve essere, quanto più è possibile, svuotato e ridotto, insomma accantonato.

¹⁶ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1983.

¹⁷ M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, Bologna, 2000.

¹⁸ P. SCHLAG, «*Le Hors de texte, C'est Moi*»: *The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction*, 11 *Cardozo L. Rev.* 1631, 1661 (1990).

¹⁹ Ma sull'epistemologia dell'interpretazione giuridica v. M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, cit., p. 135 ss. e 181 ss.

6. L'AED e la teoria del diritto

Qualcosa di simile a questa sorta di corto-circuito si incontra anche ragionando sul compito che l'AED assegna al diritto.

Il diritto – e perciò chi lo fa, sostiene l'AED – deve conformare i propri precetti all'obbiettivo di regolare le relazioni tra gli individui in quel modo che discende dal principio dell'ottimo paretiano.

L'osservanza di questo compito comporta che gli imperativi economici paretiani abbiano a tradursi *in-mediatamente* in imperativi giuridici: ciò che quest'economia di volta in volta dice il diritto muta (deve mutare) in legge e rende (deve rendere) obbligatorio per l'intera società.

Che un progetto del genere sia incluso nell'orizzonte del diritto moderno, sia di esso addirittura costitutivo, già si è detto.

Solo che la connessione che la Modernità ha istituito tra l'economia di mercato e il suo diritto è fatta transitare dalla forma (e quindi dalla *specifica autonomia*)²⁰ che questa necessariamente conferisce al sistema giuridico²¹.

E questo implica che le fenomenologie di tutti gli altri sistemi parziali della società per ricevere soluzioni giuridiche debbano *trasporci* (nel senso di N. Luhmann)²² nella semantica autonoma del sistema giuridico e nella logica speciale²³ che gli è propria: ossia non solo devono vestire i panni del diritto ma devono anche recitare nella sua lingua.

²⁰ Sull'autonomia come carattere distintivo del diritto moderno v. M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso*, cit., p. 79 ss.

²¹ La distinzione tra figure giuridiche e loro contenuti materiali, che alla forma necessariamente si lega, rende il sistema giuridico relativamente autonomo dagli altri sistemi parziali della società (dell'economia, della morale, della politica, ecc.): all'economia non è dato di determinare i contenuti de diritto, anche se la forma, che questo ora assume, lo rende disponibile ad assecondarne i movimenti.

Il senso e il peso di questa autonomia stanno, dunque, proprio nello *spazio di mediazione* che così viene necessariamente istituito tra il diritto e gli *inputs* che gli pervengono dagli altri sistemi parziali della società, quello economico incluso.

²² N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990; ID., *L'autoproduzione del diritto e i suoi limiti*, in *Pol. del dir.*, 1987, p. 41 ss. e ID., *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990.

²³ Segnatamente, la logica giuridica è una logica simbolica, che deve sì essere decifrata nelle sue implicazioni funzionali ma che, tuttavia, non può mai essere accantonata,

Ma in questa logica simbolica c'è pure la differenziazione del potere sociale in una molteplicità di sistemi distinti, il contenimento del potere coercitivo entro il sistema giuridico e la divisione di questo potere in sotto-poteri separati.

L'immediata normatività della logica economica, dunque, mette in discussione questa grande costruzione della Modernità e tutto quello che a essa è legato, innanzitutto la stessa democrazia.

7. *L'AED e la teoria della società*

L'ottimo paretiano si fonda sull'ipotesi che i mutamenti di tutte le situazioni economiche siano mediati dallo scambio e che entrambi gli attori di esso non abbiano ragioni per opporvisi e, soprattutto, accettino spontaneamente di contenere le loro aspettative.

Questo paradigma suppone, dunque, un'*antropologia mite* e una *società irenica* che, però, non sembra ricevano molte conferme.

Il paradigma paretiano glissa programmaticamente sulla distribuzione originaria delle risorse. Questo, nei suoi enunciati, dovrebbe garantirne la neutralità e quindi l'universalità. Ma occulta, al tempo stesso, due cose che neutrali non sono e che rimettono in campo la coercizione che, invece, questo paradigma vorrebbe bandire dall'orizzonte della sua società.

La prima è che la differenza delle risorse iniziali, con cui gli attori dello scambio si presentano sul mercato, risale a una attribuzione originaria della ricchezza, che lo stesso diritto moderno ha operato al suo inizio²⁴ secondo un'altra logica e, soprattutto, usando del suo potere coercitivo.

La seconda è che questa originaria coercizione giuridica ha universalmente sottoposto le relazioni sociali alla coercizione economica del-

poiché – come si è detto – ne andrebbe dell'autonomia del sistema giuridico e dello spazio di mediazione che proprio alla forma è affidato.

²⁴ Per intendersi: quando ha dato la proprietà della terra, cioè della principale risorsa economica di quel tempo, a taluni e ha lasciato agli altri solo la proprietà di sé stessi, ossia della loro forza-lavoro.

l'interesse e del bisogno²⁵. La differente ripartizione delle risorse iniziali, così, non rimane esterna allo scambio ma, spargliando la necessità economica che muove i suoi attori a concluderlo, determina i *terms of trade* e cioè le ragioni alle quali esso avviene. E questo vale non solo per lo scambio tra capitale e lavoro, ma, seppur in termini un po' diversi, anche per il mercato delle merci.

Da queste *impasses* del paradigma paretiano hanno origine le sue correzioni più influenti. N. Kaldor e J. Hicks prendono atto che questo obiettivo del *win-win* non è strutturalmente praticabile e lo correggono con il criterio compensativo²⁶: l'ottimo dello scambio si può raggiungere anche quando uno dei suoi attori perda, purché l'altro provveda in qualche modo a compensarlo della perdita subita²⁷.

Nella sua iniziale configurazione l'implementazione di questo principio compensativo era affidata al moto spontaneo dell'avvantaggiato. Solo che l'antropologia mite, che questo suppone, appare radicalmente smentita, oltre che dai fatti, dalle più accreditate teorie economiche dell'imprenditore.

All'imprenditore è consegnato il compito risolutivo di promuovere il dinamismo del sistema economico: come spiega J.A. Schumpeter²⁸, a

²⁵ Il dispositivo paretiano suppone che entrambi gli attori dello scambio siano liberi di scegliere e, perciò, non può andare a regime quando uno di essi non sia in grado di rifiutare lo scambio e l'altro non abbia remore a massimizzare le proprie aspettative. Solo che lo scambio è agito dall'interesse e dal bisogno e cioè, per l'appunto, dalla necessità economica e che questa, a sua volta, inesorabilmente retroagisce sulle condizioni alle quali l'accordo è raggiunto.

²⁶ N. KALDOR, *Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility* e J.R. HICKS, *The Foundations of Welfare Economics*, entrambi apparsi nel 1939 sul *The Economic Journal*, p. 549 ss. e 696 ss.

Per avere un'idea dell'uso che i giuristi hanno fatto del teorema di Kaldor-Hicks basta pensare a R. POSNER, *Economic Analysis of Law*³, Boston (Mass.), 1986, p. 3 ss.

Ma per le riserve che tuttavia ha suscitato si v. G. CALABRESI, *L'inutilità di Pareto: un tentativo di andare oltre Coase*, in G. ALPA, *op. cit.*, 33, che lo definisce «un maldestro tentativo di trasformare una teoria distributiva di incerta validità in una dotata di effettiva neutralità distributiva».

²⁷ Anche se, poi, si finisce per aggiungere che questa condizione deve ritenersi soddisfatta solo che si diano i margini virtuali di tale compensazione, mentre non è, invece, necessario che essa avvenga realmente. E non è difficile capire perché.

²⁸ J.A. SCHUMPETER, *Teoria dello sviluppo economico* (1911), Milano, 2002.

esso è deputato di interrompere la staticità del flusso circolare e l'equilibrio statico del sistema economico per promuovere il suo vitale sviluppo.

Risulta, allora, difficile spiegare perché mai un soggetto con questi caratteri dovrebbe rinunciare a parte di quel che ha guadagnato con suo rischio e per suo merito in favore di chi quel rischio non ha corso e quel merito non ha avuto.

E d'altronde, l'efficienza di un sistema economico dinamico è, in ultimo, basata su di un principio allocativo cruciale, il quale richiede che tendenzialmente il *surplus* vada a chi ha mostrato, distruggendo e creando, di saperlo produrre e che, perciò, può meglio (e più innovativamente) amministrarlo.

Questo spiega perché la compensazione non sia mai spontanea e debba essere, invece, affidata alla coercizione giuridica.

Questo lo ha mostrato in modo irrefutabile proprio Trimarchi, quando ha spiegato che l'internalizzazione dei costi estrinseci di un'attività d'impresa, ossia per l'appunto la loro compensazione, si può raggiungere solo imponendo al suo titolare una responsabilità oggettiva e cioè solo per il tramite di una coercizione giuridica²⁹.

Ma, più in generale, questo della compensazione coercitiva è alla fine, se ci si pensa bene, anche il paradigma del *Welfare* novecentesco: parte del *surplus* accumulato dal sistema produttivo è forzatamente prelevato dallo Stato e da esso distribuito sotto forma di servizi a chi ha subito lo scambio ineguale guadagnato da chi nel mercato ha più potere.

Solo che proprio questo paradigma novecentesco è stato messo in crisi dal pensiero neo-liberale³⁰, che si nutre alla stessa fonte dell'AED.

Che la ricetta neoliberale funzioni può sembrare discutibile.

Ma quel che qui interessa è che questo nuovo paradigma neo-liberale accantona largamente il dispositivo novecentesco della compensazione welfarista e cambia il segno di quel che di esso rimane.

²⁹ Fondamentale al riguardo è il ragionamento sviluppato in *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit.

³⁰ Sul quale v. M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, p. 757 ss.

Segna il passaggio di questo pensiero dal disegno del *win-win* a quello di una società dove *the winner takes all*.

E spinge la compensazione che resta verso l'istituzione di comunità dei perdenti sussidiate da sistemi di *basic income* (magari parzialmente a carico delle generazioni future).

Dunque, un duplice rischio, che la democrazia vada in crisi e che la società si spacchi: come pronostica Y.N. Harari³¹, da un lato, un nucleo che governa e lavora e, dall'altro, un grande "resto" sussidiato perché non chieda più di lavorare.

³¹ Y.N. HARARI, *Homo deus. Breve storia del futuro*, Firenze, 2018.

Ma v. anche per qualche possibilità che non finisca proprio così M. BARCELLONA, *Tra impero e popolo. Lo Stato morente e la sinistra perduta*, Roma, 2017, p. 194 ss. e *Dove va la democrazia. Scenari dalla crisi*, Roma, 2018.

RIFLESSIONI SUL METODO DI PIETRO TRIMARCHI

Giuseppe Bellantuono

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Modalità del dialogo interdisciplinare.* 3. *La ricerca empirica.* 4. *Comparazione e analisi economica.* 5. *Ridefinire i confini del diritto privato.* 6. *Conclusioni.*

1. Introduzione

Riflettere sul metodo di Pietro Trimarchi è utile per due motivi: primo, consente di collocare la sua opera nell'ambito di un più ampio dibattito sulla ricerca interdisciplinare; secondo, consente di discutere alcuni snodi teorici che potrebbero condizionare il futuro di tale ricerca.

Negli scritti in tema di responsabilità civile tra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio degli anni Settanta, il principale obiettivo di Trimarchi era identificare i concetti economici che supportassero la sua innovativa interpretazione delle regole italiane¹. Si trattava, cioè, di dimostrare la compatibilità fra gli schemi tradizionali del ragionamento giuridico e la valutazione degli effetti economici. Negli anni Ottanta, Trimarchi lamentava la diffusa ostilità della cultura giuridica nei confronti della teoria economica, nonché la tendenza a ignorare l'efficienza e a ridurre il diritto alla risoluzione di conflitti distributivi². Questa analisi indicava che il dibattito era ancora concentrato sulla compatibilità fra ragionamento giuridico e valutazioni economiche. Qualche anno più tardi, Trimarchi registrava significativi segnali di cambiamento. L'analisi economica del diritto (AED) aveva ormai acquisito una sufficiente legittimazione. Le sue osservazioni riguardavano la scelta delle ipotesi di partenza, i campi di applicazione da privilegiare, l'interazione fra

¹ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; ID., *Causalità e danno*, Milano, 1967; ID., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 512 ss.

² P. TRIMARCHI, *Il giurista nella società industriale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 43 ss.

diritto pubblico e privato, nonché il rapporto fra efficienza e giustizia distributiva³. Il problema della compatibilità fra ragionamento giuridico ed effetti economici non scompare, ma si trasforma in un problema di rilevanza pratica, o di persuasività, degli approcci proposti dalle diverse aree degli studi economici.

A distanza di trent'anni, le riflessioni di Trimarchi possono essere riconsiderate alla luce di due novità. La prima è una diffusa accettazione degli approcci interdisciplinari in ambito giuridico. Vari indicatori lo testimoniano. Una ricerca condotta sulla banca dati DOGI mostra che fra il 1970 e il 2021 il riferimento all'interdisciplinarietà nella letteratura giuridica italiana è diventato più frequente, in particolare dopo il 2000⁴. È plausibile che l'AED abbia dato il suo contributo. Altri fattori possono aver giocato un ruolo non meno rilevante: la riflessione sui temi legati ad alcune grandi sfide sociali (innovazioni tecnologiche, sviluppo sostenibile, migrazioni, globalizzazione) ha favorito il dialogo interdisciplinare; la maggiore accessibilità online di materiali non giuridici aumenta la probabilità che vengano presi in considerazione in contesti giuridici⁵; la possibilità di analizzare grandi quantità di dati aggregati consente di incrociare – e scoprire collegamenti fra – informazioni giuridiche e non giuridiche⁶. L'interdisciplinarietà è anche favorita da alcu-

³ P. TRIMARCHI, *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 563 ss.; ID., *Conclusioni generali*, in U. MATTEI, F. PULITINI (a cura di), *Consumatore, ambiente, concorrenza: analisi economica del diritto*, Milano, 1994, p. 227 ss.

⁴ La ricerca è stata condotta il 5 gennaio 2021 utilizzando il campo 'intero documento' con la parola troncata interdisciplinar*. Nel periodo 1970-1980 i documenti rilevanti sono 68, nel periodo 1981-1990 sono 57, nel periodo 1991-2000 sono 68, nel periodo 2001-2010 sono 136 e nel periodo 2011-2021 sono 300. Quindi nell'arco di un quarantennio i riferimenti all'interdisciplinarietà sono quadruplicati. Ovviamente, questo dato non consente di stabilire come l'interdisciplinarietà sia stata utilizzata.

⁵ F. SCHAUER, V.J. WISE, *Nonlegal information and the delegalization of law*, 29(S1) *J. Legal Stud.* 495 (2000).

⁶ Cfr., ad es., C. GOANTA, *Big law, big data*, in *Law and Method*, ottobre 2017; F. VOGEL ET AL., *Computer-assisted legal linguistics: corpus analysis as a new tool for legal studies*, 43(4) *L. & Soc. Inq.* 1340 (2018); J. FRANKENREITER, M.A. LIVERMORE, *Computational methods in legal analysis*, 16 *Ann. Rev. L. and Soc. Sci.* 39 (2020); R. WHALEN (a cura di), *Computational Legal Studies: The Promise and Challenge of Data-Driven Research*, Cheltenham, 2020.

ni fattori istituzionali. Spesso è una condizione necessaria per accedere a fondi di ricerca europei⁷. Inoltre, l'introduzione di una programmazione a lungo termine nel sistema universitario italiano ha richiesto agli atenei di evidenziare i collegamenti fra le diverse aree e strutture di ricerca⁸.

La seconda novità, collegata alla prima, è la varietà degli approcci interdisciplinari. La teoria economica non è l'unica disciplina a cui attingere. Inoltre, è possibile identificare numerose modalità di interazione fra discipline giuridiche e non giuridiche.

Accessibilità e varietà favoriscono il dialogo interdisciplinare, ma non risolvono i problemi discussi da Trimarchi. La compatibilità dell'AED con il ragionamento giuridico e la verifica della sua rilevanza richiedono ora valutazioni più ampie, in particolare sul perché la teoria economica debba essere preferita ad altre discipline non giuridiche e quale fra le possibili modalità di interazione sia più adeguata in ciascun ambito. Un ulteriore fattore di complessità deriva dai rapporti fra ricerca interdisciplinare e discipline di provenienza. Il consolidamento dell'AED è avvenuto in larga misura attraverso l'assorbimento di nuovi metodi, inizialmente elaborati nella teoria economica: teoria dei giochi, ricerca empirica quantitativa e sperimentale. Ma quei metodi non tengono conto degli obiettivi e dei limiti della ricerca interdisciplinare. Il

⁷ J. STAMM, *Interdisciplinarity put to test: science policy rhetoric vs scientific practice – the case of integrating the social sciences and humanities in Horizon 2020*, in D. SIMON ET AL. (a cura di), *Handbook of Science and Policy*, Cheltenham, 2019, p. 376 ss. Nell'ambito delle scienze sociali e umane, i giuristi partecipano a Horizon 2020 in misura inferiore (7%) rispetto agli economisti (17%) (EUROPEAN COMMISSION, *Integration of Social Sciences and Humanities in Horizon 2020*, 5th Monitoring Report, settembre 2020). Una possibile interpretazione di questo dato è che i giuristi abbiano minori capacità di collaborare a progetti interdisciplinari. E. BELLOTTI ET AL., *The evolution of research collaboration within and across disciplines in Italian Academia*, 109 *Scientometrics* 783 (2016) osservano che nei PRIN finanziati dal MIUR nel periodo 2001-2010 le discipline giuridiche hanno partecipato a progetti interdisciplinari in misura limitata. Ma la ricerca interdisciplinare riceve in genere finanziamenti maggiori.

⁸ I piani della performance degli atenei italiani (disponibili all'indirizzo <https://performance.gov.it/ppaa>) fanno frequente riferimento a iniziative interdisciplinari o multidisciplinari. Sui numerosi riferimenti all'interdisciplinarietà nella legislazione universitaria italiana cfr. G. PASCUZZI, *Presentazione*, in C. BONA, R. RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto*, Bologna, 2013, p. 9.

risultato è una significativa divergenza fra approcci che considerano necessario il trasferimento di quei metodi all'AED e approcci che richiedono di valutarne l'adeguatezza per le domande poste dalla ricerca interdisciplinare.

A fronte di una maggiore apertura al dialogo interdisciplinare, il rischio principale è una nuova frammentazione, con molteplici letterature specialistiche del tutto scollegate fra loro. Questa situazione può verificarsi all'interno dell'AED, ma in maggior misura fra l'AED e altri approcci interdisciplinari. Si noti che parlare di frammentazione non significa ritenere che la ricerca interdisciplinare abbia come unico obiettivo una perfetta integrazione di diverse discipline. Tale esito rappresenta una delle possibili modalità di interazione, probabilmente meno frequente di altre. Inoltre, i benefici del dialogo interdisciplinare possono essere ottenuti senza una perfetta integrazione⁹. Occorre, però, riconoscere che la totale assenza di concetti, metodi e obiettivi condivisi produce riflessioni parallele ma non cumulative. I risultati ottenuti con diversi approcci interdisciplinari non sono confrontabili per mancanza di criteri di valutazione accettati da tutte le comunità scientifiche coinvolte. Ad esempio, temi centrali come la nozione di razionalità e il bilanciamento tra efficienza e giustizia distributiva possono essere intesi in termini radicalmente divergenti all'interno dell'AED e negli approcci interdisciplinari che fanno riferimento ad altre scienze sociali e umane.

Una risposta plausibile alla frammentazione e all'iper-specializzazione è il pluralismo metodologico, accompagnato però da indicazioni sulle caratteristiche richieste alla ricerca interdisciplinare in un determinato ambito e sui criteri di scelta dei metodi di indagine¹⁰. Si tratta, cioè, di evitare sia un'illimitata discrezionalità metodologica, sia restri-

⁹ T. GRÜNE-YANOFF, *Interdisciplinary success without integration*, 6 *Eur. J. Phil. Sci.* 343 (2016).

¹⁰ S. GRUNDMANN, P. HACKER, *Theories of choice and the law - An introduction*, in IID. (a cura di), *Theories of Choice*, Oxford, 2021, p. 10-12, affermano la superiorità degli approcci interdisciplinari pluralisti da tre punti di vista: conoscitivo (possibilità di incorporare approcci rilevanti in ambito giuridico), ontologico (possibilità di bilanciare differenti approcci) e normativo (possibilità di considerare obiettivi differenti). Le pagine che seguono considerano questi tre punti di vista nell'ambito dell'AED, ma evidentemente l'analisi va allargata ai rapporti con altre discipline non giuridiche.

zioni eccessive e ancorate a parametri di scientificità non compatibili con il dialogo interdisciplinare. I paragrafi che seguono offrono alcuni suggerimenti sulla gestione del pluralismo metodologico nell'AED. Il punto di partenza è una tipologia delle interazioni fra economia e diritto, che trae spunto dagli studi di filosofia della scienza sull'interdisciplinarietà (par. 2). L'obiettivo della tipologia non è indicare quale modalità di interazione sia preferibile, ma chiarire le implicazioni metodologiche di ciascuna interazione. Sulla scorta di tale premessa, è possibile valutare il ruolo della ricerca empirica in ciascuna modalità di interazione (par. 3), nonché il significato della ricerca comparatistica nell'AED (par. 4). Il pluralismo metodologico richiede anche di riflettere sulla possibilità che la ricerca interdisciplinare modifichi la ripartizione tradizionale dei campi di indagine all'interno di una disciplina. Il par. 5 considera questo aspetto con riferimento ai rapporti fra diritto privato e regolazione da un lato e agli effetti distributivi delle regole privatistiche dall'altro. Il par. 6 riassume le indicazioni proposte nei paragrafi precedenti.

2. *Modalità del dialogo interdisciplinare*

L'interazione fra diritto ed economia è stata spesso descritta con metafore sportive: per Bruce Ackerman, l'avvento dell'AED equivale alla decisione di utilizzare bastoni da hockey per giocare a pallacanestro¹¹; per Steven Medema, il successo dell'AED presuppone il riconoscimento che il campo da gioco doveva essere quello dei giuristi, ma la palla dovevano portarla gli economisti¹². La prima metafora suggerisce la necessità che i giuristi adottino un nuovo linguaggio, la seconda evoca la ricerca di un terreno comune. Possiamo ora riconoscere che l'esperienza del dialogo fra diritto ed economia ha dato vita a una più ampia

¹¹ B.A. ACKERMAN, *Law, economics, and the problem of legal culture*, *Duke L. J.* 929, 943 s. (1986).

¹² S.G. MEDEMA, *Scientific imperialism or merely boundary crossing? Economists, lawyers, and the Coase theorem at the dawn of the economic analysis of law*, in U. MÄKI ET AL. (a cura di), *Scientific Imperialism: Exploring the Boundaries of Interdisciplinarity*, London-New York, 2018, p. 89, 111.

varietà di interazioni, colte solo in parte da quelle metafore. Classificare queste interazioni serve a chiarire gli obiettivi della ricerca interdisciplinare, ma soprattutto consente di valutare l'adeguatezza delle scelte metodologiche rispetto a tali obiettivi.

La tabella 1 riprende la tipologia proposta nella letteratura di filosofia della scienza e adattata all'AED da Peter Cserne¹³. Gli esempi proposti servono a chiarire il significato di ciascuna modalità e, laddove possibile, fanno riferimento alla letteratura italiana. Com'è ovvio, alcuni autori utilizzano più di una modalità. Le prime tre modalità fanno riferimento all'importazione di concetti e strumenti di analisi da una disciplina all'altra. Le modalità n. 4 e n. 5 considerano l'esportazione da una disciplina all'altra. Le modalità n. 6 e n. 7 riguardano collaborazioni sugli strumenti di analisi, ma rivolte a risolvere i problemi di una delle discipline. La modalità n. 8 si riferisce alla creazione di aree di ricerca con una profonda integrazione sia sul versante dei metodi che della definizione dei problemi. Si tratta di collaborazioni più facilmente riconoscibili laddove la dimensione o la natura dei problemi richieda nuove prospettive o nuove competenze.

¹³ T. GRÜNE-YANOFF, U. MÄKI, *Introduction: interdisciplinary model exchanges*, 48 *Stud. in Hist. and Phil. of Sci.* 52, 55-7 (2014); P. CSERNE, *Knowledge claims in Law and Economics: gaps and bridges between theoretical and practical rationality*, in P. CSERNE, M. MAŁECKA (a cura di), *Law and Economics as interdisciplinary exchange: philosophical, methodological and historical perspectives*, London-New York, 2020, p. 22-7.

Tabella 1. Modalità d'interazione fra diritto ed economia

MODALITÀ DI INTERAZIONE	OGGETTO DELLA INTERAZIONE	DESTINATARI	ESEMPI
1. giuristi analizzano problemi giuridici con strumenti e concetti economici	strumenti e concetti economici	giuristi	Trimarchi Denozza Pardolesi Villa
2. giuristi/economisti analizzano regole giuridiche con modelli economici	regole giuridiche	economisti	Parisi Ramello Porrini Franzoni
3. economisti analizzano gli effetti del contesto istituzionale sul sistema economico	contesto istituzionale	economisti	economia istituzionalista e neo- istituzionalista
4. giuristi propongono revisioni di modelli/strumenti della teoria economica	strumenti di analisi	economisti	Calabresi Denozza Pardolesi
5. giuristi/economisti propongono revisioni delle regole giuridiche	strumenti di analisi	giuristi	Prosperetti Macchiati Onado Bianco Marchesi
6. collaborazione fra giuristi ed economisti	problema giuridico	giuristi	nudging
7. collaborazione fra giuristi ed economisti	problema economico	economisti	diseguaglianza
8. collaborazione fra giuristi ed economisti	nuova definizione dei problemi; nuovi strumenti di analisi	giuristi ed economisti	cambiamento climatico; innovazioni tecnologiche

La tipologia proposta consente di stabilire quale aspetto di una ricerca coinvolga elementi di interdisciplinarietà e chi siano i destinatari. Entrambi i profili condizionano la scelta dei metodi di analisi. Ad esempio, l'opera di Trimarchi mostra che l'importazione di concetti economici avviene attraverso la ricostruzione del campo della responsabilità civile in termini compatibili con il regime giuridico esistente. Inoltre, ciascun concetto economico è collocato all'interno di una struttura ar-

gomentativa che i giuristi possano riconoscere e condividere¹⁴. Più in generale, nei tre casi di importazione i criteri di scelta dei metodi e di valutazione dei risultati sono interni a ciascuna disciplina¹⁵.

Rispetto all'importazione, le due modalità di esportazione pongono differenti problemi, sia sul versante della scelta dei metodi sia della valutazione dei risultati. La disciplina che formula la proposta di esportazione assume un duplice onere: da un lato dimostrare la rilevanza della proposta, dall'altro ipotizzare in che modo potrebbe essere integrata nella disciplina importatrice. Ad esempio, Guido Calabresi ha sostenuto che la teoria economica può essere modificata per tenere conto delle preferenze relative ai beni meritori¹⁶. Francesco Denozza e Roberto Pardolesi hanno identificato, sia pur da prospettive divergenti, le revisioni da apportare alla teoria economica per renderla compatibile con gli obiettivi del diritto della concorrenza¹⁷. Un'ampia letteratura eco-

¹⁴ Per altri esempi di modalità n. 2 cfr. F. DENOZZA, *Norme efficienti: l'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002; R. PARDOLESI, *Le regole della concorrenza*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto Civile - Attuazione e tutela dei diritti*, vol. I, Milano, 2009, p. 4 ss.; G. VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, in *Corriere giur.*, 2019, p. 744 ss.

¹⁵ Per esempi di modalità n. 3 cfr. F. PARISI, *Law and Economics as we grow younger*, 16(1) *Rev. L. & Econ.* 20200009 (2020); A. MARCIANO ET AL., *The economic importance of judicial institutions, their performance and the proper way to measure it*, 15(1) *J. Inst. Econ.* 81 (2019); D. PORRINI ET AL., *Black boxes and market efficiency: the effect on premiums in the Italian motor-vehicle insurance market*, 49(3) *Eur. J. L. & Econ.* 455 (2020); L.A. FRANZONI, D. MARCHESI, *Economia e politica economica del diritto*, Bologna, 2006.

¹⁶ G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Reflection*, New Haven (Conn.), 2016, tr. it. F. FIMMANÒ, V. OCCORSIO (a cura di), *Il futuro del Law and Economics: saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, presentazione di E. AL-MUREDEN, Milano, 2018.

¹⁷ F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'"approccio economico" nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, p. 563 ss.; R. PARDOLESI, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, p. 119 ss.

nomica si occupa di riforme delle istituzioni italiane¹⁸. Due condizioni sono necessarie per il successo di questa modalità di interazione.

In primo luogo, occorre evitare che l'esportazione sia percepita come una forma di 'imperialismo scientifico'. Questo rischio è presente anche nelle modalità di importazione. Tuttavia, l'esportazione aumenta la probabilità di reazioni negative perché può entrare in conflitto con i metodi tradizionali della disciplina importatrice. All'imperialismo scientifico non dovrebbe sempre attribuirsi un significato negativo. Laddove l'interazione produca una diversa prospettiva, una più approfondita conoscenza di determinati fenomeni o l'applicazione di nuovi metodi di indagine, l'imperialismo scientifico può essere considerato una delle modalità della ricerca interdisciplinare. Occorre, però, evitare che questa modalità venga considerata inappropriata. Alcune condizioni da rispettare sono state già individuate: la proposta di esportazione non deve determinare l'esclusione di temi considerati rilevanti e non deve entrare in conflitto con valori ritenuti fondamentali¹⁹; l'incertezza sui vantaggi conoscitivi dell'esportazione, così come i suoi limiti, devono essere esplicitamente riconosciuti²⁰; concetti e metodi utilizzati dalla disciplina importatrice devono essere discussi e integrati, non ignorati e sostituiti²¹; il tentativo di stabilire rapporti di subordinazione o di priori-

¹⁸ Cfr. ad es. A. MACCHIATI, *Perché l'Italia cresce poco*, Bologna, 2016; G. MARZI ET AL., *La regolazione dei servizi infrastrutturali: teoria e pratica*, Bologna, 2001; M. ONADO, *Economia e regolamentazione del mercato finanziario*, Bologna, 2008; M. BIANCO, P. SESTITO (a cura di), *I servizi pubblici locali: liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, 2010; D. MARCHESI, *Litiganti, avvocati e magistrati: diritto ed economia del processo civile*, Bologna, 2003.

¹⁹ A. WALSH, S. BOUCHER, *Scientific imperialism, folk morality and the proper boundaries of disciplines*, in U. MÄKI ET AL., *op. cit.*, p. 22, 29.

²⁰ Come osserva P. MARINO, *Ethical implications of scientific imperialism: two examples from economics*, in U. MÄKI ET AL., *op. cit.*, p. 69, una spiegazione scientifica proposta dalla disciplina esportatrice può essere considerata meno convincente se omette fattori considerati importanti dalla disciplina importatrice.

²¹ M. SALMELA, U. MÄKI, *Disciplinary emotions in imperialistic interdisciplinarity*, in U. MÄKI ET AL., *op. cit.*, p. 43-6; U. MÄKI, *Notes on economics imperialism and norms of scientific inquiry*, 21 *Revue de philosophie économique* 95 (2020). Secondo K. ROLIN, *Scientific imperialism and epistemic injustice*, in U. MÄKI ET AL., *op. cit.*, p. 51, esaltare o diminuire la credibilità di un esperto esclusivamente sulla base della

tà fra le discipline impedisce una reale collaborazione e deve essere evitato²²; deve riconoscersi che il concetto di progresso scientifico ammette una pluralità di significati²³. In secondo luogo, è fondamentale adottare strategie di comunicazione che da un lato riducano le barriere dovute all'uso di linguaggi specialistici, dall'altro chiariscano i limiti e il campo di applicazione di ciascun concetto o modello²⁴.

