

STUDII

ORDINEA OAMENILOR LIBERI. O SCURTĂ  
INCURSIUNE ÎN ISTORIA ANALIZEI  
ECONOMICE A DREPTULUI

---

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.1  
Data publicării online: 16.03.2021

---

Lucian BERCEA, Dan-Adrian CĂRĂMIDARIU\*

**Rezumat:** La aproximativ o jumătate de secol de la formarea curentului de gândire juridică care se numește analiza economică a dreptului (*law & economics*), este foarte clar că aplicarea instrumentelor, ideilor și conceptelor cu care operează știința economică în analiza juridică și evaluarea dreptului pe baza finalităților sale economice constituie o provocare serioasă pentru juriști, chiar și pentru cei din sistemele de *common law*, unde trebuie căutate originile *law & economics*. Virulent contestată și, în aceeași măsură, apărată, deconstruită și reformulată, prin aportul sociologiei, al psihologiei și al studiilor comportamentale, analiza economică a dreptului a urmat evoluțiile care au marcat știința economică a ultimelor decenii și a reușit, în cele din urmă, să pătrundă și în acele sisteme și doctrine juridice care au fost, tradițional, refractare la orice încercare de contaminare, mai ales dacă provenea din spațiul anglo-saxon. Studiul de față încearcă să exploreze originile și fundamentul intelectual al analizei economice a dreptului, prezentând, totodată, principalele critici și reconsiderări ale acestui influent curent de gândire, prin referire, pe de o parte, la câteva aplicații ale acestuia, în dreptul proprietății, dreptul contractelor și dreptul societar, și, pe de altă parte, la unele dintre contribuțiile principale, care au marcat curentul în evoluția sa și care ar trebui să reprezinte lecturi de bază pentru juristul care, format într-un sistem de învățământ juridic hiper-positivist, caută alternative

---

\* Prof.univ.dr. Lucian Bercea. Lect.univ.dr. Dan-Adrian Cărămidariu, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept, Centrul pentru Dreptul Afacerilor Timișoara.

de înțelegere și aprofundare a dreptului. Altfel spus, studiul de față își propune să contribuie la vehicularea unor idei și a unor nume care au rămas mult prea străine juristului român.

**Cuvinte cheie:** liberalism economic, analiza economică a dreptului, metoda economică.

## FREE MEN'S ORDER. A SHORT INCURSION INTO THE HISTORY OF LAW & ECONOMICS

**Anstract:** About half a century after the formation of the current of legal thinking called law & economics, it is evident that the application of instruments, ideas and concepts with which economic science operates in legal analysis and the evaluation of law based on its finalities and its economic challenges are a severe challenge for lawyers, even for those in common law systems.

Virtually challenged and, to the same extent, defended, deconstructed and reformulated, through the contribution of sociology, psychology and behavioural studies, the economic analysis of law has followed the developments that have marked the economic science of recent decades. It has finally managed to penetrate those legal systems and doctrines that have been refractory, by tradition, to any attempt of legal contamination, especially if it came from the Anglo-Saxon space.

The present study attempts to explore the origins and intellectual foundation of the economic analysis of law while presenting the main criticisms and reconsiderations of this influential current of thought by referring, on the one hand, to several applications of it, in property law, contracts and company law, and, on the other hand, to some of the main contributions which have marked the current in its evolution and which should be essential readings for the lawyer who, formed in a hyper-positivist legal system of education, seeks alternatives for understanding and deepening the law. In other words, the present study aims to contribute to the circulation of ideas and names that have lingered far too foreign to the Romanian jurist.

**Keywords:** economic liberalism, law & economics.

## Cuprins

I.	Imperialismul deprimant al științelor economice.....	41
II.	Originile .....	46
<b>A.</b>	<b>Liberalism economic și ordine juridică.....</b>	<b>46</b>
<b>B.</b>	<b>Contribuții seminale: Coase, Calabresi, Posner .....</b>	<b>51</b>
III.	Fundamentul intelectual și programul științific al analizei economice a dreptului.....	65
IV.	Metoda economică în studiul dreptului .....	77
V.	Critica analizei economice a dreptului .....	85
<b>A.</b>	<b>Critica normativă.....</b>	<b>85</b>
<b>B.</b>	<b>Critica metodologică.....</b>	<b>91</b>
VI.	Economia comportamentală și dreptul. Consecințele paternalismului.....	97
<b>A.</b>	<b>Critica psihologică sau limitele reale ale modelelor analizei economice a dreptului.....</b>	<b>97</b>
<b>B.</b>	<b><i>Behavioral law &amp; economics, nudging și paternalismul liberal</i> .....</b>	<b>102</b>
VII.	Câteva aplicații. Economia proprietății, a contractelor și a corporațiilor..	108
VIII.	Concluzii. Utilitatea (necesitatea?) <i>law &amp; economics</i> .....	119

## I. Imperialismul deprimant al științelor economice

În 1849, istoricul, filosoful și matematicianul scoțian Thomas Carlyle avertiza că există o știință mohorâtă și deprimantă care pare să fi găsit secretul Universului în ofertă și cerere („*supply and demand*”). Apriga luptă dintre acestea atenționează asupra unei realități dure: raritatea resurselor este omniprezentă și atotpătrunzătoare, forțându-l în permanență pe om să facă alegeri, să decidă între mijloace și scopuri concurente, să aleagă între satisfacții prezente sau viitoare, știind că nimic nu va putea fi obținut decât prin efort și sacrificiu, pentru că totul are un cost. În cuvinte puține, ideea de

bază a științei economice este o veste proastă, dar previzibilă: „*there is no such thing as a free lunch*”.<sup>1</sup>

Când Carlyle scria despre această „*dismal science*”<sup>2</sup>, o făcea negreșit sub influența unor evoluții care, cu câteva decenii înainte, păreau inimaginabile: Revoluția industrială distrusese relații și cutume sociale vechi de secole, produsese invenții și inovații care îi dădeau omului un ascendent formidabil asupra naturii și pusese bazele consumului de masă. În același timp, conturase o lume rece, în care adevăratul ascendent era, de fapt, al capitalului, iar acumularea avuțiilor devenea scopul primordial, căruia i se subordonau politica și societatea, în ansamblu, și față de care pauperizarea accentuată a proletariatului, exploatarea cruntă a copiilor și, în anumite părți ale lumii, a sclavilor<sup>3</sup> nu erau altceva decât pagube colaterale.

Tabloul înfricoșător pictat de pastorul-economist Thomas Robert Malthus, marcat de foamete și sărăcie, previziunile pesimiste ale lui David Ricardo și, în general, indiferența primilor apostoli ai acestei științe față de relele noii lumi l-au revoltat negreșit pe Carlyle, care îi disprețuia pe cei care predicau binefacerile capitalismului incipient și considera că dezbaterile

---

<sup>1</sup> Adagiul, folosit adesea în manualele de economie și utilizat de Milton Friedman pentru titlul unei cărți publicate în 1975, trebuie legat de practica unor localuri americane din secolul al XIX-lea de a oferi mese de prânz gratuite clienților care cumpărau cel puțin o băutură. Cum mâncarea era foarte sărată, clienții sfârșeau prin a comanda și alte băuturi.

<sup>2</sup> „*Dismal*” înseamnă 1. mohorât, deprimant; 2. jalnic, lamentabil.

<sup>3</sup> Calificând știința economică ca sumbră, abjectă și deprimantă („*dreary, desolate and, indeed, quite abject and distressing*”), Carlyle căuta argumente în favoarea reintroducerii sclaviei în coloniile britanice din Indiile de Vest. După cum se știe, în prima jumătate a secolului al XIX-lea, Marea Britanie a abolit sclavia în colonii (inclusiv în cele a căror economie depindea de munca sclavilor, precum insulele producătoare de zahăr din Marea Caraibelor) și a demarat o campanie globală împotriva acesteia, impunând restricții și sancțiuni comerciale statelor care continuau să o practice.

despre ideile lui Malthus și Ricardo îl lasă pe observator fără speranță, și pentru această lume, și pentru cealaltă („*without hope for this world or the next*”).<sup>4</sup>

Deși opiniile istoricului scoțian, promotor în Marea Britanie al funestului romantism german, au fost viguros combătute de John Stuart Mill, unul dintre oamenii de știință englezi cu remarcabile contribuții la consolidarea economiei în secolul al XIX-lea, metafora formidabilă despre „*știința sumbră*” nu a mai putut fi dislocată și a fost adesea folosită de către criticii economiei și ai economiștilor și chiar de către economiști înșiși.<sup>5</sup> Cu toate acestea, „*mizerabila știință*” a avut foarte mult noroc, s-ar putea spune, pentru că începând cu jumătatea secolului al XIX-lea a pornit într-o aventură de durată, la finalul căreia a marcat toate celelalte științe sociale, impregnându-le cu propriile metode de cercetare și orientându-le spre propriile mijloace și obiective.

---

<sup>4</sup> A se vedea Th. Carlyle, *Chartism*, 1839, republicat în *The Works of Thomas Carlyle*, vol. 29, Charles Scribner's Sons, New York, 1904, p. 200, citat în J. Persky, *Retrospectives. A Dismal Romantic*, în *Journal of Economic Perspectives*, vol. 4, nr. 4, 1990, pp. 165-172, în special p. 166.

<sup>5</sup> Cu altă ocazie, Carlyle a scris despre economie că ar fi „*pig philosophy*”, iar John Ruskin, elev al lui Carlyle și fin observator al relațiilor economice din vremea sa, a denumit-o „*a bastard science*”. În fine, pentru Robert Southey, un radical poet romantic, devenit ultra-conservator, economia nu era decât o pseudo-știință. A se vedea J. Persky, *op. cit.*, p. 171. De remarcat că economiști de calibrul profesori la universități celebre, s-au folosit de metafora lui Carlyle în cărțile lor de popularizare a economiei. A se vedea, *exempli gratia*, Ch. Wheelan, *Naked Economics. Undressing the Dismal Science*, W.W. Norton & Company, New York, 2002; D. Rodrik, *Economics Rules. The Rights and Wrongs of the Dismal Science*, W.W. Norton & Company, New York, 2015; J. Aldred, *Licence to Be Bad. How Economics Corrupted Us*, Allen Lane, 2019.

Din acest punct de vedere, nici dreptul nu avea cum să reziste cu succes imperialismului științelor economice.<sup>6</sup> La aproximativ o jumătate de secol de la formarea curentului de gândire juridică care se numește *analiza economică a dreptului (law & economics)*, este foarte clar că aplicarea instrumentelor, ideilor și conceptelor cu care operează știința economică în analiza juridică și evaluarea dreptului pe baza finalităților sale economice constituie o provocare serioasă pentru juriști, chiar și pentru cei din sistemele de *common law*, unde trebuie căutate originile *law & economics*. Virulent contestată și, în aceeași măsură, apărută, deconstruită și reformulată, prin aportul sociologiei, al psihologiei și al studiilor comportamentale, analiza economică a dreptului a urmat evoluțiile care au marcat știința economică a ultimelor decenii și a reușit, în cele din urmă, să pătrundă și în acele sisteme și doctrine juridice care au fost, tradițional, refractare la orice încercare de contaminare, mai ales dacă provenea din spațiul anglo-saxon.

Dominația politică, economică și culturală pe care Statele Unite ale Americii au exercitat-o începând cu 1945, prăbușirea blocului statelor socialiste în 1989-1991, globalizarea accentuată și impunerea, în contextul acesteia, a unor modele și instrumente juridice de afaceri specifice spațiului

---

<sup>6</sup> A se vedea G. J. Stigler, *Economics: The Imperial Science?*, în *Scandinavian Journal of Economics* vol. 86, nr. 3, 1984, pp. 301-313. Stigler, eminent reprezentant al Școlii de la Chicago și laureat al Premiului Nobel pentru economie, concluzionează: „*So economics is an imperial science: it has been aggressive in addressing central problems in a considerable number of neighbouring social disciplines and without any invitation*” (p. 311). Dacă pe Carlyle știința economică îl umplea de dezgust, la mai puțin de un secol de la acida sa critică, Keynes era convins că „*ideile economiștilor și filosofilor politici, atât atunci au dreptate, cât și atunci când nu au dreptate, sunt mult mai puternice decât este înțeles în mod obișnuit. Într-adevăr, acestea conduc în mare parte lumea*” (J. M. Keynes, *Teoria generală a ocupării forței de muncă, a dobânzii și a banilor*, Publica, București, 2009, p. 456). De la constatarea lui Keynes la observația lui Stigler nu pare să fie decât un mic pas.

anglo-saxon<sup>7</sup> au consolidat foarte mult influența *law & economics* în teoria juridică și economică, dar și în procesele de legiferare, atât la nivel internațional, cât și la nivelul unor sisteme naționale. De asemenea, analiza economică a dreptului se predă, astăzi, în marile școli de drept, în special în Statele Unite ale Americii, Marea Britanie și Germania, și continuă să genereze o amplă literatură de specialitate, sintetizată *inter alia* în manuale universitare<sup>8</sup> și lucrări cu caracter enciclopedic sau de dicționar.<sup>9</sup>

Studiul de față încearcă să exploreze originile și fundamentul intelectual al analizei economice a dreptului, prezentând, totodată, principalele critici și reconsiderări ale acestui influent curent de gândire, prin referire, pe de o parte, la câteva aplicații ale acestuia, în dreptul proprietății, dreptul contractelor și dreptul societar, și, pe de altă parte, la unele dintre contribuțiile principale, care au marcat curentul în evoluția sa și care ar trebui

---

<sup>7</sup> A se vedea K. Pistor, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, Princeton, 2019. Autoarea argumentează în esență că dreptul, așa cum este înțeles și practicat mai ales în SUA și în Marea Britanie, reprezintă un instrument de favorizare a acumulării de capital, de consolidare a averilor și de dominație economică a marilor companii asupra statelor, dreptul fiind indispensabil capitalului, din acest punct de vedere.

<sup>8</sup> A se vedea, printre altele, R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 9<sup>th</sup> Edition, Wolters Kluwer, 2014, respectiv mai accesibilele R. B. Cooter Jr., Th. Ulen, *Law and Economics*, Sixth Edition, Pearson, 2014; A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Fifth Edition, Wolters Kluwer, 2019. Pentru o introducere de limbă franceză, a se vedea E. Mackaay, St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, 2008. În spațiul juridic de limbă germană cel mai utilizat manual de analiză economică a dreptului (privat) este H. B. Schäfer, C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Springer Gabler, 5. Auflage, Berlin, 2012.

<sup>9</sup> A se vedea, spre exemplu, F. Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics. Volume 1: Methodology and Concepts; Volume 2: Private and Commercial Law; Volume 3: Public Law and Legal Institutions*, Oxford, 2017; E. Zamir, D. Teichman (ed.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford, 2014; F. Parisi, *The Language of Law and Economics. A Dictionary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

să reprezinte lecturi de bază pentru juristul care, format într-un sistem de învățământ juridic hiper-pozitivist, caută alternative de înțelegere și aprofundare a dreptului. Altfel spus, studiul de față își propune să contribuie la vehicularea unor idei și a unor nume care au rămas mult prea străine juristului român.

## II. Originile

### A. Liberalism economic și ordine juridică

Premisele fundamentale pe care se construiește analiza economică a dreptului (și la care aderă majoritatea cercetătorilor care se revendică de la acest curent) trebuie căutate în economia neoclasică, în special în teoria prețurilor și alocării resurselor, individualismul metodologic, maximizarea rațională a utilității / a profitului și calculul marginal. Acestea pot fi aplicate cu succes în înțelegerea și evaluarea regulilor și instituțiilor de drept.<sup>10</sup>

Pentru adepții *law & economics*, acest curent de gândire reprezintă cea mai importantă inovație în știința dreptului de la Codul lui Hammurabi încoace, respectiv de la conștientizarea de către comunitățile umane a

---

<sup>10</sup> A se vedea E. M. Fink, *Post-Realism, or the Jurisprudential Logic of Late Capitalism: A Socio-Legal Analysis of the Rise and Diffusion of Law and Economics*, în *Hastings Law Journal*, vol. 55, 2004, p. 932. A se vedea și definiția din B. A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Tenth Edition, Thomson Reuters, 2014, p. 1017: „1. A discipline advocating the economic analysis of the law, whereby legal rules are subjected to a cost-benefit-analysis to determine whether a change from one legal rule to another will increase or decrease allocative efficiency and social wealth. Originally developed as an approach to antitrust policy, law and economics is today used by its proponents to explain and interpret a variety of legal subjects. (...)”. A se vedea, de asemenea, și explicațiile din Th. J. Miceli, *Economic Models of Law*, în F. Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, vol. 1: *Methodology and Concepts*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 9-28, în special pp. 18-23.



necesității unor reguli de conviețuire socială, astfel încât extinderea științei economice asupra dreptului nu poate să fie decât o necesitate, iar imperialismul amintit *supra* pare să își găsească o temeinică justificare. De abia de la momentul apariției analizei economice a dreptului, legea devine veritabil obiect al cunoașterii științifice, un obiect de studiu cu caracter formal și cuantificabil.<sup>11</sup>

Dacă cititorul ar considera, dând crezare celor care văd în *law & economics* prima și cea mai importantă inovație în știința dreptului, că analiza economică oferă răspunsuri finale și incontestabile la întrebările care frământă dreptul, precum rosturile democrației, utilitatea pedepsei cu moartea, necesitatea interdicției avortului sau liberalizarea consumului de droguri, ar trebui probabil avertizat cu severitate. Analiza economică a dreptului nu pretinde să rezolve pentru totdeauna niciuna dintre aceste probleme, însă reușește să ofere cercetătorului în drept o (nouă) metodă de investigare a acestor probleme, contribuind esențial la înțelegerea funcționării sistemului juridic<sup>12</sup> și, ulterior, la formularea unor propuneri de reformare.

Analiza economică a dreptului a demonstrat, printre altele, că reglementarea cu caracter supletiv a contractelor particulare, instituirea unui regim al răspunderii delictuale sau sancționarea unor abuzuri de putere în

---

<sup>11</sup> A se vedea N. Georgekapolous, *Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 3. Am discutat despre originile și fundamentul analizei economice *inter alia* în D.-A. Cărămidariu, *Juriști și economiști. Despre o reciprocă ignorare: analiza economică a dreptului în doctrina juridică din România*, în R. Bercea, A. Mercescu (ed.), *Despre juriști*, Universul Juridic, București, 2017, pp. 240-280. Prezentul studiu reia parțial unele dintre ideile expuse cu acea ocazie.

<sup>12</sup> A se vedea R. A. Posner, *The Economic Approach to Law*, în *Texas Law Review*, vol. 53, 1975, pp. 757-782, în special p. 768.

relațiile economice, posibile numai din cauza imperfecțiunii piețelor, este necesară și utilă, a oferit o justificare economic-rațională anumitor instituții și le-a repudiat pe altele, arătând convingător de ce anumite tipuri de intervenții (legislative și judiciare, deopotrivă) ar trebui abandonate.

De aceea, putem pleca în explorarea originilor și fundamentului analizei economice a dreptului de la constatarea că aceasta este, în primul rând, o metodă care împrumută conceptele din economie pentru a înțelege mai bine dreptul. Ea se situează la confluența celor două discipline, fără a face parte nici din drept, nici din economie. Analiza economică a dreptului nu înlocuiește metodele tradiționale ale juristului, ci le completează.<sup>13</sup> Într-adevăr, ambiția de a constitui o completare a metodelor tradiționale ale juristului înseamnă mult mai puțin decât ambiția de a reprezenta cea mai mare inovație în drept de la Codul lui Hammurabi încoace.

Originile curentului de gândire *law & economics* trebuie plasate cu mult înainte de secolul al XX-lea, pentru că elemente de analiză economică a dreptului se regăsesc *inter alia* la Thomas Hobbes, Adam Smith, David Ricardo, Frédéric Bastiat, Jeremy Bentham și John Stuart Mill.

Iată câteva exemple, dincolo de cel, probabil foarte cunoscut, al lui Adam Smith, preocupat de efectele economice ale legislației specifice mercantilismului secolelor al XVII-lea și al XVIII-lea. La începutul secolului al XIX-lea, confruntat cu consecințele celebrelor *Corn Laws*, acte normative care restricționau puternic importul de cereale ieftine de pe continent în Marea Britanie, Ricardo a studiat evoluția productivității agricole în raport de aceste legi. Bastiat, un reprezentant de seamă al liberalismului francez din aproximativ aceeași perioadă, a publicat în 1850, cu puțin înainte de a muri,

---

<sup>13</sup> A se vedea Mackaay, Rousseau, *op. cit.*, p. XXI.

un eseu intitulat *La Loi*, în care a observat acele consecințe (economice) ale legii pe care legiuitorul nu le-ar fi intenționat.<sup>14</sup> Contribuțiile lui Bentham și Mill privesc modelul metodologic al lui *homo oeconomicus*, premisă esențială pentru orice analiză (micro)economică și, deci, și pentru demersurile de tip *law & economics*. Vom reveni asupra acestui model în cele ce urmează.

Două tradiții intelectuale de anvergură pot fi identificate în analiza economică a dreptului.<sup>15</sup> Prima este, într-adevăr, aceea a economiei politice, care pleacă de la Adam Smith și continuă până în zilele noastre printr-o serie lungă de economiști de calibru, indiferent de orientarea lor ideologică. Interesul față de drept al economiei politice își are originile în importanța normei juridice pentru piață.

