

CAPITOLO I

DESCRIZIONE GENERALE

di *Eugenio Picozza*

SOMMARIO: 1. Sviluppo storico: dal diritto pubblico al diritto pubblico dell'economia. – 2. Dal diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia al diritto dell'economia. – 3. Diritto dell'economia ed economia del diritto. – 4. Diritto dell'economia ed analisi economica del diritto. – 5. Il diritto dell'economia nella evoluzione dei settori scientifico-disciplinari. – 5.1. Diritto dell'economia: da raggruppamento disciplinare autonomo (*Jus 5*) a sottosectore del diritto internazionale. – 5.1.1. Diritto internazionale dell'economia. – 5.1.2. Il diritto comunitario dell'economia. – 5.1.3. Il diritto pubblico nazionale dell'economia. – 5.1.4. Il diritto privato dell'economia. – 5.1.5. Il diritto penale dell'economia. – 5.1.6. Il diritto processuale dell'economia. – 5.2. *Segue*: le partizioni settoriali. – 5.2.1. Diritto bancario, finanziario, delle assicurazioni e del mercato mobiliare. – 5.2.2. Diritto della concorrenza e del mercato. – 6. L'analisi economica del diritto quale teoria generale postmoderna: le critiche della filosofia del diritto al diritto dell'economia e all'analisi economica. – 7. Le scoperte delle neuroscienze: neuroeconomia e neurodiritto: portata e limiti della rilevanza rispetto alle concezioni tradizionali della analisi economica del diritto e del diritto dell'economia. – *Note di approfondimento bibliografico.*

1. *Sviluppo storico: dal diritto pubblico al diritto pubblico dell'economia*

Sebbene la disciplina dei fatti economici abbia sempre interessato il legislatore, i giudici e i giuristi, il distacco del diritto dell'economia dalle matrici originarie del diritto privato e del diritto pubblico è relativamente recente. La nascita di una sezione dedicata nei manuali di diritto pubblico e di diritto privato ai fenomeni economici è strettamente collegata al grado di rivoluzione industriale di ciascuno Stato e comunque non anteriore al 1600 d.c. Solo con le costituzioni liberali ottocentesche ed il relativo riconoscimento del diritto di proprietà e di impresa, la disciplina prende vigore prima nel diritto privato e poi nel diritto pubblico.

In particolare debbono considerarsi eventi di livello emblematico: il passaggio della concezione della situazione giuridica soggettiva di vantaggio dall'*agere licere* al diritto soggettivo, inteso come interesse direttamente protetto dall'ordinamento giuridico dello Stato (al contrario dell'interesse legittimo qualificato allora solo come interesse occasionalmente protetto); il passaggio quanto al negozio giuridico dalla teoria della volontà a quella della dichiarazione, appunto per assicurare la tutela del diritto dei terzi; ed infine la riconduzione dei principi generali del diritto dal diritto naturale a quelli riconosciuti dall'ordinamento giuridico dello Stato e successivamente del diritto internazionale e comunitario.

Per quanto riguarda il diritto pubblico in Italia un embrione di diritto pubblico dell'economia si ha già ai primi del novecento con l'emergere dell'intervento dello Stato nell'economia, in quelli che oggi chiamiamo servizi di interesse generale sia economico che non economico. Più in generale con il passaggio dei rapporti tra Stato e società civile dal modello della "separazione" di matrice ottocentesca, a quello della "integrazione politica" (c.d. *integrationlehre*) nel quale lo Stato tenta di assegnare ai partiti politici il ruolo di soggetto mediatore ed appunto integratore dei conflitti sociali anche di tipo economico. Nascono in Germania ed in Francia i primi manuali di diritto pubblico dell'economia, indubbiamente collegati sia ai principi del diritto costituzionale che alle regole del diritto amministrativo: insomma si costituisce soprattutto in Italia, un diritto pubblico dell'economia.

2. Dal diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia al diritto dell'economia

La fase di transizione dura molto a lungo almeno in Italia, più di cinquanta anni, soprattutto in considerazione della peculiarità di essere uno Stato non solo fortemente ispirato ad un modello politico, giuridico e sociale neocorporativo ed assertore della teoria della integrazione politica anche quando essa era stata abbandonata, o per lo meno marginalizzata, proprio nel paese che l'aveva creata (la Germania); ma, concretamente, uno Stato con un sistema di economia mista, più Stato sociale che Stato di diritto, come provano numerose vicende anche economiche quali l'ingiustizia nel regime delle indennità di espropriazione, la pianificazione economica industriale e commerciale, la conformazione pubblica dell'impresa privata, la disciplina dell'impresa pubblica, il contingentamento di determinate attività economiche, ecc.

Queste ed altre considerazioni spiegano il consolidamento del diritto pubblico dell'economia non solo quale disciplina accademica ma corpo, relativamente omogeneo, di disposizioni legislative e regolamentari, e la dicotomia con il diritto commerciale, secondo il suggestivo titolo di un fortunato trattato.

Anzi la considerevole misura di "dettaglio" delle disposizioni statali, cui ben presto si aggiungono le legislazioni regionali e perfino le regolamentazioni provinciali, comunali, delle comunità montane, i consorzi ed altri innumerevoli enti pubblici e le società pubbliche con finalità di regolazione dei fatti economici, fa propendere l'ago della bilancia verso la considerazione di un vero e proprio "diritto amministrativo dell'economia", anche se ovviamente esso non può essere disgiunto dalla illustrazione dei principi della c.d. costituzione economica sia in senso stretto (artt. 41, 43) che in senso lato (artt. 35, 44 Cost.).

Tuttavia anche all'interno di questo lungo periodo storico-politico possono essere separate due fasi: – la prima, potrebbe essere enfaticamente definita come, "ascesa e declino del diritto pubblico dell'economia", con inizio dall'immediato dopoguerra e fine ingloriosa con "tangentopoli". Naturalmente, si fa riferimento alla situazione politica e giuridica italiana perché un esame di diritto comparato non riguarda le finalità di questo manuale di base, se non ove strettamente necessario.

È chiaro, lo studioso che voglia esaminare la crisi del diritto pubblico dell'econo-

mia in Gran Bretagna o negli Stati Uniti, dovrà confrontarsi con l'era Thatcher o con l'era Reagan e i relativi grandi sacerdoti (Milton Friedman e, ancor prima, Von Hayek, ecc.); ma certamente in Italia il diritto pubblico dell'economia regge anche oltre la fine della prima repubblica.

Ne è segno la scelta dei settori scientifico disciplinari compiuta dal legislatore nel 1990, all'art. 14 (settori scientifici disciplinari) che venne, per la prima volta, disciplinato con il d.p.r. 12 aprile 1994.

Nella declaratoria il settore *JUS 05X DIRITTO DELL'ECONOMIA COMPRENDEVA*:

Diritto privato dell'economia; Diritto pubblico dell'economia; Diritto internazionale dell'economia; Diritto delle assicurazioni; Diritto bancario o Legislazione bancaria; Diritto della borsa e dei cambi, Diritto della concorrenza; Diritto ed economia delle fonti di energia; Diritto degli intermediari finanziari e più in generale Diritto del mercato finanziario.

Il decreto non ha avuto vita facile ed in effetti è stato modificato numerose volte¹.

– La seconda fase nasce dalle ceneri di Tangentopoli nel faticoso tentativo (finora non riuscito) di traghettare l'Italia dalla prima alla seconda repubblica. È l'epoca delle grandi privatizzazioni, compresa quella del pubblico impiego: privatizzazioni di beni, di attività, di enti pubblici e non solo di imprese o di servizi pubblici. Anzi, questi ultimi hanno lanciato la spugna per ultimi e ancora affatto del tutto. Sicuramente questa seconda fase della trasformazione comporta l'abbandono del sistema giuridico-economico ad economia mista con una decisa attenzione dello Stato verso il mercato e le sue regole.

Dal punto di vista scientifico una tappa intermedia, ma già indicativa, è quella costituita dal d.m. 4 ottobre 2000 che individua la declaratoria del settore scientifico disciplinare *JUS 05 DIRITTO DELL'ECONOMIA*.

Il settore comprende gli studi relativi alla regolamentazione delle attività economiche, volti ad approfondirne i profili pubblicistici e privatistici secondo un metodo interdisciplinare. Gli studi attengono, in particolare, agli ordinamenti settoriali dell'attività bancaria, finanziaria ed assicurativa.

