

D

Dipartimento

S

Scienze

E

Economiche

Note di Lavoro

Università
Ca' Foscari
Venezia

Dipartimento
di Scienze
Economiche

Ignazio Musu

Pensiero economico
e diritto: più teorie
economiche, ma
terreni comuni



Pensiero economico e diritto: più teorie economiche, ma terreni comuni.

Ignazio Musu

Università Ca' Foscari di Venezia

Abstract

In questo lavoro si mostra come l'evoluzione delle teorie economiche abbia influenzato il diritto privato per l'economia. Mentre la teoria economica classica ispira una visione del diritto dell'economia come diritto naturale, il cui compito è lasciare che i rapporti economici naturali emergano spontaneamente nella società garantendo il libero svolgersi del mercato, la teoria economica neoclassica diventa di fatto il fondamento di una impostazione positiva del diritto adatto a regolare una economia mista. Gli sviluppi recenti della teoria economica danno nuovamente spazio ad un diritto dell'economia decisamente orientato al libero mercato; un contributo importante alla ripresa di un diritto dell'economia di mercato è dato dalla teoria economica austriaca, specialmente da Hayek. Nella parte finale del lavoro i recenti sviluppi della teoria economica vengono utilizzati per discutere le implicazioni del rapporto tra efficienza e giustizia per il diritto dell'economia.

Il saggio verrà pubblicato sul volume *Economia per il diritto. Saggi introduttivi*, a cura di Pierluigi Ciocca e Ignazio Musu, Bollati Torino.

Parole chiave

Economia, pensiero economico, diritto.

Codici JEL

B1, B2, K10.

Ignazio Musu
Dipartimento di Scienze Economiche
Università Ca' Foscari di Venezia
Cannaregio 873, Fondamenta S.Giobbe
30121 Venezia-Italia
Telefono: (+39)041 2349151
Fax: (+39)041-2349176
e-mail: musu@unive.it

Le Note di Lavoro sono pubblicate a cura del Dipartimento di Scienze Economiche dell'Università di Venezia. I lavori riflettono esclusivamente le opinioni degli autori e non impegnano la responsabilità del Dipartimento. Le Note di Lavoro vogliono promuovere la circolazione di studi ancora preliminari e incompleti, per suscitare commenti critici e suggerimenti. Si richiede di tener conto della natura provvisoria dei lavori per eventuali citazioni e per ogni altro uso.

Il ruolo del diritto nell'economia: un problema sempre aperto.

Nessuna economia può funzionare senza adeguati istituti giuridici: gli istituti giuridici conformano le caratteristiche dell'economia; ma anche le caratteristiche dell'economia condizionano gli istituti giuridici. L'interdipendenza tra economia e diritto condiziona il corretto modo di rapportare tra loro le due discipline. Nella storia ci sono stati periodi in cui le esigenze dell'economia hanno dominato il diritto e altri periodi in cui è accaduto l'opposto. In generale, i periodi nei quali l'economia ha svolto un ruolo egemone sono stati quelli in cui si è verificata una prevalenza delle forze della libera iniziativa economica e del mercato, mentre i periodi nei quali il ruolo dominante è stato svolto dal diritto sono stati quelli in cui più forte è stata la presenza dello stato in economia.

Questa constatazione non deve portare alla conclusione che lo svolgersi della libera iniziativa economica e del mercato non richiedano un quadro giuridico. Il punto è che il diritto è diverso in una economia in cui prevale il mercato, in una economia mista, e in una economia di comando o di tipo statalista. In questi anni, dopo un lungo periodo in cui, almeno in Europa, il diritto dell'economia è stato essenzialmente un diritto per una economia mista, siamo entrati in una fase in cui l'autonomia dell'economia e il prevalere del mercato spingono il diritto dell'economia verso direzioni che per certi versi costituiscono un ritorno al passato, ma per altri sono del tutto nuove.

E' dunque importante che un giurista o uno studente di diritto che si accosta all'economia abbia consapevolezza dell'evoluzione storica del rapporto tra diritto e analisi economica. In questo scritto cercheremo di ripercorre brevemente tale evoluzione, avendo in mente due obiettivi. Il primo è di avvertire il lettore - e dare un minimo di documentazione - del fatto che pensiero economico e pensiero giuridico si sono sempre interrogati, e si

interrogano oggi, su quali debbano essere i criteri fondamentali in base ai quali debba essere impostata una corretta relazione tra diritto e attività economica. Il secondo è di mostrare che il problema del rapporto tra diritto e economia è tuttora aperto, e che le diverse risposte che possono essere date a tale problema dipendono dalla visione di teoria economica e dal modo di leggere l'esperienza economica nei quali ci si colloca.

Il rapporto tra diritto e economia prima dell'economia classica.

Il diritto romano. La tradizione giuridica del mondo occidentale si basa ampiamente sull'eredità del diritto romano. Nel campo economico il diritto romano si afferma soprattutto con l'espansione dell'impero, e con il connesso sviluppo dei rapporti commerciali tra popoli diversi. La fonte del diritto romano non è l'imperatore; il diritto romano è principalmente consuetudinario, il risultato di un lungo processo evolutivo. E' il frutto della elaborazione di vari giuristi di professione, in periodi diversi, che si proponevano di derivare le regole giuridiche necessarie perché la società potesse funzionare bene. D'altra parte la società poteva accettare queste regole perché le percepiva come necessarie al proprio funzionamento. Solo in una fase successiva il diritto viene codificato dall'autorità imperiale. La codificazione del diritto romano non è dunque fonte primaria del diritto stesso, ma ne è semplice sistemazione.

Cicerone nel *De Republica* (II,1-2) fa dire a Catone che il sistema politico romano si era rivelato superiore rispetto a quelli degli altri paesi perché questi ultimi erano stati creati con leggi e istituzioni espressi da singoli individui (come Minosse a Creta e Licurgo a Sparta), mentre lo stato romano era stata fondato da un susseguirsi di generazioni: "Non c'è mai stato nel mondo un uomo così intelligente da prevedere qualsiasi evento e, anche se potessimo concentrare tutti i cervelli nella testa di uno stesso uomo, sarebbe per lui impossibile tenere a mente ogni cosa nello stesso

tempo, senza avere accumulato l'esperienza pratica che si acquisisce con il trascorrere di un lungo periodo storico.” (Cicerone)

In economia il diritto romano si presenta come un sistema di regole generali da applicare in una società nella quale la proprietà e il commercio sono riconosciuti come elementi permanenti e necessari allo svolgimento della vita sociale. Per questo motivo il diritto romano dell'economia dà ampio spazio ai diritti di proprietà privata e alla garanzia della libertà di contrattazione.

Le regole del diritto romano corrispondono alla *natura* dei rapporti tra gli uomini nel senso che sono regole necessarie per rendere possibili la vita sociale e la sua continuazione. E' in questo senso che nel diritto romano le regole del diritto possono essere considerate come regole di “diritto naturale”. Ma, secondo il diritto romano, compito del diritto non è inventare le regole, ma piuttosto scoprirle e organizzarle secondo le esigenze di una buona vita della società che può continuare nel tempo. Questo significa che in qualche modo queste regole pre-esistono al diritto, il cui compito è in ultima analisi quello di renderle esplicite.

