

Diritto e cultura

problemi di etica, politica e teoria dello Stato

semestrale diretto da Vincenzo Atripaldi, Giuseppe Cacciatore, Giuseppe Cantillo, Agostino Carrino, Roberto Racinaro.

In collaborazione con: Dipartimento di Diritto dell'economia dell'Università di Roma «La Sapienza»; Dipartimento di Filosofia dell'Università degli Studi di Napoli «Federico II».

Direzione scientifica:

Karl Acham (Un. di Graz)	Fulvio Lanchester (Un. di Roma «La Sapienza»)
Vincenzo Atripaldi (Un. di Roma «La Sapienza»)	Giuseppe Lissa (Un. di Napoli «Federico II»)
Pietro Barcellona (Un. di Catania)	Giuliano Marini (Un. di Pisa)
Rossella Boritto Oliva (Un. di Napoli «Federico II»)	Eugenio Mazzarella (Un. di Napoli «Federico II»)
Giuseppe Cacciatore (Un. di Napoli «Federico II»)	Roberto Miccù (Un. di Roma «La Sapienza»)
Giuseppe Cantillo (Un. di Napoli «Federico II»)	Stanley L. Paulson (Washington Un. St. Louis)
Agostino Carrino (Un. di Napoli «Federico II»)	Roberto Racinaro (Un. di Salerno)
Raimondo Cubeddu (Un. di Pisa)	Georg Ress (Europa-Institut Un. di Saarbrücken)
Eliás Díaz (Un. Aut. di Madrid)	Eligio Resta (Un. di Napoli «Federico II»)
Giuseppe Di Marco (Un. di Napoli «Federico II»)	Claudio Rossano (Un. di Roma «La Sapienza»)
Vittorio Dini (Un. di Salerno)	Mario Rusciano (Un. di Napoli «Federico II»)
Mario Dogliani (Un. di Torino)	Michel Troper (Un. di Paris X)
Mariapaola Finiani (Un. di Salerno)	Günther Winkler (Un. di Wien)
Hasso Hofmann (Un. di Berlino)	

Direzione: via A. Bertoloni, 47, 00197 Roma (tel. 06/8070543)

e-mail: agocar@mbbox.vol.it

La rivista è pubblicata con il parziale contributo del MURST

Redazione: Dipartimento di Filosofia, Via Porta di Massa, 1, 80133 Napoli, tel. 081/5521719; telefax 081/5520271; Anna Domise

Dipartimento di Diritto dell'economia, Via del Castro Laurenziano, 9, 00161 Roma, tel. 06/49766121; telefax 06/49766908; Marco Benvenuti, Valeria De Santis, Sergio Fiorentino, Milena Galluccio

Amministrazione: Edizioni Scientifiche Italiane, via Chiatamone 7, 80131 Napoli, tel. 081/7645443; telefax 081/7646477

I contributi vanno inviati alla sede della Direzione su supporto elettronico.

Dattiloscritti, libri da recensire - possibilmente in duplice esemplare - pubblicazioni periodiche in cambio vanno spediti esclusivamente a: prof. Agostino Carrino, via A. Bertoloni 47, 00197 Roma.

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 4349 del 12/1/93. Iscritta al Registro Nazionale della Stampa in data 29/7/85 al n. 1635. Spedizione in abbonamento postale art. 2 comma 20/b legge 662/96 filiale di Napoli. Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane.

Periodico esonerato da B.A.M. art. 4, 1° comma, n. 6, D.P.R. 627 del 6-10-78.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - Tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

ARCHIVIO

Economia per il diritto

Diritto per l'economia

3

- *Giuseppe Guarino, Nord e Sud* di Francesco Saverio Nitti. Un saggio del 1900, originale e tuttora attuale 7
- *Claudio Gnesutta, L'«Economia per il diritto»*: alcune riflessioni intorno al libro di Ciocca-Musu 29
- *Roberto Miccù, Lost in translation*: diritto ed economia in alcuni itinerari teorici 83
- *Orlando Roselli, La Facoltà di economia, la Scienza economica, l'«atto economico» e il fenomeno giuridico* 133
- *Vincenzo Atripaldi, La funzione della formazione giuridica nelle Facoltà di Economia* 143
- *Andrea Bucelli, L'insegnamento delle «Istituzioni di diritto privato» nella Facoltà di Economia* 151

SAGGI

- *Giuseppe Guarino, Materiali per un approfondimento sul debito pubblico* 171
- *Massimo Stipo, Cino Vitta: un giurista vittima delle leggi razziali del 1938-1939* 185
- *Mariangela Atripaldi, Risparmio e investimenti socialmente rilevanti nell'ordinamento tedesco: la disciplina della «fünftes Vermögensbildungsgesetz»* 197
- *Giulia Maria Labriola, Diritto di resistenza e dovere di resistenza. Un problema di fonti del diritto* 243