¹ I settori scientifico-disciplinari sono stati individuati con d.p.r. 12 aprile 1994 (*Gazz. uff.*, 8 agosto 1994, n. 184, S.O.), integrato dal d.p.r. 6 maggio 1994. Tali settori sono stati poi rideterminati: con d.m. 23 giugno 1997 (*Gazz. uff.*, 29 luglio 1997, n. 175, S.O.); con d.m. 26 febbraio 1999 (*Gazz. uff.*, 15 marzo 1999, n. 61, S.O.), rettificato con d.m. 4 maggio 1999 (*Gazz. uff.*, 26 maggio 1999, n. 121); con d.m. 23 dicembre 1999 (*Gazz. uff.*, 5 gennaio 2000, n. 3), corretto con avviso pubblicato nella *Gazz. uff.*, 20 gennaio 2000, n. 15 e rettificato con d.m. 26 giugno 2000 (*Gazz. uff.*, 11 luglio 2000, n. 160); con d.m. 4 ottobre 2000 (*Gazz. uff.*, 24 ottobre 2000, n. 249, S.O.), modificato dal d.m. 9 gennaio 2001 (*Gazz. uff.*, 25 gennaio 2001, n. 20), dal d.m. 1° febbraio 2001 (*Gazz. uff.*, 16 febbraio 2001, n. 39), dal d.m. 20 marzo 2001 (*Gazz. uff.*, 10 aprile 2001, n. 84), dal d.m. 27 settembre 2001 (*Gazz. uff.*, 12 ottobre 2001, n. 238), dal d.m. 22 ottobre 2001 (*Gazz. uff.*, 15 novembre 2001, n. 266), dal d.m. 19 novembre 2001 (*Gazz. uff.*, 11 dicembre 2001, n. 287), dal d.m. 19 novembre 2001 (*Gazz. uff.*, 12 dicembre 2001, n. 288), dal d.m. 15 maggio 2002 (*Gazz. uff.*, 3 giugno 2002, n. 128), dal d.m. 2 settembre 2002 (*Gazz. uff.*, 1° ottobre 2002, n. 230) e dal d.m. 18 marzo 2005 (*Gazz. uff.*, 5 aprile 2005, n. 78), corretto con Comunicato del 17 maggio 2005 (*Gazz. uff.*, 17 maggio 2005, n. 113); in ultimo rideeterminato dal d.m. 30 ottobre 2015, n. 855 (*Gazz. Uff.*, 20 novembre 2015, n. 271).

Ma occorre considerare che dal 1990 molta acqua era passata sotto i ponti e che l'accademia è sempre molto attenta alle denominazioni che possono influire sugli equilibri di potere tra le varie discipline e quindi occorre stare molto attenti per non sopravvalutarne il peso politico e giuridico. Certamente, però, tale modifica dimostra che anche a seguito delle politiche di privatizzazione di numerosi enti pubblici e servizi di interesse economico generale, il peso e l'interesse anche politico oltre che giuridico si era spostato nettamente sui fattori di disciplina del mercato ed in particolare su quello dei veri detentori del potere economico: assicurazioni, banche, finanza.

In questa seconda fase vi è anche un grande tentativo (solo parzialmente riuscito perché come insegnava il prof. Pietro Virga dietro agli organi e agli uffici vi sono le persone) di riforma dello Stato i cui momenti salienti sono comunemente considerati le c.d. leggi Bassanini nn. 59/1997, 127/1997 e 198/1998 e relativi decreti attuativi tra i quali, spicca per importanza, il c.d. federalismo amministrativo cioè il completamento del trasferimento delle funzioni amministrative alle regioni approvato con il d.p.r. n. 112/1998.

Il terzo ed ultimo (finora) tentativo è quello, come è noto, che punta sul c.d. federalismo costituzionale attraverso la riforma del titolo V della Costituzione e la legge quadro attuativa n. 131/2003, completato dalla ricerca di un federalismo fiscale e demaniale (legge n. 42/2009 e d.lgs. attuativi della stessa).

Sembra dunque di dover concludere da un lato che, verso il basso, il diritto dell'economia si ispira ad un modello di Stato federale sulla base dei principi generali di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione. Invece per quanto riguarda la prospettiva internazionale proprio la riforma Gelmini, legge n. 240/2010, sembra riconoscere una intuizione che il sottoscritto aveva avuto nel volume *Il Diritto pubblico dell'economia nella integrazione europea*, e cioè che il diritto pubblico dell'economia lungi dallo scomparire si andava riorganizzando a livello sovranazionale, sia globale (solo per alcuni settori come il commercio) sia soprattutto europeo².

Infatti, in base al d.m. emanato ex art. 14, della legge n. 240/2010 il diritto dell'economia è confluito nel macrosettore 12/E – Macrosettore – DIRITTO INTERNAZIONALE, DELL'UNIONE EUROPEA, COMPARATO, DELL'ECONOMIA E DEI MERCATI di cui costituisce 12/E3: DIRITTO DELL'ECONOMIA E DEI MERCATI FINANZIARI ED AGROALIMENTARI.

Il settore comprende l'attività scientifica e didattico-formativa degli studi relativi alla regolamentazione delle attività economiche, volti ad approfondirne i profili pubblicistici e privatistici secondo un metodo interdisciplinare, tenendo conto della dimensione plurale e multilivello della regolazione. Gli studi attengono alla disciplina delle attività dei privati e dei pubblici poteri a tutti i livelli, che riguardano lo svolgimento e la regolazione delle attività economiche: dall'industria, ai servizi pubblici, ai mercati bancari, finanziari ed assicurativi, alle infrastrutture ed ai mercati agricoli-alimentari.

² Cfr. E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Carocci, Roma, 1998, in particolare le pp. 32-49, 55, 82-111 e 113-162; ID., *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, in *Trattato del diritto dell'economia*, diretto da E. PICOZZA, E. GABRIELLI, Cedam, Padova, vol. II, 2005, pp. 3-76.

Da questa, per il momento, stabile classificazione si può dunque trarre una tripla indicazione:

a) che il diritto dell'economia è il principale sottosettore giuridico interessato dai processi di globalizzazione e comunque dagli ordinamenti giuridici c.d. multilivello, con particolare riferimento al diritto internazionale e al diritto dell'unione europea;

b) che esso pertanto si deve ispirare soprattutto in futuro al metodo della comparazione tra ordinamenti e sistemi sia giuridici che economici; e che si deve basare su un metodo interdisciplinare;

c) che riprendendo quanto già prescritto dal d.m. 4 ottobre 2000, non esiste più una disciplina pubblicistica, sganciata da quella privatistica, come del resto non esiste (e la giustizia amministrativa lo sta dimostrando ampiamente) una disciplina sostanziale sganciata da quella processuale, ma vi sono solo "profili" che debbono essere condotti parallelamente ma in una visione unitaria.

Le ragioni profonde di questa decisione di cambiamento di rotta sono molteplici: l'emersione anche a livello della nostra giurisprudenza costituzionale del c.d. multilevel; la crisi finanziaria del 2008 e tuttora vigente; gli effetti del ricorso ai mercati da parte degli Stati occidentali per finanziare l'indebitamento; la perdita di centralità dei Parlamenti (soprattutto il nostro) a favore di organi decisionali quali il Governo e soprattutto il potere giurisdizionale, secondo un disegno – già intuito da Carl Schmitt – ma oggi giustificato da una delle teorie generali del diritto più seguite dalle Corti Costituzionali occidentali ed anche dai giudici di ultima istanza quali da noi la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, l'Adunanza Plenaria e l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, le Sezioni Riunite della Corte dei Conti, che va sotto il nome di neocostituzionalismo o quanto meno della c.d. democrazia deliberativa.

Ma nulla in questa materia può essere dato per scontato: proprio la gravissima crisi finanziaria del 2011-2012 (voluta, imposta, casuale?) ci svela un altro profilo inedito del diritto dell'economia (per certi versi sinistramente simile a quello dei provvedimenti economici in tempo di guerra), *quello del diritto economico dell'emergenza* che già, peraltro, aveva avuto un autorevole precedente nel c.d. diritto pubblico o diritto amministrativo dell'emergenza.