Il pensiero scolastico e lo ius mercatorum. L'idea di diritto naturale si conserva nel pensiero scolastico medievale. Questo continua a considerare il diritto naturale come un insieme di norme, precedente e superiore al potere di qualunque governo terrestre. Ma questa superiorità nella filosofia scolastica si rafforza perché “naturale” viene considerato come il prodotto della “retta ragione”, che aiuta a scoprire la “vera natura” delle cose. Ciò che è giusto nelle relazioni sociali, e quindi anche in quelle economiche, deve corrispondere alla “vera natura” di tali relazioni e in questo senso è al tempo stesso naturale e razionale.

La vita economica potrebbe ovviamente svolgersi secondo modalità diverse dalle regole “naturali” derivanti dalla “retta ragione”; potrebbe pertanto

accadere che il diritto codifichi queste modalità in regole errate di funzionamento dell'economia e della società. Ma nel pensiero scolastico questa possibilità non implica che le norme "giuste" per la vita sociale vengano imposte da una qualche entità esterna deputata ad individuarle. La "retta ragione" sta infatti dentro ciascuna persona, inscrittavi dal suo Creatore; ognuno deve scoprirla in sé e assumere comportamenti coerenti in ogni fase della vita sociale, compresa quella economica. Se nella società ogni persona segue le regole della retta ragione, queste regole emergeranno dalla evoluzione storica come norme di diritto naturale.

Nel pensiero scolastico il bene comune non è considerato come qualcosa di immutabile. San Tommaso, ad esempio, sosteneva che la definizione di bene comune deve adattarsi alle "necessità e convenienze sociali". In questa prospettiva il diritto naturale diventa un complesso di regole, sempre in armonia con i dettami della retta ragione, ma che si conformano alla necessità e alla convenienza sociale: un complesso di regole che possono modificarsi a seconda del momento storico.

Vediamo così come l'evoluzione storica impone al diritto un adeguamento alle nuove forme economiche richieste ed espresse dallo svilupparsi della società mercantile. In particolare emerge la preoccupazione di proteggere la nascente classe commerciale dalle pratiche oppressive del principe feudale. Nel Medioevo il passaggio dalla società feudale alla società comunale determina una nuova organizzazione economica e sociale. Essa porta con sé una trasformazione del diritto dell'economia. Questo, per la prima volta, si manifesta non solo come un diritto fatto *per* i mercanti, ma come un diritto *dei* mercanti in quanto espresso direttamente *dai* mercanti (*ius mercatorum*). Questo diritto trova la sua fonte negli statuti delle corporazioni, nelle consuetudini, e nella giurisprudenza delle forme associative mercantili. Rispetto al diritto romano l'accento si sposta dai diritti di proprietà al contratto, cioè al meccanismo per lo scambio dei diritti di proprietà, con

l'esplicito e prioritario scopo di realizzare la promozione dei traffici commerciali.

Il mercantilismo. Nel passaggio dal Medioevo all'età moderna lo sviluppo di una classe di produttori-mercanti, interessati all'espansione del proprio mercato, si accompagna al superamento della forma comunale e a una evoluzione verso quella che sarà poi la forma definitiva degli stati nazionali. Gli stati nazionali, proteggendo il mercante-produttore, cercano non solo di sviluppare il commercio, ma anche di crearsi fonti di reddito per sostenere le spese del sovrano. La protezione e il monopolio, come esiti di un intervento dello Stato nella vita economica, diventano la forma naturale per questa fase della vita economica. Si entra nel periodo che gli storici delle idee economiche chiamano "mercantilismo".

Il diritto dell'economia subisce in questa fase una significativa trasformazione *da diritto naturale a diritto positivo*, e diventa esplicitamente diritto costruito dallo Stato. Il sovrano diventa ora una autorità esterna alla società, fonte del diritto e garante del bene comune della società stessa. Il bene comune non è più derivato dalle regole naturali dello svolgimento dei rapporti sociali, bensì è esso stesso stabilito dalla volontà del sovrano. Inserita in una struttura politica statale che fa della protezione e dello sviluppo dei commerci uno dei suoi principali obiettivi, la classe mercantile e manifatturiera perde la capacità di essere la fonte di elaborazione del diritto dell'economia. Il diritto commerciale diviene un diritto nazionale, costituito da leggi fatte dai responsabili del governo della nazione.

Naturalmente il diritto dello stato mercantilista non si pone in conflitto con le forze economiche, anzi mira alla loro espansione; quindi esso è, come afferma Eric Roll, "una creatura non meno che un temporaneo signore delle forze economiche". Il diritto mercantilista dell'economia si pone l'obiettivo di far sì che l'evoluzione del processo economico liberi ulteriori forze

economiche. Ma, come ben ebbe a notare Adam Smith, la protezione prevale sull'incentivo, sullo stimolo all'innovazione. In questo senso, il diritto mercantilista dell'economia pone le premesse per la propria crisi. I nuovi produttori, la borghesia, sentono il peso crescente di una regolamentazione che pure si presenta come protettiva nei loro riguardi, e non riescono più a svolgere la funzione economica che proprio il diritto intendeva promuovere.

Ordine economico naturale e diritto: l'economia classica.

La fisiocrazia. Il superamento del mercantilismo avviene con un recupero del concetto di diritto naturale, a scapito del diritto positivo imposto dal sovrano. Questo recupero è esplicito nel secolo diciottesimo presso i cosiddetti "fisiocratici", i quali riaffermano la visione degli scolastici secondo la quale la società umana è governata da leggi naturali che non potranno mai essere modificate dalle leggi positive dell'ordinamento statale.

Queste leggi, stabilite secondo i fisiocratici dalla Provvidenza per il bene dell'umanità, sono così evidenti che basta un minimo di attenzione per riconoscerle. Esse sono basate sul rispetto del diritto di proprietà, dell'iniziativa dei produttori, del libero scambio. In nome di questi principi i fisiocratici si oppongono alle misure mercantilistiche sulla base del principio, divenuto poi famoso, del "*laissez faire, laissez passer*". I principi filosofici del pensiero fisiocratico, il principio dell'interesse individuale e quello della libertà di perseguirlo in modo compatibile con la libertà altrui, sono i principi base dell'ordine naturale; nell'ordine naturale dell'economia l'individuo prevale sullo Stato.

L'economia classica e l'ordine naturale di mercato. I fisiocratici applicano le loro idee prevalentemente all'agricoltura. La loro visione è fatta propria all'inizio del diciannovesimo secolo dagli economisti classici, e soprattutto

da Adam Smith, che la estende alla nascente rivoluzione industriale. Nell'economia classica il passaggio dall'interesse individuale al bene comune avviene attraverso il riconoscimento di un meccanismo economico, anch'esso "naturale", consistente nel normale svolgersi di scambi volontari in mercati caratterizzati dalla concorrenza. Nella visione degli economisti classici sono "naturali" sia l'impulso proveniente dall'interesse individuale sia l'istituzione del mercato in quanto meccanismo in grado di ricondurre l'interesse individuale al bene comune attraverso la divisione del lavoro sulla base dei vantaggi comparati di ognuno e lo scambio.

Le forze naturali della tendenza innata allo scambio, della divisione del lavoro, della competizione, lasciate libere di esprimersi nella storia, danno luogo a un "ordine naturale", capace di armonizzare l'interesse individuale e il bene comune, nonostante le motivazioni egoistiche che possono (non necessariamente debbono) stare alla base dell'interesse individuale. Questo avviene secondo un processo dinamico in cui ciascun produttore cerca di ottenere il prezzo più alto consentito dalla disponibilità a spendere dei consumatori, ma la concorrenza tra i produttori permette ai consumatori di scegliere i beni al prezzo più basso possibile. Le risorse disponibili si spostano dai settori produttivi nei quali le opportunità di profitto sono minori a quelli nei quali tali opportunità sono maggiori, consentendo in tal modo alla ricchezza delle nazioni di accrescersi e alle economie di svilupparsi.

