

Giulio Napolitano

*ANALISI ECONOMICA
DEL DIRITTO PUBBLICO*

Voce in Dizionario di Diritto pubblico
diretto da Sabino Cassese, Milano, 2006

zioni manualistiche, **5.** P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1950, II, p. 9 s.; **6.** G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 231 ss.; **7.** P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 221 ss.; **8.** C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1967, II, p. 588 ss.

IV. Sulle proposte di modifica dell'art. 79 cost. che hanno preceduto la l. cost. n. 1/1992 **1.** G. GEMMA, *Amnistia e indulto: revisione costituzionale o nuova giurisprudenza?*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 645 ss.; **2.** A. PIZZORUSSO, *Sulla modifica della disciplina costituzionale in tema di amnistia e indulto*, in *L'amnistia del 1990. Testo - Lavori preparatori - Analisi*, a cura di G. La Greca, Padova, Cedam, 1990, p. 47 ss. Per una critica ai recenti progetti di ulteriore revisione dell'art. 79 **3.** E. BALBONI, *Uso congiunturale della Costituzione: le proposte di riforma dell'art. 79*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 147 ss.

V. Sulle questioni sollevate dalla revisione dell'art. 79 cost. si sono specificamente soffermati **1.** G. GUIGLIA, *La revisione dell'art. 79 della Costituzione: profili ricostruttivi e*

spunti interpretativi, in *Quad. cost.*, 1992, p. 569 ss.; **2.** G. GEMMA, *Amnistia e indulto dopo la revisione dell'art. 79 Cost.*, in *Leg. pen.*, 1992, p. 349 ss.; **3.** S.M. CICCONE, *Prime riflessioni sul nuovo testo dell'art. 79 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3033 ss.; **4.** O. ROSELLI, *Legge costituzionale 6 marzo 1992, n. 1*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli, 1995, p. 620 ss.; **5.** G. CHIARA, *Gli istituti di «clemenza collettiva» nella revisione dell'art. 79 Costituzione*, in *St. parl. pol. cost.*, 1997, p. 57 ss.

VI. Tra i numerosi commenti alla folta giurisprudenza costituzionale in materia, **1.** G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e l'amnistia*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 528 ss.; **2.** G. GEMMA, *Un altro monito della Corte costituzionale contro l'abuso di clemenza*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 647 ss.; **3.** Id., *Una sentenza ispirata ad una corretta filosofia istituzionale*, in *Giur. cost.*, 1986, p. 1117 ss.; **4.** F. FELICETTI, *L'amnistia nella giurisprudenza costituzionale*, in *L'amnistia del 1990. Testo - Lavori preparatori - Analisi*, a cura di G. La Greca, Padova, Cedam, 1990, p. 33 ss.

ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Analisi economica e diritto pubblico. — 2. Dai «fallimenti del mercato» ai «fallimenti dello Stato». — 3. La Costituzione come documento economico e la teoria dei comportamenti strategici. — 4. La competizione tra governi e la concorrenza tra ordinamenti. — 5. La riforma della regolazione: incentivi e analisi costi-benefici. — 6. La «reinvenzione del governo» e il cittadino come cliente. — 7. Una regolamentazione efficiente dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati.

1. Analisi economica e diritto pubblico. — L'analisi economica del diritto è un metodo di studio che, attraverso criteri interpretativi propri delle scienze economiche, mira a verificare gli effetti di determinate regole e la loro congruenza rispetto ai fini perseguiti.

L'analisi economica del diritto nasce e si sviluppa nella seconda metà del Novecento, grazie soprattutto alla c.d. scuola di Chicago, nel segno di una radicale critica alle forme di intervento pubblico e di una fiducia nelle naturali capacità di autoregolazione del mercato. Ciò conduce ad approfondire gli istituti fondamentali del diritto comune, quali il contratto e la proprietà, intesi come pilastri della concezione capitalistica della giustizia [trattazioni organiche in R.A. POSNER (I.1); R.D. COOTER e T.S. ULEN (I.2); S. SHAVELL (I.4)]. Altri orientamenti, soprattutto nella c.d.

scuola di Yale, si caratterizzano, invece, per l'attenzione riservata ai profili di equità, accanto a quelli di mera efficienza, che emergono soprattutto nello studio della responsabilità e dell'assicurazione come strumenti connessi o alternativi alla regolamentazione amministrativa [per tutti, G. CALABRESI (I.5)]. Anche in Europa l'influenza degli originari orientamenti «antistatalisti» induce a privilegiare lo studio degli istituti privatistici: ciò soprattutto al fine di valutare come le soluzioni adottate in sede di codificazione civile siano poi interpretate nella giurisprudenza e con quali effetti. In Italia, l'analisi economica del diritto, inizialmente applicata allo studio della responsabilità [P. TRIMARCHI (I.6)], è sempre maggiormente utilizzata nello studio dei diversi campi del diritto privato e commerciale [una «ri-lettura» di uno dei più importanti testi

statunitensi in R.D. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI e T.S. ULEN (I.3); si v. anche F. DENOZZA (I.9)]. Il ricorso alle categorie economiche, in tal modo, contribuisce a innovare una dogmatica tradizionale, le cui capacità evolutive si erano per molti versi esaurite; non mancano, però, bilanci critici circa gli effettivi risultati così conseguiti e gli usi propri di tale metodo di indagine.

L'applicazione dell'analisi economica allo studio del diritto pubblico è molto più recente, per la naturale difficoltà a trapiantare in questo campo dell'ordinamento giuridico valutazioni fondate su criteri di mera efficienza. La considerazione del comportamento degli attori istituzionali in termini razionali e il progressivo arricchimento dell'ordine valoriale dell'analisi economica del diritto, tuttavia, consentono di superare le iniziali barriere [J.L. MASHAW (I.12)]. Secondo gli interpreti più attenti, anzi, è proprio nel campo del diritto pubblico che il metodo giureeconomico appare destinato a fondare nuove ricostruzioni unitarie [T.S. ULEN (I.13), p. 450 ss.]. D'altra parte, la crisi fiscale degli Stati e l'integrazione dei mercati portano in primo piano l'esigenza di redistribuire le funzioni di governo, di razionalizzare la spesa pubblica e di garantire la concorrenza. In questa prospettiva, l'impiego di saperi tecnico-economici è particolarmente raccomandato di fronte a riforme, che, in difetto della necessaria strumentazione teorica, sono continuamente mutate, con scelte contraddittorie, sulla base di percezioni intuitive piuttosto che di conoscenze scientifiche [J.-P. SCHNEIDER (I.14)]. Anche in Italia, di recente, si osserva che l'analisi economica del diritto può svolgere un'utile funzione predittiva e interpretativa: purché non si pretenda di farne un nuovo metodo unico, ideologico e astratto [S. CASSESE (I.15)].

2. Dai «fallimenti del mercato» ai «fallimenti dello Stato». — All'inizio degli anni Sessanta, il movimento di analisi economica del diritto, e in particolare la c.d. scuola di Chicago, pone in questione i postulati dell'intervento pubblico come rimedio ai «fallimenti del mercato». Si evidenziano, infatti, possibili soluzioni alter-

native, basate su accordi volontari dei privati, e si denunciano i «fallimenti dello stato» e gli effetti perversi della sua regolamentazione. Ciò segnala la definitiva crisi dell'espansione della sfera pubblica culminata negli anni del *New Deal* e apre la strada alla deregolazione degli anni Settanta e Ottanta.

Si prenda il problema delle esternalità (o *spill-over effects*: effetti di traboccamento). Queste rappresentano tutti gli effetti, non mediati dal sistema dei prezzi, che le attività economiche di determinati individui hanno su altri individui o sulla collettività. Le esternalità (il caso tipico è quello dell'inquinamento) generano inefficienze perché non essendo rilevate dal sistema dei prezzi, non incidono sulle decisioni di coloro che le pongono in essere. Nel celebre saggio di Coase, considerato il punto di avvio dell'analisi economica del diritto, la costruzione di un sistema giuridico coerente con il mercato postula la sostituzione delle discipline autoritative con gli istituti dell'autonomia privata. Questi ultimi consentirebbero di perseguire i medesimi risultati dei primi, ma in modo più efficiente, portando a «un incremento nel valore della produzione». Il problema delle esternalità, ad esempio, può essere risolto dalla negoziazione dei privati, che sarebbero così in grado di «internalizzarle». Anche ove vi siano elevati costi di transazione, d'altra parte, «la regolazione diretta del governo non darà necessariamente risultati migliori di quelli ottenuti lasciando che siano il mercato o l'impresa a risolvere il problema». Coase, dunque, evidenzia i benefici di un mercato dei diritti in cui le parti, contrattando liberamente, raggiungono un'allocatione finale efficiente delle risorse, sebbene egli stesso riconosca che, in certe occasioni, l'intervento pubblico possa «portare a incrementi dell'efficienza del sistema economico» [R. COASE (II.1), p. 221]. In qualche misura, l'introduzione, a partire dagli anni Ottanta, di forme di regolazione incentivanti, come quelle in materia ambientale, fondate sulla compravendita dei diritti di emissione, sono tributarie di questo modo di impostare il problema.