I primi provvedimenti legislativi sono a tutti noti: si va dal tentativo di semplificazione ulteriore della macchina dello Stato, a più spiccati provvedimenti di liberalizzazione dei servizi di interesse generale e di privatizzazione delle imprese pubbliche soprattutto locali; al tentativo di riforma del mercato del lavoro, alla istituzione del tribunale delle imprese, a provvedimenti fiscali di annunciato grande rigore, e più in generale a leggi di c.d. stabilizzazione finanziaria sempre più frequenti (per cui forse sarebbe più corretto mantenere il *nomen juris* di "manovre finanziarie" più idonee anche in relazione alla figura nautica del "gubernator" antica origine romana del termine "governo").

In questo quadro lo sforzo che si propone il volume frutto di un comune punto di vista degli Autori è proprio quello di esaminare il diritto dell'economia in modo unitario, prescindendo dagli steccati e perfino dal termine "disciplina pubblica" che aveva contrassegnato precedenti lavori sia miei che altrui.

Con questo non si vuole dire che il diritto dell'economia e la sua bibbia (l'analisi economica del diritto) possano costituire la teoria del diritto postmoderna che esce

vincente dai marosi e dalle vere e proprie tempeste finanziarie. È vero peraltro come riconosciuto dalla ultima declaratoria dei settori concorsuali universitari (e precedentemente da me indicato) che il diritto dell'economia guarda molto alla internazionalizzazione e francamente alla globalizzazione. Questo del resto è solo uno degli aspetti della sfida ben descritta in uno degli ultimi saggi di J. Attali tra occidente e potenze emergenti: quale che sia il vincitore è facile prevedere che le sue regole si imporranno globalmente e pertanto saranno anche quelle del futuro diritto dell'economia.

Non è peraltro affatto scontato che il secolo XXI passi alla storia come la dimostrazione della definitiva supremazia del diritto dell'economia almeno per come lo si insegna e lo si pratica al giorno d'oggi. L'economia della conoscenza infatti in una società profondamente consumistica ed orizzontale potrebbe diventare un fattore ancora più importante e decisivo del primo.

3. *Diritto dell'economia ed economia del diritto*

Il termine economia del diritto è indubbiamente un termine polisenso che in larga parte può essere interpretato come sinonimo della analisi economica del diritto, frequentemente indicato nella lingua inglese come *Economic Analysis of Law* ovvero *Law and Economics*.

Nato come un movimento interno agli studi economici, ma caratterizzato da un forte approccio interdisciplinare, l'analisi economica del diritto si propone di studiare quasi tutto il diritto (pubblico, privato e processuale) da un punto di vista economico, sulla base di una traslazione del concetto di "valore" dal significato etico a quello economico.

In pochi decenni lo studio dell'analisi economica del diritto è divenuto talmente importante nell'area occidentale (ma non solo in questa) da meritare un posto d'onore tra le teorie postmoderne del diritto, accanto alla filosofia del diritto, ai critical legal studies e al neocostituzionalismo.

Secondo un approccio minimale, il diritto nelle sue varie articolazioni va studiato essenzialmente attraverso l'analisi della efficienza di un determinato sistema giuridico e non solo, come tradizionalmente veniva fatto prima, attraverso uno studio di carattere dogmatico, scevro da influenze di carattere etico ovvero ideologico. Sotto questo profilo a mio avviso l'analisi economica ha parecchio in comune con il positivismo giuridico e con il realismo giuridico, in contrapposizione sia con la teoria pura o normativa del diritto, sia con l'istituzionalismo.

Tuttavia mentre queste dottrine pongono comunque al centro dello studio del diritto il problema della legalità, l'analisi economica del diritto si serve, come sopra accennato, del concetto chiave di efficienza giuridica.

In altri termini l'intera produzione giuridica va analizzata secondo il grado di efficienza che una determinata soluzione giuridica può assicurare da un punto di vista economico.

Sotto questo profilo quindi si parte dallo studio di efficienza del diritto internazionale e costituzionale, per arrivare a quello del diritto pubblico, in particolare del diritto amministrativo e ovviamente del diritto privato.

Nella congerie di scuole di analisi economica del diritto, *in primis* quelle nordamericane e successivamente quelle continentali si possono individuare due metodi principali di indagine adottati dalla AED: il metodo positivo o descrittivo, ed il metodo prescrittivo.

Secondo il primo, che sembra offrire maggiore neutralità e scientificità di indagine, le norme e gli atti giuridici vengono studiati dal punto di vista economico allo scopo di individuarne gli effetti in chiave di maggiore o minore efficienza di risultati. Non si disconosce quindi la libertà e la discrezionalità delle scelte giuridiche compiute dai poteri dello Stato (o dai poteri privati) ma ci si contenta di studiare, analizzare e criticare dal punto di vista dei risultati economici gli effetti di tali scelte. Si tratta quindi di un enorme laboratorio di idee, di sperimentazioni e di modelli economici anche molto sofisticati che vogliono fornire un contributo sulle ricadute economiche di tali scelte.

Relativamente al secondo metodo, quello prescrittivo, si può osservare che il medesimo, senza arrivare agli esiti della antica distinzione kelseniana tra essere e dover essere (e quindi tra logica descrittiva e logica prescrittiva), si propone in realtà di influire almeno attraverso delle proposte, proprio sul mondo della produzione giuridica nelle sue più svariate articolazioni, fino alla tesi più radicale, secondo la quale, l'operatore giuridico, prima ancora di agire, deve valutare la potenziale scelta giuridica in termini di costi e benefici, e conseguentemente dovrebbe astenersi proprio dall'agire se non è sicuro che l'introduzione di una nuova norma di legge, di un nuovo istituto di diritto pubblico, di una nuova tecnica processuale, apporteranno ad una determinata collettività maggiori benefici rispetto ai costi. Con questo "salto di qualità" tuttavia, a mio personale avviso, l'analisi economica del diritto diventa anch'essa una disciplina almeno indirettamente "ideologica", come d'altra parte dimostrano le numerose e a volte roventi polemiche tra i fautori del liberalismo del mercato e quelli dello stato sociale; tra i sostenitori del "mercato selvaggio" e quelli che continuano a sostenere la necessità di una direzione pubblica dell'economia. Il tutto estremamente complicato dalla presenza di un "convitato di pietra" costituito dalla globalizzazione economica ma ormai anche giuridica, con i suoi diversi attori non più solo soggetti statali e pubblici, ma anche privati e comunque non governativi.

4. Diritto dell'economia ed analisi economica del diritto

– *Analisi economica del diritto privato*

Sotto questo profilo la prima branca (anche storicamente) ad essere studiata secondo il nuovo metodo è proprio il diritto privato, la madre di tutti i diritti.

Si può agevolmente affermare che allo stato attuale quasi tutti gli istituti del diritto privato vengono analizzati in chiave economica. Ma dovendo, per ragioni di spazio e di proporzione, limitarsi a cenni elementari, vi sono indubbiamente degli istituti "chiave" del diritto privato che sono oggetto di maggiore attenzione. Essi sono: la proprietà, compresa la proprietà intellettuale ed in particolare il diritto di autore; i negozi giuridici, più propriamente definiti come contratti, dato che – soprattutto nell'area di *common law* – la nozione di negozio giuridico non ha avuto grande fortuna;

la categoria della responsabilità civile nelle sue multiformi articolazioni e la conseguente teorica del risarcimento del danno; la figura del produttore e del consumatore e da ultimo l'analisi economica del diritto di impresa.

Alla base di tutti questi problemi si pone peraltro il concetto di "transazione" che in larga misura sostituisce quello tradizionale di rapporto giuridico, di posizioni e situazioni giuridiche soggettive attive e passive.

L'analisi economica del diritto privato, tuttavia, non arriva (come invece si propone il neuro diritto, filiazione del rapporto tra neuroscienze e diritto) a mettere in discussione concetti basilari per il diritto tradizionale, quali quello di capacità giuridica, capacità di agire, libertà e autorità, imputabilità, punibilità, responsabilità individuale, ecc. ... (ovvero a sostituire lo stesso concetto di autonomia privata che è alla base stessa del diritto civile, con quello di autonomia cognitiva).

Essa si basa invece sui c.d. "costi di transazione" che una soluzione giuridica piuttosto che un'altra comporta per la collettività e per i singoli.