Il processo di concorrenza descritto dagli economisti classici dischiude le migliori opportunità agli imprenditori, e al tempo stesso impedisce loro di imporre prezzi troppo elevati e di ottenere profitti abnormi. Questo processo va lasciato libero di svilupparsi. Ne consegue che lo Stato non deve più essere, come nell'era mercantilista, la fonte di privilegi che impediscono all'economia di muoversi verso l'ordine naturale di mercato.

E' immediata la conseguenza di questa visione sul ruolo del diritto nell'economia. Si determina infatti uno stretto collegamento tra economia classica e gius-naturalismo. Sono "naturali" i diritti che devono essere preservati e lasciati agire nella configurazione naturale dell'economia: il diritto di proprietà, dell'iniziativa economica, dello scambio volontario. Essi esistono in natura e devono semplicemente essere "trovati" e sistemati dalla organizzazione giuridica. Si ritorna fondamentalmente sia alla visione del diritto romano sia a quella dello "ius mercatorum".

Diritto comune e diritto civile. L'ovvia realizzazione giuridica del messaggio dell'economia classica è un "diritto comune" (common law): un diritto per la comunità che va riconosciuto scrutando, sulla base dell'esperienza, come rendere le relazioni economiche in armonia con le tendenze verso l'ordine naturale. Nella "common law" il ruolo di "trovare" il diritto pre-esistente alla legislazione è assegnato soprattutto al giudice, a cui spetta di rinvenire i criteri di naturalità della organizzazione economica e farli applicare nei contratti.

Questa evoluzione è seguita dal diritto in Gran Bretagna e poi negli Stati Uniti, non dal diritto civile dell'economia nell'Europa continentale. Nel diritto civile europeo si accettano i principi dell'ordine naturale economico alla base del sistema fisiocratico prima, e dell'economia classica poi. Ma l'operazione di "codificazione", che nella vita economica traduce i principi dell'organizzazione naturale, è la legge dello Stato: la fonte del diritto sta nella legislazione, lasciando al giudice solo uno spazio di interpretazione. Il codice non è mera sistemazione, come nel diritto romano, ma è esso stesso fonte del diritto in quanto emanato dallo Stato.

Fin dai codici napoleonici il diritto dell'ordine economico naturale non è rinnegato, ma si afferma con forza che l'ordine naturale e le condizioni per realizzarlo devono essere espresse nel diritto che emana dallo Stato. L'esigenza che il diritto segua le regole dell'organizzazione naturale

dell'economia si traduce inizialmente nella separazione della codificazione commerciale da quella civile in generale. Successivamente, con lo sviluppo di un diritto per una economia mista nella quale al mercato si affianca, con un ruolo sempre più importante, lo Stato, finiranno per prevalere in alcuni paesi europei, compresa l'Italia, le ragioni non favorevoli al mantenimento di una codificazione separata.

Lo sviluppo di un diritto per una economia mista.

La crisi dell'ordine di mercato e il marxismo. Nel corso del secolo diciannovesimo emergono i problemi e le contraddizioni aperti dalla rivoluzione industriale: forti diseguaglianze, condizioni di lavoro inaccettabili specialmente per i bambini e le donne, ricorrenti crisi economiche. La contrapposizione tra classi sociali si radicalizza. Emerge un dissenso sociale sempre più forte. L'ottimismo della visione classica sull'ordine naturale di mercato è messo in discussione.

Ai problemi dell'economia "capitalistica" reagisce Marx, il quale esprime una critica radicale all'economia politica classica, accusata di aver colpevolmente distorto l'analisi scientifica del funzionamento delle economie capitalistiche – che pure aveva impostato - creando illusioni ingiustificate e inaccettabili sulle virtù del sistema di mercato. Marx dichiara che il capitalismo è fonte di sfruttamento, di alienazione dei lavoratori, di crisi economiche ricorrenti. Non c'è nessun interesse in Marx e nel marxismo per un diritto che contribuisca a correggere le distorsioni del capitalismo. Il capitalismo è incorreggibile e va sostituito con un altro sistema economico, il sistema comunista, il cui diritto sarà radicalmente diverso da quello ispirato ai principi della libertà di scambio. Il marxismo diventa teoria economica alternativa e il diritto destinato a regolare il sistema economico alternativo che emergerà dalla crisi finale del capitalismo sarà anch'esso un diritto radicalmente alternativo.

L'economia neoclassica e l'intervento pubblico nell'economia. La teoria economica tradizionale affronta invece il problema delle distorsioni del capitalismo o sottovalutandole o creando una visione che oggi chiameremmo “riformista”, cioè proponendosi di correggerle. Nella seconda parte del secolo diciannovesimo il pensiero economico è dominato dalla impostazione teorica “neoclassica”.

La preoccupazione maggiore dell'economia neoclassica è stata di costruire una vera e propria scienza economica, che potesse confrontarsi con le scienze naturali; per far questo, gli economisti neoclassici hanno ripreso gli strumenti della meccanica razionale, concependo il sistema dei mercati essenzialmente come un sistema di forze meccaniche, e preoccupandosi delle caratteristiche e dei fattori che portano all'equilibrio generale di tali forze.

Questo modo di affrontare il sistema economico è tuttavia essenzialmente statico: la preoccupazione principale è sull'equilibrio, ossia sul punto di arrivo dell'interazione tra le forze economiche, piuttosto che sul processo che caratterizza tale interazione. L'approccio è dunque molto diverso da quello dinamico degli economisti classici.

Per gli economisti classici la concorrenza è un processo dinamico, mentre per gli economisti neoclassici essa è una caratterizzazione della struttura del mercato in un certo momento. Gli economisti neoclassici definiscono la concorrenza perfetta come un sistema nel quale gli operatori economici sono talmente numerosi che alla fine devono accettare il prezzo imposto dal mercato. Se gli operatori interagiscono in condizioni di concorrenza perfetta, l'equilibrio generale di tale interazione ha una caratteristica di efficienza sociale che lo rende di particolare interesse: esso rende massimo il benessere sociale, nel senso che rende massima l'utilità di ognuno senza che nessun altro veda diminuire la propria utilità. L'equilibrio economico

generale con concorrenza perfetta dell'economia neoclassica appare quindi un risultato ideale al quale ogni sistema economico dovrebbe tendere.

L'attenzione degli economisti neoclassici si concentra sulle - numerose e stringenti - condizioni richieste per realizzare questo risultato ideale. Proprio perché queste condizioni sono numerose e stringenti diventa quasi naturale per i rigorosi economisti neoclassici dubitare che esse si realizzino spontaneamente, come invece accade per l'ordine economico naturale degli economisti classici. Emerge allora nell'economia neoclassica quasi in modo naturale l'urgenza di un intervento correttivo dello Stato nell'economia. Molti economisti neoclassici, quando si rendono conto di quanto lontane siano le caratteristiche dell'esperienza economica concreta dal modello ideale dell'equilibrio economico generale con concorrenza perfetta, concludono che il sistema di mercato va regolato o addirittura corretto con un intervento dello stato per raggiungere il risultato ideale.

