

Direzione

Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (**coordinatore**) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone, Rocco Lombardi

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Cosimo Pietro Guarini*

NOTE IN TEMA DI “CONVERGENZE PARALLELE”
TRA DIRITTO (PUBBLICO) ED ECONOMIA**

«For four days each week Ed Levi would develop the law and would use the traditional techniques of legal reasoning to relate the cases to each other and create a synthesis of the kind all the lawyers here are familiar with to explain and rationalize the cases (...) For four days Ed would do this, and for one day each week Aaron Director would tell us that everything that Levi had told us the preceding four days was nonsense»¹. Agli allievi dei due insigni studiosi il mondo scientifico anglosassone deve, nonostante le apparenze, il superamento della contrapposizione radicale fra i due ambiti scientifici.

È stato rilevato, da più parti, e non da oggi, come siano maturi i tempi perché anche la tradizione culturale italiana si avvicini alle tendenze continentali e statunitensi che hanno acquisito nel proprio bagaglio epistemologico una concezione organica dell'analisi dei rapporti tra diritto ed economia², con il fine di cogliere la reale dimensione delle reciproche interferenze tra sviluppo economico e mutamenti istituzionali e normativi³.

* Professore associato confermato di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Bari Aldo Moro – Dipartimento di Economia e Finanza

** Testo rivisto e ampliato con bibliografia essenziale dell'*Intervento* predisposto per l'Incontro di studi su «Il rapporto tra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto?», Bari, 13 maggio 2022.

¹ Così W.J. LIEBELER, in E. KITCH (ed.), *The Fire of Truth: a Remembrance of Law and Economics at Chicago*, in *Journal of Law and Economics*, 26-1, 1983, 183. È il caso di ricordare che Aaron Director era professore di economia alla facoltà di legge di Chicago e teneva un corso congiunto con Edward Levi, uno dei più insigni professori di *antitrust*.

² Sul punto già R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, in *Pol. Dir.* 1978, 699 ss., 740.

³ Una delle questioni più dibattute è se sia il diritto statale ad orientare l'evoluzione dei processi economici ovvero l'economia a fungere da motore per l'evoluzione giuridica, normativa ed istituzionale, «premendo in astratto sulla *mens legislatoris*, in concreto sulla intelaiatura dell'interprete» (così V. UCKMAR, *Diritto ed economia: un punto d'incontro*, in AA.VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. II, Milano, 1992, 1945 ss., 1948). Benché, come si cercherà di argomentare, la soluzione pare essere nel mezzo, il fenomeno della globalizzazione sembrerebbe, invece, far propendere decisamente per la seconda ipotesi, come evincono, tra gli altri, M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, *passim*, e

Non manca chi, in proposito, abbia rimarcato che con riferimento al rapporto tra diritto ed economia, sia pressoché assente in Italia un movimento di pensiero o un indirizzo culturale organico che asseconi le più generali tendenze ad una simmetria tra studi giuridici e studi di teoria economica e che tenga in adeguato conto che, «come, nel diritto, si afferma il mercato quale struttura di ordine generale anche per l'impostazione delle relazioni giuridiche, così, nell'economia, le istituzioni giuridiche (in senso lato, non necessariamente pubbliche) sono considerate fattore imprescindibile dello sviluppo economico»⁴.

All'inizio del secolo scorso, l'impostazione prevalente in economia studiava i sistemi economici secondo le «caratteristiche comuni a qualsiasi economia, indipendentemente dal particolare quadro istituzionale nel quale essa si colloca(va)». Inoltre, secondo la rigorosa impostazione “positivista” sul ruolo degli studi economici attribuibile a Lionel Robbins, l'economia dovrebbe essere neutrale tanto rispetto ai fini, quanto ai mezzi; una “scienza positiva”; libera, cioè, da giudizi di valore. In altri termini, non sarebbe «necessario che lo studioso d'economia pubblica condivida [gli interessi e i valori cui si riferisce]: suo compito è infatti mettere in luce la “logica delle scelte”, ossia cosa si può fare e cosa non si deve fare se i cittadini vogliono raggiungere determinati obiettivi e hanno a disposizione determinati mezzi»⁵.

Dal canto suo, lo studio giuridico dell'economia si era diffuso autonomamente⁶ «per meglio comprendere quel complesso di norme che – in un ordinamento dato – “regola” il sistema economico (e, più in generale, fatti economici), con pretesa addirittura (ma assai contrastata) di “dirigere” tale sistema e questi fatti verso fini politici»⁷. Ben presto, lo studio

S. CASSESE, *Crisi dello Stato e «global governance»*, in ID., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, *passim*. Sulla questione diffusamente, più di recente, G. DI GASPARÈ, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011.

⁴ G. BERTI, *Democrazia, pluralismo e sistema economico (le Costituzione e l'Unione Europea)*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.* 1996, 1141 ss., 1145, nt. 9.

⁵ F. FORTE, *Principi di economia pubblica*, Milano, 1993, XXX s.