Non rientrando nella "economia" del presente lavoro, trattare diffusamente di questo argomento, è sufficiente trarre delle indicazioni da alcuni dei principali manuali di settore cioè: R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole*, il Mulino, Bologna, 1999; L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, il Mulino, Bologna, 2004.

Nel primo, dopo l'introduzione e alcuni appunti di teoria microeconomica, vengono di seguito affrontate le tematiche della teoria economica della proprietà (il concetto giuridico di proprietà; la teoria cooperativa; le origini dell'istituto della proprietà: un esperimento mentale); i problemi in materia di proprietà (quali risorse dovrebbero essere protette dai diritti di proprietà?; come sono stabiliti e verificati i diritti di proprietà?; limiti giuridici ai diritti di proprietà; conflitto tra diritti di proprietà: il problema della separabilità; proprietà pubblica e proprietà privata; l'uso pubblico della proprietà privata: espropriazione e regolamentazione); il contratto e teoria economica, problemi di diritto dei contratti (la formazione e l'esecuzione dei contratti; rimedi ed incentivi); una teoria economica della responsabilità civile (l'approccio tradizionale e la teoria economica della responsabilità civile); problemi di responsabilità civile (complicando il modello, liquidazione del danno; responsabilità dei prodotti difettosi).

Nel secondo, dopo l'introduzione e l'analisi della problematica del mercato e della sua efficienza, si trattano di seguito: Teorie economiche della proprietà (la proprietà privata, l'assegnazione, i limiti della proprietà, "property rules" e "liability rules", inalienabilità, il parcheggio); la proprietà intellettuale (conoscenza e mercato, i brevetti, le funzioni del brevetto, la durata ottimale del brevetto, l'ampiezza ottimale del brevetto, il diritto d'autore, i segni distintivi); la responsabilità civile (la regola di Hand, responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa, prevenzione bilaterale, responsabilità congiunta, costi amministrativi, responsabilità da prodotto, assicurazione, responsabilità civile e regolamentazione, effetti distributivi, responsabilità e rischio); i contratti (l'esecuzione efficiente, l'incompletezza contrattuale, il contenuto del contratto, la durata del contratto, la rinegoziazione del contratto, l'affidamento efficiente, quale ruolo per il diritto del contratto?); l'impresa (la teoria neoclassica, l'impresa come nesso di contratti, l'impresa come luogo dell'autorità, l'"*hold-up*" e la teoria dei diritti di proprietà); Diritto e Finanza (il ruolo del diritto, l'analisi empirica,

Diritto ed autoregolamentazione dei mercati, lo sviluppo dei mercati finanziari, Diritto e concentrazione della proprietà, i benefici del controllo ...); la repressione degli illeciti (l'analisi economica; la repressione degli illeciti; il controllo della evasione fiscale); le controversie giudiziarie (Azione, Conciliazione, la ripartizione delle spese giudiziali, le prove, il livello ottimale dei giudizi, la difesa, il ricorso in appello).

– *Analisi economica del diritto pubblico*

L'analisi economica del diritto pubblico si è sviluppata più tardi rispetto a quella del diritto privato ma ha raggiunto importanti esiti.

Nel testo oggi di riferimento in Italia (G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 2009), dopo una trattazione generale molto approfondita delle problematiche generali poste dall'analisi del diritto pubblico, vengono fatti oggetto di serrata analisi tutti i principali problemi e cioè: le origini e il ruolo economico dello Stato (la nascita dello Stato, i fallimenti del mercato e l'intervento pubblico; dalla efficienza allocativa alla giustizia distributiva; i fallimenti dello Stato e le sue alternative; l'organizzazione industriale dello Stato); le scelte collettive e i vincoli costituzionali (i limiti logici della democrazia; l'unanimità e il voto a maggioranza; i vincoli costituzionali alla espressione delle preferenze; Diritti individuali e decisioni collettive; Sistemi elettorali, partiti e democrazia diretta); il mercato delle leggi (prodotti legislativi e transazioni politiche; le manipolazioni del procedimento legislativo; l'effettività delle norme giuridiche; legislazione efficiente ed interpretazione; i limiti esterni al mercato delle leggi); la delega alla pubblica amministrazione (i rapporti di agenzia a livello amministrativo; le logiche del comportamento amministrativo la delega alla amministrazione e le sue alternative; regole e discrezionalità; teoria e prativa della delega ad Autorità Indipendenti); il controllo sulla pubblica amministrazione (la strategia dei controlli; i controlli strutturali i controlli procedurali; la distribuzione dei poteri di controllo; la supervisione giurisdizionale); la concorrenza tra governi locali (il principio della separazione dei poteri; i criteri alternativi per ripartire le competenze territoriali; il federalismo competitivo; alla ricerca di un federalismo strategico; oltre il territorio, il federalismo funzionale).

Va peraltro sottolineato che nonostante la ponderosa architettura gli Autori onestamente individuano “la duplice prospettiva dell'analisi economica del diritto pubblico”³ affermando che “le considerazioni sin qui svolte in ordine ai limiti dell'analisi economica del diritto pubblico evidenziano come l'approccio giuseconomico non possa avere l'obiettivo di sostituirsi alla scienza del diritto creatrice di tassonomie, basata sulla interpretazione e sulla ricostruzione del diritto positivo. Le categorie tradizionali della scienza del diritto pubblico rimangono fondamentali nello studio delle Costituzioni, delle forme di Stato e di governo, della organizzazione e delle attività amministrative”. E più avanti “superare limiti e vizi dell'analisi economica costituisce allora premessa fondamentale per una sua feconda integrazione con le analisi giuridiche, ormai necessaria anche nel diritto pubblico: ad esempio, per individuare, nei disegni di progettazione e di revisione costituzionale, i vantaggi e gli svantaggi delle di-

³ G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *op. cit.*, pp. 51 e 52.

verse alternative istituzionali; oppure, per assumere un'impostazione più scientifica e meno estemporanea nei processi di riforma amministrativa, senza riporre ingenua fiducia nella virtù dell'una o dell'altra soluzione; in generale, per disporre di strumenti cognitivi più adeguati a comprendere i comportamenti strategici dei diversi attori operanti nell'ambito della sfera pubblica”⁴.

Quindi gli Autori si pongono più nell'ambito di un metodo descrittivo, che prescrittivo e sembrano molto prudenti circa la virtù predittiva della analisi economica del diritto pubblico, che molto spesso è stata invece rivendicata, anche con qualche enfasi di troppo, a proposito della analisi economica del diritto civile.

– *Analisi economica del diritto processuale*

Infine si sta consolidando anche un settore dell'analisi economica relativa al diritto processuale.

Può apparire sorprendente il ritardo di questo settore, dal momento che proprio uno dei numi tutelari, se non il maggiore, della analisi economica del diritto, il prof. Richard POSNER ha dedicato due interi volumi a questa tematica, rispettivamente: *The Economics of Justice* (1981) e *The Problems of Jurisprudence* (1990).

In Italia non esiste un testo paragonabile a quelli diffusamente indicati nei paragrafi precedenti: della analisi economica del diritto processuale civile si occupano peraltro alquanto diffusamente Luigi Alberto FRANZONI, Daniela MARCHESI nel volume *Economia e Politica Economica del Diritto* (il Mulino, Bologna, 2006, cap. IX le controversie giudiziarie) e prima ancora lo stesso Luigi Alberto FRANZONI in *Introduzione alle economie del diritto* (il Mulino, Bologna, 2006)⁵.

Nel volume di Steven SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto* (Giappichelli, Torino, 2005, p. 351 ss.) si trova un tentativo di teoria di basi dei processi, peraltro largamente influenzato dall'ottica del processo civile tendenzialmente paritario.

Nel citato volume di Napolitano e Abrescia è emblematico il titolo e la collocazione della problematica processuale: essa viene infatti inserita nel capitolo dedicato al controllo sulla pubblica amministrazione ed intitolata “La supervisione giurisdizionale” (Sfidanti ed arbitri, Intensità del sindacato e teoria dei segnali, strategie e giochi processuali, la riduzione del costo degli incidenti pubblici).

Si è da più parti tentato di ricondurre all'analisi economica del diritto processuale anche l'istituto della mediazione mediante la conciliazione, recentemente introdotto in via legislativa anche in Italia, ma ancora in fase totalmente sperimentale.