Queste caratteristiche dell'economia neoclassica si rivelano determinanti per spiegare il rapporto tra diritto ed economia che si sviluppa in Europa nei secoli diciannovesimo e ventesimo. Il diritto dell'economia va infatti trasformandosi gradualmente da un diritto che garantisce lo svolgimento dell'ordine naturale di mercato, a un diritto considerato come uno strumento per portare l'economia a soddisfare obiettivi di benessere sociale determinati in ultima analisi dallo Stato.

Utilitarismo, ruolo dello stato e diritto dell'economia. Per valutare come intervenire per sopperire alle carenze del mercato, gli economisti neoclassici fanno riferimento a una particolare versione dell'utilitarismo. Essa trova espressione soprattutto nel pensiero di Jeremy Bentham, secondo cui spetta allo Stato "calcolare" il benessere sociale (che non è altro che la somma delle "utilità" individuali) e garantirlo.

L'approccio utilitarista di Bentham è molto diverso da quello, sempre utilitarista, che caratterizza il pensiero dei fisiocratici e dagli economisti classici. Questi ultimi infatti fanno riferimento a John Locke e pongono al centro la libertà individuale, che costruisce in modo spontaneo l'ordine della società; questa libertà individuale può trovare un limite nell'intervento dello Stato, ma solo al fine di preservarla per tutti. In questa visione il bene comune emerge come risultato della interazione volontaria tra individui; il diritto sarà essenzialmente un diritto naturale, un insieme di regole risultanti dall'esercizio della libertà al fine di ordinare una società libera, come è nella natura stessa delle persone e della società che da queste persone è costituita.

L'utilitarismo che ispira la visione di Bentham deriva invece da Thomas Hobbes, secondo il quale gli individui liberamente decidono di sottomettersi allo Stato (il Leviatano) nella convinzione che l'autorità dello Stato sia l'unico modo per sottrarsi a una conflittualità distruttiva mossa dagli egoismi personali. La visione hobbesiana esplicitamente consente che le regole giuridiche sacrifichino l'interesse individuale allo Stato, al quale è concesso il privilegio di stabilire il benessere sociale e come raggiungerlo; in questa visione il diritto è un diritto positivo, imposto dal sovrano per il bene comune.

L'utilitarismo di Bentham contiene in sé, tuttavia, un antidoto alla prevaricazione incondizionata dello Stato sull'individuo. Il benessere della società si ottiene garantendo la massima felicità possibile per il massimo numero possibile di persone. Si identifica così un metodo in qualche modo "oggettivo" per garantire il passaggio dall'interesse individuale al bene comune che rispetta le scelte individuali. Bentham cerca in questo modo di sottrarre la definizione del bene comune all'arbitrarietà, impedendo che questa stessa definizione arrivi a ignorare l'interesse individuale.

Ma ciò di cui si tenta di tener conto è l'interesse individuale, non la libertà della persona in quanto tale: non importa tanto che la persona possa

scegliere liberamente, quanto che possa esprimere il proprio interesse del quale lo Stato benevolente dovrà cercare di darsi carico. Il ricorso alle utilità individuali serve solo alla definizione del bene comune; una volta che tale determinazione sia avvenuta, l'utilitarismo di Bentham non impedisce che lo Stato arrivi a imporre con leggi le modalità attraverso le quali l'organizzazione economica ricerca l'obiettivo sociale.

Diritto e intervento antimonopolio. L'intervento pubblico nell'economia si è manifestato in due modi: come intervento che tende a stimolare i mercati perché funzionino meglio e come intervento per correggere gli effetti negativi delle distorsioni nel funzionamento dei mercati. Ad esempio, in presenza di forme di mercato non concorrenziali, l'intervento pubblico può proporsi di garantire le condizioni per il massimo avvicinamento possibile alla concorrenza, oppure può accettare l'esistenza della imperfezione di mercato e preoccuparsi solo di correggerne le conseguenze negative, magari con una gestione pubblica delle imprese monopolistiche.

La prima forma di regolamentazione è alla base della nascita del diritto *antitrust*. L'impostazione che ha caratterizzato il diritto *antitrust* inizialmente è stata di valutare la concorrenza esistente su un mercato sulla base del numero di produttori presenti e sul peso di ciascun produttore. In quest'ottica, aumentare la concorrenza vuole semplicemente dire aumentare il numero di imprese presenti in un mercato ed evitare che il peso di una impresa sia eccessivo, ossia configuri una "posizione dominante". In questa visione, che ha dominato negli Stati Uniti per tutti gli anni sessanta del secolo scorso, la fusione tra imprese viene giudicata aprioristicamente in modo negativo in quanto porta a una riduzione del numero delle imprese sul mercato e a un aumento del loro potere di mercato; non viene dato peso ai possibili vantaggi sociali della fusione dovuti alla maggiore efficienza produttiva per effetto dell'ampliamento della scala di produzione.

La seconda forma di regolamentazione, e in particolare l'intervento pubblico diretto nella gestione delle imprese, si giustifica nel caso dei cosiddetti "monopoli naturali", che riguardano produzioni caratterizzate da elevati costi fissi o dal fatto che i costi per unità di prodotto diminuiscono al crescere della produzione. In questi casi quanto più grande è l'impresa, tanto minori sono i costi per unità di prodotto e quindi tanto maggiore è l'efficienza economica della produzione. Avere più imprese che producono lo stesso prodotto per avere maggiore concorrenza significherebbe allora avere anche costi unitari maggiori, e minore efficienza. Si giustifica quindi la concentrazione della produzione in un'unica impresa.

La gestione pubblica dell'impresa in monopolio naturale mira a evitare che essa applichi prezzi troppo elevati e produca una quantità troppo bassa rispetto alle esigenze dei consumatori. E' questa la visione che nel secolo scorso ha ispirato le "nazionalizzazioni", non solo da parte di governi di ispirazione socialista, ma anche da parte di governi che si dichiaravano liberali. In Italia ciò accadde nell'età giolittiana con la nazionalizzazione delle ferrovie. La gestione diretta non è però l'unica possibilità. La regolamentazione può avvenire anche in forma indiretta, ad esempio richiedendo all'impresa che non punti alla massimizzazione del profitto, ma alla semplice copertura dei costi.

Diritto dell'economia, esternalità e beni pubblici. Tra le imperfezioni di mercato che hanno avuto grande importanza nel determinare una evoluzione verso un diritto che ha ammesso e regolamentato interventi pubblici nell'economia, dobbiamo ricordare i fenomeni delle esternalità e quello correlato dei beni pubblici, ai quali è stato fatto cenno nel capitolo precedente.

L'esempio forse più importante di esternalità è rappresentato dai costi ambientali. I costi ambientali non sono registrati come tali da chi li produce (sono stati definiti già nel capitolo precedente come esternalità negative)

perché sono di difficile o impossibile imputazione: è difficile, se non impossibile, definire un diritto di proprietà privata (che è per sua natura esclusivo) sull'aria che respiriamo, così da permettere che chi danneggia la qualità dell'aria paghi la vittima per il danno prodotto, e sia così incentivato a ridurre l'inquinamento.