ARTICOLI DI RECENSIONE

- *Cinzia Aloisantoni, Dalla società dell'informazione alla società della conoscenza* 257
- *Gioacchino Amato, La sovranità statale sotto attacco: se non soccombe si fortifica?* 271
- *Bruna Ciampa, Regionalismo e democrazia nel pensiero di Antonio Pigliaru* 287

— <i>Filippo Zatti</i> , Un'occasione per i giuristi di riflettere sul futuro del diritto dell'economia	305
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI (di Agostino Carrino)	315
BIBLIOTECA	333
LIBRI RICEVUTI	353

Un'occasione per i giuristi di riflettere sul futuro del diritto dell'economia

P. Ciocca-I. Musu (a cura di), *Economia per il diritto*, Torino, 2006.

1. Vi è una crescente consapevolezza tra i giuristi della necessità di procedere ad un adeguamento dei metodi della formazione giuridica come risposta alle straordinarie trasformazioni che gli ordinamenti giuridici hanno vissuto, in particolare, negli ultimi decenni per effetto di rilevanti mutamenti sociali, politici ed economici. Vi è chi va oltre ed individua nella crisi dei modelli di formazione «un indicatore della crisi di conoscenza, di comprensione, (finanche direi) di coscienza, dell'evolversi sempre più rapido di questi processi, a cui talora stentiamo a dare una collocazione scientifica»¹. Una tale *limitatezza* è colta, più facilmente, laddove la dinamicità delle trasformazioni sociali è maggiormente evidente come è tipico per la dimensione economica del fenomeno sociale, in particolare, in un sistema economico di mercato. Si tratta di valutare se tale limitatezza si esaurisce *solo* nell'inadeguatezza degli strumenti oggi a disposizione del giurista, nella verifica *concreta* della vetustà degli istituti esistenti, oppure, è un segnale dell'esigenza di innovazione nelle modalità di approccio scientifico nei rapporti tra diritto ed economia. Due autorevoli economisti, Pierluigi Ciocca ed Ignazio Musu, il primo, come noto, già vice direttore generale della Banca d'Italia, il secondo, Professore ordinario di Economia politica nell'Università Ca' Foscari di Venezia si sono posti, intanto, il problema di portare all'attenzione del dibattito scientifico la formazione economica dei giuristi e degli studenti di diritto² con una iniziativa editoriale all'uopo dedicata che vuole distinguersi dai «manuali di introduzione all'economia in circolazione»³. A parere dei Curatori, i manuali di economia in circolazione presentano due limiti rispetto all'utilizzo che ne può fare un giurista: «in primo luogo, seguono un approccio gradualistico; (... in) secondo luogo, (...) presentano la materia economica ispirandosi

¹ V. O. Roselli, *Presentazione della ricerca «Osservatorio sulla formazione giuridica» ed introduzione dei lavori*, in V. Cerulli Irelli, O. Roselli (a cura di), *Unitarietà della scienza giuridica e pluralità dei percorsi formativi*, Napoli, 2006, pp. 27-28.

² Cfr. P. Ciocca, I. Musu (a cura di), *Economia per il diritto*, Torino, 2006 p. 12.

³ *Ibidem*, p. 11.

a una visione teorica, considerata preferibile o prevalente». E, aspetto di rilievo per i Curatori, in tali manuali non si rintraccerebbe la consapevolezza «della rilevanza della dimensione economica nella vita sociale e della presenza di tale dimensione sia nella preparazione sia nell'applicazione della norma giuridica»⁴ nonostante che vi sia «oggi un consenso – diffuso, sebbene mai abbastanza! – sulle opportunità che un approccio economico dischiude al diritto»⁵. Tali affermazioni, in realtà, conferiscono a questa iniziativa editoriale un significato ed una rilevanza che paiono andare oltre l'obiettivo dichiarato della formazione economica dei giuristi. Sembra, infatti, che i Curatori vogliano aprire una breccia nella tradizionale visione del diritto dell'economia, così come è stata sinora concepita nel nostro Paese, frutto, per lo più, dell'elaborazione dei giuristi. Il lettore non nuovo a questi temi può, in effetti, interpretare il Volume come uno strumento per portare all'attenzione degli studiosi del diritto dell'economia quegli approcci definiti, per così dire, di *avanguardia*. Approcci che sembrano orientare il diritto dell'economia «verso direzioni che per certi versi costituiscono un ritorno al passato, ma per altri sono del tutto nuove»⁶ come, ad esempio quella rappresentata, dal movimento scientifico della nuova economia istituzionale (NIE). Una tale impressione sembra essere confermata dall'impianto stesso dell'opera in commento.