Peraltro, a mio avviso, l'intera materia delle ADR come ho avuto occasione di scrivere in un saggio sul Neurodiritto, appare collegata a fattori abbastanza eclettici rispetto ai postulati classici della analisi economica del diritto.

Infatti, da un lato non vi è dubbio che se prenderà piede la mediazione dovrebbe costituire un potente fattore deflattivo del contenzioso privato, con benefici effetti indiretti in tema di ritorno alla efficienza della giustizia ufficiale.

⁴ G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *op. cit.*, p. 52.

⁵ V. capitolo IX, *Le controversie giudiziarie: azione, conciliazione, la ripartizione delle spese giudiziali, le prove, il livello ottimale dei giudizi; la difesa, l'appello.*

Tuttavia non ci si può sottrarre alla impressione che la soluzione di determinati problemi non dipenda tanto dai modelli offerti dalla analisi economica del diritto, quanto dalla mancanza di una volontà politica che – almeno nel nostro Stato – ha sempre allocato le risorse disponibili mortificando la funzione della giustizia civile e penale, quasi che tristemente politica e giustizia non possano andare d'accordo. Quindi si ha l'impressione che almeno per quanto riguarda l'analisi economica del diritto processuale, essa prenda per buoni i dati reali, senza impegnarsi in suggerimenti riguardanti piuttosto l'incremento delle piante organiche, la formazione e l'aggiornamento dei magistrati, la necessità di una autorità gerarchica o quanto meno di coordinamento sovraordinato effettivo. Tuttavia si deve concordare con quanto scritto da Napolitano⁶: “Le analisi giureconomiche, tuttavia, consentono di comprendere perché il controllo giurisdizionale possa migliorare la qualità delle decisioni amministrative e perché l'intensità del sindacato possa variare a seconda della convergenza o divergenza delle preferenze tra organi elettivi, agenzie amministrative e corti. La teoria dei giochi consente poi di ricostruire le possibili strategie processuali delle parti, soprattutto nell'ipotesi in cui si tratti di contestare le regole generali adottate dall'amministrazione. Ed infine, si può verificare se e in che misura le azioni civili di danno contribuiscano ad incentivare la conformazione dell'amministrazione al mandato legislativo e a ridurre i costi degli 'incidenti pubblici'”.

Realisticamente, a questo proposito, non sarà inutile sottolineare che i costi degli incidenti ricadono comunque, indirettamente sui contribuenti, e ciò forse spiega la prudenza con la quale le Corti Amministrative riconoscono il risarcimento danni.

5. Il diritto dell'economia nella evoluzione dei settori scientifico-disciplinari

5.1. Diritto dell'economia: da raggruppamento disciplinare autonomo (Jus 5) a sottosettore del diritto internazionale

Come si accennava nel paragrafo introduttivo dal punto di vista accademico (e quindi scientifico) la materia di insegnamento del diritto dell'economia è transitata (si spera definitivamente) da settore autonomo dell'area di Giurisprudenza *Jus 05X* a sottosettore del macrosettore di diritto internazionale, comunitario e comparato.

Infatti in base al d.m. emanato *ex art.* 14 della legge n. 240/2010 il diritto dell'economia è confluito nel macrosettore 12/E – Macrosettore – DIRITTO INTERNAZIONALE, DELL'UNIONE EUROPEA, COMPARATO, DELL'ECONOMIA E DEI MERCATI di cui costituisce 12/E3: DIRITTO DELL'ECONOMIA E DEI MERCATI FINANZIARI ED AGROALIMENTARI.

Il settore comprende l'attività scientifica e didattico – formativa degli studi relativi alla regolamentazione delle attività economiche, volti ad approfondirne i profili pubblicistici e privatistici secondo un metodo interdisciplinare, tenendo conto della dimensione plurale e multilivello della regolazione. Gli studi attengono alla disciplina delle attività dei privati e dei pubblici poteri a tutti i livelli, che riguardano lo svolgi-

⁶ In G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *op. cit.*, pp. 277-278.

mento e la regolazione delle attività economiche: dall'industria, ai servizi pubblici, ai mercati bancari, finanziari ed assicurativi, alle infrastrutture ed ai mercati agricoli-alimentari.

Resta quindi consolidato da un lato che lo studio del diritto dell'economia è unitario (sono aboliti gli steccati tra diritto pubblico e privato, tra diritto sostanziale e processuale).

Dall'altro che deve essere effettuato con metodo interdisciplinare e potenzialmente comparativo, tenendo conto della dimensione multilivello e pluralistica della regolazione.

Tuttavia almeno dalla declaratoria delle competenze del settore (che ha carattere precettivo in quanto informa gli ordini degli studi delle Facoltà-Dipartimenti di Giurisprudenza in base ai dd.mm. nn. 509/1999, 270/2004, pur nel rispetto della libertà di insegnamento e della ricerca scientifica, garantito dall'art. 33 Cost. e recentemente ribadito dalla legge Gelmini n. 240/2010), non si accetta per il momento uno studio giuridico globalizzante del diritto dell'economia che più correttamente confluisce negli aspetti del diritto internazionale pubblico e privato.

È peraltro sintomatico che, sempre nella declaratoria del sottosectore si dichiara che gli studi attengono alla disciplina delle attività dei privati e dei pubblici poteri a tutti i livelli, che riguardano lo svolgimento e la regolazione delle attività economiche: come già avevo rappresentato nel 1996 con la monografia *il Diritto Pubblico dell'Economia nella Integrazione Europea* (Nis, Roma 1996) la dottrina tradizionale aveva un po' trascurato l'azione dei privati, oggetto piuttosto di serrata analisi nel quadro della "Disciplina pubblica dell'impresa privata". Sotto questo profilo rimane scultorea e insuperabile la sistemazione operata da M.S. GIANNINI nel *Diritto Pubblico dell'Economia* (il Mulino, Bologna, n.e. 1995) nel quadro di una ideologia tendenzialmente socialista e nell'ambito del modello della *integrationslebre* (integrazione politica) di Rudolf Smend. Viceversa, la perdita di sovranità degli Stati a favore delle entità multinazionali e sovranazionali, l'emersione di organismi privati di attestazione e certificazione; ma soprattutto il passaggio dello status individuale da cittadino titolare di diritti e di doveri, a quello di soggetto produttore e consumatore hanno reso assolutamente necessario riequilibrare l'approccio pubblicistico con quello privatistico.

Ciò comporta che, ferma restando l'individuazione unitaria ed il metodo interdisciplinare del diritto dell'economia vi è una legittima articolazione in partizioni didattiche generali e in partizioni settoriali.

Due sono tuttavia le opzioni fondamentali nel ricercare, insegnare e anche imparare questa affascinante (ma anche "deviante" disciplina):

a) quale apporto deve essere dato dalla analisi economica del diritto che – come si è visto nel paragrafo precedente – ormai tocca tutte le branche e settori del diritto. Ad esempio, in molte Università degli Stati a *common law* il diritto dell'economia e l'analisi economica del diritto finiscono per coincidere praticamente. Negli Stati di *civil law* la situazione è più frastagliata, anche in relazione talvolta ad una minore attenzione all'insegnamento e all'impatto dell'analisi economica del diritto sulle discipline giuridiche.

In proposito, la mia opzione di fondo è che, tutti gli studi giuridici debbano fare

riferimento come principi generali alla filosofia ed in particolare alla filosofia del diritto. Del resto, come notavo, proprio un autorevole studioso (Minda) ha classificato l'analisi economica del diritto tra le teorie postmoderne del diritto stesso.

Ciò consente da un lato di non enfatizzare troppo il ruolo della AED quasi che sia una panacea di tutti i mali; dall'altro di non compiere quell'errore di prospettiva (analisi per micro periodi storici) che spesso capita non solo agli economisti ma anche ai giuristi, compresi gli storici del diritto;

b) quale proporzione si deve seguire nella redazione di un manuale, nella programmazione di un corso e nello stesso apprendimento di un esame tra le varie parti di cui idealmente si compone. A mio personale avviso, se l'insegnamento riguarda una delle partizioni generali che verranno sotto esaminate, è giusto ed onesto riservare alla parte relativa (es. diritto "pubblico" dell'economia) uno spazio preponderante, anche se ormai non è agevole districare il pubblico dal privato.