⁶ Il punto d'incontro fra diritto ed economia, come ricorda F. COCOZZA, *Brevi considerazioni sui profili didattici del diritto pubblico dell'economia*, in *Dir. dell'Econ.* 1989, 703 ss., 705, avvenne sul terreno del diritto commerciale, che tendeva a porsi «come una sorta di *diritto comune* ai pubblici ed ai privati operatori del sistema economico»; «come *diritto universale*, proprio in quanto diritto dell'economia». Esso, in fondo, era la “statalizzazione” della *lex mercatoria*, cioè di «un diritto creato e direttamente imposto dalla stessa classe mercantile, in forza delle consuetudini mercantili, degli statuti delle corporazioni mercantili, della giurisprudenza dei tribunali dei mercanti. Non conosceva mediazioni politiche; né incontrava confini politici: realizzava l'unità del diritto entro l'unità dei mercati» (F. GALGANO, *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in AA.VV., *Annali del Seminario giuridico*, Università di Catania, Vol. III (2001-2002), Milano, 2003, 461 ss., 462).

⁷ F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia, I, Incidenza dei rapporti economici sull'organizzazione del potere politico e sul sistema delle fonti*, Torino, 1999, 5.

giuridico del modello economico di un dato ordinamento costituzionale e degli strumenti giuridici attraverso i quali perseguire le finalità socio-economiche della comunità politica di riferimento si ritagliò un proprio spazio, incentrandosi sulle caratteristiche del sistema al fine di cogliere «l'equilibrio stabilito dalla legge, in ordine a ciascun bene o utilità, tra autorità e libertà, tra potere pubblico e situazione giuridica soggettiva privata, tra intervento statale e proprietà o impresa»⁸. Germinò, così, il “diritto pubblico dell'economia”, che acquisì visibilità in Italia, quando Giannini, anni or sono, squarciò il velo sulla «insufficienza di problematica e sulla frammentarietà proprie della scienza amministrativistica rispetto alla regolazione pubblica dell'economia», «nella logica di una “disciplina oggettuale”, che da più angolazioni indaga sul medesimo oggetto, consistente nella regolazione dei fatti economici posta in essere dai pubblici poteri»⁹.

Permaneva, peraltro, un diffuso scetticismo della scienza giuridica «all'innesto di nuovi criteri metodologici, rifiutando o diffidando di spiegazioni del fenomeno giuridico che utilizzassero anche le curve di domanda e di offerta, l'equilibrio, la competizione e gli altri strumenti di analisi economica». Ed anzi, le contaminazioni venivano percepite dai più come una mera «provocazione intellettuale, priva di adeguati riferimenti al diritto positivo»¹⁰.

Non si ha intenzione, però, di ripercorrere l'intenso dibattito svolto (e non ancora sopito) intorno alla presunta autonomia scientifica (e metodologica) del “diritto pubblico dell'economia”¹¹. È, invece, proposito del presente intervento porre nuovamente in rilievo la centralità dello studio dei sistemi economici e delle forme di governo dell'economia quale chiave di lettura privilegiata delle trasformazioni delle coeve società complesse¹² e,

⁸ Così S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica. Lezioni*, Seconda edizione riveduta e aggiornata, Roma-Bari, 2000, 5 s.

⁹ Le frasi riportate tra virgolette sono di M. D'ALBERTI, *Lo Stato e l'economia in Giannini*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2000, 1087 ss., 1091. La definizione del “diritto pubblico dell'economia” quale «disciplina oggettuale» avente «una validità conoscitiva, e, se si vuole, didattica, non una validità oggettiva» è, come noto, di M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, 17, e 1993, 17.

¹⁰ Così V. TEOTONICO, *Brevi note sui rapporti tra (studiosi di) diritto e (studiosi di) economia*, in F. GABRIELE, C.P. GUARINI, G. LUCHENA, A. NICO, V. TEOTONICO, *Costituzione, diritti sociali, economia*, Bari, 2020, 143 ss., 146, al quale si rinvia per ulteriore bibliografia di riferimento.

¹¹ Per una chiara rassegna dei profili problematici qui solo accennati v. F. COCOZZA, *Brevi considerazioni sui profili didattici del diritto pubblico dell'economia*, cit.; ID., *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia*, I, cit., 9 ss.; G. DI GASPARE, *Oggetto e metodo del diritto dell'economia*, in F. GABRIELE, G. BUCCI, C.P. GUARINI (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, 2002, 117 ss.; ID., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, ediz. 2003, spec. Parte Prima, Capitolo Primo; C.P. GUARINI, *L'autonomia scientifica del diritto dell'economia secondo G. Di Gaspare*, in *Amministrazione in cammino* 30 giugno 2016.

¹² Tra i primi in tal senso cfr. B. CAVALLO, G. DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1983. Questa pare anche la linea di fondo seguita, tra gli altri, da G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, Torino, 1999. Ricorda quanto fondamentale sia stata «l'interdipendenza tra processo economico e ordinamento giuridico»

altresì, rilevare come nel panorama scientifico le distanze prima esistenti tra analisi economiche e analisi giuridiche, in settori al confine con i due ambiti tematici, siano andate gradualmente riducendosi¹³.

Da un lato, difatti, si è riconosciuta l'insufficienza analitica di un approccio giuridico al tema classico del rapporto tra Stato e mercato che non sia di tipo interdisciplinare¹⁴, specie a ridosso della riaffermazione di un «diritto comune europeo»¹⁵, fondato su un più solido progetto di integrazione politica dell'UE, che comporta necessariamente una qualche trasformazione dei tradizionali paradigmi della costituzione economica europea¹⁶, come l'attualità (pandemica e bellica) dimostra. Dall'altro lato, lentamente ma decisamente, taluni autorevoli economisti hanno assunto nella loro elaborazione sia il ruolo delle istituzioni, sia quello dei «valori», del sociale e dell'etica¹⁷.