Anche l'idea di una necessaria regolazione pubblica del potere di mercato derivante da condizioni di presunto mo-

nopolio naturale è radicalmente criticata [R.A. POSNER (II.4)]. Da un lato, infatti, gli antichi principi della legislazione sui servizi di pubblica utilità e sugli operatori di rete (i c.d. *common carriers*) appaiono superati; dall'altro, non vi è alcuna evidenza empirica degli effettivi vantaggi sociali prodotti dall'intervento delle agenzie amministrative. Molti elementi, anzi, indicano che la regolamentazione amministrativa è «catturata» dalle imprese regolate e funzionalizzata alla salvaguardia dei loro interessi e alla soddisfazione delle esigenze di consenso e di potere degli attori istituzionali [G. STIGLER (II.5), che sviluppa in chiave giureconomica le intuizioni di M.H. BERNSTEIN (II.6)]. Esistono, dunque, soluzioni alternative nettamente preferibili, come, ad esempio, l'applicazione delle norme *antitrust*, l'introduzione di misure che prevengano il ricostituirsi di posizioni dominanti, il riconoscimento di forme di negoziazione diretta tra i privati. Non si tratta, allora, di estendere la regolazione ai servizi di nuova generazione, ma di avviare una fase di liberalizzazione, che conoscerà un significativo sviluppo già negli anni Settanta [così, ancora, R.A. POSNER (II.4)].

È, infine, la teoria dei beni pubblici o collettivi, in quanto insuscettibili di consumo «rivale» ed «esclusivo» (come accade anche per talune funzioni fondamentali degli stati moderni: si pensi all'ordine pubblico e alla difesa), ad essere oggetto di contestazione. L'inefficienza della soluzione di mercato dipenderebbe dal fatto che i fruitori del bene pubblico non hanno motivo di contribuire ai costi di produzione pagando un prezzo o una tariffa: dato che comunque non possono essere esclusi dal consumo, i singoli sono incentivati a fruirne gratuitamente (comportandosi, così, da *free rider*), con il conseguente rischio di privare la produzione del bene delle sue necessarie fonti di finanziamento. I poteri pubblici, invece, agendo in modo autoritativo, tramite il sistema fiscale (o la coscrizione obbligatoria al servizio militare, nel caso della difesa), possono procurarsi coattivamente le risorse necessarie ad una fornitura adeguata dei beni in questione.

Gli studi di analisi economica del diritto, tuttavia, evidenziano come molti

beni tradizionalmente considerati pubblici, e pertanto necessariamente forniti dallo stato, in realtà, possono essere erogati anche dal settore privato. Lo stesso Coase, ad esempio, dimostra che il servizio dei fari, per un lungo periodo storico (in Gran Bretagna dal 1513 al 1898), è stato svolto dai privati, così smentendo, già in punto di fatto, la tesi di un inevitabile fallimento del mercato [R.H. COASE (II.7)]. Altri studi rilevano l'esistenza di casi intermedi tra i beni pubblici e quelli privati. I c.d. beni di *club*, ad esempio, sono suscettibili di consumi parzialmente escludibili (si pensi alla televisione a pagamento) e, pertanto, possono essere forniti in modo efficiente anche dal mercato [H. DEMSETZ (II.8)]. Anche per i beni pubblici puri, come la difesa, poi, si avanzano proposte alternative alla loro erogazione pubblica, che fanno ricorso a schemi associativi e contrattuali, oppure a meccanismi reputazionali. In ogni caso, la fornitura pubblica dei beni collettivi non è considerata una soluzione adeguata, perché si limita a spostare il problema alla verifica circa il corretto impiego delle risorse prelevate coattivamente con il sistema fiscale. Ma anche controllare lo Stato e i suoi funzionari è, a sua volta, un bene pubblico, suscettibile di *free-riding*. L'erogazione pubblica, dunque, è vantaggiosa soltanto nella misura in cui il costo di questo secondo bene pubblico è minore del primo [D. FRIEDMAN (II.9)]. Si pongono così le premesse teoriche per i processi di privatizzazione e di esternalizzazione che caratterizzeranno gli anni Ottanta e Novanta.

3. La Costituzione come documento economico e la teoria dei comportamenti strategici. — Il contributo dell'analisi economica allo studio del diritto pubblico perde gradualmente i suoi caratteri meramente negativi. Emblematica, in proposito, è l'attenzione progressivamente rivolta all'intero diritto costituzionale e ai suoi meccanismi istituzionali, anche in una prospettiva di riforma.

Le prime indagini si concentrano sul tema dei vincoli costituzionali all'intervento pubblico nell'economia in una logica di protezione delle libertà individuali

[si v., ad es., G. BRENNAN e J.M. BUCHANAN (III.1); nonché i contributi raccolti in R.B. MCKENZIE (III.2)]. Ben presto, tuttavia, si propone una visione più ampia dei termini del problema. Particolarmente importante, in tale senso, è il dibattito sulla costituzione come «documento economico». In tale occasione, Posner individua la pluralità dei temi analizzabili in chiave giureconomica: la teoria economica del costituzionalismo, ad esempio con riguardo alle maggioranze qualificate richieste per deliberare le scelte politiche fondamentali; l'economia dell'assetto istituzionale, dal punto di vista della divisione dei poteri e del federalismo; gli effetti economici di specifiche dottrine costituzionali (ad esempio, quando in nome della libertà di informazione si pone un limite alle cause civili di diffamazione); l'interpretazione delle disposizioni costituzionali che possono avere una logica economica implicita; le proposte di reinterpretazione o di revisione del diritto costituzionale al fine di proteggere il libero mercato; il rapporto tra la libertà personale e la libertà economica; la relazione tra la costituzione, formale e materiale, e lo sviluppo economico di una nazione; la libertà interpretativa del giudice nell'orientare l'interpretazione costituzionale secondo criteri economici [R.A. POSNER (III.3)]. Cominciano, così, anni di grande fermento culturale, in cui appaiono anche le prime riviste specializzate: l'idea di fondo è che la maggior parte delle questioni costituzionali siano passibili di analisi economica (si v., in tal senso, la pagina introduttiva al primo numero di *The Supreme Court Economic Review*, poi seguita dalla pubblicazione della *Constitutional Political Economy*). Quindi, uno dei più importanti studiosi di analisi economica spiega le ragioni della scarsa attenzione tradizionalmente prestata al diritto costituzionale e ne profetizza il futuro largo impiego. In materia di diritti fondamentali, ad esempio, il fondamento economico della loro inviolabilità risiede nell'impossibilità di soddisfare i criteri di efficienza richiesti per la loro soggezione a scelte e ponderazioni politico-economiche. L'analisi economica, poi, consente di verificare costi e benefici dei diversi pos-

sibili bilanciamenti tra diritti e interessi collettivi in conflitto [T.S. ULEN (III.4)].

Quasi contemporaneamente, gli studiosi delle «scelte pubbliche» (*Public Choice*) rivolgono la loro attenzione anche ai profili più strettamente giuridici: si pongono così i presupposti per un organico incontro con le ricerche di analisi economica del diritto, fino a quel momento oggetto soltanto di sporadiche contaminazioni. Principio fondamentale della *Public Choice* è che i gruppi e le regole maggioritarie della democrazia non consentono l'assunzione di decisioni pubbliche effettivamente corrispondenti agli interessi della collettività [K. ARROW (III.6)]. Si respinge, così, l'ottimistica visione del pluralismo liberale e si afferma l'idea che l'attività politica sia destinata ad essere dominata da piccoli gruppi di interesse [M. OLSON (III.7)]. L'apertura alla dimensione giuridica [J. D.A. FARBER e P.P. FRICKEY (III.8)] conduce ad adottare esplicitamente «la prospettiva costituzionale». Coerentemente con tale visione, l'analisi dei sistemi istituzionali democratici è introdotta dall'esame storico-comparato dei «fallimenti del governo» (in materia di criminalità, educazione, lotta alla povertà, *deficit* pubblico) e dei suoi sprechi, derivanti da programmi sovradimensionati (come quelli in materia di difesa e di agricoltura). Tutto ciò dipende dal cattivo funzionamento del principio federale e di separazione dei poteri, cui bisogna porre rimedio con un adeguato disegno di riforme costituzionali [D.C. MUELLER (III.9); (III.10); J.L. MASHAW (III.11)].