2. Dando una rapida scorsa all'indice del Volume in esame ci si accorge, in effetti, che quasi in ogni contributo gli Autori, un gruppo di economisti e giuristi della Banca d'Italia, dedicano particolare attenzione al rapporto tra diritto ed economia, in relazione all'evoluzione del pensiero economico (I. Musu); all'interazione tra le due discipline (S. Cappelletto); ai diritti di proprietà (G. Marano); ai contratti e alla tutela giuridica (G. Palumbo); al ruolo economico della responsabilità giuridica (Alessio M. Paces); all'imprenditore e all'impresa (S. Giacomelli); ai rapporti di lavoro e al mercato del lavoro (P. Casavola); alla concorrenza e al potere di mercato (S. Trento); alla tassazione (S. Zotteri) ed ai lineamenti del diritto tributario (A. Magliocco) e, infine, all'economia aperta (M. Marcucci, M. Roccas). Il Volume è completato, inoltre, dai contributi di P. Ciocca

⁴ *Ibidem*, p. 12.

⁵ *Ibidem*, p. 12.

⁶ V. I. Musu, *Pensiero economico e diritto: più teorie economiche ma terreni comuni*, in P. Ciocca, I. Musu (a cura di), *Economia per il diritto*, cit., p. 46.

⁷ La NIE è un laboratorio interdisciplinare che raggruppa economia, diritto, teoria dell'organizzazione, scienza della politica, sociologia ed antropologia finalizzato alla comprensione della vita delle istituzioni sociali, politiche ed economiche: cosa sono, come nascono, per quali scopi sono costituite, come funzionano, come si modificano nel tempo e come, infine, possano essere riformate. Il linguaggio della NIE è prevalentemente economico: cfr. P.G. Klein, *New Institutional Economics*, in B. Bouckart, G. De Geest (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

(*Come funziona, e non funziona, una economia di mercato*), D. Terlizzese (*Scelte economiche*), I. Visco (*Decisioni di risparmio e di consumo delle famiglie*), M. Bianco e B. Szegö (*Governo e finanza d'impresa*), G. Carriero e R. Violi (*Moneta, banche, mercati finanziari*). Se si sfogliano i contributi uno ad uno non è raro imbattersi in richiami ad istituti e categorie proprie del diritto e, talvolta, anche a riferimenti bibliografici propri della dottrina giuridica. Elementi tutti che contribuiscono ad alimentare una riflessione, più generale, «sui criteri fondamentali in base ai quali impostare una corretta relazione tra diritto e attività economica», e, quindi, sul problema del rapporto tra diritto ed economia nella consapevolezza che «le diverse possibili risposte (...) dipendono dalla visione di teoria economica e dal modo di leggere l'esperienza economica che si scelgono». Come evidenzia Ciocca nel contributo di apertura, nel Volume sono presi in esame quei tratti – individuati come – essenziali di un'economia di mercato capitalistica «nella sua forma storica e nella sua diffusione attuale»¹⁰, e che, in quanto tali, sono «più strettamente connessi con l'ordine giuridico»¹¹. Il diritto, o, più precisamente l'insieme degli istituti giuridici conformi alle variabili economiche di prezzo, mercato ed impresa costituirebbero così quei pilastri sui quali poggierebbe il funzionamento di un'economia di mercato capitalistica. Il ruolo del diritto in una siffatta struttura dell'economia sarebbe allora un ruolo essenziale, irrinunciabile, senza il quale «un'economia di mercato non potrebbe esistere»¹². In particolare, gli istituti giuridici posti a disciplina e regolazione di imprese e mercati, così come definiti dal diritto commerciale, societario, fallimentare, del lavoro, del processo civile e della concorrenza, ne «rappresenterebbero oggi le componenti più importanti, costitutive»¹³ e, allorché tali istituti fossero «inadeguati o incoerenti fra loro, la funzionalità dell'economia e la capacità di generare reddito» ne risentirebbero gravemente¹⁴. Infatti – conclude Ciocca – «diritto ed economia interagiscono fra loro. Vanno analizzati insieme»¹⁵. Anche perché la natura economica dei prezzi, dei mercati e delle imprese nonché di quelle che Ciocca definisce istituzioni – vale a dire la moneta, le banche e il credito – muta nel tempo anche all'interno della struttura di un'economia di mercato capitalistica. Basti osservare, infatti, come, oggi, prezzi, mercati ed imprese costituiscano un insieme integrato¹⁶ e come sia mutata l'*ambiente*¹⁷ in cui si svolge l'attività economica, anche a causa della trasformazione dell'espressione della sovranità sta-

¹⁰ V. I. Musu, *Pensiero economico e diritto*, cit., p. 47.

¹¹ *Ibidem*, p. 47.