Legea care guvernează drepturile de proprietate, contractele și libertatea comerțului joacă fără îndoială un rol important în funcționarea piețelor, astfel că orice preocupare față de piață și jocul dintre cerere și ofertă stârnește un interes față de drept și față de felul în care normele juridice influențează comportamentele economice ale participanților la piață. Dacă piața reprezintă ordinea spontană a cetățenilor liberi<sup>16</sup>, ea leagă ordinea economică de ordinea juridică, întrucât prima trebuie, pe de o parte, apărută

---

<sup>14</sup> A se vedea E. Mackaay, *History of Law and Economics*, în B. Bouckaert, G. De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar, Northampton, vol. 1, 2000, pp. 67-68. A se vedea și K. N. Hylton, *Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics*, în *Maryland Law Review*, vol. 64, nr. 1, 2005, pp. 85-107, în special pp. 86-89; Mackaay, Rousseau, *op. cit.*, pp. 7-17, iar pentru influența lui Bastiat asupra modului de a înțelege realitățile economice, a se vedea H. Hazlitt, *Economia într-o singură lecție*, Liberalis, Iași, 2020.

<sup>15</sup> A se vedea E. W. Kitch, *The Intellectual Foundations of "Law and Economics"*, în *Journal of Legal Education*, vol. 33, 1983, pp. 184-196, în special pp. 184-185.

<sup>16</sup> A se vedea G. Mursa, *Logica pieței*, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2014, în special pp. 69-116.

de cea de-a doua, iar, pe de altă parte, tot prin intermediul ordinii juridice, plasată în interiorul unor limite care echilibrează imperativul eficienței cu regulile echității.

A doua tradiție, perceptibilă în doctrina americană, este aceea a școlilor de drept, în care analiza economică a dreptului s-a dezvoltat cu ajutorul curentului *legal realism*.<sup>17</sup> Conform acestuia, juriștii trebuie să studieze dreptul în practică, utilizând în acest scop științele sociale, inclusiv economia. Cea mai convingătoare pledoarie în acest sens rămâne în continuare cea semnată de Oliver Wendell Holmes în *The Path of the Law*, în 1897, prin care acesta anticipa unele dintre curentele gândirii juridice americane din secolul al XX-lea, printre care și *law & economics*.<sup>18</sup>

Factorii care au determinat, la jumătatea secolului al XIX-lea, un prim interes al economiei față de drept au fost sintetizați astfel: (i) utilizarea pe scară largă a unor modele evoluționiste atât în drept, cât și în știința economică; (ii) influența școlii istorice germane, care i-a încurajat pe economiști să studieze în detaliu instituțiile sociale, printre care și dreptul; (iii) apariția teoriilor utilitariste ale bunăstării, preocupate de relația între distribuția resurselor și eficiență; (iv) dezvoltarea în general a științelor sociale, din care făceau parte atât dreptul, cât și economia, împreună cu

---

<sup>17</sup> Prin „*legal realism*” se înțelege teoria conform căreia dreptul nu se bazează pe norme sau principii juridice, ci pe decizii judecătorești derivând din interese sociale și politici publice. Astfel, analiza politicilor publice este utilizată pentru soluționarea unei probleme juridice, căutându-se cea soluție care promovează cel mai bine bunăstarea publică. A se vedea Garner, *op. cit.*, p. 1034.

<sup>18</sup> Cuvintele judecătorului O. W. Holmes despre importanța economiei în formarea juristului și critica sa la adresa „*divorțului*” dintre drept și economie au fost reluate și în studiile de doctrină din România, mai ales că eseul lui Holmes a fost tradus în limba română. A se vedea O. W. Holmes, *Cărarea dreptului*, trad. de L. Bojin și C. Valentin, în *Noua Revistă de Drepturile Omului*, nr. 3/2006, pp. 159-176.

creința larg împărtășită că științele sociale ar trebui unificate.<sup>19</sup> Percepția dreptului în acea epocă ca fiind un instrument de administrare, aflat în serviciul factorului politic, îl obliga practic pe jurist să se intereseze de chestiunile economice.<sup>20</sup>

Această primă preocupare a economiștilor pentru analiza dreptului a cunoscut un declin în perioada interbelică, cauza acestuia fiind metoda utilizată, criticabilă sub multe aspecte și apreciată ulterior de către istoricii gândirii economice ca fiind prea puțin științifică, respectiv lipsită de rigoare și de o structură logică definită, prea ușor verificabilă și aproape imposibil de infirmat.<sup>21</sup>

## **B. Contribuții seminale: Coase, Calabresi, Posner**

Curentul analizei economice a dreptului a reapărut, de data aceasta în toată forța, începând cu deceniile al șaselea și al șaptelea ale secolului trecut, fiind eminamente legat de Școala de la Chicago.<sup>22</sup> La baza analizei economice a dreptului se găsește filosofia economică a Școlii de la Chicago, pentru că în

---

<sup>19</sup> A se vedea H. Hovenkamp, *The First Great Law & Economics Movement*, în *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990, pp. 993-1058, în special p. 1056.

<sup>20</sup> A se vedea R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Fondation Varenne, L.G.D.J., Paris, 2010, p. 14.

<sup>21</sup> A se vedea Lanneau, *op. cit.*, p. 15. Autorul francez trimite la M. Blaug, *La Méthodologie Economique*, 2<sup>ème</sup> édition, Economica, Paris, p. 110. Economistul britanic M. Blaug este considerat a fi unul dintre cei mai influenți istorici ai gândirii economice, lucrarea sa de referință fiind considerată *Economic Theory in Retrospect* (1962), tradusă în limba română în 1992: *Teoria economică în retrospectivă*, Editura Didactică și Pedagogică, București.

<sup>22</sup> Pentru istoria ideilor Școlii de la Chicago, care a generat o amplă literatură exegetică, a se vedea R. Van Horn, Ph. Mirowski, *The Rise of the Chicago School of Economics and the Birth of Neoliberalism*, în Ph. Mirowski, D. Plehwe (ed.), *The Road from Mont Pelerin. The Making of the Neoliberal Thought*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2015 (2009), pp. 139-178.

cadrul acesteia s-au conturat primele elemente veritabile de analiză economică a normei juridice și, ulterior, programul științific al acestui curent de gândire. Nașterea *law & economics* la Chicago este esențial legată de Ronald Coase, Guido Calabresi și Richard Posner, despre contribuțiile decisive ale acestora urmând să discutăm în cele ce urmează.

Mai întâi, Ronald Coase. Acesta se impune în analiza economică a dreptului prin articolul *The Problem of Social Cost* din 1960, în care extinde asupra juridicului conceptul costurilor de tranzacție, pe care îl elaborase în 1937 în lucrarea *The Nature of The Firm*. Totuși, analiza efectuată de Coase nu este în întregime originală, acesta amintind într-un articol, de asemenea celebru, faptul că a fost inspirat de economistul liberal Frank Knight, unul dintre fondatorii Școlii de la Chicago.<sup>23</sup>

Teorema lui Coase nu poate fi evidențiată în absența unei scurte discuții asupra costurilor de tranzacție.<sup>24</sup> Costurile de tranzacție sunt costurile suportate de părțile unui contract pentru a-și procura informațiile necesare încheierii acestuia, în vederea coordonării acțiunilor lor. Asupra definirii costurilor de tranzacție nu s-a putut realiza un consens în literatura economică, motiv pentru care teoremei lui Coase îi lipsește o dovadă formală. Mai mult, Coase nu a considerat niciodată ideile enunțate în lucrarea *The Problem of Social Cost* ca alcătuind o teoremă corectă și completă din punct de vedere științific, opiniile sale fiind ridicate la acest rang de către George

---

<sup>23</sup> A se vedea R. H. Coase, *Law and Economics at Chicago*, *The Journal of Law and Economics*, vol. 36, nr. 1, 1993, pp. 239-254, în special p. 250. Coase citează studiul lui F. H. Knight din 1924, *Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost*, publicat în *Quarterly Journal of Economics*, vol. 38, nr. 4, pp. 582-606. Knight critica teoriile microeconomice enunțate de economistul britanic A. C. Pigou, Coase reluând și extinzând aceste critici.

<sup>24</sup> A se vedea Mackaay, Rousseau, *op. cit.*, pp. 184-191; T. Kirat, *Économie du droit*, Éditions La Découverte, Paris, 2012, pp. 56-58.

Stigler. Însă, primii autori de *law & economics* s-au servit cu larghețe de această teoremă, folosind-o pentru analiza efectelor diverselor propuneri de norme juridice și motivându-și pe baza ei opțiunile de politică legislativă.

Întrebarea esențială pe care și-a pus-o analiza economică a dreptului este, din acest punct de vedere, următoarea: poate ordinea juridică să garanteze / să contribuie la / să îmbunătățească eficiența economică? Aceasta nu este altceva decât acea situație ideală în care resursele rare sunt alocate sau realocate în așa fel încât necesitățile să fie satisfăcute în cel mai înalt grad posibil, bunăstarea socială fiind, astfel, maximizată.<sup>25</sup> Poate, deci, dreptul să contribuie la detensionarea relației fundamentale și permanent antagonice dintre raritatea resurselor și infinitul necesităților, sau, prin felul în care modelează comportamentele subiecților de drept și le orientează alegerile cu conținut economic, amplifică tensiunea?

Ordinea juridică distribuie *ab initio* drepturile subiective prin enunțarea de norme și prin jurisprudență, ceea ce ar corespunde unei alocări originare a resurselor în societate. Însă, participanții la circuitul juridic

---

<sup>25</sup> Într-un limbaj riguros, ar trebui să ne referim la „eficiența alocativă”, care caracterizează obținerea celei mai bune combinații de bunuri cu cea mai eficientă alocare de resurse și care include atât eficiența producției, cât și a distribuției. Însă, economiștii par să pună, uneori, semnul egalității între noțiunile de „eficiență alocativă”, „eficiență economică” și „bunăstare economică”. A se vedea C. Angelescu *et al.*, *Dicționar de Economie*, ediția a 2-a, Editura Economică, București, 2001, pp. 188-189. În toate cazurile, eficiența se leagă natural de economia de piață, majoritatea manualelor de economie operând cu acest concept. A se vedea, *inter alia*, R. G. Lipsey, K. A. Chrystal, *Principiile economiei*, Editura Economică, București, 2002, pp. 27-28; J. E. Stiglitz, C. E. Walsh, *Economie*, Editura Economică, București, 2005, p. 44; N. G. Mankiw, M. P. Taylor, *Grundzüge der Volkswirtschaftslehre*, Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart, 2012, pp. 184-185. Am discutat despre eficiență în economie și în drept în D.-A. Cărămidariu, *Eficiența economică, un principiu în dreptul contractelor*, în L. Bercea (ed.), *Contractele nenumite în afaceri*, Universul Juridic, București, 2017, pp. 115-128, în special pp. 116-119.

transferă aceste resurse unii altora, prin încheierea de acte juridice, în special contracte, în virtutea autonomiei de voință și libertății contractuale. Astfel, drepturile subiective sunt redistribuite în societate, în funcție de interesele sociale și economice ale indivizilor.

În aceste condiții, esențială pentru răspunsul la întrebarea dacă ordinea *de lege lata* încurajează eficiența economică sau risipa este redistribuirea drepturilor ca urmare a tranzacțiilor încheiate între particularii participanți la circuitul juridic, iar nu distribuția originală, întrucât numai redistribuirea pe care o realizează particularii este, în final, decisivă pentru alocarea resurselor în societate și economie. Ca urmare, trebuie analizat în ce fel influențează ordinea juridică redistribuirea drepturilor subiective, care rămâne determinantă pentru alocarea resurselor și, deci, pentru procesele economice de producție și consum, respectiv de satisfacere a nevoilor. Acestea sunt problemele pe care Coase a încercat să le soluționeze prin lucrarea sa din 1960.

Potrivit teoremei lui Coase, într-o societate în care (i) drepturile subiective, în special dreptul de proprietate, sunt enunțate într-o manieră clară, lipsită de echivoc, (ii) libertatea contractuală, respectiv libertatea de acțiune a indivizilor este garantată și (iii) costurile de tranzacție, respectiv costurile informării, coordonării acțiunilor individuale și ale recunoașterii, respectiv satisfacerii drepturilor individuale, sunt nule, alocarea resurselor va fi mereu aceeași și Pareto-eficientă<sup>26</sup>, indiferent de modalitatea în care au fost

---

<sup>26</sup> În accepțiunea economistului italian Vilfredo Pareto, atunci când bunurile sunt distribuite între indivizi, orice creștere a satisfacției unui consumator se va traduce prin reducerea satisfacției a cel puțin unui alt consumator. Această prezumție i-a permis enunțarea condiției de eficiență care îi poartă numele (*optimul Pareto*): o distribuție de valori economice între două persoane este Pareto-optimă atunci când nu mai există nicio posibilitate de schimb care ar face-



distribuite inițial drepturile subiective. În esență, Coase arată că, în absența costurilor de tranzacție, alocarea resurselor este independentă de distribuția drepturilor de proprietate. Cu alte cuvinte, în ipoteza inexistenței costurilor de tranzacție, distribuția inițială a drepturilor de proprietate nu poate afecta eficiența.

Teorema lui Coase nu privește decât drepturi care pot face obiectul unor acte juridice, respectiv al contractelor care privesc, *lato sensu*, schimbul de resurse. Apoi, din perspectiva teoremei, costurile de tranzacție includ și acele costuri aferente utilizării mecanismelor pieței de către subiecții de drept participanți la circuitul civil. Într-adevăr, din acest punct de vedere, piața este circuitul civil.

I s-a reproșat lui Coase că teorema sa: (i) nu ar reprezenta un real progres față de ceea ce s-ar fi spus în microeconomie până atunci; (ii) ar fi o tautologie; (iii) ar ignora comportamentele strategice ale participanților la viața socială și economică (spre exemplu, comportamentul pasagerului clandestin<sup>27</sup>); (iv) ar ignora asimetriile (în special, de forță economică) dintre

---

o pe cel puțin una dintre cele două mai bine situată, fără a o face pe cealaltă mai rău situată. Optimul Pareto a fost supus unor critici serioase, fiind propusă înlocuirea sa cu criteriul elaborat de N. Kaldor și J. Hicks. Pentru analiză, a se vedea N. B. Oman, *The Dignity of Commerce. Markets and the Moral Foundations of Contract Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2016, pp. 67-76, iar, în literatura juridică din România, R. Rizoiu, *Garanțiile reale mobiliare. O abordare funcțională*, Universul Juridic, București, 2011, pp. 123-126; C. Paziuc, *Răspunderea contractuală. O analiză juridică și economică*, Universul Juridic, București, 2019, pp. 36-38.

<sup>27</sup> Pasagerul clandestin este persoana care vrea să obțină un avantaj fără a furniza ceva în contrapartidă. Comportamentele de tipul pasagerului clandestin („*free rider*”) se manifestă în special în legătură cu utilizarea bunurilor publice care pot fi consumate simultan de mai multe persoane, fără ca utilitatea fiecăruia în parte să poată fi măsurată. Noțiunea pasagerului clandestin contribuie la analiza eșecurilor de piață.

părțile contractului, care, de multe ori, ar avea un impact semnificativ asupra rezultatului tranzacției.

După Coase, ori de câte ori există costuri de tranzacție, acestea fiind mai mari decât zero, ordinea juridică și distribuția originală a drepturilor pe care aceasta o realizează au o influență certă asupra eficienței alocării resurselor și, în consecință, asupra bunăstării societății. Cu cât aceste costuri de tranzacție sunt mai mari, cu cât participanții la circuitul civil sunt nevoiți să aloce resurse tot mai mari pentru a se informa, a-și coordona acțiunile pe piață și a-și satisface drepturile în justiție, cu atât mai proastă (mai puțin eficientă) ar trebui să fie alocarea resurselor și, în consecință, mai scăzută bunăstarea socială. Aceasta nu este o tautologie, ci o observație empirică plină de consecințe. Criticii potrivit căreia opiniile sale nu reprezintă o contribuție nouă la înțelegerea problematicii economice și a legăturilor între economie și drept, Coase i-a răspuns după cum urmează: „*I showed, as I thought, that if transaction costs were not introduced into the analysis, for the range of problems considered, the law has no purpose*”<sup>28</sup>; cu alte cuvinte, nu ar putea fi identificat scopul unei legi în absența noțiunii de costuri de tranzacție, pentru că scopul legii ar trebui să fie tocmai acela de a minimiza costurile de tranzacție.

La un an după apariția articolului *The Problem of Social Cost* al lui Coase, Guido Calabresi, american de origine italiană, își publică ideile despre distribuția riscurilor și regimul juridic al răspunderii civile. Acest studiu, intitulat *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, este a

---

<sup>28</sup> A se vedea R. Coase, *The Nature of the Firm: Influence*, în *Journal of Law, Economics and Organisation*, vol. 4, nr. 1, 1988, pp. 33-47, în special p. 34.

doua contribuție semnificativă la dezvoltarea analizei economice a dreptului.<sup>29</sup>

În 1970, Calabresi publică *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, în care își dezvoltă ideile legate de răspunderea civilă delictuală, pentru ca doi ani mai târziu, împreună cu profesorul A. Douglas Melamed, să propună, pe baza noțiunii de „*entitlement*”, o legătură între drepturile reale și răspunderea civilă.<sup>30</sup>

Prin „*entitlement*” cei doi autori înțeleg îndrituirea pe care statul (ordinea juridică) o acordă unui particular asupra unui bun sau a unei situații juridice și prin care acesta tranșează între interesele conflictuale ale subiecților de drept, preferându-le pe unele altora și făcându-le, astfel, pe primele să prevaleze.<sup>31</sup> Delimitarea cadrului conceptual bazat pe noțiunea de „*entitlement*” este apoi utilizată pentru o analiză a relației dintre dreptul de proprietate și fapta delictuală, întrebările la care se caută un răspuns fiind două: (i) în ce condiții se poate acorda / recunoaște o anumită îndrituire?; (ii) care sunt criteriile după care se aleg normele de protecție a îndrituirii

---

<sup>29</sup> A se vedea G. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, în *The Yale Law Journal*, vol. 70, nr. 4, 1961, pp. 499-553. Dacă în acest articol și în cartea care i-a urmat Calabresi acreditează ideea că riscurile trebuie suportate de acela care o poate face la cel mai mic cost, iar identificarea respectivului poate fi realizată pe baza indicațiilor precise ale științei economice (deci, în mod obiectiv-științific), ulterior își nuanțează opinia și pare să îmbrățișeze o viziune culturalistă, care ia în considerare, în stabilirea subiectului care este „*the cheapest avoider of a cost*”, întregul sistem juridic, așa cum este el contaminat de opinii și atitudini. A se vedea, în acest sens, G. Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, Syracuse University Press, 1985, în special p. 69.

<sup>30</sup> A se vedea G. Calabresi, A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, în *Harvard Law Review*, vol. 85, nr. 6, 1972, pp. 1089-1128. Pentru o analiză aplicată a conceptului de „*entitlement*” la unele norme și instituții din dreptul civil român, a se vedea Paziuc, *op. cit.*, pp. 31-36 (autorul utilizează conceptul *in extenso*, în cuprinsul întregii sale lucrări).

<sup>31</sup> A se vedea Calabresi, Melamed, *op. cit.*, p. 1090.

recunoscute, respectiv cum se alege între regimul juridic al proprietății și cel al răspunderii într-o asemenea situație?

Premisa de la care pleacă studiul semnat de Calabresi și Melamed este aceea că diversele interese individuale, pe care legiuitorul le recunoaște și pe care este chemat să le cântărească, se bucură, tocmai în acest scop, de diverse instrumente de protecție, de putere și intensitate diferite. Într-adevăr, anumite interese devin „*drepturi ale omului*” și se bucură, în consecință, de o protecție care atinge, în anumite cazuri, absolutul. Altele sunt protejate prin intermediul legii penale, ceea ce înseamnă că, în cazul vătămării lor, costul remediilor este în sarcina statului, care inițiază și gestionează tragerea la răspundere a făptuitorului. În fine, alte interese recunoscute de lege se bucură de o protecție limitată: deși judecătorul îl poate obliga pe cel vinovat de lezarea dreptului sau interesului să renunțe la acțiunile sale vătămătoare și/sau să plătească despăgubiri, un asemenea rezultat nu va putea fi obținut de către subiectul lezat decât dacă acesta își asumă costurile procedurilor judiciare. Din acest motiv, standardul probator care se pretinde statului, atunci când inițiază demersuri împotriva unei persoane vinovate de încălcarea legii penale, este mai ridicat decât cel pretins reclamantului într-un litigiu civil.<sup>32</sup>

Este foarte important a se ști care este natura și întinderea protecției pe care legiuitorul o consideră potrivită pentru fiecare tip de „*îndrituire*”, deși același drept sau interes al unui subiect poate fi apărat prin mijloace diferite, în funcție de situație. În concret, Calabresi și Melamed deosebesc între instrumentele sau mijloacele oferite de „*property rules*”<sup>33</sup>, „*liability rules*”<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> *Idem*, p. 1092.

<sup>33</sup> Fără îndoială, autorii au în vedere regimul juridic al dreptului de proprietate (privată).