Se viceversa si studia un'articolazione settoriale, non sarebbe scientificamente legittimo, sempre a mio personale avviso, privilegiare o addirittura trattare esclusivamente un aspetto pubblicistico, piuttosto che privatistico: un profilo processuale invece che sostanziale. Ad esempio, il diritto della concorrenza è uno ed unitario e non può essere disarticolato per ragioni di comodo o di limiti di competenza. In tal caso, sull'esempio collaudato di tante discipline anche giuridiche, sarà maggiormente opportuno articolare il volume in una pluralità di contributi ciascuno per la parte di propria specializzazione.

Infine, come si avrà modo di indicare più diffusamente, una trattazione veramente moderna del tema non può trascurare l'impatto delle neuroscienze sulla economia e sul diritto.

È vero che siamo (specialmente in Italia) ancora agli albori di questa fantastica e affascinante disciplina: peraltro, in America hanno preso le cose molto sul serio se è vero che i finanziamenti elargiti ammontano a parecchi milioni di dollari e a capo delle ricerche sono stati messi eminenti neuro scienziati, anche alcuni premi Nobel.

Sotto questo profilo, peraltro, la cosa più confortante è che essi – lungi dall'aver un atteggiamento scienziata e positivista – confermano i risultati ai quali la filosofia è pervenuta secoli fa (es. Spinoza) o addirittura da millenni (es. Platone, Aristotele).

Segno che, da un lato, nessuno possiede la verità ma tutti siamo portatori con il nostro sforzo di ricerca e di comprensione di semplici "frammenti di verità". Dall'altro che nell'ambito epistemologico il diritto, anche se si chiama "diritto dell'economia", non può prescindere dai principi di fondo che governano l'essere umano e che sono: individualità, socialità, empatia, senso di limitazione, ricerca del benessere materiale ma anche spirituale, desiderio di immortalità e comune senso di appartenenza alla medesima specie animale.

5.1.1. *Diritto internazionale dell'economia*

Questa disciplina, relativamente recente, ha avuto in un certo senso lo stesso percorso, o meglio, destino del diritto pubblico dell'economia "nazionale". Come quest'ultimo inizialmente era trattato nell'ambito del diritto amministrativo e/o del diritto pubblico, così il diritto internazionale dell'economia veniva marginalmente trattato

nell'ambito del diritto internazionale. E infatti, ancora oggi, in alcuni corsi ufficiali, la trattazione parte pur sempre dalla nozione di diritto internazionale e dei soggetti del diritto internazionale, delle fonti di tale diritto, dei rapporti reciproci, e soprattutto dei principi generali o settoriali che ne costituiscono l'ossatura.

Parte non irrilevante della dottrina, peraltro, ne ha ormai rivendicato l'autonomia rispetto alla disciplina madre, in specie giustificandone il distacco a causa della portata della globalizzazione economica, delle relazioni transnazionali in materia economica, dello sviluppo della cooperazione internazionale, della importanza, anche giudiziale, che organismi formalmente privati hanno assunto in tale contesto.

Si è giunti così alla individuazione di soggetti o attori del diritto internazionale dell'economia, di particolari fonti, prima tra le quali la c.d. *lex mercatoria* e i principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali, i tipi e modelli di arbitrati internazionali.

Tra i soggetti più rilevanti vengono studiati l'OMC (organizzazione mondiale del commercio), l'FMI (fondo monetario internazionale); la WBG.

– L'OMC (organizzazione mondiale per il commercio denominata anche *World Trade Organisation*) creata nel 1995 a seguito dell'Accordo GATT del c.d. Uruguay Round, ha come scopo fondamentale l'abbattimento delle barriere doganali non solo per i prodotti ma anche per i servizi e la proprietà intellettuale: in altri termini si propone di favorire un mercato unico mondiale del commercio di beni e servizi. Per la sua importanza essa ha una cospicua articolazione anche con sezioni dedicate alla risoluzione dei conflitti in materia di commercio;

– l'FMI istituita nel 1950 ha come scopo statutario facilitare l'espansione del commercio internazionale; promuovere la stabilità e l'ordine dei rapporti di cambio evitando svalutazioni competitive; dare fiducia agli Stati membri rendendo disponibili con adeguate garanzie le risorse del Fondo per affrontare difficoltà della bilancia dei pagamenti; in relazione con i fini di cui sopra abbreviare la durata e ridurre la misura degli squilibri delle bilance dei pagamenti degli Stati membri. Promuovere la cooperazione monetaria internazionale; in particolare il FMI dovrebbe regolare la convivenza economica e favorire i paesi in via di sviluppo;

– la BM, Banca mondiale, originariamente creata nel 1945 con il nome di Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo ed oggi designata con il nome di World Bank Group che comprende ben cinque istituzioni:

– la citata Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo (IBRD);

– l'Agenzia Internazionale per lo sviluppo (IDA) la cui azione riguarda essenzialmente i paesi meno sviluppati;

– la società Finanziaria Internazionale (IFC) per finanziare prestiti ed investimenti effettuati dalle imprese pubbliche e private nei c.d. Stati a rischio;

– il Centro Internazionale per il regolamento delle controversie relative agli investimenti (ICSID);

– l'Agenzia multilaterale di garanzia degli investimenti (MIGA) operante soprattutto in materia di prestiti.

Vi sono poi organizzazioni di settore di grande rilevanza come l'organizzazione mondiale del Turismo, l'Organizzazione internazionale del Lavoro, il Comitato Olim-

pico Nazionale, ecc.; tutti tasselli attorno ai quali dovrebbe costituirsi una organizzazione giuridica globale. Peraltro essendo organizzazioni internazionali che curano una pluralità di interessi anche se con ricadute economiche molto significative spesso sono oggetto di trattazione nell'ambito del diritto pubblico o amministrativo. Sono invece essenziali ai fini della globalizzazione gli istituti di normazione, certificazione e attestazione tecnica quali l'ISO (International standard organisation denominata anche Organizzazione Internazionale per la Normazione), l'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico), e le Agenzie presso l'ONU (Unesco, Fao, ecc.).

5.1.2. *Il diritto comunitario dell'economia*

Mentre il diritto internazionale dell'economia può essere considerato allo stato attuale come una disciplina giuridica tuttora in formazione ed in evoluzione, il diritto comunitario dell'economia presenta un grado più che sufficiente di stabilizzazione, almeno dalla data della sottoscrizione dell'Atto Unico Europeo (1992). A rigore di termini si dovrebbe distinguere tra un diritto comunitario dell'economia e un diritto "europeo" dell'economia (corrispondente grosso modo alla distinzione tra Stati appartenenti alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e Stati appartenenti all'Unione Europea). Vi sono infatti ad esempio Stati che, come la Svizzera, pur non aderendo alla Unione Europea fanno parte dello Spazio Economico Europeo. In tal caso, peraltro, sembra più corretto inquadrare tali problematiche pur sempre nell'ambito del diritto internazionale dell'economia sotto il profilo della disciplina degli scambi in ambito regionale (EFTA, NAFTA, MERCOSUR, ASEAN ed appunto lo SEE).

Anche se non è stato purtroppo ratificato il Trattato che istituiva la Costituzione Europea, quantomeno dopo la ratifica del Trattato dell'Unione Europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, è ormai costituzionalizzata la Carta dei Diritti della Unione Europea che fa parte integrante dei Trattati. Pertanto vi sono dei principi generali dai quali è possibile ricavare una nozione scientifica, didattica ma anche dogmatica di Costituzione Economica Europea, al pari di quella Italiana (artt. 41, 43). Anzi, come per l'Italia, si può lecitamente parlare di Costituzione Economica Europea in senso stretto ed in senso ampio. Come ho avuto occasione di sostenere in un precedente saggio⁷ il diritto comunitario ha avuto una fortissima rilevanza giuridica sul diritto pubblico dell'economia degli Stati membri, tant'è che si può ragionevolmente affermare che gran parte del diritto pubblico nazionale dell'economia si è sovranazionalizzato, cioè si è trasferito in sede comunitaria quale diritto pubblico dell'economia comunitario. I principi fondamentali della integrazione comunitaria con particolare riguardo alle relazioni tra ordinamento giuridico europeo e ordinamento giuridico nazionale sono ormai, secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ma anche secondo la Corte Costituzionale italiana (sent. n. 429/2006), nel senso della integrazione reciproca e non più della separazione coordinata con prevalenza del diritto comunitario. Infatti in molte materie economiche (ad esempio appalti e concessioni) il legislatore e il giudice italiano applicano i principi generali del diritto comunitario anche sotto la soglia di rilevanza europea.