¹² V. P. Ciocca, *Come funziona, e non funziona, una economia di mercato*, in P. Ciocca, I. Musu (a cura di), *Economia per il diritto*, cit., p. 20.

¹³ *Ivi*, p. 21.

¹⁴ *Ivi*, p. 26.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ivi*, p. 29.

tale e, per effetto di questa, degli assetti istituzionali e dei rapporti tra ordinamenti¹⁸. La nuova funzione regolatrice dello Stato – che si aggiunge a quella di legislatore e produttore di beni e servizi pubblici – è un esempio di tale trasformazione e allo stesso tempo della necessità di verificare continuamente, in un siffatto sistema, l'adeguatezza dei principali istituti giuridici al mutare delle condizioni e delle esigenze dell'economia. Non solo. L'assolvimento di tale funzione, tuttavia, non esime lo Stato dall'intervenire nell'agone dell'economia: la ricerca dell'efficienza economica non può, infatti, non tener conto dell'equità e lo Stato non solo non deve essere neutrale ma «può interferire, in specie attraverso il diritto, con gli stessi meccanismi di mercato nel corso del loro operare»¹⁹. Ciò, tuttavia, nella consapevolezza dei limiti della propria azione in termini di efficacia del risultato ottenuto. Ne consegue, per l'Autore, la necessità di un ampliamento delle conoscenze sui nessi fra mercato e istituzioni, fra economia e diritto²⁰ nonostante che molto sia già stato scritto sul loro rapporto sia da parte dei giuristi che degli economisti.

3. Le tesi sinora elaborate sia in relazione alle teorie economiche succedutesi nel tempo sia in considerazione della diversa concezione della funzione del diritto come strumento di regolazione dell'agire economico non sono state così soddisfacenti da risolvere la questione. Eppure, la difficoltà del problema non ha scoraggiato dal procedere con l'analisi. Non è un fatto casuale che sin dal XIX secolo, giuristi ed economisti abbiano affrontato l'analisi dei nessi esistenti tra diritto ed economia invece di concentrarsi sulla loro distinzione fenomenologica²¹. Già all'inizio del secolo XIX, come noto, Hegel aveva inquadrato il nesso tra diritto ed economia come un rapporto complementare e Marx, sposando questa teoria, ne aveva, però, limitata la validità al solo sistema economico definito capitalistico. Superando la tesi della complementarità, verso la quale sono state mosse numerose argomentazioni critiche, il dibattito si è poi sviluppato sulla base della teoria dei sistemi ponendo in evidenza come diritto ed economia possano essere entrambi modelli alternativi di regolazione. L'attenzione si è così spostata sulla superiorità tra i due diversi sistemi che ne possono derivare. Ne sono emersi orientamenti a favore dell'uno e dell'altro. Chi ha sposato la tesi della superio-

¹⁷ Si usa il termine "ambiente" nel senso utilizzato da Schindler per definire l'extragiuridico. V. D. Schindler, *Diritto costituzionale e struttura sociale*, a cura di R. Bifulco, Padova, 1999, p. 102: «Ogni tipo e qualsivoglia formazione del diritto positivo, soprattutto ogni tipo di costituzione dello Stato, presuppongono un tipo ed una conformazione particolari dell'ambiente».

¹⁸ V. P. Ciocca, *Come funziona, e non funziona, una economia di mercato*, cit., p. 30.

¹⁹ *Ivi*, p. 41.

²⁰ *Ivi*, p. 44.

²¹ Essendo ritenuti fenomeni opposti dalla tradizione della filosofia del diritto tedesca di questo secolo: v. sul punto K. Seelmann, *Filosofia del diritto* (trad. it. di K. Seelmann, *Rechtsphilosophie*, München, 2005), Napoli, 2006, nota 39 p. 109 e p. 110.