<sup>34</sup> Este vorba despre regimul răspunderii civile, delictuale și contractuale.

și de ceea ce ei numesc „*inalienable entitlements*”.<sup>35</sup> Legiuitorului nu îi revine numai sarcina de a enunța reguli care să permită rezolvarea conflictelor între drepturile ocrotite, ci el trebuie să asigure și punerea lor în executare silită.<sup>36</sup>

Un drept aflat sub regimul juridic al proprietății trebuie înțeles ca fiind unul care poate fi transferat între particulari, pe baza unei negocieri purtate între vânzător și cumpărător, și care privește, eminentemente, valoarea de transfer. Legiuitorul a decis în patrimoniul cui trebuie recunoscută existența dreptului, însă nu a luat nicio decizie cu privire la valoarea acestuia, lăsând stabilirea ei în seama particularilor. Dacă intervin regulile din materia răspunderii – acele „*liability rules*” – legiuitorul, edictând norme cu privire la modul de calcul al prejudiciului, s-a pronunțat și cu privire la valoarea dreptului sau interesului lezat<sup>37</sup>, astfel încât, pentru a hotărî cu privire la întinderea reparației, judecătorul nu are nevoie de convenția particularilor aflați înaintea sa. În fine, în concepția autorilor, un drept (o îndrituire) este inalienabil(ă) în măsura în care transferul său de la vânzător la cumpărător nu este permis. În concret, legiuitorul va stabili întinderea inalienabilității, interzicând circulația bunului afectat, și va determina întinderea despăgubirii ce ar trebui plătită dacă bunul declarat inalienabil este înstrăinat sau distrus.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Din perspectiva sistemului român de drept privat, aceste reguli se găsesc atât în materia drepturilor reale, cât și a contractelor speciale.

<sup>36</sup> A se vedea Calabresi, Melamed, *op. cit.*, p. 1090.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 1092.

<sup>38</sup> Exemplul folosit de Calabresi și Melamed pentru cele trei tipuri de norme care protejează drepturile este al proprietarului unui imobil cu destinația de locuință. „*Property rules*” intervin dacă un cumpărător este interesat de achiziția casei, „*liability rules*” atunci când proprietarul este expropriat pentru cauză de utilitate publică, iar inalienabilitatea locuinței atunci când proprietarul ar fi pus sub interdicție pentru lipsă de discernământ. Pentru juristul român, cel puțin cea de-a doua ipoteză, a aplicării regimului răspunderii în cazul exproprierii, apare ca relativ improprie, dar, în contextul studiului în discuție, exemplul nu este greșit.

Bazându-se pe aceste concepte, Calabresi și Melamed studiază problema poluării, un subiect predilect pentru analiștii de *law & economics* și un exemplu clasic, de manual, pentru noțiunea externalităților negative de ordin tehnic, cu certe implicații economice. Fără îndoială, studiul semnat de cei doi profesori americani a contribuit foarte mult la cristalizarea politicilor de protecție a mediului, sub aspectul instrumentelor de intervenție, și a fundamentat *inter alia* principiul „*poluatorul plătește*”, definitoriu în dreptul mediului. Pe de altă parte, teoria „*îndrituirilor*” și a nivelurilor diferite de protecție pe care legea le instituie în favoarea lor a reprezentat un important punct de plecare pentru diverse studii specifice domeniului, asupra cărora vom reveni *infra*.

Deși istoria succintă a analizei economice a dreptului pleacă neîndoielnic de la studiile lui Coase și nu poate ignora contribuțiile lui Calabresi și ale coautorului său, adevăratul *founding father* al curentului ar putea fi considerat juristul american Richard Posner, care se revendică, asemenea lui Coase, de la gândirea economică a Școlii de la Chicago. Vom vedea, însă, în cele ce urmează, că între *teoria pură* a Școlii de la Chicago și ideile care se desprind din lucrările lui Coase sau Posner există unele divergențe, deși Posner se bazează *in extenso* pe tipul de analiză economică practicat și, până la urmă, impus de Școala de la Chicago. Unul dintre reproșurile care i s-ar putea face, dinăuntrul școlii sale, este acela că renunță la modelarea matematică a fenomenelor despre care discută, în timp ce Școala de la Chicago practică un discurs economic hiper-matematizat.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> A se vedea P. A. Diamond, *Posner's Economic Analysis of Law*, în *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, nr. 1, 1974, pp. 294-300. Recenzentul recunoaște că lipsa matematicii este singura critică pe care i-o poate aduce cărții lui Posner. Aceasta era

Până atunci, trebuie să amintim că, publicând în 1973 lucrarea *Economic Analysis of Law*, Posner este primul care analizează, din perspectivă economică, sistemul de drept american. Conceptele economice pe care Posner le exportă în analiza juridică sunt relativ simple<sup>40</sup> și îi permit ample discuții despre dreptul de proprietate, contracte, organizațiile de afaceri, reglementarea pieței, distribuția averilor, polarizarea socială, represiunea penală, sistemul constituțional al Statelor Unite și procedurile judiciare. Postulatele de bază ale cărții lui Posner, care deschide pentru prima oară analiza economică a dreptului unui public mai larg, fără specializare prealabilă în științele economice, sunt reprezentate de raționalitatea agenților economici și de eficiență. Aceasta din urmă este definită de Posner în sens tehnic ca fiind acel mod de exploatare a resurselor economice care maximizează satisfacția consumatorului, măsurată prin intermediul disponibilității acestuia de a plăti pentru bunurile și serviciile oferite pe piață.<sup>41</sup>

Posner se declară un adept convins al piețelor, pentru care optează ori de câte ori sunt în discuție chestiuni economice. Ca mecanism de reglare a raporturilor de schimb din economie și, deci, ca instrument de alocare / realocare a resurselor rare, piața este de preferat oricărui model care implică decizii luate în mod colectiv, la nivel politic. Epoca în care Posner își scrie

---

destinată unui public format în special din studenți la drept, cu puține cunoștințe de economie. Într-adevăr, *Economic Analysis of Law* este, întâi de toate, un manual.

<sup>40</sup> Este vorba, în special, despre legea generală a cererii și a ofertei, rolul costurilor de oportunitate și tendința factorilor de producție (a resurselor, în general) de a migra înspre zonele de activitate economică care promit maximizarea profiturilor, în condițiile libertății contractuale. A se vedea R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1973, p. 5.

<sup>41</sup> A se vedea Posner, *Economic Analysis...*, *cit.supra*, p. 4.

manualul de analiză economică a dreptului este exact aceea în care intervenționismul de inspirație keynesiană își dovedește limitele și este înlocuit de monetarism / neoliberalism, care nu pot fi separate de Școala de la Chicago și de influența pe care aceasta începe să o exercite începând cu sfârșitul anilor 1960 și începutul anilor 1970.

Atunci când arată că există dovezi abundente în sensul că reglementarea economiei produce în mod frecvent rezultate mai puțin eficiente decât sistemul de alocare a resurselor prin intermediul pieței<sup>42</sup>, Posner nu face decât să reflecte – este adevărat că pe un ton mai puțin radical – ideile celor mai vehemenți apărători ai piețelor pe care Școala de la Chicago i-a produs. Exemplul elocvent este, fără îndoială, Milton Friedman, a cărui argumentație urmărea să evacueze statul din orice fel de problemă pe care ar putea-o rezolva piața prin mecanismele specifice. Ghidajul fin al economiei, pentru care pledaseră Keynes și adepții acestuia, pentru că îl considerau capabil să depășească interesele individuale și să contribuie la realizarea binelui public<sup>43</sup>, trebuia eliminat dintre funcțiile statului, pentru că economia

---

<sup>42</sup> Iată textul original: „*There is abundant evidence that legislative regulation of the economy frequently, perhaps typically, brings about less efficient results than the market-common law system of resource allocation.*” (Posner, *Economic Analysis...*, cit. supra, p. 390).

<sup>43</sup> Cartea lui Posner de analiză economică a dreptului apare în același an, 1973, în care J. K. Galbraith, economist deosebit de influent și profesor la Harvard, publică *Economics & The Public Purpose*, o lucrare în care militează pentru „*un nou socialism*”, arătând că reglarea economiei prin intervenția statului nu poate fi abandonată pentru că este singurul mijloc prin care se poate diminua periculoasa putere a corporațiilor și se poate reduce inegalitatea socială. Deși Galbraith ar părea să aibă dreptate, deceniile care au urmat au fost dominate ideologic de gândirea Școlii austriece, metamorfozate în Școala de la Chicago, de Friedman și curentul monetarist, prin „*Reagonomics*”, „*Thatcherism*” și dereglementarea accentuată a deceniilor 1980–2000. Sub titlul *Știința economică și interesul public*, cartea lui Galbraith a fost tradusă și publicată în limba română în 1982, la Editura Politică. Nu este foarte clar dacă cenzura epocii a înțeles până la capăt argumentația economistului de la Harvard, care în niciun caz nu făcea apologia economiei planificate, ci pleda, în continuare, pentru intervenționism și pentru un stat



se poate regla și singură. De aceea, Posner nu este foarte interesat de problema echității, care intersectează, totuși, chestiunea distribuirii și a redistribuirii resurselor.<sup>44</sup>

Recunoscând influența modului în care resursele sunt distribuite în societate asupra deciziilor de piață ale actorilor economici, Posner alege să se concentreze asupra aspectelor legate de eficiență și să renunțe la discuția despre echitatea repartiției veniturilor<sup>45</sup>, fiindcă singura problemă de care este cu adevărat interesat este următoarea: maximizarea rezultatelor activității economice prin intermediul tranzacțiilor de piață sau prin atribuirea pe cale legală ori judiciară a drepturilor subiective, care nu ar trebui decât să mimeze mecanismele eficiente ale pieței.

În sfârșit, se impune o ultimă precizare legată de Posner. Cititorul care a avut bunăvoința de a nu omite nota de subsol care îl cita pe Posner în original a observat cu siguranță caracterul incomplet al ideii redată în limba română față de originalul englez. Atunci când spune că reglementarea economiei produce rezultate mai slabe decât sistemul de alocare a resurselor prin intermediul pieței, Posner folosește sintagma „*the market-common law system of resource allocation*”, pe care o opune lui „*legislative regulation*”, arătând că sistemul combinat, de piață și *common law*, este de preferat

---

social, în perfectă tradiție keynesiană, completată cu o doză de instituționalism. Pentru asimilarea în dreptul (public) român a ideilor lui Galbraith a se vedea C. Clipa, *Noțiunea de interes public, între definiții juridice și speculații economice*, în Revista Română de Drept Privat, nr. 1/2019, pp. 87-124.

<sup>44</sup> Criza economică declanșată în Statele Unite ale Americii în 2007-2008 îl face pe Posner să se îndoiască de modelul economic neoliberal pe care l-a așezat în centrul abordării sale. A se vedea R. A. Posner, *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Harvard University Press, 2009.

<sup>45</sup> A se vedea Posner, *Economic Analysis...*, cit. supra, pp. 220-221.

reglementării exhaustive a raporturilor particularilor. Deci, nu piața singură este un mecanism (mai) eficient, ci numai dacă pe aceasta se greșează un sistem juridic de tip *common law*. Posner este, așadar, primul care enunță teza eficienței superioare a sistemului de *common law* în raport cu celelalte sisteme juridice, în special cu cel romano-germanic.

*Bref*, Posner susține că sistemul juridic anglo-saxon este mult mai bine plasat pentru a contribui la maximizarea rezultatelor activității economice, fiindcă favorizează tranzacționarea, încurajând încheierea contractelor, preferă piața intervenției publice și specifică foarte bine drepturile de proprietate. Simplificat, argumentul său principal este acela că judecătorul de *common law* poate judeca (și) în termeni de eficiență, de vreme ce oricum nu există o lege scrisă și obligatorie care să îi impună un set limitativ de alte criterii în soluționarea litigiilor dintre particulari. Cu toate că Posner nu pare să ofere, cel puțin la momentul 1973<sup>46</sup>, prea multe explicații în sprijinul ideii sale, ea este punctul de plecare pentru teoriile *legal origins* și pentru concurența normativă.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Posner a publicat ulterior o carte foarte bine primită, în care a revenit asupra eficienței sistemului judiciar: *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981, reluând subiectul și în alte cărți și articole, spre exemplu în *Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach*, în *Florida State University Law Review*, vol. 32, nr. 4, 2005, pp. 1259-1279. În *Economics of Justice*, teza principală a lui Posner este aceea că tendința judecătorului de *common law* este aceea de a soluționa litigiile cu care este investit într-o manieră aptă să apropie sistemul real al economiei de piață de acela al concurenței pure și perfecte, pe care Posner o numește „*effective competition*”.

<sup>47</sup> Dezbaterea despre concurența normativă a fost declanșată de seria de articole publicate între 1997 și 2008 de o echipă de cercetători formată din R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer și R. Vishny, care au constatat, pe baza unor date empirice, că sistemul de *common law* (i) oferă o mult mai bună protecție investitorilor (capitalului), ceea ce a contribuit la dezvoltarea sectorului financiar; (ii) este sărac în norme imperative și reticent față de intervenția statului în raporturile particularilor, ceea ce conduce la un grad mai scăzut de corupție, o piață a muncii funcțională și o piață neagră de dimensiuni reduse; (iii) cunoaște o justiție mai puțin rigidă, dar

Afirmațiile lui Posner, precum și studiile cercetătorilor care au aderat la ideile sale și le-au dezvoltat<sup>48</sup> au provocat, chiar dacă cu o întârziere considerabilă, reacția acidă a doctrinei juridice franceze și, cu puțini ani înainte, a celei germane, care au încercat să demonstreze eficiența sistemului de drept romano-germanic, bazat pe coduri scrise și, astfel, creator de stabilitate și certitudine juridică, cel puțin din acest moment adăugându-se dezbaterii o infuzie puternică de culturalism juridic.

### III. Fundamentul intelectual și programul științific al analizei economice a dreptului

Remarcabila efervescentă și diversitatea cercetărilor de analiză economică a dreptului, care au urmat, îndeaproape, apăsării butonului declanșator de către triada Coase – Calabresi – Posner, fac necesară sistematizarea și ordonarea ideilor curentului, delimitarea fundamentelor sale intelectuale și evidențierea programului științific al acestuia.

---

cu un grad mai ridicat de autonomie față de puterea executivă, ceea ce implică o securizare mai bună a drepturilor de proprietate și executarea corespunzătoare a obligațiilor contractuale. A se vedea R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Economic Consequences of Legal Origins*, în *Journal of Economic Literature*, vol. 46, nr. 2, 2008, pp. 285-332, în special p. 298, dar și E. L. Glaeser, A. Shleifer, *Legal Origins*, în *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, nr. 4, 2002, pp. 1193-1229.

<sup>48</sup> A se vedea, spre exemplu, câteva dintre primele lucrări care au preluat, analizat și completat argumentele lui Posner despre eficiența *common law*-ului: P. H. Rubin, *Why is the Common Law Efficient?*, în *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, nr. 1, 1977, pp. 51-63; G. L. Priest, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, în *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, nr. 1, 1977, pp. 65-82; R. Cooter, L. Kornhauser, *Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?*, în *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, nr. 1, 1980, pp. 139-163; R. P. Terrebonne, *A Strictly Evolutionary Model of Common Law*, în *The Journal of Legal Studies*, vol. 10, nr. 2, 1981, pp. 397-407.

Nu este greșită afirmația conform căreia teorema lui Coase este și rămâne fundament esențial pentru analiza economică a dreptului, pentru că permite sintetizarea principalelor teze cu care se operează în *law & economics*. Acestea sunt:

i. Indivizii reacționează față de normele juridice și hotărârile judecătorești în calitate de *homines oeconomici*<sup>49</sup>, adică într-un mod rațional, care tinde la maximizarea utilității. Sancțiunile juridice au efectul unor prețuri care fac anumite comportamente mai scumpe decât altele. Înseamnă, deci, că estimarea consecințelor pe care le produc normele juridice și hotărârile judecătorești în realitatea imediată ar trebui să aibă la bază modelul comportamentului economic al oamenilor. Departe de a fi perfect, supus unor multiple critici, inclusiv pentru aparenta sa lipsă de moralitate, și de aceea reconstruit cu ajutorul psihologiei comportamentale, care i-a trasat limite clare, modelul omului economic nu poate fi abandonat, întrucât contribuția sa la înțelegerea fenomenelor economice și a implicațiilor lor juridice este valoroasă.<sup>50</sup>

ii. Eficiente în sens economic sunt acele efecte (consecințe) ale normelor juridice și ale hotărârilor judecătorești care măresc bunăstarea socială, fiind, *a contrario*, ineficiente acelea care o reduc. Evaluarea consecințelor pe care le produc normele juridice și hotărârile judecătorești în

---

<sup>49</sup> A se vedea D.-A. Căramidariu, *Everybody minding their own business. Perenitatea unui model: omul economic și relevanța sa în drept*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 1/2019, pp. 17-39.

<sup>50</sup> Nimeni altul decât Karl Popper sugera în *The Poverty of Historicism* (1957) că modelul economic de comportament ar putea să-și găsească o aplicabilitate generală în științele sociale. Totuși, *homo oeconomicus* ar trebui privit numai în legătură cu fenomenele economice pentru a căror observare și analiză a fost conceput.

realitatea imediată ar trebui să se facă pe baza conceptelor cu care operează economia bunăstării.<sup>51</sup>

*iii.* Tuturor instituțiilor din ordinea juridică (sistemul de drept), deci nu numai legiuitorului, ci și, în măsura în care este posibil, instanțelor judecătorești, le revine sarcina să adopte măsuri care produc consecințele dezirabile în sensul (*i*) și (*ii*), adică măsuri care să mărească bunăstarea socială sau, cel puțin, să nu o diminueze.<sup>52</sup>

Înțelegerea analizei economice a dreptului prin prisma acestor teze permite utilizarea sa pentru studiul întregului sistem juridic, atât a dreptului privat, cât și a dreptului public. Astfel, analiza economică a dreptului nu se limitează la acele ramuri de drept, cum ar fi, spre exemplu, dreptul societar sau dreptul concurenței, care au o certă legătură cu viața economică, ci se extinde și asupra altor ramuri, care nu reglementează activități economice *stricto sensu*.

Analiza economică a dreptului a elaborat un program științific propriu, întrucât ea nu se poate rezuma la identificarea, din perspectivă economică, a consecințelor normelor juridice în vigoare, ci, bazându-se pe evaluarea dreptului pozitiv, formulează propuneri de reformare a acestuia. Dacă s-ar limita la identificarea și evaluarea economică a normelor juridice, fără să lege de această analiză o propunere de adaptare a cadrului normativ existent, analizei economice a dreptului i-ar lipsi orice impuls reformator și ar fi, cel mai probabil, neinteresantă pentru juriști.

---

<sup>51</sup> Economia bunăstării este acea parte a științei economice care abordează normativ actele, faptele și comportamentele participanților la viața economică, reprezentând un ansamblu de teorii, doctrine și judecăți de valoare despre ce gândesc și cum acționează actorii economici.

<sup>52</sup> A se vedea H. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 4-5.

Aceștia sunt mult mai interesați de situațiile în care analiza economică ajunge la concluzia necesității schimbării normelor în vigoare, propunând modificarea cadrului juridic existent și înțelegându-se pe sine ca fiind un veritabil fundament al politicii legislative.<sup>53</sup> Avansarea unor propuneri concrete de modificare a dreptului în vigoare, ca urmare a unei analize economice a acestuia, reprezintă diferența dintre analiza economică pozitivă a dreptului și analiza economică normativă a dreptului. În ceea ce privește dreptul privat american, analiza economică a dreptului nu a depășit, la începuturile sale, nivelul unei analize pozitive, întrucât s-a concluzionat că normele în vigoare satisfac cerințele normative ale analizei economice. Am amintit deja că Posner a constatat că sistemul de drept american și, în general, cel caracteristic spațiului anglo-saxon satisfac cerința eficienței. Chiar și în această ipoteză, analiza economică pozitivă a dreptului poate deveni interesantă pentru juriști, atunci când se pune problema de a ști în ce măsură au instanțele judecătorești facultatea de a face uz de imperativul eficienței economice atunci când pronunță soluția și „fac”, astfel, dreptul. Răspunsul depinde de măsura în care în conținutul normei aplicabile se regăsește, fie și numai implicit, ideea eficienței economice.

În orice caz, atunci când elaborează propuneri de modificare a normelor existente, analiza economică a dreptului devine un veritabil model teoretic de politică legislativă, intrând în concurență cu alte asemenea modele și fiind, prin urmare, chemată să își apere programul și propunerile.

---

<sup>53</sup> Probabil că acesta este sensul cel mai apropiat de modul în care se face acum *law & economics* în doctrina din Statele Unite ale Americii, unde reprezintă, mai întâi, o abordare științifică a politicilor publice.

