

Capitolo 1

Tra diritto ed economia

SOMMARIO: 1. Il costo dei diritti. – 2. Il ruolo dell'Economia per il Diritto. – 3. Il ruolo del Diritto per l'Economia. – 4. Cos'è l'analisi economica del diritto?

1. Il costo dei diritti

I diritti, e di conseguenza le norme giuridiche che ne riconoscono l'esistenza e ne garantiscono il rispetto e la tutela, sono spesso dati per scontati in una società, come quella in cui viviamo, che si professa democratica e moderna.

Com'è noto, i diritti più importanti sono garantiti dalla Carta costituzionale: nonostante ciò, alcuni di essi sono rimasti fino ad oggi senza compiuta applicazione nel mondo reale. Sono i cosiddetti diritti *programmatici*, il punto di riferimento del legislatore, che se proprio non possono essere affermati e riconosciuti non devono almeno essere palesemente negati. È il caso del diritto alla salute o del diritto(-dovere) al lavoro. Di contro altri diritti si sono affermati nel corso dei decenni trovando piena tutela: per citarne alcuni, basti pensare al diritto alla *privacy* o al diritto all'informazione.

È interessante chiedersi cosa determina la precedenza attribuita dall'ordinamento all'applicazione di certi diritti rispetto ad altri. Probabilmente non esiste una risposta univoca a questa domanda, così come molteplici possono essere le preferenze degli individui riguardo ai diritti che vorrebbero vedere riconosciuti e garantiti. Si potrebbe pensare che la legge debba dare precedenza ai diritti più importanti. Scontata la difficoltà di fornire un *ranking* dei diritti che metta d'accordo tutti, resta comunque poco condivisibile la tesi che attribuisce al diritto alla *privacy* più importanza del diritto al lavoro o addirittura del diritto alla salute, anche se probabilmente tale diritto di fatto è meglio tutelato.

Da economisti, tuttavia, una risposta obiettiva possiamo fornirla: l'applicazione concreta e piena dei diritti si scontra inequivocabilmente con i costi legati alla loro salvaguardia. Si pensi al diritto al lavoro: assicurarlo a tutti i cittadini comporterebbe delle spese incommensurabili in termini di salario, assicurazione contro gli infortuni, contributi pensionistici, ecc. Chi dovrebbe accollarsi tali oneri?

Ancora più eclatante è il caso del diritto alla salute. L'art. 32, co. 1, Cost. recita "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti". Se, però gli indigenti devono aspettare molti mesi per un esame di *screening* o, peggio, per un'operazione salvavita, allora il loro diritto alle cure gratuite diventa inutile. Che la salute sia un fondamentale diritto dell'individuo è scontato e la sua tutela è certamente un interesse primario della collettività. Se tutti, ricchi e poveri, hanno diritto alla salute, garantire l'accesso indiscriminato alle cure sanitarie avrebbe, però, un costo elevatissimo, spesso non sostenibile anche per Stati, come il nostro, che pure puntano a *standard* di assistenza sanitaria pubblica elevati e spesso di grande qualità.

Ciò nondimeno, la parola diritto è fin troppo invocata e spesso abusata nei rapporti tra privati e in quelli tra privati e le pubbliche amministrazioni. Anche la proliferazione di Carte di diritti (più o meno) fondamentali istituite con trattati internazionali, cui gli Stati aderiscono sempre più in larga misura (almeno nel mondo occidentale), non fa altro che accentuare nella coscienza individuale la convinzione di essere padroni del mondo, protagonisti della vita civile e pubblica in un contesto economico e politico che si estende spesso oltre i confini della propria nazione di origine.

Tutto ciò è sicuramente molto seducente e si integra bene con la filosofia imperante nell'epoca storica in cui viviamo che ha rimesso l'individuo al centro di tutto. Bisogna essere solo disposti a pagarne il costo.

Non è sempre facile calcolare i costi dell'applicazione dei diritti; a volte questi costi sono semplicemente *unaffordable*, non sostenibili, e il "debitore del diritto" cerca una soluzione alternativa. Gli Stati a volte preferiscono pagare multe salatissime per la violazione dei trattati internazionali con i quali si sono impegnati senza successo a garantire determinati *standards* alle persone (cittadini e non) che vivono più o meno stabilmente nel loro territorio¹. Allo stesso modo, molti imprenditori decidono di spostare la pro-

¹Emblematico al riguardo è il caso della sentenza Torreggiani: nel 2013 la Corte

duzione all'estero attratti da una minore pressione fiscale e/o da normative che riconoscono meno diritti ai lavoratori.

Insomma, la decisione dell'operatore pubblico in merito ai diritti cui dare pieno o parziale riconoscimento e ai diritti da lasciare "sulla carta" è spesso frutto di una scelta politica che risente anche del problema legato ai costi della loro piena e corretta applicazione. In economia tale situazione può essere considerata un esempio chiaro ed evidente di "scelte difficili", a volte anche "tragiche", che lo Stato è chiamato a prendere.