Le modalità n. 6 e n. 7 fanno riferimento a forme avanzate di interdisciplinarietà che richiedono una collaborazione fra le due discipline. Il problema da analizzare è definito da una sola delle discipline, ma gli strumenti provengono dall'altra disciplina. Le applicazioni in ambito giuridico delle scienze cognitive sono uno degli esempi più evidenti di questa collaborazione. Si tornerà sulle loro implicazioni nel par. 3. Le politiche sulle diseguaglianze sono un altro terreno fertile per le collaborazioni, con una caratteristica aggiuntiva: mettono in discussione le classificazioni tradizionali degli strumenti giuridici. Se ne parlerà nel par. 5. La modalità n. 8 fa riferimento alle collaborazioni che conducono a livelli elevati di integrazione, nuovi programmi di ricerca e nuovi ambiti disciplinari. Diversamente dalle altre due modalità di collaborazione, in questo caso il problema da analizzare non proviene da una delle discipline, ma è definito congiuntamente nel corso della collaborazione. L'AED non sembra aver raggiunto questo stadio di integrazione. Ma sui temi che implicano trasformazioni su larga scala, questa modalità potrebbe trovare condizioni favorevoli.

La letteratura sulla ricerca interdisciplinare offre ampie indicazioni sui fattori che favoriscono le collaborazioni. La scienza dei *team* raccoglie dati empirici ed elabora teorie sulle forme di collaborazione più efficaci²⁵. Non diversamente da quanto osservato per le altre modalità,

sua appartenenza disciplinare rappresenta una forma di 'ingiustizia epistemica' e un chiaro segnale di un imperialismo scientifico negativo.

²² M. MACLEOD, *Scientific subordination, molecular biology, and systems biology*, in U. MÄKI ET AL., *op. cit.*, p. 187.

²³ M. MALECKA, R. LEPENIES, *Is the behavioral approach scientific imperialism?*, in U. MÄKI ET AL., *op. cit.*, p. 264-7.

²⁴ U. MÄKI, *Modelling failure*, in H. LEITGEB ET AL. (a cura di), *Logic, Methodology and Philosophy of Science*, Rickmansworth, 2017, p. 369 ss.; C. GRÄBNER, B. STRUNK, *Pluralism in economics: its critiques and their lessons*, 27(4) *J. Econ. Methodol.* 311 (2020).

²⁵ K.L. HALL ET AL. (a cura di), *Strategies for Team Science Success*, Cham, 2019.

anche in questo caso l'interazione deve essere adeguatamente supportata. Specifici programmi educativi sono richiesti per sviluppare le competenze necessarie alla collaborazione interdisciplinare. Si tratta di competenze aggiuntive e diverse rispetto alle competenze che ciascuna disciplina richiede ai suoi membri. L'aspetto più interessante è che le indicazioni metodologiche per le altre modalità di interazione sono pienamente coerenti con le condizioni per efficaci collaborazioni interdisciplinari. Compatibilità con le strutture argomentative di ciascuna disciplina, attenzione ai valori ritenuti fondamentali, valutazione della rilevanza di ciascuna proposta e adeguate forme di comunicazione garantiscono una reale partecipazione all'interno di gruppi interdisciplinari.

Una volta identificate le principali caratteristiche delle diverse modalità, è possibile collocare nella giusta prospettiva la tipologia proposta. Ciascuna di esse presenta vantaggi e limiti, ma non c'è ragione di ritenere che se ne debba privilegiare una. È preferibile considerare le diverse modalità come stadi complementari della ricerca interdisciplinare. Ogni stadio è in grado di offrire conoscenze innovative o di aprire nuove prospettive²⁶. A ciascun ricercatore si dovrebbe chiedere di selezionare l'approccio più adatto alle sue finalità e alle risorse (conoscitive, temporali e finanziarie) di cui dispone. Il criterio principale di valutazione dovrebbe essere la congruenza tra finalità e metodi. La rilevanza della ricerca interdisciplinare non dovrebbe, invece, essere collegata all'utilizzazione di uno specifico metodo. Questa prospettiva consente anche di rispondere alla critica di chi ritiene che l'AED abbia prodotto l'esportazione a senso unico di concetti e strumenti economici. Le modalità elencate nella tabella 1 includono molte ipotesi di scambi bilaterali. Inoltre, la bilateralità dell'interazione dovrebbe essere considerata non con riferimento a un singolo progetto, ma con riferimento all'insieme dei contributi scientifici e alle diverse modalità.

L'adesione al pluralismo metodologico non è scontata. Una disciplina può identificarsi con uno specifico metodo e ritenere inadeguati tutti gli altri. Trovare un accordo sui criteri di valutazione della qualità di

²⁶ In termini analoghi, nel campo delle scienze sociali, E. LIEBERMAN, *Research cycles*, in C. ELMAN ET AL. (a cura di), *The Production of Knowledge: Enhancing Progress in Social Science*, Cambridge, 2020, p. 42 ss.

diversi tipi di ricerca può risultare difficile o impossibile. L'idea di combinare diversi metodi di analisi può scontrarsi con impostazioni teoriche che impediscono di integrare i risultati, anche quando l'area di studi è la medesima. Il dibattito sulla ricerca empirica in ambito giuridico mostra che queste difficoltà rappresentano una delle sfide principali per il futuro dell'AED.

3. *La ricerca empirica*

Nel campo della teoria economica, la ricerca di criteri di scientificità ha avuto come principale conseguenza l'introduzione di strumenti di analisi in grado di offrire stime più affidabili degli effetti causali²⁷. Su questa maggiore accuratezza si fa leva per ritenere pressoché inevitabile un'estensione dei medesimi strumenti all'AED²⁸. Il ricorso agli studi empirici è considerato necessario anche negli approcci alternativi all'AED, in particolare il nuovo realismo giuridico²⁹. Questi sviluppi alimentano l'impressione che argomentazioni giuridiche prive di riscontri empirici siano pressoché escluse dal dibattito scientifico. In realtà, l'empirismo giuridico deve confrontarsi con tre problemi metodologici.

In primo luogo, i metodi empirici sono controversi nelle discipline di provenienza. Ad esempio, la teoria dei giochi ha conquistato spazi a partire dagli anni Settanta per ragioni teoriche, ma non è stata supportata da alcuna conferma empirica³⁰. Le ricerche sperimentali condotte successivamente hanno smentito gli assunti sulla razionalità perfetta e

²⁷ P. BYSTRANOWSKI, *References to Kuhnian philosophy of science in the Law and Economics literature*, in P. CSERNE, M. MAŁECKA (a cura di), *Law and Economics*, cit., p. 31 ss.

²⁸ J.B. GELBACH, J. KLICK, *Empirical Law and Economics*, in F. PARISI (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Methodology and Concepts*, vol. I, Oxford, 2017, p. 29 ss.; J. ARLEN, *The essential role of empirical analysis in developing Law and Economics theory*, 38 *Yale J. Reg.* 480 (2021).

²⁹ E. MERTZ ET AL. (a cura di), *The New Legal Realism: Translating Law-and-Society for today's legal practice*, vol. I, Cambridge, 2016.

³⁰ S.M. AMADAE, *Economic imperialism reconsidered*, in U. MÁKI ET AL., *op. cit.*, p. 140.

reso molto più incerto il campo di applicazione di ciascun modello³¹. In termini analoghi, le neuroscienze hanno aperto la strada a teorie del comportamento innovative in molte discipline. Ma il dibattito sull'interpretazione dei risultati empirici solleva interrogativi tutt'altro che secondari³². Queste controversie non giustificano un radicale rifiuto dei metodi empirici. Richiedono, però, una valutazione preliminare sulle ragioni della loro utilizzazione nella ricerca interdisciplinare.

In secondo luogo, il ricorso ai metodi empirici in ambito giuridico è altamente selettivo. Le analisi quantitative e sperimentali sono considerate più vicine all'ideale di una misurazione obiettiva dei fenomeni oggetto di studio. Le analisi qualitative e interpretative sono considerate più lontane da quell'ideale. Si tratta di una rappresentazione molto parziale del dibattito sui metodi empirici nelle scienze sociali. I metodi qualitativi, in particolare i casi di studio su un numero ridotto di contesti, possono offrire conoscenze del tutto inaccessibili ai metodi quantitativi. Inoltre, i metodi qualitativi consentono di elaborare teorie da sottoporre a una verifica empirica. Il percorso inverso, dai metodi quantitativi alla teoria, è possibile ma non esclusivo³³. A loro volta, le analisi di tipo interpretativo ricorrono alla linguistica e ad altri approcci ermeneutici per estendere le categorie di dati utilizzabili, elaborare nuovi concetti e proporre teorie alternative³⁴.

³¹ Il dibattito sull'approccio sperimentale alla teoria dei giochi è tuttora aperto. Cfr. A.C. PISOR ET AL., *Preferences and constraints: the value of economic games for studying human behavior*, 7 *Royal Soc. Open Sci.* 192090 (2020) (gli esperimenti consentono di valutare i vincoli realmente presenti in uno specifico contesto o di identificare preferenze non osservabili); N. NAAR, *Gaming anthropology: the problem of external validity and the challenge of interpreting experimental games*, 112(4) *Am. Anthropol.* 784 (2020) (per gli antropologi gli esperimenti sollevano problemi sia quanto alla possibilità di applicare i risultati in diversi contesti, sia con riferimento alla possibilità di verificare la corrispondenza fra esperimento e contesti reali).

³² R. FUMAGALLI, *Against neuroscience imperialism*, in U. MÄKI ET AL., *op. cit.*, p. 205.

³³ I metodi qualitativi sono più appropriati per le analisi di tipo esplorativo, cioè nei casi in cui i fenomeni da studiare siano poco conosciuti o si cerchi di proporre nuove ipotesi: cfr. J. GERRING, *Qualitative methods*, 20 *Ann. Rev. Pol. Sci.* 15, 20 (2017).

³⁴ H. WAGENAAR, *Meaning in Action: Interpretation and Dialogue in Policy Analysis*, London, 2011; P. SCHWARTZ-SEA, D. YANOW, *Interpretive Research Design: Concepts and Processes*, New York-London, 2012; D. YANOW, P. SCHWARTZ-SEA (a cura

La rappresentazione dei metodi empirici è selettiva anche perché non considera la varietà delle scelte disponibili. Ad esempio, le discipline economiche e la psicologia utilizzano differenti metodi sperimentali, ma le ragioni per preferire uno di essi in campo giuridico non sono esplicitate³⁵. La medesima osservazione può ripetersi per i metodi qualitativi. È possibile identificare almeno quattro diverse tipologie di casi di studio. Ciascuna tipologia offre ulteriori scelte (talvolta fino a sei) per la raccolta e l'analisi dei dati³⁶.

In terzo luogo, il problema della rilevanza degli studi empirici in ambito giuridico non ha trovato risposte soddisfacenti. Richard Posner ha vivacemente contestato la tendenza della letteratura giuridica americana a utilizzare analisi empiriche prive di contatti con l'esperienza giuridica. A questa critica si sottrarrebbe l'AED, grazie alla sua capacità di

di), *Interpretation and Method: Empirical Research Methods and the Interpretive Turn*, 2° ed., New York-London, 2015; F.C. SHAFFER, *Elucidating Social Science Concepts: An Interpretivist Guide*, New York-London, 2016; M. BEVIR, J. BLAKELY, *Interpretive Social Science: an anti-naturalist approach*, Oxford, 2018; H. HEINELT, S. MÜNCH (a cura di), *Handbook of European Policies: Interpretive Approaches to the EU*, Cheltenham, 2018; J. BOSWELL ET AL., *The Art and Craft of Comparison*, Cambridge, 2019.

³⁵ L'*Oxford Handbook of Law and Economics* include quattro capitoli sugli approcci sperimentali, ma è del tutto assente una discussione sui criteri che dovrebbero guidare la scelta fra i vari approcci e su eventuali differenze nei risultati prodotti da ciascun approccio. Cfr. S.P. SULLIVAN, C.A. HOLT, *Experimental economics and the law*, in F. PARISI, *op. cit.*, p. 78 ss.; T. WILKINSON-RYAN, *Experimental psychology and the law*, *ibid.*, p. 104 ss.; J. NADLER, P.A. MUELLER, *Social psychology and the law*, *ibid.*, p. 124 ss.; T.R. TYLER, *Value-driven behavior and the law*, *ibid.*, p. 402 ss. Sulle differenze nei metodi sperimentali cfr. J.K. MURNIGHAN, *A general model for experimental inquiry in economics and social psychology*, in G.R. FRÉCHETTE, A. SCHOTTER (a cura di), *Handbook of Experimental Economic Methodology*, Oxford, 2015, p. 166 ss.; T.R. TYLER, D.M. AMODIO, *Psychology and economics: areas of convergence and divergence*, in G.R. FRÉCHETTE, A. SCHOTTER, *op. cit.*, p. 181 ss.; T. KAWAGOE, H. TAKIZAWA (a cura di), *Diversity of Experimental Methods in Economics*, Cham, 2019.

³⁶ J. GERRING, *Qualitative methods*, *cit.*, p. 21-3. Una discussione dei criteri di selezione per casi di studio in ambito giuridico è proposta da R. HIRSCHL, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014, p. 224 ss.; K. LINOS, M. CARLSON, *Qualitative methods for law writing review*, 84 *U. Chi. L. Rev.* 213 (2017). Rispetto alla tipologia di Gerring, le classificazioni proposte sono meno articolate e riflettono solo in parte il dibattito metodologico nelle scienze sociali.

proporre riforme giuridiche efficienti³⁷. Ma le ragioni dell'allontanamento fra dottrina e pratica, descritte dallo stesso Posner, sono profonde. È difficile credere che l'AED sia rimasta del tutto immune. Altri autori rilevano la tendenza ad applicare i metodi empirici a questioni suscettibili di misurazioni, ma di dubbia rilevanza sul piano giuridico³⁸. Il disallineamento fra ricerca empirica e teoria giuridica può essere dovuto alle caratteristiche dei problemi da esplorare: con dati limitati, non selezionabili in modo casuale, distribuiti in modo asimmetrico e collegati in modo non lineare, il tentativo di identificare correlazioni può solo produrre risultati approssimativi. Se queste caratteristiche sono dominanti nei contesti giuridici, i risultati saranno del tutto insoddisfacenti³⁹. È possibile, inoltre, che il disallineamento non sia determinato da problemi di misurazione o mancanza di dati, ma dall'oggetto dell'analisi. Ad esempio, gli approcci cognitivi considerano le regole giuridiche una componente del contesto decisionale. Altre componenti (informazioni non giuridiche, disponibilità di tempo) sono sullo stesso piano delle regole. Ma solo queste ultime sono oggetto di interpretazio-

³⁷ R.A. POSNER, *Divergent Paths: The Academy and the Judiciary*, Cambridge (Mass.), 2016, p. 33.

³⁸ D.R. HENSLER, M.A. GASPARETTI, *The role of empirical legal studies in legal scholarship, legal education and policy making*, in R. VAN GESTEL ET AL. (a cura di), *Rethinking legal scholarship: A Transatlantic dialogue*, Cambridge, 2017, p. 467 s. Cfr. anche L.M. LOPUCKI, *Disciplinary Legal Empiricism*, 76 *Maryland L. Rev.* 449 (2017) (i ricercatori empirici con un dottorato non giuridico tendono a collaborare meno con i giuristi di formazione tradizionale e a utilizzare meno materiali giuridici).

³⁹ S. LEVMORE, *The eventual decline of empirical Law and Economics*, 38 *Yale J. Reg.* 612 (2021). Il settore degli studi economici che indaga i rapporti fra istituzioni e crescita mostra chiaramente le difficoltà delle analisi econometriche quando sono presenti processi non lineari e le istituzioni hanno carattere endogeno. La soluzione proposta non è l'affinamento di un singolo metodo empirico, ma un approccio abducente che combini diverse fonti di dati: cfr. S.N. DURLAUF, *Institutions, Development, and Growth*, in J.-M. BALAND ET AL. (a cura di), *The Handbook of Economic Development and Institutions*, Princeton, 2020, p. 189 ss. Il ricorso a nuove fonti di dati, in grado di supportare analisi empiriche delle istituzioni nel lungo periodo, è anche uno dei fattori trainanti negli studi che combinano teoria economica e materiali storiografici: cfr. G. FEDERICO, A. BISIN (a cura di), *Handbook of Historical Economics*, Amsterdam, 2021.

ne. La mancata distinzione tra fattori giuridici e non compromette la rilevanza dell'approccio cognitivo⁴⁰.

Questi tre problemi (criteri di scelta, esclusione di alcuni metodi empirici, rilevanza in ambito giuridico) rischiano di aumentare la distanza fra le varie modalità di interazione. Non può escludersi che l'analisi quantitativa e sperimentale siano percepite come una forma di 'imperialismo empirico', diretto a privilegiare tali strumenti e a trasformarli nel principale criterio per valutare la qualità della ricerca⁴¹. La contestazione dei metodi quantitativi utilizzati per la redazione del *Restatement of Consumer Contract Law* può essere considerata un segnale concreto delle controversie che la mancanza di criteri condivisi potrebbe generare⁴². In termini analoghi, il ricorrente riferimento alla necessità di ancorare qualsiasi intervento regolatorio a dati scientifici rischia di delegittimare la ricerca empirica se non accompagnato da una discussione trasparente sui criteri di selezione dei metodi di analisi⁴³.

Un approccio pluralista alla ricerca empirica ridurrebbe le divergenze fra le diverse modalità e garantirebbe la rilevanza della ricerca empirica in ambito giuridico. Il significato di questo pluralismo empirico può essere condensato in due indicazioni. In primo luogo, l'impostazione della ricerca empirica dovrebbe muovere dai problemi già identificati nella letteratura giuridica. A seconda del tipo di ricerca, questa iniziale formulazione dovrebbe essere rivista per consentire di raccogliere i dati necessari. Sia l'identificazione dei problemi sia la loro formulazione possono essere discusse in un gruppo interdisciplinare. Un'opzione alternativa è utilizzare come punto di partenza la ricerca giuridica interdisciplinare (modalità n. 1 in tabella 1). Per i non giuristi, questa letteratura dovrebbe essere più facilmente accessibile e offrire gli elementi necessari per impostare una ricerca empirica. Questa prima indicazione

⁴⁰ M. MALECKA, R. LEPENIES, *op. cit.*, p. 261.

⁴¹ C. CHASSONERY-ZAÏGOUCHE, *Crossing boundaries, displacing previous knowledge and claiming superiority: is the economics of discrimination a conquest of economics imperialism?*, in U. MÄKI ET AL., *op. cit.*, p. 161 ss.

⁴² P. CSERNE, *op. cit.*, p. 18-22.

⁴³ H. STRASSHEIM, *Trends towards evidence-based policy formulation*, in M. HOWLETT, I. MUKHERJEE (a cura di), *Handbook of Policy Formulation*, Cheltenham, 2017, p. 504 ss.

servirebbe a stabilire uno stretto collegamento fra la percezione che i giuristi hanno di un sistema giuridico e la verifica empirica della sua efficacia, efficienza o legittimità. In questa prospettiva, la ricerca empirica serve a valutare la corrispondenza fra teoria giuridica e reale funzionamento del sistema, non la validità di una teoria extra-giuridica del comportamento⁴⁴.

In secondo luogo, la combinazione di metodi empirici dovrebbe sempre essere richiesta. Negli ultimi vent'anni, le scienze sociali hanno investito in misura significativa negli approcci multi-metodo o misti⁴⁵. Il principale obiettivo non è analizzare il medesimo problema con più metodi. Se ciascun metodo utilizza tecniche di analisi e dati differenti, i risultati ottenuti non possono essere confrontati. Il vantaggio degli approcci multi-metodo o misti risiede nel predisporre una strategia di integrazione⁴⁶. Si tratta, cioè, di utilizzare ciascun metodo per rimediare ai limiti degli altri metodi⁴⁷. Si consideri il seguente esempio.

⁴⁴ Cfr. H. DAGAN ET AL., *Legal theory for legal empiricists*, 43(2) *Law & Soc. Inqu.* 292, 304 (2018) (“it is legal theory that will guide scholars in generating empirical questions”); H.-W. MICKLITZ ET AL., *The bright and adventurous future of consumer law research*, in IID. (a cura di), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook*, Cheltenham, 2018, p. 33-6 (è compito dei giuristi trovare il modo di connettere gli studi empirici sul comportamento al reale funzionamento del sistema giuridico). Cfr. anche la combinazione di analisi giuridiche ed extra-giuridiche nel *New Private Law*: A.S. GOLD, *Internal and external perspectives: on methodology in the New Private Law*, in A.S. GOLD ET AL. (a cura di), *The Oxford Handbook of New Private Law*, Oxford, 2021, p. 3 ss.

⁴⁵ Cfr. S. NAGY HESSE-BIBER, R. BURKE JOHNSON (a cura di), *The Oxford Handbook of Multimethod and Mixed Methods Research Inquiry*, Oxford, 2015; J. SEAWRIGHT, *Multi-method Social Science: Combining Qualitative and Quantitative Tools*, Cambridge, 2016; G. GOERTZ, *Multimethod Research, Causal Mechanisms, and Case Studies: An Integrated Approach*, Princeton, 2017; J.W. CRESWELL, V.L. PLANO CLARK, *Designing and Conducting Mixed Methods Research*³, Los Angeles (Cal.), 2018.

⁴⁶ P. BAZELEY, *Integrating Analyses in Mixed Methods Research*, London, 2018; L. ÅKERBLAD ET AL., *Integrative strategies in mixed methods research*, 15(2) *J. Mixed Methods Res.* 152 (2021).

⁴⁷ Il dibattito su quali combinazioni siano utili o possibili è ancora aperto. Ma anche chi sottolinea le irriducibili differenze fra metodi quantitativi, qualitativi e interpretativi riconosce i vantaggi di una pluralità di prospettive. Cfr. D. BEACH, J.G. KAAS, *The*

Trimarchi osserva che la responsabilità oggettiva per fatto dei dipendenti (art. 2049 c.c.) deve essere attribuita a chi può efficacemente intervenire sul rischio e tradurlo in costo. Questi due criteri sono applicati a tredici situazioni per verificare quando sia ravvisabile una responsabilità del committente. Si tratta di situazioni che coinvolgono contesti diversi, dall'appalto alle imprese satelliti ai professionisti alle società⁴⁸. Una ricerca empirica potrebbe porsi l'obiettivo di stabilire se la regola di responsabilità oggettiva influenzi il ricorso a una di queste modalità organizzative. Laddove la regola sia applicata secondo i criteri indicati da Trimarchi, la distribuzione dei rischi dovrebbe essere efficiente e non scoraggiare il ricorso a una specifica modalità organizzativa. Viceversa, l'applicazione della regola in assenza dei criteri potrebbe determinare la scelta di modalità organizzative non appropriate, con il solo obiettivo di evitare o ridurre la responsabilità. Una ricerca di questo genere dovrebbe confrontarsi con una fondamentale difficoltà metodologica: la scelta delle modalità organizzative è influenzata da una molteplicità di fattori giuridici e non giuridici. Isolare gli effetti della responsabilità oggettiva richiede una valutazione delle interazioni fra i diversi fattori. Un'analisi quantitativa potrebbe stimare la frequenza con cui una specifica modalità organizzativa è utilizzata (variabile dipendente) in presenza di fattori giuridici e non giuridici che potrebbero aumentare o ridurre i costi del committente (variabili indipendenti). Questo genere di analisi può offrire alcune indicazioni sull'impatto della responsabilità oggettiva, sia nelle tredici situazioni discusse da Trimarchi sia in altre situazioni. Ma un approccio multi-metodo consentirebbe di integrare l'analisi sotto diversi profili:

- 1) un'analisi qualitativa potrebbe verificare se un intervento legislativo che modifichi il regime di responsabilità, o altri fattori rilevanti, incida sulla frequenza con cui si ricorre a una delle modalità organizzative. L'analisi potrebbe essere condotta nello stesso sistema giuridico, confrontando le situazioni precedenti e successive all'intervento legislativo, o con riferimento a diversi sistemi giuridici con e sen-

great divides: incommensurability, the impossibility of mixed-methodology, and what to do about it, 22 *Int. Stud. Rev.* 214 (2020).

⁴⁸ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*², Milano, 2019, p. 295 ss.

- za interventi legislativi⁴⁹. Le informazioni aggiuntive servirebbero a confermare o smentire i risultati dell'analisi quantitativa;
- 2) un'analisi qualitativa su ciascuna delle tredici situazioni individuate da Trimarchi, nonché su altre che potrebbero individuarsi, servirebbe a chiarire in quali casi e a quali condizioni la responsabilità oggettiva è applicata. Questa informazione aggiuntiva evita errori di classificazione che potrebbero compromettere la rilevanza dell'analisi quantitativa;
 - 3) un'analisi qualitativa può ricostruire la relazione causale fra specifiche scelte organizzative e responsabilità oggettiva. Questa informazione aggiuntiva completa l'analisi quantitativa, che può solo identificare una correlazione statistica ma non documentarne le cause. Altrettanto rilevante potrebbe essere un'analisi qualitativa che verifichi l'effetto deterrente della responsabilità oggettiva per ciascuna forma organizzativa⁵⁰;
 - 4) nel caso sia utilizzato un esperimento per valutare gli effetti della responsabilità oggettiva, un'analisi qualitativa permette di verificare il realismo del contesto decisionale. Omettere aspetti che influenzano la distribuzione dei rischi (ad esempio, clausole contrattuali o disponibilità di schemi assicurativi) può ridurre la rilevanza dei risultati sperimentali. Nello stesso tempo, un esperimento potrebbe mostrare che la responsabilità oggettiva non produce il livello di deterrenza atteso perché non tiene conto di alcuni processi cognitivi in strutture organizzative⁵¹. In questo caso, un'analisi qualitativa potrebbe verificare quale riforma sia compatibile con un determinato contesto istituzionale;

⁴⁹ Cfr. ad es. l'interazione fra giurisprudenza e legislazione nella definizione dei regimi di responsabilità dei datori di lavoro in Australia: J. DIETRICH, I. FIELD, *Statute and theories of vicarious liability*, 43(2) *Melbourne U. L. Rev.* 515 (2019). Su ricerca empirica e comparazione cfr. anche il par. successivo.

⁵⁰ Cfr. C. WITTING, *Modelling organisational vicarious liability*, 39 *Legal Stud.* 694 (2019) (discussione dei fattori organizzativi che possono ridurre l'effetto deterrente della responsabilità).

⁵¹ Cfr. D. LANGEVOORT, *Cultures of compliance*, 54 *Am. Crim. L. Rev.* 933 (2017); Y. FELDMAN ET AL., *Corporate law for good people*, 115 *Nw. U. L. Rev.* 1125 (2021).

5) L'interazione delle regole sulla responsabilità del committente con un più ampio contesto sociale e culturale può influenzarne il significato e l'applicazione⁵². Questo genere di fattori può essere analizzato con analisi interpretative, dirette a verificare i processi di costruzione dei significati da parte di danneggianti, vittime, settore assicurativo, regolatori, giudici⁵³. I risultati di questa analisi possono essere utilizzati per elaborare i concetti necessari a un'analisi quantitativa.

Questi esempi non esauriscono le possibili combinazioni. Nella maggior parte dei casi, gli approcci multi-metodo richiedono collaborazioni interdisciplinari. Adeguate misure di supporto devono essere messe in campo per renderle possibili. Ad esempio, specifiche iniziative di formazione alla ricerca e alla collaborazione interdisciplinare possono essere favorite dalle associazioni di AED presenti in molti paesi europei (in Italia, la Società Italiana di Diritto ed Economia, costituita nel 2005). Queste iniziative potrebbero essere collegate ai dottorati in vari settori giuridici o prevedere l'organizzazione di *Summer e Winter schools*. Collaborazioni con analoghe iniziative in altre discipline sarebbero estremamente proficue⁵⁴.

In ciascuna delle combinazioni è possibile identificare uno specifico contributo dei giuristi. Gli esempi suggeriscono che tale contributo potrebbe servire a migliorare l'accuratezza dell'analisi empirica. Occorre, inoltre, riconoscere che i risultati della ricerca empirica sono spesso utilizzati per proporre riforme giuridiche. Questa dimensione prescrittiva rafforza la necessità degli approcci multi-metodo: la sintesi dei risul-

⁵² Cfr. P. GILIKER, *Comparative law and legal culture: placing vicarious liability in comparative perspective*, 6(2) *Chinese J. Comp. L.* 265 (2018).

⁵³ Per una discussione della letteratura empirica su questi processi cfr. S. TALES, *Constructing the content and meaning of law and compliance*, in D.D. SOKOL, B. VAN ROOIJ (a cura di), *Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge, 2021, p. 63 ss.

⁵⁴ A titolo di esempio, è possibile ricordare le scuole sulla metodologia organizzate dall'European Consortium for Political Science (<https://ecpr.eu>). Una collaborazione potrebbe prevedere sia la partecipazione di ricercatori AED ai moduli esistenti, sia l'introduzione di moduli *ad hoc* dedicati ai rapporti fra scienze sociali e diritto.

tati provenienti da diversi metodi empirici è richiesta per valutare nel modo più accurato l'impatto delle riforme⁵⁵.

4. *Comparazione e analisi economica*

L'espansione della ricerca empirica è chiaramente visibile anche nel campo della comparazione. I dubbi sulla compatibilità dell'AED con i sistemi di *civil law* possono considerarsi superati⁵⁶. È possibile, anzi, che l'AED europea abbia evitato il disallineamento con la letteratura tradizionale verificatosi negli Stati Uniti. La modalità n. 1 ha generato una letteratura in grado di dimostrare la rilevanza dell'AED per il diritto nazionale⁵⁷.

Occorre, però, riconoscere che, anche sul versante della comparazione, i problemi di comunicazione fra giuristi ed economisti non mancano. Ai metodi empirici hanno fatto ampio ricorso gli studi riconducibili alla *Comparative Law and Economics* e alla comparazione socio-giuridica. Si è trattato, però, di un'evoluzione in larga misura trainata dalle discipline non giuridiche di riferimento. Nella maggior parte dei casi, il dialogo con gli studi di diritto comparato è limitato o si concen-

⁵⁵ H. DAGAN ET AL., *op. cit.*, p. 315 ("legal empiricists worry about the law and its effects on people's lives and are thus obligated to investigate the possibilities for explanation and reform from the most inclusive perspective they can muster").

⁵⁶ Cfr. K. MATHIS (a cura di), *Law and Economics in Europe: Foundations and Applications*, Cham, 2014; ID. (a cura di), *European Perspectives on Behavioral Law and Economics*, Cham, 2015; A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY (a cura di), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Oxford, 2015; K. MATHIS, A. TOR (a cura di), *Nudging - Possibilities, Applications and Limitations in European Law and Economics*, Cham, 2016.

⁵⁷ Cfr. C.M. BILLIET, *Formats for Law and Economics in legal scholarship: views and wishes from Europe*, 2011 *Il. L. Rev.* 1485, per una discussione del ruolo della letteratura locale rispetto ai contributi con maggiore visibilità internazionale. La modalità n. 1 è probabilmente il principale veicolo di diffusione dell'AED nella giurisprudenza. Cfr., per un riscontro sull'influenza di Trimarchi, E. VINCENTI, *La dottrina in dialogo con la giurisprudenza: il pensiero di Pietro Trimarchi in taluni orientamenti della Casazione civile*, in *Resp. civ.*, 2018, p. 1396 ss.

tra sull'incompatibilità fra metodi empirici e comparazione giuridica⁵⁸. Un approccio pluralista è altamente raccomandabile anche in quest'ambito, ma deve confrontarsi con due barriere.