Analizei sau teoriei economice pozitive a dreptului i se subsumează toate acele teorii, care se raportează analitic sau empiric la drept, respectiv care se preocupă într-o manieră pozitivă de descrierea, explicarea și estimarea comportamentelor subiecților de drept. Pentru analiza economică pozitivă a dreptului, acesta este un fenomen social, miza analizei pozitive fiind aceea de a îmbunătăți și de a extinde cunoașterea despre societate și despre raporturile sociale și economice. Teoria economică pozitivă servește drept fundament pentru formularea *ex ante* a unor prognoze cu privire la comportamentul destinatarilor normelor juridice. Asemenea prognoze ar trebui să aibă în vedere, printre altele, modificarea stimulilor la introducerea de noi reguli, pentru că dreptul nu este, din această perspectivă, nimic altceva decât un mecanism care mărește sau micșorează, după caz, costurile de oportunitate ale uneia sau alteia dintre alternativele pe care subiecții de drept le au, teoretic, la dispoziție. Cunoașterea consecințelor intervențiilor legiuitorului în viața socială este absolut necesară, fiindcă numai așa se pot recunoaște și utiliza interdependențele funcționale între normă și consecința ei, între subiecții de drept, interesele și faptele lor, modelabile prin cadrul normativ.

În același timp, analiza economică pozitivă poate fi utilizată și *ex post*, pentru evidențierea necesității și evoluției anumitor instituții juridice. Astfel, pentru jurist, analiza economică pozitivă a dreptului este un instrument util din multe puncte de vedere, spre exemplu când cercetează realitatea care se impune a fi reglementată juridic, când evaluează consecințele adoptării unei legi sau când studiază consecințele aplicării *in concreto* a legii de către judecător.

Analiza economică normativă (sau prescriptivă) a dreptului încearcă, plecând de la premisele teoretice evocate *supra*, să formuleze un răspuns la întrebarea privind cea mai bună, adică cea mai eficientă, soluție juridică

pentru o problemă socială. Criteriul pe care analiza normativă îl folosește este cel utilitarist<sup>54</sup>, fiind de preferat acea ordine juridică în care utilitatea totală este maximizată, respectiva ordine juridică devenind cea mai eficientă din punct de vedere economic.

Aplicând dreptului pozitiv acest test, analiza normativă urmează să formuleze propuneri de modificare, de înlocuire ori chiar de renunțare la norma juridică pe care a testat-o prin prisma eficienței ei economice. Totuși, legătura normativă între analiza economică a dreptului și utilitarismul economic nu este necesară, fiindcă de cele mai multe ori, prin funcția sa descriptivă, economia ajută dreptul să câștige un plus de raționalitate, fără să interfereze prea mult cu caracterul normativ al științelor juridice.<sup>55</sup>

Apoi, analiza economică a dreptului poate fi atât consecvențională, cât și neconsecvențională.<sup>56</sup> Atunci când analiza economică a dreptului evaluează normele în vigoare în funcție de gradul în care evită risipa unor resurse rare, înseamnă că le evaluează în funcție de consecințele care se răsfrâng asupra membrilor corpului social, astfel încât face parte din categoria teoriilor sociale consecvenționale.<sup>57</sup>

Conform acestora, acțiunile și deciziile oricărui subiect de drept se evaluează în funcție de consecințele pe care le produc, criteriul fiind valabil și pentru norma juridică. Printr-o asemenea abordare, analiza economică a dreptului se îndepărtează puternic de concepția potrivit căreia singura

---

<sup>54</sup> Pentru relevanța utilitarismului în drept, a se vedea Cărămidariu, *Everybody minding their own business...*, *cit.supra*, pp. 19-24.

<sup>55</sup> A se vedea E. V. Towfigh, N. Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 5-7.

<sup>56</sup> A se vedea Schäfer, Ott, *op. cit.*, p. XXXIV.

<sup>57</sup> A se vedea Georgekapoulos, *op. cit.*, p. 22; Oman, *op. cit.*, pp. 15-16.



justificare a normei provine din conformitatea acesteia cu prevederile textului constituțional, nefiind necesară și, de altfel, nici posibilă o altă justificare. Totodată, analiza economică a dreptului se îndepărtează și de concepția potrivit căreia valoarea faptelor și deciziilor subiecților de drept se regăsește în înseși faptele și deciziile lor, cu ignorarea consecințelor pe care acestea le produc.

Numai că analiza economică a dreptului nu se limitează la concepția consecvențională. Într-o societate liberă, normele de conviețuire socială se pot forma și în mod spontan, prin simpla interacțiune a subiecților. Aceste norme nu se bazează întotdeauna pe analiza consecințelor lor, o astfel de analiză fiind uneori imposibilă. Prin urmare, ele sunt rezultatul acțiunii umane, dar nu sunt rezultatul prevederii umane. Asemenea norme s-au dovedit a fi stabile în timp, deși nu sunt la adăpost de orice critică. Legitimarea lor provine din stabilitatea pe care au dobândit-o în timp, iar nu din analiza consecințelor pe care le produc. Analiza economică a dreptului tratează și formarea unor asemenea reguli și importanța lor pentru societate și pentru drept.

În fine, deși legarea originilor *law & economics* de Școala de la Chicago nu este greșită, programul științific al analizei economice a dreptului ignoră, într-o anumită măsură, teoria pură a acestui curent economic, așa cum este ea formulată, spre exemplu, în manifestul lui Milton Friedman din 1962, *Capitalism and Freedom*.<sup>58</sup> Potrivit lui Friedman, orice formă de dirijare sau chiar numai de coordonare a proceselor economice de către stat este inacceptabilă, după cum trebuie respinsă și încercarea statului de a corecta eșecurile reale sau presupuse ale pieței, pentru că intervenția pretins

---

<sup>58</sup> A se vedea M. Friedman, *Capitalism și libertate*, Editura Enciclopedică, București, 1995.

corectoare a statului în mecanismele pieței nu este decât o sursă de ineficiență. Asemenea intervenții sunt costisitoare și pot conduce la o pierdere economică cu mult mai mare decât aceea pe care încearcă să o prevină. Cu alte cuvinte, Școala de la Chicago recomandă, chiar și în cazul unui eșec evident de piață, o politică guvernamentală pasivă, de tipul „*do nothing*”, de preferat oricărui intervenționism statal.

Sigur că, atunci când a analizat costurile de tranzacție, Coase a urmărit, la rândul lui, un scop anti-intervenționist, încercând să arate că externalitățile negative nu trebuie neapărat corectate printr-o intervenție a forței publice, ci ar putea fi internalizate (deci, corectate) chiar de către participanții la viața economică, prin negocieri. Aceasta este în deplină concordanță cu primele două părți ale programului științific al analizei economice a dreptului, respectiv cu recomandarea ca, pe de o parte, dreptul pozitiv să permită particularilor încheierea unor acte juridice având ca obiect schimbul de bunuri (resurse economice) și, pe de altă parte, să încurajeze asemenea raporturi juridice, facilitându-le în cel mai înalt grad posibil.

A treia parte a programului avansat de analiza economică a dreptului, respectiv propunerea ca ordinea juridică să se constituie într-o replică a mecanismelor de piață în acele situații în care costurile de tranzacție sunt prohibitive, este în mod explicit de factură intervenționistă.

Această parte a analizei economice a dreptului reprezintă sâmburele tare al curentului, aspect subliniat în doctrina de *common law*<sup>59</sup>, care a arătat că pentru știința dreptului cea mai relevantă analiză economică este aceea care se bazează pe prezumția că piețele eșuează în obținerea unor rezultate

---

<sup>59</sup> A se vedea C. G. Veljanovski, *The New Law-and-Economics: A Research Review*, Oxford Centre for Socio-Legal Studies, 1982, p. 129.

eficiente. Trebuie subliniat faptul că, fie și numai prin dimensiunea sa descriptivă, școala de *law & economics* poate oferi o contribuție valoroasă pentru studiul dreptului, întrucât performanța economică rămâne un factor important pentru stabilirea caracterului echitabil / echilibrat al unui act normativ, cel puțin dacă privim această performanță din perspectivă macroeconomică.

În ceea ce privește asocierea programului științific al analizei economice a dreptului cu preceptele Școlii de la Chicago, ar trebui spus și că *law & economics* ar fi putut arăta astăzi altfel, dacă Coase, Posner și toți cei care le-au urmat nu ar fi reușit să își impună, în interiorul curentului, punctul de vedere și, în special, metodologia.<sup>60</sup> Victoria lor în fața abordărilor diferite, precum cele avansate de James Buchanan și Gordon Tullock, Friedrich August von Hayek<sup>61</sup> sau Anthony Downs<sup>62</sup>, a fost posibilă și datorită extraordinarei influențe pe care monetariștii de la Chicago, grupați în jurul lui Friedman, au reușit să o exercite în contextul crizelor economice ale anilor

---

<sup>60</sup> A se vedea Lanneau, *op. cit.*, p. 16. Lucrarea lui James Buchanan și Gordon Tullock, *The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy*, care a apărut în 1962, a fost publicată și în limba română, a se vedea J. Buchanan, G. Tullock, *Calculul consimțământului. Fundamentele logice ale democrației constituționale*, Editura Publica, București, 2010.

<sup>61</sup> Hayek este considerat, neîndoiește, unul dintre campionii liberalismului clasic, dar viziunea sa despre drept nu corespunde întrutotul celei cu care se operează în *law & economics*, Hayek fiind un critic serios al utilitarismului și al modelului *omului economic* imaginat de utilitariști și esențial în analiza economică a dreptului. A se vedea F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Routledge, 2013 (1973), pp. 184-190. Pentru o analiză comparativă a discursurilor lui Hayek și Posner, a se vedea excelentul eseu al juristului german E.-J. Mestmäcker, *A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

<sup>62</sup> Lucrarea lui Anthony Downs din 1957, *An Economic Theory of Democracy*, a fost publicată în limba română în 2009, a se vedea A. Downs, *O teorie economică a democrației*, Editura Institutul European, Iași, 2009.

1970 și al înlocuirii intervenționismului keynesian cu *laissez-faire*-ul neoliberal.

Indiscutabil, contribuțiile autorilor enumerați *supra* sunt importante puncte de plecare pentru interdisciplinaritate în drept și economie. Neoinstituționalismul economic, teoria alegerii publice și teoriile economice constituționale ocupă un loc asemănător celui pe care se așază analiza economică a dreptului, pentru că toate sunt interesate de problematici relevante juridic. Însă, numai analiza economică a dreptului a urmat până în prezent un demers sistematic de studiu și evaluare a consecințelor reale pe care le produc normele și instituțiile juridice, din perspectiva economiei bunăstării. Această situație în cadrul teoretic conturat de „*welfare economics*” caracterizează analiza economică a dreptului și o deosebește de celelalte teorii amintite *supra*.

De ce este, deci, importantă analiza economică a dreptului pentru jurist? Altfel formulat, de ce ar trebui să fie interesat juristul, indiferent dacă are sau nu studii economice, de mesajul „*deprimantei*” științe economice, pentru a nu uita metafora lui Carlyle?

În primul rând, în *law & economics* se operează cu concepte relativ puține, astfel că analiza economică are marele merit de a reduce complexitatea. Analiza consecințelor dreptului trebuie să se fundamenteze pe modelul lui *homo oeconomicus*, evaluarea lor trebuie să aibă loc în conformitate cu preceptele economiei bunăstării. Reducând complexitatea, analiza economică a dreptului îmbunătățește comunicarea între economiști și juriști, dar și între juriști. Dacă astăzi juriștii specializați în diferite ramuri ale dreptului nu își mai spun prea multe unul altuia, ca urmare a deosebirilor prea mari între variile instituții și figuri juridice și între modelele argumentative ale diferitelor discipline juridice, analiza economică a efectelor dreptului

pozitiv și evaluarea acestora ar putea reprezenta o semnificativă punte de legătură între juriști, o metodă de cercetare comună, cu eventual potențial (re)unificator.

În al doilea rând, comunicarea îmbunătățită nu comportă numai un aspect intra- și unul interdisciplinar, ci și unul internațional. Integrarea europeană implică armonizare juridică, iar analiza economică a dreptului poate conduce la internaționalizarea metodelor juridice și la cristalizarea unei științe europene a dreptului. Acest aspect a fost subliniat în doctrina germană de cel puțin un sfert de secol, respectiv la mijlocul anilor 1990, dată la care primele eforturi în vederea unificării dreptului privat european aveau deja o vechime considerabilă.<sup>63</sup> Nu suntem siguri că, în prezent, lucrurile stau la fel, elanul integrator părând să se fi diluat în bună măsură.<sup>64</sup>

În al treilea rând, în măsura în care analiza economică a dreptului emite prognoze cu privire la consecințele normelor juridice, există posibilitatea verificării lor empirice. Chiar dacă estimările economice sunt falsificabile, pentru știința dreptului, care urmează să se autoanalizeze prin prisma consecințelor economice ale regulilor juridice, se deschide calea dezvoltării ca știință reală, în sensul modern al teoriilor despre științe.

În al patrulea rând, criteriul eficienței, care stă la baza evaluării consecinței normei de drept, a câștigat în credibilitate, în condițiile în care, urmare a prăbușirii comunismului, piața și capitalismul nu par să mai cunoască oponenți veritabili. Analiza dreptului pe baza criteriului eficienței economice pare a fi, deci, corectă sau, cel puțin, s-ar înscrie în tendințele

---

<sup>63</sup> La inițiativa profesorului danez Ole Lando, Comisia pentru Dreptul European al Contractelor își începuse activitatea în 1980, primele inițiative de acest gen datând din 1976.

<sup>64</sup> Cu toate acestea, reputatul analist german de *law & economics* Eidenmüller reia argumentul și în ediția a 4-a a lucrării sale, la douăzeci de ani de la prima ediție din 1995.

contemporane. Crizele periodice care afectează capitalismul și chestionarea obligatorie a tezelor neoliberalismului, care acompaniază oscilațiile negative ale dinamicii economiilor de piață, nu diminuează valabilitatea afirmației de mai sus, ci, dimpotrivă, subliniază larga utilitate a părții a treia din programul științific al *law & economics*, respectiv aceea în care intervenția forței publice este solicitată pentru corectarea eșecurilor de piață și minimizarea costurilor de tranzacție.

Având aceste elemente în vedere, devine clar că analiza economică a dreptului se concentrează, pe de o parte, asupra normei și utilității acesteia și, pe de altă parte, asupra satisfacerii preferințelor actorilor economici și sociali, indiferent de natura și caracterele lor sau ale celor cu care interacționează. Din această perspectivă, analiza economică a dreptului se deosebește de orice teorie hedonistă, scopul său fiind acela de a căuta și de a găsi justificarea normei juridice. Ea examinează norma în vigoare sub aspectul capacității acesteia de a servi la satisfacerea preferințelor sociale și de a promova bunăstarea socială.

Cine acceptă că piața generează bunăstare, acceptă că acele societăți care permit pieței să regleze majoritatea activităților care privesc satisfacerea nevoilor umane vor fi întotdeauna mai bine plasate decât acelea care se orientează spre alte modele de organizare socială. Cu alte cuvinte, generarea de bunăstare pare un obiectiv legitim pentru drept, care poate fi atins atunci când sistemul juridic susține piața, apără drepturile subiective și asigură forța obligatorie a contractelor.<sup>65</sup>

Fără îndoială, însă, că bunăstarea socială nu este unul dintre cele mai simple subiecte ale științei economice. Geometria conceptului este, inevitabil,

---

<sup>65</sup> A se vedea Oman, *op. cit.*, p. 68.

variabilă. Uneori, bunăstarea nu poate fi determinată, alteori preferințele participanților la viața economică și socială sunt atât de diferite, încât concilierea lor, în sensul propus de Calabresi și Melamed, este economic și juridic o sarcină dificilă. Însă, pentru curentul *law & economics*, dreptul caută întotdeauna să maximizeze bunăstarea socială, oricum am privi-o. Așa fiind, analiza economică a dreptului favorizează în mod tradițional o concepție non-intervenționistă asupra dreptului.

Or, abordând problema de această manieră, analiza economică a dreptului nu numai că se supune intereselor societății, dar rămâne deschisă oricăror inovații filosofice sau metodologice, precum și cercetărilor empirice menite să determine interesele societății. Analiza economică a dreptului ar trebui, de aceea, să refuze orice dominație asupra societății și a științei, idee care atenuază imperialismul amintit la început. Această atitudine transpare din contribuțiile lui Coase sau Posner, care au promovat un pragmatism deosebit al abordărilor de tip *law & economics*. Dacă schimbările sociale conduc la apariția de noi norme juridice, metodele noi de determinare a preferințelor sociale ar trebui integrate în orice analiză economică.

#### IV. Metoda economică în studiul dreptului

Știința economică a dezvoltat metode diverse în vederea realizării obiectivelor pe care și le-a propus. În principiu, teoria economică încearcă să modeleze anumite procese evolutive în timp și să le explice cu ajutorul modelării. Totodată, modelarea este utilizată pentru a prognoza comportamentele viitoare ale participanților la viața economică. În secolele trecute, economia a cunoscut o matematizare accentuată, matematica fiind limbajul de la care economiștii s-au așteptat să le ofere o claritate mai mare în

comparație cu redarea verbală a modelelor pe care le-au conceput. Conceptele economice au adesea sensuri variabile, putând desemna în același timp fenomene diferite, contururile fiind adesea imprecise.

Matematica prezintă în acest context avantajul de a evada din ambiguitatea limbajului. Totuși, hiper-matematizarea economiei nu a fost neapărat o direcție de succes în efortul de explicare a realităților economice și sociale, *mainstream*-ul științelor economice acceptând între timp că metodele matematice trebuie coroborate cu metodele și instrumentele psihologiei și sociologiei.

Modelele economice construiesc anumite prezumții de fapt și încearcă să deducă din aceste prezumții o serie de consecințe pentru varii procese economice și sociale. Puterea de convingere a unui model economic depinde, prin urmare, de robustețea prezumțiilor pe baza cărora operează. Spre exemplu, dacă modelul economic în discuție presupune că promovarea judecătorilor depinde de calitatea hotărârilor lor și din aceasta trage anumite concluzii cu privire la eficiența sistemului judiciar, atunci asemenea concluzii nu sunt convingătoare decât dacă, într-adevăr, promovarea magistraților depinde de calitatea hotărârilor lor, iar nu de numărul de dosare soluționate sau de relațiile politice ale judecătorului.<sup>66</sup>

Aici intervine ceea ce se numește știința economică empirică, care încearcă să testeze prezumțiile economiștilor. Empirismul economic cunoaște două direcții, și anume economia experimentală și econometria. Cercetarea empirică încearcă, în esență, să descopere relațiile de dependență între diverși factori ai realității. Spre exemplu, se urmărește modalitatea în care evoluează o variabilă dependentă în funcție de modificările unor variabile independente

---

<sup>66</sup> A se vedea Towfigh, Petersen, *op. cit.*, p. 21.



din mediul înconjurător. Pentru a rămâne la exemplul indicat, se caută răspuns la întrebarea: cum influențează calitatea hotărârilor, numărul dosarelor soluționate și relațiile politice ale judecătorului (trei variabile independente) promovarea acestuia în carieră (variabila dependentă)?

Experimentele au avantajul că mediul înconjurător, în care se găsesc și acționează variabilele independente, poate fi controlat, pentru a ne asigura de faptul că anumite efecte nu pot fi urmarea intervenției unor factori terți. Numai că este foarte greu pentru economist să observe toți factorii care îl interesează într-un mediu controlabil. Economistul nu poate, de exemplu, să supună unui experiment controlat deciziile economice ale unui guvern. De aceea, econometria adoptă calea inversă: econometriștii analizează date și informații reale, iar nu generate în laborator, fiind însă obligați să se asigure că pot observa din punct de vedere practic toți factorii relevanți teoretic. Economistul își va alege metoda în funcție de natura întrebării la care este chemat să răspundă.<sup>67</sup>

Indiferent, însă, de metoda pe care o alege, economistul va opera cu câteva prezumții considerate clasice în știința economică și care sunt utilizate, în consecință, și în analiza economică a dreptului. Acestea se regăsesc în fiecare manual de economie, fiind de fapt un set de reguli sau principii generale cu ajutorul cărora economiștii explică realitatea economică, fără a omite faptul că ele sunt criticabile și au fost reconfigurate în repetate rânduri. Reunite într-o veritabilă paradigmă, ele nu pot fi dissociate de analiza

---

<sup>67</sup> Milton Friedman are meritul de a-și fi convins colegii economiști că realismul ipotezelor unui model economic este, pur și simplu, irelevant, important fiind ca predicțiile (concluziile) la care contribuie modelul să fie corecte. A se vedea studiul său intitulat *The Methodology of Positive Economics*, în M. Friedman, *Essays in Positive Economics*, The University of Chicago Press, 1966.

economică a dreptului și privesc: (i) individualismul metodologic; (ii) raritatea resurselor; (iii) principiul utilității și (iv) ipoteza raționalității. Ultimele două prezumții au fost reunite în modelul comportamental al lui *homo oeconomicus*, care rămâne, *faute de mieux*, fundament al analizei economice a dreptului.