La fusione tra il metodo di analisi economica del diritto, gli studi di *Public Choice* e il neo-contrattualismo [per tutti, J.M. BUCHANAN e G. TULLOCK (III.12)] consente finalmente di applicare all'intero diritto pubblico i criteri interpretativi dell'economia, senza tuttavia perdere l'ancoraggio al dato normativo e ignorare le dinamiche politiche degli assetti istituzionali. In questa prospettiva, la democrazia è intesa semplicemente come «un sistema di competizione popolare per dirigere il potere monopolistico dello Stato». Le costituzioni determinano le regole del gioco politico. L'applicazione della teoria dei comportamenti strategici è in grado di in-

dividuare le possibili conseguenze delle diverse forme di organizzazione democratica. Sulla base di queste premesse sono ricostruiti i processi elettorali e di governo, l'articolazione dei poteri pubblici, la separazione dei poteri, il valore dei diritti, alla ricerca di soluzioni «ottimali» [R.D. COOTER (III.5)].

In Europa, l'applicazione degli studi di analisi economica al diritto costituzionale è, in generale, ancora limitata. A ciò, probabilmente, concorre la scarsa penetrazione, innanzi tutto nel Regno Unito, delle teorie di *Public Choice* dovuta, secondo gli studiosi americani, all'ingenua rappresentazione inglese del potere pubblico come sovrano benvolente [in tal senso, J.M. BUCHANAN (III.13); si cfr. P. McAUSLAN (III.14)]. Di recente, tuttavia, soprattutto in altri ambienti culturali europei, come quello tedesco, l'analisi economica del diritto riceve utili applicazioni, ad esempio ai fini della ricostruzione dei processi deliberativi [da ultimo, A. VAN AAKEN, C. LIST e C. LUETGE (III.15); in precedenza, M. LESCHKE (III.16)]. Quindi, lo sviluppo del processo di integrazione europea diventa un'interessante occasione per verificare l'impiego del metodo giuronomico al funzionamento delle istituzioni comunitarie [D. SCHMIDTCHEN e R.D. COOTER (III.17); P.B. STEPHAN, F. PARISI e B. DEPOORTER (III.18)]. Anche in Italia, infine, si apre un dibattito sul possibile utilizzo dell'analisi economica al fine di innovare i metodi di studio del diritto costituzionale rispetto ai tradizionali paradigmi giuspositivisti [M. ABRESCIA (III.19)].

4. La competizione tra governi e la concorrenza tra ordinamenti. — Il campo del diritto costituzionale in cui gli studi di analisi economica del diritto sono maggiormente sviluppati è quello della forma di Stato e del decentramento a livello locale, in una logica di competizione tra governi.

In questa prospettiva, il trasferimento di funzioni dal centro alla periferia faciliterebbe l'incontro fra i beni ed i servizi forniti dalle amministrazioni e le preferenze espresse dai cittadini. Il federalismo, infatti, avvicina poteri pubblici e cit-

tadini: i primi possono meglio cogliere le istanze della società; i secondi sono in grado di controllare più efficacemente se politici e amministratori effettivamente soddisfano tali esigenze. I benefici possono essere rafforzati se i governi locali sono posti in competizione: innanzi tutto, dalla possibilità per i cittadini di «votare con i piedi» (*voting with the feet*) e di scegliere, come in un mercato, le regole più vantaggiose (*jurisdiction shopping*). La creazione, in questo modo, di un incentivo a soddisfare le preferenze dei cittadini postula, però, il riconoscimento e l'effettiva garanzia della libertà di circolazione delle persone, dei capitali, dei beni e dei servizi, anche con misure positive di riduzione dei costi di spostamento [per tutti, C.M. TIEBOUT (IV.1); di recente, A. BRETON (IV.2); ID. (IV.3); T.S. ULEN (IV.4)].

Forme di concorrenza, tuttavia, possono operare anche senza mobilità: il confronto tra la *performance* di amministrazioni diverse entra a pieno titolo nella contesa politico-elettorale [G. BROGIO (IV.10)]. I cittadini, però, devono disporre di informazioni adeguate sui diversi regimi, compararle e compiere conseguentemente le scelte più efficienti, o, comunque, fare pressione sulle amministrazioni affinché imitino le pratiche migliori. Tutto ciò, allo stesso tempo, comporta il rischio di una corsa al ribasso, con esternalità ed effetti negativi di «traboccamento» [uno degli aspetti più studiati è quello della tutela ambientale: si v., di recente, R.L. REVESZ (IV.6)]. Di qui l'esigenza di adeguati meccanismi di coordinamento e di garanzia, anche se questi, a loro volta, possono risultare costosi, al punto da compensare negativamente i benefici del modello istituzionale decentrato o federale [per questa avvertenza, A. BRETON (IV.3), p. 15 ss.].

Lo sviluppo di forme di federalismo competitivo si colloca al centro del dibattito politico e culturale, sia negli ordinamenti federali più consolidati, sia nei paesi in via di sviluppo in cui l'economia di mercato non è ancora stabilizzata. Negli Stati Uniti, il movimento neo-federalista manifestatosi a cominciare dagli anni Ottanta mira a favorire una *deregulation* delle attività economiche private: sostituendo, in tal modo, l'impostazione fortemente regolatrice dello stato centrale con

quella liberista dei singoli stati [B.R. WEINGAST (IV.7); J. RODDEN e S. ROSE-ACKERMAN (IV.8)]. Anche in Germania, il modello federale tradizionalmente caratterizzato dal primato del momento collaborativo evolve verso soluzioni competitive, che trovano i primi riconoscimenti giurisprudenziali [M. NETTESHEIM (IV.9); sui possibili comuni sviluppi, negli Stati Uniti e in Europa, nel senso di un federalismo differenziato, S. BREYER (IV.5)].

Quanto alla situazione italiana, l'assetto istituzionale introdotto dalla riforma costituzionale del 2001 privilegia il momento cooperativo. Ciò appare evidente se si guarda agli strumenti di governo dell'economia: il fondo perequativo, le risorse aggiuntive e gli interventi speciali, la stabilizzazione macroeconomica. Taluni elementi di regionalismo differenziato, o, addirittura, competitivo, tuttavia, possono essere rinvenuti anche nell'ordinamento italiano. Da un lato, sono previste ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia. Dall'altro, l'iniziativa privata è riconosciuta e promossa, nonché liberata da qualsiasi vincolo alla libertà di circolazione: per evitare una «gara al ribasso», però, è affidata allo Stato la salvaguardia di alcuni valori essenziali, come la concorrenza, la protezione dell'ambiente, i livelli minimi di sicurezza sociale [per una prima lettura in questa prospettiva della riforma costituzionale, M. ABRESCIA (IV.11)]. È presto, tuttavia, per dire se il nuovo sistema istituzionale italiano sia in grado di attivare effettivamente una concorrenza tra sistemi locali. A tal fine, sarebbe comunque necessario un più adeguato equilibrio tra forme di concorrenza interordinamentale e misure di promozione e di garanzia a livello centrale [per alcune proposte, G. NAPOLITANO (IV.12)].

Il processo di integrazione europea, intanto, induce a verificare i caratteri anche del modello comunitario, in una prospettiva di concorrenza tra ordinamenti [B.S. FREY e R. EICHENBERGER (IV.13); nella letteratura italiana, A.M. PETRONI (IV.14)]. Il principio di sussidiarietà, su cui si regge la distribuzione delle competenze tra l'Unione e gli Stati, è oggetto di approfondite analisi giuronomiche [C. KIRCHNER (IV.15); U. BÖTTGER (IV.16)]. Allo stesso tempo, nella dialettica tra in-

terventi di armonizzazione e misure di mutuo riconoscimento, si esprime anche l'alternativa tra standardizzazione e competizione tra sistemi regolativi [D.C. ESTY (IV.17); più di recente, A.T. GUZMAN (IV.18)]. Il tema si ripropone ormai su scala globale, dove si rafforza l'esigenza di accompagnare l'internazionalizzazione dei mercati con forme di governo sovranazionale [da ultimo, J.R. MACEY (IV.19)].