In primo luogo, tutte le scienze umane e sociali offrono un'ampia riflessione sui metodi della comparazione⁵⁹. Non è chiaro, però, quale tipo di dialogo interdisciplinare debba instaurarsi. Da un lato, tutti i metodi della comparazione giuridica attingono, in misura più o meno ampia, a discipline non giuridiche. Dall'altro, la comparazione giuridica non affronta in modo sistematico i problemi metodologici della comparazione non giuridica: come selezionare i casi di studio da comparare, come classificare i dati, quali teorie causali utilizzare. In termini del tutto simmetrici, le discipline non giuridiche non sono interessate a discutere i metodi della comparazione giuridica. Senza un confronto sui rispettivi metodi, le interazioni sono inevitabilmente selettive e arbitrarie.

In secondo luogo, gli studi empirici (prevalentemente quantitativi e sperimentali) che utilizzano un approccio comparato tendono ad assumere come presupposti di partenza le ipotesi metodologiche delle discipline non giuridiche. Ad esempio, si afferma che: l'analisi della giurisprudenza deve identificare le ragioni e le conseguenze delle decisioni, non stabilire se le argomentazioni utilizzate siano giustificate dal punto di vista di uno o più criteri normativi⁶⁰; gli studi giuridici comparati devono concentrare l'attenzione sulla dimensione politica del diritto e costruire programmi di ricerca diretti a esplorare relazioni causali⁶¹; l'AED può offrire un teoria in grado di spiegare le differenze fra siste-

⁵⁸ Cfr. M. SIEMS, *New Directions in Comparative Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*², Oxford, 2019, p. 852 ss.

⁵⁹ Cfr. P. LEGRAND (a cura di), *Comparer les droits, résolument*, Paris, 2009; P. MONATERI (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, 2012; G. RESTA ET AL. (a cura di), *Comparare: una riflessione tra le discipline*, Sesto S. Giovanni, 2020; M. ADAMS, M. VAN HOECKE (a cura di), *Comparative Methods in Law, Humanities and Social Sciences*, Cheltenham, 2021.

⁶⁰ L. EPSTEIN ET AL., *The role of comparative law in the analysis of judicial behavior*, in corso di pubblicazione in *Am. J. Comp. L.* (2021).

⁶¹ L. BRASHEAR TIEDE, *The role of comparative law in political science*, in corso di pubblicazione in *Am. J. Comp. L.* (2021).

mi giuridici⁶². Queste prospettive indicano che l'unico ruolo della comparazione giuridica è fornire dati da analizzare con i metodi empirici. Manca, invece, una discussione dei limiti che i metodi empirici incontrano nell'analisi dei dati comparatistici.

Entrambe le barriere segnalano che comparazione giuridica e non giuridica dovrebbero rimanere distinte quando perseguono obiettivi diversi. Ad esempio, la comparazione degli argomenti giurisprudenziali è utile per identificare le caratteristiche di un sistema giuridico, ma non deve essere necessariamente valutata in termini di impatto sul sistema economico. Viceversa, le aree di sovrapposizione fra comparazione giuridica e non giuridica richiedono un approccio multi-metodo. La mancanza di dialogo sottolineata in precedenza è dovuta principalmente a divergenze sugli elementi che si ritiene necessario introdurre nell'analisi⁶³. La varietà di prospettive offerta dagli approcci multi-metodo consente di discutere apertamente queste divergenze. Si considerino i seguenti esempi:

- 1) un'analisi quantitativa (ad esempio, sugli effetti della responsabilità del datore di lavoro per fatto dei dipendenti) potrebbe evidenziare una varietà di esiti, o una loro diversa intensità, in ciascun sistema giuridico considerato. Un'analisi qualitativa di tipo contestuale è in grado di identificare i fattori che spiegano somiglianze e differenze⁶⁴;
- 2) altrettanto utile è un'analisi quantitativa che, partendo da un risultato osservato in uno specifico contesto (analisi qualitativa), cerchi di ve-

⁶² N. GAROUPA, T. ULEN, *Comparative Law and Economics: aspirations and realities*, in corso di pubblicazione in *Am. J. Comp. L.* (2021).

⁶³ Sulla rilevanza del contesto per la valutazione dei modelli economici cfr. U. MÄKI, *Rights and wrongs of economic modelling: refining Rodrik*, 25(3) *J. Econ. Meth.* 218, 231 (2018).

⁶⁴ Cfr. J. SEAWRIGHT, *op. cit.*, p. 181-5. Ad esempio, Francia, Germania e Inghilterra hanno definito il regime di responsabilità del datore di lavoro e l'eventuale immunità del lavoratore attraverso percorsi differenti. Ma l'esito finale potrebbe essere una sostanziale convergenza delle soluzioni (cfr. B. HÄCKER, *Fait d'autrui in comparative perspective*, in J.-S. BORGHETTI, S. WHITTAKER (a cura di), *French Civil Liability in Comparative Perspective*, Oxford *et al.*, 2019, p. 143 ss.). Un'analisi quantitativa potrebbe misurare gli esiti giurisprudenziali e interpretarli sulla base di alcuni fattori contestuali, sia giuridici sia extra-giuridici.

rificare se sia generalizzabile ad altri contesti. Quest'ultimo procedimento rappresenta il percorso opposto rispetto all'abituale modalità di costruzione degli indicatori sulla qualità istituzionale. In quel caso, una grande quantità di dati è aggregata per misurare la qualità, ma la maggior parte delle informazioni di tipo contestuale è esclusa. Per questa ragione, l'indicatore potrebbe rappresentare in modo molto parziale uno specifico contesto istituzionale⁶⁵. Questo problema può essere almeno in parte evitato se l'analisi quantitativa assume come punto di partenza un'accurata descrizione di tale contesto;

- 3) gli effetti della variazione di una regola giuridica possono essere identificati con esperimenti che riproducano i contesti istituzionali di differenti sistemi giuridici. L'accuratezza dei risultati sperimentali può essere incrementata con un'analisi comparata che identifichi i fattori in grado di influenzare l'applicazione della regola;
- 4) il funzionamento dei sistemi giuridici dipende dalle interazioni e dagli effetti cumulativi dei livelli micro (gli attori pubblici e privati del sistema giuridico, le prassi interpretative), meso (interazione fra attori, procedure legislative o amministrative) e macro (struttura delle istituzioni giuridiche)⁶⁶. La comparazione giuridica offre la possibilità di identificare la rilevanza di ciascun livello. A queste informazioni è possibile fare riferimento per la scelta dei metodi empirici da utilizzare nell'analisi di ciascun livello.

5. *Ridefinire i confini del diritto privato*

L'AED è spesso accusata di ignorare le tradizionali classificazioni giuridiche, a cominciare dalla bipartizione fra diritto pubblico e privato. Occorre, però, riconoscere che quelle classificazioni sono già oggetto di discussione nell'ambito degli studi giuridici. La ricerca interdisciplinare può contribuire a tale discussione. Due profili coinvolgono direttamente il ruolo del diritto privato e meritano particolare attenzione. Il primo

⁶⁵ Cfr. M. INFANTINO, *Numera et impera: gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Milano, 2019, p. 186-92, 197-207.

⁶⁶ H. DAGAN ET AL., *op. cit.*, p. 306.

riguarda il rapporto fra diritto privato e regolazione, il secondo gli effetti distributivi delle regole privatistiche.

Negli anni Ottanta, Trimarchi osservava che prestare attenzione agli obiettivi di efficienza non significa ignorare la giustizia sociale. È possibile, invece, chiedersi quali combinazioni di strumenti, di mercato e di diritto pubblico, possano realizzare entrambi gli obiettivi⁶⁷. A una posizione contraria all'uso delle regole privatistiche per finalità distributive è seguito, più di recente, il riconoscimento che gli effetti distributivi possono determinare allocazioni inefficienti⁶⁸. Le posizioni degli anni Ottanta riflettevano l'urgenza di modificare la prospettiva allora dominante nella cultura giuridica italiana: occorre dimostrare che i problemi di efficienza non fossero estranei all'interpretazione del diritto privato. La posizione espressa più di recente prende atto dell'evoluzione del dibattito: se da un lato l'efficienza non è più ignorata, dall'altro il tentativo di separarla dagli effetti distributivi non poggia su argomenti convincenti. Questo dibattito non è destinato ad approdare a conclusioni definitive. Ma i due profili menzionati in apertura di questo paragrafo possono farlo uscire da contrapposizioni astratte e indirizzarlo verso interrogativi che si prestino a una varietà di approcci interdisciplinari.

Il rapporto con la regolazione può essere esplorato da diverse prospettive. In primo luogo, gli effetti delle regole privatistiche possono essere modificati dalla presenza di interventi di regolazione. Si pensi ai numerosi casi di interazione fra regolazione dei rischi e responsabilità civile⁶⁹. In secondo luogo, le stesse relazioni di diritto privato possono

⁶⁷ P. TRIMARCHI, *Il giurista*, cit., p. 50 s.

⁶⁸ P. TRIMARCHI, *Tendenze*, cit., p. 579 s.; ID., *La responsabilità civile*, cit., p. 190-3 (con riferimento alle immissioni). In precedenza, ID., *Rischio*, cit., p. 29, criticava le tesi che, per ragioni di equità, ritenevano necessario liquidare il risarcimento tenendo conto delle condizioni economiche delle parti: "se davvero si vogliono attenuare le disparità economiche fra le classi sociali attraverso trasferimenti di ricchezza dall'una all'altra di esse, ciò deve essere fatto in modo sistematico e coerente, non in modo sporadico, dominato dalla legge del caso, e che non ha il carattere della pianificazione sociale, ma piuttosto quello della beneficenza obbligatoria". Questa obiezione è ancora valida per tutte le regole privatistiche, ma il dibattito odierno riguarda la possibilità di governare gli effetti distributivi attraverso l'interazione con regimi regolatori.

⁶⁹ Cfr. ad es. D.P. KESSLER (a cura di), *Regulation versus Litigation: Perspectives from Economics and Law*, Chicago, 2010; J.B. WIENER (a cura di), *The Reality of Pre-*

essere oggetto di regolazione. Si pensi agli interventi sui contratti stipulati nei mercati finanziari, delle telecomunicazioni o dell'energia⁷⁰. In terzo luogo, regolatori pubblici e privati possono introdurre regole e rimedi che mescolano componenti di diritto pubblico e di diritto privato. Si pensi ai codici di auto-regolazione emanati da organizzazioni di settore⁷¹, ai sistemi di qualità applicabili alle imprese che partecipano a filiere globali⁷², ai nuovi schemi di allocazione e distribuzione di risorse materiali o digitali⁷³, agli strumenti sanzionatori e compensativi alternativi ai rimedi privatistici⁷⁴. Estendendo l'analisi al rapporto fra diritto privato e diritto della concorrenza, possono individuarsi ulteriori forme di interazione: si pensi da un lato agli interventi sulle relazioni verticali e orizzontali⁷⁵, dall'altro alla possibilità di utilizzare il diritto

caution: Comparing Risk Regulation in the United States and Europe, Washington D.C.-London, 2011; D. VOGEL, *The Politics of Precaution: Regulating Health, Safety, and Environmental Risks in Europe and the United States*, Princeton, 2012.

⁷⁰ Cfr. ad es. R. BROWNSWORD ET AL. (a cura di), *Contract and Regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham, 2017; G. BELLANTUONO, *Contract Law and Regulation*, in P. MONATERI (a cura di), *Comparative Contract Law*, Cheltenham, 2017, p. 111 ss.; O.O. CHEREDNYCHENKO, M. ANDENAS (a cura di), *Financial Regulation and Civil Liability in European Law*, Cheltenham, 2020.

⁷¹ Cfr. ad es. F. CAFAGGI, *Private regulation in European private law*, in A.S. HARTKAMP ET AL. (a cura di), *Towards a European Civil Code*⁴, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 91; P. VERBRUGGEN, *Introduction - Regulating private regulators: understanding the role of private law*, 27(2) *Eur. Rev. Private L.* 175 (2019).

⁷² Cfr. ad es. C.A. CUTLER, T. DIETZ (a cura di), *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*, London-New York, 2017; V. ULFBECK ET AL. (a cura di), *Law and Responsible Supply Chain Management: Contract and Tort Interplay and Overlap*, London-New York, 2019.

⁷³ Cfr. ad es. C. GODT (a cura di), *Regulatory Property Rights: The Transforming Notion of Property in Transnational Business Regulation*, Leiden, 2016; R. FELDMAN, *Regulatory property: the new IP*, 41(1) *Col. J. L. & Arts* 53 (2016).

⁷⁴ Cfr. ad es. H.-W. MICKLITZ, A. WECHSLER (a cura di), *The Transformation of Enforcement: European Economic Law in Global Perspective*, Oxford-Portland, 2016; M. SCHOLTEN, M. LUCHTMAN (a cura di), *Law Enforcement by EU Authorities*, Cheltenham, 2017.

⁷⁵ Cfr. C. OSTI, *Contratti e concorrenza*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto - Interferenze*, vol. VI, Milano, 2006, p. 633 ss.; A. CATRICALÀ ET AL. (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008; A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011.

della concorrenza per promuovere obiettivi di giustizia e di sostenibilità⁷⁶.

Queste forme di interazione consentono di superare la prospettiva più tradizionale, che guarda ai due ambiti come sfere separate. Il vantaggio della separazione è da un lato semplificare la distribuzione delle competenze fra diritto privato e regolazione, dall'altro garantire che il diritto privato possa occuparsi prevalentemente di problemi riferibili a relazioni bilaterali (parti del contratto, danneggiante-danneggiato, proprietario-non proprietario, ecc.). La prospettiva tradizionale riflette sia gli obiettivi generali di ciascuna branca, sia una valutazione sull'idoneità di ciascuna forma di intervento. Le tre interazioni menzionate aprono ulteriori possibilità. In una prospettiva puramente esplicativa, la presenza di interazioni suggerisce che gli incentivi delle regole privatistiche non possono essere analizzati senza considerare se e come siano modificati dagli incentivi della regolazione. In una prospettiva prescrittiva, la ragione principale per avviare una discussione su tali interazioni può essere identificata in una diversa valutazione sull'idoneità degli strumenti e/o degli obiettivi.

Con riferimento all'idoneità degli strumenti, la tradizionale prospettiva della separazione può risultare inadeguata nei casi in cui né il diritto privato né la regolazione offrano risposte soddisfacenti. Si tratta, cioè, di valutare se il fallimento delle soluzioni disponibili in una delle branche possa essere compensato da un'adeguata risposta nell'altra branca. In termini molto generali, le soluzioni privatistiche sono meglio in grado di garantire l'autonomia, ma non riescono a tener conto degli effetti negativi sui terzi. Le soluzioni regolatorie hanno vantaggi e limiti speculari: l'autonomia privata è sacrificata, ma si cerca di proteggere

⁷⁶ Cfr. ad es. G. AMATO ET AL., Tavola rotonda su J.B. BAKER e S.C. SALOP, *Anti-trust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, p. 145 ss.; D. GERARD, I. LIANOS (a cura di), *Reconciling Efficiency and Equity: A Global Challenge for Competition Policy*, Cambridge, 2019; M. D'ALBERTI, *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2020, p. 235 ss.; G. MONTI, *Four options for a greener competition law*, 11 (3-4) *J. Eur. Comp. L. & Practice* 124 (2020); S. HOLMES, *Climate change, sustainability, and competition law*, 8 *J. Anti-trust Enf.* 354 (2020); HELLENIC COMPETITION COMMISSION, NETHERLANDS AUTHORITY FOR CONSUMERS AND MARKETS, *Technical Report on Sustainability and Competition*, gennaio 2021.

gli interessi collettivi. Le tre forme di interazione descritte in precedenza cercano di ottenere i vantaggi e di aggirare i limiti di entrambe le branche.

Con riferimento agli obiettivi, l'interazione fra regolazione e diritto privato potrebbe essere discussa limitatamente ai casi in cui soluzioni innovative consentano di ipotizzare una maggiore efficienza. Ad esempio, regolare i contratti relativi all'accesso a infrastrutture essenziali consente di ridurre le barriere all'entrata. È possibile, però, riconoscere che l'interazione fra regolazione e diritto privato colloca in una prospettiva diversa il problema degli effetti distributivi delle regole privatistiche. Le tradizionali obiezioni all'utilizzazione di tali regole per finalità distributive riguardano la distorsione degli incentivi: se si cerca di dare attuazione a un obiettivo di giustizia distributiva nel contesto di una relazione bilaterale, la parte non protetta non si comporterà in modo efficiente e la parte protetta potrebbe non ricevere alcun vantaggio, o riceverlo solo in parte. Inoltre, la distribuzione riguarderebbe in modo casuale e non sistematico solo coloro che partecipano a determinate relazioni privatistiche. La versione più nota di questo argomento propone una netta separazione fra sistema fiscale e regole giuridiche (privatistiche e non): solo il primo avrebbe la possibilità di attuare una distribuzione che non distorca gli incentivi. Si tratta, però, di un argomento che utilizza la letteratura economica sulla tassazione ottimale senza considerare le sue specifiche finalità o la fondatezza delle sue ipotesi. In particolare, ritenere che la distribuzione tramite il sistema fiscale sia efficiente è possibile solo con ipotesi poco realistiche (e prive di riscontri empirici) sulle informazioni di cui dispone lo Stato e sull'omogeneità delle caratteristiche individuali. Inoltre, questo argomento assume una netta e irrealistica separazione fra effetti delle regole giuridiche ed effetti del sistema fiscale⁷⁷.

⁷⁷ C.W. SANCHIRICO, *Optimal redistributive instruments in Law and Economics*, in F. PARISI, *op. cit.*, p. 321. Secondo M. DIMICK, *The Law and Economics of Redistribution*, 15 *Ann. Rev. Soc. Sci.* 559 (2019), la posizione contraria all'uso delle regole giuridiche per finalità distributive è ancora prevalente. Si noti, però, che una consistente letteratura economica discute la possibilità di regimi fiscali che includano criteri distributivi senza abbandonare i presupposti teorici dell'economia del benessere (cfr. M. FLEURBAEY, F. MANIQUET, *Optimal income taxation theory and principles of fairness*, 56(3)

Che la separazione sia irrealistica emerge con particolare chiarezza quando si passa da una prospettiva microeconomica a una macroeconomica. Le regole giuridiche possono avere effetti significativi sulla domanda aggregata. Esempi rilevanti sono le procedure di autorizzazione di opere infrastrutturali, la regolazione dei prezzi, le procedure relative all'insolvenza e le regole rimediale. È possibile che ciascuna categoria di regole venga utilizzata in cicli economici recessivi per stimolare la domanda perché i tradizionali strumenti di intervento macroeconomico (politiche monetarie e fiscali) non sono efficaci o disponibili. L'approccio macroeconomico potrebbe giustificare interventi che, in assenza di una recessione, sarebbero stati considerati inefficienti⁷⁸. Questa analisi conferma che il ruolo delle regole giuridiche deve essere considerato congiuntamente alle politiche fiscali.

La tesi della separazione è anche smentita dai dati empirici che dimostrano una diffusa avversione alle politiche distributive attuate attraverso il sistema fiscale: se quest'ultimo incontra limiti, il ricorso alle regole giuridiche per le medesime finalità non può essere escluso⁷⁹. Nel caso degli Stati Uniti, gli effetti distributivi avversi di numerose politiche, dal commercio internazionale al mercato del lavoro alla protezione ambientale, non sono stati affatto compensati dal sistema fiscale⁸⁰. Inoltre, regole giuridiche con effetti distributivi potrebbero essere accettate

J. Econ. Lit. 1029 (2018)). Questi studi incrementano la probabilità che il sistema fiscale attui la distribuzione, ma non garantiscono che debba essere l'unico strumento.

⁷⁸ Y. LISTOKIN, *Law and Macroeconomics: Legal Remedies to Recessions*, Cambridge (Mass.)-London, 2019, p. 139-162, 175-97.

⁷⁹ Z. LISCOW, *Redistribution for realists*, in corso di pubblicazione (www.ssrn.com). Nella medesima prospettiva, cfr. E.J. MCCAFFERY, *Behavioral Economics and the Law: Tax*, in D. TEICHMAN, E. ZAMIR (a cura di), *The Oxford Handbook of Behavioral Law & Economics*, Oxford, 2014, p. 599 (numerosi processi cognitivi possono impedire di adottare un regime fiscale efficiente e rendono non plausibile una netta biforcazione fra massimizzazione dell'efficienza e distribuzione); M.D. ADLER, *Measuring Social Welfare: An Introduction*, Oxford, 2019, p. 225-33 (la distribuzione tramite il sistema fiscale può essere impedita da numerosi fattori, ma la combinazione del sistema fiscale con altre regole giuridiche potrebbe consentire scelte non realizzabili altrimenti).

⁸⁰ A. RASKOLNIKOV, *Distributional arguments, in reverse*, 105 *Minn. L. Rev.* 1583 (2021) (perdite corrispondenti a miliardi di dollari e milioni di posti di lavoro sono state ignorate).

più facilmente di un intervento fiscale equivalente. L'effetto distributivo potrebbe incontrare minore opposizione perché nascosto o non immediatamente percepibile. Una regola con effetti distributivi potrebbe essere più facilmente percepita come una soluzione equa all'interno di una relazione privatistica⁸¹.

Versioni più moderate degli approcci contrari a un'esplicita valutazione degli effetti distributivi fanno leva sulla possibilità di adottare un'analisi in due fasi: prima si considerano gli obiettivi di efficienza (o di crescita economica), poi si lascia ai decisori pubblici il compito di selezionare politiche distributive⁸². Anche in questo caso, la principale obiezione è che la situazione creata da norme efficienti ma 'ingiuste' potrebbe essere difficilmente rimediabile nella seconda fase. Se la necessità di un bilanciamento è riconosciuta, le valutazioni necessarie dovrebbero essere incluse nel processo decisionale pubblico fin dall'inizio. Anche la proposta di considerare solo l'efficienza dei mezzi e lasciare al legislatore il compito di definire gli obiettivi risulta poco convincente⁸³. Se il legislatore sceglie obiettivi che la teoria economica considera discutibili, l'efficienza dei mezzi impiegati per raggiungerli non evita conseguenze negative. Si pensi alle politiche che supportano imprese nazionali o cercano di raggiungere l'autosufficienza energetica. In termini più generali, gli obiettivi da perseguire sono quasi sempre molteplici e in contrasto fra loro. Qualsiasi intervento pubblico presuppone una valutazione congiunta dei mezzi e dei fini.

⁸¹ Cfr. E. ZAMIR, D. TEICHMAN, *Behavioral Law and Economics*, Oxford, 2018, p. 488 s. Anche T.D. RAKOFF, *The five justices of contract law*, *Wisconsin L. Rev.* 733, 738 (2016) osserva che una distribuzione realizzata attraverso il sistema fiscale è percepita in modo diverso dall'applicazione di un criterio di giustizia all'interno di una relazione giuridica. Questa differenza non può essere considerata irrilevante.

⁸² Cfr. A.M. PACCES, *Analisi economica del diritto: positiva e normativa*, in F. DI CIOMMO, O. TROIANO (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido: studi in onore di Roberto Pardolesi*, Piacenza, 2018, p. 35 ss.; E. POSNER, *The boundaries of normative Law and Economics*, 38 *Yale J. Reg.* 657 (2021).

⁸³ Cfr. F. ESPOSITO, G. TUZET, *Economic consequences as legal values: a legal inferentialist approach*, in P. CSERNE, M. MAŁECKA, *op. cit.*, p. 135, 147 (gli economisti dovrebbero delegare al sistema giuridico la selezione delle finalità e concentrarsi sull'identificazione dei mezzi migliori per raggiungerle).

Se l'analisi degli incentivi derivanti dalle regole giuridiche deve considerare congiuntamente efficienza ed effetti distributivi, una possibile direzione di ricerca consiste nel valutare in quali contesti si debbano delegare i compiti redistributivi al sistema fiscale⁸⁴. Nella medesima prospettiva, è possibile valutare il ventaglio di soluzioni offerto dalle combinazioni fra diritto privato e regolazione. Si tratta, cioè, di riconoscere che le obiezioni tradizionalmente rivolte all'inclusione di obiettivi di giustizia distributiva nel diritto privato sono meno rilevanti se il bilanciamento è effettuato con strumenti che attingono all'area della regolazione (e del diritto della concorrenza). L'indagine da compiere riguarda l'individuazione delle condizioni in cui le sinergie prodotte dalla combinazione delle due branche consentono di ottenere risultati preclusi a ciascuna branca considerata isolatamente. Coerentemente con l'approccio pluralista discusso nei paragrafi precedenti, questa indagine potrebbe utilizzare una prospettiva comparata per identificare la varietà di combinazioni disponibili in ciascun sistema giuridico. Inoltre, la letteratura empirica sulle preferenze in materia di politiche distributive e sui principi morali dominanti può essere utilizzata per valutare le reciproche influenze fra contesto istituzionale e preferenze individuali. Questa impostazione è coerente con l'idea, suggerita da Guido Calabresi, che alcune categorie di rapporti giuridici debbano tener conto dei costi morali della diseguaglianza e cercare di ridurli attraverso strutture autoritative o di mercato modificate⁸⁵.

La combinazione di diritto privato e regolazione può rientrare nella definizione di strutture modificate. Gli esempi non mancano: nel diritto europeo, l'emersione di una nuova nozione di giustizia, intesa come

⁸⁴ Cfr. K. LOGUE, R. AVRAHAM, *Redistributing optimally: of tax rules, legal rules, and insurance*, 56 *Tax L. Rev.* 157 (2003) (criteri di scelta della combinazione di strumenti fiscali e non per finalità di giustizia distributiva); L.A. FENNELL, R. MCADAMS, *The distributive deficit in Law and Economics*, 100 *Minn. L. Rev.* 1051 (2016) (i costi dell'azione politica in materia di distribuzione devono essere presi in considerazione per valutare quando il ricorso alle regole giuridiche sia preferibile).

⁸⁵ G. CALABRESI, *Il futuro*, cit., p. 59 s. Cfr. la discussione dei criteri di identificazione dei costi morali e della letteratura empirica sui principi morali in G. BELLANTUONO, *Costi morali e diritto comparato*, in corso di pubblicazione in G. BELLANTUONO, U. IZZO (a cura di), *Il rapporto fra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto*, Napoli, 2022.

garanzia di accesso al mercato unico, è avvenuta attraverso l'introduzione di regole che trasformano il significato tradizionale di alcuni rapporti contrattuali⁸⁶; negli Stati Uniti, gli interventi regolatori sulle relazioni privatistiche possono essere interpretati come il punto di emersione di una nozione di 'giustizia relazionale' distinta dalla giustizia distributiva⁸⁷. Un'indagine comparata può chiarire la distanza che separa le diverse nozioni di giustizia e gli effetti prodotti da ciascuna forma di intervento. Si tratta, quindi, di un'analisi che considera una specifica nozione di giustizia come costitutiva delle posizioni giuridiche privatistiche, ma riconosce la necessità di valutare l'impatto di tale riconoscimento sugli incentivi delle parti coinvolte. Le combinazioni di strumenti regolatori e privatistici possono incidere sulle condizioni di accesso ai mercati, sulla struttura dei mercati e sui meccanismi di formazione dei prezzi. Ritenere che questi effetti debbano essere valutati esclusivamente dal punto di vista di una specifica nozione di giustizia, senza preoccuparsi degli incentivi, produce letterature che non comunicano fra loro.

Esplorare la connessione fra regolazione e distribuzione è coerente con quanto emerge dalle analisi che ricostruiscono i processi di formazione delle istituzioni statali. Come osservano gli economisti Daron Acemoglu e James Robinson, il delicato equilibrio fra stato e società è stato raggiunto prevalentemente quando le capacità di regolazione dello stato sono state rafforzate, ma adeguati sistemi di controllo hanno garantito che quelle capacità venissero indirizzate verso l'erogazione di prestazioni a favore di ampie fasce della popolazione. Anche in questa prospettiva storica, la separazione fra regole giuridiche e distribuzione è poco plausibile. Le posizioni dei giuristi americani favorevoli alla separazione possono forse essere considerate una razionalizzazione delle caratteristiche dello stato federale americano, fin dalle origini co-

⁸⁶ Cfr. H.-W. MICKLITZ (a cura di), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Cheltenham, 2011; ID., *The Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge, 2018.

⁸⁷ Cfr. H. DAGAN, R. KREITNER, *The other half of regulatory theory*, 52(2) *Conn. L. Rev.* 605 (2020).

struito su un bilanciamento di poteri che rendeva difficile il ricorso a politiche distributive⁸⁸.

Gli esempi discussi in questo paragrafo suggeriscono un'agenda di ricerca pienamente in grado di sfruttare le diverse modalità di interazione elencate nella tabella 1. Il problema di partenza è identificato con riferimento al dibattito giuridico. Le diverse forme di intervento possono essere oggetto di analisi economica teorica ed empirica. La valutazione delle diverse nozioni di giustizia può essere condotta con riferimento a varie discipline umanistiche e sociali, ma si presta anche a verifiche empiriche. Un approccio interdisciplinare pluralista rappresenta una risposta alla complessità dei fattori da considerare, sia sul versante dei possibili strumenti di intervento sia della definizione degli obiettivi di giustizia distributiva. Indagini monodisciplinari e non pluraliste rischiano, invece, di proporre soluzioni che non considerano adeguatamente né i vincoli imposti da ciascun contesto istituzionale né le opportunità offerte dalla varietà delle possibili combinazioni di strumenti privatistici e regolatori.

6. Conclusioni

La ricerca interdisciplinare non garantisce un progresso scientifico, in qualunque modo lo si voglia misurare. Ma promuoverla serve a raggiungere obiettivi non realizzabili altrimenti. Nel periodo storico in cui Pietro Trimarchi proponeva per la prima volta le sue analisi, erano totalmente assenti adeguate condizioni istituzionali per l'interdisciplinarietà. Questa constatazione testimonia l'eccezionale qualità del suo lavoro. Perché questo tipo di ricerca esca dall'eccezionalità, occorre sfruttare l'intera gamma delle modalità di dialogo. La tipologia proposta nel

⁸⁸ Cfr. D. ACEMOGLU, J.A. ROBINSON, *The Narrow Corridor: States, Societies, and the Fate of Liberty*, New York, 2019, tr. it. *La strettoia: come le nazioni possono essere libere*, Milano, 2020, p. 415 s. (sulla difficoltà di erogare servizi pubblici su larga scala), 621-25 (sul rapporto fra regolazione e distribuzione). Sull'interdipendenza di domanda per prestazioni sociali e regolazione cfr. anche J. BRAITHWAITE, *Meta Governance of Path Dependencies: Regulation, Welfare, and Markets*, 691 *Annals Am. Acad. Pol. and Soc. Sci.* 30 (2020).

par. 1 consente di identificare gli obiettivi e i presupposti metodologici delle varie forme di interazione. In una prospettiva di pluralismo metodologico, ciascuna modalità contribuisce alla definizione di concetti, all'identificazione di problemi e all'applicazione di metodi empirici. Tutte le modalità 'unilaterali' (e cioè ricerche condotte unilateralmente da giuristi ed economisti) dovrebbero rappresentare la base di partenza per collaborazioni che conducano a forme più avanzate di integrazione interdisciplinare. Nello stesso tempo, ciascuna modalità può fornire elementi innovativi al dibattito intra-disciplinare. Nel caso degli studi comparatistici, è possibile sfruttare gli approcci multi-metodo per stabilire connessioni fra ricerche quantitative, qualitative e interpretative. Con riferimento al dibattito sul ruolo delle regole privatistiche, è possibile analizzare i contesti istituzionali che governano l'interazione con i regimi regolatori e verificare la loro compatibilità con le diverse nozioni di giustizia distributiva. Infine, le osservazioni relative ai rapporti fra teoria giuridica ed economica vanno verificate con riferimento agli strumenti di analisi di altre discipline non giuridiche.