rità del sistema economico ne ha giustificato la scelta fondando la propria convinzione sulla crescente complessità di governo della società e sulla necessità di garantirne lo sviluppo tramite l'economia. Secondo i sostenitori di questa tesi, come noto, le norme giuridiche sarebbero un'intrusione dall'esterno che renderebbe insicure le altre istituzioni al punto da far preferire la scelta della deregolamentazione. Conseguenza di questa concezione del diritto può essere una società in cui vi sia meno Stato e più iniziativa imprenditoriale oppure una decentralizzazione dei processi decisionali. Chi, invece, sostiene la preminenza del modello di gestione giuridico, affida al diritto il compito di mitigare quegli aspetti dell'economia orientata alle leggi di mercato considerabili negative – come, ad esempio, la sperequazione della distribuzione del reddito – attraverso la creazione dello Stato sociale. In questo schema dicotomico, si innesta l'analisi con la quale Musu ricostruisce l'evoluzione del ruolo del diritto nell'economia comparandola con le varie fasi del pensiero economico. Tale ricostruzione storica costituisce un tentativo – originale nel metodo – di verificare indirettamente la tenuta logica di schemi preconcepiti delineanti su basi *ideologiche* il nesso tra diritto ed economia. Ideologie che sono evidentemente legate alla concezione del sistema economico adottata di volta in volta dai giuristi. E, anche, dal loro livello di conoscenza del fenomeno economico. Se si muove da queste premesse, è allora verosimile la tesi che diritto ed economia procedano in modo sincronico²² o, ancora, che al diritto spetti una funzione meramente organizzativa della forma esteriore del sistema economico in virtù della quale l'ordine economico riceve l'impronta della volontà umana²³. Un simile approccio, tuttavia, sottintende, come si è in precedenza già osservato, la subordinazione del ruolo dell'un fenomeno rispetto all'altro²⁴. Quando, invece, proprio dall'analisi storica dei due fenomeni si evince la dinamicità del rapporto; il loro carattere peculiare; la dipendenza dell'uno dall'altro. Gli stessi Curatori, nel concludere la Prefazione al Volume, ricordano le parole di Capograssi, definendo fondamentale «l'intuizione che i due aspetti dell'azione non si possono identificare né confondere, ma che c'è tra l'uno e l'altro, tra fenomeno economico e realtà giuridica una intrinseca connessione, l'uno è fatto per l'altra»²⁵. Vi è, insomma, un'interazione tra i

²² Cfr. V. Atripaldi, *L'insegnamento del diritto nella Facoltà di Economia*, in *Aa.Vv.*, *Per una riflessione della didattica del diritto (con particolare riferimento al diritto pubblico)*, a cura di V. Cerulli Irelli, O. Roselli, Milano, p. 385, nota 4 che cita T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico, i problemi giuridici*, Milano, 1959, pp. 41 e ss.

²³ Cfr. V. Atripaldi, *L'insegnamento del diritto nella Facoltà di Economia*, cit., p. 385, nota 5 che cita L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, Padova, 1965, III, pp. 1077 e ss.

²⁴ Cfr. V. Atripaldi, *L'insegnamento del diritto nella Facoltà di Economia*, cit., p. 385, nota 7 che cita G. Guarino, *Il diritto amministrativo e i compiti dei giuristi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1970, p. 292.

²⁵ V. G. Capograssi, *Pensieri vari su economia e diritto (1940)*, ried. Lanciano, 2004, p. 55.

due fenomeni per cui il diritto conforma le caratteristiche dell'economia e le caratteristiche dell'economia condizionano il diritto (Musu)²⁶. Secondo questa tesi il diritto diventa una componente strutturale del sistema economico come, talaltro, già era stato riconosciuto da Mengoni²⁷. Si torna, quindi, alla conclusione che Ciocca postula nel suo saggio iniziale con la consapevolezza, però, che il bilanciamento tra ruolo del diritto e dell'economia è storicamente variabile. Talvolta sono le esigenze dell'economia a dominare il diritto, talaltro il ruolo dominante è svolto dal diritto e forte è la presenza dello Stato nell'economia. Ciò avviene, rispettivamente, quando i rapporti tra diritto ed economia sono prospettati in termini di pura causalità logica oppure in termini finalistici²⁸. Rispondere a domande sul tipo di rapporto esistente tra diritto ed economia all'epoca del mercantilismo; su quali fossero gli effetti nell'economia classica di una concezione dell'economia come diritto naturale; sulla possibilità per il diritto di essere uno strumento di regolazione in un'economia mista secondo la teoria economica neoclassica; e, infine, sulle ragioni del ritorno ad una prevalenza del mercato²⁹, come fa Musu nel suo contributo, è per il giurista l'occasione per riflettere non solo sul rapporto tra diritto ed economia ma anche sulle origini scientifiche di questa "quasi disciplina giuridica" e sulle sue più recenti evoluzioni.

4. Si pensi, innanzitutto, a quali siano le origini "geografiche", ambientali, della *law and economics*³⁰ ed a quale sia la concezione del diritto dell'economia proveniente dalla sponda non europea dell'Oceano Atlantico³¹. Qui, diritto ed economia non sono stati mai considerati fenomeni opposti o complementari. Anzi, è piuttosto diffusa l'idea che via sia un legame talmente stretto tra i due fenomeni da ritenere che non vi siano conflitti tra le finalità dei due ambiti. Tale visione del rapporto tra diritto ed economia è riconducibile, in particolare, al movimento che nasce negli Stati Uniti alla fine degli anni cinquanta e che trova diffusione nella comunità dei giuristi a partire degli anni '70 anche per il contributo degli scritti di Posner³². Secondo questa concezione del rapporto tra diritto ed economia è possibile applicare al fenomeno giuridico principi applicabili

²⁶ V. I. Musu, *Pensiero economico e diritto*, cit., p. 46.