Individualismul metodologic semnifică faptul că obiect al analizei științifice îl reprezintă numai activitățile sau acțiunile individuale. Deciziile colective adoptate în cadrul unor persoane juridice, indiferent că sunt de drept privat sau de drept public, nu sunt opera unei voințe colective și nu urmează logica unei asemenea voințe, ci se descompun și se explică prin cooperarea unor actori individuali. Chiar dacă operează cu ipoteza individualismului metodologic, teoria economică pozitivă nu pretinde că poate explica și prognoza comportamentul fiecărui actor care participă la viața economică, ci urmărește modele de comportament identificabile prin agregare, adică media comportamentelor individuale ale unor actori aflați în fața unor situații identice sau foarte asemănătoare și, deci, comparabile. Astfel, se operează cu un model tipizat al omului care acționează în economie. Și dreptul utilizează asemenea modele, operând similar.<sup>68</sup>

Prezumția rarității resurselor este fundamentală pentru știința economică. Afirmatia conform căreia resursele de care omenirea dispune sunt rare, de vreme ce necesitățile sunt nelimitate, este exact acea axiomă care l-a

---

<sup>68</sup> A se vedea Towfigh, Petersen, *op. cit.*, p. 24. Modelele umane cu care operează dreptul merită o analiză mai aprofundată, care depășește însă limitele acestei lucrări. Spre exemplu, standardul lui *bonus pater familias* / al bunului administrator sau al consumatorului mediu par să ascundă mai multe imagini pe care dreptul le are despre oameni ca destinatari ai normelor juridice. A se vedea L. Bercea, *Este judecătorul român (doar) un „consumator mediu, normal informat și suficient de atent și de avizat”?*, în R. Bercea, A. Mercescu (ed.), *Despre juriști, cit.supra*, pp. 102-118.

însăpăimântat pe Carlyle în secolul al XIX-lea și care se regăsește astăzi în aproape toate manualele de economie.<sup>69</sup> Nu trebuie să avem în vedere exclusiv raritatea bunurilor materiale, ci poate fi vorba și despre raritatea unor bunuri imateriale, cum ar fi spre exemplu securitatea, educația sau ordinea juridică, acestea putând fi oricând rare din punct de vedere economic.

Ca urmare a rarității resurselor, satisfacerea nevoilor nu poate fi realizată decât ca urmare a adoptării unor decizii de preferință, actorii economici aflându-se întotdeauna în situația de a alege între mai multe alternative. Decizia individuală este ghidată de preferințe și limitată de o serie de restricții.

Preferințele circumscriu motivația interioară a fiecărui individ, în calitatea sa de actor economic, fiind independente de posibilitățile sale de acțiune și conținând judecățile de valoare ale individului, cu caracter eminentamente subiectiv. Economistii presupun că preferințele individuale sunt de regulă constante și se modifică foarte greu în timp, numai pe termen lung. De aceea, ele joacă un anumit rol în explicarea comportamentelor economice, dar nu sunt decisive atunci când se pune problema modificării unui anumit comportament.

Restricțiile țin de mediul extern, care limitează alegerile actorului economic. Ele nu decurg numai din raritatea resurselor de care dispune subiectul, ci și din comportamentul celorlalți participanți la viața economică, precum și din limitările instituționale, informale, informaționale și de timp cărora le este supus. Orice scumpire a resurselor analizate întărește

---

<sup>69</sup> Autor al influentei definiții a economiei drept știința care studiază comportamentele umane din perspectiva modului de alocare a unor resurse rare în scopuri alternative este economistul britanic Lionel Robbins, care a contribuit decisiv la formularea teoriei alegerilor raționale („*rational choice theory*”).

restricțiile, orice ieftinire le slăbește, creând pentru actorul economic stimulente suplimentare. Dreptul pozitiv este în general, din acest punct de vedere, o restricție. Alte restricții pot fi impuse de cutume și de morala publică.

În imaginația economiștilor, restricțiile pot fi modificate, preferințele fiind, după cum am arătat, caracterizate de o foarte mare stabilitate în timp. Restricțiile pot fi mai ușor analizate și mai lesne influențate, întrucât țin de un cadru obiectiv, spre deosebire de subiectivismul inerent preferințelor. De aceea, atunci când economiștii încearcă să influențeze comportamentele umane, încearcă întotdeauna să modifice restricțiile cărora se supun actorii economici, iar nu preferințele lor.

Modelul comportamental al lui *homo oeconomicus* se compune din două ipoteze, aceea a utilității și aceea a raționalității. În concret, actorii economici vor evalua alternativele cu care se confruntă în funcție de utilitatea fiecăreia, alegând-o rațional pe aceea care le va procura un grad maxim de utilitate. În principiu, poate fi avută în vedere utilitatea de ordin material, emoțional, etic etc. În concepția inițială a lui Posner, numai utilitatea cuantificabilă ar trebui luată în considerare, însă acest punct de vedere a fost abandonat, utilitatea pe care o percepe individul putând fi și urmarea unui comportament altruist, ale cărui consecințe nu diminuează, ci măresc bunăstarea unui terț, atunci când altruismul are pentru subiectul în discuție o importantă valoare etică, iar o decizie altruistă îi poate oferi o satisfacție superioară, măbind gradul de utilitate. În orice caz, evaluarea alternativelor nu conține nici o dimensiune morală, ci se mulțumește cu afirmația conform căreia actorii se comportă în conformitate cu preferințele lor și evaluează independent ce este „bine” pentru ei.

Conform teoriei utilității individuale, toți actorii economici sunt caracterizați printr-o funcție subiectivă a utilității, care alocă fiecărei alegeri în fața căreia se găsesc o anumită utilitate, aceasta putând fi exprimată matematic. Cu toate acestea, economiștii operează numai cu prezumții, fiind evident că funcția subiectivă a utilității rămâne o necunoscută.

Formularea teoretică a funcției individuale de utilitate permite analizarea deciziei subiectului economic din perspectiva unei probleme de optimizare. Opțiunile sunt evaluate în funcție de capacitatea fiecăreia de a-i oferi decidentului utilitate, fiind preferată cea care permite obținerea celei mai mari utilități. Matematic, aceasta corespunde maximului funcției. Ipoteza raționalității indică faptul că actorii economici vor acționa rațional, alegând întotdeauna alternativa care le maximizează utilitatea.

Pentru a putea acționa în asemenea condiții, orice participant la viața economică va trebui să reacționeze la modificările restricțiilor cărora li se supune. Decizia sa este, prin urmare, dependentă atât de preferințele sale (constante), cât și de restricțiile aflate în schimbare, pe care le evaluează cu ajutorul funcției sale individuale de utilitate. Aceasta presupune, în principiu, că decidentul deține toate informațiile de care are nevoie cu privire la diversele alternative și gradele lor diferite de utilitate, fiind complet informat. Prezumția informațiilor complete a fost abandonată, fiind indubitabil faptul că subiectul nu deține niciodată toate informațiile de care ar avea nevoie, astfel încât decizia sa va fi adoptată în condiții de risc și incertitudine. Consecința este aceea că raționalitatea deciziei nu mai poate fi evaluată obiectiv, ci numai din perspectiva individuală a celui care a adoptat-o. Informarea completă presupune costuri nejustificat de mari prin raportare la

utilitatea ce se urmărește a fi obținută prin decizia care reclamă acea informare<sup>70</sup>.

Ipoteza raționalității ca element al comportamentului economic este privită în prezent cu o doză semnificativă de reticență, întrucât în suficiente situații actorii economici nu se comportă rațional și nu acționează ca maximizatori de utilitate. Economia comportamentală, care are marele merit de a fi subliniat această realitate, a deplasat analiza economică a dreptului înspre *behavioral law & economics*, care adaugă psihologia economiei și dreptului.<sup>71</sup> Cu toate contestările ulterioare, ipoteza raționalității rămâne, totuși, pertinentă, cel puțin dacă nu se uită faptul că, în anumite condiții, ea trebuie completată, atenuată sau înlocuită, după caz, cu alte ipoteze.

---

<sup>70</sup> Am analizat eșecul parțial al modelului „consimțământului informat” pe care se fundamentează modelul constructiv al contractelor de adeziune, în special al contractelor standard, în L. Bercea, *Contractul de adeziune. O analiză structurală și funcțională a standardizării contractuale*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 4/2020.

<sup>71</sup> Pentru dezvoltări, a se vedea Kirat, *op. cit.*, p. 11; Towfigh, Petersen, *op. cit.*, pp. 169-173; Schäfer, Ott, *op. cit.*, pp. 103-110, dar și R. H. Thaler, *Comportament inadecvat. Nașterea economiei comportamentale*, Publica, București, 2015, în special pp. 365-382, despre impactul *behavioral economics* asupra analizei economice a dreptului: „(...) nu putem stabili dacă am reușit să dăm cuiva un impuls să susțină cauza analizei economice comportamentale a dreptului. Ce pot spune este că astăzi se face multă analiză economică comportamentală a dreptului (...). Unul dintre reprezentanții proeminenți ai domeniului, Russell Korobkin, profesor de drept la UCLA, este gata să strige victorie: „Lupta dusă pentru a separa analiza economică a regulilor și instituțiilor juridice de haina strâmtă a presupunerilor alegerilor strict raționale a fost câștigată.” Mereu temător față de încrederea prea mare, nu sunt gata să spun „misiune îndeplinită”, dar cu siguranță putem declara „misiune lansată.” (pp. 381-382). Vom reveni *infra* asupra ideilor centrale ale *behavioral law & economics*.

## V. Critica analizei economice a dreptului

### A. Critica normativă

Analiza economică a dreptului a stârnit reacții acide, atât în doctrina americană de drept, cât și în sistemele de inspirație romano-germanică, acestea din urmă văzându-se provocate din cel puțin două perspective. Pe de o parte, pretențiile normative ale economiștilor tindeau la inversarea ordinii valorilor, plasând criteriul economic al eficienței în fața valorii esențiale a dreptului care ar trebui să rămână echitatea. Pe de altă parte, făcând din eficiență miza primordială a oricărei analize juridice, adepții *law & economics* postulează superioritatea sistemului de *common law*, atacând implicit tradiția civilistă, a codurilor scrise și a judecătorului, al cărui rol este redus, în spiritul lui Montesquieu, la a fi nimic mai mult decât „*la bouche de la loi*”.

Reacția doctrinei franceze s-a articulat în special după ce teoria *legal origins* a reușit să se impună, fiind adoptată și promovată la nivelul instituțiilor fundamentale ale sistemului economic și financiar global<sup>72</sup>, însă o parte însemnată a doctrinei americane și a doctrinei germane au reacționat

---

<sup>72</sup> Ne referim, desigur, la rapoartele *Doing Business* ale Băncii Mondiale. Prima ediție, publicată în 2003 pentru anul următor, folosea metodele și conceptele propuse de teoria *legal origins*, părând să susțină concluzia conform căreia sistemele de *common law* favorizează afacerile într-un grad mult mai ridicat decât oricare alt sistem juridic. Pentru reacția franceză la rapoartele *Doing Business*, a se vedea, *inter alia*, A.-J. Kerhuel, B. Fauvarque-Cosson, *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of Law*, în *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, pp. 811-830. După Katharina Pistor, concurența normativă pare a fi fost câștigată de sistemele juridice de *common law*, întrucât marile corporații transnaționale își securizează activele pe plan global prin recursul fie la legea engleză, fie la aceea a statului federat New York, întrucât acestea prezintă cel mai înalt grad de utilitate în sigilarea juridică a capitalului. A se vedea Pistor, *op. cit.*, pp. 132-133.

încă de la începutul anilor 1980, prin voci puternice, cum ar fi Arthur Leff<sup>73</sup> și Ronald Dworkin în Statele Unite ale Americii<sup>74</sup> sau Karl Heinz Fezer în Germania.<sup>75</sup>

O analiză a diverselor critici particulare la adresa analizei economice aplicate în domenii specifice ale dreptului excedează studiului de față, însă el nu va evita expunerea unor critici generale, ale căror afirmații chestionează de principiu postulatele și metodele utilizate în *law & economics*. Criticile la adresa analizei economice a dreptului ar putea fi grupate în mai multe categorii, în funcție de natura principalelor contraargumente pe care le avansează în confruntarea cu abordarea economică. Pot fi observate critici normative, metodologice și, în fine, interpretative.

Din punct de vedere normativ, s-a chestionat, mai întâi, valoarea conceptului de maximizare a bunăstării, sub care analiștii de *law & economics* plasează orice studiu al normei de drept, iar, ulterior, și ideea conform căreia eficiența este instrumentul prin care se maximizează bunăstarea. Primul care se întreabă dacă bunăstarea, respectiv maximizarea acesteia, sunt într-adevăr valori esențiale pentru sistemul juridic este Dworkin<sup>76</sup>, însă argumente

---

<sup>73</sup> Leff a formulat una dintre primele critici la adresa manualului lui Posner. A se vedea A. Leff, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, în *Virginia Law Review*, vol. 60, 1974, pp. 451-482.

<sup>74</sup> A se vedea R. Dworkin, *Why Efficiency? A Response to Professors Calabresia and Posner*, în *Hofstra Law Review*, vol. 8, nr. 3, 1980, pp. 563-590.

<sup>75</sup> A se vedea K. H. Fezer, *Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach*, în *Juristenzeitung*, nr. 41, 1986, pp. 817-824.

<sup>76</sup> A se vedea R. Dworkin, *Is Wealth a Value?*, în *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, nr. 2, 1980, pp. 191-226.



puternice au formulat și J. Coleman<sup>77</sup>, A. Kronman<sup>78</sup> sau E. J. Weinrib<sup>79</sup>. Acești autori evaluează critic în special cele două criterii propuse pentru măsurarea eficienței și orientarea politicilor publice înspre maximizarea bunăstării: criteriul Pareto și criteriul Kaldor-Hicks. Dworkin, de exemplu, arată că deciziile puterii publice nu pot decât arareori să producă un rezultat optim în sens Pareto, întrucât marea lor majoritate se adoptă ca urmare a unor dispute între particulari sau între diverse categorii sociale sau socio-profesionale și care sunt tranșate prin alegerile impuse de puterea publică. Din acest motiv, s-ar putea considera criteriul Kaldor-Hicks mai bun, însă nici acesta nu este sustenabil, întrucât nu pretinde beneficiarilor unei anumite măsuri (*i.e.* un anumit act normativ) să îi despăgubească pe cei care ar suferi o pierdere ca urmare a aplicării măsurii, ci declară că bunăstarea netă a societății va fi maximizată numai dacă există posibilitatea despăgubirii.

Consecința recurgerii la acest criteriu pentru evaluarea efectelor normelor juridice ar putea să ofere justificare infracțiunilor contra patrimoniului sau unor exproprieri fără despăgubire efectivă, ceea ce niciun jurist nu poate accepta. Transferul unor bunuri în patrimoniul unor persoane care nu ar avea alt „merit” decât acela că ar plăti mai mult acele bunuri decât foștii lor proprietari poate fi oricând motivat pe baza criteriului Kaldor-Hicks și, cu atât mai mult, pe baza optimului Pareto, astfel încât un asemenea mod de motivare *ex ante* sau de evaluare *ex post* a unor norme juridice este departe

---

<sup>77</sup> A se vedea J. L. Coleman, *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*, în *Hofstra Law Review*, vol. 8, nr. 3, 1980, pp. 509-551.

<sup>78</sup> A se vedea A. Kronman, *Wealth Maximization as a Normative Principle*, în *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, nr. 2, 1980, pp. 227-242.

<sup>79</sup> A se vedea E. J. Weinrib, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, în *The University of Toronto Law Journal*, vol. 30, nr. 3, 1980, pp. 307-332.

de a fi satisfăcător.<sup>80</sup> Totodată, critica vizează și rolul judecătorilor, care nu ar putea fi acela de instrument de politici publice, eventual maximizatoare de eficiență, ci acela de apărare a drepturilor subiective și de aplicare a legii, în ceea ce privește obligațiile corelative drepturilor subiective și neexecutate de bunăvoie.<sup>81</sup>

Valoarea normativă a eficienței a fost pusă la îndoială și de către unii filosofi ai economiei, arătându-se că nu s-ar putea acorda eficienței nicio valoare normativă în absența justiției și a echității, ci eventual numai prin integrarea sa în cadrul mai larg al acestor din urmă idealuri sociale. Economia dezvoltării propune o abordare concentrată mai puțin pe agregarea bunăstării, și mai mult pe dreptatea socială, respectiv pe capacitatea acesteia de a contribui la egalitatea de șanse. Din acest punct de vedere, i se reproșează analizei economice a dreptului că ignoră rosturile (re)distribuției, că nu este interesată de problematica drepturilor și libertăților cetățenești și că nu propune nicio soluție pentru recuperarea unor categorii sociale marginalizate. Acest tip de abordare, care rămâne fidel concepțiilor intervenționiste, nu este unul periferic, fiind recunoscut la nivelul *mainstream*-ului științelor economice.<sup>82</sup> Amartya Sen argumentează, spre exemplu, că adepții *law & economics* greșesc atunci când cred că deciziile sau măsurile de politici publice pot să se întemeieze pe agregarea intereselor și preferințelor

---

<sup>80</sup> A se vedea Coleman, *op. cit.*, pp. 532-534.

<sup>81</sup> *Idem*, pp. 549-551.

<sup>82</sup> Literatura este, și în acest domeniu, abundentă. Trimitem, spre exemplu, la M. Nussbaum, A. Sen (ed.), *The Quality of Life*, Clarendon Press, Oxford, 1993; A. Sen, *The Idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 2009; A. Deaton, *The Great Escape: Health, Wealth, and the Origins of Inequality*, Princeton University Press, Princeton, 2013. Economistul indian Amartya Sen și colegul său britanic Angus Deaton sunt laureați ai Premiului Nobel pentru economie.

individuale, pentru că există adesea o diferență majoră între modul în care un anume individ își definește interesele și ceea ce crede același individ că ar trebui să fie interesul public.<sup>83</sup>

În fine, unii economiști au negat importanța eficienței ca instrument de maximizare a bogăției și a bunăstării, demonstrând că creșterea economică contribuie mult mai mult la bunăstarea generală decât eficiența alocativă. Aceași concluzie poate fi trasă și în ceea ce privește inovarea, care intră adesea în conflict cu obiectivul eficienței pe termen scurt.<sup>84</sup>

Totodată, criza economică și financiară care a marcat anii 2010 a demonstrat că, de fapt, adevăratul pericol pentru bunăstarea socială nu îl reprezintă ineficiența, care este, în definitiv, inerentă, până la un anumit grad, oricărui mod de organizare economică, ci escaladarea riscurilor sistemice, prin dereglementare. Ironia constă neîndoielnic în aceea că abordările specifice *law & economics*, concentrate pe eficiență, au favorizat dereglementarea, au împins în planul secund politicile anti-risc și au alimentat astfel cea mai recentă criză a capitalismului. *In nuce*, ineficiența pe termen scurt, generată de politicile sociale cu caracter redistributiv și de reglementările care previn riscurile sistemice<sup>85</sup>, ar trebui acceptată, fiindcă nu este nimic altceva decât asigurarea necesară pentru crizele recurente ale sistemului economic capitalist. Posibilele consecințe negative, economice,

---

<sup>83</sup> Am folosit traducerea în limba germană a cărții lui Amartya Sen din 2009, *The Idea of Justice*. A se vedea A. Sen, *Die Idee der Gerechtigkeit*, C. H. Beck, München, 2010, pp. 202-221.

<sup>84</sup> A se vedea, *inter alia*, J. Huerta de Soto, *Teoria eficienței dinamice*, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2011, pp. 17-69.

<sup>85</sup> Asemenea tipuri de intervenții măresc costurile întreprinzătorilor, fie pe cele direct legate de activitățile productive (prin niveluri superioare de impozitare), fie pe cele de conformare. Eficiența alocativă va fi afectată.

sociale și politice ale acestor crize justifică prețul unor pierderi temporare de eficiență. Or, această realitate pare să lipsească din analizele obișnuite de *law & economics*.

La baza deficiențelor de ordin normativ care întemeiază reproșurile la adresa analizei economice a dreptului se găsește abordarea specifică microeconomiei. Postulatul raționalității, costurile de oportunitate și toate celelalte elemente cu care se operează în mod curent în *law & economics* au fost extrase din *toolbox*-ul microeconomiei. Însă, asemenea instrumente pot fi periculoase pentru cel care le manevrează dacă, în completarea lor, nu se recurge la macroeconomie. Din acest din urmă punct de vedere, dreptul ar trebui considerat un cadru general de referință, orientat spre evitarea riscurilor sistemice și maximizarea oportunităților economice, iar nu (doar) un set de reguli aplicabile unor tranzacții individuale.<sup>86</sup>

Maximizarea oportunităților economice oferă o perspectivă prea puțin confortabilă pentru analiza economică clasică a dreptului, întrucât aduce în centrul discuției problema inegalităților sociale și acceptă premisa conform căreia distribuția (mai) echilibrată a averilor în societate favorizează creșterea economică și inovația, descătușează energiile individuale și maximizează numărul indivizilor angrenați în activități productive, în raport cu o economie marcată de puternice inegalități sociale.

---

<sup>86</sup> Acest punct de vedere este susținut *inter alia* de profesorul canadian M. J. Trebilcock, autor al seminalei lucrări *The Limits of Freedom of Contract* (1993). Acesta susține că politicile publice trebuie concepute în așa fel încât oportunitatea accesului la mecanismele de piață să fie asigurată și extinsă pentru un număr cât mai mare de persoane cărora, fie din motive istorice de clasă, fie din considerente strict individuale, accesul la piață și, deci, la oportunitățile de natură contractuală, le-a fost restrâns. A se vedea M. J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1997, p. 268.

Poate că aceste critici de ordin normativ la adresa *law & economics* au la bază anumite concepții ideologice sau ideologizante. Însă, fundamentul neoliberal al școlii de analiză economică a dreptului impregnează ideologic în egală măsură (dar, desigur, în sens contrar) orice demers care se înscrie în acest curent de gândire.