Ciascuno di questi percorsi richiede complesse scelte metodologiche. Soprattutto, ciascuno richiede un investimento nell'interdisciplinarietà che crei condizioni istituzionali favorevoli al dialogo fra discipline. Senza questo investimento, gli aspetti negativi dell'imperialismo scientifico sono destinati a diventare dominanti e il solco fra discipline giuridiche e non giuridiche è destinato ad allargarsi.

I RISARCIMENTI PUNITIVI TRA RAZIONALITÀ E RAGIONEVOLEZZA

Francesco Denozza

SOMMARIO: 1. *Le tesi di Pietro Trimarchi sulla responsabilità civile punitiva.* 2. *Che senso ha parlare di polifunzionalità di fronte all'inconciliabilità tra i riferimenti concettuali delle visioni compensatoria e deterrente della responsabilità civile?* 3. *Una società che ricorre a risarcimenti punitivi è una società che si ispira a valori e principi diversi da quelli di una società che ricorre a sanzioni amministrative o penali.* 4. *L'irriducibilità del qualitativo.* 5. *Scelte razionali e scelte ragionevoli.*

1. Le tesi di Pietro Trimarchi sulla responsabilità civile punitiva

Parlare in pochi minuti di un pensiero profondo e articolato come quello di Pietro Trimarchi – con sullo sfondo un fenomeno così complesso come l'analisi economica del diritto (EAL) – senza cadere in approssimative e arbitrarie generalizzazioni, mi è parso compito particolarmente difficile. Ho cercato allora un aggancio concreto nel riferimento a uno dei più recenti lavori dell'Autore, quello sulla responsabilità civile punitiva, apparso alcuni mesi fa sulla rivista di diritto civile¹.

Io non sono uno specialista di *torts*, ma adduco a mia scusa nei confronti dei più competenti, il fatto che non cercherò tanto di entrare nel merito del problema dei danni punitivi, quanto piuttosto di riflettere su alcuni spunti che possono derivare dall'esame di questo problema e dal modo in cui Trimarchi lo ha affrontato.

A me sembra anzitutto che il lavoro faccia giustizia – in modo molto convincente e preciso – di tutta una serie di confusioni che sono presenti nel dibattito sui danni punitivi, diventati una specie di calderone in

¹ P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 4/2020, 687.

cui confluisce un po' di tutto² (si consideri che nel suo lavoro del 2005 dedicato all'argomento, Calabresi contava almeno cinque funzioni dei danni punitivi)³. L'ordine concettuale di certo non stupisce, visto che è un po' uno dei marchi di fabbrica dell'Autore.

Questo chiarimento generale consente, tra le altre cose, di identificare i danni punitivi più strettamente connessi alle prospettive dell'EAL, che sono quelli che Calabresi chiama "social-compensatori" e che evocano risarcimenti che non hanno nulla a che fare con la compensazione di danni complessi e difficili da quantificare, ma pur sempre riferibili al soggetto che agisce⁴ (o che la legge potrebbe legittimare ad agire)⁵ in giudizio e che neppure hanno a che fare con la punizione di comportamenti particolarmente riprovevoli, mentre riflettono, invece, il punto di vista di Becker⁶, quando diceva che non si può punire il furto solo con

² Di "...etichetta di per sé davvero troppo comprensiva, e inevitabilmente ambigua..." parla C. SCOGNAMIGLIO, *Le prospettive di sviluppo del problema dei "risarcimenti punitivi"*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, p. 26 ss.

³ G. CALABRESI, *The Complexities of Torts: The case of Punitive Damages*, in S. MADDEN (a cura di), *Exploring Tort Law*, Cambridge, 2005, p. 346 s.

⁴ Rientrano in questa categoria molti dei danni anch'essi rubricati (a mio avviso in maniera non corretta, ma la questione corre il rischio di diventare puramente nominalistica) tra i "danni punitivi", come ad es. quelli necessari ad assicurare l'effettività della protezione di certi diritti, cui allude C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ.*, 2016, fasc. 4, p. 1120 ss. Anche il tema dei danni non patrimoniali, abitualmente collegato a quello di danni punitivi (v. ancora ID., nt. 2, 24 ss.) evoca risarcimenti compensatori e non "social-compensatori", ameno fino a quando resti fermo il vincolo di quantificare il danno risarcibile con riferimento agli effetti negativi che l'atto illecito ha prodotto sulla vittima che agisce per il risarcimento e non sulla società nel suo complesso.

⁵ Ovviamente possono esistere dei danni sociali che non si esauriscono nel danno subito dallo specifico attore (spesso ciò accade nei casi di danni ambientali, v. A. KLASS, *Punitive Damages and Valuing Harm*, 92 *Minn. L. Rev.* 83 (2007)). In questi casi il problema non sembra però tanto quello di infliggere obblighi di risarcimento di entità superiore a quella dei danni arrecati dallo specifico comportamento oggetto di giudizio, quanto quello di accertare l'effettiva entità dei danni concretamente arrecati in tutti i loro profili e di dare a tutti i soggetti danneggiati (anche, eventualmente, allo stato in rappresentanza di alcuni di essi) la possibilità di ottenere il risarcimento corrispondente alla lesione subita.

⁶ Ricordato da G. CALABRESI, *Civil Recourse Theory's Reductionism*, 88 *Ind. L. J.* 449, 466, n. 66 (2013).

l'obbligo di restituire il mal tolto, perché altrimenti tutti ruberebbero, data la fondata speranza di riuscire, almeno in qualche caso, a farla franca.

Da questo punto di vista, che valorizza il tema degli incentivi (qui dei disincentivi) e della deterrenza, non si tratta perciò solo e tanto del problema inerente alle difficoltà che i potenziali attori potrebbero incontrare nel tentativo di fare valere i loro diritti (costo dei giudizi, esiguità dei risarcimenti ragionevolmente ottenibili, ecc.). Queste difficoltà ben potrebbero essere superate con altri mezzi (adeguate condanne al rimborso delle spese di giudizio al vincitore, azioni di classe, ecc.). Si tratta invece della possibilità che l'illecito comportamento non venga scoperto, o che non sia facile scoprire gli elementi di fatto che devono ricorrere per qualificarne la illiceità.

Per usare come icone i casi famosi in materia, io direi che da questo punto di vista, i veri danni punitivi sono più quelli liquidati nel caso BMW⁷ che quelli liquidati nel caso Ford Pinto⁸. Questi ultimi sono più retributivi – gravissima la colpa di Ford, gravissima la sanzione – che “social-compensatori”, come sono invece quelli di BMW⁹. Per quanto

⁷ *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996). Il riferimento va inteso come evocativo del caso nel suo complesso e non della decisione finale della Corte Suprema, il cui ragionamento, molto articolato, non è certamente focalizzato su questo punto anche se tra le giustificazioni della concessione di danni punitivi non manca il riferimento (582) al fatto che “...the injury is hard to detect...”.

⁸ In realtà anche in questo caso il tema dei calcoli compiuti da Ford in ordine alla scarsa probabilità di essere perseguita e di risultare soccombente in giudizio, fu uno di quelli energicamente posti dall'attore. Cfr., nel complesso, sul caso in questione, G. SCHWARTZ, *The myth of the Ford Pinto case*, 43 *Rutgers L. Rev.* 1013 (1990).

⁹ Concordo con coloro che sottolineano che la qualificazione “punitivi” può essere fuorviante. V. *Ciraolo v. City of New York*, 216 F.3d 236, 245 (2d Cir. 2000) (Calabresi, J., concurring) (“The term ‘punitive damages’ ... fails totally to explain the not unusual use of such damages in situations in which the injurer, though liable, was not intentionally or wantonly wrongful”); *ibid.*, 245 n. 5 (“Punitive damages have frequently been awarded in strict products liability cases in which the pre-mise for liability is the design and distribution of a defective product, rather than fault”). V. anche A. MITCHELL POLINSKY, S. SHAVELL, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 *Harv. L. Rev.* 869, 890-91 (1998) (“[T]he adjective ‘punitive’ may sometimes be misleading... extracompensatory damages may be needed for deterrence purposes in circumstances in which the behavior of the defendant would not call for punishment”).

futile fosse la loro natura, i danni cagionati da BMW erano danni destinati a non venire normalmente neppure scoperti (per non dire azionati).

Questi, i danni che, prima ancora di essere destinati a non essere azionati, sono destinati a non essere neppure scoperti, questi sono a mio avviso i danni i cui risarcimenti meritano di essere qualificati come “social-compensatori”¹⁰.

Tornando ora al lavoro in questione, Trimarchi, dopo gli importanti chiarimenti concettuali e l’approfondita analisi del nostro diritto positivo, conclude nel senso che “una regola di responsabilità civile punitiva non solo non è presente nell’ordinamento giuridico vigente, ma non è neppure coerente con esso”.

2. Che senso ha parlare di polifunzionalità di fronte all’inconciliabilità tra i riferimenti concettuali delle visioni compensatoria e deterrente della responsabilità civile?

La conclusione cui perviene Trimarchi, al di là della condivisibilità nel merito dell’analisi che l’Autore compie del diritto vigente, è particolarmente apprezzabile perché indica il vero nocciolo di tutto il problema (quello della coerenza) senza cercare di aggirarlo, con confusi riferimenti, che tanto hanno appassionato anche le SS UU¹¹, a una c.d. polifunzionalità dell’istituto della responsabilità civile. Il riferimento alla polifunzionalità finisce per mascherare un aspetto cruciale e cioè il fatto che gli schemi concettuali che inquadrano e giustificano la concessione dei danni punitivi, non sono solo completamente diversi, ma

¹⁰ E, a quanto sembra, sono proprio quelli in maggiore decadenza nella giurisprudenza statunitense se è vero che “...U.S. Supreme Court has steadily retrenched the availability of punitive damages in the U.S. legal system over the last two decades, it is has done so primarily at the expense of the deterrence rationale, leaving the punishment rationale considerably more intact” (così A. PAGE, *Just Compensation: Whether Business & Human Rights Compensation Awards Should Embrace Deterrence Considerations*, 50 *NYUJ Int’l L. & Pol.* 353 (2017)).

¹¹ Il riferimento è ovviamente a Cass. 5 luglio 2017, n. 16601, pubblicata, ad es., in *Resp. civ.*, 2017, p. 1198.

sono opposti rispetto ai riferimenti concettuali che sono propri della funzione compensatoria-commutativa della responsabilità civile.

Se usando il termine “polifunzionalità” si vuole sottolineare il fatto che l’obbligo di risarcire i danni causati da un illecito ha di fatto un’efficacia sia compensatoria, sia deterrente, si fa una constatazione, probabilmente non molto utile, ma difficilmente contestabile¹². Se invece si vuole affermare che il sistema della responsabilità civile da illecito svolge, o dovrebbe svolgere, almeno due funzioni (compensare e disincentivare) si sostiene una tesi non solo opinabile ma, soprattutto, essenzialmente vuota di indicazioni¹³. Posto che le esigenze dell’una funzione possono entrare agevolmente in conflitto con quelle dell’altra, il vero tema riguarda il modo in cui si pensa di poter coordinare il perseguimento dei due obiettivi¹⁴.

Il ricorso al concetto di polifunzionalità corre il rischio di occultare alcuni problemi fondamentali che nascono dal fatto che qui non è questione di coordinare compensazione e deterrenza. Il punto centrale piuttosto è che dietro l’esaltazione della funzione deterrente, come propugnata dall’EAL, si celano dei riferimenti concettuali che non sono solo diversi, ma vanno addirittura in rotta di collisione con le nozioni tradi-

¹² Il punto è ovvio. V. comunque A. POPPER, *In defense of deterrence*, 75 *Albany L. Rev.* 101 (2012).

¹³ Chi afferma la polifunzionalità, o il pluralismo, del sistema di responsabilità civile dovrebbe darsi immediatamente carico di rispondere a una lunga serie di interrogativi. Nella esemplificazione di C. ROBINETTE, *Torts Rationales, Pluralism, and Isaiah Berlin*, 14 *Geo. Mason L. Rev.* 329, 330 (2006): “Do the plural rationales work together as a seamless whole? Do the rationales conflict? If they conflict, how does one choose among them? Does the entire system devolve into adjudicative relativism, whereby a judge has no rational basis for choosing among the rationales in the case of a conflict? To summarize, if a pluralist theorized about the tort system, what would he or she say?”.

¹⁴ G. SCHWARTZ, *Mixed theories of tort law: affirming both deterrence and corrective justice*, 75 *Tex. L. Rev.* 1801, 1824 (1996) propone, in via provvisoria, due alternative basilari: o ipotizzare che “tort law imposes or assigns liability for proper deterrence reasons – unless this result is not compatible with the criterion of corrective justice” oppure esplorare la tesi alternativa “that would regard corrective justice as the criterion guiding liability-rule choices, subject to the constraint that these choices be compatible with proper deterrence policy”. Ancor più complicata la costruzione proposta da E. WEINRIB, *Deterrence and Corrective Justice*, 50 *UCLA L. Rev.* 621 (2002).

zionali che ispirano la concezione compensatoria e commutativa della responsabilità civile¹⁵.

Anzitutto va notato che compensazione e deterrenza si muovono su piani completamente diversi. Una attiene alla riparazione delle conseguenze dell'evento e compete, sul piano funzionale, con assicurazioni, fondi privati e pubblici, indennizzi ecc. L'altra attiene alla prevenzione dell'evento e compete, sul piano funzionale, con regolamenti, ispezioni, multe, ecc.¹⁶.

Ma, soprattutto, la prospettiva dei danni "social compensatori" riflette una diversa concezione di due concetti fondamentali quali sono quelli relativi alla funzione della sanzione e al danno.

La concezione correttiva parte dal presupposto che la punizione deve servire a compensare i danneggiati in tutti i casi in cui non si è riusciti a evitare che persone ragionevoli compiano illeciti. Nella concezione dell'EAL la punizione deve essere invece calibrata in modo da segnalare a persone razionali quali sono gli illeciti che è conveniente compiere e quali non lo sono.

Per tornare all'esempio di Becker, possiamo dire che la concezione correttiva vuole evitare la necessità di compensare le vittime e quindi vorrebbe prevenire, per quanto possibile, tutti i furti. L'EAL vuole evitare solo i furti inefficienti, mentre – se non fosse per lo spreco delle risorse implicato dalla preparazione dei furti – non avrebbe nulla contro i furti efficienti, quelli in cui il ladro trae dal furto un'utilità di entità tale da consentirgli di risarcire la vittima e godere di un benessere superiore a quello di cui avrebbe goduto in assenza del furto (conclusione conforme a una lineare applicazione del criterio c.d. di Kaldor-Hicks, criterio su cui torneremo tra poco¹⁷)¹⁸.

¹⁵ Sulla conciliabilità v. E. WEINRIB, *op. cit.*

¹⁶ F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Compensation function and deterrence effects of private actions for damages: the case of antitrust damage suits*, 2008 (www.ssrn.com).

¹⁷ La letteratura in argomento è sterminata, v. comunque G. CALABRESI, *The pointlessness of Pareto: carrying Coase further*, 100 *Yale L. J.* 1211 (1991).

¹⁸ Vale la pena notare che qui non si tratta di mettere in discussione il fatto – inevitabile – che qualche furto, soprattutto quelli con possibile grande guadagno e bassa possibilità di scoperta, verrà sempre compiuto e che il raggiungimento dello scopo perseguito dalla concezione correttiva è evidentemente impossibile. A questo livello del discorso ciò che conta è l'obiettivo che deve essere perseguito e che deve ispirare

Analogo contrasto esiste per la nozione di danno¹⁹. Da un punto di vista commutativo, il danno è l'ingiuria inflitta alla sfera di libertà e autonomia dell'individuo. Dal punto di vista dell'EAL, i singoli individui e i loro danni non contano come tali, ma solo come addendi di un più generale totale, il c.d. benessere complessivo.

I diritti soggettivi, compreso quello a vedere risarciti i danni che si è stati illegittimamente costretti a subire, sono assegnati e difesi – nella visione dell'EAL – nello stretto rispetto di un rigido criterio funzionale rapportato non all'obiettivo di massimizzare, secondo la nota formula kantiana, la libertà di ciascuno compatibile con quella di ciascun altro, ma a quello di massimizzare la somma dei benessere di tutti²⁰. In una ipotetica situazione in cui il diritto di un singolo al risarcimento del danno subito venisse a porsi in contrasto con la massimizzazione del benessere complessivo, l'indicazione proveniente dall'EAL sarebbe decisamente nel senso di sospendere o eliminare il diritto individuale che si pone come ostacolo all'aumento del benessere complessivo²¹.

l'azione del regolatore. Il fatto che tale obiettivo possa essere raggiunto solo in parte non rende assurdo il tentativo di avvicinarsi il più possibile alla sua realizzazione e non rende incoerente il comportamento del regolatore che si muove in questa direzione.

¹⁹ Il tema della "ridefinizione del concetto di danno" è giustamente sollevato da una parte della nostra dottrina. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, nt. 2, 18.

²⁰ Come mi è capitato di sottolineare altrove (F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, p. 13 ss.), la metafora della gallina dalle uova d'oro, consente un'ottima illustrazione del problematico orientamento nei confronti dei diritti soggettivi suggerito dall'impianto teorico dell'EAL. Nella prospettiva dell'EAL, qualsiasi sistema giuridico dotato di buon senso riconoscerà alla gallina molti diritti (al cibo, a una conveniente sistemazione, alla possibilità di covare senza essere disturbata, ecc.). La gallina potrà così sviluppare al massimo tutte le sue potenzialità e fare un sacco di uova. C'è da chiedersi però se, dal punto di vista della gallina, la situazione sia davvero così soddisfacente. Il giorno che per un qualche accidente le uova non fossero più d'oro, la gallina perderà tutti i suoi diritti e qualcuno potrà impunemente tirarle il collo?

²¹ Analogo punto è sottolineato, proprio con riferimento ai problemi della responsabilità civile, da R. WRIGHT, *The Efficiency Theory of Causation and Responsibility: Unscientific Formalism and False Semantic*, 63 *Chi.-Kent L. Rev.* 553 (1987).

3. Una società che ricorre a risarcimenti punitivi è una società che si ispira a valori e principi diversi da quelli di una società che ricorre a sanzioni amministrative o penali

Le differenze concettuali che esistono tra i diversi modi di vedere e di impostare la struttura e la funzione dei vari istituti, possono essere svalutate, o addirittura occultate, se l'attenzione viene focalizzata sugli aspetti quantitativi e vengono correlativamente ignorati quelli qualitativi.

Nel complesso, la prospettiva dell'EAL, che si riflette anche nella questione dei danni punitivi, muove esattamente in questa direzione. L'unica questione importante sembra essere quella di capire come si può arrivare a stabilire quale è la somma (efficiente) che il responsabile deve pagare (la somma che disincentiva le attività socialmente dannose, ma non scoraggia le attività che aumentano il benessere collettivo).

Il fatto poi che il pagamento avvenga attraverso risarcimenti, tasse o multe, viene considerato praticamente secondario (come del resto avviene nel trattamento del classico problema delle esternalità dove, stabilito quanto è opportuno che l'inquinatore paghi, il fatto che il pagamento avvenga in forma di tassa o in quella di compenso per il vicino inquinato, è sostanzialmente irrilevante).

Questa prospettiva occulta tutti gli aspetti qualitativi che fanno sì che due società, una con risarcimenti punitivi e una con multe, siano due società tendenzialmente diverse, non solo e non tanto dal punto di vista dei risultati pratici rispettivamente raggiungibili con i due sistemi, quanto dal punto di vista dei differenti valori e principi del vivere civile sottesi a ciascuna delle due²².

Il tema è sicuramente impegnativo e mi limiterò a qualche osservazione generale, non senza avere preliminarmente sottolineato che l'intenzione non è assolutamente quella di confrontare due sistemi (uno basato su sanzioni amministrative e/o penali e uno basato su risarci-

²² Per un interessante tentativo di stabilire un sistematico collegamento tra l'accoglimento di certi valori a livello sociale complessivo e le scelte in materia di responsabilità civile, sviluppato con particolare riferimento ai valori di una società liberale, v. R. MARKOVITS, *Liberalism and tort law: On the content of the corrective-justice-securing tort law of a liberal, rights-based society*, U. Ill. L. Rev. 243 (2006).

menti punitivi) dal punto di vista della rispettiva maggiore efficienza, o comunque da quello della preferibilità dell'uno o dell'altro. Lo scopo è solo quello di illustrare le molte implicazioni che la scelta dell'uno o dell'altro sistema ha su tutta una serie di piani che coinvolgono valori e principi, relativi non solo a questa scelta specifica, ma all'intera organizzazione della società.

Partirei allora da quella che è stata efficacemente descritta come la contrapposizione tra sanzioni e prezzi. I giuristi tradizionali concepiscono il diritto come un insieme di regole assistite da sanzioni o di comandi assistiti da minacce. L'EAL vede invece il diritto come un insieme di prezzi ufficiali²³.

Dal punto di vista pratico, mi sembra che una delle differenze più rilevanti tra le due impostazioni consista nel fatto che la sanzione amministrata da una autorità pubblica tende a punire l'illecito in tutti i casi in cui riesca ad accertarne l'esistenza. Un sistema di risarcimenti, sia pure con forte caratterizzazione in senso deterrente, punisce invece l'autore dell'illecito solo quando l'illecito stesso sia stato scoperto e abbia prodotto un danno.

L'adozione da parte dell'agente di un comportamento illecito che meriterebbe di essere in quanto tale sanzionato (ad es. la mancata adozione di misure di sicurezza comunemente riconosciute come doverose) e che non abbia però ancora prodotto alcun danno, risulta suscettibile di sanzione nel primo sistema, mentre legittimamente sfugge a ogni sanzione nel secondo. Da un certo punto di vista, il secondo sistema protegge dagli errori nella valutazione delle precauzioni necessarie (la mancata produzione del danno potrebbe non essere frutto di fortunate casualità, ma del fatto che la misura di sicurezza ritenuta necessaria è in realtà superflua).

Da altro punto di vista, esso tollera – e in un certo senso anche valorizza – l'azzardo individuale contro il rispetto delle valutazioni collettive.

²³ R.D. COOTER, *Prices and sanctions*, 84 *Columbia L. Rev.* 1523 (1984), il quale definisce "...a sanction as a detriment imposed for doing what is forbidden, and a price as money extracted for doing what is permitted" e aggiunge: "Officials should create prices to compel decisionmakers to take into account the external costs of their acts, whereas officials should impose sanctions to deter people from doing what is wrong".

Altro aspetto riguarda il tema della discrezionalità con cui le due sanzioni (risarcimenti punitivi e multe) potranno essere inflitte. È certo, infatti, che la possibilità di infliggere danni punitivi è in pratica²⁴ destinata ad accrescere in misura rilevante la discrezionalità di cui gode il giudice nella misurazione della sanzione. Personalmente sono addirittura convinto che la principale spiegazione del recente successo “europeo”²⁵ della rivalutazione della funzione anche punitiva dell’obbligo di risarcimento dei danni, sia da ricercare proprio nel desiderio dei giudici di liberarsi di un (altro) vincolo, percepito come fastidioso, quale è quello di dover sempre giustificare e commisurare il risarcimento con il riferimento a un preciso danno²⁶.

In ogni caso, lasciando da parte l’analisi delle intenzioni, quella dei risultati lascia pochi dubbi. Lo sdoganamento dei danni punitivi amplia in misura considerevole la discrezionalità dei giudici nella quantificazione delle condanne.

Ovviamente si può immaginare un sistema in cui la gestione di sanzioni amministrative sia anch’essa affidata alla relativa discrezionalità dell’Autorità competente. È certo però che la concreta realizzazione di

²⁴ In teoria può essere facile elaborare formule precise. V. ad es. A. MITCHELL POLINSKY, S. SHAVELL, *op. cit.*, 954 (“Punitive damages should be set at a level such that the expected damages of defendants equal the harm they have caused, for then their damage payments will, in an average sense, equal the harm. This implies a simple formula for calculating punitive damages, according to which harm is multiplied by a factor reflecting the likelihood of escaping liability”). Molto più difficile applicarle in pratica, v. R. CRASWELL, *Deterrence and damages: The multiplier principle and its alternatives*, 97 *Mich. L. Rev.* 2185 (1999).

²⁵ M. MARTINEZ ALLES, *Punitive Damages: Reorienting the Debate in Civil Law Systems*, 10 *J. Eur. Tort Law* 63 (2019).

²⁶ Paradossale il ragionamento della Corte di Giustizia nel caso *Stowarzyszenie ‘Oawska Telewizja Kablowa’ w Oławie v Stowarzyszenie Filmowcow Polskich w Warszawie*, C-367/15, ECLI:EU:C:2017:36, dove, postasi il problema della possibilità che lo sdoganamento dei risarcimenti punitivi possa alimentare azioni con cui vengono chiesti risarcimenti spropositati, evoca la possibilità per le corti di ricorrere all’istituto dell’abuso del diritto, come strumento atto a prevenire possibili eccessi. Così, nel momento in cui si consente il ricorso a un istituto (il risarcimento punitivo) che aumenta il grado di incertezza di una branca dell’ordinamento (la responsabilità da illecito civile) si evoca, per porre rimedio ai possibili effetti indesiderati, un istituto (l’abuso del diritto) la cui presenza è una rilevante e ovvia causa di incertezza per l’ordinamento intero.

un tale sistema incontrerebbe molti gravi ostacoli in una società in cui fossero presenti e rispettati rigidi principi di legalità nella possibile comminazione delle pene.

Un altro delicato aspetto riguarda il tema dell'“esemplarità” dei risarcimenti. I danni punitivi devono essere calcolati avendo riguardo solo all'opportunità di disincentivare ripetizioni degli illeciti da parte dello specifico convenuto, o anche il compimento di illeciti da parte di tutti coloro che si trovano in situazioni analoghe alla sua²⁷? Come è stato notato, abitualmente “...the plaintiff's attorney asks the jury to set punitive award at a level commensurate with the vast scope of harm threatened or caused to the entire class of individuals, of which the plaintiff is only representative”²⁸. Le implicazioni etiche della scelta di punire un soggetto non solo in proporzione ai danni reali arrecati, non solo in proporzione a quelli presunti (quelli che si pensa possa avere arrecato senza essere stato scoperto), ma addirittura in proporzione a quelli che altri potrebbero essere indotti ad arrecare, mi sembrano gravi ed evidenti.

Va considerato poi che in una società basata su un sistema di risarcimenti punitivi la deterrenza degli illeciti viene fatta dipendere dai guadagni assicurati, in maniera relativamente casuale²⁹, a coloro che decideranno spontaneamente di agire contro gli autori degli illeciti, in base a loro calcoli di convenienza. Volendo enfatizzare le problematiche caratteristiche della filosofia che può sostenere questa scelta, si potrebbe dire che si tratta in sostanza di un sistema basato su principi simili a quelli che possono incoraggiare il ricorso a *bounty killers*, o, comunque, in termini meno enfatici, l'affidamento a soggetti privati del compito di promuovere azioni di tipo penale³⁰.

Dal che deriva, tra l'altro, un'altra differenza, meno evocativa dal punto di vista etico, ma piuttosto rilevante sul piano pratico. Si tratta

²⁷ Il *Restatement (Second) of Torts* (1965) definisce i danni punitivi come “damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future” [corsivo mio].

²⁸ C. SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, 113 *Yale L. J.* 347 (2003).

²⁹ Sul tema del “plaintiff's windfall” v. C. SHARKEY, *op. cit.*, 370 ss.

³⁰ P. CANE, *Tort law as regulation*, 31 *Comm. L. World Rev.* 305, 316 (2002).

della visione complessiva che può ispirare un sistema di sanzioni opportunamente graduate e amministrare secondo precise linee politiche, in contrasto con l'erratica natura della deterrenza realizzata caso giudiziario per caso giudiziario.

Se si affida la gestione della deterrenza complessiva a un regolatore, questi può controllare sia il profilo attinente alla scoperta degli illeciti, sia quello relativo alla loro punizione. Ne consegue che egli può decidere, ad es., di aumentare le punizioni e diminuire gli investimenti nell'attività investigativa (sul presupposto che la diminuzione della probabilità di essere scoperto sia compensata nei calcoli del potenziale autore dell'illecito dall'aumento degli effetti negativi della scoperta)³¹. Più in generale, un regolatore ha la possibilità di calibrare l'azione e i costi dei due fattori in coerenza con una visione politica complessiva.

In un sistema di danni punitivi questa possibilità non esiste. Il fattore "scoperta" finisce per essere controllato da spontanei meccanismi di tipo mercantile e cioè dai calcoli di convenienza dei potenziali attori, calcoli che determineranno, come si è già accennato, l'entità delle risorse investite nella scoperta degli illeciti. Una società che preferisce la seconda alternativa mostra di nutrire una scarsa fiducia nel proprio sistema politico amministrativo e una forte convinzione che scelte individuali, singolarmente valutabili come efficienti, siano inevitabilmente destinate a combinarsi in una efficienza sistemica complessiva.

Da altro punto di vista, si produce qui l'ennesima manifestazione di quella che ho altrove indicato come una caratteristica fondamentale del pensiero giuridico neoliberale: l'idea di poter massimizzare l'efficienza del sistema semplicemente massimizzando l'efficienza degli elementi che sembrano comporlo e cioè le singole transazioni³². Anche nel presente contesto l'EAL pensa che l'identificazione, sentenza per sentenza,

³¹ G.S. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in G.S. BECKER, W.M. LANDES (a cura di), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York, 1974, p. 1 ss.

³² V. in particolare F. DENOZZA, *Lo stile giuridico neoliberale*, in A. TOFFOLETTO, R. SACCHI (a cura di), *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano, 2019, p. 1 ss.; ID., *Conclusioni: lo stile giuridico neoliberale e il suo superamento*, in A. TOFFOLETTO, R. SACCHI, *op. cit.*, p. 411 ss.

dell'ottimale risarcimento punitivo da infliggere, si tradurrà inevitabilmente nella creazione di un'ottimale deterrenza sistemica.

Prima di chiudere su questo punto, vorrei sottolineare che fenomeni simili a quello qui descritto (sottovalutazione delle differenze qualitative e conseguente problematicità di soluzioni presentate come razionalmente indiscutibili) possono verificarsi con riferimento a una enorme quantità di scelte.

È per esempio gigantesca la differenza tra un mercato finanziario popolato da risparmiatori che investono direttamente e un mercato popolato da intermediari in concorrenza tra loro. Le implicazioni di questa differenza sono però completamente sfuggite alla teoria, dominante in materia di società per azioni, del *network of contract* e dell'*agency*. Questa teoria, focalizzata su un problema quantitativo, la massimizzazione dello *shareholder value*, non ha gli strumenti concettuali per rendersi conto che il fatto che a operare siano dei soggetti in concorrenza, per i quali la massimizzazione non è una opzione come per gli investitori *retail*, ma è una questione di vita o di morte, comporta, sotto il velo del comune interesse a massimizzare, differenze in realtà enormi³³, con tutte le conseguenze che si sono viste nella crisi finanziaria e che ancora adesso si vedono in quei fenomeni che l'Unione rubrica sotto la voce "short-termism".

Altro esempio è fornito dall'*antitrust*, dove la concezione puramente quantitativa del *consumer welfare* conduce a ignorare che la maggior parte dei problemi sorgono là dove esistono diversità qualitative e conflitti tra le diverse categorie di consumatori, per cui parlare di massimizzazione del benessere indifferenziato dei consumatori è semplicemente insensato³⁴. Oppure, altro esempio, si pensi alla tesi per cui gli abusi di prezzo non sarebbero anticoncorrenziali, ma anzi pro concorrenziali, visto che un prezzo alto stimola i concorrenti a entrare sul mercato. A parte il non rendersi conto che impedire gli abusi di sfruttamento è pro concorrenziale perché è un modo per disincentivare gli abusi escludenti (impedire di godere dei frutti degli illeciti è il primo

³³ F. DENOZZA, A. STABILINI, *Principals vs Principals: The Twilight of the Agency Theory*, *Italian L. J.* 511 (2017).