È noto, difatti, come un vasto movimento culturale afferente agli economisti di derivazione statunitense abbia cominciato ad introdurre, nello studio dei sistemi economici, la variante rappresentata dalle istituzioni politiche e dalle relazioni di queste con la burocrazia e viceversa¹⁸. Il fondamento della public choice theory¹⁹ è rinvenibile nel

per cogliere il passaggio da Stato liberale a Stato sociale F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, 1994, 18 s. più di recente v. le osservazioni di G. DI PLINIO, *Il 'vero effetto Marx': costituzionalismi, mutamento economico e metodo scientifico*, in *Federalismi.it* 2022, n. 4, 391 ss.

¹³ Per una colta ricostruzione dell'avvicinamento tra diritto ed economia, v. V. ATRIPALDI, *La Costituzione economica tra "patto" e "transizioni"*, in V. ATRIPALDI, G. GAROFALO, C. GNESUTTA, P.F. LOTITO (a cura di), *Governi ed economie. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, 1998, 3 ss., 7 ss. Una carrellata dei problemi inerenti al ruolo del diritto privato dell'economia è in L. ROSSI CARLEO, *Diritti del mercato, diritti per il mercato o diritto per i soggetti del mercato?*, in AA.VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. II, cit., 1827 ss.

¹⁴ Lo rilevava già G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, 221 ss., 225 ss.

¹⁵ Sul punto cfr. già A. PADOA SCHIOPPA, *Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello*, in *Foro It.* 1996, V, 14 ss., e S. GAMBINO, *Verso la formazione di un diritto comune europeo: metodo comparatistico e ricerca costituzionale*, in *Pol. Dir.* 2001, 39 ss.

¹⁶ V. le osservazioni in merito di R. MICCÙ, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, in *Federalismi.it* 2019, n. spec. 5, 25 ss. per un approccio critico v. G. BUCCI, *Dal governo democratico dell'economia alla crisi come dispositivo di governo*, in *Rivista AIC* 2020, n. 1, 353 ss.

¹⁷ Di rilievo è il filone degli economisti della *new welfare economics* i quali cercarono di perseguire le ragioni del *welfare* senza rinunciare alla stella polare del criterio di massimizzazione economica delle risorse (lo ricorda M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, 438).

¹⁸ Imprescindibile, in questo panorama, è l'analisi di D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1990, tr. it. *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, presentazione di W. Santagata, Bologna, 1994.

¹⁹ Un'ampia rassegna bibliografica sulla «Scuola della public choice» è in A. PREDIERI, *Euro poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, 1998, 427 ss. Per un recente quadro riassuntivo dell'evoluzione, dell'oggetto e delle

presupposto che gli attori delle comunità politiche, istituzioni pubbliche incluse, costituiscano un “mercato” nel quale essi «scambiano ‘regole’ che sono ‘domandate’ e ‘offerte’ secondo gli stessi principi che governano la domanda e l’offerta degli ordinari beni economici»; da cui «la pura e semplice assimilazione delle scelte pubbliche ai comportamenti degli attori di un mercato economico»²⁰, secondo una schema di comportamento razionale²¹. L’obiettivo è quello di palesare gli effettivi intenti dell’azione pubblica, dissimulando quelli dichiarati²², e di raffigurarsi, così, «de connessioni politiche e burocratiche attraverso le quali gli interessi vengono tradotti in politiche economiche»²³.

In questo panorama si staglia il pionieristico contributo di Arrow, il quale ebbe modo di sottolineare quanto fosse importante il ricorso all’approccio della scelta sociale per trattare i dilemmi del mondo contemporaneo, denunciando la limitatezza degli studi che pretendono di ricavare la preferenza sociale dal mero aggregato di preferenze individuali²⁴; né si può omettere il riferimento all’impostazione schumpeteriana, che ha dimostrato, tra l’altro, come la funzione imprenditoriale concepita individualisticamente perda la sua importanza nel contesto sociale delle società contemporanee²⁵. Non meno significativo è,

prospettive della *public choice theory* v. M. ZAFIROVSKI, *Administration and Society: Beyond Public Choice*, in *Public Administration* 2001, 665 ss.

²⁰ G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1998, 629 ss., 638.

²¹ Per quanto non priva di implicazioni ideologiche, sulle quali non rileva in questa sede soffermarsi, alla dottrina della *public choice* può essere riconosciuto di aver superato la tradizionale divisione tra lo studio dell’economia e quello della scienza della politica; «in quest’ottica non c’è più divergenza tra l’*homo oeconomicus* di Smith e “l’animale politico” di Aristotele» (F. RENNA, *Il contributo della Public Choice nel quadro culturale americano*, in *Fenomenologia e Società* 1997, n. 3, 142 ss., 142). Per una ricostruzione evolutiva del pensiero della *public choice school* v. M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato*, cit., spec. 362 ss.

²² G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, loc. ult. cit.

²³ G. MAJONE, in A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 132, ma *passim*.

²⁴ K.J. ARROW, *Social Choice and Individual Values*, New York, 1951, trad. it. *Scelte sociali e valori individuali*, a cura di G. Graziola, Milano, 1977.