5. La riforma della regolazione: interventi e analisi costi-benefici. — L'analisi economica del diritto, superato il pregiudiziale rifiuto delle tecniche di intervento proprie del diritto pubblico, contribuisce anche ad un ampio processo di riforma della regolazione.

Le misure di deregolazione introdotte negli Stati Uniti già a partire dagli anni Settanta trovano significative applicazioni al campo dei servizi a rete. Tuttavia, la contrazione del ruolo dei pubblici poteri, l'alleggerimento delle prescrizioni e la sostituzione con forme di autoregolazione rimangono fenomeni limitati. Si riconosce così che, nonostante le liberalizzazioni, «rimane una grande quantità di regolazioni amministrative, probabilmente più che in passato, anche se forse con un minor impatto complessivo (ma chi lo sa?)» [così R.A. POSNER (V.1)]. Inoltre, anche laddove la deregolazione conosce un effettivo sviluppo, aumentando l'efficienza economica e il benessere dei consumatori, si accresce l'importanza delle norme *antitrust*, che costituiscono pur sempre un'altra forma di regolamentazione. Esiste, poi, un ciclo regolatorio, che dipende semplicemente dall'andamento dell'economia: quando questa entra in crisi è inevitabile la reintroduzione di più forti vincoli regolativi [R.A. POSNER (V.2)].

Analoghi sviluppi si registrano nei paesi europei, quando, per ridurre l'esteso numero di imprese pubbliche istituite anche come soluzione ai «fallimenti del mercato», si adottano vasti programmi di privatizzazione. Per evitare che tali programmi conducano alla costituzione di monopoli privati suscettibili di mettere a repentaglio gli interessi collettivi tradizionalmente tutelati dall'impresa pubblica,

alla privatizzazione si accompagna l'istituzione di autorità indipendenti chiamate ad applicare i principi della regolazione economica [per tutti, A.L. OGUS (V.3)]. Nasce di qui il paradosso evidenziato dall'osservatore americano, secondo cui i paesi europei entrano nell'«era della regolazione», proprio mentre negli Stati Uniti si sta facendo tutto il possibile per uscirne [A. SCALIA (V.4), p. 47]. Il paradosso, tuttavia, è soltanto apparente per chi postula la funzione meramente temporanea della regolazione, in attesa del pieno dispiegamento della concorrenza. Tale prospettiva è ulteriormente suffragata dall'avvio in sede comunitaria di un vasto programma di liberalizzazione, destinato a rimuovere i diritti speciali ed esclusivi riconosciuti soprattutto alle imprese pubbliche. Proprio l'esperienza comunitaria, tuttavia, sembra definitivamente dimostrare come non sia effettivamente praticabile quel disegno di integrale *deregulation* inizialmente teorizzato. Non si tratta, allora, «di abbandonare la regolazione e di accontentarsi del funzionamento dei mercati privati». Anche questi, infatti, possono provocare risultati disastrosi, in termini di inefficienza e di ingiustizia. Bisogna, invece, riformare le istituzioni della regolamentazione amministrativa, «in modo da raggiungere i suoi spesso salutari obiettivi, allo stesso tempo incorporando la flessibilità, il rispetto per l'autonomia e l'iniziativa individuale, e la capacità produttiva dei mercati» [così C.R. SUNSTEIN (V.5); in precedenza, per tutti, S. BREYER (V.6; V.7)].

In questa prospettiva, a partire dagli anni Ottanta, una delle innovazioni più significative è l'introduzione, soprattutto nel campo ambientale, della regolazione per incentivi. Questa mira a sostituire le misure fondate su ordini e controlli dei poteri pubblici con un sistema di negoziazione degli obblighi di conformazione ad una determinata disciplina. Nella medesima ottica operano gli accordi internazionali: in particolare, il protocollo di Kyoto introduce un sistema di compravendita dei diritti di emissione delle sostanze nocive. L'adozione di tecniche di produzione rispettose dell'ambiente, in questo modo, è incentivata per risparmiare i costi derivanti dall'altrimenti necessario acquisto

dei diritti di emissione [T.R. LEWIS e D. SAPPINGTON (V.8); M.D. DRIESEN (V.9)].

Negli anni Novanta, quindi, è progressivamente imposto ad un numero sempre maggiore di autorità di regolazione l'obbligo di subordinare l'adozione di qualsiasi intervento ad una minuziosa analisi costi-benefici [per tutti, C.R. SUNSTEIN (V.10)]. Ciò risponde ad una duplice esigenza: da un lato, consente al potere politico di limitare la discrezionalità delle agenzie amministrative; dall'altro, permette alle imprese di reagire alle forme più invasive di regolazione e di invocare a tal fine un sindacato giurisdizionale meno «deferente» [E.A. POSNER (V.11)]. Anche le critiche e lo scetticismo nei confronti di un uso generalizzato di tale tecnica di analisi sono superate. È, però, necessario intendere l'analisi costi-benefici non in termini esclusivamente economici, dando opportuno rilievo a valori diversi: in questo modo, l'analisi costituisce un utile rimedio anche a situazioni di *underregulation* [C.R. SUNSTEIN (V.12)]. Analoghe forme di controllo sono introdotte in Europa, dove da tempo le istituzioni comunitarie sottopongono gli interventi distortivi del mercato a un rigoroso scrutinio di proporzionalità. La normativa derivata, quindi, sempre più spesso subordina l'adozione di misure regolative al previo svolgimento di analisi di mercato [sull'esperienza italiana, R. PERNA (V.13)].

Non mancano, peraltro, contributi critici circa i presupposti teorici e gli effetti pratici dei processi di riforma della regolazione [S. ROSE-ACKERMAN (V.14)]; soprattutto quando esse si traducono in vincoli procedurali che «ossificano» l'attività decisionale e determinano il «*rigor mortis* della regolazione» [J.L. MASHAW (V.15)]. Il processo di riforma della regolazione, inoltre, non risolve il problema dei suoi effetti redistributivi. Secondo una tesi diffusa negli studi di analisi economica, infatti, la redistribuzione tramite norme legali non offre alcun vantaggio rispetto a quella attraverso il sistema fiscale ed è, in definitiva, meno efficiente [L. KAPLOW e S. SHAVELL (V.16)]. Si tratta, allora, di innalzare l'efficienza del sistema fiscale e di spesa, senza per questo necessariamente ridurre le dimensioni dell'in-

tervento pubblico [G.S. BECKER e C.B. MULLIGAN (V.17)].

6. La «reinvenzione del governo» e il cittadino come cliente. — Mentre la tradizione conservatrice di analisi economica oppone una pregiudiziale opposizione a qualsiasi forma di intervento pubblico, la corrente riformista mira a coniugare efficienza ed equità distributiva, anche grazie al ruolo attivo dell'amministrazione [per tutti, S. ROSE-ACKERMAN (VI.1), (VI.2)]. In questa prospettiva, si riafferma il fondamento economico dell'organizzazione pubblica di determinate funzioni tradizionalmente svolte dallo Stato [in generale, J. STIGLITZ (VI.3), (VI.4); con particolare riguardo alla politica estera, O.E. WILLIAMSON (VI.5)]. Contemporaneamente, la «lezione del faro» impartita da Coase per dimostrare la possibilità di una fornitura privata di beni pubblici è sottoposta a critica. Anche dove vi è un impiego di capitali privati, infatti, questo richiede pur sempre l'assistenza dei poteri pubblici, cui spetta assicurare il funzionamento della maggior parte dei beni e servizi necessari alla vita delle società organizzate [D.E. VAN ZANDT (VI.6)].

Il riconoscimento del ruolo indispensabile dei pubblici poteri, tuttavia, ne impone anche una radicale revisione dei tradizionali modi di organizzazione e di azione. In tale prospettiva, negli anni Novanta, le pubbliche amministrazioni sono chiamate a riorganizzarsi in senso imprenditoriale e a garantire ai cittadini, che si configurano come veri e propri clienti, maggiore libertà di scelta e servizi di migliore qualità [T. GAEBLER e D. OSBORNE (VI.7)]. Negli Stati Uniti e in Europa, le formule della «reinvenzione del governo», del *New Public Management* e della modernizzazione scandiscono i processi di riforma amministrativa [da ultimo, M. SPICER (VI.8)].

In questo contesto, si accredita la tesi che alcuni istituti fondamentali del diritto amministrativo impediscano il raggiungimento di elevati livelli di *performance* [sull'esigenza di una loro reinterpretazione alla luce del metodo giureeconomico, AA.VV. (VI.9); C. HOOD (VI.10); nella letteratura europea, G. CORSO (VII.3); J.