³⁴ F. DENOZZA, *The future of antitrust: concern for the real interests at stake or etiquette for oligopolists?*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 1/2017.

modo di combatterli) si pensi a cosa è successo e sta succedendo con il Covid e all'improvvisa domanda di mascherine e farmaci, che ha consentito a vari, più o meno occasionali, monopolisti aumenti sconsiderati di prezzi. Possibile che il diritto antitrust debba essere privo degli strumenti concettuali necessari a distinguere qualitativamente una situazione in cui possiamo tranquillamente (chi di più, chi di meno!) sopportare prezzi più alti, in attesa che arrivino nuovi concorrenti, da una situazione in cui, nell'attesa, possono verificarsi gravi approfittamenti e ingiustizie?

O, ancora, pensando ai derivati: è possibile non rendersi conto che al di là dei calcoli su aumenti e diminuzioni di benessere dei soggetti che stipulano un derivato, una società che ammette ogni tipo di derivati è una società che, sul piano finanziario, può essere assimilata, con truculento paragone, a una società che consentisse ai suoi membri di andare in giro con le tasche piene di bombe, rendendosi così non solo più pericolosa per coloro che sono autorizzati a stipulare derivati, ma enormemente più rischiosa per tutti³⁵?

4. *L'irriducibilità del qualitativo*

Come ho già detto e ribadisco, il confronto svolto tra le alternative proposte nel paragrafo precedente non è volto a stabilire quale delle due sia in assoluto preferibile e ancor meno quale delle due sia in concreto più efficiente. Al contrario. Il mio obiettivo è quello di dimostrare che si tratta di alternative non commensurabili sulla base di semplici calcoli.

Questo è uno dei tanti modi con cui si può portare in evidenza il vizio fondamentale dell'EAL, vizio consistente nella pretesa di poter ancorare le scelte che legislatori e interpreti sono chiamati a fare a parametri, più o meno approssimativi, ma comunque di tipo quantitativo.

La tesi, contrapposta a questa pretesa, che ho cercato qui di illustrare, è che esistono differenze qualitative irriducibili a calcolistiche misu-

³⁵ F. DENOZZA, *La funzione dei derivati nel mercato: tra disciplina del contratto e disciplina dell'impresa*, in A. GUACCERO, M. MAUGERI (a cura di), *Crisi finanziaria e risposte normative: verso un nuovo diritto dell'economia?*, Milano, 2011, p. 147 ss.

razioni. E, ciò che forse ancor più conta, queste differenze qualitative non emergono solo là dove si tratta di fare scelte tra massimi sistemi, ma sono, al contrario, immanenti in praticamente tutte le scelte che i giuristi sono chiamati a compiere. Pensare di superare il problema con il ricorso a espedienti teorici come quello implicito nel già ricordato criterio c.d. di Kaldor-Hicks è del tutto illusorio.

Un ultimo esempio cercherà di chiarire definitivamente il punto.

Come è ben noto, il criterio in questione suggerisce di valutare se coloro che sono avvantaggiati da una certa scelta sarebbero in grado di compensare coloro che ne vengono svantaggiati e di restare comunque con un livello di benessere superiore a quello di cui godevano prima del compimento della scelta in questione (questo è, come ho detto pocanzi, un puro espediente teorico, almeno in tutti i casi in cui la compensazione di fatto non avviene e non esiste né la correzione della diminuzione di benessere subita dagli svantaggiati, né la prova effettiva – e non puramente congetturale – di un aumento netto del benessere complessivo).

Per comprendere i limiti del ricorso a questo criterio basta immaginare una semplicissima situazione³⁶. Supponiamo che un decisore debba assegnare alcune delle scarse risorse educative di cui la società dispone e che scelga un criterio per cui anziché distribuirle in maniera più o meno ugualitaria, le assegna in prevalenza ai più dotati, in base alla considerazione che costoro le faranno fruttare di più, che la società sarà nel complesso molto più ricca, che i più ricchi potranno comunque compensare quelli che resteranno più poveri e restare con un livello di benessere superiore a quello di cui avrebbero goduto in caso di distribuzione ugualitaria. Il risultato di questa scelta sarà la creazione di una società molto produttiva, popolata da una piccola élite di individui abili e ricchi e da una massa di bruti ignoranti. Supponiamo pure che i primi non siano oramai convinti che quello che hanno spetta loro di diritto e che perciò non si rifiutino di pagare le imposte necessarie a mettere in pratica le compensazioni per i secondi; supponiamo pure che essi siano così ricchi da poter assicurare ai secondi condizioni materiali di vita uguali a quelle che avrebbero avuto in caso di una educazione egualita-

³⁶ F. DENOZZA, *Fairness and welfare: are they really competing values?*, in F. CAGGI, A. NICITA, U. PAGANO (a cura di), *Legal orderings and economic institutions*, New York, 2007, p. 154 ss.

ria. Ammesso tutto questo, una domanda fondamentale comunque resta: quale compensazione si può mai pensare di dare a chi deve vivere in una società di questo tipo, mentre avrebbe preferito vivere in una società di persone mediamente educate?

5. *Scelte razionali e scelte ragionevoli*

La presenza del qualitativo (e l'incommensurabile che lo accompagna) non significa ovviamente che si debba o si possa non scegliere. È ovvio che le scelte vanno fatte. Il punto è che le decisioni che verranno prese non possono essere spacciate come sostenute da addizioni, sottrazioni e altri calcoli. Si tratta invece di decisioni che devono essere sostenute da espliciti giudizi di valore e da motivati ragionamenti. Si tratta di scelte che devono essere guidate dalla ragionevolezza nella scelta degli obiettivi prima che dalla razionalità nel modo di perseguirli³⁷.

Tornando così all'elaborazione di Max Weber³⁸ e al sempre valido schema concettuale che se ne può ricavare, la dote a mio parere princi-

³⁷ Riprendo qui la classica contrapposizione tra ragionevolezza nella scelta dei fini e razionalità nella scelta dei mezzi, notoriamente ispirata all'elaborazione di Max Weber. Come pure è noto, la contrapposizione tra ragionevole e razionale può essere usata con significati diversi e particolare attenzione ha ricevuto in tempi recenti l'uso che delle due nozioni è stato operato da Rawls (in particolare in J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, 2005; un riassunto della questione in L. KRASNOFF, *The reasonable and the rational*, in J. MANDLE, D. REIDY (a cura di), *The Cambridge Rawls Lexicon*, Cambridge, 2014, p. 692 ss.). In questo dibattito ha spesso assunto un ruolo centrale la rilevanza della componente altruistica (almeno nel senso di consapevolezza dell'importanza di offrire agli altri termini di cooperazione per loro apprezzabili e accettabili) che un atteggiamento ragionevole è in grado di incorporare molto più di un atteggiamento di pura razionalità strumentale (v. ad es. tra i più recenti I. GROSSMAN, R. EIBACH, *Reasonable bounds on rationality*, 19(1) *Mind & Society* 6 (2020)).

Come chiarisco nel testo, preferisco, all'interno del presente discorso, accentuare piuttosto che la diretta considerazione degli altri, la capacità, propria dell'atteggiamento ragionevole, di tenere conto di una pluralità di esigenze e di possibili obiettivi, operando accettabili bilanciamenti.

³⁸ Sulla cui attuale importanza ha meritoriamente richiamato l'attenzione recentemente N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; v. anche F. DENOZZA, *In viaggio*

pale di un ordinamento giuridico dovrebbe essere cercata non nella calcolabilità e nella razionalità formale che tormentava Max Weber (che da una parte ne era affascinato, ma dall'altra temeva l'incombenza dell'*iron cage*)³⁹ ma nella ragionevolezza, nella capacità, cioè, di definire il bene e il giusto, bilanciando le diverse esigenze e i diversi obiettivi. Il che con riferimento al diritto della responsabilità civile, significa cercare le regole più adatte a essere applicate a una pluralità "...of free and equal persons with diverse aims and aspirations who are concerned to advance those ends on fair terms..." e non a "...'single actors' or to associations whose members owe allegiance to a shared final end"⁴⁰.

Se mi è consentito chiudere con un personalissimo, sintetico, giudizio, insieme all'ordine concettuale da cui siamo partiti è la ragionevolezza, intesa nel senso che ho detto di capacità di considerare e bilanciare le diverse esigenze e obiettivi che il diritto deve perseguire, l'altra grande qualità del pensiero di Pietro Trimarchi, ed è una qualità che, secondo me, scava un baratro, spesso incolmabile, tra il suo pensiero e una gran parte dell'EAL.

verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale. Osservatorio del diritto civile e commerciale, 2016, 2, p. 419 ss.

³⁹ Sulla nozione di *iron cage* e sul relativo dibattito, v. tra i più recenti R. DOUGLASS, *The Iron Cage Revisited: Max Weber in the Neoliberal Era*, New York, 2018.

⁴⁰ G. KEATING, *Reasonableness and rationality in negligence theory*, 48 *Stan. L. Rev.* 311 (1996).

PIETRO TRIMARCHI, CAUSA IGNOTA E RESPONSABILITÀ SANITARIA

Roberto Pardolesi

SOMMARIO: 1. *Un'analisi economica a misura di giurista*. 2. *L'influenza del pensiero di Trimarchi*. 3. *Il test della responsabilità sanitaria*.

1. Un'analisi economica a misura di giurista

C'era una volta: è l'*incipit* tradizionale della narrativa favolistica. Ma può essere utilizzato anche per coltivare una vena nostalgica. Ed è proprio quello che mi riprometto di fare nel proporre una battuta d'esordio del seguente tenore: c'era una volta un'analisi economica del diritto a misura di giurista.

Conviene subito precisare che non rientra fra i miei propositi quello di avallare l'idea, che pure mi è capitato di captare in qualche conversazione distratta, che, a conti fatti, l'approccio economico sia uscito dal giro senza lasciar traccia rilevante (ossia, per dirla schiettamente, senza far danni). Chi, ai tempi del suo esordio – corrispondente, grosso modo, ai miei primi passi accademici, cosa che concilia l'apparente contraddizione fra una “young discipline” (come qualcuno l'ha definita)¹ e la mia età crepuscolare –, la bollava come una moda passeggera aspettava, appunto, che i toni si smorzassero e che l'attenzione si volgesse altrove, per concludere che si era trattato di un incidente di percorso (o quasi) e ch'era tempo di tornare seriamente al lavoro. Ma, anche a tacere di ogni altra considerazione polemica, sussistono controindicazioni cogenti. Per un verso, il progetto di coniugare proficuamente algebra e pandette ha varcato la soglia del mezzo secolo, dimensione temporale che non appartiene all'universo dell'effimero, all'entusiasmo che divampa e si

¹ J.A. FERREJOHN, B.R. WEINGAST, *A Positive Theory of Statutory Interpretation*, 12 *Int'l Rev. Law and Econ.* 263, 264 (1992).

consuma nel breve periodo. Anche laddove – e mi riferisco al quadro italiano – non è dato affermare che “[t]he economic analysis of law, or law and economics, has emerged as the predominant school of thought for analyzing legal policy and institutions”, esercitando “a significant impact on foundational private law subjects – property, contracts, and torts – as well as advanced private law areas”²; anche laddove, dicevo, il bilancio risulta assai meno trionfalistico³, è ragionevole convenire che l’enfasi riposta dai gius-economisti sulla giustificazione effettuale di discipline, dottrine e istituzioni ha lasciato un segno profondo, cambiando le regole del gioco, persino a prescindere dall’inesausto dibattito su quale sia la deriva ideologica sottesa alla pretesa di impiegare strumenti economici per dar conto di fenomeni giuridici⁴.

Fatta questa precisazione, è possibile tornare alla battuta iniziale e spiegarne il senso. Nell’intreccio fra diritto e analisi economica si sono succedute almeno tre generazioni (in tempo di pandemia vien fatto, ahinoi!, di parlare di ondate) di interpreti. La prima, quella che ha acceso il fuoco – delle altre non dirò, non foss’altro perché sono rimasto, per scelta o per necessità, legato all’impostazione originaria –, si è caratterizzata per il fatto di proporre un apparato euristico inteso a propiziare una migliore comprensione del fenomeno giuridico; e, sotto questo profilo, è apparsa a misura di giurista, nel senso di aiutarlo a ripercorrere i *loci classici* del suo bagaglio culturale in una prospettiva fun-

² Così D.B. KELLY, *Law and Economics*, in A. GOLD ET AL. (a cura di), *The Oxford Handbook of the New Private Law*, New York-Oxford, 2020, p. 85.

³ Sulla pretesa, per certi versi suadente (ma, in fin dei conti, bizzarra, a dispetto del successo arriso al contributo di R. LA PORTA, F. LÓPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, *The Economic Consequences of Legal Origins*, 46 *J. Econ. Lit.* 285 (2008)) che “civil law systems are less amenable to economic analysis of law than are common law systems” v. i pacati rilievi di E. MACKAAY, *Introduction to Law and Economics for Civil Law Systems*², Cheltenham, 2021 (disponibile in www.ssrn.com).

⁴ Nemmeno a dirlo, la polemica sul *bias* ideologico che si vuole connoti l’intera traiettoria dell’analisi economica del diritto è un *ever-green*: dominante alle nostre latitudini, ma ricorrente in ogni dove. Basti qui ricordare, a titolo riassuntivo – anche perché conta più di cento pagine e, a parte Guido Calabresi, non risparmia proprio nessuno –, la denuncia più recente: M. GLICK, G.A. LOZADA, *The Erroneous Foundations of Law and Economics*, Working Paper No. 149 dell’Institute for New Economic Thinking, 15 febbraio 2021 (www.intereconomics.org).

zionalistica, mai per l'innanzi scrutinata con tanta attenzione, che permetteva sovente di capovolgere la visione d'insieme e, comunque, di cogliere nessi che altrimenti rischiavano di rimanere – e normalmente rimanevano – fuori dal quadro.

Era, a un di presso, il modello cui Guido Calabresi, nel suo ultimo libro⁵, vorrebbe riservare l'etichetta di *Law and Economics*, con il risolutivo proposito di valorizzare la chiave aperta di “Law and” a mo' di veduta, fra le molte praticabili, della cattedrale: in questo caso ovviamente scandita dall'approccio economico, che però non è esaustivo, meno che mai imperialistico, perché affiancato da altre traiettorie meritevoli di essere perseguite. Tale prospettiva metodologica, a forte gradiente interdisciplinare, viene presentata in contrapposizione a quella che Calabresi chiama “analisi economica del diritto”, nella quale il diritto è semplicemente l'oggetto della ricognizione economica, come lo potrebbe essere, mettiamo, la sanità o qualsiasi altro tema su cui vada ad appuntarsi la ricerca vocazionalmente economica. Di scorcio, riguardo a una siffatta tassonomia esprimo un minimale dissenso, perché ho avuto la ventura di studiare alla University of Chicago e, quindi, di frequentare le lezioni di Richard Posner (oltre a quelle di Ronald Coase e ai seminari di George Stigler, che terrorizzava i relatori irridendo impietosamente e liquidando come di scarsa qualità la presentazione di *papers* che a me sembravano di alto profilo); la qual cosa mi permette di testimoniare che il Posner “prima maniera” (il suo libro, poco più trecento pagine e un'improbabile rilegatura color verde penicillina, con qualche punta di giallo)⁶ perseguiva lo stesso disegno euristico, salvo celarne la portata ‘normativa’ dietro la rivendicazione, da riscontro ‘positivo’, dello slancio evolucionistico/vocazione efficientistica del *common law* (nel lungo periodo i giudici, che “fanno” il diritto, rimpiazzano responsi inadeguati con decisioni più acconce e idonee a propiziare la migliore allocazione delle risorse). Accomunare questa visione a quella *liberal* di Calabresi è azzardo che parrà a molti discutibile, ma tutto

⁵ G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven (Conn.), 2016, tr. it. F. FIMMANÒ, V. OCCORSIO (a cura di), *Il futuro del Law and Economics: saggi per una rimediazione ed un ricordo*, presentazione di E. AL-MUREDEN, Milano, 2018.

⁶ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston (Mass.), 1972, p. 99 s.

sommato accettabile se si esamina quest'esperienza culturale come riguardandola attraverso le lenti di un binocolo rovesciato (di lì a poco sarebbe sopraggiunta la seconda generazione, che, nel segno della ricerca empirica e della modellizzazione matematica, avrebbe segnato percorsi alquanto lontani dalla dimensione giuridica e, per quel che conta, dalla mia sensibilità). Sia come sia, mi preme sottolineare che a quella pattuglia di padri fondatori (e fautori) di un'analisi economica del diritto a misura di giurista appartiene a pieno titolo Pietro Trimarchi.

2. *L'influenza del pensiero di Trimarchi*

Pietro Trimarchi, che non finisce mai di stupirmi.

A suo tempo – più o meno in epoca giurassica – andai a studiare sulle rive del lago Michigan, perché, con tutti i limiti di un'abborracciata educazione da giurista, venivo da una cultura economica che scrutava altri orizzonti, con alcune espressioni di livello eccelso (penso a Federico Caffè, che ancora oggi mi affascina), ma legata a una prospettiva sostanzialmente consociativa e a una logica keynesiana che ignorava completamente i risvolti microeconomici. C'è voluta la scuola di Chicago perché riprendessi dimestichezza con i diagrammi a ridosso delle curve di mercato e riscoprissi le capacità predittive dell'analisi economica anche riguardo al fenomeno giuridico. Pietro tutto questo – tre lustri prima, o giù di lì – lo aveva già messo insieme da solo, in una sorta di vuoto torricelliano, là dove io invece pescavo a pieni mani nello straordinario *thesaurus* di sollecitazioni che veniva dalla (allora) *lunatic fringe* dei *Chicago boys*.

Pietro Trimarchi mi sorprende anche per un'altra ragione: perché, nel segno di una pragmatica compostezza, che però è anche cogenza, non grida, a dispetto del suo carattere alquanto spigoloso. È come se, nelle sue pagine, l'istanza efficientistica percolasse, semplicemente perché *deve* entrare nel conto e non può essere altrimenti. Sotto questo profilo, la sua tessitura è apparentemente mite, ma coesa sino a rivelarsi cogente a livello di teoria dell'argomentazione.

Ma non sono qui a far l'apologia di Pietro, che davvero non ne ha bisogno. Mi tenta, piuttosto, l'idea men che ortodossa di divisare una sorta di prova sul campo: ossia riprendere un qualche suo spunto, fra i tanti che hanno impreziosito la sua elaborazione, per calarlo in una realtà assolutamente specifica, giusto per verificare se e come le sue idee impattino sul piano operativo. In particolare, mi riferirò al suo formidabile articolo sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale⁷. Un articolo, pubblicato nel 1970, in cui c'è tanta ricchezza concettuale, ma non minore equilibrio pragmatico. Provare per credere.

3. *Il test della responsabilità sanitaria*

Sintetizzo brutalmente, a costo di impoverire oltre ogni limite una riflessione estremamente più variegata. Ad avviso di Pietro Trimarchi, la disciplina della responsabilità contrattuale deve fornire incentivi adeguati perché si esplichino, nella realizzazione del programma contrattuale, uno sforzo che valga a implementare efficienza economica.

Apro una parentesi minima per sottolineare l'indicazione: "fornire incentivi adeguati". È la stessa formula che avrebbe usato tre anni dopo Richard Posner nella prima edizione del suo fortunato *blockbuster* per spiegare la logica del diritto dei contratti. Obiettivo fondamentale del diritto dei contratti, si legge nel suo manuale, è giustappunto fornire incentivi adeguati, con una formula che rimaneva generica, laddove Pietro già addita una direzione molto precisa, ossia indurre entrambe le parti a investire nell'adempimento delle obbligazioni assunte, sino al limite dell'efficienza allocativa. Su questo caposaldo andava a innestarsi il secondo criterio economico cui s'ispira la responsabilità contrattuale: l'efficiente ripartizione dei rischi. E si approda così a una dialettica di straordinaria importanza, perché si va a misurare il novero di alternative praticabili sul piano della possibilità di coprire assicurativamente l'esposizione a eventi avversi sul mercato, salvo ripiegare, se quest'ulti-

⁷ P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 512 ss.; pubblicato in tedesco con il titolo *Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht*, 136 *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 118-138 (1972).

mo non è in grado di fornire polizze acconce, sull'individuazione del soggetto in grado di meglio assorbire i rischi non assicurabili. Da qui derivo – a colpi di riduzionismo oltranzistico, di cui mi vergogno apertamente, rispetto alla ricchezza della trama di Pietro – l'indicazione ovvia dei criteri che devono sovrintendere all'imputazione alla responsabilità civile, che sono, di volta in volta, la colpa e il rischio.

La colpa è un criterio tendenzialmente oggettivo e consiste nella mancata realizzazione di uno sforzo non inferiore al livello tipico per quel genere di rapporto, sempre che non si diano diverse direttive nel programma contrattuale. In questo caso, la diligenza richiesta sarà quella risultante alternativamente dal primo o dal secondo comma dell'art. 1176 cod. civ.

L'altro criterio – ovviamente ancora più intrigante – è dato dal rischio, il quale farà sì che la responsabilità da inadempimento scaturisca dalle disfunzioni interne della sfera organizzativa del debitore (ancorché incolpevole) e quindi con il limite della prevedibilità del danno *ex art. 1225 cod. civ.* Ecco, allora, l'altro punto che mi preme mettere in esponente: la disfunzione interna porta a imputare il rischio della causa ignota al debitore. Questo, in estrema sintesi, il tessuto concettuale ordito dal nostro.

La prova del nove, resa ancor più ostica dal lungo tempo trascorso, può essere effettuata traducendo quell'impianto sul piano della responsabilità sanitaria che ai nostri giorni si candida come linea di frontiera, per motivi che cercherò di cennare tra un momento. Se la griglia analitica di Trimarchi fosse applicata al problema della responsabilità contrattuale del professionista, questi si libererebbe dimostrando di avere applicato le *leges artis* e cioè di avere impiegato la diligenza professionale che gli è richiesta. Quanto dire che il medico non risponde della causa ignota, mentre la struttura sanitaria, quella sì, se ne deve far carico, perché la causa ignota alligna nelle pieghe della sua organizzazione.

Ma è questa la cifra attuale della responsabilità sanitaria? Tiene il campo la legge Gelli-Bianco, col suo tentativo di canalizzare la responsabilità medica in capo alle strutture e al professionista impegnato dal contratto d'opera professionale, mentre il medico dipendente, *ex art. 7, terzo comma*, è dislocato sul versante della responsabilità extracontrattuale, dove riesce palesemente più difficile intercettarlo. Ecco, per

sommi capi, la strategia di un legislatore che pensa così di razionalizzare l'esposizione risarcitoria della struttura e di comprimere quella del singolo operatore sanitario. Sennonché, la giurisprudenza si rivela più realista del re. La terza sezione della Cassazione, attivando una sorta di nomofilachia giacobina, dal basso⁸, invece di contrastare apertamente le sentenze a Sezioni Unite n. 13533/01 e 578/08⁹, accettando l'ipotesi del conflitto per propiziare un nuovo responso apicale, crea per sedimentazione uno zoccolo duro di sentenze – la prima è la n. 18392/17¹⁰, ma ormai si contano nell'ordine della cinquantina; e due di queste appartengono alla decina magica di San Martino, cioè delle sentenze del 'progetto sanità' dell'11 novembre 2019¹¹ – che scandiscono un nuovo corso¹².

Di che si tratta? Di un sottile percorso argomentativo, fondato sulla distinzione tra causalità materiale e giuridica da un lato e causalità concernente l'impossibilità di adempiere *ex art.* 1256 c.c. dall'altro, in forza del quale viene indicata come incombente sul debitore la prova del

⁸ V., *si vis*, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria e nomofilachia inversa*, in *Foro it.*, 2019, I, 1603 ss.

⁹ Rispettivamente in *Foro it.*, 2002, I, 769 e 2008, I, 455.

¹⁰ Cass. 26 luglio 2017, n. 18392 (nel gergo degli iniziati, sentenza Scoditti, dal nome del suo brillante e poliedrico estensore, il quale – nessuno è perfetto – è stato anche mio allievo: ciò che non mi impedisce di dissentire dalle sue idee), in *Foro it.*, 2017, I, 3358, con osservazioni di J. DI ROSA e ID., 2018, I, 1348 (m.), con nota di G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*; v. anche D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 696 ss.

¹¹ R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in Cassazione: una nota esplicativa*, in *Foro it.*, I, 2020, 160 ss.

¹² Cfr., riassuntivamente, Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, in *Foro it.*, 2020, I, 218, con nota di R. SIMONE, *Ombre e nebbie di San Martino: la causalità materiale nel contenzioso sanitario*, nonché ID., *Speciale* 1-2020, 129, con note di R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*; G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*; F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*; F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*; U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*.

nesso di causa relativo (non alla fattispecie costitutiva della responsabilità, bensì) alla fattispecie estintiva dell'obbligazione, ossia alla impossibilità sopravvenuta della prestazione. Emerge così un duplice ciclo causale: il primo, relativo all'evento dannoso, deve essere provato dal creditore danneggiato in quanto fatto costitutivo del diritto; il secondo, relativo all'impossibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore danneggiante, in quanto fatto estintivo del diritto. Un doppio ciclo causale in forza del quale la dimostrazione della causalità materiale è a carico del paziente che agisce contro la struttura e contro il professionista con cui abbia stipulato contratto d'opera professionale. Sì che, ove il primo non riesca a dimostrare il nesso che intercorre fra la condotta e l'evento (causa ignota), la sua azione dev'essere rigettata.

Non è correzione da poco. Prendiamo il caso dell'infezione nosocomiale. Si sa che è piaga praticamente ineliminabile: in Italia conta per 4.000 morti all'anno, in Europa per oltre 30.000. Se prendiamo una neppur troppo lontana sentenza che la riguarda – Trib. Roma 22 novembre 2016¹³, che leggo con un disagio prossimo al disappunto –, ci si trova al cospetto di un'infezione batterica da *pseudomonas aeruginosa*, che porta all'*exitus* del malcapitato (che si era ricoverato per curare un ginocchio...). Ora, il paziente (o chi per lui), che giace inerme, inerte e sotto anestesia mentre viene sottoposto a intervento chirurgico, deve dimostrare che qualcosa è successo in sala operatoria e ha provocato l'evento di danno. La causa ignota, o, se preferite, la causa non accertabile o non governabile, è a suo carico. I medici che attestano, incrociando le testimonianze, di essersi attenuti alle *best practices*, mondano la struttura da ogni aggravio. Il danno resta là dove cade: sfortuna umana.

Io credo che questo risultato sia una sfida al buon senso, in qualche modo anche uno sberleffo alla *pietas*; e mi rifugio nell'impostazione di Pietro, nelle sue pagine rassicuranti, le quali mi dicono che, in presenza di una struttura sanitaria (impegnata a qualcosa di più della prestazione da contratto di ospitalità), a quest'ultima compete l'onere di caricarsi di

¹³ *Foro it.*, 2017, I, 363. Date le coordinate attuali, l'unica argine è rappresentato dal ricorso alle presunzioni: cfr., da ultimo, Cass., ord. 26 novembre 2011, n. 26907, ID., 2021, I, 524, con nota di P. LAGHEZZA, *Causalità materiale, prova e presunzioni: nuovi equilibri e inedite incertezze*.

un rischio siffatto, sia perché è suo compito governarlo, sia perché, in ogni caso, è meglio posizionata per gestirlo sul piano assicurativo. Dopo di che, volendo, potremo pensare, sulla scorta dell'esempio francese, a interventi di supporto, fondi e quant'altro, ma l'idea bieca di lasciare il pregiudizio in capo a un soggetto che non ha nessuna possibilità di fronteggiarlo e giace incosciente su un lettino operatorio francamente mi sconcerta. E mi fa pensare con nostalgia alle pagine di Trimarchi, me lo fa sentire ancora più stupefacente per come saggiamente anticipava tempi e soluzioni.

Senza discussione: Pietro *forever*, grazie!

ALLOCAZIONE DEL RISCHIO E DISEGNO DELLE REGOLE

*Francesco Parisi*¹

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. 2. *Funzioni di obiettivo privato: teoria del consumo e teoria della produzione*. 3. *Funzioni di obiettivo sociale: utilità, profitto o valore?* 4. *Disruption costs e funzione assicurativa della responsabilità civile?*

1. Introduzione

Una delle cose più importanti che mi ha insegnato il professor Trimarchi è la virtù della sintesi. Mi ricordo che, quando nel settembre del 2005 a Ljubljana ebbi l'onore di presentare la sua *Laudatio* per il conferimento del *Lifetime Achievement Award* da parte della *European Association of Law and Economics*, il professor Trimarchi mi chiese come favore di essere breve². L'incontro ebbe luogo durante la cena dell'associazione e Trimarchi mi disse “guarda che durante una cena non vogliono sentire parlare di me, quindi promettimi di non parlare per più di cinque minuti”.

Ma la sintesi del professor Trimarchi non è solo una manifestazione della sua modestia. Nel 1999 ero stato invitato alla Bocconi per tenere

¹ Oppenheimer Wolff & Donnelly Professor of Law, University of Minnesota Law School; Professore Ordinario di Scienza delle Finanze, Università di Bologna, Dipartimento di Economia. E-mail: parisi@umn.edu. Queste osservazioni sono state esposte al Seminario in Onore di Pietro Trimarchi del 16 dicembre 2020.

² Era la mia prima volta nel bellissimo edificio della Statale di Milano in Via Festa del Perdono. I docenti che incontrai quel giorno erano di una autorevolezza leggendaria. Non avrei mai immaginato che a distanza di un anno avrei avuto l'onore di diventare membro ordinario di tale facoltà e di condividere lo studio proprio con il professor Trimarchi.

un corso di economia dei contratti³. Alla fine del mio corso alla Bocconi, Trimarchi mi invitò alla Statale di Milano ad assistere alla presentazione di una sua idea sulla quale stava lavorando: un concetto che aveva chiamato *disruption costs*⁴. Intervennero tutti i suoi colleghi civilisti e comparatisti della facoltà⁵. Ebbi modo per la prima volta di osservare Trimarchi nel suo “laboratorio” di creazione intellettuale: la formulazione di un’idea che nasceva dalla realtà quotidiana che Trimarchi osservava nella sua pratica forense e che si scontrava con quanto economisti e giuseconomisti insegnavano ai propri studenti. Formulazione di un’idea poi diventata un articolo per me molto importante, il cui titolo in inglese è *Transfers, uncertainty and the cost of disruption*⁶. Ho avuto il piacere di vedere sette od otto versioni di questo articolo *in fieri*. Al contrario di quello che si vede normalmente, dove l’autore aggiunge idee, sfumature e note, l’articolo del professor Trimarchi diventava sempre più corto. Ecco la virtù della sintesi. Il professor Trimarchi eliminava esempi che riteneva non importanti e frasi non necessarie e in questo modo l’articolo diventava sempre più minimalista, essenziale nella sua presentazione. Da questa esperienza ho appreso molto e anche il mio stile e il *focus* dei miei temi di ricerca sono cambiati nel tempo. Il mio contributo per questo volume, quindi, sarà breve e volto a mettere

³ Il professor Trimarchi venne ad ascoltare le mie lezioni, in anonimato, tra gli studenti. Io avevo già scritto una voce di enciclopedia su di lui: F. PARISI, G. FREZZA, *Pietro Trimarchi (1934-)*, in J.G. BACKHAUS (a cura di), *Elgar Companion to Law and Economics*, Cheltenham, 1999, p. 492-508, successivamente pubblicata in versione aggiornata: F. PARISI, G. FREZZA, *Pietro Trimarchi (1934-)*, in J.G. BACKHAUS (a cura di), *Elgar Companion to Law and Economics*², Cheltenham, 2005, p. 709-726. Se avessi riconosciuto la presenza in aula di Trimarchi all’inizio delle lezioni, prima che il professor Giovanni Iudica facesse le presentazioni, la spontaneità delle mie lezioni sarebbe stata senz’altro compromessa.