## **B. Critica metodologică**

Din punct de vedere metodologic, analiza economică a dreptului se bazează excesiv pe modelele economiei clasice și neoclasică: *homo oeconomicus*, raționalitatea, piața cu concurență pură și perfectă. În cheia acestei paradigme, analiștii de *law & economics* discută și despre drept, pe care îl asimilează tranzacțiilor dintre particulari și se întreabă dacă normele juridice alocă resursele în mod eficient. Sceptici față de focusarea exclusivă asupra eficienței, unii comentatori consideră că dreptul nu este decisiv pentru modul de alocare a resurselor în societate, deși joacă un anumit rol în rezolvarea problemei economice.<sup>87</sup>

Una dintre primele obiecții la adresa metodei bazate pe conceptul eficienței a fost aceea că, în final, îi va favoriza pe cei avuți în dauna celor lipsiți de resurse materiale, promovând o filosofie socială și economică care va înclina întotdeauna balanța de partea capitalului.<sup>88</sup> Critica este mai mult decât o lozincă, pentru că premisa care stă la baza ei este teoretic corectă: conform concepției contractualiste, care pretinde rezolvarea tuturor dilemelor legate

---

<sup>87</sup> A se vedea D. M. Driesen, R. P. Malloy, *Critiques of Law and Economics*, în F. Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, vol. 1: *Methodology and Concepts*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 300-317, în special p. 303.

<sup>88</sup> A se vedea L. A. Bebachuk, *The Pursuit of a Bigger Pie: Can Everyone Expect a Bigger Slice?*, în *Hofstra Law Review*, vol. 8, nr. 3, 1980, pp. 671-709, în special p. 672.

de distribuirea resurselor prin convențiile libere ale particularilor, aceștia vor efectua întotdeauna o analiză de tip cost-beneficiu, cântărind avantajele și dezavantajele opțiunilor lor patrimoniale. Numai că dorința unui individ de a plăti, respectiv de a încheia o anumită tranzacție, depinde întotdeauna de capacitatea sa de a plăti, de solvabilitatea sa. Nu întâmplător, economiștii sunt mult mai interesați de „*cererea solvabilă*” atunci când discută despre cerere și ofertă ori despre tranzacțiile efectiv încheiate pe piață. Cererea solvabilă este o funcție de preț, dar și de venit.

Or, dacă intenția trebuie să se reflecte și în capacitatea propriu-zisă de tranzacționare, atunci subordonarea analizei juridice conceptului de eficiență economică îi va favoriza pe cei care dispun de resurse, iar nu pe cei care nu dispun de ele. Rămâne de văzut dacă un asemenea rezultat este compatibil cu ideile consolidate despre drept, justiție și echitate.

Apoi, studiile de psihologie comportamentală au arătat că există o mare diferență între modul în care subiecții acționează ca vânzători, respectiv în calitate de cumpărători. Tendința este aceea de a cere un preț mai mare pentru un bun scos la vânzare decât cel pe care același subiect îl acceptă atunci când vrea să cumpere un bun similar. Ceea ce se află deja în patrimoniul subiectului cunoaște o valorizare superioară față de ceea ce ar urma să intre în patrimoniul său.<sup>89</sup> În aceste condiții, raportarea la eficiență devine instabilă, iar geometria conceptului în cel mai bun caz variabilă. Prin urmare, distribuirea de drepturi prin intermediul ordinii juridice influențează prețurile de piață, dar evoluția prețurilor face ca alocările inițiale să apară ca ineficiente și să reclame diverse realocări. Însă, cum acestea se vor repercuta

---

<sup>89</sup> Ideea este subliniată *inter alia* în H. Gintis, *The Evolution of Private Property*, în *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol. 64, nr. 1, 2007, pp. 1-16.

din nou asupra nivelului prețurilor, care se (re)formează în permanență prin jocul dintre cerere și ofertă, s-ar putea ca realocările să fie considerate ineficiente, pretinzând redistribuirea drepturilor.

Această concluzie nu pare să îi îngrijoreze foarte tare pe economiști, întrucât permanentele ajustări ale raporturilor economice (pe care primatul eficienței le pretinde și piața le impune) țin chiar de esența mecanismelor schimbului, iar echilibrul piețelor trebuie privit întotdeauna în dinamica sa. Pentru Dworkin, însă, eficiența și maximizarea bunăstării sociale prin intermediul eficienței sunt concepte slabe, insuficient determinate<sup>90</sup>, a căror contribuție la înțelegerea dreptului este cel puțin problematică, dacă nu chiar dăunătoare.

În fine, critica de natură metodologică ridică două alte probleme serioase pentru coerența analizei economice a dreptului. Pe de o parte, se repropune abordărilor de tip *law & economics* că tind să fetișizeze modelarea economică, pretinzând că ideile și concluziile la care ajung pe baza aplicării unor modele matematice în drept corespund adevărului absolut. Or, totul depinde de definirea variabilelor independente, a celor dependente, a relațiilor dintre ele, a ipotezelor de lucru și a domeniului în care modelul ar putea să fie relevant. După cum bine se știe, majoritatea modelelor economice se construiesc în condiții de *caeteris paribus*, ceea ce echivalează cu o puternică limitare a aplicabilității și relevanței lor practice. Concluziile oricărui asemenea model sunt întotdeauna într-o relație directă cu maniera în care cercetătorul și-a construit ipotezele și și-a definit domeniul de studiu.

Această realitate îi pune pe cercetătorii care abordează dreptul dintr-o perspectivă de *law & economics* în fața unor dificultăți destul de mari. O

---

<sup>90</sup> A se vedea Dworkin, *Is Wealth a Value?*, *op. cit.*, pp. 192-193, 215.

modificare în dreptul pozitiv sau un anumit tip de hotărâre judecătorească pot fi considerate eficiente sau nu în funcție de modul în care analistul se raportează la sistem și își definește variabilele. Însă, de foarte multe ori se ignoră faptul că ceea ce sporește eficiența într-un sector se poate traduce într-o pierdere de eficiență la nivelul de ansamblu al economiei. Asupra acestei chestiuni s-a atras atenția încă din anii 1950, când s-au elaborat teoriile *second best*.<sup>91</sup> În esență, acestea spun că, dacă, pe o anumită piață, o anumită distorsiune (deci, o sursă de ineficiență) nu poate fi eliminată, s-ar putea distorsiona, prin intervenții publice, o altă piață, aflată în interdependență cu prima, astfel încât s-ar contrabalansa, cel puțin în parte, efectele negative ale distorsiunii de pe prima piață, rezultatul final apropiindu-se mai mult de optim.

În același timp, metodele pe care analiștii de *law & economics* le propun sunt parțial incorecte pentru că se bazează pe o incompatibilitate forțată între eficiență și realocarea resurselor de către puterea publică prin intermediul politicilor sociale. Mulți economiști acceptă că transferurile de venit dinspre categoriile avute înspre cei pauperi sporește bunăstarea socială, pentru că resurse de aceeași întindere măresc utilitatea marginală a celor vulnerabili într-o proporție mult mai mare decât o pot face pentru cei bogați. Așa cum am arătat deja, s-ar putea ca echilibrarea distribuției veniturilor în societate să producă un rezultat eficient, maximizând bunăstarea, ceea ce

---

<sup>91</sup> A se vedea R. G. Lipsey, K. Lancaster, *The General Theory of Second Best*, în *The Review of Economic Studies*, vol. 24, nr. 1, 1956, pp. 11-32. Concluziile teoriei *second best* au fost folosite în critica analizei economice a dreptului *inter alia* în M. J. Rizzo, *The Mirage of Efficiency*, în *Hofstra Law Review*, vol. 8, nr. 3, 1980, pp. 641-658.



neagă valoarea unor studii de *law & economics* care preferă să ignore relația dintre utilitatea marginală și politicile de redistribuire.<sup>92</sup>

În concluzie, analiza economică a dreptului este marcată de o serie de aspecte nevralgice, iar direcțiile principale pe care s-a concentrat reacția critică sunt două: pe de o parte, se au în vedere fundamentele și metodele curentului, iar, pe de altă parte, numeroasele implicații de ordin ideologic.

Astfel, s-a pus în primul rând sub semnul întrebării modelul lui *homo oeconomicus*, considerându-se că nu poate fi redus comportamentul uman la dimensiunea sa economică. Acest model trebuie completat sau rafinat, pe baza concluziilor psihologiei și sociologiei. Apoi, în contextul mai larg al criticii paradigmei economice neoclasice, s-a arătat că ipotezele cu care operează microeconomia neoclasică nu se confirmă în realitate, astfel încât analiza economică a dreptului distorsionează natura instituțiilor sociale și juridice și efectele acestora asupra comportamentelor umane. Așa fiind, *law & economics* ar avea o utilitate prea scăzută pentru practica juridică.<sup>93</sup>

În final, aceste argumente i-au convins pe adepții analizei economice a dreptului că prezumțiile preluate din microeconomie trebuie completate și îmbunătățite cu elemente de psihologie, sociologie și macroeconomie, ceea ce a conturat atât (sub)curentul instituționalist al analizei economice a dreptului, cât și *behavioral law & economics*, la care urmează să ne referim.

---

<sup>92</sup> A se vedea C. E. Baker, *The Ideology of the Economic Analysis of Law*, în *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, nr. 1, 1975, pp. 3-48. Și din acest punct de vedere, analizei economice a dreptului i se reproșează, de fapt, că este un demers ideologic care sacrifică rigoarea metodei pentru a-și susține programul politic, defavorabil oricărei politici cu caracter redistributiv. A se vedea și D. Kennedy, *Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, în P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Springer, 2002, pp. 1123-1132.

<sup>93</sup> A se vedea Fink, *op. cit.*, p. 938.

Alte critici s-au concentrat pe ideologia curentului, percepută ca distructivă pentru drept, distorsionând scopul legii și amenințându-i însăși existența.<sup>94</sup> Pe de o parte, piața ajunge să fie singurul barometru viabil, modelul pieței extinzându-se asupra unor sfere și domenii din afara activității economice propriu-zise. Problemele apar atunci când extinderea paradigmei pieței asupra tuturor relațiilor sociale produce efecte greu de acceptat.

În această logică se înscrie și critica eficienței drept criteriu primordial al politicilor publice, inclusiv pentru legiuitor, care ar trebui să evalueze ordinea juridică strict prin prisma capacității acesteia de a extinde relațiile de piață și de a produce, astfel, bunăstare. În concret, aceasta nu ar însemna, însă, nimic altceva decât favorizarea anumitor categorii și grupuri sociale, de regulă a celor avuți în fața celor pauperi. La o privire mai atentă, pretențiile pozitivistice ale curentului *law & economics* cu privire la bunăstare nu ar fi decât un punct de vedere profund ideologizat și contestabil în multe privințe.

Pretenția științifică emisă *ab initio* de membrii mișcării analizei economice a dreptului, care îi conferă legitimitate și acceptabilitate, nu se justifică în integralitate, cel puțin pentru motivul că foarte multe dintre studiile inițiale de *law & economics* s-au cantonat exclusiv în sfera normativului, au testat prea puțin modelele pe care le-au avansat<sup>95</sup> și s-au ferit de orice comparație între propriile modele economice și metodele clasice ale științei dreptului. Analistii limbajului analizei economice a dreptului au ajuns, de aceea, la concluzia că tonul sentențios al cercetărilor de *law & economics*

---

<sup>94</sup> *Idem*, p. 939.

<sup>95</sup> De exemplu, multe cercetări inițiale fac referire la metoda analizei cost-beneficiu, însă foarte puține o și folosesc în concret. A se vedea Driesen, Malloy, *op. cit.*, p. 304.

nu are alte scopuri decât acelea de a-i intimida pe non-economiști (pe juriștii fără studii economice, mai ales) și de a îngusta aria de cercetare propusă.<sup>96</sup>

## VI. Economia comportamentală și dreptul. Consecințele paternalismului

### A. Critica psihologică sau limitele reale ale modelelor analizei economice a dreptului

Așa cum a fost concepută sub auspiciile Școlii de economie de la Chicago, bazându-se exclusiv pe modelul șubred al raționalității ireproșabile a lui *homo oeconomicus*, analiza economică a dreptului a ignorat una dintre cele mai importante observații ale lui Keynes, ținta predilectă de atac a neoliberalilor non-intervenționiști. Acesta era convins că instabilitatea economică nu este doar un rezultat al speculațiilor pe piață, ci și al naturii umane, pentru că o mare parte a faptelor oamenilor nu au la bază niciun fel de calcul matematic, ci un „impuls spontan”.<sup>97</sup> Keynes, preocupat de găsirea unei soluții care să salveze sistemul economic capitalist de el însuși și, în consecință, societatea liberală, nu a aprofundat analiza acestor „*animal spirits*”, cum le-a numit, dar ele se regăsesc în fundamentul teoriilor sale (macro)economice.

Ideea lui Keynes a fost reluată, verificată empiric și, abordată din alt unghi, a servit la reconsiderarea și reformularea ipotezelor analizei economice

---

<sup>96</sup> A se vedea D. N. McCloskey, *The Rhetoric of Law and Economics*, în *Michigan Law Review*, vol. 86, nr. 4, 1988, pp. 752-767.

<sup>97</sup> A se vedea Keynes, *op. cit.*, pp. 225-226.

a dreptului. Dacă prezumțiile cu care operează modelul științific al lui *homo oeconomicus* se relativizează sau sunt, pur și simplu, complet eronate, capacitatea modelului de a servi unor prognoze credibile cu privire la efectele unor norme juridice se diminuează substanțial, economiștii descoperind cu ajutorul psihologilor că realitatea este departe de laboratorul în care a fost distilat idealul raționalității perfecte. Meritul este cu siguranță al curentului *behavioral economics*, ale cărui contribuții au fost esențiale pentru desprinderea științei economice de dogmele clasice și neoclasiche, prin subminarea radicală a modelului omului economic însuși, pe care se bazează ideile comune ale economiștilor despre eficiență și despre primatul piețelor.<sup>98</sup>

Sub influența psihologiei, economia comportamentală își completează discursul cu elementele care limitează relevanța și aplicabilitatea postulatelor economiei (neo)clasice despre om ca agent economic. Astfel, sunt puse în evidență (i) amintirile; (ii) probabilitățile; (iii) izolarea anumitor informații; (iv) sentimentul de siguranță și (v) posibilitatea inducerii unor informații false<sup>99</sup>, sau, într-o altă configurare, (i) aversiunea față de pierdere, (ii) încrederea exagerată, (iii) ignorarea informațiilor care contrazic propriile prejudecăți; (iv) cedarea în fața unor tentații de moment, chiar dacă

---

<sup>98</sup> Rodrik, *op. cit.*, p. 202. Pentru un foarte bun rezumat al reconfigurării omului economic de către economiștii comportamentali și al întâlnirii sale subsecvente cu dreptul, a se vedea T. Rostain, *Educating Homo Economicus: Cautionary Notes on the New Behavioral Law and Economics*, în *Law & Society Review*, vol. 34, nr. 4, 2000, pp. 973-1006; dar și C. Jolls, *Bounded Rationality, Behavioral Economics, and the Law*, în Parisi (ed.), *The Oxford Handbook...*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 60-77, cu câteva aplicații practice.

<sup>99</sup> A se vedea C. Jolls, C. R. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, în *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, pp. 1471-1550, în special pp. 1476-1481. Cei trei autori demonstrează convingător că raționalitatea, voința și egoismul (individualismul) uman sunt limitate („*People can be said to display bounded rationality, bounded willpower, and bounded self interest.*”).

consecințele sunt recunoscute ca negative; (v) luarea în considerare a echității și existența unui simț al reciprocității, care limitează individualismul.<sup>100</sup>

Cea mai importantă contribuție în materie provine de la Herbert A. Simon și Richard Nelson. Simon a susținut încă din 1955 că modelul omului economic trebuie revizuit drastic, fiindcă se bazează pe o serie de ipoteze greu verificabile în realitate.<sup>101</sup> De asemenea, Nelson a avansat ideea conform căreia organizațiile (firmele) progresează mai degrabă prin metoda „încercare și eroare” („*trial and error*”) decât prin optimizare matematică.<sup>102</sup>

Meritul remarcabil al lui Simon este de a fi demonstrat că informațiile nu vor fi niciodată complete și că, de aceea, raționalitatea va fi întotdeauna limitată („*bounded rationality*”). În viziunea sa, individul rațional nu are niciodată suficiente informații, astfel încât va trebui să suporte costul procurării lor. În condițiile în care informațiile sunt costisitoare, omul economic nu își va procura decât acele informații despre care crede că îi vor procura o utilitate superioară efortului pe care l-a depus în vederea obținerii. Prin urmare, opțiunea pe care o va face individul nu va fi niciodată maximizatoare de satisfacție (utilitate), ci numai satisfăcătoare. Simon înlocuiește standardul informațiilor complete cu un standard al informațiilor eficiente.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Rodrik, *op. cit.*, p. 203. Toți autorii trimit la influențele studiilor ale lui Kahneman și Tversky din anii 1970-1980.

<sup>101</sup> A se vedea H. A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, în *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, nr. 1, 1955, pp. 99-118, în special p. 99.

<sup>102</sup> A se vedea Richard R. Nelson, *Bounded Rationality, Cognitive Maps, and Trial and Error Learning*, în *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 67, nr. 1, 2008, pp. 78-89. Nelson și-a conturat teoriile încă din anii 1970-1980, scriind despre dezvoltare economică și organizațională.

<sup>103</sup> A se vedea Eidenmüller, *op. cit.*, p. 38. Informația satisfăcătoare este o opțiune de tip *second best*.

În ceea ce privește existența „amintirilor”, ce contează nu este volumul informațiilor pe care un individ le-a înmagazinat de-a lungul timpului, ci numai acele informații de care, în momentul alegerilor pe care le face, își poate aduce aminte. Atunci când încearcă să aprecieze probabilitatea cu care se va produce un anumit eveniment, inclusiv suportarea consecinței unei norme juridice, subiectul nu operează cu probabilități reale, ci se bazează pe experiențe trecute, pe probabilitățile cu care s-a confruntat în trecut și pe asemănările dintre prezent și trecut.

În plus, atunci când analizează opțiunile care se află la dispoziția sa, individul tinde să se concentreze asupra deosebirilor, ignorând asemănările între aceste opțiuni, astfel încât anumite informații și anumite relații între variabilele care compun alternativele sunt, pur și simplu, trecute cu vederea. Kahneman și Tversky au arătat în 1979 că de aici rezultă preferințe inconsistente, iar principiul raționalității este sever limitat.<sup>104</sup> Apoi, indivizii preferă întotdeauna probabilitățile mari, chiar dacă câștigurile asociate unor asemenea probabilități sunt mai mici decât cele asociate unor potențiale câștiguri mari, aversiunea față de risc manifestându-se în diverse grade. În sfârșit, psihologii i-au învățat pe economiști că deciziile indivizilor pot diferi în funcție de modalitatea în care li se prezintă informațiile. Falsificarea informațiilor, chiar și prin reformulare, poate conduce la efecte pe care omul perfect rațional nu le poate anticipa.<sup>105</sup> Or, acest efect contrazice vădit premisa informațiilor complete, dar și principiul raționalității. După Kahneman și

---

<sup>104</sup> A se vedea D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, în *Econometrica*, vol. 47, nr. 2, 1979, pp. 263-291, în special p. 271.

<sup>105</sup> A se vedea I. P. Lewin, S. L. Schneider, G. S. Gaeth, *All Frames Are Not Created Equal: A Typology and Critical Analysis of Framing Effects*, în *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 76, nr. 2, 1998, pp. 149-188, în special p. 150.

Tversky, impactul perspectivei este cert și nu poate fi ignorat, pentru că ignorarea sa pervertește atât ipotezele, cât și concluziile oricărei analize și conduce la erori grave de raționament, atât în ceea ce privește politica legislativă, cât și în privința aplicării concrete a dreptului.

Totodată, studiile de economie comportamentală au relevat și alte realități care tind să infirme atât ipotezele modelului omului economic, cât și concluziile acestuia. Spre exemplu, s-a putut demonstra că indivizii sunt în principiu capabili de cooperare, existând o tendință spre echitate și reciprocitate, majoritatea oamenilor înclinând spre a recompensa comportamentele cinstite și buna-credință și spre a pedepsi comportamentele necinstite, înșelătoare etc. Cu aproximativ două decenii în urmă, psihologii și economiștii au conturat imaginea lui *homo reciprocans*, o versiune îmbunătățită a omului economic, capabilă să recunoască situațiile în care cooperarea între indivizi este în avantajul tuturor.<sup>106</sup> Teoria jocurilor și cercetările de psihologie aplicată au contribuit mult la redesenarea lui *homo oeconomicus*.<sup>107</sup> În primul rând, acestea au relativizat concepția despre individualismul omului economic și au înmulțit îndoielile cu privire la anumite calități ale modelului, subliniind că acesta nu este capabil să descrie oamenii, marcați în realitate de puternice disonanțe cognitive, și nu ar trebui să emită o asemenea pretenție.

---

<sup>106</sup> Pentru o expunere sintetică, a se vedea S. Gächter, *Human Prosocial Motivation and the Maintenance of Social Order*, în Zamir, Teichman, *op. cit.*, pp. 28-60, în special pp. 31-37.