²⁵ J. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, 1942, trad. it. *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1955; ID., *The Theory of Economic Development*, Harvard-Cambridge, 1934, trad. it. *Teoria dello sviluppo economico*, Firenze, 1977, il quale fondava le proprie argomentazioni – e, per questo, accostato più a Marx che a Keynes – «su considerazioni che non sono di ordine strettamente economico, ma si riferiscono ai mutamenti nella struttura sociale che derivano al capitalismo dal meccanismo stesso della sua evoluzione» (così C. NAPOLEONI, F. RANCHETTI, *Il pensiero economico del Novecento*, cit., 112). Come taluno ricorda, Schumpeter, «ponendosi il problema delle condizioni di successo del metodo democratico», individuava tra queste «l’autocontrollo democratico inteso come un minimo di condivisione e accettazione non solo delle regole fondamentali del metodo democratico ma anche dei valori fondamentali e dei principi strutturali di una determinata società» (così M. CLARICH, *Le autorità indipendenti raccontate agli economisti*, in *Dir. Amm.* 1999, 181 ss., 185). Sull’accostamento della concezione schumpeteriana a quella marxista e sulle implicazioni di tale accostamento v. anche D. HELD, *Models of Democracy*, trad. it. a cura di U. Livini, L. Verzichelli, *Modelli di democrazia*, Bologna, 1997, 255 ss.

poi, il rimando agli studi di Simon, il quale, nello sviluppare la teoria della razionalità limitata come alternativa attuabile all'eccessivo razionalismo della massimizzazione dell'utilità, formulava il postulato della «alternativa soddisfacente» (satisficing), aprendo, così, una linea di pensiero economico più vicina alla nozione di «crescita sostenibile» di matrice comunitaria²⁶ rispetto a quella della «ottimizzazione» Pareto-efficiente²⁷. È il caso, inoltre, di rimarcare l'impegno scientifico di Sen da sempre orientato ad uno studio della politica economica che fosse rispettoso dei principi dell'etica⁽²⁸⁾ e che potesse equilibrare le contrastanti domande di impegno sociale e di conservatorismo finanziario²⁹, superando così alcune delle implicazioni (negative) presupposte da una concezione olistica dell'homo oeconomicus. Così come non si può non segnalare, infine, la corrente di studi della c.d. economia civile incentrata anche sulla ricerca e strutturazione di un «codice democratico del mercato»³⁰

Le interazioni epistemologiche tra diritto ed economia possono, poi, evidenziarsi con maggiore intensità in un'altra corrente di studi meglio nota come law and economics. Essa si è spinta – dapprima con esclusivo riguardo al tema della responsabilità civile, poi interessandosi anche ad altri ambiti giuridici³¹ – sino ad elaborare un approccio al diritto

²⁶ Non è da sottovalutare l'apporto dato da taluni economisti all'affermazione del concetto di “sostenibilità dello sviluppo economico”, poi ripreso, come è noto, a livello comunitario e divenuto principio cardine della resistenza “del sociale” al progresso economico indiscriminato. Per questo genere di considerazioni v., ampiamente, il pensiero di G. GUARINO, (da ultimo espresso in) *Transizione italiana ed Unione Europea tra produttivismo e benessere*, in S. LABRIOLA (a cura di), *La transizione repubblicana. Studi in onore di Giuseppe Cuomo*, Padova, 2000, 65 ss. Tuttavia, sull'ambiguità prescrittiva del concetto di *sviluppo sostenibile* v. A. SEN, J. STIGLITZ, J.P. FITOUSSI, *Mismeasuring our lives. Why GDP doesn't add up* (2010), trad. it. di M. Vegetti, *La misura sbagliata delle nostre vite. Perché il PIL non basta più per valutare benessere e progresso sociale, Rapporto della Commissione per la misurazione della performance economica e del progresso sociale*, Milano, 2013, spec. 111 ss. Di recente, sulla complessa questione, v. D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017.

²⁷ Cfr. H.A. SIMON, *Bounded rationality*, in J. EATWELL, M. MILGATE, P. NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave: a Dictionary of Economics*, vol. I, London, 1987, 221 ss., e ID., *Satisficing*, *ibidem*, 226 ss., ora entrambi in ID., *Scienza economica e comportamento umano*, trad. it. a cura di I. Negri, Torino, 2003, risp. 25 ss. e 32 ss.

²⁸ A.K. SEN, *Etica ed economia*, Roma-Bari, 1988.

²⁹ A.K. SEN, *Impegno sociale e partecipazione: esigenze di equità e vincoli di bilancio*, trad. it. a cura di F. Crespi, Roma-Bari, 1997.

³⁰ Cfr., ad esempio, nella letteratura italiana, S. ZAMAGNI, *Economia ed etica. La crisi e la sfida dell'economia civile*, Intervista di N. Curci, Milano, 2009; ID., *Mercato*, Torino, 2014, ma anche L. BRUNI, *Il prezzo della gratuità*, II ed., Roma, 2008.

³¹ Ad evitare equivoci ricostruttivi, è il caso di sottolineare che l'analisi economica del diritto nasce già ai primi del XX secolo con l'intento «di stabilire il grado di efficienza delle norme con contenuto strettamente economico rispetto allo scopo per cui queste erano state emanate», lì dove, invece, «la nuova analisi economica del diritto, nata agli inizi degli anni '60, si distingue per il fatto di applicare gli strumenti di analisi

che «richiede soltanto di avvicinarsi al problema giuridico con la mentalità – e gli strumenti – dell’economista, offrendo in cambio un promettente bagaglio di opportunità ricognitive». In altri termini, «suggerisce l’idoneità, o no, della regola giuridica a rendere possibile la massimizzazione dell’uso congiunto delle risorse»³². Lo scopo di questo gruppo di giuseconomisti, fondatori della c.d. analisi economica del diritto³³, è di «contrastare l’impostazione secondo la quale il diritto è prima di tutto “politica” (...) ed ottenere un’analisi interpretativa del diritto immediatamente spendibile sul piano pratico (oltre che teorico)»³⁴.