⁴ Non so se il professor Trimarchi abbia mai tradotto il termine *disruption costs* in italiano, io continuo a insegnarlo con il termine originario del suo contributo pubblicato nel 2003.

⁵ F. PARISI, *Laudatio: Pietro Trimarchi*, 3 *Rev. L. and Econ.* 3 (2007), anche pubblicata in spagnolo: F. PARISI, *Laudatio: Pietro Trimarchi*, 37 *Ius et Veritas* 16 (2008).

⁶ P. TRIMARCHI, *Transfers, uncertainty and the cost of disruption*, 23(1) *Int. Rev. L. and Econ.* 49 (2003).

in luce il contributo di quell'articolo del professor Trimarchi alla teoria economica.

2. Funzioni di obiettivo privato: teoria del consumo e teoria della produzione

Facciamo un passo indietro di premessa. Tra i lettori di questo breve ricordo ci saranno economisti e giuristi. Tutti noi, in una veste o in un'altra, siamo stati davanti a un testo di microeconomia. Normalmente gli autori di testi di microeconomia organizzano il materiale in due parti: economia del consumo ed economia della produzione. I primi capitoli normalmente trattano la teoria del consumo, dove il consumatore massimizza la propria utilità nei margini dei propri vincoli di bilancio.

$$Max U_i$$

Nella teoria della produzione, invece, si cambia completamente registro: il produttore, ovvero l'impresa, fa scelte relative alla produzione e al prezzo dei propri beni o servizi al fine di massimizzare il profitto.

$$Max U_i$$

Questa diversità negli oggetti della massimizzazione – utilità vs profitto – permane nonostante il fatto che il produttore, alla fine dei conti, è un essere umano che utilizza il profitto per potere consumare e massimizzare la propria utilità. Si verifica, quindi, una dicotomia nella modellistica economica della ottimizzazione. Gli individui mirano a massimizzare il profitto quando agiscono nel ruolo di produttori e l'utilità quando agiscono come consumatori. Dal 2006 ho cambiato settore disciplinare e insegno materie economiche nel Dipartimento di Economia dell'Università di Bologna. Quando chiedo ai nostri dottorandi – tutte persone con formazione economica di base molto robusta – come mai c'è questa dicotomia nelle funzioni di obiettivo privato di consumatori e produttori, mi rendo conto che, con pochissime eccezioni, non si sono mai posti la domanda.

Chiaramente vi è una correlazione positiva tra profitto e utilità: quanto maggiore è la ricchezza ottenibile attraverso il profitto dell'attività di produzione, tanto maggiore sarà l'utilità ottenibile, quando la ricchezza si trasforma in consumo. Quello che, però, ci insegnano è che la correlazione tra ricchezza e utilità, pur essendo (normalmente) positiva, non è lineare. Se diamo 1.000 euro a un soggetto povero, la felicità, ovvero l'utilità che questo dono genera a tale soggetto sarà verosimilmente maggiore rispetto alla utilità che gli stessi 1.000 euro potrebbero dare a un miliardario, il quale potrebbe essere addirittura infastidito di dovere depositare l'assegno in banca.

La logica di tutto ciò è semplice: i consumatori razionali utilizzano le dosi iniziali di ricchezza per comprare le cose più importanti (i "giocattoli" più belli), per poi continuare ad acquistare cose meno attraenti. Dunque, le unità iniziali di ricchezza soddisfano i nostri desideri più intensi e generano maggiore utilità delle dosi successive di ricchezza. Questo effetto è noto in economia come "utilità marginale decrescente" della ricchezza.

L'utilità marginale decrescente della ricchezza porta a quello che Adam Smith descriveva facendo notare che il dolore di perdere tutto quello che abbiamo è molto più intenso rispetto al piacere di raddoppiare la nostra ricchezza. Per questo motivo, un soggetto razionale non dovrebbe essere disposto a scommettere tutto quello che ha per una pari probabilità di raddoppiare la posta in gioco. Questo è quello che gli economisti chiamano "avversione al rischio".

Ma come mai gli economisti ritengono che lo stesso soggetto, quando poi agisce come produttore, non si comporta nello stesso modo e mira a massimizzare il profitto atteso, piuttosto che la utilità attesa? Come mai la funzione di obiettivo privato del produttore, ovvero dell'impresa, è formulata come massimizzazione della ricchezza, piuttosto che massimizzazione dell'utilità generata dal profitto? Come mai l'avversione al rischio, che il soggetto ha come consumatore, non si trasmette nelle scelte del soggetto quando agisce in veste di produttore? Qui vi è tutta una teoria economica basata sull'idea di produttore come impresa, come *firm*. Nella teoria economica della produzione, il "produttore" è dunque una metafora per parlare di imprese con molteplici investitori. Ciascun soggetto che investe nell'impresa è razionalmente

avverso al rischio, ma il rischio d'impresa può essere diversificato investendo in più imprese con rischi non correlati. Si tratta del cosiddetto *portfolio*, il portafoglio del rischio. Gli investitori diversificano e il pacchetto azionario ha un rischio legato alla variazione del mercato e non alle variazioni idiosincratichiche di ciascuna impresa. Avendo in tal modo isolato gli investitori dalla propria avversione al rischio, la migliore strategia per l'impresa è di operare come soggetto neutrale rispetto al rischio, massimizzando il profitto atteso della propria attività.

3. *Funzioni di obiettivo sociale: utilità, profitto o valore?*

Ecco, quindi, nella tradizione accademica dell'analisi economica del diritto, la scelta delle regole viene determinata da funzioni che sono formulate diversamente, a seconda della materia in esame. L'analisi economica del diritto sviluppa modelli basandosi sul comune assunto economico che gli individui siano massimizzatori razionali e studia il ruolo del diritto come strumento per variare i costi dei comportamenti individuali. Secondo questo approccio, una variazione della regola di diritto condiziona i comportamenti umani alterando i costi/benefici di comportamenti alternativi.

Ma quale sarà l'oggetto di ottimizzazione dei soggetti del diritto? Quando si fanno modelli economici nel diritto dei contratti privatistici o di diritto di famiglia, si ritiene che abbiamo a che fare con situazioni dove le regole giuridiche influiscono sul benessere di individui che non sono in grado di diversificare il rischio o assicurarsi. Si ritiene quindi che le scelte di tali soggetti siano influenzate dalla propria avversione al rischio. Nello studiare l'efficienza delle regole, si utilizzano, quindi, funzioni di benessere sociale volte alla massimizzazione della utilità aggregata⁷.

⁷ Ci sono note eccezioni a questa prassi metodologica. Nella sua difesa del criterio di massimizzazione della ricchezza, in un noto articolo, Richard A. Posner sostiene che l'obiettivo sociale deve esprimersi in termini di massimizzazione di ricchezza anche quando i soggetti del diritto non siano in grado di diversificare o assicurare il rischio che affrontano. R.A. POSNER, *Wealth Maximization Revisited*, 2 *Notre Dame J. L., Ethics and Pub. Policy* 85 (1985). Pur riconoscendo che i prezzi di mercato non sempre

$$\text{Max} \sum_{i=1}^n U_i$$

Quando abbiamo a che fare con il diritto societario o della responsabilità civile, dove i soggetti sono rispettivamente in grado di isolarsi dal rischio attraverso la diversificazione o l'acquisto di assicurazioni, si utilizzano, invece, funzioni di benessere sociale volte alla massimizzazione della ricchezza aggregata⁸.

$$\text{Max} \sum_{i=1}^n \pi_i$$

In termini pratici, il criterio di aggregazione della ricchezza di cui sopra richiede una comparazione dei guadagni di un gruppo di soggetti

riescono a riflettere a pieno le valutazioni di utilità soggettiva, Posner sostiene che essi consentono, però, di evitare difficili comparazioni di utilità interpersonali, evitando la valutazione di posizioni prese su basi emotive. Il paradigma di massimizzazione della ricchezza di Posner serve da comune denominatore sia per la prospettiva utilitaristica sia per quella individualistica. Combinando gli elementi di entrambe, Posner fornisce una teoria di massimizzazione della ricchezza che si avvicina più a una filosofia politica del consenso che a ogni altro sovrastante principio politico. Già nel tardo diciannovesimo secolo, Francis Edgeworth formulò il dilemma morale dell'analisi del benessere sociale, osservando che un calcolo morale dovrebbe procedere con una valutazione comparativa della "felicità di una persona con la felicità di un'altra... Tale comparazione non può più essere evitata, se consideriamo che ci debba essere una qualche moralità sistematica". F.Y. EDGEWORTH, *Mathematical Psychics*, London, 1881, p. 7-8. Il problema ovviamente sorge dal fatto che gli economisti non hanno alcun metodo attendibile per misurare l'utilità degli individui, tanto meno per procedere a comparazioni interpersonali di utilità. Al contrario, Guido Calabresi sostiene che, in presenza di disegualianza sociale, con soggetti che hanno utilità marginale decrescente della ricchezza e conseguente avversione al rischio, un incremento di ricchezza non può costituire di per sé un miglioramento sociale. G. CALABRESI, *About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin*, 8 *Hofstra L. Rev.* 553 (1980).

⁸ Durante i primi anni nello sviluppo della analisi economica del diritto alcuni giuristi tradizionali mostrarono difficoltà ad accettare la nozione di massimizzazione della ricchezza come un paradigma per la valutazione e scelta delle regole. Per una rassegna su questo dibattito, si veda F. PARISI, *Scuole e metodologie dell'Analisi Economica del Diritto*, in *Riv. Critica Dir. Priv.*, 2005, p. 377 ss.

con le perdite di un altro gruppo. Ogni qualvolta i vincitori guadagnano più di quanto perdano i perdenti, il cambiamento della regola è ritenuto efficiente⁹.

Allora torniamo a spiegare in che modo l'articolo del professor Trimarchi ha messo in crisi questa dicotomia nella teoria economica e perché ormai tutti i dottorandi di economia vengono direttamente o indirettamente a contatto con il suo contributo. Nel suo articolo il professor Trimarchi implicitamente suggerisce che il rapporto tra ricchezza e valore di una impresa è lineare, ma solo in una direzione. Questa semplice idea, tradotta in formulazione algebrica, ha un effetto esplosivo sulle modellistiche economiche. Se incorporata sistematicamente nella letteratura, la nuova formulazione richiederà di rivisitare molti dei risultati raggiunti sulla base delle premesse tradizionali.

Spieghiamo brevemente. Se un'impresa ha un guadagno imprevisto, diciamo di 100 milioni di euro, la stessa impresa avrà un corrispondente aumento di valore di 100 milioni di euro. Ma il professor Trimarchi ci mette in guardia che il valore di un'impresa non dipende in modo lineare dalla ricchezza dell'impresa quando l'impresa fa fronte a delle perdite. Se una impresa perdesse 100 milioni di euro, il valore dell'impresa verosimilmente andrebbe a decrescere in misura maggiore rispetto alla perdita finanziaria subita.

Questa è una verità che il professor Trimarchi ha appreso nel corso della propria esperienza professionale che precedette la crisi finanziaria del 2007¹⁰. Quel periodo mise in chiara evidenza che se un'impresa subisce una grande perdita, ha difficoltà a ottenere la liquidità necessaria per ripristinare il livello di produzione e attività preesistente. L'impresa non può nella realtà – come possono far credere i testi di economia – accedere al mercato del capitale per sanare il suo deficit ottenendo prestiti per compensare la perdita subita. Il momento della crisi

⁹ Matematicamente, sia la versione di efficienza di Bentham sia quella di Kaldor-Hicks sono effettuate mediante la comparazione dei *payoff* aggregati delle varie alternative e mediante la selezione dell'opzione che massimizza la sommatoria del benessere delle parti. Cfr. F. PARISI, *Scuole*, cit.

¹⁰ Anche in questo caso, il professor Trimarchi ci testimonia la purezza metodologica con cui porta avanti la propria ricerca: una teoria che nasce dall'osservazione della realtà, non una teoria alla ricerca di una realtà a cui si possa applicare.

d'impresa è proprio il momento più difficile per ottenere finanziamenti sul mercato. Le banche non concederanno prestiti.

Quindi che cosa può fare l'impresa per salvarsi? Dovrà ridursi, vendendo alcuni rami della propria attività. Facendo ciò, dovrà ridurre la propria produzione, perdendo la ottimizzazione di scala o gamma che aveva raggiunto in precedenza. Una società che stava ottimizzando, nella propria scala di produzione, nelle proprie sinergie di gamma nella produzione, dovendo vendere alcune aree della propria attività per far fronte alla perdita finanziaria – non colmata dalle riserve e dal mercato del capitale – avrà una perdita di valore maggiore rispetto alla perdita finanziaria inizialmente subita. Si perdono 100 milioni di euro ma in aggiunta a quelli si perdono i benefici ottenibili dalle economie di scala e gamma a cui ha dovuto rinunciare. Il valore aggiuntivo della perdita subita dall'impresa sono i *disruption costs* di cui parla Trimarchi. Se c'è una perdita che supera la soglia di tolleranza, data dalle riserve dell'impresa, il valore dell'impresa scende più rapidamente del valore monetario della perdita finanziaria iniziale. Di fronte a tale perdita, il rapporto tra perdita finanziaria e valore dell'impresa non sarà lineare, ma concavo. Il valore dell'impresa non ha incrementi marginali decrescenti simili alla utilità marginale decrescente della ricchezza, ma può tuttavia manifestare delle perdite marginali crescenti, dovute ai *disruption costs* che si aggiungono alle perdite finanziarie subite.

La diversificazione del rischio da parte di coloro che investono in attività produttive non è in grado di proteggere dal rischio di *disruption costs* e, quindi, il rapporto tra valore di una impresa e profitto $V(\pi)$ sarà lineare per i guadagni, ma concavo per le perdite superiori a un margine di tolleranza ξ , determinato dalle riserve e flessibilità dell'impresa:

$$\begin{aligned} V' > 0; \quad V'' = 0 \quad [\forall \pi > 0 - \xi] \\ V' > 0; \quad V'' < 0 \quad [\forall \pi < 0 - \xi] \end{aligned}$$

Da un punto di vista di modellistica questo implica che mentre il rapporto tra ricchezza e utilità è sempre concavo (perché l'utilità marginale della ricchezza è sempre decrescente per gli individui), il rapporto tra ricchezza e valore per l'impresa avrà un punto di flesso. Ci sarà un rapporto lineare di 1:1 per gli incrementi di ricchezza e un rapporto

concavo – come quello dell'utilità dei soggetti – quando l'impresa subisce una perdita che supera il margine di tolleranza, ξ . In quel punto di flesso dobbiamo introdurre delle concavità, $V'' < 0$. Rispetto a quelle perdite l'impresa andrà modellata come se fosse un soggetto “avverso al rischio”, nonostante la possibilità di diversificazione del rischio da parte degli investitori.

Il contributo del professor Trimarchi mette in tal modo in crisi una premessa metodologica consolidata. Come studiosi di analisi economica del diritto, noi dobbiamo calibrare i nostri modelli di “ingegneria giuridica”, tenendo conto di questa concavità della funzione di valore delle imprese. Nel formulare funzioni di benessere sociale non potranno più ignorarsi i c.d. trasferimenti di ricchezza a somma zero. Ad esempio, a causa delle concavità nelle funzioni di valore delle imprese, verrà meno l'illusione che i trasferimenti di ricchezza provocati dalle regole di responsabilità civile, essendo trasferimenti a somma zero, possano essere ignorati quando si calcola il loro impatto sul benessere aggregato. L'obiettivo dell'impresa non potrà più modellarsi come semplice massimizzazione del profitto o ricchezza attesa, π^e , ma dovrà modellarsi come massimizzazione del valore atteso, $V(\pi)^e$, tenendo quindi conto dell'impatto dei potenziali *disruption costs* sul valore dell'impresa. Nella formulazione degli obiettivi sociali per l'identificazione delle regole efficienti, si dovranno quindi utilizzare funzioni di benessere sociale che considerano l'impatto di regole alternative sul valore aggregato delle imprese:

$$\text{Max} \sum_{i=1}^n \pi_i$$

Il contributo che il professor Trimarchi ha pubblicato nel 2003 sulla *International Review of Law and Economics*, criticando direttamente un fondamento della microeconomia, ha rilevanza non solo nelle applicazioni di analisi economica del diritto, ma offre importanti spunti di futura riflessione per la teoria economica e aziendale.

4. *Disruption costs e funzione assicurativa della responsabilità civile?*

Secondo la teoria economica, le regole sulla responsabilità civile sono strumenti per l'internalizzazione delle esternalità che attività creatrici di rischio creano su altri soggetti. Tale internalizzazione è necessaria al fine di allineare gli incentivi privati agli obiettivi sociali e di promuovere l'efficienza massimizzando il benessere sociale.

Come discusso in precedenza, si ritiene che il mercato assicurativo sia maggiormente idoneo a curare i problemi di avversione al rischio dei soggetti e per questo motivo la funzione assicurativa non è normalmente annoverata tra le finalità delle regole di responsabilità civile. Prima del contributo di Trimarchi, gli studiosi di analisi economica del diritto si sono dunque concentrati sul ruolo delle regole di responsabilità nella creazione di incentivi, ignorando gli altri effetti di allocazioni del rischio alternative.

Le variabili prese in esame nella scelta tra diverse regole di responsabilità (per esempio negligenza, responsabilità assoluta, etc.) sono innanzitutto i costi degli incidenti e i costi sostenuti per evitare gli incidenti (prevenzione). Per i casi di precauzioni unilaterali, le regole di responsabilità assoluta risultano efficienti, in quanto obbligano chi cagiona il danno a prendere in considerazione l'intero costo del danno nel momento in cui viene scelto il livello di attività e di precauzioni. In un regime di responsabilità per colpa il potenziale danneggiante sarebbe solo indotto a essere diligente e ciò potrebbe produrre livelli di attività eccessivi. Tutte le regole in cui siano coinvolte precauzioni bilaterali si devono, invece, rapportare con un comune dilemma. Un aumento del livello di precauzioni o una riduzione del livello di attività di una parte crea una esternalità positiva sull'altra parte, rendendo meno probabile l'accadimento di un incidente. Non esistono regole di responsabilità civile di facile applicazione che possano indurre sia la vittima sia il danneggiante a internalizzare i costi e i benefici dei loro comportamenti in tutte le dimensioni.

L'analisi economica del diritto precedente al contributo di Trimarchi ha considerato i vantaggi comparati di regole di responsabilità civile alternative in situazioni di precauzioni bilaterali, concentrandosi sull'effetto delle regole sui livelli di attività e di precauzione delle parti. In

tutti i tradizionali regimi di responsabilità, una sola delle due parti (danneggiante o vittima) si trova a sostenere l'intera perdita in equilibrio. In assenza di condotte colpevoli delle parti, in vigenza di un regime di responsabilità per colpa la vittima sopporta l'intero danno derivato dall'incidente, mentre nel vigore di un regime di responsabilità oggettiva è il danneggiante a dover sopportare l'intera perdita. Questo aspetto dei regimi tradizionali di responsabilità è in tensione con il messaggio del contributo del professor Trimarchi relativo ai *disruption costs*, ed è all'origine dei tentativi della recente letteratura di formulare criteri alternativi di responsabilità che potessero consentire di dividere tra parti incolpevoli il danno derivato dall'incidente. Già nel 1996, Guido Calabresi aveva criticamente osservato che nessuno studioso aveva considerato la possibilità di distribuire un danno tra un danneggiante e una vittima entrambi non negligenti¹¹. Il focus di Calabresi era sull'effetto della regola proposta sul livello di attività delle parti, in quanto incentivi alla minimizzazione dei livelli di attività seguono l'allocazione della responsabilità residuale¹². Non si fa cenno alla possibile funzione "assicurativa" della regola di responsabilità da lui proposta.

La ripartizione del danno non colposo tra le parti evita l'imposizione dell'intera perdita su una parte incolpevole: le parti dividono tra loro la responsabilità residuale e la ripartizione attesa del danno in equilibrio. Di conseguenza, l'entità dei *disruption costs* è dimezzata: i soggetti si offrono una mutua assicurazione per l'ipotesi di un danno futuro. Al contrario di quanto si era precedentemente sospettato nella letteratura, l'effetto assicurativo di questa regola di responsabilità non va a diluire gli incentivi primari delle parti ad adottare livelli di precauzione so-

¹¹ G. CALABRESI, *Keynote Lecture at VI Annual Meeting della American Law & Economics Association*, Chicago, 10-11 maggio 1996, propose una regola di responsabilità con l'allocazione del danno non colposo da effettuarsi sulla base del contributo causale all'evento dannoso. Cfr. G. CALABRESI, J.O. COOPER, *New Directions in Tort Law*, 30 *Val. U. L. Rev.* 859 (1996).

¹² Come è stato messo in luce nella letteratura economica successiva, sono infatti ripartiti tra le parti anche gli incentivi per l'adozione di livelli di attività ottimali. Cfr. V. FON, F. PARISI, *Causalità Concorrente*, in *Danno e Resp.*, 2006, p. 701 ss.

cialmente ottimali¹³. La ripartizione del danno, infatti, avviene soltanto nel caso in cui le parti abbiano avuto condotte diligenti. In caso di negligenza le parti subiranno l'intera responsabilità per il danno creato o subito. Se combinata con standard di responsabilità basati sulla colpa, questa regola di responsabilità permette dunque la ripartizione del danno in equilibrio – con effetto assicurativo per le parti – senza intaccare gli incentivi per l'adozione di livelli efficienti di precauzioni¹⁴.

Laddove appaia opportuno ripartire il danno tra le parti per ridurre l'entità dei *disruption costs*, la regola che permette la ripartizione del danno tra vittima e danneggiante quando non sono negligenti potrebbe, quindi, rappresentare uno strumento giuridico migliore della maggior parte degli altri regimi di responsabilità, nei quali soltanto una delle due parti subisce l'intero danno in un equilibrio di Nash. L'applicazione di questa regola può risultare inoltre più allettante quando le parti sono avverse al rischio, in assenza di un mercato assicurativo e di altre opportunità di diversificazione del rischio¹⁵.

¹³ Per un'analisi formale di questi risultati cfr. V. FON, F. PARISI, *Comparative Causation*, 6 *Am. L. and Econ. Rev.* 345 (2004); F. PARISI, R. SINGH, *The Efficiency of Comparative Causation*, 6 *Rev. L. and Econ.* 219 (2010).

¹⁴ Come mostrato da E. CARBONARA ET AL., *Sharing Residual Liability: 'Cheapest Cost Avoider' Revisited*, 45 *J. Legal Stud.* 173 (2016), la performance complessiva della regola dipende quindi dalle sinergie e complementarità tra le attività delle parti. Dal punto di vista pratico, l'adozione di questa regola in un regime di responsabilità per colpa implicherà costi amministrativi maggiori, data la necessità sia di valutare la sussistenza della colpa sia di decidere cause che, in assenza di accertamento della colpa, non darebbero luogo a continuazione del contenzioso nel vigore delle regole tradizionali di responsabilità.

¹⁵ Inoltre, questa ripartizione del danno in equilibrio può rappresentare una via pragmatica per allocare la responsabilità tra parti incolpevoli quando i risultati dicotomici (del tipo "o tutto o niente") non siano politicamente o diplomaticamente praticabili. Infine, ripartendo gli incentivi alla riduzione del livello di attività, la regola può massimizzare il benessere congiunto delle parti in presenza di costi marginali crescenti relativi nella riduzione dei livelli di attività.

FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

Cesare Salvi

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. *Solidarismo e logica economica*. 3. *Danno non patrimoniale e danni punitivi*. 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Vorrei partire dal tema delle funzioni della responsabilità civile e dal modo in cui venne affrontato dalla civilistica italiana degli anni Sessanta del secolo scorso. Si tratta di un tema che è tornato di recente all'attenzione degli studiosi, per alcuni aspetti come una sorta di riscoperta dell'ombrello, partendo da un *obiter dictum* della sentenza sul recepimento nell'ordinamento italiano dei danni punitivi da parte delle Sezioni Unite della Cassazione, quando la Suprema Corte ha parlato di carattere polifunzionale della responsabilità civile¹. In realtà, il tema era già stato affrontato in passato nella civilistica, innanzitutto dai realisti giuridici statunitensi, ma anche in Italia, in particolare, appunto, negli anni Sessanta del secolo scorso².

Quale questione era al centro del dibattito?

Venne messa in discussione, in modo radicale, l'idea tradizionale che accompagnava quello che il Codice civile del 1942 chiama ancora, emblematicamente, "illecito civile" (mentre oggi siamo abituati a parlare di "responsabilità civile"), ossia l'idea che il compito degli istituti ricondotti all'illecito/responsabilità civile sia quello di punire, sanzionare o prevenire comportamenti caratterizzati dalla colpa.

Certo, l'evoluzione c'era già stata – e più che secolare.

¹ Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2018, I, 2503.

² Una rassegna del dibattito in C. SALVI, *La responsabilità civile*³, Milano, 2019, p. 18 ss.

Dapprima aveva prevalso l'idea della colpa come riprovevolezza etica del comportamento e quindi l'aspetto punitivo. Poi la colpa aveva assunto un carattere più oggettivo, caratterizzandosi come difformità da una norma di condotta. È soprattutto Holmes³ nell'Ottocento a reimpostare il tema della colpa, evidenziandone il carattere preventivo piuttosto che quello punitivo. Naturalmente si sapeva che c'erano eccezioni e alcune voci richiamavano l'attenzione sulla rilevanza di quelle eccezioni, ma rimaneva centrale l'idea del primato della colpa. Successivamente ci si comincia invece a chiedere se davvero si possano ricostruire secondo questa logica gli istituti che danno luogo al risarcimento per danno extracontrattuale. Se, in altre parole, sia questa la funzione unitaria che dà conto della responsabilità civile.

2. *Solidarismo e logica economica*

Emersero allora due punti di vista.

Uno è legato a una concezione solidaristica. L'aspetto centrale dell'istituto diventa quello di risarcire le vittime dei danni. L'attenzione viene spostata dall'autore alla vittima del fatto dannoso. In Italia, due importanti studiosi, Stefano Rodotà e Renato Scognamiglio – il primo con una monografia e il secondo con una serie di voci sul Novissimo Digesto Italiano – seguono questa impostazione⁴.

Pietro Trimarchi, nelle sue due monografie degli anni Sessanta e nella voce *Illecito civile* nell'Enciclopedia del Diritto del 1970⁵, propone, invece, un ragionamento diverso. Un ragionamento che mette sì in discussione l'impostazione tradizionale, ma da un altro punto di vista.

³ O.W. HOLMES, *The Tort of Negligence*, in ID., *The Common Law* (1881), rist., Cambridge (Mass.), 1963, p. 67 ss.

⁴ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; i saggi di Scognamiglio, scritti tra il 1957 e il 1969, sono ora in R. SCOGNAMIGLIO, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, p. 293 ss.

⁵ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; *Causalità e danno*, Milano, 1967; voce *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 90 ss.

Qual è l'idea comune da cui partono sia i solidaristi (chiamiamoli così) sia coloro che invece, come Trimarchi, impostano la questione in una logica sì economica, ma comunque, come è stato detto in questo convegno, non economicistica? L'idea muove da quello che aveva detto Holmes nel suo seminale saggio sul *tort of negligence*⁶ e cioè che il danno deve restare dove è caduto, a meno che non ci sia una ragione per trasferirlo su un altro soggetto. Se per Holmes questa ragione è ancora la colpa, egli ha il merito di introdurre l'elemento dell'interesse generale. Non è più un rapporto in cui va sanzionato il colpevole. È l'ordinamento che considera l'accadimento dannoso e valuta, come regola generale, che deve restare dove è caduto; quando ricorrono le circostanze che giustificano l'intervento dello Stato (che per Holmes consistono nella colpa in senso oggettivo), ha luogo il trasferimento del costo.

I solidaristi invece partono dal presupposto che il principio sia opposto: il danno deve essere riparato, se non c'è una buona ragione perché ciò non accada.

È su questo punto che interviene la riflessione di Pietro Trimarchi. Una riflessione che si pone in un'ottica – non esplicitamente, ma sostanzialmente – critica del punto di vista solidarista e che concepisce invece la responsabilità civile come un istituto bilaterale. La responsabilità civile non elimina il danno: lo trasferisce da un soggetto a un altro soggetto, da colui sul quale è caduto il costo dell'evento dannoso a un altro soggetto che se ne deve fare carico. Affinché si attivi questo trasferimento deve esserci una ragione. Questa ragione non è solo quella preventivo-punitiva (più preventiva che punitiva) legata al carattere colposo della condotta, ma, con pari rilevanza, il rischio. Da qui il sistema bipolare responsabilità per colpa/rischio/risposta oggettiva per rischio.

In passato, c'erano stati altri autori (Esser in Germania, Starck in Francia)⁷ che avevano prospettato una soluzione bipolare, ma la novità che introduce Trimarchi nel dibattito è l'uso rigoroso dell'argomento

⁶ V. nota 3.

⁷ J. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, München-Berlin, 1941; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Paris, 1947.

economico (anche se non per motivare esclusivamente sulla base dell'argomento economico, come farà poi la scuola di Posner, perché egli è sempre attento al dato positivo e all'esigenza di rispettarlo).

Dunque, la responsabilità civile è un sistema bipolare. Le sue funzioni, inoltre, sono diversificate a seconda che si guardi all'aspetto risarcitorio o all'aspetto dell'imputazione della responsabilità. Questo è un punto molto importante che ha segnato la riflessione anche successivamente di Trimarchi.

Innanzitutto, c'è una funzione risarcitoria-compensatoria del danno che è comune a entrambe le figure. Infatti, sia nella responsabilità per colpa sia nella responsabilità oggettiva ciò che accade una volta che il meccanismo della responsabilità si è attivato è il trasferimento del costo economico dell'evento da un soggetto a un altro. E questa funzione è unitaria. Quello che cambia è la ragione per cui avviene questo trasferimento. La duplicità riguarda, nel sistema del codice, non l'aspetto risarcitorio, ma appunto l'aspetto dell'imputazione della responsabilità. I criteri di imputazione sono due, le ragioni per cui si è responsabili sono due.

È stata successivamente esaminata e a volte criticata l'idea che tutte le ragioni della responsabilità diverse dalla colpa siano riconducibili all'unico principio del rischio. Infatti – si è detto – i diversi criteri di imputazione per attività pericolosa, per cosa in custodia, per fatto del dipendente e così via, che Pietro Trimarchi riconduce a un unico principio, non sarebbero invece riconducibili, nell'analisi della fattispecie degli artt. 2049 ss., a quest'unico principio.

Però si deve dire che successivamente l'evoluzione della giurisprudenza è andata nella direzione che indicava Trimarchi. Nonostante le norme del codice restino quelle del 1942, la giurisprudenza vi ha costruito intorno un sistema diverso rispetto a come quelle norme venivano lette quando il codice fu scritto – e a lungo anche dopo. Infatti, la giurisprudenza è giunta ad attribuire sempre più un carattere oggettivo alle fattispecie di responsabilità previste dal Titolo IX, diverse dalla colpa: così è avvenuto per il caso fortuito; per la responsabilità del padrone e committente, completamente svincolata dall'illecito del dipen-

dente; per la responsabilità per attività pericolosa, in cui è sempre più difficile – e a volte esclusa – la prova liberatoria⁸.

Vi è insomma l'intuizione, nel pensiero di Trimarchi, di una tendenza che risponde a una logica effettiva: se non si risponde per colpa, si deve rispondere per un'altra ragione; e probabilmente questa ragione è effettivamente l'elemento di rischio che l'autore del fatto dannoso – o meglio, il soggetto al quale è imputato il fatto dannoso – ha introdotto nel sistema.