²⁷ Cfr. L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, cit., pp. 1083 e ss.

²⁸ 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 economia - La transizione istituzionale nella XII Legislatura*, Padova, 1998, p. 8.

²⁹ Stimolato dalla teoria economica della scuola austriaca e, specialmente, da Von Hayeck.

³⁰ Che taluno, in realtà, fa risalire ad Adam Smith per i lavori sugli effetti economici della legislazione e a Jeremy Bentham per la teoria della legislazione e dell'utilitarismo.

³¹ Per una ricostruzione si v. J. Backhaus, *The Elgar Companion to Law and Economics*, Edward Elgar, 2003.

³² Si v., per un approfondimento, F. Parisi, *Positive, normative and functional schools in law and economics*, in *European Journal of Law and Economics*, vol. 18, n. 3, 2004.

al sistema economico di mercato. Come in economia, infatti, si usa fare una ponderazione dei costi e dei benefici, per ragioni di profitto, così anche il diritto dovrebbe intraprendere queste ponderazioni per ragioni di giustizia. Il rapporto tra diritto ed economia è, in questo ambito, un rapporto direzionale in cui il diritto deve essere analizzato ed elaborato secondo le regole utilizzate nel campo economico secondo il criterio dell'allocazione di efficienza, verificando, cioè, se attraverso la relativa regolazione, considerata dal punto di vista della società nel suo insieme, vengono dissipate o meno le risorse. Il diritto dell'economia, come diritto che plasma o è plasmato dai principi economici, si trasforma così in un'analisi economica del diritto, ultima frontiera di studio, ma solo dal punto di vista temporale, del nesso tra diritto ed economia.

5. L'analisi economica del diritto è ormai oggetto di insegnamento anche nelle Università del nostro Paese, *contesa* tra giuristi ed economisti politici. Come ricorda Capiello nel suo contributo, l'analisi economica viene utilizzata nell'analisi giuridica o per valutare gli effetti che le regole hanno sul comportamento degli individui (ed è definita, in questo caso, "descrittiva" o "positiva") o, viceversa, per valutare le regole che in un determinato contesto risultino più efficienti (e, in questo secondo caso, è definita come "prescrittiva" o "normativa" o "orientata alla decisione politica")³³. Capiello si sofferma sulle obiezioni e le perplessità che sono state mosse ad entrambe le prospettive "economiche" di studio dell'ordinamento giuridico concentrando la sua analisi, in particolare, sull'approccio "normativo" per il problema del contemperamento dell'efficienza con l'equità. Secondo l'Autore gli ordinamenti di *civil law*, a differenza di quelli di *common law*, non avrebbero «storicamente conosciuto la necessità di interrogarsi sulla ragion d'essere delle norme (...) provenienti "dall'alto" dell'autorità statale»³⁴. Nei Paesi a *civil law*, ciò avrebbe avuto come effetto una maggiore resistenza all'introduzione dell'interdisciplinarietà nella riflessione giuridica. Testimonianza ne è, al di là di distinzioni storiche, politiche, sociali ed economiche, lo sviluppo nel nostro Paese di un diritto dell'economia più "pubblicistico" che "privatistico"; più focalizzato, quindi, sull'intervento dello Stato nell'economia piuttosto che sul rapporto tra mercato e Stato. Dall'esame della storia del diritto "pubblico" dell'economia nel nostro Paese, non può sfuggire la difficoltà con la quale la dottrina amministrativistica degli anni trenta del XX secolo - si pensi a Giannini - ha posto al centro dei propri studi il rapporto tra diritto ed economia³⁵. Ed anche la diffi-

³³ Cfr. S. Capiello, *L'interazione tra economia e diritto*, in P. Ciocca, I. Musu (a cura di), *Economia per il diritto*, cit., p. 74. A titolo di completezza, si segnala che recentemente è nata una terza scuola dell'analisi economica del diritto, vale a dire, la scuola "funzionalista". Per un approfondimento si rinvia a F. Parisi, *Positive, normative and functional schools in law and economics*, op.cit.

³⁴ V. S. Capiello, *L'interazione tra economia e diritto*, cit., p. 81.