Ad una parte di essa, però, è estranea ogni valutazione etica o sociale, ogni giudizio di valore che non implichi una stretta pertinenza con il canone classico dell’individuazione del rapporto migliore tra mezzo (istituzionale) disponibile e fine istituzionalmente perseguito³⁵. Certo, si potrà sostenere che il giuseconomista «nulla dice di cogente su chi debba subire il sacrificio che consente l’allocazione ottimale»³⁶, ma una siffatta analisi rimarrebbe, comunque, insoddisfacente per un giuspubblicista, aduso a ragionare di “diritti”, “libertà” e “valori”, un po’ più che di efficienza o di massimizzazione³⁷. In fondo

propri delle scienze economiche anche a norme cui, almeno dichiaratamente, scopi di tipo economico sono estranei» (G. CALABRESI, *Il futuro dell’analisi economica del diritto*, in *Sociologia del diritto* 1990, n. 1-2, 47 ss., 47).

³² Cfr. R. PARDOLESI, voce *Analisi economica del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civile*, vol. I, Torino, 1987, 309 ss., 312.

³³ Per una sintetica escursione nell’albero genealogico della analisi economica del diritto al fine di sottolineare la non completa omogeneità dei filoni di studi che ad essa vengono comunemente ricondotti v. F. PULITINI, *Quante analisi economiche del diritto? Riflessioni su Yale e Chicago*, in *Mercato concorrenza regole* 2003, 139 ss.

³⁴ F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all’economia*, I, cit., 14 s. «L’analisi economica del diritto si occupa sostanzialmente di tre problemi distinti ma correlati: 1) esame degli effetti economici delle regole giuridiche; 2) ricerca di regole giuridiche efficienti da un punto di vista economico al fine di raccomandarne l’impiego; 3) spiegazione del perché le regole giuridiche sono quelle che sono» (così F. ROMANI, *Diritto ed economia: la prospettiva di un economista*, in *Sociologia del Diritto* 1990, n. 1-2, 245 ss., 247).

³⁵ Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato*, cit., 437 ss. Si pensi, ad esempio, all’inquadramento, ai fini del calcolo di efficienza di un sistema economico, delle cc.dd. tragic choices fra le quali quelle relative all’allocazione di reni artificiali, al controllo delle nascite, alla partecipazione ad una guerra, ecc. (cfr. G. FERRARINI, «Scelte tragiche». *Nuovi sviluppi della analisi economica del diritto*, in *Pol. Dir.* 1978, 457 ss.). Sui dubbi risultati etici scaturenti dall’applicazione di parametri economici al delicatissimo settore sanitario v., da ultimo, L. CHIEFFI, *I paradossi della medicina contemporanea*, in ID. (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003, 5 ss.

³⁶ Cfr. R. PARDOLESI, voce *Analisi economica del diritto*, cit., 312.

³⁷ Ciò che è largamente contestato dai giuristi, come rileva R.D. COOTER, voce *Diritto ed economia*, in *Enc. Sc. Sociali*, vol. III, Roma, 1993, 98 ss., 101, è «che l’efficienza abbia un ruolo primario rispetto alle altre norme di giustizia o di equità. L’analisi dell’efficienza, in definitiva, è considerata un procedimento influente ma controverso». Per una severa critica ai presupposti e ai corollari principali della tradizionale impostazione teorica dei seguaci della “analisi economica del diritto” v. lo studio di F. DENOZZA, *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in N. LIPARI, I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Roma-Bari, 2000, 217 ss., il quale contesta, infatti, la piena “afferrabilità” scientifica del concetto di efficienza (pp. 223 s.), che sarebbe

«quella economica resta scienza dei mezzi e non dei fini, cioè rimane studio della condotta umana, come relazione tra fini e mezzi limitati, applicabili ad usi alternativi»³⁸.

E che sia proprio il diritto costituzionale l'ambito scientifico maggiormente interessato dalle tensioni sprigionate dalle forze oppostive tra scelta politica e scelta economia è sottolineato anche da avvertita dottrina secondo cui la «questione permanente del rapporto tra diritto ed economia (...) – in questo tempo e in questa parte del mondo – si specifica anzitutto come questione del rapporto tra il diritto costituzionale e l'economia». Nel caso italiano, poi, è ben «visibile la stretta relazione genetica (...) tra regolazione economica e teoria e dommatica della Costituzione»³⁹.