3. *Danno non patrimoniale e danni punitivi*

Il secondo punto di riferimento – molto importante oggi – degli scritti di Trimarchi – che egli ha peraltro ripreso anche in studi molto recenti, come quello sulla *Rivista di Diritto Civile* che è stato citato nel corso di questo convegno⁹ – è consistito nell'evidenziare che tutto questo ragionamento ha un senso quando si parla di danno patrimoniale, che, come noto, per il codificatore era la forma generale del danno, visto il carattere di eccezionale tipicità attribuito al risarcimento del danno non patrimoniale.

Quando si è di fronte al danno non patrimoniale, si è in un campo diverso, perché manca il presupposto stesso del sistema della responsabilità civile, ossia l'equivalenza tra il danno cagionato e il danno da risarcire. E questa equivalenza manca perché il primo termine dell'equazione, cioè il costo economico, non esiste: per definizione il danno non patrimoniale non è suscettibile di valutazione economico-monetaria. Ciononostante, la giurisprudenza si arrabatta nella ricerca dell'impossibile criterio di equivalenza per il danno non patrimoniale¹⁰.

⁸ Per il danno da cose, a partire da Cass., sez. un., 11 novembre 1991, n. 12019, in *Foro it.*, I, 922; per l'attività pericolosa da Cass. 4 maggio 2004, n. 8457, in *Foro it.*, 2004, I, 2377.

⁹ P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 687 ss.

¹⁰ La stessa Cassazione (sent. 27 marzo 2018, n. 7513, in *Foro it.*, 2018, I, 2038) ha parlato di "somma confusione" in materia di quantificazione del danno non patrimoniale.

Questo punto non è affatto secondario, perché si ricollega – se ne è parlato anche nel corso di questo convegno – alla questione dei danni punitivi. Infatti, il danno non patrimoniale, di fatto, rischia di diventare un danno punitivo (o un risarcimento punitivo, volendo essere più precisi), del tipo di quelli previsti dai sistemi anglosassoni. In questo modo si fuoriesce però dal campo della responsabilità civile in senso proprio.

Nel momento in cui al risarcimento del danno non patrimoniale viene fatto carico di funzioni diverse da quella della soddisfazione monetaria per una perdita non monetaria, adottando invece una logica punitiva, si esce dal terreno dell'istituto della responsabilità civile nelle sue diverse varianti. E si aprono altre delicate questioni, a cominciare da quella segnalata dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza sul recepimento dei danni punitivi in Italia¹¹, in cui si rammenta che se del risarcimento si fa una sanzione, non ci si può sottrarre alle regole che la Costituzione pone al riguardo, a cominciare dal principio di stretta legalità e dalle altre norme che vi sono collegate (la irretroattività e così via).

Il ragionamento funzionale sul danno non patrimoniale porta a risultati operativi, non solo concettuali, che meritano attenzione. In altre parole, non c'è solo un *caveat* rispetto a un certo entusiasmo con il quale è stata accolta in Italia la tematica del danno punitivo, ma c'è anche un problema normativo molto serio, che, oltretutto, non è un problema astratto. Altre volte mi è capitato di ricordare che una simile preoccupazione si riverbera nel mondo dell'informazione. Il caso più clamoroso fu quello del giornalista di Report – Corrado Formigli – che fu condannato in primo grado dal Tribunale di Torino a una cifra spropositata di risarcimento del danno non patrimoniale (milioni di euro) per avere messo in dubbio la qualità di un prodotto FIAT in comparazione con altri. Fortunatamente, sono intervenute la Corte d'Appello e poi la Cassazione, rammentando che la Costituzione italiana tutela la libertà di manifestazione del pensiero¹². È noto che il mondo dell'informazione si trova ad affrontare questo rischio. Vi sono disegni di legge in Parlamento, per reagire al fatto che ormai, come si sa, la vittima della diffi-

¹¹ V. nota 1.

¹² Cass., ord. 7 giugno 2018, n. 14727, in *Foro it.*, 2018, I, 2319.

mazione non ricorre allo strumento penale, ma a quello civilistico, con inquietanti effetti deterrenti.

Con i danni punitivi, entriamo in un terreno in cui la responsabilità civile fuoriesce dalla logica sua propria, per assumere un'altra logica, di tipo penale in senso proprio. Questo Trimarchi lo segnalava già in una nota della voce dell'Enciclopedia del diritto del 1970 che ho già menzionato.

4. Conclusioni

Queste riflessioni mi inducono a considerare come il tema della funzione o delle funzioni della responsabilità civile non sia solo un esercizio dottrinale, al quale i giuristi e gli accademici si dedicano, perché, come è giusto, devono cercare di capire e spiegare le funzioni economiche e sociali degli istituti giuridici, ma ha anche una sua peculiare rilevanza nel momento in cui lo si coordina con la riflessione sulla funzione di altri istituti nel nostro ordinamento. La pena – che può essere anche pena privata – quando è prevista nell'ordinamento, deve avere i requisiti di legge (tipicità, riserva di legge e così via). Questi requisiti, tuttavia, come sappiamo, non ricorrono nel campo della responsabilità civile nel quale è abbondante (e ragionevole) il ricorso alla clausola generale.

Preparando questo incontro, ho ripreso in mano i libri di Pietro Trimarchi degli anni Sessanta e li ho messi accanto al recente ampio libro in cui raccoglie la sua ricerca¹³. Ebbene, vedo che c'è una continuità di pensiero, che parte dall'idea che le intuizioni e le logiche del suo ragionamento iniziale avevano – e, a mio avviso, hanno – fondamento, ma si arricchiscono con quello che è avvenuto nel tempo trascorso. E questo è certamente segno di un pensiero “forte” – come si sarebbe detto un tempo – che individua assi di ragionamento, individua categorie, non le ripete passivamente, ma le aggiorna e le adegua ai profondi cambiamenti che sono intervenuti e tutt'ora intervengono nel mondo del diritto.

¹³ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*², Milano, 2019.

Il mondo degli anni Sessanta era il mondo del solidarismo, il mondo dello stato sociale. Oggi – se ne è parlato anche nel corso di questo convegno – è il mondo del neoproprietarismo, del neoliberismo (lo si chiami come si vuole) e quindi il contesto economico-sociale è completamente cambiato. Ma le categorie giuridiche aiutano a comprendere questo cambiamento, a valutarlo e a fornire il proprio supporto di comprensione e, se del caso, di critica. Il campo della responsabilità civile è uno di quelli che più si presta a questo tipo di riflessione e il pensiero di Trimarchi in questi anni è importante per aiutarci a comprendere quello che stava accadendo nel mondo del diritto e non solo.

INCENTIVI ALL'ADEMPIMENTO: IL PENSIERO DI PIETRO TRIMARCHI E LA CORTE DI CASSAZIONE

Gianroberto Villa

SOMMARIO: 1. *Un contributo pionieristico sulla responsabilità.* 2. *Danno da ritardo e profitti del debitore.* 3. *Incentivi e arricchimento.* 4. *La perdita minima del danneggiato.*

1. *Un contributo pionieristico sulla responsabilità*

Nel 1970 Pietro Trimarchi pubblica un saggio dal titolo *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*¹.

Si tratta di un lavoro rivoluzionario per la nostra tradizione giuridica: già a partire dal suo aspetto formale, è un articolo in cui non vi è traccia di massime e brocardi, ma che si giova di equazioni e disequazioni. Al di là di questo, che potrebbe essere giudicato come un aspetto solo esteriore, è il metodo utilizzato per l'esame della responsabilità contrattuale a essere fortemente innovativo.

Trimarchi si chiede quale sia la funzione della responsabilità contrattuale all'interno di un sistema di incentivi e precauzioni diretto a condizionare la condotta degli operatori economici; in un dialogo che guarda ai lavori di Guido Calabresi² e di Ronald Coase³, fissa alcuni punti rilevanti.

Egli osserva in primo luogo che la responsabilità è uno strumento che mira a indurre il debitore ad adempiere le prestazioni promesse; ciò

¹ In *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 512 ss. Il lavoro è apparso anche in lingua tedesca: *Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1972, p. 118 ss.

² *Does the fault system optimally control accident costs?*, 33(3) *Law Cont. Prob.* 429 (1968); *The decision for accidents: an approach to nonfault allocation of costs*, 78 *Harv. L. Rev.* 713 (1965).

³ *The problem of social cost*, 3 *J.L. & Econ.* 1 (1960).

richiede di adottare strumenti giuridici che lo spingano ad assumere misure preventive affinché non si verifichino disfunzioni che ostacolino l'adempimento o provochino adempimenti inesatti. Tuttavia, poiché ogni misura di prevenzione porta con sé un costo, gli effetti economici della responsabilità devono essere calibrati allo scopo di condurre il debitore ad affrontare quelle spese volte alla prevenzione che siano inferiori al valore atteso del danno. Inoltre, nella determinazione di questo livello di costi e misure preventive, deve essere preso in considerazione il fatto che anche il creditore può contribuire a prevenire il danno mediante precauzioni da assumere dal suo lato, in modo da raggiungere un livello ottimale di prevenzione bilaterale.

Trimarchi rileva che il danno in realtà non può essere eliminato, una volta che è stato prodotto; al più possono essere trasferite le sue conseguenze economiche da una parte all'altra del rapporto, tenendo però conto che occorre evitare che il peso finanziario del danno o del risarcimento abbia risultati devastanti sull'economia individuale di chi debba sostenerlo; dunque le regole devono avere l'obiettivo di assegnare quell'onere in modo da favorire l'assorbimento del danno con le minori scosse possibili. Questa finalità giustifica soluzioni che limitino la responsabilità al danno prevedibile da parte del debitore e che prendano in considerazione, nella ripartizione del peso del danno tra le parti, la maggiore o minore facilità di accedere all'assicurazione da parte loro.

L'articolo rileva poi che le regole sulla responsabilità devono mirare a ridurre anche i costi del procedimento giudiziario e che quindi dovrebbero essere privilegiate soluzioni che semplifichino l'amministrazione delle liti, evitando per quanto possibile lunghe istruttorie, più probabili laddove si debba valutare la colpa del danneggiante e più contenute se operano sistemi di responsabilità oggettiva.

Il lavoro, dopo avere analizzato le ragioni per cui nel sistema italiano la responsabilità non derivante da dolo copre solo i danni prevedibili e avere suggerito, in alcuni settori come quello in cui il rapporto corre tra imprese e consumatori, una preferenza a favore di un sistema di responsabilità oggettiva, si fa carico di due obiezioni. La prima è quella per cui un incremento della responsabilità porta a un aumento dei prezzi, perché le misure preventive si traducono in aumenti di costi, di cui fa le spese il cliente apparentemente protetto da una responsabilità più

rigorosa imposta all'impresa; la risposta di Trimarchi è che questo processo è lento e che, comunque, un allentamento della responsabilità sconta il rischio elevato di favorire comportamenti opportunistici e fenomeni di selezione avversa, portando comunque pregiudizi ai creditori. La seconda obiezione è quella che ha radici nelle riflessioni di Ronald Coase e che sottolinea che, dal punto di vista dell'efficienza, la scelta tra uno o l'altro assetto delle regole sulla responsabilità sarebbe indifferente, in quanto, negoziando tra loro, le parti arriverebbero spontaneamente al risultato più efficiente; Trimarchi replica che l'esistenza dei costi transattivi esclude la concreta praticabilità di questo risultato.

L'articolo si chiude infine segnalando che, di fronte a certe sopravvenienze, la responsabilità non deve operare, perché incentiverebbe un adempimento inefficiente in quanto eccessivamente oneroso, quando non impossibile.

Come si vede, i temi toccati sono molti; in questa sede, dovendo necessariamente operare una selezione, vorrei soffermare l'attenzione sulla considerazione iniziale da cui l'intero lavoro si sviluppa, ovvero quello che vede la responsabilità come strumento per creare corretti incentivi ad adempiere.

Si tratta del resto di un argomento su cui Trimarchi sarebbe ritornato anni dopo, con un lavoro dal titolo *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*⁴. Qui la funzione della responsabilità come sistema per creare corretti incentivi all'adempimento è ribadita e coordinata con l'ulteriore elemento rilevante sul tema, una sorta di altra faccia della medaglia, costituita dalla funzione del contratto e della responsabilità quale meccanismo di ripartizione dei rischi tra le parti. In questa prospettiva, il discorso raccoglie ulteriori riflessioni inerenti al funzionamento della responsabilità e alla ripartizione dei rischi in connessione con i criteri di imputazione, con un'analisi diversificata a seconda del contenuto delle diverse categorie di obbligazioni.

Queste idee hanno avuto accoglimento sempre più ampio nel contesto accademico e teorico; quello che può essere interessante chiedersi qui è se esse si siano estese anche oltre questo ambito, influenzando la giurisprudenza pratica. Svolgeremo quindi queste riflessioni valutando

⁴ In *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 341 ss.

appunto se e come quella premessa generale sulla funzione della responsabilità sia stata recepita nel ragionamento dei giudici italiani.

2. *Danno da ritardo e profitti del debitore*

In questa verifica viene in aiuto una singolare coincidenza: proprio nel 2008, anno in cui è pubblicato il lavoro di Trimarchi ricordato da ultimo, si impone all'attenzione dei giuristi un'importante pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁵.

La sentenza si occupa di un tema da molto tempo oggetto di contrasti e ripensamenti, ovvero della determinazione del danno da ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria. La decisione interviene in un momento in cui la rilevanza sociale ed economica della questione era parzialmente sopita grazie al convergere di due particolari evenienze quali la riduzione del tasso di inflazione a entità modestissime e la diminuzione dei rendimenti finanziari offerti dal mercato; tuttavia questa contingenza non cancella il ricordo di un precedente dibattito che aveva assunto toni accesi e proposto soluzioni divergenti in momenti in cui la pressione inflazionistica era stata intensa e preoccupante.

Non è questo il luogo per ripercorrere quelle discussioni⁶, ma il loro contenuto può essere riassunto, con una sintesi drastica, nella domanda: visto che il creditore di somme di denaro rimasto insoddisfatto ha il diritto di ottenere gli interessi legali, ma deve essere risarcito anche del danno eccedente e non coperto dagli interessi, come incide l'inflazione sulla determinazione del maggior danno?

La risposta è stata ovviamente da sempre influenzata dal rigore del principio nominalistico fissato dall'articolo 1277 del codice civile, il quale costituisce un freno al riconoscimento di rivalutazioni automatiche; dunque, in assenza di automatismi, ma in presenza di una disposizione che, come fa l'articolo 1224, consente al creditore di agire per ottenere il maggior danno subito per il ritardo nel pagamento, diventa

⁵ Cass., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19499, in *Foro it.*, 2008, I, 2786, con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI.

⁶ Sul tema v. per tutti B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie: art. 1277-1284*, in F. GALGANO (a cura di), *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna, 2011, p. 332 ss.

cruciale individuare quali prove siano sufficienti per dimostrare il pregiudizio ulteriore e per superare l'obiezione per cui l'inflazione avrebbe colpito anche una somma di denaro pagata tempestivamente.

Di fronte a un atteggiamento spesso restrittivo che animava una gran parte della giurisprudenza e che accentuava il timore di alleggerire eccessivamente l'onere della prova incombente sul danneggiato, la Corte di Cassazione aveva proposto una soluzione compromissoria⁷ creando un sistema di presunzioni di danno operanti in relazione a specifiche categorie di creditori, secondo una tassonomia che elencava cinque creditori-tipo, ciascuno con un onere della prova del danno diversificato, sino a giungere alla concessione della rivalutazione automatica per il caso in cui il creditore fosse un modesto consumatore⁸.

Il panorama successivo all'adozione di questa soluzione si è andato progressivamente adeguando, anche perché il terreno della contesa si è nel tempo ridotto, non solo per il mutamento del quadro economico, ma anche per la variazione del contesto giudico: la nuova versione dell'articolo 1284 del codice civile ha superato l'impostazione che disponeva un tasso di interesse legale fisso per introdurre un sistema mobile, nel quale un decreto ministeriale può adeguare annualmente il tasso tenendo conto del rendimento medio dei titoli di Stato di durata annuale e del tasso di inflazione registrato nell'anno⁹.

Insomma, nel 2008 il problema del maggior danno nell'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria sembra accantonato. E tuttavia, con una sentenza attenta alle dinamiche dell'economia e ai riflessi che le soluzioni giuridiche esercitano sul comportamento degli operatori economici, la Corte di Cassazione rivoluziona il quadro che aveva composto in precedenza ed espone queste considerazioni: frequentemente il tasso legale di interesse, anche calcolato secondo i nuovi parametri, è risultato inferiore al tasso di rendimento del denaro disponibile sul mer-

⁷ L'orientamento è stato definito da A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 294 come "escamotages di natura teorico-dogmatica che non valgono a nascondere un indirizzo di politica giudiziale".

⁸ Cass., sez. un., 4 luglio 1979, n. 3776, in *Foro it.*, 1979, I, 2622, con nota di R. PARDOLESI; Cass., sez. un., 5 aprile 1986, n. 2368, in *Foro it.*, 1986, I, 1265, con note di R. PARDOLESI e A. AMATUCCI.

⁹ Art. 1 l. 26.11.1990, n. 662.

cato¹⁰; ciò significa che il debitore, seguendo un comportamento economicamente razionale, è indotto a ritardare l'adempimento e a investire in titoli le somme dovute, in quanto, anche se alla fine dovrà pagare gli interessi, avrà comunque un vantaggio pari alla differenza tra la misura del tasso legale di interesse e quella dei tassi praticati nel mercato.

In sostanza, per il debitore sarebbe efficiente non adempiere.

Con la pronuncia del 2008 la Corte di Cassazione supera la sua giurisprudenza precedente e critica il sistema delle "presunzioni personalizzate"; osserva invece che, con l'eccezione del 1994, anno nel quale il rendimento dei titoli di Stato era stato inferiore al tasso legale calcolato secondo i parametri variabili previsti dal codice civile, la più semplice forma di investimento del denaro, ovvero appunto quella in titoli pubblici, aveva goduto di una redditività superiore all'interesse legale, con la conseguenza che per il debitore era generalmente risultato conveniente, sul piano economico, non adempiere tempestivamente.

Essa considera questo esito contrario all'intenzione del legislatore che, modificando l'articolo 1284, non ha avuto lo scopo di creare un incentivo economico all'inadempimento, ma è stato ispirato dalla considerazione per cui l'ordinata attuazione delle relazioni economiche rappresenta un beneficio per la collettività. Al contrario, l'effetto di disincentivare l'inadempimento, in unione con la ricaduta positiva che ciò produce grazie alla diminuzione delle liti e alla semplificazione del processo, può derivare da una soluzione che elimini ogni spinta a non adempiere, in modo che la promozione di una causa da parte del creditore insoddisfatto si risolva come minimo nel riconoscimento a suo favore di un maggior importo corrispondente all'utile economico che il debitore ha tratto o che avrebbe potuto trarre dalla conservazione del denaro per tutto il tempo della mora.

La sentenza arriva in conclusione ad adottare un'interpretazione con cui è riconosciuto, a favore del creditore di somme di denaro non corrisposte dal debitore in mora, un maggior danno pari alla differenza tra il tasso di rendimento netto (dedotta l'imposta) dei titoli di Stato di durata

¹⁰ Si consideri, ad esempio, che l'adeguamento annuale registra le variazioni del mercato dopo che queste si sono verificate e che il tasso di interesse legale variato cristallizza le condizioni del mercato dell'anno precedente e non quelle che si verificano contemporaneamente al periodo in cui la misura del tasso legale è efficace.

non superiore ai dodici mesi (o tra il tasso di inflazione se superiore) e quello degli interessi legali (se inferiore).

3. *Incentivi e arricchimento*

Le argomentazioni della Corte di Cassazione evocano con chiarezza almeno due dei concetti che Trimarchi esprime quando descrive le funzioni della responsabilità per inadempimento; vi è un chiaro riferimento agli effetti che le regole giuridiche determinano sulle scelte del debitore, producendo incentivi o disincentivi ad adempiere; è richiamata poi un'ulteriore funzione che deve ispirare le soluzioni in tema di responsabilità, ovvero l'esigenza di semplificare le liti e ridurne i costi.

Insomma, sembra che il tema degli incentivi economici creati dalla responsabilità e i ragionamenti attenti all'analisi economica abbiano fatto ingresso a pieno titolo negli strumenti di decisione della giurisprudenza, tanto da doverne essere soddisfatti.

Residua tuttavia una questione non chiarita: la Corte, quando parla del riconoscimento a favore del creditore dell'utile minimo ritratto o ritraibile dal debitore inadempiente, allude al risarcimento del danno o sta considerando un obbligo di reversione degli utili ricavati dal soggetto in mora?

In altri termini, la prospettiva concentrata sul lato del debitore inadempiente che lucra sul suo stesso ritardo evoca e pare riconoscere quale strumento compatibile con il nostro ordinamento il meccanismo che, nel quadro della *Restitution*, i sistemi di *common law* qualificano come *disgorgement*¹¹. Non a caso, commentando quella sentenza, Roberto Pardolesi aveva intravisto nelle parole della motivazione, appunto un "*disgorgement che non t'aspetti*"¹².

¹¹ E.A. FARNSWORTH, *Contracts*², Boston (Mass.), 1990, p. 817; ID., *Your loss or my gain? The dilemma of the disgorgement principle in breach of contract* (1985) 94 *Yale L. J.* 1339; in Italia, P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005.

¹² R. PARDOLESI, *Debiti di valuta, "danno da svalutazione" (e il "disgorgement" che non t'aspetti)*, in *Foro it.*, 2008, I, p. 2789.

Detto altrimenti, il piano su cui si muove l'argomentazione della Corte di Cassazione sembrerebbe diverso rispetto alla prospettiva della responsabilità; in forza delle regole che governano quest'ultima, è vero che la responsabilità risarcitoria svolge una funzione preventiva degli illeciti (anche contrattuali) e incentivante verso l'adempimento, ma questo effetto è ottenuto mediante un corretto calcolo del danno risarcibile commisurato all'interesse positivo e quindi ricollocando il creditore sulla stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato, se l'obbligazione fosse stata correttamente adempiuta.

La sentenza, invece, guarda a un altro aspetto laddove sottolinea la necessità di privare il debitore dell'arricchimento per attribuirlo all'altra parte, adottando un'impostazione che non opera più sul piano compensativo proprio delle regole sulla responsabilità.

È allora utile ritornare al pensiero di Pietro Trimarchi e alle riflessioni da lui svolte appunto sul tema dell'arricchimento ingiustificato¹³.

4. La perdita minima del danneggiato

Una domanda che Trimarchi aveva posto su questo tema era se il responsabile fosse tenuto a far pervenire al danneggiato l'arricchimento conseguito tramite l'illecito commesso. Allontanandosi dall'opposta tesi di Rodolfo Sacco¹⁴ e muovendo dalle norme dettate per il possesso, egli giunge alla conclusione per cui l'attribuzione dei profitti al titolare del bene costituisce un complemento della tutela del diritto sulla cosa spettante al danneggiato; ma anche in questo caso i frutti conseguiti mediante la violazione del diritto sono dovuti soltanto se lo sfruttamento della cosa è avvenuta in malafede; se invece lo sfruttamento è intervenuto in buona fede, l'arricchito ha il diritto di trattenere i frutti.

Alla base di questo risultato vi è una considerazione di efficienza economica: la reversione dei profitti conseguiti in buona fede costituisce un freno irrazionale al progresso economico, perché fa gravare su ogni iniziativa un'incognita imprevedibile e alla lunga paralizzante.

¹³ P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.

¹⁴ R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.

La meditazione sulla sorte del profitto conseguito da chi abbia senza diritto utilizzato risorse altrui si è poi sviluppata ulteriormente osservando, da parte di Trimarchi, che laddove la legge o la giurisprudenza riconoscono simile effetto, ciò avviene nel contesto dello sfruttamento illecito della cosa, del diritto o dell'immagine altrui; lo sfruttamento di beni altrui costituisce quindi il presupposto necessario dell'attribuzione dei frutti¹⁵, cosicché, *a contrario*, non opera quando si abbia a che fare con un puro inadempimento.

Il profitto del danneggiante non può essere riconosciuto nemmeno a titolo di risarcimento punitivo, come Trimarchi rileva nel recentissimo lavoro da lui pubblicato su questo argomento¹⁶. La dimostrazione dell'insussistenza *de iure condito* di una figura del genere nel nostro sistema è serrata e articolata. Essa si sofferma tra l'altro su una disposizione che dai sostenitori dei "danni punitivi" viene invocata a dimostrazione del loro riconoscimento da parte del sistema giuridico, ovvero sull'art. 125 del codice della proprietà industriale, laddove si accorda al titolare del diritto leso la facoltà di chiedere la restituzione degli utili conseguiti dall'autore della violazione; e, a questo riguardo, Trimarchi osserva che siamo di fronte nuovamente a una norma di contenuto "restitutorio" e non risarcitorio.

In sintesi, la disposizione che consente al titolare del diritto di privativa di ottenere da chi l'ha impiegato illecitamente un risarcimento quantificato in base agli utili tratti dal diritto non ha funzione punitiva; semplicemente riconosce al soggetto leso i frutti della cosa, al netto degli eventuali extraprofiti attribuibili all'iniziativa del danneggiante.

Se a questo punto traguardiamo la sentenza del 2008 con le considerazioni appena riferite finiamo per percepire talune dissonanze. In particolare, se davvero la sentenza avesse ammesso la restituzione dell'utile conseguito o conseguibile dal debitore di somme di denaro, dovrebbero essere accettati almeno due corollari.

Il primo è che, per operare nel caso dell'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria, la reversione del profitto dovrebbe prescindere dal

¹⁵ P. TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, p. 1197 ss.; ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano², 2019, pp. 643 ss.

¹⁶ P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 687 ss.

fatto che il danneggiato sia titolare del bene sfruttato dal danneggiante, dal momento che il creditore insoddisfatto non ha alcun diritto sul denaro che possa essere assimilato alla proprietà; egli ha solo un credito e quindi attende denaro che non è mai stato suo.

Il secondo corollario è che, se si ammette la reversione dell'utile nelle condizioni appena descritte, allora il risultato dell'attribuzione del profitto al creditore dovrebbe riguardare ogni ipotesi di inadempimento imputabile, senza distinzione tra la buona o la mala fede dell'arricchito, che, se non è espressa nella lettera dell'articolo 125 del codice della proprietà industriale, gioca un ruolo essenziale nella disciplina generale del codice civile.

Credo però non sia complesso ridare coerenza al quadro d'insieme.

Per farlo, occorre semplicemente provare a correggere l'argomentazione di una sentenza che, quanto all'esito pratico, esprime un risultato certamente apprezzabile.

In questa direzione, si può capovolgere la prospettiva del discorso e, anziché dire che il debitore deve rendere gli interessi dei titoli di stato perché essi costituiscono il suo lucro, ottenibile mediante il più banale degli investimenti, si può concludere che anche il creditore avrebbe potuto, con la stessa facilità del debitore, investire il denaro in titoli di stato; si arriva così al medesimo risultato, ma affermando in modo più rigoroso che quel rendimento, semplice da conseguire, costituisce la misura non del profitto del debitore, ma del lucro mancato del creditore.

In sostanza, vi è una totale specularità tra quel "lucro minimo" del danneggiante e la "perdita minima" subita dal danneggiato; dunque, possiamo parlare più semplicemente di una quantificazione semplificata di un danno da risarcire, anziché di un profitto da restituire.

In questo modo, possiamo concludere che l'attenzione agli incentivi all'adempimento, sottolineata da Trimarchi già 50 anni fa, ha fatto pieno ingresso nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, senza doverci troppo preoccupare per complicazioni teoriche derivanti da una motivazione non del tutto sorvegliata.