CAILLOSSE (VI.5); J.-B. AUBY (VII.4)]. In questa chiave, ad esempio, particolare attenzione è riservata alle procedure amministrative, intese, da un lato, come strumento di controllo politico [secondo la nota ricostruzione di M.D. McCUBBINS, R.G. NOLL e B.R. WEINGAST (VI.14)], dall'altro, come garanzia per i cittadini, i quali, però, allo stesso tempo, hanno interesse ad una loro semplificazione anche attraverso il ricorso a schemi consensuali [D. SCHMIDTCHEN e H.-J. SCHMIDT-TRENZ (VI.15); A. VOßKUHLE (VI.16); G. VON WANGENHEIM (VI.17)]. Un altro passaggio fondamentale è costituito dall'introduzione di forme privatistiche di gestione del personale pubblico, con un sistema di incentivi commisurati alla valutazione delle loro *performance* [A. BRETTON e R. WINTROBE (VI.18); S. ROSE-ACKERMAN (VI.19)]. Lo stretto controllo politico sulla burocrazia, che costituisce uno dei principali temi di riflessione degli studi di *Public Choice*, tuttavia, può vanificare il raggiungimento di tali obiettivi [J.L. MASHAW (VI.20)]. Più in generale, appare dubbio che l'adozione dei moduli privatistici assicuri di per sé decisioni più rapide ed efficienti. Non mancano, anzi, studiosi di analisi economica che considerano «miope» e «irrealistico» l'uso indiscriminato delle categorie manageriali [J.L. MASHAW (VI.15)].

Valutazioni altrettanto complesse e articolate solleva l'idea che il sistema produttivo privato possa assumere un ruolo sostitutivo-integrativo dello Stato nell'erogazione dei servizi, aumentandone così la concorrenzialità e l'efficienza. È quanto accade quando la riduzione dell'intervento pubblico diretto si accompagna a misure di selezione dei soggetti beneficiari di prestazioni pubbliche e di sussidio diretto alla domanda, in modo da conferire a ciascun cittadino la possibilità di decidere quanti e quali servizi consumare e da quale erogatore approvvigionarsi [da ultimo, D.A. SUPER (VI.21); (VI.22); un'organica proposta in B. ACKERMANN e A. ALSTOTT (VI.23); nella letteratura giuridica italiana, G. CORSO (VI.24); S. CASSESE (VI.25)].

Misure del genere, infatti, non riducono di per sé l'intervento pubblico né risolvono le tensioni tra efficienza ed equità. Il passaggio da un sistema di for-

nitura pubblica ad uno in cui operatori privati competono per essere scelti dai cittadini non si traduce necessariamente in un «trionfo» del mercato, ma dà luogo ad una più complessa riarticolazione dei compiti dei pubblici poteri, in particolare nel finanziamento e nella regolazione dei servizi. Inoltre, il funzionamento del sistema dei «buoni» per l'acquisto di prestazioni sociali (*vouchers*) non è privo di incertezze e costi: si pensi alla mancanza di informazioni necessarie all'assunzione di scelte consapevoli; alle esternalità sociali negative di determinati consumi (è il caso dell'iscrizione dei figli a scuole che perseguono ideologie contrarie alla pacifica convivenza civile e alla coesione sociale); alla tendenza dei fornitori privati ad adottare comportamenti opportunistici; alla possibile inadeguatezza dell'offerta in aree rurali o poco popolate; all'erosione dei valori di cittadinanza determinata dall'estensione dei meccanismi di mercato all'erogazione di beni e servizi pubblici [M.J. TREBILOCOCK, R. DANIELS e M. THORBURN (VI.24)].

7. Una regolamentazione efficiente dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati. — Anche i tradizionali momenti di contatto tra la pubblica amministrazione e i privati sono sottoposti ad una revisione alla luce dell'analisi economica. In questa sede, ci si limita a dedicare qualche breve cenno ai temi dell'espropriazione, dei contratti e della responsabilità, anche in considerazione della contiguità delle relative problematiche con quelle studiate nel diritto privato.

Nei sistemi politici occidentali, fondati su una rigorosa difesa della proprietà privata, l'espropriazione è consentita soltanto ove necessaria alla cura dell'interesse pubblico; in tal caso, essa trova giustificazione economica laddove consente di evitare i costi di transazione connessi all'acquisto sul mercato dei beni, soprattutto quando il proprietario non intende liberamente alienare la aree residue necessarie alla realizzazione di una grande opera. Anche la previsione di una compensazione per il bene espropriato è passibile di una spiegazione in termini economici: disincentivare lo Stato da un ec-

cessivo ricorso all'espropriazione per ragioni estranee al pubblico interesse [D.A. FARBER (VII.1)].

Si tratta, allora, di stabilire quando sorge l'obbligo di compensazione e come determinarne l'entità. Le soluzioni proposte dall'analisi economica, a volte, sono eccentriche rispetto a quelle correnti nella normazione e nella giurisprudenza [M.A. HELLER e J.E. KRIER (VII.2)]. Così, con riguardo al primo problema, in luogo della complessa ricerca del carattere sostanzialmente espropriativo dell'intervento amministrativo, si suggerisce di distinguere a seconda degli usi del bene, degli investimenti del proprietario e delle prospettive di finanza pubblica [L. BLUME, D.L. RUBINFELD e P. SHAPIRO (VII.3)]. Quanto alla determinazione dell'entità della compensazione, alle proposte che fanno riferimento al valore di mercato del bene espropriato, si aggiungono soluzioni diverse, imperniate sui vantaggi (reali o sperati) che la comunità riceve dall'espropriazione [B.E. HERMALIN (VII.4)]. Non manca, poi, chi revoca in dubbio l'efficienza economica della stessa previsione di una compensazione: da un lato, infatti, essa richiede la raccolta di risorse finanziarie, tramite il sistema fiscale, allo stesso modo di quanto accade quando lo Stato acquista il bene, con analoghi problemi relativi ai costi di funzionamento del sistema; dall'altro, la determinazione dell'entità della compensazione e la sua possibile contestazione anche in sede giurisdizionale creano costi di transazione simili a quelli originati dalle contrattazioni di mercato. Di qui, nasce la proposta provocatoria di sostituire il sistema della compensazione pubblica con uno di copertura assicurativa contro le espropriazioni [S. SHAVELL (I.4), p. 125 ss.].

Per quanto riguarda i contratti pubblici, l'attenzione si concentra sulla crescente intensificazione, a livello europeo e globale, dei vincoli di gara previsti dalle normazioni nazionali. La gara, intesa come tecnica di regolamentazione, persegue cinque obiettivi diversi: l'efficienza economica, la corretta spendita del denaro pubblico, la parità di trattamento, la trasparenza amministrativa, la concorrenza [da ultimo, P. TREPTE (VII.6)]. La gara, infatti, consente di mitigare le debo-

lezze informative della committenza pubblica nei confronti delle imprese; di prevenire decisioni arbitrarie dei funzionari pubblici e tentativi di corruzione; di evitare che la scelta del contraente e gli scambi negoziali siano alterati da obiettivi estranei alla logica dell'efficienza, con pregiudizio anche per la libera circolazione dei servizi [nella letteratura giuridica italiana, M. CAFAGNO (VII.9), p. 122 ss.; si v. anche *Gara pubblica*].

L'intensificazione dei vincoli di gara, l'irrigidimento delle relative procedure e la riduzione dei margini di discrezionalità dell'amministrazione, tuttavia, producono anche effetti negativi. Progetti complessi e a lungo termine, ad esempio, generano problemi di incompletezza contrattuale, sui quali le procedure concorsuali pubbliche hanno una modesta capacità di influenza. Per queste ragioni, anche nella più recente normativa europea, si ammettono «contratti relazionali», diretti non a definire in modo dettagliato l'intero piano d'azione dei concorrenti, quanto piuttosto a individuare procedure, regole e criteri per specificare i termini dell'accordo e affrontare evenienze impreviste [W.E. KOVACIC (VII.8); sulle ragioni alla base del contenuto estremamente dettagliato dei contratti pubblici, C.N. LEE (VII.5)]. D'altra parte, se i costi di transazione sono elevati, può essere preferibile, anche per una pubblica amministrazione, optare per l'integrazione verticale: di qui il riconoscimento dell'esenzione ai vincoli di gara per gli affidamenti c.d. *in house* [M. CAFAGNO (VII.9), p. 144]. Non sempre, tuttavia, le soluzioni escogitate per attenuare le rigidità dei vincoli di gara appaiono corrispondere a esigenze di efficienza: questo appare il caso della disposizione che, a salvaguardia della pronta realizzazione dell'opera pubblica, dischiude ai partecipanti alla gara illegittimamente pretermessi il solo rimedio risarcitorio [per una critica, M. FIOCCA e G. MONTEDORO (VII.10)]. Anche il ricorso a centrali di acquisto è oggetto di misure correttive, per evitare le possibili intese restrittive della concorrenza e gli abusi da parte dei soggetti partecipanti alle gare e limitare gli effettivi distorsivi nei confronti delle piccole e medie imprese. Rimane irrisolto, inoltre, il problema di un'adeguata consi-

derazione di valori non economici al cui conseguimento il sistema dei contratti pubblici non può risultare del tutto insensibile [C. McCRUDDEN (VII.7)].