Il miglioramento della qualità dell'aria è un tipico esempio di bene pubblico: una volta che il miglioramento della qualità dell'aria è stato ottenuto, una persona ne può godere senza impedire che altre persone ne godano (non esclusività) e senza che ciò ne riduca la disponibilità per il beneficio di altre persone (non rivalità). Ma queste caratteristiche significano che ciascuna persona può pensare di godere del miglioramento della qualità dell'aria senza contribuire al pagamento dei costi necessari per ottenerlo. Tutti possono godere di una migliore qualità dell'aria (che può essere stato molto costoso ottenere), anche se non pagano. C'è quindi un forte incentivo a far pagare il costo agli altri. Ma in questo modo si rischia di non coprire il costo di produzione e quindi di far venire meno la convenienza di operatori che stanno sul mercato a impegnarsi per ottenere un miglioramento della qualità dell'aria.

L'esempio dell'ambiente può essere esteso alla produzione di altri beni pubblici, come la difesa nazionale, l'ordine pubblico, lo stesso sistema giudiziario. Una appropriata legislazione è necessaria perché il mercato tenga conto dei costi sociali legati alle esternalità negative e per garantire una produzione adeguata di beni pubblici. Nel secolo scorso questa legislazione si è sviluppata prevedendo una forte presenza regolativa e gestionale diretta dello Stato. Lo Stato è intervenuto per ridurre i costi ambientali gestendo direttamente le risorse dell'ambiente e imponendo ai loro utilizzatori vincoli amministrativi, non sempre efficienti sotto il profilo economico. E' lo Stato che gestisce direttamente la difesa nazionale, l'ordine pubblico, il sistema giudiziario. Lo Stato è inoltre intervenuto gestendo direttamente la produzione non solo dei beni pubblici in senso

proprio, ma anche di servizi, quali l'istruzione, la sanità, la sicurezza sociale, che sono stati chiamati "pubblici", ma che non hanno intrinsecamente tale natura. La legislazione di inquadramento e supporto alla regolazione delle esternalità e alla produzione e gestione dei beni pubblici ha costituito un ulteriore passo verso un diritto civile dell'economia mista.

Crisi economiche e diritto dell'economia mista. Nel corso del ventesimo secolo la teoria economica ha dovuto affrontare più volte il problema delle crisi economiche, delle quali la più importante e drammatica è stata quella degli anni Trenta. In quel periodo a molti economisti apparve evidente la difficoltà dei meccanismi di mercato nel risolvere in modo adeguato e sufficientemente rapido crisi di grave entità che si manifestavano con cadute non previste e consistenti della domanda aggregata, soprattutto degli investimenti.

Come si è visto nel capitolo precedente, la critica decisa alla teoria economica tradizionale del grande economista inglese John Maynard Keynes ha portato a interventi pubblici di sostegno alla domanda effettiva che hanno assunto in molti casi, soprattutto in paesi europei, la forma di interventi diretti dello Stato nella gestione degli investimenti e delle attività economiche.

Alle nazionalizzazioni giustificate con l'esistenza di monopoli naturali si è aggiunto quindi un crescente intervento pubblico diretto nella gestione di imprese e banche per salvataggi nelle situazioni di crisi e per evitare cadute repentine e generali degli investimenti e dell'occupazione. Da queste tendenze è derivata nel secolo scorso la forte spinta a un diritto volto a regolare una economia mista caratterizzata da una forte presenza diretta dello Stato nell'economia.

Un esempio in questa direzione è rappresentato dalla evoluzione della legislazione economica italiana. Dagli anni Venti e poi nel periodo 1931-33 si costituiscono società a partecipazione statale come modo per reagire alla crisi economica e con l'esplicito intento di sostenere la domanda e l'occupazione. Nel Codice civile del 1942 (art.2201) vengono definiti gli "enti pubblici economici", creati dallo Stato, e aventi come oggetto esclusivo o principale una attività commerciale. Allo Stato che agisce nel settore economico non viene applicato il diritto pubblico, ma il diritto privato; un diritto privato per gli enti pubblici che però è fortemente condizionato dal vincolo che questi devono muoversi in vista di un interesse generale esplicito. La conseguenza è una vera e propria messa in secondo piano del ruolo del diritto privato dell'economia come strumento per la promozione degli scambi volontari e del mercato concorrenziale.

Sviluppi recenti: ritorno al mercato e diritto dell'economia.

Verso una riduzione dell'intervento pubblico in economia. In seguito al crollo delle economie pianificate dei paesi ex-comunisti, alle crescenti difficoltà nella finanza pubblica e ai problemi di efficienza nell'azione pubblica che hanno caratterizzato le economie miste negli ultimi anni si è ritornati a dare grande valore al libero scambio, al mercato e alla concorrenza, e si è ridotta la fiducia nelle capacità correttive dell'intervento pubblico. Nell'Europa continentale, a cominciare dall'Inghilterra, si sono avviati programmi di privatizzazione e di liberalizzazione dei mercati, successivamente introdotti e perseguiti con convinzione e intensità diversa negli altri paesi.

Anche nella teoria economica, che pure continua a essere dominata dall'impostazione neoclassica, si fa strada un atteggiamento positivo nei confronti del mercato e della concorrenza, che guarda a queste realtà in modo più complesso rispetto a quello del modello dell'equilibrio economico

generale, con maggiore attenzione agli aspetti dinamici. Si guarda anche con un atteggiamento di maggiore complessità al rapporto tra mercato e intervento pubblico di quanto non appaia dallo schema dell'economia neoclassica tradizionale.

Sul piano dell'organizzazione pratica dei rapporti tra mercato e intervento pubblico aumentano gli economisti i quali sostengono che la responsabilità pubblica andrebbe limitata solo ai beni pubblici in senso stretto. Essa non dovrebbe riguardare settori quali la sanità, l'istruzione superiore e la sicurezza sociale, e dovrebbe manifestarsi con interventi indiretti, attraverso incentivi che stimolino l'iniziativa volontaria di singoli e di gruppi della società civile, secondo il principio di sussidiarietà.

Recenti sviluppi della teoria economica spingono anche verso una riduzione di un ruolo diretto dell'intervento pubblico di fronte alle esternalità. Le difficoltà incontrate nel regolare le esternalità negative ambientali anche nella forma dell'incentivo di prezzo (tassando ad esempio le attività e i beni inquinanti) induce molti economisti a rivalutare il ruolo del mercato. L'educazione e l'informazione ambientale vanno sviluppate in modo che i consumatori e i cittadini stessi premino le imprese che si comportano in modo più favorevole nei confronti dell'ambiente.

La recente teoria macroeconomica ritiene che il controllo della domanda nei periodi di difficoltà congiunturale debba sempre meno manifestarsi con una azione diretta dello Stato, e debba sempre più far leva sulla riduzione delle rigidità dei mercati che impediscono il buon funzionamento della concorrenza, e su strumenti di incentivo alle imprese, come modificazioni delle aliquote fiscali.

L'implicazione per il diritto di queste recenti tendenze è il sostanziale abbandono della prevalenza del diritto per una economia mista e una sempre più chiara affermazione di un diritto per una economia di mercato.

Globalizzazione e nuova “lex mercatoria”. La globalizzazione economica e finanziaria ha dato una forte spinta verso un diritto privato dell’economia volto a rispondere alle esigenze degli scambi internazionali, sia commerciali sia finanziari. Per molti aspetti questa evoluzione recente, che alcuni hanno voluto denominare non a caso “nuova lex mercatoria”, ripete il processo che ha portato alla nascita del diritto dei mercanti medievali.