³⁵ Cfr. B. Sordì, *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 28, 1999, II, p. 1039 e ss.

coltà che ha avuto un diritto come il diritto pubblico dell'economia a vedersi riconosciuta dignità scientifica; ed un concetto come quello di Costituzione economica ad essere condiviso dalla dottrina in termini omogenei³⁶. Probabilmente, se non fosse stato per i cambiamenti indotti nel sistema economico dall'adesione del nostro Paese al processo di integrazione europea, non si sarebbe avvertita l'esigenza di tornare sull'esegesi del rapporto tra diritto ed economia nei modi e nei termini che il Volume in commento propone³⁷. Il dibattito, verosimilmente, si sarebbe fermato alla ragion d'essere del diritto pubblico dell'economia quando, invece, le trasformazioni economiche e sociali realizzatesi nell'ultimo quindicennio, anche per effetto dell'innovazione tecnologica, richiedono un ripensamento degli assetti istituzionali consolidati. All'esito di tali mutamenti, il giurista dovrebbe interrogarsi non solo sull'adeguatezza ma anche sulla *compatibilità* delle scelte compiute in nome dell'efficienza del sistema economico. Altrimenti, il suo ruolo si limiterebbe a quello di mero "notaio" della teoria economica di volta in volta dominante quando, invece, è principalmente al diritto che è affidato il compito di "regolare" l'azione economica proprio attraverso quelle istituzioni che esso stesso ha contribuito, direttamente o meno, a plasmare. La consapevolezza, da un lato, che la maggior parte dei mutamenti istituzionali è causata da fattori non economici, e la verifica empirica, dall'altro, dei "limiti" sinora mostrati dalla scienza economica nel coglierne le ragioni e nel prevederne gli effetti, pone l'esigenza di andare oltre quello che è lo studio *separato* dei fenomeni sociali, in modo da non lasciare sulle spalle della *sola* scienza economica un ruolo epistemologico. Non manca chi come Guarino, autorevolmente, coglie questi aspetti e sulla scia di quanto accade oltreoceano si chiede, come giurista, se non vi sia spazio per una scienza – la *teoria delle istituzioni*³⁸ – distinta sia dal diritto che dall'economia ma

³⁶ Su questi passaggi si rinvia a C. Marzuoli, *Brevi note in tema di vecchi e nuovi problemi del diritto pubblico dell'economia* (introduzione alla Tavola rotonda in occasione della presentazione del Volume di M. A. Cabiddu, *Modernizzazione del Paese. Politiche opere servizi pubblici*, Milano, 2005), testo dattiloscritto, Roma, 8 maggio 2006.

³⁷ Si pensi al recente fiorire di manuali (e non solo) inquadrabili nel settore del diritto pubblico dell'economia, tra i quali: S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2006; M. Giusti, *Fondamenti di diritto dell'economia*, Padova, 2005; R. Capunzo, *Argomenti di diritto pubblici dell'economia*, Milano, 2005; E. Cardi, *Mercati e istituzioni in Italia*, Torino, 2005; E. Graziani, *Il mercato tra diritto economia e politica*, Torino, 2005; F. Cocozza, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, 2003; G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003; M.A. Cabiddu, P. De Carli, *Sussidio e materiali di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2002; G. Ghetti, *Lineamenti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2001; G. Morbidelli, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001; A. Carullo, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1999; G. Di Plinio, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998.

³⁸ V. G. Guarino, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, p. 424. Alla teoria delle istituzioni «spetterebbe di chiarire i meccanismi di base che regolano il dinamismo (delle istituzioni, n.d.a.) o, comunque, lo condizionano, con cerchi sempre più ampi di osservazione che

anche dalla politica, dalla sociologia, dalla filosofia, dalla conoscenza del progresso tecnico, ecc. Una teoria nuova che consenta di individuare, tra gli altri, «i riflessi reciproci dei fattori non economici, tra gli stessi e tra questi ed i fattori economici» così da permettere una migliore comprensione, di quanto non sia avvenuto sino ad oggi, degli effetti che scelte economiche e soluzioni giuridiche possano avere sulle istituzioni.

Certamente, tali effetti possono variare in funzione dell'estensione delle libertà economiche definite dall'ordinamento e dei diritti sociali da esso garantiti. Si tratta di stabilire, allora, se il ruolo del diritto debba essere totalmente o parzialmente sacrificato in nome del progresso economico ammesso e non concesso che l'ordinamento giuridico costituisca un fattore immateriale così rilevante a tal fine. Ed anche quando la risposta fosse positiva, il giurista non potrebbe non disinteressarsi degli effetti prodotti sul tessuto sociale e democratico di un Paese dalla ricerca dell'efficienza economica. Come sottolinea Guarino con riferimento al processo di integrazione economica e di unificazione monetaria avvenuto in Europa, «in un regime che si qualifica come mercato, nel quale persone, merci ed imprese possono muoversi liberamente, il sistema abbandona il principio della neutralità»³⁹ per lasciar posto a quello dell'omogeneizzazione costituzionale⁴⁰ «con effetti di divaricazione che rifluiscono su tutti gli elementi dello Stato, imprese, organizzazioni non governative, cittadini»⁴¹. E il giurista non può trascurare l'impatto di tali divaricazioni sul sistema costituzionale anche in termini di compatibilità di esso con il sistema di economia solidale di mercato disegnato dai Trattati comunitari⁴².