BIBLIOGRAFIA

- D. ACEMOGLU, J.A. ROBINSON, *The Narrow Corridor: States, Societies, and the Fate of Liberty*, New York, 2019, tr. it. *La strettoia: come le nazioni possono essere libere*, Milano, 2020
- B.A. ACKERMAN, *Law, economics, and the problem of legal culture*, *Duke L. J.* 929 (1986)
- M. ADAMS, M. VAN HOECKE (a cura di), *Comparative Methods in Law, Humanities and Social Sciences*, Cheltenham, 2021
- M.D. ADLER, *Measuring Social Welfare: An Introduction*, Oxford, 2019
- L. ÅKERBLAD ET AL., *Integrative strategies in mixed methods research*, 15(2) *J. Mixed Methods Res.* 152 (2021)
- A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY (a cura di), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Oxford, 2015
- S.M. AMADAE, *Economic imperialism reconsidered*, in MÄKI ET AL. (a cura di), *Scientific Imperialism: Exploring the Boundaries of Interdisciplinarity*, London-New York, 2018, p. 140 ss.
- G. AMATO ET AL., Tavola rotonda su J.B. BAKER e S.C. SALOP, *Anti-trust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, p. 145 ss.
- S. ANDRINI, *La pratica della razionalità, diritto e potere in Max Weber*, Milano, 2000
- J. ARLEN, *The essential role of empirical analysis in developing Law and Economics theory*, 38 *Yale J. Reg.* 480 (2021)
- T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 65 ss.
- M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996
- M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006
- M. BARCELLONA, *Tra impero e popolo. Lo Stato morente e la sinistra perduta*, Roma, 2017

- M. BARCELLONA, *Dove va la democrazia. Scenari dalla crisi*, Roma, 2018
- M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, p. 757 ss.
- P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1977
- P. BAZELEY, *Integrating Analyses in Mixed Methods Research*, London, 2018
- D. BEACH, J.G. KAAS, *The great divides: incommensurability, the impossibility of mixed-methodology, and what to do about it*, 22 *Int. Stud. Rev.* 214 (2020)
- G.S. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in G.S. BECKER, W.M. LANDES (a cura di), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York, 1974, p. 1 ss.
- G. BELLANTUONO, *Contract Law and Regulation*, in P. MONATERI (a cura di), *Comparative Contract Law*, Cheltenham, 2017, p. 111 ss.
- G. BELLANTUONO, *Costi morali e diritto comparato*, in corso di pubblicazione in G. BELLANTUONO, U. IZZO (a cura di), *Il rapporto fra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto*, Napoli, 2022
- E. BELLOTTI ET AL., *The evolution of research collaboration within and across disciplines in Italian Academia*, 109 *Scientometrics* 783 (2016)
- M. BEVIR, J. BLAKELY, *Interpretive Social Science: an anti-naturalist approach*, Oxford, 2018
- M. BIANCO, P. SESTITO (a cura di), *I servizi pubblici locali: liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, 2010
- C.M. BILLIET, *Formats for Law and Economics in legal scholarship: views and wishes from Europe*, 2011 *Il. L. Rev.* 1485
- A. BOITANI, *L'illusione liberista. Critica dell'ideologia di mercato*, Bari-Roma, 2021
- J. BOSWELL ET AL., *The Art and Craft of Comparison*, Cambridge, 2019
- J. BRAITHWAITE, *Meta Governance of Path Dependencies: Regulation, Welfare, and Markets*, 691 *Annals Am. Acad. Pol. and Soc. Sci.* 30 (2020)
- L. BRASHEAR TIEDE, *The role of comparative law in political science*, in corso di pubblicazione in *Am. J. Comp. L.* (2021)

- R. BROWNSWORD ET AL. (a cura di), *Contract and Regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham, 2017
- P. BYSTRANOWSKI, *References to Kuhnian philosophy of science in the Law and Economics literature*, in P. CSERNE, M. MAŁECKA (a cura di), *Law and Economics, Law and Economics as interdisciplinary exchange: philosophical, methodological and historical perspectives*, London-New York, 2020, p. 31 ss.
- F. CAFAGGI, *Private regulation in European private law*, in A.S. HARTKAMP ET AL. (a cura di), *Towards a European Civil Code⁴*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 91 ss.
- G. CALABRESI, *The decision for accidents: an approach to nonfault allocation of costs*, 78 *Harv. L. Rev.* 713 (1965)
- G. CALABRESI, *Does the fault system optimally control accident costs?*, 33(3) *Law Cont. Prob.* 429 (1968)
- G. CALABRESI, *About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin*, 8 *Hofstra L. Rev.* 553 (1980)
- G. CALABRESI, *The pointlessness of Pareto: carrying Coase further*, 100 *Yale L. J.* 1211 (1991)
- G. CALABRESI, *The Complexities of Torts: The case of Punitive Damages*, in S. MADDEN (a cura di), *Exploring Tort Law*, Cambridge, 2005, p. 333 ss.
- G. CALABRESI, *Civil Recourse Theory's Reductionism*, 88 *Ind. L.J.* 449 (2013)
- G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven (Conn.), 2016, tr. it. F. FIMMANÒ, V. OCCORSIO (a cura di), *Il futuro del Law and Economics: saggi per una rimediazione ed un ricordo*, presentazione di E. AL-MUREDEN, Milano, 2018
- G. CALABRESI, J.O. COOPER, *New Directions in Tort Law*, 30 *Val. U. L. Rev.* 859 (1996)
- P. CANE, *Tort law as regulation*, 31 *Comm. L. World Rev.* 305 (2002)
- E. CARBONARA ET AL., *Sharing Residual Liability: 'Cheapest Cost Avoider' Revisited*, 45 *J. Legal Stud.* 173 (2016)
- A. CATRICALÀ ET AL. (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008

- A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011
- U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, Roma, 1972
- C. CHASSONERY-ZAÏGOUCHE, *Crossing boundaries, displacing previous knowledge and claiming superiority: is the economics of discrimination a conquest of economics imperialism?*, in U. MÄKI ET AL. (a cura di), *Scientific Imperialism: Exploring the Boundaries of Interdisciplinarity*, London-New York, 2018, p. 161 ss.
- O.O. CHEREDNYCHENKO, M. ANDENAS (a cura di), *Financial Regulation and Civil Liability in European Law*, Cheltenham, 2020
- P. CHIASSONI, *Analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in G. ALPA (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998, p. 489 ss.
- R.H. COASE, *The problem of social cost*, 3 *J.L. & Econ.* 1 (1960)
- R.D. COOTER, *Prices and sanctions*, 84 *Columbia L. Rev.* 1523 (1984)
- R.D. COOTER, *Le migliori leggi giuste: i valori fondamentali nell'analisi economica del diritto*, in G. ALPA (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998, p. 464 ss.
- R. CRASWELL, *Deterrence and damages: The multiplier principle and its alternatives*, 97 *Mich. L. Rev.* 2185 (1999)
- J.W. CRESWELL, V.L. PLANO CLARK, *Designing and Conducting Mixed Methods Research*³, Los Angeles (Cal.), 2018
- P. CSERNE, *Knowledge claims in Law and Economics: gaps and bridges between theoretical and practical rationality*, in P. CSERNE, M. MAŁECKA (a cura di), *Law and Economics as interdisciplinary exchange: philosophical, methodological and historical perspectives*, London-New York, 2020, p. 9 ss.
- C.A. CUTLER, T. DIETZ (a cura di), *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*, London-New York, 2017
- M. D'ALBERTI, *Concorrenza e giustizia sociale, Mercato Concorrenza Regole*, 2020, p. 235 ss.
- H. DAGAN ET AL., *Legal theory for legal empiricists*, 43(2) *Law & Soc. Inq.* 292 (2018)
- H. DAGAN, R. KREITNER, *The other half of regulatory theory*, 52(2) *Conn. L. Rev.* 605 (2020)

- F. DENOZZA, *Norme efficienti: l'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002
- F. DENOZZA, *Fairness and welfare: are they really competing values?*, in F. CAFAGGI, A. NICITA, U. PAGANO (a cura di), *Legal orderings and economic institutions*, New York, 2007, p. 154 ss.
- F. DENOZZA, *La funzione dei derivati nel mercato: tra disciplina del contratto e disciplina dell'impresa*, in A. GUACCERO, M. MAUGERI (a cura di), *Crisi finanziaria e risposte normative: verso un nuovo diritto dell'economia?*, Milano, 2011, p. 147 ss.
- F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, p. 13 ss.
- F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale. Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, 2, p. 419 ss.
- F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. RISPOLI FARINA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, E. TONELLI (a cura di), *Regole e mercato*, II, Milano, 2016, p. XV ss.
- F. DENOZZA, *The future of antitrust: concern for the real interests at stake or etiquette for oligopolists?*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 1/2017
- F. DENOZZA, *Conclusioni: lo stile giuridico neoliberale e il suo superamento*, in A. TOFFOLETTO, R. SACCHI, *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano, 2019, p. 411 ss.
- F. DENOZZA, *Lo stile giuridico neoliberale*, in A. TOFFOLETTO, R. SACCHI, *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano, 2019, p. 1 ss.
- F. DENOZZA, A. STABILINI, *Principals vs Principals: The Twilight of the Agency Theory*, in *Italian L. J.* 511 (2017)
- F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Compensation function and deterrence effects of private actions for damages: the case of antitrust damage suits*, 2008 (www.ssrn.com)
- F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'"approccio economico" nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, p. 563 ss.
- A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996

- J. DIETRICH, I. FIELD, *Statute and theories of vicarious liability*, in 43(2) *Melbourne U. L. Rev.* 515 (2019)
- M. DIMICK, *The Law and Economics of Redistribution*, in 15 *Ann. Rev. Soc. Sci.* 559 (2019)
- R. DOUGLASS, *The Iron Cage Revisited: Max Weber in the Neoliberal Era*, New York, 2018
- S.N. DURLAUF, *Institutions, Development, and Growth*, in J.-M. BALAND ET AL. (a cura di), *The Handbook of Economic Development and Institutions*, Princeton, 2020, p. 189 ss.
- F.Y. EDGEWORTH, *Mathematical Psychics*, London, 1881
- L. EPSTEIN ET AL., *The role of comparative law in the analysis of judicial behavior*, in corso di pubblicazione in *Am. J. Comp. L.* (2021)
- F. ESPOSITO, G. TUZET, *Economic consequences as legal values: a legal inferentialist approach*, in P. CSERNE, M. MAŁECKA (a cura di), *Law and Economics as interdisciplinary exchange: philosophical, methodological and historical perspectives*, London-New York, 2020, p. 135 ss.
- J. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, München-Berlin, 1941
- EUROPEAN COMMISSION, *Integration of Social Sciences and Humanities in Horizon 2020*, 5th Monitoring Report, settembre 2020
- F. FARINA, *Lo Stato sociale. Storia, politica, economia*, Roma, 2021
- E.A. FARNSWORTH, *Your loss or my gain? The dilemma of the disgorgement principle in breach of contract*, 94 *Yale L. J.* 1339 (1985)
- E.A. FARNSWORTH, *Contracts²*, Boston (Mass.), 1990
- G. FEDERICO, A. BISIN (a cura di), *Handbook of Historical Economics*, Amsterdam, 2021
- R. FELDMAN, *Regulatory property: the new IP*, 41(1) *Col. J. L. & Arts* 53 (2016)
- Y. FELDMAN ET AL., *Corporate law for good people*, 115 *Nw. U. L. Rev.* 1125 (2021)
- L.A. FENNELL, R. MCADAMS, *The distributive deficit in Law and Economics*, 100 *Minn. L. Rev.* 1051 (2016)
- J.A. FERREJOHN, B.R. WEINGAST, *A Positive Theory of Statutory Interpretation*, 12 *Int'l Rev. Law and Econ.* 263 (1992)

- M. FLEURBAEY, F. MANIQUET, *Optimal income taxation theory and principles of fairness*, 56(3) *J. Econ. Lit.* 1029 (2018)
- V. FON, F. PARISI, *Comparative Causation*, 6 *Am. L. and Econ. Rev.* 345 (2004)
- V. FON, F. PARISI, *Causalità Concorrente*, in *Danno e Resp.*, 2006, p. 701 ss.
- J. FRANKENREITER, M.A. LIVERMORE, *Computational methods in legal analysis*, 16 *Ann. Rev. L. and Soc. Sci.* 39 (2020)
- L.A. FRANZONI, D. MARCHESI, *Economia e politica economica del diritto*, Bologna, 2006
- G. FREZZA, F. PARISI, *Pietro Trimarchi (1934-)*, in J.G. BACKHAUS (a cura di), *Elgar Companion to Law and Economics*², Cheltenham, 2005
- R. FUMAGALLI, *Against neuroscience imperialism*, in U. MÄKI ET AL. (a cura di), *Scientific Imperialism: Exploring the Boundaries of Interdisciplinarity*, London-New York, 2018, p. 205 ss.
- H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1983
- M. GALLEGATI, *Il mercato rende liberi, e altre bugie del neoliberismo*, Roma, 2021
- N. GAROUPA, T. ULEN, *Comparative Law and Economics: aspirations and realities*, in corso di pubblicazione in *Am. J. Comp. L.* (2021)
- J.B. GELBACH, J. KLICK, *Empirical Law and Economics*, in F. PARISI (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Methodology and Concepts*, vol. I, Oxford, 2017, p. 29 ss.
- D. GERARD, I. LIANOS (a cura di), *Reconciling Efficiency and Equity: A Global Challenge for Competition Policy*, Cambridge, 2019
- J. GERRING, *Qualitative methods*, 20 *Ann. Rev. Pol. Sci.* 15 (2017)
- P. GILIKER, *Comparative law and legal culture: placing vicarious liability in comparative perspective*, 6(2) *Chinese J. Comp. L.* 265 (2018)
- M. GLICK, G.A. LOZADA, *The Erroneous Foundations of Law and Economics*, Working Paper No. 149 dell'Institute for New Economic Thinking, 15 febbraio 2021 (www.intereconomics.org)
- C. GOANTA, *Big law, big data*, in *Law and Method*, ottobre 2017
- C. GODT (a cura di), *Regulatory Property Rights: the Transforming Notion of Property in Transnational Business Regulation*, Leiden, 2016

- G. GOERTZ, *Multimethod Research, Causal Mechanisms, and Case Studies: An Integrated Approach*, Princeton, 2017
- A.S. GOLD, *Internal and external perspectives: on methodology in the New Private Law*, in A.S. GOLD ET AL. (a cura di), *The Oxford Handbook of New Private Law*, Oxford, 2021, p. 3 ss.
- C. GRÄBNER, B. STRUNK, *Pluralism in economics: its critiques and their lessons*, 27(4) *J. Econ. Methodol.* 311 (2020)
- I. GROSSMAN, R. EIBACH, *Reasonable bounds on rationality*, 19(1) *Mind & Society* 6 (2020)
- S. GRUNDMANN, P. HACKER, *Theories of choice and the law - An introduction*, in S. GRUNDMANN, P. HACKER (a cura di), *Theories of Choice*, Oxford, 2021, p. 1 ss.
- T. GRÜNE-YANOFF, *Interdisciplinary success without integration*, 6 *Eur. J. Phil. Sci.* 343 (2016)
- T. GRÜNE-YANOFF, U. MÄKI, *Introduction: interdisciplinary model exchanges*, 48 *Stud. in Hist. and Phil. of Sci.* 52, 55-7 (2014)
- B. HÄCKER, *Fait d'autrui in comparative perspective*, in J.-S. BORGHETTI, S. WHITTAKER (a cura di), *French Civil Liability in Comparative Perspective*, Oxford et al., 2019, p. 143 ss.
- K.L. HALL ET AL. (a cura di), *Strategies for Team Science Success*, Cham, 2019
- Y.N. HARARI, *Homo deus. Breve storia del futuro*, Firenze, 2018
- H. HEINELT, S. MÜNCH (a cura di), *Handbook of European Policies: Interpretive Approaches to the EU*, Cheltenham, 2018
- HELLENIC COMPETITION COMMISSION, NETHERLANDS AUTHORITY FOR CONSUMERS AND MARKETS, *Technical Report on Sustainability and Competition*, gennaio 2021
- D.R. HENSLER, M.A. GASPARETTI, *The role of empirical legal studies in legal scholarship, legal education and policy making*, in R. VAN GESTEL ET AL. (a cura di), *Rethinking legal scholarship: a Transatlantic dialogue*, Cambridge, 2017, p. 450 ss.
- J.R. HICKS, *The Foundations of Welfare Economics*, 49(196) *Econ. J.* 696 (1939)
- R. HIRSCHL, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014

- O.W. HOLMES, *The Tort of Negligence*, in ID., *The Common Law* (1881), rist., Cambridge (Mass.), 1963
- S. HOLMES, *Climate change, sustainability, and competition law*, 8 *J. Antitrust Enf.* 354 (2020)
- M. INFANTINO, *Numera et impera: gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Milano, 2019
- B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie: art. 1277-1284*, in F. GALGANO (a cura di), *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 2011
- N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016
- N. KALDOR, *Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, 49(195) *Econ. J.* 549 (1939)
- T. KAWAGOE, H. TAKIZAWA (a cura di), *Diversity of Experimental Methods in Economics*, Cham, 2019
- G. KEATING, *Reasonableness and rationality in negligence theory*, 48 *Stan. L. Rev.* 311 (1996)
- D.B. KELLY, *Law and Economics*, in A. GOLD ET AL. (a cura di), *The Oxford Handbook of the New Private Law*, New York-Oxford, 2020, p. 85 ss.
- D.P. KESSLER (a cura di), *Regulation versus Litigation: Perspectives from Economics and Law*, Chicago, 2010
- A. KLASS, *Punitive Damages and Valuing Harm*, 92 *Minn. L. Rev.* 83 (2007)
- L. KRASNOFF, *The reasonable and the rational*, in J. MANDLE, D. REIDY (a cura di), *The Cambridge Rawls Lexicon*, Cambridge, 2014, p. 692 ss.
- R. LA PORTA, F. LÓPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, *The Economic Consequences of Legal Origins*, 46 *J. Econ. Lit.* 285 (2008)
- D. LANGEVOORT, *Cultures of compliance*, 54 *Am. Crim. L. Rev.* 933 (2017)
- P. LEGRAND (a cura di), *Comparer les droits, résolument*, Paris, 2009
- S. LEVMORE, *The eventual decline of empirical Law and Economics*, 38 *Yale J. Reg.* 612 (2021)
- E. LIEBERMAN, *Research cycles*, in C. ELMAN ET AL. (a cura di), *The Production of Knowledge: Enhancing Progress in Social Science*, Cambridge, 2020, p. 42 ss.
- K. LINOS, M. CARLSON, *Qualitative methods for law writing review*, 84 *U. Chi. L. Rev.* 213 (2017)

- Z. LISCOW, *Redistribution for realists*, in corso di pubblicazione (www.ssrn.com)
- Y. LISTOKIN, *Law and Macroeconomics: Legal Remedies to Recessions*, Cambridge (Mass.)-London, 2019
- K. LOGUE, R. AVRAHAM, *Redistributing optimally: of tax rules, legal rules, and insurance*, 56 *Tax L. Rev.* 157 (2003)
- L.M. LOPUCKI, *Disciplinary Legal Empiricism*, 76 *Maryland L. Rev.* 449 (2017)
- N. LUHMANN, *L'autoproduzione del diritto e i suoi limiti*, in *Pol. del dir.*, 1987, p. 41 ss.
- N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990
- N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990
- A. MACCHIATI, *Perché l'Italia cresce poco*, Bologna, 2016
- E. MACKAAY, *Introduction to Law and Economics for Civil Law Systems²*, Cheltenham, 2021
- M. MACLEOD, *Scientific subordination, molecular biology, and systems biology*, in U. MÄKI ET AL. (a cura di), *Scientific Imperialism: Exploring the Boundaries of Interdisciplinarity*, London-New York, 2018, p. 187 ss.
- U. MÄKI, *Modelling failure*, in H. LEITGEB ET AL. (a cura di), *Logic, Methodology and Philosophy of Science*, Rickmansworth, 2017, p. 369 ss.
- U. MÄKI, *Rights and wrongs of economic modelling: refining Rodrik*, 25(3) *J. Econ. Meth.* 218 (2018)
- U. MÄKI, *Notes on economics imperialism and norms of scientific inquiry*, 21 *Revue de philosophie économique* 95 (2020)
- M. MALECKA, R. LEPENIES, *Is the behavioral approach scientific imperialism?*, in U. MÄKI ET AL. (a cura di), *Scientific Imperialism: Exploring the Boundaries of Interdisciplinarity*, London-New York, 2018, p. 254 ss.
- D. MARCHESI, *Litiganti, avvocati e magistrati: diritto ed economia del processo civile*, Bologna, 2003
- A. MARCIANO ET AL., *The economic importance of judicial institutions, their performance and the proper way to measure it*, 15(1) *J. Inst. Econ.* 81 (2019)

- P. MARINO, *Ethical implications of scientific imperialism: two examples from economics*, in U. MÄKI ET AL. (a cura di), *Scientific Imperialism: Exploring the Boundaries of Interdisciplinarity*, London-New York, 2018, p. 69 ss.
- R. MARKOVITS, *Liberalism and tort law: On the content of the corrective-justice-securing tort law of a liberal, rights-based society*, *U. Ill. L. Rev.* 243 (2006)
- M. MARTINEZ ALLES, *Punitive Damages: Reorienting the Debate in Civil Law Systems*, 10 *J. Eur. Tort Law* 63 (2019)
- G. MARZI ET AL., *La regolazione dei servizi infrastrutturali: teoria e pratica*, Bologna, 2001
- K. MATHIS (a cura di), *Law and Economics in Europe: Foundations and Applications*, Cham, 2014
- K. MATHIS (a cura di), *European Perspectives on Behavioral Law and Economics*, Cham, 2015
- K. MATHIS, A. TOR (a cura di), *Nudging - Possibilities, Applications and Limitations in European Law and Economics*, Cham, 2016
- E.J. MCCAFFERY, *Behavioral Economics and the Law: Tax*, in D. TEICHMAN, E. ZAMIR (a cura di), *The Oxford Handbook of Behavioral Law & Economics*, Oxford, 2014, p. 599 ss.
- S.G. MEDEMA, *Scientific imperialism or merely boundary crossing? Economists, lawyers, and the Coase theorem at the dawn of the economic analysis of law*, in U. MÄKI ET AL. (a cura di), *Scientific Imperialism: Exploring the Boundaries of Interdisciplinarity*, London-New York, 2018, p. 89 ss.
- E. MERTZ ET AL. (a cura di), *The New Legal Realism: Translating Law-and-Society for today's legal practice*, vol. I, Cambridge, 2016
- H.-W. MICKLITZ (a cura di), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Cheltenham, 2011
- H.-W. MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge, 2018
- H.-W. MICKLITZ ET AL., *The bright and adventurous future of consumer law research*, in H.-W. MICKLITZ ET AL. (a cura di), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook*, Cheltenham, 2018, p. 1 ss.

- H.-W. MICKLITZ, A. WECHSLER (a cura di), *The Transformation of Enforcement: European Economic Law in Global Perspective*, Oxford-Portland, 2016
- A. MITCHELL POLINSKY, S. SHAVELL, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 *Harv. L. Rev.* 869 (1998)
- P. MONATERI (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, 2012
- G. MONTI, *Four options for a greener competition law*, 11(3-4) *J. Eur. Comp. L. & Practice* 124 (2020)
- J.K. MURNIGHAN, *A general model for experimental inquiry in economics and social psychology*, in G.R. FRÉCHETTE, A. SCHOTTER (a cura di), *Handbook of Experimental Economic Methodology*, Oxford, 2015, p. 166 ss.
- N. NAAR, *Gaming anthropology: the problem of external validity and the challenge of interpreting experimental games*, 112(4) *Am. Anthropol.* 784 (2020)
- J. NADLER, P.A. MUELLER, *Social psychology and the law*, in F. PARI-SI (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Methodology and Concepts*, vol. I, Oxford, 2017, p. 124 ss.
- S. NAGY HESSE-BIBER, R. BURKE JOHNSON (a cura di), *The Oxford Handbook of Multimethod and Mixed Methods Research Inquiry*, Oxford, 2015
- M. ONADO, *Economia e regolamentazione del mercato finanziario*, Bologna, 2008
- C. OSTI, *Contratti e concorrenza*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto - Interferenze*, vol. VI, Milano, 2006, p. 633 ss.
- A.M. PACCES, *Analisi economica del diritto: positiva e normativa*, in F. DI CIOMMO, O. TROIANO (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido: studi in onore di Roberto Pardolesi*, Piacenza, 2018, p. 35 ss.
- A. PAGE, *Just Compensation: Whether Business & Human Rights Compensation Awards Should Embrace Deterrence Considerations*, 50 *NYUJ Int'l L. & Pol.* 353 (2017)
- A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria e nomofilachia inversa*, in *Foro it.*, 2019, I, p. 1603 ss.
- P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005

- R. PARDOLESI, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, p. 119 ss.
- R. PARDOLESI, *Debiti di valuta, "danno da svalutazione" (e il "disgorgement" che non t'aspetti)*, in *Foro it.*, 2008, I, p. 2789
- R. PARDOLESI, *Le regole della concorrenza*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto Civile - Attuazione e tutela dei diritti*, vol. I, Milano, 2009, p. 4 ss.
- R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in Cassazione: una nota esplicativa*, in *Foro it.*, I, 2020, p. 160 ss.
- V. PARETO, *Manuale di economia politica con una introduzione alla scienza sociale*, Milano, 1906
- F. PARISI, *Scuole e metodologie dell'Analisi Economica del Diritto*, in *Riv. Critica Dir. Priv.*, 2005, p. 377 ss.
- F. PARISI, *Laudatio: Pietro Trimarchi*, 3 (1) *Rev. L. and Econ.* 3 (2007)
- F. PARISI, *Law and Economics as we grow younger*, 16(1) *Rev. L. & Econ.* 20200009 (2020)
- F. PARISI, R. SINGH, *The Efficiency of Comparative Causation*, 6 *Rev. L. and Econ.* 219 (2010)
- G. PASCUZZI, *Presentazione*, in C. BONA, R. RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto*, Bologna, 2013, p. 9
- G. PASCUZZI, *La creatività del giurista: tecniche e strategie dell'innovazione giuridica²*, Bologna, 2018
- E. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, Bari, 1975
- A.C. PISOR ET AL., *Preferences and constraints: the value of economic games for studying human behavior*, 7 *Royal Soc. Open Sci.* 192090 (2020)
- A. POPPER, *In defense of deterrence*, 75 *Albany L. Rev.* 101 (2012)
- D. PORRINI ET AL., *Black boxes and market efficiency: the effect on premiums in the Italian motor-vehicle insurance market*, 49(3) *Eur. J. L. & Econ.* 455 (2020)
- E. POSNER, *The boundaries of normative Law and Economics*, 38 *Yale J. Reg.* 657 (2021)
- R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston (Mass.), 1972
- R.A. POSNER, *Wealth Maximization Revisited*, 2 *Notre Dame J. L., Ethics and Pub. Policy* 85 (1985)

- R.A. POSNER, *A Failure of Capitalism. The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge (Mass.), 2009, tr. it. *Un fallimento del capitalismo. La crisi finanziaria e la seconda grande depressione*, Torino, 2011
- R.A. POSNER, *Divergent Paths: The Academy and the Judiciary*, Cambridge (Mass.), 2016
- T.D. RAKOFF, *The five justices of contract law*, *Wisconsin L. Rev.* 733 (2016)
- A. RASKOLNIKOV, *Distributional arguments, in reverse*, 105 *Minn. L. Rev.* 1583 (2021)
- J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, 2005
- G. RESTA ET AL. (a cura di), *Comparare: una riflessione tra le discipline*, Sesto S. Giovanni, 2020
- C. ROBINETTE, *Torts Rationales, Pluralism, and Isaiah Berlin*, 14 *Geo. Mason L. Rev.* 329 (2006)
- S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964
- K. ROLIN, *Scientific imperialism and epistemic injustice*, in U. MÄKI ET AL. (a cura di), *Scientific Imperialism: Exploring the Boundaries of Interdisciplinarity*, London-New York, 2018, p. 51 ss.
- M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, Bologna, 2000
- R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959
- M. SALMELA, U. MÄKI, *Disciplinary emotions in imperialistic interdisciplinarity*, in U. MÄKI ET AL. (a cura di), *Scientific Imperialism: Exploring the Boundaries of Interdisciplinarity*, London-New York, 2018, p. 31 ss.
- M. SALVATI, N. GILMORE, *Liberalismo inclusivo. Un futuro possibile per il nostro angolo di mondo*, Milano, 2021
- C. SALVI, *La responsabilità civile*³, Milano, 2019
- C.W. SANCHIRICO, *Optimal redistributive instruments in Law and Economics*, in F. PARISI (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Methodology and Concepts*, vol. I, Oxford, 2017, p. 321 ss.
- F. SCHAUER, V.J. WISE, *Nonlegal information and the delegalization of law*, 29(S1) *J. Legal Stud.* 495 (2000)

- P. SCHLAG, «*Le Hors de texte, C'est Moi*»: *The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction*, 11 *Cardozo L. Rev.* 1631 (1990)
- M. SCHOLTEN, M. LUCHTMAN (a cura di), *Law Enforcement by EU Authorities*, Cheltenham, 2017
- J.A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica* (1954), III, Torino, 1960
- J.A. SCHUMPETER, *Teoria dello sviluppo economico* (1911), Milano, 2002
- G. SCHWARTZ, *The myth of the Ford Pinto case*, 43 *Rutgers L. Rev.* 1013 (1990)
- G. SCHWARTZ, *Mixed theories of tort law: affirming both deterrence and corrective justice*, 75 *Tex. L. Rev.* 1801 (1996)
- P. SCHWARTZ-SEA, D. YANOW, *Interpretive Research Design: Concepts and Processes*, New York-London, 2012
- C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ.*, 2016, fasc. 4, p. 1120 ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Le prospettive di sviluppo del problema dei "risarcimenti punitivi"*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, p. 26 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996
- J. SEAWRIGHT, *Multi-method Social Science: Combining Qualitative and Quantitative Tools*, Cambridge, 2016
- F.C. SHAFFER, *Elucidating Social Science Concepts: An Interpretivist Guide*, New York-London, 2016
- C. SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, 113 *Yale L. J.* 347 (2003)
- M. SIEMS, *New Directions in Comparative Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law²*, Oxford, 2019, p. 852 ss.
- J. STAMM, *Interdisciplinarity put to test: science policy rhetoric vs scientific practice – the case of integrating the social sciences and humanities in Horizon 2020*, in D. SIMON ET AL. (a cura di), *Handbook of Science and Policy*, Cheltenham, 2019, p. 376 ss.
- B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Paris, 1947

- H. STRASSHEIM, *Trends towards evidence-based policy formulation*, in M. HOWLETT, I. MUKHERJEE (a cura di), *Handbook of Policy Formulation*, Cheltenham, 2017, p. 504 ss.
- S.P. SULLIVAN, C.A. HOLT, *Experimental economics and the law*, in F. PARISI (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Methodology and Concepts*, vol. I, Oxford, 2017, p. 78 ss.
- S. TALES, *Constructing the content and meaning of law and compliance*, in D.D. SOKOL, B. VAN ROOIJ (a cura di), *Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge, 2021, p. 63 ss.
- P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, pp. 191 ss.
- P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961
- P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962
- P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967
- P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 512 ss.
- P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 90 ss.
- P. TRIMARCHI, *Il giurista nella società industriale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 43 ss.
- P. TRIMARCHI, *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 563 ss.
- P. TRIMARCHI, *Conclusioni generali*, in U. MATTEI, F. PULITINI (a cura di), *Consumatore, ambiente, concorrenza: analisi economica del diritto*, Milano, 1994, p. 227 ss.
- P. TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, p. 1197 ss.
- P. TRIMARCHI, *Transfers, uncertainty and the cost of disruption*, 23(1) *Int. Rev. L. and Econ.* 49 (2003)
- P. TRIMARCHI, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 341 ss.
- P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*², Milano, 2019
- P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 687 ss.

- T.R. TYLER, *Value-driven behavior and the law*, in F. PARISI (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Methodology and Concepts*, vol. I, Oxford, 2017, p. 402 ss.
- T.R. TYLER, D.M. AMODIO, *Psychology and economics: areas of convergence and divergence*, in G.R. FRÉCHETTE, A. SCHOTTER (a cura di), *Handbook of Experimental Economic Methodology*, Oxford, 2015, p. 181 ss.
- V. ULFBECK ET AL. (a cura di), *Law and Responsible Supply Chain Management: Contract and Tort Interplay and Overlap*, London-New York, 2019
- P. VERBRUGGEN, *Introduction - Regulating private regulators: understanding the role of private law*, 27(2) *Eur. Rev. Private L.* 175 (2019)
- G. VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, in *Corriere giur.*, 2019, p. 744 ss.
- E. VINCENTI, *La dottrina in dialogo con la giurisprudenza: il pensiero di Pietro Trimarchi in taluni orientamenti della Cassazione civile*, in *Resp. civ.*, 2018, p. 1396 ss.
- D. VOGEL, *The Politics of Precaution: Regulating Health, Safety, and Environmental Risks in Europe and the United States*, Princeton, 2012
- F. VOGEL ET AL., *Computer-assisted legal linguistics: corpus analysis as a new tool for legal studies*, 43(4) *L. & Soc. Inqu.* 1340 (2018)
- H. WAGENAAR, *Meaning in Action: Interpretation and Dialogue in Policy Analysis*, London, 2011
- A. WALSH, S. BOUCHER, *Scientific imperialism, folk morality and the proper boundaries of disciplines*, in MÄKI ET AL. (a cura di), *Scientific Imperialism: Exploring the Boundaries of Interdisciplinarity*, London-New York, 2018, p. 13 ss.
- M. WEBER, *Diritto, Economia e Società*, Roma, 2016
- E. WEINRIB, *Deterrence and Corrective Justice*, 50 *UCLA L. Rev.* 621 (2002)
- R. WHALEN (a cura di), *Computational Legal Studies: The Promise and Challenge of Data-Driven Research*, Cheltenham, 2020

BIBLIOGRAFIA

- J.B. WIENER (a cura di), *The Reality of Precaution: Comparing Risk Regulation in the United States and Europe*, Washington D.C.-London, 2011
- T. WILKINSON-RYAN, *Experimental psychology and the law*, in F. PARISI (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Methodology and Concepts*, vol. I, Oxford, 2017, p. 104 ss.
- C. WITTING, *Modelling organisational vicarious liability*, 39 *Legal Stud.* 694 (2019)
- R. WRIGHT, *The Efficiency Theory of Causation and Responsibility: Unscientific Formalism and False Semantic*, 63 *Chi.-Kent L. Rev.* 553 (1987)
- D. YANOW, P. SCHWARTZ-SEA (a cura di), *Interpretation and Method: Empirical Research Methods and the Interpretive Turn²*, New York-London, 2015
- E. ZAMIR, D. TEICHMAN, *Behavioral Law and Economics*, Oxford, 2018
- D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 696 ss.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”*. *La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)

24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)

25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)

26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)

27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)

28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)

29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)

30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)

31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)

32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)

33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)
36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)
37. *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)
38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)
39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)
40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)
41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)

42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)

43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)

44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)

45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)

47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)

48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)

49. *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio. 17-18 gennaio 2019* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, MARTA FASAN, CARLA MARIA REALE (2021)

50. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/296052>)

51. *Comunicare, negoziare e mediare in rete. Atti del Convegno. Trento, 25 settembre 2020* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/306972>)

52. *La giurisdizione penale del giudice di pace: un bilancio sui primi vent'anni* - (a cura di) MARCELLO Busetto, GABRIELLA DI PAOLO, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2021)

53. *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes* - (Ed. by) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI, ROBERTO TONIATTI (2021)

54. *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione. Atti del Convegno. Trento, 10 giugno 2021* - (a cura di) ANTONIO CASSATELLA, SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2021)

55. *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)

56. *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto. Atti del Convegno. Trento, 16-18 dicembre 2020* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)