2. Il ruolo dell'Economia per il Diritto

Se la protezione dei diritti, che è il mezzo attraverso cui lo Stato garantisce la pace sociale, è (o può essere) inficiata da considerazioni di mero ordine pratico, come quello della sostenibilità economica di tale protezione, allora è anche lecito chiedersi se la teoria economica può fornire al legislatore un aiuto per superare l'*empasse*.

Nel dare una risposta positiva a questa domanda bisogna anche chiarire *a priori* una questione di metodo. Mentre nella logica giuridica i diritti, e quindi le norme che li riconoscono e tutelano, rispondono a principi più o meno astratti (moralì, sociali, a volte religiosi), dal punto di vista economico le norme rilevano, invece, in termini di mero incentivo/disincentivo sul comportamento umano. Ne deriva che una norma che il diritto considera "giusta" in quanto espressione di determinati principi e ideali potrebbe essere considerata "sbagliata" seguendo una logica economica se poi gli individui non orientano i loro comportamenti nella direzione voluta dalla norma stessa. A volte principi e incentivi vanno di pari passo e il dialogo tra diritto ed economia è agevole; altre volte, invece, le cose sono più complicate.

Si pensi all'omicidio stradale. Il codice penale prevede che in tale caso il responsabile risponda per colpa e non per dolo poiché, pur avendo volutamente scelto di consumare alcool, non per questo avrebbe voluto causare la morte. La pena per l'omicidio colposo è di gran lunga inferiore rispetto all'equivalente delitto doloso e l'opinione pubblica da tempo lamentava la necessità di inasprire tale pena. Nel diritto penale, infatti, l'elemento che serve

EDU ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo (CEDU) per trattamenti inumani e degradanti ai danni di alcuni detenuti costretti in celle con spazio vitale inferiore a 3 metri quadri *pro capite*.

da disincentivo della condotta che si vuole sanzionare è proprio la pena e la sua asprezza. La legge n. 41/2016 ha introdotto la fattispecie di omicidio stradale con un inasprimento delle pene rispetto a quella prevista per il comune omicidio colposo: se ciò sarà sufficiente a ricondurre la condotta dei guidatori (ammesso che si diffonda tra di loro una sufficiente consapevolezza dei rischi giuridici derivanti da condotte di guida irregolari) sulla strada del buon senso e della morigeratezza con il gomito si vedrà, ma di certo i puristi del diritto lamentano un'irragionevole sproporzione rispetto all'omicidio colposo.

Altro serio problema nei rapporti tra diritto ed economia è che il primo non può prescindere dalla cultura e dalla morale della società, mentre la seconda è una scienza sì sociale, ma che per definizione prescinde da valutazioni etiche (a meno che queste non siano poste espressamente come vincoli dai *policy markers*).

Si pensi, ad esempio, al caso delle adozioni.

La legge prevede un lungo e faticoso iter per le coppie che desiderano adottare un bambino, essenzialmente giustificato dalla necessità di tutelare il minore, soggetto debole, e reso possibile dall'elevato numero di aspiranti genitori rispetto all'esigua disponibilità di bambini in condizioni di adottabilità. L'economia risolverebbe il problema alla sua maniera, applicando cioè l'unica regola che conosce, quella del mercato. Se si ammettesse la compravendita dei bambini, magari istituendo un unico organismo centralizzato e controllato che possa *venderli* in condizioni di piena tutela delle loro necessità, il meccanismo del prezzo risolverebbe il problema dell'eccesso di domanda: la risorsa verrebbe assegnata a chi è disposto a pagare di più. Un analogo ragionamento potrebbe ripetersi per la compravendita di organi o più semplicemente del sangue. Evidentemente una tale soluzione snaturerebbe il diritto e soprattutto offenderebbe ogni principio fondamentale della cultura occidentale. Potrebbe anche essere efficiente, ma sarebbe decisamente inaccettabile.

Va detto che l'economia negli ultimi decenni ha imparato ad uscire dai suoi schemi ammettendo qualcosa di diverso rispetto allo stereotipo dell'*homo oeconomicus* freddo, spietato, razionale, intento solo a massimizzare la soddisfazione del suo personale interesse. L'operatore economico si è adesso umanizzato, riesce a sentirsi in colpa nel tradire la fiducia della controparte (*guilt aversion*) e preferisce una distribuzione delle risorse più equa rispetto ad una che lo vede accaparrarsi tutta la torta ai danni degli altri (*inequity aversion*). Con l'affermarsi dell'economia del comportamento umano (*behavioural economics*), scienza che cerca di modellare sentimenti e modi di

agire dell'uomo reale dentro le rigide regole dei modelli economici tradizionali, si pongono, quindi, le premesse per un dialogo con il diritto che renda credibile la logica economica dell'*efficienza* anche alla luce dei rigidi principi giuridici di *giustizia*.