6. Oggi più che mai, il giurista che si occupa di economia, o di temi ad essa attinenti, è tenuto a conoscere il funzionamento del sistema economico che è oggetto dei propri studi⁴³. La sua formazione economica diventa, quindi, irrinunciabile. Si tratta, semmai, di individuarne i contenuti nella consapevolezza che i

dai singoli tipi di istituzione risalgano fino alla comprensione della rete delle istituzioni nella sua inscindibile integrazione mondiale».

³⁹ V. G. Guarino, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, cit., p. 423.

⁴⁰ Concetto qui usato nel senso proposto da Vincenzo Atripaldi in V. Atripaldi, R. Miccù (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, 2003.

⁴¹ *Ibidem*, p. 423.

⁴² Si questi aspetti si v. R. Bifulco, *Costituzioni pluralistiche ed economia*, in V. Atripaldi, G. Garofalo, C. Gnesutta, P. F. Lotito, *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, cit., pp. 525 e ss.; P. F. Lotito, *Costituzione ed integrazione monetaria: i riflessi sulla forma di Stato, sul sistema delle fonti e sulla forma di governo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, pp. 769 e ss.

⁴³ Si cfr. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1912; T. Ascarelli, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in Id., *Saggi giuridici*, 1949.

ruoli del giurista e dell'economista non sono tuttavia sovrapponibili. Dovere primario del giurista rimane quello di attenersi alla legge, alla sua interpretazione e allo studio della sua applicazione⁴⁴. La necessità della formazione economica del giurista deriva allora dall'essere comune l'oggetto di studio: le istituzioni. Nello studio delle istituzioni la teoria economica è uno strumento essenziale non fosse per il solo fatto di essere usata «ad indagare sugli aspetti quantitativi dei fenomeni e sui rapporti socialmente rilevanti di causa ed effetto (...)». Le analisi disaggregate di teoria economica (...), anche se insufficienti per ottenere un quadro completo e definitivo degli andamenti economici nel loro insieme, costituiscono un materiale indispensabile (...), un contributo che per la sua precisione, per il carattere puntuale delle analisi e per la sua ampiezza non potrà essere eguagliato da nessuna disciplina⁴⁵. I contributi che seguono ai saggi di Ciocca, Musu e Cappelletto prendono in esame il funzionamento di un'economia di mercato capitalistica analizzando i mercati ed i soggetti che vi operano. Una tale scelta è giustificata dalla natura e dagli obiettivi del Volume: un manuale di introduzione alla scienza economica – soprattutto per studenti di diritto – ed uno strumento che consenta anche al lettore non economista, ma dotato di sensibilità giuridica, di comprendere la complessità della vita economica reale⁴⁶. L'intento è senz'altro encomiabile se mira a creare le condizioni per una collaborazione più stretta tra le scienze economica e giuridica⁴⁷. Tuttavia, la scelta operata dai Curatori di utilizzare a tale scopo un approccio di tipo interdisciplinare racchiude in sé il limite dell'assenza di un confronto tra studiosi di discipline diverse, vale a dire di un laboratorio multidisciplinare di giuristi ed economisti che insieme studino dati e fatti dell'economia, atti e fatti del diritto⁴⁸. Si badi, però, che non deve essere il solito confronto fra studiosi di diverse scienze sociali ma un lavoro analitico impostato congiuntamente⁴⁹. Probabilmente, i Curatori non hanno ritenuto necessario, ai fini dell'economia del lavoro in commento, di coinvolgere su uno stesso argomento sia gli economisti che i giuristi. Tuttavia, sarebbe auspicabile che alcuni dei temi trattati venissero affrontati anche in chiave giuridica, non solo al fine di estendere l'analisi dall'economico al giuridico-istituzionale, ma anche per andare oltre il dilemma di *shakespeariana* memoria: un'economia per il diritto o un diritto per l'economia? Agli economisti ed ai giuristi l'ardua risposta.

⁴⁴ Cfr. G. Guarino, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, cit., p. 421.

⁴⁵ V. G. Guarino, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, cit., p. 426.

⁴⁶ Cfr. V. P. Ciocca, I. Musu (a cura di), *Economia per il diritto*, cit., p. 13.

⁴⁷ Cfr. P. Ciocca, *Un diritto per l'economia?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 2002, nota 10, p. 896.

⁴⁸ V. G. Guarino, *Il diritto amministrativo e i compiti dei giuristi*, cit., p. 999.

⁴⁹ V. N. Acocella, *Recensione a V. Atripaldi, G. Garofalo, C. Gnesutta, P. F. Lotito, Governi ed economia*, in *Studi e Note di Economia*, 3, 1999, p. 227.