Essa è caratterizzata da un ruolo preminente del contratto, che tende a prendere il posto della legge in molti settori della vita economica. Il contratto, tradizionalmente considerato come applicazione del diritto, ne diventa fonte, in un contesto nel quale la società civile tende sempre più ad auto-organizzarsi sulla base di negozi giuridici volontari. Il diritto si propone inoltre di rispondere alle esigenze di una economia nella quale le forme contrattuali si armonizzano su scala sovranazionale, in modo da garantire una circolazione internazionale di modelli contrattuali uniformi.

Il nuovo diritto dell’economia punta direttamente all’efficienza economica. In particolare chiede regole efficienti per lo svolgimento del processo economico. La nuova “lex mercatoria”, sollecitata dalla globalizzazione, chiede regole giuridiche volte a far sì che le attività economiche e gli scambi commerciali si svolgano con successo e possano persistere e svilupparsi a beneficio di tutti.

L’analisi economica del diritto. L’evoluzione verso un diritto dell’economia di mercato è sostenuta anche dalla “analisi economica del diritto”, una corrente di pensiero che propone di *valutare le regole giuridiche rispetto alla loro capacità di garantire l’efficienza economica*.

Secondo l’analisi economica del diritto, il criterio di valutazione delle norme giuridiche è in primo luogo quello del miglioramento del benessere sociale inteso come differenza tra i benefici di chi guadagna dalla norma e i

costi di chi dalla norma perde. Se questa differenza è positiva, i vincitori possono compensare i perdenti e mantenere un beneficio netto; si determina quindi un beneficio netto per tutti i membri della società. In secondo luogo l'analisi economica del diritto valuta le regole giuridiche sulla base della loro capacità di promuovere comportamenti che permettano di meglio raggiungere tale risultato. E' in particolare su questo terreno che l'analisi economica del diritto ha recentemente contribuito alla valorizzazione del contratto, preoccupandosi che i termini del contratto siano formulati in modo da stimolare comportamenti efficienti.

La rivalutazione della concorrenza: mercati contendibili e scuola di Chicago. La valorizzazione di un diritto per una economia di mercato deriva anche da recenti sviluppi nella riflessione economica che sottolineano gli aspetti *dinamici* della concorrenza.

Uno di questi sviluppi è la riscoperta e la forte valorizzazione del ruolo della libera entrata in un mercato. Anche se in un mercato vi fosse un solo produttore, questo mercato può essere "contendibile" nel senso che in esso possono entrare altri produttori e indurre così il monopolista a comportamenti più efficienti. L'implicazione di ciò per il diritto *antitrust* è immediatamente evidente: nel mercato può rimanere anche per molto tempo un solo produttore purchè le ragioni per le quali è da solo siano la sua capacità di far meglio degli altri, non il potere di impedire agli altri di entrare e di far meglio di lui.

Un altro importante sviluppo è stato quello della "scuola di Chicago". Esso ha messo in luce come non sempre vi sia contraddizione tra ampliamento della dimensione dell'impresa e mantenimento della concorrenza nel mercato. Per la scuola di Chicago le imprese si sviluppano in una realtà nella quale la specializzazione e lo scambio comportano dei costi, che sono stati chiamati "costi di transazione". Le imprese come organizzazioni si affermano proprio perchè la loro esistenza produce vantaggi superiori a tali

costi: l'esistenza di costi di transazione può rendere preferibile coordinare più agenti economici elementari in un processo produttivo complesso, centralizzato all'interno di una impresa. Per ridurre i costi di transazione le imprese tendono naturalmente a ingrandirsi. Il diritto *antitrust* non deve quindi assumere un atteggiamento pregiudizialmente negativo di fronte alle grandi imprese e ad accordi e legami contrattuali di lungo periodo tra imprese, perché grandi dimensioni e accordi possono essere giustificati proprio con motivi di efficienza.

La scuola austriaca e il problema della natura delle regole giuridiche per l'economia.

L'impossibilità per lo Stato di definire il benessere sociale. La maggiore attenzione alla concorrenza e al mercato nell'affrontare il problema del ruolo delle regole giuridiche per l'economia ha riportato alla ribalta il pensiero della cosiddetta "scuola austriaca". L'idea centrale proposta da questa scuola, che ha il suo più autorevole rappresentante nell'economista e filosofo austriaco Frederick von Hayek, vincitore del premio Nobel per l'economia nel 1974, è di fatto un ritorno all'impostazione del diritto romano e al concetto di diritto naturale. La visione della scuola austriaca è che le regole giuridiche devono semplicemente costituire un quadro generale di riferimento affinché l'ordine naturale di mercato si sviluppi spontaneamente, senza che vi sia bisogno di una entità esterna quale lo Stato a indicare gli obiettivi di benessere sociale.

Questa entità esterna entrerebbe inevitabilmente in conflitto con il libero funzionamento di una economia in grado di garantire l'ordine naturale di mercato. Non è possibile per alcuna entità esterna (come lo Stato) avere la conoscenza di tutti i fatti sulla base dei quali si dovrebbe calcolare il benessere sociale, e poi scrivere le norme giuridiche per garantirlo (si ricordi la citazione di Cicerone all'inizio di questo capitolo). Si

richiederebbe l'esistenza di una singola mente che conoscesse una quantità di fatti in realtà noti e diffusi soltanto fra l'insieme degli individui; ma ciò non è possibile, per cui la maggior parte degli effetti conseguenti l'adozione di un dato insieme di norme non sono prevedibili.

Con argomentazioni di questo tipo Hayek e l'altro economista austriaco Ludwig von Mises avevano sostenuto l'impossibilità che la pianificazione centralizzata nelle economie socialiste potesse avere successo. La realtà aveva dato loro ragione, e oggi queste stesse argomentazioni vengono usate per criticare l'eccessiva invadenza e l'inefficienza dell'intervento pubblico nell'economia.

Il processo dinamico della concorrenza. La scuola austriaca sottolinea le virtù dinamiche della concorrenza. La concorrenza è strettamente associata alla funzione imprenditoriale; senza concorrenza la stessa funzione imprenditoriale non potrebbe svolgersi. La concorrenza si manifesta come incentivo a far meglio degli altri: ciò impone uno sforzo per utilizzare una conoscenza dispersa e non nota o per scoprire nuova conoscenza.

Questa visione della concorrenza come processo dinamico è ben più complessa e ricca della visione statica della concorrenza perfetta della tradizionale teoria neoclassica. Secondo quest'ultima, caratteristica della concorrenza perfetta è l'assenza di profitti che non siano la semplice remunerazione della funzione imprenditoriale. Questo modo di vedere la concorrenza è quanto meno parziale perché si concentra solo sul momento conclusivo del processo dinamico concorrenziale, che è un processo di scoperta. In questa visione dinamica è del tutto naturale che l'imprenditore il quale scopre e utilizza per primo nuovi metodi di produzione goda di un sovra-profitto sugli altri imprenditori. L'importante è che il sovra-profitto sia temporaneo, e che non si impedisca a chi sa fare ancora meglio di eliminare i vantaggi di chi aveva fatto bene in precedenza.

Secondo Schumpeter, altro grande rappresentante della scuola austriaca, la concorrenza è al tempo stesso un processo di scoperta di squilibri attraverso l'innovazione e di superamento di tali squilibri attraverso la diffusione dell'innovazione stessa. E' nella fase della diffusione dell'innovazione che entrano in gioco le forze che tendono ad eliminare i sovraprofiti dell'imprenditore-innovatore.