⁷ E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia*, cit., in particolare le pp. 82-91.

Nel quadro dei principi assumono valore preponderante le quattro libertà economiche fondamentali (libera circolazione delle merci, dei lavoratori subordinati ed autonomi, dei servizi, dei capitali e dei mezzi di pagamento) ma anche altre libertà collegate ai diritti di seconda o terza generazione (diritti sociali; diritti dei consumatori, ecc.). La proprietà e l'impresa vengono del resto tutelate quali diritti fondamentali dalla Carta dei Diritti agli artt. 16 e 17. Oggetto fondamentale della materia è lo studio non solo delle fonti comunitarie, della loro prevalenza e diretta applicabilità e dell'obbligo di applicazione e interpretazione conforme e uniforme; ma anche delle azioni dirette ed indirette (azione di uniformazione o sostituzione delle discipline nazionali; di armonizzazione procedurale e sostanziale, azione indiretta mediante il mutuo riconoscimento e l'equipollenza) per avvicinare le legislazioni economiche nazionali. Fondamentale è dunque lo studio del mercato unico, delle norme e politiche di concorrenza, delle eccezioni alla concorrenza, degli aiuti pubblici, delle liberalizzazioni e privatizzazioni. Forma oggetto di studio anche l'organizzazione giuridico-economica comunitaria: in particolare la Commissione UE, in veste di autorità Antitrust; le altre Autorità Indipendenti, le Agenzie, gli Organismi di normazione e accreditamento. Dal punto di vista funzionale vengono studiate le funzioni normative, di governo e di regolazione dell'economia, le politiche comunitarie alcune delle quali sono il cuore del diritto dell'economia (oltre alla politica della concorrenza, quella economica, monetaria, valutaria, doganale e fiscale; la politica commerciale; quella bancaria, assicurativa e dei valori mobiliari; la politica in materia di reti (trasporti, telecomunicazioni, energia, infrastrutture; la politica agroalimentare e della pesca). E per la straordinaria sua importanza la tutela giurisdizionale ed i mezzi alternativi di risoluzione conflitti.

5.1.3. *Il diritto pubblico nazionale dell'economia*

Nella prospettiva sopradescritta è fin troppo evidente che i diritti pubblici nazionali o statali dell'economia vanno gradualmente perdendo terreno. Il fatto che, nello scorso anno, un organo economico della Unione Europea, quale la BCE (Banca Centrale Europea), abbia potuto addirittura dettare ad un Governo politico di più Stati membri (non solo l'Italia dunque) la politica legislativa per evitare il default mostra quanto sia effettiva la perdita di sovranità degli Stati membri in materia economica. Si può, anzi, affermare che il cuore della sovranità economica risiede ormai solamente nella politica fiscale, peraltro anche esso oggetto di progressiva e inarrestabile armonizzazione.

Nondimeno, si può anche affermare che gli Stati nazionali conservano una propria costituzione economica anche se essa va interpretata in modo quanto meno "compatibile" con quella europea, una potestà di articolazione delle funzioni tra Stato, Regioni ed Enti locali territoriali. Sotto questo profilo la recente riforma, tuttora in corso, di completamento e di attuazione, denominata federalismo costituzionale, costituisce un'aperta sfida per modernizzare lo Stato e cercare di riprendere lo sviluppo del Sistema-Italia.

Dal punto di vista organizzativo il diritto pubblico dell'economia studia innanzitutto i soggetti di governo, centrali e locali, con particolare riguardo alle Autorità Amministrative Indipendenti e alle Agenzie; l'apporto di altri soggetti "attori del

mercato unico” quali gli Organismi di normazione tecnica e di certificazione; gli Osservatori di politica economica, generali e settoriali, i consumatori e loro associazioni legalmente riconosciute.

Sotto il profilo funzionale le politiche degli Stati membri sono pressoché corrispondenti a quelle comunitarie alle quali debbono peraltro sottostare, con diverso grado di vincolo a seconda dei settori considerati; in particolare appare molto recesiva la funzione di pianificazione economica rispetto a quella di regolazione del mercato. Si riducono anche le funzioni “sovrane” dello Stato rispetto ai servizi di interesse generale economico e non economico. Basti pensare che, dalla antica nozione di servizio pubblico (presente a livello Costituzionale con gli artt. 41 e 43 Cost.), si è passati anche nel linguaggio giuridico nazionale ad utilizzare quella di servizio di interesse generale economico e non economico, di servizio universale, di obbligo di servizio pubblico, ecc.

Di grande importanza anche la recentissima politica di liberalizzazione e di privatizzazione di beni, di attività, di servizi e perfino del mercato del lavoro ancora contrassegnato dalle rigidità proprie dello stato sociale di diritto, transitando verso una cultura e una legislazione proprie dello Stato sociale di mercato, sull'esempio del modello adottato da altri Stati leaders dell'Unione Europea quali ad esempio la Germania.

La stessa attività legislativa e amministrativa, che costituiva il cuore del diritto pubblico dell'economia, va mutando di pelle: la legge di stabilità finanziaria ha sostituito le vecchie leggi finanziarie, e sempre di più si consolida la prassi (alquanto discutibile dal punto di vista della legittimità costituzionale) della c.d. amministrazione per legge (soprattutto a livello regionale). L'attività amministrativa tende a deformalizzarsi, e ad impiegare moduli negoziali anche nell'esercizio di funzioni pubbliche, attraverso la negoziazione (es. in materia ambientale, di beni culturali e di governo del territorio). L'attività amministrativa di diritto privato segue pedissequamente standard europei in materia di appalti, di concessioni di beni e servizi e nell'ampio settore del c.d. partenariato pubblico privato. Vi sono giurisdizioni, dedicate soprattutto ai conflitti in campo economico, quale la giurisdizione amministrativa (soprattutto nell'esercizio della c.d. giurisdizione esclusiva) o quella tributaria.

Sono stati introdotti mezzi alternativi di risoluzione delle controversie soprattutto attraverso l'istituto della mediazione mediante conciliazione.

In definitiva si può affermare che una trattazione completa del diritto pubblico dell'economia deve essere *multi-level* come la legislazione, l'attività amministrativa e le giurisdizioni. Deve quindi comprendere lo studio del diritto internazionale e del diritto comunitario dell'economia oltre che quello del diritto nazionale dell'economia. Come sopra affermato, per ragioni di “forza economica” i diritti nazionali in campo economico convergono sempre più rapidamente verso un modello ed un mercato europeo unitario (il più importante del mondo nel quale confluire definitivamente).

5.1.4. *Il diritto privato dell'economia*

Anche per il diritto privato dell'economia si pongono talune opzioni fondamentali, a partire dal costante ed attento riferimento ai fenomeni dell'economia e del mer-

cato, a quello delle forme organizzative dei soggetti che ivi operano (si pensi alla c.d. riconcettualizzazione nel contesto europeo), dei consumatori ed utenti di beni e servizi, della qualificazione in termini di beni economici e giuridici dei dati personali e la loro circolazione secondo il diritto delle obbligazioni.

È quindi una scelta personale quella di trattare interamente la materia ovvero di focalizzarne l'attenzione su singoli settori.

Tuttavia, a mio avviso, vi sono settori essenziali che non possono essere trascurati in una trattazione avente questo oggetto: essi sono i settori della disciplina del mercato e della sua incidenza sul contratto, dell'impresa nel diritto privato europeo, nel tendenziale superamento della dicotomia italiana pubblico/privato, dei nuovi beni del mercato, con riguardo ad es., alla questione dei dati personali quali beni giuridici suscettibili di circolazione ed operazioni economiche, dei consumatori e degli utenti di servizi, delle reti e dei servizi, di alcuni contratti.

Vi sono del resto manuali di insigni Maestri come ad esempio il Manuale di Diritto Privato di Pietro Trimarchi, ispirati ad una trattazione unitaria e aperta all'analisi economica del diritto di cui il Maestro è stato un precursore.