È da segnalare, infine, che a cavallo fra la public choice theory e la law and economics, si è anche formato un filone di studi interdisciplinari identificato – anche se non ancora convenzionalmente – con l'etichetta di “analisi economica del diritto

riempito surrettiziamente da «un contenuto ricavato *aliunde*», consistente nel “benessere dei consumatori”, che, a sua volta, sarebbe impalpabile empiricamente e che, difatti, costringe a supporlo nel comune minimo denominatore della “ricchezza”, la cui «massimizzazione» sconta evidenti limiti soggettivi (pp. 224 ss.). Si può constatare, peraltro, che un altro fronte dottrinale del medesimo movimento di pensiero giuseconomico si discosta significativamente dal primo, preoccupandosi di immettere nella fredda valutazione “positivistica” «considerazioni relative alla “distribuzione” della ricchezza [così da] far optare per una scelta manifestamente inefficiente, ma platealmente più giusta» (R. PARDOLESI, voce *Analisi economica del diritto*, cit., 312) Osserva, infatti, Calabresi – il precursore della corrente più “morbida” della *law and economics* – che uno dei «punti deboli dell'analisi economica del diritto riguarda la situazione iniziale, gli effetti distributivi e la influenza sui valori», ma che ambiziosamente essa potrebbe essere integrata «con la teoria dei punti di partenza, con le teorie filosofiche ed economiche della distribuzione e con lo studio “scientifico” dei valori» (G. CALABRESI, *Il futuro dell'analisi economica del diritto*, cit., 52, 53). L'Autore appena citato può ritenersi uno dei padri fondatori della *law and economics* assieme a Posner, anche se le profonde differenze concernenti il diverso rilievo che i due studiosi (il primo di Yale, il secondo di Chicago) attribuiscono al concetto di efficienza e al ruolo scientifico dei valori costituzionali fanno dubitare taluno che l'etichetta “analisi economica del diritto” possa adeguatamente ricomprendere entrambe le scuole di pensiero delle quali i due studiosi sono capostipiti. Cfr. F. PULITINI, *Quante analisi economiche del diritto?*, cit., 145 ss., il quale, inoltre, ricorda che prima ancora che a Posner, è a Coase che andrebbe ricondotta l'origine del pensiero gius-economico se non fosse che quest'ultimo ha sempre espressamente dichiarato di non aver mai avuto alcuna intenzione di fondare una nuova corrente di pensiero e – meno che mai – di ritenersi (o di voler essere considerato) l'avo, per così dire, dell'analisi economica del diritto (pp. 143 s.). R. PARDOLESI, *Un moderno Minotauro: Law and Economics*, in *Sociologia del diritto* 1990, n. 1-2, 225 ss., 241 s., a conclusione di una disincantata analisi della diffusione e dei «mali» e dei pregi della *law and economics*, richiama l'attenzione «su un profilo passato troppe volte sotto silenzio. L'EAL si presenta come uno studio interdisciplinare di diritto ed economia; per ciò stesso, dovrebbe dare frutti in entrambe le direzioni, a condizione, beninteso, che i cultori dell'una e dell'altra branca sappiano pigiarsi all'esigenza di impossessarsi dei rudimenti dell'altra»

³⁸ Così V. TEOTONICO, *Brevi note sui rapporti tra (studiosi di) diritto e (studiosi di) economia*, cit., 148.

³⁹ Così S. STAIANO, *Notazioni conclusive. Regolazione giuridica ed economia: un problema di diritto costituzionale*, in P. BILANCIA (a cura di), *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, in *Federalismi.it* 2019, n. spec. 5, 269 ss., 272. *Amplius* sul punto, fra gli altri, Q. CAMERLENGO, *Costituzione economia società*, Bari, 2017.

pubblico”⁴⁰, il quale, facendo proprio ciò che era già della scuola di constitutional economics – e cioè «il superamento dell’approccio critico e decostruttivo che aveva caratterizzato gli studi più risalenti della scelta collettiva» – si prefigge l’abbandono di un discorso positivo-descrittivo alla volta di una avance normativo-prescrittiva alle regole di diritto pubblico⁴¹.

Le elaborazioni cui si è fatto sin qui sommario riferimento non sono da considerarsi un’evoluzione cui attribuire un rilievo modesto dal momento che sono capaci di giungere a produrre dati fruibili anche in altri ambiti disciplinari, sulla base dei quali “misurare” il rendimento di organismi istituzionali a seconda del momento politico e delle condizioni in cui essi agiscono; di offrire materiali empirici su cui fondare la eventuale scelta fra soluzioni alternative, economicamente più proficue, politicamente più opportune e rappresentative, cioè, capaci di soddisfare, ad un tempo, sia la constituency economica che quella politica⁴².

Lo studio del rapporto tra diritto ed economia si arricchisce, dunque, di variabili anche giuridicamente percepibili ed influenza l’approccio giuridico all’analisi dei sistemi economici in senso, almeno, quantitativo⁴³. Pure chi si dichiara «culturalmente distante» da una simile visione dei rapporti tra diritto ed economia, ammette che «le prospettive aperte dall’analisi economica del diritto si mostrano interessanti per le “nuove forme di ricchezza”»⁴⁴, sebbene sollevi il dubbio che, accedendo a tale impostazione, in futuro il

⁴⁰ Cfr. M. ABRESCIA, *Le ricerche gius-economiche e la frontiera del diritto costituzionale*, in *Quad. Cost.* 2001, 635 ss., 636, il quale illustra come la neonata disciplina muova i suoi primi passi con l’ambizione di «innestare sull’ormai quarantennale tradizione privatistica di *law and economics* i contributi elaborati all’interno della teoria della scelta collettiva o *public choice theory*». Più di recente, *amplius*, G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009.

⁴¹ Cfr. ancora M. ABRESCIA, *Le ricerche gius-economiche e la frontiera del diritto costituzionale*, cit., 637, 639 s. Per un tentativo di passare dalla teoria alla pratica v., dello stesso Autore, *Governare la differenziazione. L’analisi economica del diritto e il nuovo titolo V della Costituzione*, in *Mercato concorrenza regole* 2003, 9 ss.