Per quel che riguarda la responsabilità civile della pubblica amministrazione, infine, gli ordinamenti positivi registrano un progressivo superamento delle antiche immunità, non prive, peraltro, di giustificazioni economiche [per un saggio, M. BRAUNSTEIN (VII.11)]. Oggi, la responsabilità non è più limitata ai danni derivanti da attività materiali o contrattuali, ma si estende all'illegittimo esercizio del potere discrezionale e alla violazione dei termini procedurali. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale trova adeguato sostrato teorico nella duplice esigenza di assicurare una maggiore tutela dei privati e di accrescere l'efficienza della pubblica amministrazione, grazie alla funzione preventiva e sanzionatoria della responsabilità [P.H. SCHUCK (VII.12); L. KRAMER e A.O. SYKES (VII.13)]. In questa prospettiva, l'immunità dovrebbe valere soltanto nei casi di attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo e di impossibilità del sindacato giurisdizionale [H.J. KRENT (VII.15)].

La funzione preventiva e sanzionatoria della responsabilità, tuttavia, può essere pregiudicata dal fenomeno di traslazione della sanzione. Quando ciò accade, il sistema di responsabilità civile non è in grado di remunerare l'impegno aggiuntivo necessario per operare diligentemente, né di penalizzare il comportamento contrario. È il caso della pubblica amministrazione che risarcisce i danni con il denaro pubblico così trasferendone il relativo costo sui contribuenti. Questo sistema di traslazione non è in assoluto inefficiente, perché la tolleranza al rischio della popolazione dei contribuenti può essere superiore a quella delle singole vittime. La collettività assicuratrice, poi, potrebbe tentare di cautelarsi attraverso gli strumenti politici ed elettorali, che dovrebbero a loro volta determinare forme di adeguato indirizzo e controllo del comportamento amministrativo: anche se sul corretto funzionamento di tali meccanismi pesano non poche incertezze [M. CAFAGNO (VII.16)].

Una soluzione alternativa risiede

nell'allargare i confini della responsabilità personale dei singoli funzionari. L'esposizione ad almeno una quota di obbligo riparatorio, però, potrebbe determinare effetti distorsivi indesiderati, inducendo i funzionari all'inerzia, alla confusione di responsabilità, alla collusione con i colleghi o con i destinatari dell'azione amministrativa (anche a danno della legittimità di quest'ultima). Soltanto adeguati incentivi al raggiungimento dei risultati dell'azione amministrativa possono prevenire questi meccanismi difensivi e, a lungo andare, favorire l'accesso all'impiego pubblico di persone maggiormente disposte ad accettare rischi economici come quelli connessi all'obbligo risarcitorio. Un'alternativa è rappresentata dall'assicurazione per i danni da responsabilità civile dei funzionari: questa, però, in mancanza di un'adeguata discriminazione tra categorie di operatori che concorrono a svolgere l'azione rischiosa, rischia di determinare costi ingenti, destinati ad essere soddisfatti con il denaro pubblico. Per tali ragioni, la responsabilità del funzionario può affermarsi soltanto quando gli eventuali svantaggi di un forte disincentivo siano superati dall'esigenza di ridurre e prevenire negligenze particolarmente riprovevoli, o comportamenti dannosi vietati e intenzionali. In altri casi, mezzi di prevenzione specifica e la responsabilità disciplinare, anche con multe non assicurabili parametricamente sulle stipendio, ovvero penalità in termini di riduzione del *budget* a disposizione dell'ufficio o di carriera del singolo funzionario, possono svolgere un'azione preferibile rispetto alla responsabilità civile, più efficace e meno onerosa dal punto di vista del benessere collettivo [J.L. MASHAW (VII.14); M. CAFAGNO (VII.16), p. 192].

Parzialmente diversi sono i problemi relativi alla violazione dei termini procedurali e alla relativa responsabilità per danno [G. VON WANGENHEIM (VI.17), p. 160 ss.]. In tali casi, infatti, l'azione risarcitoria rimane ipotesi remota: il beneficio individuale è ridotto e il danno risulta difficile da provare. Per questa ragione può essere opportuno pensare ad una tutela aggiuntiva affidata allo strumento dell'indennizzo automatico, fatta salva l'azione risarcitoria per il maggior danno. L'entità

dell'indennizzo andrebbe quindi parametrata sull'entità dell'operazione economica sottoposta all'assenso dell'amministrazione o del diritto di istruttoria versato dal privato. Naturalmente, è legittimo chiedersi se sia auspicabile, anche dal punto di vista finanziario, gravare di un obbligo patrimoniale un'amministrazione che non è in grado di rispettare i tempi del procedimento, spesso perché sovraccarica di compiti, sottoposta a complicazioni organizzative e procedurali e priva di risorse adeguate. Ma se l'amministrazione ritardataria è costretta a pagare (a prescindere dai profili di rivalsa sul singolo funzionario), si può determinare anche un circolo virtuoso: incentivare il pubblico potere ad abbandonare quei compiti che non è in grado di svolgere in modo rapido ed efficiente.

GIULIO NAPOLITANO

Bibliografia

1. Trattazioni generali di analisi economica del diritto in 1. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, V ed., New York, Aspen Law & Business, 1998; 2. R.D. COOTER e T.S. ULEN, *Law and Economics*, III ed., Reading (Mass.), 2000 (una versione italiana in 3. R.D. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI e T.S. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, Il Mulino, 1999); 4. S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2004; con particolare riguardo alla responsabilità civile, 5. G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica* (1970), trad. it., Milano, Giuffrè, 1975; 6. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961. Sull'analisi economica nella storia del pensiero giuridico, 7. G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2002, p. 141 ss.; dalla prospettiva italiana, da ultimo, 8. A. ARCURI e R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 7 ss.; 9. F. DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, Giuffrè, 2002; un bilancio comparato in 10. R.A. POSNER, *Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations*, in *Ratio Juris*, 17, 2004, p. 66 ss., e in 11. AAVV., *Symposium: Legal and Economics and Legal Scholarship*, in *Chicago-Kent Law Rev.*, 79, 2004, p. 345 ss.; sull'applicazione dell'analisi economica al diritto pubblico, 12. J.L. MASHAW, *The Economics of Politics and the Understanding of Public Law*, in *Chicago-Kent Law Rev.*, 65, 1989, p.

123 ss.; **13.** T.S. ULEN, *Firmly Grounded: Economics in the Future of the Law*, in *Wisconsin Law Rev.*, 1997, p. 433 ss.; **14.** J.-P. SCHNEIDER, *Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft*, in *Verwaltung*, 2001, p. 317 ss.; **15.** S. CASSESE, *Giuristi ed economisti: metodo e metodi nello studio del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 341-342.

II. Sui fallimenti dello Stato, **1.** R. COASE, *Il problema del costo sociale* (1960), ora in **2.** Id., *Impresa, mercato e diritto*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1995; **3.** R.A. POSNER, *Natural Monopoly and its Regulation*, in *Stanford Law Rev.*, 21, 1968-69, p. 540 ss.; **4.** G. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell J. of Economics*, 1971, p. 3 ss., che sviluppa in chiave giureeconomica le intuizioni di **5.** M.H. BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton, Princeton University Press, 1955; **6.** R.H. COASE, *Il faro nell'economia* (1974), ora in Id. (**II.2**), p. 291 ss.; **7.** H. DEMSETZ, *The Private Production of Public Goods*, in *J. of Law & Economics*, 13, 1970, p. 293 ss.; **8.** D. FRIEDMAN, *Problems in The Provision of Public Goods*, in *Harvard J. of Law & Public Policy*, 10, 1987, p. 505 ss.