5.1.5. *Il diritto penale dell'economia*

Il diritto penale dell'economia è divenuto uno dei più ampi settori del diritto dell'economia sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo. Solo per ragioni di equilibri accademici, esso è stato escluso dal settore *Jus 05X* mentre, l'attuale esclusione e la sua confluenza nel macrosettore di diritto penale, sembra maggiormente giustificata dalla attrazione del diritto dell'economia nel diritto internazionale e comunitario. È vero che, ormai anche il diritto penale, presenta un non trascurabile aspetto comunitario al punto che, in gergo non tecnico, si parla frequentemente di reati comunitari. D'altra parte la giurisprudenza anche a livello delle Supreme Corti, ha dovuto aderire alla disapplicazione delle norme penali incompatibili con il diritto europeo, salvi i casi (es. ambiente) nel quale lo Stato può garantire un livello di protezione più ampio di quello comunitario, anche con sanzioni di tipo penale.

È peraltro molto difficile stabilire i confini del diritto penale dell'economia, perché laddove la violazione di un determinato comportamento in campo economico è sanzionata penalmente, ivi il diritto penale dell'economia ha una naturale legittimazione.

Si può probabilmente definire un campo ristretto del diritto penale dell'economia che riguarda prima di tutto il diritto societario (dove peraltro già esiste una specifica disciplina, il diritto penale commerciale), ma anche il diritto bancario, assicurativo, la borsa e i valori mobiliari, tutti i reati finanziari e fiscali.

Ma è altrettanto legittimo ampliare i confini a materie che hanno una sicura ricaduta ed impatto economico, quali il diritto penale dell'ambiente e dei beni culturali e paesaggistici; il diritto penale del territorio, il diritto penale della proprietà intellettuale e dei beni immateriali, ecc.

In effetti, sotto un certo profilo, anche i reati che sono collegati alla pubblica amministrazione rientrano in questa ampia disciplina in quanto dovrebbero costituire severe misure anti corruzione. Reati come la turbativa d'asta, l'abuso di ufficio, la ri-

velazione di segreti d'ufficio, il falso in atto pubblico o in certificazioni amministrative rientrano a pieno titolo in questa materia. In conclusione, vale forse ancora più per il diritto penale che per quello amministrativo il rilievo che, l'aggancio dello studio della disciplina a valori economici anziché ai tradizionali valori etici segna il passaggio da una cultura della legalità amministrativa a quella della legalità del mercato. Ciò che era un fine diventa un risultato, ma, dal punto di vista degli effetti, forse la seconda prospettiva è più efficace.

5.1.6. *Il diritto processuale dell'economia*

Infine, tra le partizioni generali del diritto dell'economia, compare quello processuale. Invero, fino ad ora il diritto processuale è stato in misura maggiore o minore, attirato dal corrispondente diritto sostanziale. Così nel diritto pubblico dell'economia trova posto la trattazione della giurisdizione amministrativa ordinaria e specializzata (Tribunale delle Acque, Commissario Usi Civici, Ufficio Brevetti, ecc.), della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa e contabile; e infine della giurisdizione delle Commissioni Tributarie in materia fiscale.

Altrettanto nel diritto privato dell'economia accade, o potrebbe accadere, per i "tribunali delle imprese" (secondo il d.l. n. 1/2012) e in generale per il processo societario e commerciale; per la tutela dei consumatori ed utenti dei servizi pubblici mediante la class action di cui all'art. 140 del codice del consumo ovvero, nei confronti della pubblica amministrazione, di cui al d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 di attuazione della delega contenuta nell'art. 4 della legge n. 15/2009); per l'azione di risarcimento del danno in materia ambientale, ecc.

Ed infine, anche il diritto penale dell'economia attrae a sé il processo: dalle costituzioni di parte civile nei reati ambientali, ed urbanistico-edilizi, a quelli relativi alla violazione delle norme sulla sicurezza nei luoghi di lavoro, ecc.

Tuttavia ho l'impressione che questo sia un modo troppo vecchio di procedere. In disparte restando la questione, pur affrontata in non pochi manuali di analisi economica del diritto, della utilizzazione di tale disciplina ai fini della efficienza della legislazione processuale (sia per i processi di cognizione che soprattutto per quelli di esecuzione), vi è un'oggettiva tendenza e convenienza a saldare procedure e processi tra di loro del tutto speculari.

Un esempio che mi sembra molto calzante è quello della class action nei confronti della pubblica amministrazione introdotta con il d.lgs. n. 198/2009 cit. Mi domando se sia ancora attuale, almeno dal punto di vista del diritto dell'economia, una divisione in base al criterio dell'esercizio del potere o viceversa del comportamento, quando, in ultima analisi, si tratta di tutelare comunque diritti ed interessi individuali, collettivi e diffusi.

È proprio la distinzione corrente tra produttore e consumatore che ha preso il posto di quella classica, riecheggiata nell'art. 2 della nostra Costituzione che, nell'ambito di uno stesso individuo, vedeva distinti ed articolati diritti e doveri, sia nella sfera appunto individuale, che in quella sociale e politica.

Tendenzialmente quindi anche la materia processuale del diritto dell'economia dovrebbe poter essere trattata in modo unitario, per offrire una visione complessiva

dello stato di legalità ed efficienza del sistema giuridico in un determinato Paese.

Viceversa, l'attenzione mi sembra focalizzata più sulle misure organizzative che sul rispetto dell'unità funzionale delle giurisdizioni. Più sulla efficienza e produttività dei magistrati soprattutto ordinari (v. la recente legge Mastella) che sulla effettività della tutela giurisdizionale e sul rispetto del principio del giusto processo.

Nel denunciare la scarsa effettività e l'alto costo complessivo della giustizia italiana (tutta, ma in specie quella civile e penale) l'analisi economica del diritto ha certamente ragione, ma non si risolve il problema imponendo costi sproporzionati (come ad esempio quello del contributo unificato nelle controversie degli appalti pubblici o contro i provvedimenti delle Autorità Indipendenti), ovvero ponendo filtri di ammissibilità all'azione, quali le diverse condizioni di procedibilità, ovvero alle impugnazioni, in grado di appello o di ricorso per cassazione. Vi è a monte un problema di politica economica della giustizia che, piaccia o no, è intimamente collegato al valore che la politica assegna al servizio giustizia. E non si possono, sotto questo profilo, addurre scuse relative allo stato di dissesto finanziario pubblico quando tuttora per le spese militari o per infrastrutture di dubbia utilità sono stanziati cifre enormi.

In realtà occorre togliere la maschera alla ipocrisia politica come il neuro diritto comincia a fare con molta semplicità: se provvedimenti a favore del servizio giustizia non vengono presi (quali ad esempio gli investimenti nel settore delle scuole di specializzazione per l'accesso alle professioni legali o l'incremento dei suoli organici nel settore della giustizia civile, penale ed amministrativa,) è segno che la politica semplicemente "teme" la giustizia. Non parliamo poi dell'assetto organizzativo e funzionale del giudice tributario, che pure oggi assume un'importanza enorme anche ai fini del recupero di enormi risorse frutto dell'evasione fiscale.

5.2. Segue: *le partizioni settoriali*

Prima di illustrare gli argomenti fondamentali delle c.d. partizioni settoriali del diritto dell'economia è necessaria un'avvertenza generale per il lettore: tali partizioni non sono omogenee in quanto possono nascere e consolidarsi per una diversità di fattori quali:

- l'omogeneità dell'oggetto studiato e "sistematizzato" come il diritto bancario o quello delle assicurazioni;
- l'omogeneità del settore, anche se originariamente non è nato come ordinamento giuridico sezionale, secondo la nota teoria di Santi Romano sviluppata successivamente da Autori quali M.S. Giannini e M. Nigro.

Tale per esempio appare il diritto della concorrenza che riguarda sia settori aperti alla concorrenza nel mercato naturale (quali quelli sottoposti alla vigilanza dell'Autorità nazionale e comunitaria garanti delle regole di tutela della concorrenza e del mercato), sia prima esclusi ed ora parzialmente liberalizzati attraverso una concorrenza che, in alcuni casi, è tale solo limitatamente alla fascia di mercato o fase di attività liberalizzata (es. fase di produzione dell'energia elettrica e del gas naturale); sia in concorrenza per acquisire il mercato riservato per alcuni anni, attraverso la concessione di diritti speciali ed esclusivi (l'intero settore dell'energia elettrica, e del gas sottoposti