⁴² V., per alcuni esempi chiarificatori, G. MAJONE, in A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., 131 ss. Quanto alla bipartizione tra *constituency* economica e *constituency* politica, il riferimento è a T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell’economia*, Bologna, 1997.

⁴³ Nell’affrontare analoghe questioni, S. BARONCELLI, *L’indipendenza del Federal Reserve System. La collocazione istituzionale della Banca centrale nell’ambito delle independent regulatory agencies americane*, EUI, Firenze, 1998, 32, rileva condivisibilmente che non si tratta di applicare la logica economica al diritto, secondo la scia della *law and economics*, ma di utilizzare «concetti, sia teorici che empirici, creati recentemente dalla scienza economica (...) e vederne le implicazioni giuridiche». Per un diverso approccio v. G. DI PLINIO, *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keinesiano*, in *Federalismi.it* 2019, n. spec. 5, 103 ss. Per un’ampia illustrazione degli ambiti tradizionali di applicazione dell’analisi economica del diritto v. A.M. POLINSKY, *Una introduzione all’analisi economica del diritto*, con postfazione di R. Pardolesi, Roma, 1992.

⁴⁴ F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all’economia*, I, cit., 17.

criterio di giustizia potrebbe risolversi «in un'analisi di costi e benefici e, in definitiva, in un calcolo statistico delle convenienze economiche»⁴⁵.

Il timore manifestato non è del tutto infondato, per quanto notevoli differenze culturali, nonché di metodo, si ritiene impedirebbero al giuspubblicista che applica (gli strumenti del)'economia al diritto – ovvero che incentra i suoi studi su tematiche economiche – di raggiungere i medesimi risultati e, quindi, di omologarsi all'economista che utilizza strumenti giuridici – ovvero che pone al centro dei suoi studi il mondo delle istituzioni pubbliche e private. Ciò non toglie, però, che proprio la neutralità degli studi economici – intesa quale assenza di giudizi di valore tanto sui dati di partenza assunti quanto sul prodotto della teoria che da essi muova – impone ai giuspubblicisti lo sforzo di essere particolarmente convincenti, per così dire, nel proporre di ancorare tali analisi al parametro dei valori costituzionali, superando, in tal modo, l'abalienazione in cui la scienza giuridica si è a lungo posta rispetto ad alcuni 'dogmi' della scienza economica⁴⁶.

Questi brevi cenni, ben lungi dal voler ripercorrere compiutamente le tappe degli intrecci o, (forse) meglio, degli incroci dello studio di economia e diritto, sono strumentali a ribadire quanto sia opportuno considerare la prospettiva dell'economista in riferimento al rendimento della collocazione di determinate istituzioni (o dell'utilizzo di determinati strumenti) rispetto al processo evolutivo della costituzione economica materiale, nonché delle concrete politiche economiche generali⁴⁷. Altrimenti detto, «il giurista che si occupa

⁴⁵ Ancora F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia*, I, cit., 20, che, in proposito, cita P. BARCELLONA, *L'egoismo maturo e la follia del capitale*, Torino, 1988, 77.

⁴⁶ Per alcune incisive riflessioni di metodo al quale le presenti note sono ispirate v. A. ZITO, *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus* 1989, n. 1, 219 ss., 229 e 223 s.

⁴⁷ V. quanto esposto sul tema nella riflessione di R. PINI, *Diritto ed economia (percorsi giuridici)*, in *Dir. dell'Econ.* 1989, 399 ss. D'altronde, la dimostrazione che le due aree tematiche, fondendosi in un *unicum* ermeneutico, giungano a esiti meno parziali potrebbe individuarsi nei risultati ottenuti dagli studiosi della c.d. "Scuola di Friburgo", composta di economisti e di giuristi detti "ordoliberalisti", che hanno posto al fondamento della loro analisi la prospettiva di «un ordine economico che sia in grado di conciliare le esigenze del mercato e del sociale, lo sviluppo economico e la democrazia economica, la libertà e l'eguaglianza. In esso, legge di mercato e legge statale convergono, col superamento della tradizionale antitesi Stato-mercato, nel tentativo di costruire un modello di economia di mercato che rappresenti un solido percorso intermedio tra liberismo e socialismo» (P. BILANCIA, *Libertà economica e situazioni giuridiche soggettive*, in A. CATELANI, S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Quaderni della Rassegna parlamentare, n. 5, Milano, 2001, 311 ss., 324 s.). Tale movimento – capovolgendo la radicata convinzione dell'(invece fallace) adeguatezza «di una regolazione dei rapporti tra privati mediata unicamente dal diritto privato» (L. AMMANNATI, *Diritto e mercato. Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di «transaction» di Commons*, in *Dir. Pubbl.* 2003, 113 ss., 132) – arriva, inoltre, alla conclusione che occorra «un assetto legale che garantisca i cittadini contro il formarsi di un potere privato senza freni e contro la collusione tra economia e politica» (G. AMATO, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*, Roma-Bari, 1998, 10).

dei temi classici del “diritto pubblico dell’economia” non può ignorare l’altro termine che descrive la materia giuridica; non può ignorare, cioè, l’economia⁴⁸.