III. Sugli studi di analisi economica del diritto costituzionale, **1.** G. BRENNAN e J.M. BUCHANAN, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985; **2.** *Constitutional Economics. Containing the Economic Powers of Government*, a cura di R.B. McKenzie, Lexington, Massachusetts-Toronto, 1986; **3.** R.A. POSNER, *The Constitution as an Economic Document*, in *The George Washington Law Rev.*, 56, 1987-1988, p. 4 ss.; **4.** T.S. ULEN, *An Economic Appreciation of The Bill of Rights: The Limits and Potential of Law and Economics in Discussing Constitutional Issues*, in *Univ. Illinois Law Rev.*, 1992, p. 189 ss.; **5.** R.D. COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2000; sulla scuola di *Public Choice*, **6.** K. ARROW, *Social Choice and Individual Values*, New York, John Wiley & Sons, 1951; **7.** M. OLSON, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1965; **8.** J. D.A. FARBER e P.P. FRICKEY, *Law and Public Choice. A Critical Introduction*, Chicago, Chicago University Press, 1991; **9.** D.C. MUELLER, *Constitutional Democracy*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1996; **10.** Id., *Perspectives on Public Choice*, New York, Cambridge University Press, 1997; **11.** J.L. MASHAW, *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*, New Haven, Yale University Press, 1997; sul neo-contrattualismo, **12.** J.M. BUCHANAN e G. TULLOCK, *Il calcolo del consenso. Fondamenti logici della democrazia costituzionale* (1962), trad. it., Bologna, Il Mulino, 1998; sul percorso europeo, **13.**

J.M. BUCHANAN, *From Private Preferences to Public Philosophy: the Developments of Public Choice*, in Id., *Constitutional Economics*, Basil Blackwell, Oxford, 1991, p. 29 ss.; **14.** P. McAUSLAN, *Public Choice and Public Law*, in *Modern Law Rev.*, 51, 1988, p. 681 ss.; **15.** *Deliberation and Decision. Economics, Constitutional Theory and Deliberative Democracy*, a cura di A. Van Aaken, C. List e C. Luetge, Ashgate, Aldershot, 2004; **16.** M. LESCHKE, *Ökonomische Verfassungstheorie und Demokratie. Das Forschungsprogramm der Constitutional Economics und seine Anwendung auf der Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1994; **17.** *Constitutional Law and Economics in the European Union*, a cura di D. Schmidtchen e R.D. Cooter, Cheltenham and Lyme, Edward Elgar Publishing, 1997; **18.** P.B. STEPHAN, F. PARISI e B. DEPOORTER, *The Law and Economics of the European Union*, Newark, LexisNexis, 2003; nella letteratura italiana, **19.** M. ABRESCIA, *Le ricerche giur-economiche e la frontiera del diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 635 ss.

IV. Sul federalismo competitivo e la concorrenza tra governi, **1.** C.M. TIEBOUT, *A Pure Theory of Local Expenditures*, in *J. of Political Economy*, 1956, p. 416 ss.; **2.** A. BRETON, *Competitive Governments: An Economic Theory of Politics and Public Finance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996; **3.** Id., *Costi e benefici del federalismo*, in *Amministrare*, 1998, p. 9 ss.; **4.** T.S. ULEN, *Economic and Public-Choice Forces in Federalism*, in *Geo. Mason Law Rev.*, 6, 1997-1998, p. 921 ss.; **5.** S. BREYER, *Does Federalism Make a Difference?*, in *Public Law*, 1999, p. 651 ss.; **6.** R.L. REVESZ, *Federalism and Environmental Regulation. A Public Choice Analysis*, in *Harvard Law Rev.*, 115, 2001, p. 553 ss.; **7.** B.R. WEINGAST, *The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development*, in *J.L. Econ. & Org.*, 11, 1995, p. 1 ss.; **8.** J. RODDEN e S. ROSE-ACKERMAN, *Does Federalism Preserve Markets?*, in *Virginia Law Rev.*, 83, 1997, p. 1521 ss.; **9.** M. NETTESHEIM, *Wettbewerbsföderalismus und Grundgesetz*, in *Der Staat des Grundgesetzes - Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 363 ss.; nella letteratura italiana, **10.** G. BROSIÒ, *I modelli di concorrenza tra governi locali*, in *Amministrare*, 1996, p. 177 ss.; alla luce della riforma costituzionale del 2001, **11.** M. ABRESCIA, *Governare la differenziazione: L'analisi economica del diritto pubblico e il nuovo titolo V della Costituzione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, p. 9 ss.; **12.** G. NAPOLITANO, *Federalismo e regime amministrativo dell'impresa*, in *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, a cura di F. Bassanini e L. Torchia, Firenze, Passigli, 2005, p. 336 ss.

Sulla concorrenza tra ordinamenti in Europa, **13.** B.S. FREY e R. EICHENBERGER, *The New Democratic Federalism for Europe. Functional, Overlapping and Competing Jurisdictions*, Cheltenham-Northampton, 2000, p. 3 ss.; **14.** C. KIRCHNER, *The Principle of Subsidiarity in the Treaty on European Union: A Critique from a Perspective of Constitutional Economics*, in *Tulane J. of International and Comparative Law*, 6, 1998, p. 291 ss.; **15.** U. BÖTTGER, *Ansätze für eine ökonomische Analyse des Subsidiaritätssprinzips des EG Art. 5 Abs. 2*, Berlin, Duncker & Humboldt, 2004, p. 149 ss.; nella letteratura italiana, **16.** A.M. PETRONI, *L'analisi economica del federalismo e la sua applicazione alla struttura costituzionale dell'Unione europea, in Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, a cura di A.M. Petroni, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 193 ss.; sulla concorrenza regolatoria su scala globale, **17.** *Regulatory Competition and Economic Integration*, a cura di D.C. Esty, Oxford, Oxford University Press, 2001; **18.** A.T. GUZMAN, *Public Choice and International Regulatory Competition*, in *The Georgetown Law J.*, 90, 2002, p. 971 ss.; **19.** J.R. MACEY, *Regulatory Globalization as a Response to Regulatory Competition*, in *Emory Law J.*, 52, 2003, p. 1353 ss.

V. Sulla riforma della regolazione, **1.** R.A. POSNER, *The Rise and Fall of Administrative Law*, in *Chicago-Kent Law Rev.*, 72, 1997, p. 953 ss.; **2.** R.A. POSNER, *The Effects of Deregulation on Competition: The Experience of The United States*, in *Fordham International Law J.*, 23, 2000, p. 7 ss.; **3.** A.L. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994; **4.** A. SCALIA, *Le Independent Regulatory Agencies nell'ordinamento statunitense*, in *Attività regolatoria e autorità indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 31 ss.; **5.** C.R. SUNSTEIN, *Paradoxes of the Regulatory State*, in *Univ. Chicago Law Rev.*, 57, 1990, p. 407 ss.; in precedenza, per tutti, **6.** S. BREYER, *Regulation and Its Reform*, Harvard University Press, 1982; **7.** Id., *Two Models of Regulatory Reform*, in *South Carolina Law Rev.*, 34, 1983. Sulla regolazione per incentivi, **8.** T.R. LEWIS e D. SAPPINGTON, *Using Markets to Allocate Pollution Permits and Other Scarce Resource Rights Under Limited Information*, in *J. of Public Economics*, 57, 1995, n. 3, p. 431 ss.; **9.** M.D. DRIESEN, *Is Emission Trading an economic incentive Program?*, in *Washington and Lee Law Rev.*, 55, 1998 2, p. 289 ss.; sull'analisi costi-benefici, **10.** C.R. SUNSTEIN, *Congress, Constitutional Moments, and the Cost-Benefit State*, in *Stanford Law Rev.*, 1996, 48, p. 247 ss.; **11.** E.A. POSNER, *Cost-Benefit Analysis as a Solution to a Principal-Agent Problem*, in *Administrative Law Rev.*, 53, 2001, p. 289 ss.; **12.** C.R. SUNSTEIN, *Is Cost-Benefit Analysis for Everyone?*, in *Univ. Chicago Law Rev.*, 68, 2001, p. 299 ss.; anche

con riguardo all'esperienza italiana, **13.** R. Perna, *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta. Dalla teoria all'analisi dell'impatto della regolamentazione, in Mercato concorrenza regole*, 2003, p. 49 ss.; contributi critici in **14.** S. ROSE-ACKERMAN, *Defending the State: a Skeptical Look at «Regulatory Reform» in the Eighties*, in *Univ. Colorado Law Rev.*, 61, 1990, p. 517 ss.; **15.** J.L. MASHAW, *Reinventing Government and Regulatory Reform: Studies in the Neglect and Abuse of Administrative Law*, in *Univ. Pittsburgh Law Rev.*, 57, 1995-1996, p. 405 ss.; sui problemi redistributivi, **16.** L. KAPLOW e S. SHAVELL, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, in *J. of Leg. St.*, 23, 1994, p. 667 ss.; **17.** G.S. BECKER e C.B. MULLIGAN, *Deadweight Costs and the Size of Government*, in *J. of Law & Economics*, 46, 2003, p. 293 ss.