<sup>107</sup> A se vedea E. Fehr, S. Gächter, *Fairness and Retaliation: The Economics of Reciprocity*, în *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, nr. 3, 2000, pp. 159-181; A. Falk, *Homo Oeconomicus Versus Homo Reciprocans: Ansätze für ein neues wirtschafts-politisches Leitbild*, în *Perspektiven der Wirtschaftspolitik*, vol. 4, nr. 1, 2003, pp. 141-172.

Principalele reconfigurări pe care modelul omului economic le-a suferit, ca urmare a colaborării dintre economiști și psihologi, sunt modelul *satisficing man*, avansat de Simon, teoria perspectivelor a lui Kahneman și Tversky, modelul *homo reciprocans* vehiculat de teoria jocurilor și, în sfârșit, perspectiva oferită de teoriile care încearcă să integreze comportamentele altruiste și comunicarea între indivizi. Pe măsură ce comunicarea crește în intensitate, sporește dorința indivizilor de a contribui la realizarea unor bunuri comune (publice). În modelul original și, evident, în analiza posneriană a dreptului o asemenea dorință este ignorată complet.<sup>108</sup>

## **B. Behavioral law & economics, nudging și paternalismul liberal**

Contribuția economiei comportamentale a remodelat analiza economică a dreptului, dând naștere unui curent inițial disident, dar care a reușit în final să se impună, generând, la rândul său, o literatură vastă, cu reverberații solide în prezent. Într-o primă fază, analizele comportamentale au fost recepționate cu entuziasm, în special de către acei juriști care nu puteau accepta prea ușor dominația ideilor posneriene și vedeau în concluziile economiei comportamentale o armă puternică în confruntarea cu adepții *law & economics*.<sup>109</sup> Ulterior, studiile comportamentale și ideile noului curent au fost asimilate de analiza economică a dreptului, considerându-se că reprezintă un avans semnificativ în modul de a înțelege cum reacționează

---

<sup>108</sup> A se vedea A. Dieckmann, Ch. Sorge, *Der homo oeconomicus. Modellmensch par excellence?*, în A. Dieckmann, Ch. Sorge, *Der homo oeconomicus in der Rechtsanwendung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, p. 28.

<sup>109</sup> A se vedea M. Kelman, *Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem*, în *Southern California Law Review*, vol. 52, 1979, pp. 669-698.



subiecții de drept față de regulile care le reglementează comportamentele, precum și în elaborarea politicilor publice.

Astfel, integrarea economiei comportamentale în analiza juridică s-a reflectat în diferite arii ale dreptului, cu predilecție, însă, în dreptul concurenței și al consumului, în dreptul societar și al piețelor de capital, dar și în diversele ramuri ale dreptului public.

Din „aducerea la realitate” a analizei posneriene a dreptului prin intermediul *behavioral law & economics* au rezultat în final atât un tip de teorie socială, cât și mai multe instrumente de politici publice, care au fost foarte în vogă în primele două decenii ale secolului al XXI-lea și au influențat discursul public în lumea occidentală. Ne referim, pe de o parte, la paternalismul *soft*, de inspirație liberală, opus intervenționismului dur și statului-providență, și, pe de altă parte, la conceptul de *nudge*, ca mod de a concepe și de a pune în aplicare diverse politici publice, prin modificarea cadrului normativ existent.

În cea mai simplă definiție, paternalismul este o filosofie care limitează autonomia unui individ sau a unui grup, în scopuri ce țin de propria lor bunăstare. O putere publică paternalistă este convinsă că, indiferent de cauze, subiecții asupra cărora este exercitată nu sunt capabili să ia cele mai bune decizii de maximizare a bunăstării și, prin urmare, trebuie orientați, direct sau indirect, explicit sau implicit, brutal sau cu finețe, spre acele opțiuni care sunt maximizatoare de bunăstare, și îndepărtați de acele soluții sau decizii care le-ar face rău.

Fără a putea expune aici, pe larg, conceptele care stau la baza paternalismului, tipurile acestuia și multiplele critici care i-au fost aduse, ne rezumăm la a spune că, în realitate, orice demers de inspirație paternalistă păcătuiește prin aceea că le neagă subiecților de drept, în diverse grade,

capacitatea de autodeterminare, discernământul și libertatea. Această negare este inevitabilă pentru că o intervenție normativă paternalistă vizează înlocuirea raționamentului (viciat, prin ipoteză) al destinatarului normei cu raționamentul legiuitorului (văzut, firește, *lato sensu*), care, spre deosebire de primul, este capabil să înțeleagă ce i-ar face acestuia bine și ce nu.<sup>110</sup> Diferența dintre paternalismul contemporan și un regim totalitar nu ar părea să fie decât de metodă, ar putea sugera oricând un critic grăbit.

Într-adevăr, paternalismul *soft* susține ideea că intervenția puterii publice trebuie să fie imperceptibilă pentru destinatar, că acesta nu trebuie să aibă reprezentarea influenței care se exercită asupra sa și că această influență nu ar trebui să îi îngrădească libertatea de alegere, ci doar să îi pună la dispoziție un ghid orientativ, menit să îl ferească de alegeri dezavantajoase.<sup>111</sup> Indiferent, însă, de forma pe care o îmbracă, deznodământul paternalismului este, în linii mari, aceleași: prezumându-i imaturi și iresponsabili pe destinatarii acțiunii publice (ai normei juridice, în cazul nostru), orice demers paternalist nu poate sfârși decât prin a-i infantiliza, cu consecințe negative dintre cele mai diverse și de lungă durată.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> A se vedea J. Le Grand, B. New, *Government Paternalism: Nanny State or Helpful Friend*, Princeton University Press, Princeton, 2015, p. 23.

<sup>111</sup> A se vedea R. Thaler, C. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, în *The American Economic Review*, vol. 93, 2003, pp. 175-179; R. Thaler, C. Sunstein, *Libertarian Paternalism is not an Oxymoron*, în *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, nr. 4, 2003, pp. 1159-1202. După cum se poate deduce, Thaler și Sunstein folosesc termenul „*libertarian*” pentru tipul de paternalism pe care îl susțin. Rămâne de discutat în ce măsură libertarianismul ar fi compatibil cu orice formă de paternalism, oricât de *light*, chiar dacă Thaler și Sunstein susțin că nu sunt deloc interesați să spună indivizilor ce să facă, ci doar să îi ajute să își realizeze propriile obiective.

<sup>112</sup> Iată un exemplu: jurisprudența relativ recentă a Curții de Justiție a Uniunii Europene în materia clauzelor abuzive din contractele de credit pentru consum a suprasolicitat standardul transparenței contractuale pretins profesioniștilor, adăugându-i, succesiv, noi componente,

Popularizarea ideilor paternalismului *soft* a apărut o dată cu publicarea unei foarte influente cărți<sup>113</sup> de către economistul Richard Thaler și juristul Cass Sunstein în 2008, cei care, precedați fiind de Kahneman și Tversky, au contribuit probabil cel mai mult la deconstruirea miturilor microeconomiei clasice, de care s-au folosit Posner și adepții acestuia.

Foarte controversat, conceptul de *nudge*, care se traduce prin „ghiont”, sugerează că procesele decizionale pot fi (și ar trebui) influențate, atât la nivel individual, cât și la nivel de grup, prin metode indirecte, cât mai subtile, care nu impun, ci numai ajută, orientează, ghidează. *Nudging*-ul se deosebește net de alte forme de influențare a comportamentelor, cum ar fi educația sau aplicarea legii. Situat la confluența ciberneticii cu științele neuronale, de unde de altfel și provine, conceptul trebuie privit, în optica lui Thaler și Sunstein,

---

fără ca judecătorii să observe că (i) majorarea implicită a costurilor de conformare pe care trebuie să le suporte profesioniștii se traduce, în final, în costuri mai mari pentru consumatori, de pe urma acestora având de suferit cel mai mult tocmai categoria cea mai vulnerabilă a acestora, precum și că (ii) extinderea obligației profesionistului de informare precontractuală diminuează substanțial șansele ca partenerul contractual al acestuia să se informeze în mod efectiv, ceea ce îl face, la limită, și mai expus eventualelor abuzuri ale profesionistului. Pentru o analiză aprofundată, a se vedea L. Bercea, *Transparența costurilor în contractele de credit pentru consumatori. Cât de departe trebuie să ajungă Curtea de Justiție a Uniunii Europene ca să afle că a greșit drumul?*, în D.-A. Popescu, I.-F. Popa, S. Golub, L.-M. Harosa (ed.), *In honorem Dan Chirică. Între dogmatica dreptului și rațiunea practică*, Hamangiu, București, 2018, pp. 997-1031. Alte exemple se regăsesc în diverse acte normative sau în propuneri de legi, inclusiv în România, precum și în practicile recente de comunicare în politică și afaceri, dar acestea din urmă sunt străine de obiectul acestui studiu.

<sup>113</sup> A se vedea R. H. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008. Cartea a fost tradusă și în limba română: *Nudge: Cartea ghionturilor pentru decizii mai bune legate de sănătate, bogăție și fericire*, Publica, București, 2016. În 2017, lui Thaler i s-a decernat premiul Nobel pentru economie, pentru contribuțiile sale la analiza economică și psihologică a deciziilor individuale. Juristul Sunstein, care a fost membru al administrației președintelui Barack Obama și, în această calitate, a contribuit la punerea în aplicare a unor instrumente de tip *nudge* în politicile publice din SUA, a fost în perioada 2009–2014 cel mai citat cercetător în drept din spațiul de limbă engleză.

ca „orice aspect de arhitectură a alegerii care modifică de o manieră previzibilă comportamentul oamenilor, dar fără a interzice nicio opțiune și fără a schimba în mod semnificativ stimulentele economice. Ca să conteze drept simplu ghiont, intervenția trebuie să fie ușor și ieftin de evitat. Ghionturile nu sunt dispoziții imperative. Să așezi fructele la nivelul privirii se consideră ghiont. Să interzici mâncarea cu aditivi, nu.”<sup>114</sup>

Politicile de tip *nudge*, inspirate și susținute de Thaler și Sunstein, au fost criticate din foarte multe puncte de vedere. Unii economiști au sugerat că, deși noile teorii își asumă abandonarea modelului omului economic, pe care îl consideră nerealist și, deci, prea puțin util, reprezentarea pe care acestea o au despre destinatarul politicii publice este, de fapt, aceeași, concluziile fiind diferite.<sup>115</sup> În același timp, o serie de juriști și alți cercetători în științele sociale s-au întrebat dacă, raportat la principiile dreptății sociale și ale justiției distributive, tehnicile și instrumentele de politică publică bazate pe *nudging* ar fi admisibile.<sup>116</sup> Acestea au fost analizate critic și din perspectiva statului de

---

<sup>114</sup> A se vedea Thaler, Sunstein, *Nudge: Cartea ghionturilor...*, op. cit., p. 20. Exemplul fructelor se referă la politicile de combatere a obezității.

<sup>115</sup> A se vedea, *exempli gratia*, R. Sugden, *Do people really want to be nudged towards healthy lifestyles?*, în *International Review of Economics*, vol. 64, 2017, pp. 113-123. Într-un text foarte scurt, profesorul englez acuză ipocrizia lui Thaler și Sunstein. Pentru că lasă unele concepte într-o ambivalență care le profită, autorii *nudging*-ului pot susține că intervenționismul pe care îl predică nu este paternalist, deși intențiile acestuia sunt neîndoielnic paternaliste. Mai mult, aceștia ar putea oferi chiar și argumente pentru afirmația că destinatarii intervențiilor pe care le încurajează și-ar dori să fie impulsionați în acest mod, ceea ce pare să nu fie adevărat. Sugden concluzionează că paternalismul care marchează teoriile *nudge* este departe de a fi liberal sau libertarian, cum susțin autorii acestora.

<sup>116</sup> A se vedea D. M. Hausman, B. Welch, *Debate: To Nudge or Not to Nudge?*, în *The Journal of Political Philosophy*, vol. 18, nr. 1, 2010, pp. 123-136. Cei doi autori susțin, în esență, că acțiunile de tip *nudging* ale puterii executive sunt mult mai predispuse spre a fi deturnate în abuzuri decât măsurile vădit coercitive, întrucât cele din urmă pot fi mult mai ușor monitorizate de societatea civilă și de instanțe. Apoi, s-ar putea ca unele *nudge*-uri să conducă la decizii

drept și a arhitecturii constituționale în societățile democratice<sup>117</sup>, concluziile la care au ajuns studiile fiind, de asemenea, puțin favorabile paternalismului libertarian imaginat de Thaler și Sunstein. La mai bine de un deceniu de la apariția fulminantă a lui *Nudge*, punerea în circulație a unui concept precum „*neuroliberalism*” nu mai poate stârni prea multă mirare. Acesta ar desemna totalitatea metodelor și instrumentelor prin care se utilizează psihologia și neurologia în configurarea, influențarea și dirijarea comportamentelor umane în cadrul unor societăți libere.<sup>118</sup>

În special Sunstein a răspuns *in extenso* tuturor criticilor cu care s-au confruntat ideile pe care le-a elaborat împreună cu Thaler și pe care le-a aplicat în parte în politicile publice din Statele Unite ale Americii, concentrându-se mai ales asupra aspectelor de ordin etic pe care *nudging*-ul le implică. În esență, Sunstein susține că „*arhitectura alegerilor*” este

---

individuale în contradicție cu preferințele subiecților, atât cu cele exprimate, cât și cu cele pe care aceștia le-ar avea dacă procesele lor cognitive și decizionale nu ar fi deturnate de ghionturile guvernului. De asemenea, cei doi autori atrag atenția asupra pericolului care rezultă din exploatarea excesivă a acestor tehnici, în defavoarea persuasiunii raționale, pentru că exploatarea emoțiilor, a disonanțelor de orice fel și a iraționalului va lăsa puțin loc pentru rațiune și discernământ, diminuând autonomia volițională a subiecților. Or, susțin Hausman și Welch, numai persuasiunea rațională este în concordanță cu suveranitatea individuală, care este, până la urmă, fundamentul ordinii juridice.

<sup>117</sup> A se vedea, spre exemplu, R. Lepenies, M. Małecka, *The Institutional Consequences of Nudging – Nudges, Politics, and the Law*, în *Review of Philosophy and Psychology*, vol. 6, nr. 3, 2015, pp. 427-437; A. Alemanno, A. Spina, *Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation*, în *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, nr. 2, 2014, pp. 429-456. Pentru o lucrare mai amplă care analizează deficitul de legitimitate democratică al politicilor de tip *nudging*, a se vedea A. Kemmerer, Ch. Möllers, M. Steinbeis, G. Wagner (ed.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2017.

<sup>118</sup> A se vedea M. Whitehead, R. Jones, R. Lilley, J. Pykett, R. Howell, *Neuroliberalism: Behavioural Government in the Twenty-First Century*, Taylor & Francis, New York, 2017, p. 1.

inevitabilă și că nicio societate nu poate evita un anumit tip de paternalism<sup>119</sup>, afirmație care conține negreșit un sâmbure de adevăr.

Teoriile de tip *nudge* sunt, așa cum arătat, direct legate de modul în care studiile comportamentale au reconfigurat știința economică și analiza economică a dreptului, deschizând ambele domenii și mai mult spre psihologie, neuroștiințe, etică, filosofie și științele politice. După Kahneman și Tversky, respectiv după Thaler și Sunstein analiza economică a dreptului nu mai poate fi gândită și practică exclusiv în termenii posnerieni ai economiei neoclasice, dar aceasta rămâne un punct solid de plecare și nu poate fi, pur și simplu, plasată în afara discuției.

## VII. Câteva aplicații. Economia proprietății, a contractelor și a corporațiilor

Am încercat să expunem, cât mai pe scurt posibil, principalele idei și direcții de evoluție ale analizei economice a dreptului. Demersul este, cu siguranță, incomplet, cel puțin pentru faptul că nu ne-am referit la unele reconfigurări și critici ale analizei economice a dreptului care provin, la rândul lor, din spațiul nord-american, dar a căror recepție este controversată.<sup>120</sup>

Pe de altă parte, credem că nu am putea încheia această expunere fără o succintă referire la unele dintre materiile în care analiza economică a

---

<sup>119</sup> Dintre lucrările prin care Sunstein răspunde criticilor *nudging*-ului, ar trebui menționate: C. R. Sunstein, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, 2014; C. R. Sunstein, *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge University Press, 2016.

<sup>120</sup> Ar fi, spre exemplu, cazul discursurilor de tip *critical legal studies* sau al abordării feministe a analizei economice a dreptului.

dreptului a avansat contribuții semnificative. O trecere în revistă a tuturor acestora ar fi imposibilă, motiv pentru care ne vom concentra asupra următoarelor trei materii: drepturile reale, dreptul contractelor și dreptul societar. Toate trei fac parte din dreptul privat, însă nu ar trebui să se concluzioneze, pe baza acestei alegeri, că interesul *law & economics* pentru problemele de drept public (constituțional, administrativ, fiscal sau penal, de exemplu) ar fi inexistent. Acestea depășesc, însă, aria noastră de expertiză.

*i. Drepturile reale.* Societățile cu economii de piață recunosc în regimul juridic al dreptului de proprietate și al celorlalte drepturi reale unul dintre instrumentele fundamentale în alocarea resurselor și (re)distribuția averilor. Poate că nu ar mai trebui amintit că arhitectura proprietății reprezintă una dintre ariile majore de conflict între filosofi, economiști, antropologi, istorici și juriști. Concepțiile merg de la considerarea proprietății private ca fiind cel mai important garant al drepturilor și libertăților cetățenești, de care nu s-ar putea bucura nimeni în absența ocrotirii patrimoniului personal, până la identificarea în dreptul de proprietate a sursei tuturor rețelilor sociale, a instituției care a permis înrobirea celor mulți de către foarte puțini.

Dacă economiștii acceptă că proprietatea privată este un ingredient de bază în economia de piață, găsirea unui răspuns adecvat și, eventual, complet la întrebarea ce este, totuși, proprietatea, nu mai este de foarte mare interes pentru ei.<sup>121</sup> Aceștia vor fi mult mai dornici să afle care sunt efectele diverselor

---

<sup>121</sup> Pentru un rezumat din perspectivă economică al diverselor teorii despre proprietate, a se vedea G. M. Hodgson, *Conceptualizing Capitalism. Institutions, Evolutions, Future*, The Chicago University Press, Chicago, 2016, pp. 101-111. Pentru afirmația că analiza economică a ignorat prima întrebare a oricărei teorii despre proprietate, și anume ce este aceasta, a se vedea H. E. Smith, *The Economics of Property Law*, în F. Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law*

forme pe care drepturile reale le îmbracă asupra bunăstării, a modului de alocare a resurselor și de redistribuire a averilor în societate, respectiv care sunt cele mai eficiente remedii pentru încălcarea acestor drepturi sau cum pot fi ele protejate de o manieră congruentă cu principiul eficienței.

Unul dintre manualele populare de analiză economică a dreptului sintetizează în felul următor principalele întrebări care merită studiate în legătură cu proprietatea: (i) cum se constituie drepturile de proprietate?; (ii) care sunt bunurile care pot fi apropiate de particulari?; (iii) care sunt puterile pe care proprietarul le exercita în legătură cu bunurile sale?; (iv) care sunt remediile pentru încălcarea drepturilor de proprietate?<sup>122</sup> Negreșit, la toate aceste întrebări se pot formula răspunsuri, într-o manieră comprehensibilă și în principiu corectă, și pe baza simplului studiu al legii în vigoare, cel puțin dacă ne plasăm într-un sistem juridic de inspirație continentală sau franco-germană, pentru că, spre deosebire de *common law*, în tradiția civilistă s-au elaborat și aplicat teorii solide despre patrimoniu și proprietate. Sistemele juridice anglo-saxone au recurs la ordonarea și sistematizarea teoriilor despre proprietate în special prin integrarea științei economice, pentru că economia oferă și ea răspunsuri la toate cele patru întrebări de mai sus, concentrându-se însă pe aspecte cu adevărat problematice: costurile de tranzacționare, bunurile publice, externalitățile.

---

*and Economics*, vol. 2: *Private and Commercial Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 148-177. În *common law*, este relativ obișnuită ideea că proprietatea este o înmănunchere de drepturi („*a bundle of rights*”, „*a bundle of sticks*”). Pentru o scurtă analiză critică a conceptului, a se vedea R. C. Ellickson, *Two Cheers for the Bundle-of-Sticks Metaphor, Three Cheers for Merrill and Smith*, în *Econ Journal Watch*, vol. 8, nr. 3, 2011, pp. 215-222.

<sup>122</sup> A se vedea Cooter Jr., Ulen, *op. cit.*, p. 58. De remarcat că, din aproximativ 530 de pagini, manualul menționat dedică 120 proprietății.



Astfel, s-au putut găsi suficiente puncte care să susțină un dialog între economiști și juriști, aceștia din urmă fiind în măsură să conceapă acele instrumente de care primii ar putea avea nevoie pentru a putea gestiona raritatea unei anumite resurse. În definitiv, reglementarea drepturilor de proprietate intelectuală, regimul juridic al coproprietății sau anumite reguli privitoare la administrarea bunurilor din domeniul public (sau privat) al statului ori la dezmembrămintele proprietății nu ar trebui privite decât ca soluții la probleme specifice ce ar putea fi subsumate problemei generale a repartiției resurselor. Constituirea (atribuirea) unor drepturi de proprietate poate rezolva adesea diverse eșecuri de piață, iar competența de constituire sau de atribuire poate fi asumată atât de către puterea publică, cât și de particulari, dacă acestora le sunt asigurate controlul efectiv asupra obiectului dreptului și libertatea contractuală, care să le permită alegerea opțiunii celei mai bune pentru punerea în valoare a proprietății lor.