Le motivazioni, però, non sono solo metodologiche. «La tesi della convergenza inevitabile di diritto ed economia, come esigenza essenziale di ogni società, trova un implicito presupposto nella nozione dell’uomo come essere sociale, come homo faber, integrazione e sviluppo dell’antico detto ubi societas ibi ius»⁴⁹. L’inesausto tentativo di razionalizzare i processi economici senza una adeguata coscienza dell’organicità necessaria a tale razionalizzazione ha determinato «l’affermarsi di una cultura extragiuridica che talora ha preso il sopravvento, facendo smarrire al diritto il controllo e, qualche volta, la comprensione di quanto avviene fuori dal suo campo»⁵⁰.

L’impostazione appare tanto più fondata ove si ponga mente alle riflessioni di chi ha avuto modo di osservare che «non è corretto considerare diritto ed economia come due conchiusse unità contrapposte. Vero è, invece, che l’intreccio tra “diritto” ed “economia” è concettualmente più vario (...), che il rapporto tra diritto ed economia va inquadrato nell’ambito del rapporto tra diritto ed extragiuridicità. Pertanto, l’economia contribuisce a determinare l’ambiente nel quale il diritto opera»⁵¹. Diritto ed economia, dunque, sono “mondi” separati nello stesso senso (e, forse, solo nel senso) in cui si può percepire una separatezza tra giuridico ed extragiuridico.

Ma, ritornando a questioni di metodo, ci si deve porre ugualmente il quesito se tale separatezza possa legittimare anche il perpetuarsi di una impostazione di stampo neoclassico concepita in termini di struttura(economia)/sovrastuttura(diritto), sulla quale la scienza giuridica si è in definitiva appiattita, obnubilata dalla pressante esigenza di

⁴⁸ F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all’economia*, I, cit., 23.

⁴⁹ R. PINI, *Diritto ed economia*, cit., 400. «Le relazioni economiche richiedono la presenza di diversi livelli normativi e relative istituzioni capaci di garantire la loro attuazione (...). Norme che riflettono i valori culturali, quali si sono venuti determinando attraverso specifici processi storici, che strutturano le relazioni sociali attraverso una mediazione, mutevole nel tempo e nello spazio, tra esigenze di “efficienza” dell’economia ed esigenze “moralì” della società. L’evoluzione del sistema economico risulta pertanto inevitabilmente condizionata dal quadro istituzionale» (così C. GNESUTTA, *Dinamica economico-sociale e quadro istituzionale*, in V. ATRIPALDI, G. GAROFALO, C. GNESUTTA, P.F. LOTITO (a cura di), *Governi ed economie*, cit., 25 ss., 29).

⁵⁰ Ancora R. PINI, *Diritto ed economia*, cit., 406.

⁵¹ V. ATRIPALDI, *La Costituzione economica tra “patto” e “transizioni”*, cit., 9. Per il concetto di *ambiente* quale presupposto di ogni ordinamento giuridico positivo, in grado di orientare il tipo e la particolare conformazione del medesimo, a meno di non voler determinare un effetto degenerativo delle forme giuridiche, v. D. SCHINDLER, *Diritto costituzionale e struttura sociale* (1932), tr. it. a cura di R. Bifulco, Padova, 1999, 101 ss., e la *Introduzione* di R. BIFULCO, XXVII ss. Più in generale, sul rilievo che assumono “i contesti” – quale elemento di interpretazione estrinseca – nell’analisi degli ordinamenti giuridici v. C. LAVAGNA, *Diritto pubblico*, Torino, 1985, 36 s.

contestare il paradigma dell'intervento solo esterno della dimensione giuridica su quella economica⁵².

Così, ove si parta dall'assunto che «gli economisti hanno nel loro DNA la tendenza a dimostrare la non indispensabilità del sovrano»⁵³, pare compito del giuspubblicista mostrare la non sostenibilità dell'idea che le forze spontanee del mercato siano in grado di garantire un adeguato funzionamento della vita associata, proprio perché la vita associata presuppone “valori” altri rispetto a quello economico. Bisognerebbe evitare, però, di contrapporsi all'assunto ignorando dati empirici capaci di dimostrare che, nonostante le attese o i proponimenti delle politiche pubbliche di welfare, il verso della redistribuzione non è dai più “ricchi” ai più “poveri”, ma, come ampiamente dimostrato anche nel più recente periodo pandemico, dai meno organizzati ai più organizzati fra i quali non è affatto detto (anzi, semmai pare parecchio improbabile) rientrino “categorie di poveri”⁵⁴.

⁵² Osserva L. AMMANNATI, *Diritto e mercato*, cit., 114, 125, 127 e *passim*, come la centralità speculativa del modello economico neoclassico abbia distolto l'attenzione della teoria giuridica dall'elaborare modelli alternativi di analisi che facessero proprio il superamento della separatezza tra dimensione giuridica e dimensione economica, influenzando, invece, la scelta di assumere quale punto di partenza teorico la dimensione orizzontale e soggettivistica delle nozioni di concorrenza e di mercato a detrimento di quella orizzontale e strutturale. I giuristi, a condivisibile avviso dell'Autrice, «incorrono nello stesso errore dell'economia neoclassica: cristallizzano lo schema astratto del contratto, ipotizzando singoli soggetti astratti che tendono a massimizzare nello scambio, in un quadro di reciproca lealtà, le proprie utilità» (pag. 145).

⁵³ F. PULITINI, *Quante analisi economiche del diritto?*, cit., 141.

⁵⁴ Rileva questo dato F. RENNA, *Il contributo della Public Choice nel quadro culturale americano*, cit., 145.