VI. Sul ruolo necessario dell'intervento pubblico, **1.** S. ROSE-ACKERMAN, *Progressive Law and Economics-And the New Administrative Law*, in *Yale Law J.*, 98, 1988, p. 341 ss.; **2.** Id., *Rethinking the Progressive Agenda: the Reform of the American Regulatory State*, New York, 1992; **3.** J. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato* (1989), trad. it., Bologna, Il Mulino, 1992; **4.** Id., *Economics of the Public Sector*, III ed., New York-London, W.W Norton & Company, 2000, p. 175 ss.; **5.** O.E. WILLIAMSON, *Public and Private Bureaucracies: a Transaction Cost Economics Perspective*, in *J. of Law, Economics, & Organization*, 15, 1999, n. 1, p. 306 ss.; **6.** D.E. VAN ZANDT, *The Lessons of the Lighthouse: «Government» or «Private» Provision of Goods*, in *J. of Leg. St.*, 22, 1993, p. 47 ss.; sulla «reinvenzione del governo», **7.** T. GAEBLER e D. OSBORNE, *Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, 1993, trad. it., Milano, Franco Angeli, 1995; **8.** M. SPICER, *Public Administration, the History of Ideas, and the Reinventing Government Movement*, in *Public Administration Rev.*, 64, 2004, n. 3, p. 353 ss.; sull'esigenza di una reinterpretazione degli istituti del diritto amministrativo alla luce del metodo giur-economico, **9.** AA.Vv., *Conference on the Economics and Politics of Administrative Law and Procedures*, in *J. of Law, Economics, & Organization*, 8, 1996, 1, p. 1 ss.; **10.** C. HOOD, *Administrative Analysis. An Introduction to Rules, Enforcement and Organizations*, Brighton, Sussex, Wheatsheaf Books, 1986; nella letteratura europea, **11.** G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2/1999, p. 7 ss.; **12.** J.-B. AUBY, *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, in *AJDA*, 2001, p. 912 ss.; **13.** J. CAILLOSSE, *Le droit administratif contre le performance publique?*, in *AJDA*, 1999, p. 195 ss.; in particolare, sulle procedure amministrative, **14.** M.D. McCUBBINS, R.G. NOLL e B.R. WEINGAST, *Administrative Procedures as Instruments of Po-*

litical Control, in *J. of Law, Economics, and Organization*, 1987, n. 3, p. 243 ss.; **15.** *Vom Hoheitsstaat zum Konsensualstaat. Ökonomische Analyse der Flexibilisierung von Genehmigungsverfahren*, a cura di D. Schimdtchen e H.-J. Schmidt-Trenz, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999; **16.** A. VOßKUHLE, «Ökonomisierung» des Verwaltungsverfahrens, in *Verwaltung*, 2001, p. 347 ss.; **17.** G. VON WANGENHEIM, *Games and Public Administration. The Law and Economics of Regulation and Licensing*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004; con specifico riguardo al personale pubblico, **18.** A. BRETON e R. WINTROBE, *La logica del comportamento burocratico* (1982), trad. it. Bologna, Il Mulino, 1988, p. 145 ss.; **19.** S. ROSE-ACKERMAN, *Reforming Public Bureaucracy through Economic Incentives?*, in *J. of Law, Economics and Organization*, 1986, n. 2, p. 131 ss.; **20.** J.L. MASHAW, *Prodelegation: Why Administrators Should make Political Decisions*, in *J. of Law, Economics and Organization*, 1, 1985, p. 81 ss.; sui sussidi diretti ai cittadini, **21.** D.A. SUPER, *The Political Economy of Entitlement*, in *Columbia Law Rev.*, 104, 2004, p. 633 ss.; **22.** Id., *Offering an Invisible Hand: The Rise of Personal Choice Model for Rationing Public Benefits*, in *Yale Law J.*, 113, 2004, p. 815 ss.; più in generale, **23.** B. ACKERMANN e A. ALSTOTT, *The Stakeholder Society*, New Haven, Yale University Press, 1999; **24.** M.J. TREBILCOCK, R. DANIELS e M. THORBURN, *Government by Voucher*, in *Boston University Law Rev.*, 80, 2000, p. 205 ss.; nella letteratura giuridica italiana, **25.** G. CORSO, *Lo Stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Scritti in memoria di Giovanni Tarullo*, Milano, Giuffrè, 1990, II, p. 177 ss.; **26.** S. CASSESE, *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 1156 ss.

VII. Sulla regolamentazione efficiente dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati: con riguardo all'espropriazione, **1.** D.A. FARBBER, *Public Choice and Just Compensation*, in *Constitutional Commentary*, 9, 1992, p. 279 ss.; **2.** M.A. HELLER e J.E. KRIER, *Deterrence and Distribution in the Law of Takings*, in *Harvard Law Rev.*, 112, 1999, p. 997 ss.; **3.** L. BLUME, D.L. RUBINFELD e P. SHAPIRO, *The Taking of Land:*

When Should Compensation Be Paid?, in *Quarterly J. of Economics*, 99, 1984, n. 1, p. 71 ss.; **4.** B.E. HERMALIN, *An Economic Analysis of Takings*, in *The J. of Law, Economics & Organization*, 11, 1995, 1, p. 64 ss.; S. SHAVELL (**1.4**), p. 125 ss.; in materia di contratti pubblici, **5.** C.N. LEE, *Government Contracting: A Game-Theoretic Analysis*, in *Public Contract Law J.*, 19, 1989-1990, p. 382 ss.; anche alla luce della normazione positiva, **6.** P. TREPTE, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2004; **7.** C. MCCRUDDEN, *Public procurement, contract compliance, and social policy in the European Union*, Oxford, Clarendon, 1996; **8.** W.E. KOVACIC, *Law, Economics, and the Reinvention of Public Administration: Using Relational Agreements to Reduce the Cost of Procurement Regulation and Other Forms of Government Intervention in the Economy*, in *Administrative Law Rev.*, 50, 1998, p. 141 ss.; nella letteratura giuridica italiana, **9.** M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001; **10.** M. FIOCCA e G. MONTEODORO, *Il costo dell'impazienza: un'analisi giuridico-economica della legislazione sulle grandi opere*, in *Urb. app.*, 2004, p. 1132 ss.; sulla responsabilità civile della pubblica amministrazione, **11.** M. BRAUNSTEIN, *In Defence of a Traditional Immunity. Towards an Economic Rationale for not Estopping the Government*, in *Rutges Law J.*, 14, 1982, p. 1 ss.; **12.** P.H. SCHUCK, *Suing Government. Citizen Remedies for Official Wrongs*, New Haven, Yale University Press, 1983; **13.** L. KRAMER e A.O. SYKES, *Municipal Liability Under 1983: A Legal and Economic Analysis*, in *Supreme Court Rev.*, 1987, p. 249 ss.; **14.** J.L. MASHAW, *Civil Liability of Government Officers: Property Rights and Official Accountability*, in *Law and Contemporary Problems*, 42, 1978, p. 8 ss.; **15.** H.J. KRENT, *Preserving Discretion Without Sacrificing Deterrence: Federal Governmental Liability in Tort*, in *Ucla Law Rev.*, 38, 1990-1991, p. 871 ss.; nella letteratura italiana, **16.** M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano, Giuffrè, 1996.

ANALOGIA

SOMMARIO: 1. Definizioni. — 2. La struttura dell'inferenza analogica. — 3. I presupposti dell'inferenza analogica. — 4. Il principio di validità dell'inferenza analogica e il suo fondamento normativo. — 5. Interpretazione estensiva e inferenza analogica. — 6. *Analogia legis* e *analogia iuris*. — 7. *Argumentum a simili* e *argumentum e contrario*. — 8. I limiti all'inferenza analogica nel nostro diritto positivo.

1. Definizioni. — Si intende per «analogia giuridica» (o «ragionamento

per analogia» o *argumentum a simili* o «inferenza analogica») quel procedimento