Peraltro, se l'efficienza non sempre è giusta, l'inefficienza è spesso ingiusta: sprecare risorse preziose come l'acqua, il cibo, l'ambiente o anche lo stesso denaro è sicuramente ingiusto.

3. Il ruolo del Diritto per l'Economia

Le regole sono sempre esistite e sempre sono state violate. Adamo ed Eva nel Paradiso Terrestre avevano una sola regola da rispettare, non mangiare dall'albero della conoscenza, e puntualmente quell'unica regola è stata violata. Nel Paradiso Terrestre, Adamo ed Eva non avevano un problema economico (cioè di scarsità di risorse), dal momento che tutto ciò di cui avevano bisogno esisteva in quantità illimitata. Non vi era, quindi, il rischio che sorgesse fra gli individui un *conflitto* sull'attribuzione delle risorse.

La punizione divina per il gesto di arroganza e ribellione dell'uomo consiste, quindi, nella condanna a vivere in un mondo dove le risorse sono limitate e in cui occorre lavorare per procurarsi da vivere. Ciò ha determinato, in un primo momento, la nascita di consuetudini e regole non scritte per delinere, da una parte, i confini della proprietà sulle cose e le modalità di scambio e, dall'altra, l'applicazione di sanzioni in caso di loro violazione. Proprio l'aspetto punitivo è stato enfatizzato da alcuni filosofi, ad esempio Hobbes, per spiegare la nascita e il ruolo dello Stato, inteso come un potere assoluto e tirannico (personificato nel *Leviatano*, un mostro biblico che si nutre del sangue delle sue vittime). Esso si impone sui *sudditi* per impedire con la forza assoluta del Governo la violenza fratricida fra privati (simboleggiata nella Bibbia da Caino che uccide Abele), data la loro incapacità di autogovernarsi.

Col passare del tempo e con l'evolversi della società e delle istituzioni, dalle consuetudini si è passati alle leggi scritte, in un primo tempo imposte dal sovrano o da una ristretta cerchia di governanti; successivamente, con l'affermarsi della democrazia, le leggi saranno approvate da un'assemblea eletta dagli stessi cittadini.

Il diritto positivo, inteso nella concezione moderna, nel corso dei secoli ha segnato, quindi, l'evolversi della società misurandone, allo stesso tempo, il *grado di libertà*.

Secondo una valutazione di efficienza, la libertà dovrebbe essere limitata soltanto nella misura in cui il suo esercizio incontrollato da parte di un individuo ne impedisce l'esercizio da parte di un altro. Ciò era già chiaro nel pensiero di E. Kant che sosteneva: "la costituzione che raggiunge il livello maggiore di libertà possibile attraverso le leggi è quella in cui la libertà di ciascuno coesiste con la libertà di tutti gli altri"².

Lo Stato, quindi, attraverso il diritto deve garantire (e non semplicemente limitare) la libertà dei cittadini dagli eccessi dell'egoismo e della violenza individuali. In tal senso, nell'ottica economica che studia il comportamento umano finalizzato alla massimizzazione dell'utilità personale, il diritto rileva proprio in quanto le norme in esso contenute sono un obiettivo strumento di misura del grado di libertà che lo Stato riconosce ai cittadini. A sua volta, il grado di libertà determina il comportamento degli operatori economici e, quindi, influisce sullo sviluppo economico di una determinata società, sicché l'efficienza di un mercato si misura dal grado di libertà che la legge gli riconosce. Non a caso, il progresso tecnico e scientifico che ha condotto alla rivoluzione industriale si è sviluppato per primo in un paese, il Regno Unito, che favoriva l'iniziativa economica privata e riconosceva anche i diritti di proprietà sulle opere dell'ingegno, in modo particolare i brevetti (al riguardo, cfr. cap. 6).

È anche vero comunque che quanto più una società è evoluta e complessa tanto più essa ha bisogno di un apparato normativo articolato. In tal senso, il diritto può essere considerato anche un utile parametro di riferimento per la *misurazione* dell'eterogeneità di una data società. In questa prospettiva, il diritto assume anche il ruolo di *argine artificiale* delle controversie e delle fratture sociali, politiche ed economiche, tanto nei rapporti orizzontali (tra cittadini) quanto nei rapporti verticali (tra cittadini e istituzioni).

4. Cos'è l'analisi economica del diritto?

Da quanto finora detto si possono trarre le premesse per un proficuo scambio tra economia e diritto che ha portato, inizialmente nei paesi di *common law* e di recente anche nella cultura giuridica europea di *civil law*, all'affermarsi dell'analisi economica del diritto quale settore autonomo di studi interdisciplinari in cui c'è spazio per una collaborazione tra giuristi ed

²I. Kant, *Critica della Ragion Pura*, II, i.1.