La peculiarità della scuola austriaca. La scuola austriaca si discosta dalla teoria economica neoclassica perché nega ogni possibilità di “calcolare” il benessere sociale e quindi nega la definizione stessa di efficienza come impiego delle risorse che massimizza tale benessere sociale.

Non sorprende che la teoria economica neoclassica abbia costituito un punto di riferimento per un diritto dell'economia mista. E' naturale per l'economia neoclassica che, in presenza di una incapacità del mercato di arrivare all'efficienza come massimizzazione del benessere sociale, a questa carenza provveda lo Stato. Lo Stato può “calcolare” il benessere sociale. Può pertanto indicare o addirittura imporre come raggiungerlo.

Sotto questo profilo, l'impostazione della scuola austriaca si discosta anche da quella dell'analisi economica del diritto. Quest'ultima ripone molta fiducia nelle possibilità di “calcolare” i vari benefici e costi sociali al fine di suggerire al legislatore o al giudice come formulare o applicare le leggi per raggiungere l'efficienza. Tale fiducia è totalmente estranea alla scuola austriaca, secondo la quale gli effetti di un dato insieme di norme non sono prevedibili.

Per la scuola austriaca il diritto della concorrenza dovrebbe preoccuparsi meno della tutela della concorrenza misurata sulla base del numero delle imprese e sul loro potere di mercato in un certo momento, e di più della promozione simultanea della concorrenza e della innovazione nel processo dinamico dello sviluppo economico. Più in generale il diritto dell'economia

deve limitarsi a dare delle regole generali di riferimento il cui scopo è quello di garantire che il processo economico si sviluppi liberamente secondo il suo ordine “naturale”. Si riprende in tal modo l’idea di un diritto naturale come contrapposto a diritto positivo. Diritto naturale indica l’emergere delle regole sulla base di un processo evolutivo della libera esperienza sociale che impara in qualche modo ad autoregolarsi. Diritto positivo è qualcosa di imposto da una autorità esterna, anche se legittimata, alla quale si demanda il compito di definire il bene della società e le modalità, garantite dalle leggi, con cui perseguirlo.

Scopo delle regole del diritto “naturale” dell’economia è favorire l’evoluzione spontanea del processo economico, promuovendo l’iniziativa imprenditoriale, la concorrenza e per questa via lo sviluppo economico, limitando i poteri e quindi garantendo a tutti le opportunità di libera partecipazione all’iniziativa economica per realizzare i propri obiettivi.

La natura delle regole giuridiche per l’economia. Per la scuola austriaca le regole del diritto devono aiutare i singoli a effettuare scelte consapevoli riducendo l’incertezza. La legge può soltanto aumentare le possibilità favorevoli che potrebbero verosimilmente presentarsi ad una persona qualsiasi, accrescendo in tal modo le possibilità favorevoli di tutti.

Hayek teme che la legislazione possa andare molto al di là di questo; teme che la legislazione, proprio in quanto derivante da un’autorità che pretende di conoscere, di “calcolare” il bene sociale, in realtà allontani l’economia dal sentiero dell’efficienza che la fa tendere verso l’ordine naturale di mercato. Questa è una delle ragioni per le quali egli è favorevole a un diritto comune.

Altri economisti, non appartenenti alla scuola austriaca ma che pure assegnano grande importanza al concetto dinamico di efficienza, sono meno pessimisti sul ruolo correttivo del legislatore. Da un lato sono convinti che

non ci si può sottrarre all'obbligo di "valutare" in ogni momento se le regole giuridiche sono adeguate, se incorporano cioè incentivi adatti a orientare il processo decisionale degli individui e delle organizzazioni verso la direzione dell'efficienza; dall'altro lato, in fondo accettano l'idea che sia possibile "calcolare" tali effetti.

Un esempio è il premio Nobel per l'economia Douglass North. Egli non è ottimista sulle virtù dell'ordine spontaneo di mercato. Le istituzioni e le norme giuridiche possono spingere l'economia a svilupparsi secondo sentieri inefficienti, anche per lunghi periodi come in effetti è spesso accaduto nella realtà. North riconosce grande importanza ai "vincoli informali", costituiti dall'insieme di convenzioni, tradizioni, credenze che emergono dalla evoluzione storica nella cultura di una società e vi si incorporano. Questi vincoli informali possono condizionare l'evoluzione delle regole formali in modo da avvicinarle a quelle che garantiscono l'efficienza economica, ma anche allontanarle da essa. Ad esempio, condizionamenti culturali possono impedire l'introduzione di leggi che stimolano l'innovazione, la concorrenza e il rispetto dei contratti, favorendo invece regole che restringono l'entrata, prevengono la mobilità dei fattori, favoriscono la corruzione.

North ritiene importante agire sui fattori che stanno dietro alla legislazione: i vincoli informali costituiti dalla cultura e dall'etica della società che devono essere tali da determinare la direzione appropriata della legislazione stessa. Simile è la posizione del giurista italiano Natalino Irti. Egli contesta che l'ordine economico di mercato possa emergere come evoluzione spontanea. L'economia di mercato e la concorrenza non sono *in rerum natura*. Vanno assiduamente ed energicamente protette con norme giuridiche, da un lato contro il dirigismo e dall'altro contro i monopoli, che minacciano la competizione delle imprese. Devono essere però norme generali; debbono dare "struttura conformatrice" al mercato secondo la propria storica fisionomia. Sono quindi norme messe a disposizione delle parti che

operano nel mercato affinché queste le possano usare anche per districare il complesso intreccio degli interessi individuali. E alla fine, risvegliandone il senso di responsabilità, proteggono le parti stesse dagli attriti che impediscono il funzionamento del mercato. E' quanto mai evidente l'importanza di un insieme di valori, di una cultura, che sostenga e ispiri una simile visione della natura e del ruolo del diritto per l'economia.

Un problema aperto: diritto dell'economia tra efficienza e giustizia.

Efficienza economica e giustizia in sé. L'economia chiede al diritto di garantire il quadro di norme più adatto al raggiungimento di obiettivi di efficienza economica, siano questi interpretati nella chiave statica propria della teoria economica neoclassica o in quella dinamica propria della teoria classica o austriaca. Questo atteggiamento suscita obiezioni in molti giuristi, i quali ritengono che il diritto debba promuovere prima di tutto obiettivi di giustizia, ai quali l'obiettivo dell'efficienza economica dovrebbe essere subordinato.

Quando si fa riferimento a obiettivi di giustizia bisogna però distinguere tra giustizia in sé e giustizia distributiva. Il rapporto tra giustizia ed efficienza è meno controverso se ci riferisce a obiettivi di giustizia in sé. Un comportamento, una azione, sono giusti in sé indipendentemente dalle conseguenze in quanto a essi si attribuisce un valore etico positivo. Giusto in questo caso è sinonimo di bene; non giusto è sinonimo di male. Sotto questo profilo bene e male, giusto e non giusto, sono categorie etiche, che hanno ovviamente una priorità sulle caratteristiche che definiscono l'efficienza sia del processo che dei risultati economici.

Esempi di azioni giuste in sé sono mantenere una promessa fatta; compensare una persona che sia stata ingiustamente danneggiata dal proprio comportamento; non compiere atti malvagi ed essere puniti se li si

commette, in proporzione alla gravità dell'atto compiuto. Il compimento di azioni e l'attuazione di comportamenti che abbiano un valore etico positivo possono ragionevolmente essere assunti come vincoli in ogni processo economico che voglia definirsi efficiente.