Este meritul analizei economice a dreptului de a fi pus în evidență tehnicile de tip *fencing*, care asigură controlul asupra obiectului dreptului de proprietate și care, într-o formă sau alta, nu numai că ajung la un moment dat să se reflecte în lege, ci să influențeze modul în care se rezolvă conflicte, se atribuie drepturi și se introduc în circuitul civil / comercial noi utilizări ale unor drepturi / bunuri vechi.<sup>123</sup>

În general, sistemul juridic nu atribuie drepturi decât atunci când regulile sale sunt aplicate în soluționarea unor conflicte referitoare la utilizările alternative ale unor resurse rare. Când apar, indiferent de cauze (tehnologice, sociale, economice, politice), variante noi de utilizare a unor

---

<sup>123</sup> A se vedea E. Mackaay, *Law and Economics for Civil Law Systems*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, p. 290.

drepturi existente, există teoretic posibilitatea ca ele să conducă la diverse forme de externalități. Rezolvarea acestora pretinde îmbunătățirea sau extinderea cadrului juridic și a instituțiilor juridice existente, ceea ce implică, mai întâi, o viziune dinamică asupra drepturilor reale. Aceasta este mai degrabă apanajul analizei economice și reprezintă una dintre marile beneficii pe care *law & economics* le-a adus în studiul drepturilor reale. Ori de câte ori, spune analiza economică, apar idei, produse, instrumente și concepte noi cu privire la utilizarea resurselor, apar și diverse încercări de ridicare a unor „garduri” protectoare, ceea ce nu semnalizează nimic altceva decât că forțele economice constituie / atribuie drepturi de proprietate și / sau de folosință asupra unor valori, echipându-le pentru așteptată întâlnire cu piața.

ii. *Contractele*. Negreșit, analiza economică a dreptului a impus o abordare „contractualistă” a raporturilor juridice în general. Abordarea economică a dreptului contractelor deschide orizonturi, care ar fi rămas cel mai probabil ascunse juristului cantonat exclusiv în principiile clasice ale materiei, aducându-l în lumea reală a contractelor dezechilibrate și incomplete, expresie a piețelor imperfecte. Externalitățile, asimetria informațională, dezechilibrul de putere între părți, raționalitatea limitată, oportunismul contractual și strategiile de evitare a riscului sunt provocările la care analiza economică a supus teoriile consolidate despre contract pe care le-au construit juriștii, în special cei din sistemele continentale de drept.

Din perspectivă normativă, analiștii de *law & economics* au subliniat importanța economică a dreptului supletiv al obligațiilor și contractelor, comparându-i rolul cu acela pe care îl au banii atunci când funcționează ca mijloc de schimb și contribuie la accelerarea raporturilor economice. Într-adevăr, comparația nu este deplasată, întrucât existența unor reguli juridice care vin în completarea voinței părților și care pot, în caz de conflict, să fie

puse în executare forțat, consolidează decisiv contractul ca instrument juridic al schimbului economic și facilitează tranzacționarea. Or, economiștii știu de mult că extinderea raporturilor de schimb este benefică și contribuie la bunăstarea generală, fiind expresia diviziunii sociale a muncii, respectiv a specializării accentuate a factorilor de producție.

Însă, contribuția analizei economice a dreptului la înțelegerea contractului trece de simpla enumerare și explicare a funcțiilor economice ale acestuia și ale cadrului normativ care îl reglementează. Chiar dacă locul unei discuții aprofundate nu este aici, trebuie cel puțin menționat faptul că analiza economică a produs teoria, pe cât de populară, pe atât de controversată, a încălcării eficiente a contractului.

Asociată în special cu numele lui Richard Posner<sup>124</sup>, teoria „*efficient breach of contract*” a fost propusă de Robert L. Birmingham în 1970<sup>125</sup> și elaborată de Charles Goetz și Robert Scott într-un articol din 1977<sup>126</sup>. În esență, celebra teorie explică de ce sistemul juridic de *common law* manifestă o preferință pentru repararea prejudiciului contractual conform criteriului așteptărilor legitime ale creditorului („*expectation interest*”), față de criteriul încrederii legitime („*reliance interest*”), cel al interesului restitutoriu („*restitution interest*”), daunele punitive („*punitive damages*”) și executarea

---

<sup>124</sup> Posner a avut ocazia să expună teoria „*efficient breach of contract*” în motivarea hotărârii majoritare din speța *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, judecată de *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*, instanța superioară la care a funcționat, în 1985.

<sup>125</sup> A se vedea R. L. Birmingham, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, în *Rutgers Law Review*, vol. 24, 1970, pp. 273-292.

<sup>126</sup> A se vedea Ch. J. Goetz, R. E. Scott, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, în *Columbia Law Review*, vol. 77, nr. 4, 1977, pp. 554-594.

în natură („*specific performance*”).<sup>127</sup> Explicată foarte simplu, teoria sugerează că o parte la un contract ar trebui să poată să-și încalce obligațiile și să plătească daune, dacă această abordare ar fi mai eficientă din punct de vedere economic decât executarea conformă a contractului. Daunele bazate pe așteptările legitime ar reprezenta, în acest context, un stimulent pentru neexecutare numai atunci când executarea ar fi inefficientă.

O altă contribuție majoră a analizei economice în materia contractelor trebuie identificată în cercetarea îndelungată și aprofundată a standardizării contractuale. Cu toate că primele studii dedicate contractului standard și condițiilor generale de afaceri provin din doctrina franceză și germană<sup>128</sup>, doctrina americană<sup>129</sup> a preluat, extins și rafinat teoriile despre contractele de adeziune și clauzele standard.<sup>130</sup> Concepțiile americane, îmbogățite prin

---

<sup>127</sup> Clasificarea prejudiciilor și, subsecvent, a remediilor contractuale a fost sistematizată în dreptul nord-american de Lon Fuller și William Perdue, în celebrul articol *The Reliance Interest in Contract Damages*, publicat în *The Yale Law Journal*, vol. 46, nr. 3, 1937, pp. 373-420. Pentru o analiză a relațiilor dintre criteriul așteptării legitime, criteriul încrederii legitime și criteriul interesului restitutoriu, a se vedea I.-F. Popa, *Coordonatele răspunderii contractuale. Partea I – Fundamentele răspunderii contractuale*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 5/2015, pp. 136-172; C. Paziuc, *Interesul ocrotit prin daunele-interese contractuale și calculul daunelor-interese*, în M. Nicolae, R. Rizoiu, L. Toma-Dăuceanu (ed.), *In honorem Valeriu Stoica. Drepturi, libertăți și puteri la începutul mileniului al III-lea*, Universul Juridic, București, 2018, pp. 690-713.

<sup>128</sup> Este suficientă menționarea lui Raymond Saleilles cu lucrarea sa din 1901, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, precum și a lui Ludwig Raiser cu *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, din 1935.

<sup>129</sup> Începuturile preocupărilor nord-americane pentru *boilerplate* (contractul standard) datează de dinaintea emergenței analizei economice a dreptului. A se vedea F. Kessler, *Contracts of Adhesion. Some Thoughts About Freedom of Contract*, în *Columbia Law Review*, vol. 43, 1943.

<sup>130</sup> Am folosit elemente din teoriile americane asupra contractului standard în L. Bercea, *Contractul standard ca text contrafactual*, în Nicolae, Rizoiu, Toma-Dăuceanu (ed.), *op. cit.*, pp. 733-765. Pentru o expunere diacronică a subiectului, a se vedea D.-A. Cărmidariu,

aportul economiei și psihologiei, au reverberat în Europa, spre exemplu în unele dintre normele unionale de drept al consumului, în egală măsură tributare reconfigurărilor teoretice impuse de *behavioral law & economics* și paternalismului liberal predicat de Thaler și Sunstein.

În fond, întrebările la care analiza economică a contractului caută un răspuns sunt pe cât de simplu formulate, pe atât de complexe: (i) care dintre promisiunile particularilor trebuie investite cu forță obligatorie?; (ii) care ar trebui să fie remediile pentru încălcarea unei contract obligatoriu? Dacă este adevărat, așa cum a remarcat unul dintre marii specialiști americani în teoria contractului, E. Allen Farnsworth, că niciun sistem juridic nu a fost atât de nesăbuit încât să declare obligatorii și să pună în executare silită orice fel de promisiuni<sup>131</sup>, atunci căutarea răspunsului la prima întrebare se va transforma în leitmotivul (aproape) oricărui studiu în materie, mai ales că aceasta o conține, cel puțin în germene, pe cea de-a doua. Și în acest caz, juriștii sunt echipați pentru formularea de răspunsuri, însă analiza economică le atrage atenția că, dacă promisiunile particularilor, înzestrate cu forță obligatorie, privesc transferul / schimbul de resurse economice, atunci soluțiile economice la problemele contractului ar trebui să aibă întâietate.

*iii. Corporațiile.* Existența și rațiunea entităților înființate în vederea organizării și distribuirii producției de bunuri se situează între primele preocupări de anvergură ale lui Ronald Coase. Acesta a avansat încă din 1937, prin *The Nature of the Firm*, puncte de vedere care au marcat teoria firmei în microeconomie și, ulterior, în subramura teoriei jocurilor. Însă, astăzi opiniile

---

*Contractul standard în sistemul de drept american. Scurt studiu de doctrină*, în *Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept*, nr. 2/2019, pp. 102-132.

<sup>131</sup> A se vedea E. A. Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, 3<sup>rd</sup> edition, vol. 3, Wolters Kluwer, New York, 2004, p. 13.

majoritare sunt de acord că o firmă nu este totuna cu o corporație, motiv pentru care teoria firmei nu este neapărat (și) o teorie a corporației.

Dacă firma este un concept economic prin care se desemnează organizarea unor activități productive de către mai mult de o persoană, în afara piețelor formale, corporația este, din perspectiva sa juridică, un ansamblu specific de drepturi formalizate și obligații (răspunderi) corelative, creat prin lege și distribuit între diverse persoane fizice și juridice, cu scopul de a genera profit. Însă, termenii de firmă și corporație ajung să se confunde în analiza economică și juridică.<sup>132</sup>

Modelele explicative pe care analiza economică le-a avansat cu privire la natura entităților de afaceri se referă, într-adevăr, la ansamblul de drepturi recunoscute legal, obligații, responsabilități și privilegii care se regăsesc într-o asemenea entitate, observând în acest scop tehnicile juridice pe care această organizație le subsumează diverselor sale obiective. În general, teoriile cele mai uzuale văd în corporație o construcție juridică, organizată în jurul unor patrimonii și a unor contracte, însă fiecare dintre aceste modele teoretice este marcat de limite și neajunsuri.<sup>133</sup>

Dacă analiza se concentrează pe conceptul de patrimoniu, atunci corporația ar trebui privită drept un bun asupra căruia acționarii sau asociații exercită un drept de coproprietate, administratorii urmând să fie angajați în

---

<sup>132</sup> A se vedea L. Stout, *The Economic Nature of the Corporation*, în Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, vol. 2: *Private and Commercial Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 337-357. Evident, în terminologia dreptului nostru societar, noțiunea de „firmă” este folosită în alt sens, iar cea de „corporație” este mai degrabă evitată. Legea nr. 31/1990 vorbește în continuare despre societăți (comerciale) ca persoane juridice, iar termenul de „companie” este utilizat mai degrabă în legătură cu entitățile cu capital integral sau majoritar de stat.

<sup>133</sup> L. Stout, *op.cit.*, p. 343.

scopul administrării proprietății acestora. Această concepție implică o serie de consecințe importante pentru relația dintre acționari și administratori, care reprezintă una dintre temele majore ale dreptului societar. Contribuția analizei economice este semnificativă și îmbracă forma modelului „*principal – agent*”.

Acest model a fost elaborat în 1976 de către economiștii M. Jensen și W. Meckling<sup>134</sup> și se fundamentează pe teoria caracterului incomplet al contractelor, enunțată de Coase. Autorii pleacă în studiul lor de la observațiile pe care le făcuse Adam Smith cu 200 de ani înainte cu privire la administrarea unor societăți pe acțiuni de către persoane care nu aveau și calitatea de proprietari ai acestora și care, din acest motiv, nu puteau să trateze afacerile acelor societăți cu aceeași prudență pe care o manifestau față de propriile interese. Din acest motiv, relațiile dintre acționari, pe de o parte, și administratori, pe de altă parte, trebuie privite din perspectiva unor interese potențial divergente între cele două categorii de *stakeholders*. Or, recunoașterea acestui caracter potențial divergent reclamă instituirea unor reguli speciale care să governeze relația și să configureze de așa manieră regimul răspunderii administratorilor încât raporturile să fie durabile.

Teoria proprietății și modelul „*principal – agent*” sunt instrumente pertinente de analiză în materia dreptului societar, însă ele contrazic în parte realitatea juridică. Ca persoană juridică, societatea (comercială) nu poate să

---

<sup>134</sup> Pentru aplicația modelului la relația dintre acționariat și administratori, a se vedea M. Jensen, W. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, în *Journal of Financial Economics*, vol. 3, 1976, pp. 305-360. Pentru o analiză critică a modelului *principal – agent*, a se vedea A. J. Meese, *The Team Production Theory of Corporate Law: A Critical Assessment*, în *William & Mary Law Review*, vol. 43, nr. 4, 2002, pp. 1629-1702.

fie obiect al unui drept de (co)proprietate propriu-zis. Acționarii sunt proprietarii unui număr de titluri de valoare, în baza cărora se bucură de anumite drepturi, recunoscute legal și statutar. Însă, acolo unde numărul acționarilor este foarte mare, problemele ce rezultă din formarea deciziilor colective devin aproape insurmontabile, iar puterea de influențare a administratorilor de către acționari scade vertiginos, ceea ce face ca exercitarea unui drept de proprietate să nu (mai) implice și exercitarea unui control efectiv asupra bunului apropiat.

O altă teorie, influentă la rândul ei, vede corporația ca pe un nod, o legătură sau o înmănunchere de contracte. Teoria *nexus of contracts* așază corporația în centrul unei rețele de acorduri contractuale, explicite și implicite, între diversele părți interesate, cum ar fi acționarii, administratorii, salariații, creditorii (furnizori și clienți) ș.a.<sup>135</sup> Doctrina este în general de acord că această abordare are multe puncte tari și este utilă analizei juridice a corporațiilor. Nu numai că ea ține cont de dimensiunile reale ale corporațiilor multinaționale, evitând reducionismul nerealist al teoriei proprietății, dar ea reduce în centrul dezbaterii natura voluntaristă a celor mai multe raporturi care se nasc în jurul și în legătură cu o corporație.

Apoi, teoria nodului de contracte explică foarte bine realitatea pe care cei care „configurează” corporații o modelează în permanență, în interesul diverșilor subiecți implicați, prin acte constitutive, statute și contracte, jonglând cu normele dreptului supletiv și forțând limitele dreptului imperativ.

---

<sup>135</sup> Autorii teoriei sunt juriștii F. H. Easterbrook și D. R. Fischel. A se vedea *Limited Liability and the Corporation*, în *The University of Chicago Law Review*, vol. 52, nr. 1, 1985, pp. 89-117, dar și tratatul lor *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996.



În acest punct, această teorie se leagă de avantajele personalității juridice<sup>136</sup> și oferă un punct de vedere veridic și rezonabil pentru înțelegerea modului în care corporațiile influențează realitățile economice și sociale.

Nici teoria nodului de contracte nu este însă scutită de obiecții, cea mai simplă fiind aceea că nu este foarte clar care este punctul în care șirul sau șirurile de contracte ar trebui să se oprească. S-a sugerat că limita ar trebui identificată acolo unde, deși contractul influențează corporația și poate fi pus în legătură cu aceasta, corporația în cauză nu mai este, juridic vorbind, parte la acel contract.<sup>137</sup>

Contribuții majore ale analizei economice pot fi identificate și în materia tratamentului întreprinderilor aflate în dificultate, a cărui reglementare juridică ține în mare măsură cont de teoriile economice despre prejudicii contractuale, raporturi dintre asociați, administratori și creditori, restructurare și consolidare financiară, după cum aceste teorii se regăsesc în alte domenii ale vieții corporative: concurența, piețele de capital, răspunderea socială a corporațiilor, relațiile de muncă etc.

## VIII. Concluzii. Utilitatea (necesitatea?) *law & economics*

Născută în sălile de curs și bibliotecile Universității din Chicago, plasată la fecunda confluență dintre tradiția *common law*-ului american și ideile școlii austriece de gândire economică, beneficiind ulterior de dominația geopolitică și culturală exercitată de către lumea de limbă engleză, analiza

---

<sup>136</sup> Ne referim la segregarea patrimoniilor și limitarea răspunderii asociaților, noțiuni care se subsumează conceptului de *entity shielding*, precum și la *asset lock-in*, respectiv la strategiile de acumulare și securizare de active. A se vedea Pistor, *op. cit.*, cap. 1-3.

<sup>137</sup> A se vedea Stout, *op. cit.*, p. 347.

economică a dreptului este astăzi omniprezentă. Recepționat cu mare dificultate în spațiul tradiției franco-germane a dreptului civil, curentul *law & economics* este câștigătorul unor bătălii în războiul ideilor și face parte din *mainstream*-ul cercetării juridice. Analiza economică a dreptului se predă în facultăți, face obiectul unor centre de cercetare, este reflectată în articole, manuale și tratate, conturează reviste prestigioase, dicționare și colecții enciclopedice.

Agenda de cercetare pe care analiza economică a dreptului o deschide este deosebit de amplă, motiv pentru care incursiunea de față în istoria ideilor curentului *law & economics* este inevitabil incompletă și insuficientă. Ceea ce ar trebui semnalat, însă, este că numeroase abordări pe care analiza economică le propune (și care au marcat decisiv politicile publice și adesea și jurisprudența în sistemele de origine) au fost ignorate în România atât în unele materii ale dreptului privat, cât și în marea parte a dreptului public. Cauzele nu țin numai de limitările inerente de timp și spațiu, ci și de faptul că, spre deosebire de alte curente de idei, analiza economică a dreptului se prezintă sub o remarcabilă eterogenitate. Vigoarea dezbatelor și a conflictelor de idei care marchează științele economice nu poate decât să profite dreptului, pentru că îl forțează la un dialog reconfigurator, la provizoriul capăt al căruia juriștii ar trebui să se raporteze altfel la știința lor.

Piețele, prețurile, eficiența și utilitatea nu sunt acel *non plus ultra* pe care și-l imaginează unii economiști. Însă, concluziile pe care analiza economică le impune sunt interesante și, în cele mai multe cazuri, pertinente, oferindu-i juristului o deschidere pe care probabil că nu i-o mai poate pune la dispoziție nicio altă știință socială. Indiferent de finalitatea proclamată a unei norme juridice, efectele reale pe care aceasta le produce în plan social și economic nu pot fi apreciate decât prin recursul la modelele de comportament

uman pe care le-a imaginat economia neoclasică și le-a remodelat economia comportamentală.

De aceea, analiza economică este necesară și pentru legiuitor, și pentru judecător. Pe primul îl va putea orienta în politicile publice, contribuind decisiv la previzibilitatea și stabilitatea sistemului juridic.<sup>138</sup> Pe cel de-al doilea îl va sensibiliza cu privire la calculele, motivațiile, erorile de raționament, prejudecățile și, în definitiv, interesele părților care se prezintă în fața sa, ceea ce nu poate fi niciodată greșit, oricât de mult ar fi limitat judecătorul de regulile formale ale procesului judiciar.

Provocat peste măsură, dreptul a reacționat vitriolic la pretențiile economiei. Omul rațional, individualist, în permanentă maximizare a bunăstării și minimizare a efortului tensionează aparent ordinea unei societăți deschise, bazate pe democrația constituțională, drepturile omului și normele supletive ale dreptului privat. O asemenea ordine nu ar trebui redusă la o discuție despre eficiența economică, specifică teoriilor despre bunăstare individuală și optim social. Însă, lecția economiei, oricât de deprimantă li s-ar părea unora, oricât de derizorie li s-ar părea altora, este că libertatea și *rule of law* depind, mai mult decât am crede, de bunăstare și optim. Împreună, alcătuiesc ordinea juridică a oamenilor liberi.

---

<sup>138</sup> Influentialul filosof și jurist german Gustav Radbruch observa în 1927 că legiuitorul trebuie să conceapă legea plecând de la premisa că omul nu este ghidat decât de propriul interes, pe care îl va urmări fără scrupule, dacă legea nu îl va opri să o facă, fiind totodată atât de inteligent încât să observe imediat orice scăpare legislativă. Ideea este cu siguranță mai veche, regăsindu-se la Machiavelli, care știa că pentru a edicta legi bune oamenii trebuie prezumați răi. Poate că legiuitorul însuși ar trebui să se comporte conform modelului economic, adoptând acele norme care garantează în cel mai înalt grad atingerea rezultatelor scontate, fără consecințe adverse.