Tra giustizia in sé ed efficienza si stabilisce anzi un relazione di interdipendenza virtuosa. Compiere azioni giuste in sé non solo aumenta il benessere personale, ma crea un clima di miglioramento della qualità della vita a beneficio di tutti. Questo miglioramento può anche essere misurato in termini di un maggiore risultato quantitativo dal mercato, dato che se un minor numero di atti malvagi viene compiuto, la società spenderà meno in punizione e prevenzione. D'altra parte introdurre considerazioni di efficienza economica aiuta a far sì che il numero di atti dannosi che vengono compiuti si riduca, in quanto è essenziale per l'obiettivo dell'efficienza che nel congegnare le regole si presti attenzione a come disincentivare azioni e comportamenti ingiusti che comportano un costo sociale.

Efficienza economica e giustizia distributiva. Più complessa è la questione del rapporto tra efficienza e giustizia quando si intende questa come giustizia distributiva, ossia con riferimento a un'equa distribuzione del reddito o più in generale del benessere nel sistema economico tra i cittadini. A questo proposito ci si imbatte prima di tutto nell'irrisolto problema della definizione di cosa debba intendersi per giustizia distributiva. L'oggettività di valutazione è in questo caso molto più difficile da raggiungere che nel caso del riferimento alla giustizia in sé, anche perché nel compiere questa valutazione si è costretti a entrare in una logica consequenzialista: non si fa una valutazione dell'atto o del comportamento in sé, la si fa sulla base delle sue conseguenze.

Per rendersi conto di come, anche partendo da premesse comuni, si possano raggiungere conclusioni diverse su un criterio razionale oggettivo per valutare l'equità della distribuzione della ricchezza, si consideri la posizione

del premio Nobel per l'economia John Harsanyi. Partendo da un approccio decisamente utilitarista, egli sostiene che è razionale concludere che è giusta una distribuzione egualitaria del benessere nella quale tutti realizzino lo stesso livello di utilità individuale. Harsanyi parte dall'assunto che ogni individuo ha delle preferenze "moralì", non condizionate dalla situazione in cui si trova, ma da giudizi di valore su quanto è necessario a un individuo astratto per realizzarsi come persona se si viene a trovare nelle diverse possibili circostanze della vita. Dal punto di vista delle preferenze morali, un individuo non preferirà una situazione di disuguaglianza che potrebbe andare a suo favore perché, non sapendo in quale situazione si troverà, egli potrebbe risultare danneggiato da tale situazione. La conclusione è che una uguale distribuzione del benessere è da ritenersi oggettivamente giusta sulla base delle preferenze morali di un individuo astratto.

Ma il filosofo John Rawls arriva a una conclusione molto diversa. Egli ritiene che un individuo, se sceglie «sotto il velo dell'ignoranza» non sapendo in quale situazione potrebbe venirsi a trovare, si preoccupa razionalmente di ottenere il miglior risultato nel caso venga trovata nella situazione peggiore. Questo significa che dovrebbe essere privilegiata l'utilità dei meno avvantaggiati nella società: dovrebbe cioè migliorare la situazione di quelli che stanno peggio.

Di fronte alla difficoltà di far discendere un unico criterio di giustizia distributiva da un criterio di astratta razionalità emerge la soluzione di affidarlo a una scelta di tipo politico. La scuola austriaca respinge questa idea per la assoluta sfiducia nelle capacità dell'autorità politica di conoscere ciò che è bene per la società. Dunque respinge l'idea che il diritto dell'economia debba lasciarsi condizionare dall'esigenza di rispondere a istanze di giustizia distributiva. Il diritto non deve occuparsi di giustizia distributiva perché, mentre il mercato e la concorrenza sono in grado di garantire l'obiettivo dell'efficienza, essi non sono in grado di garantire un risultato di giustizia distributiva *secondo un qualsiasi criterio*. Infatti per

ottenere una qualsiasi distribuzione attraverso il processo di mercato ogni attore economico dovrebbe conoscere non solo coloro a cui arrecherà danno o beneficio, ma anche quanto migliorerà la posizione attuale o potenziale di coloro che sono toccati dalle sue attività: il che è del tutto impossibile come risultato dell'interazione tra persone libere in una società complessa .

Esistono anche altre posizioni, al di fuori della scuola austriaca, che non vedono con favore il fatto che il diritto dell'economia si occupi di giustizia distributiva. Alcuni sostengono semplicemente che ciò non è necessario perchè un aumento dell'efficienza economica, nella forma di una maggiore ricchezza prodotta, comporta sempre una possibilità di miglioramento della distribuzione. Il problema con questo tipo di argomentazione è che si tratta appunto solo di una possibilità: un aumento della ricchezza prodotta non porta necessariamente a una sua migliore distribuzione.

Secondo un'altra obiezione l'introduzione di norme che si preoccupano della distribuzione potrebbe addirittura compromettere il raggiungimento dell'efficienza. Ridurre il reddito dei più ricchi potrebbe incentivarli a produrre di meno, ma anche aumentare il reddito dei più poveri potrebbe avere lo stesso risultato (ad esempio se si dà a un disoccupato un forte e permanente sussidio di disoccupazione non lo si incoraggia a cercarsi un lavoro). L'introduzione di norme che favoriscono la giustizia distributiva porterebbe alla riduzione del reddito nazionale compromettendone anche la possibilità di più equa distribuzione.

Vi sono però anche posizioni secondo le quali perseguire la giustizia distributiva aiuta a perseguire l'efficienza economica. Quando ad esempio la giustizia distributiva viene intesa come insieme di condizioni che realizzano uguali opportunità di realizzare la propria personalità, migliorare la giustizia distributiva rappresenta anche un contributo all'efficienza, perché si mette ciascuno nelle condizioni di specializzarsi in ciò che sa fare relativamente meglio, e ciò agevola la divisione del lavoro e lo scambio in modo che tutta

la società ne tragga vantaggio. In questo caso una distribuzione più equa favorirebbe sia l'efficienza come processo sia l'efficienza come risultato. Analogamente, la giustizia distributiva aiuta l'efficienza quando una più equa distribuzione della ricchezza contribuisce a creare una rete di relazioni sociali (un capitale sociale o, come alcuni preferiscono dire, un capitale civile) che aiuta ad aumentare la produttività delle risorse.

La diversità di posizioni sulle relazioni tra efficienza economica e giustizia distributiva induce a ritenere che non si può rifiutare a priori che il diritto dell'economia debba almeno tener conto delle implicazioni in termini di giustizia distributiva, ma induce anche a suggerire che, nel tenerne conto, il diritto dell'economia dovrebbe proporsi di minimizzare i conflitti e massimizzare la compatibilità con l'obiettivo dell'efficienza dei processi e dei risultati dell'attività economica.

Per approfondire

N.Irti, L'ordine giuridico del mercato, Laterza, Bari, 2001.

F.A. von Hayek, Legge, legislazione e libertà, Il Saggiatore, Milano , 1986.

E. Roll, Storia del Pensiero Economico, Boringhieri, Torino, 1966.

J. Schumpeter, Storia dell'Analisi Economica, Boringhieri, Torino, 1960.

J. Schumpeter, Teoria dello sviluppo economico, Sansoni, Firenze, 1977.