

IVAN PUPOLIZIO

## Coase, Hayek e la «grande dicotomia» tra diritto pubblico e diritto privato

*Existing economics is a theoretical system  
which floats in the air and which bears  
little relation to what happens in the real world.*

Ronald H. Coase

### ABSTRACT

In this paper, a comparison between two dichotomies is carried out: the hierarchy/market dichotomy, proposed by Coase, and the *taxis/cosmos* one, proposed by Hayek. Although made for different purposes, and at different levels of abstraction, those two well-known economic «ideal types» clearly share a common ground (§§ 1-2). The latter is then paralleled with one of the «great dichotomies» of legal thinking, according to Bobbio, that is, public/private law. The Hayekian dichotomy proves here to be consistent with a legal tradition that splits the legal universe into two quite separate halves (§ 3). Finally, the ubiquitous integration of «orders» and «organizations» is traced back to the Roman private law, and to the Greek *polis*, in order to reveal some implicit assumptions on which these economic and legal models rest (§ 4).

### KEYWORDS

Hierarchy; Market; Cosmos; Taxis; Dichotomy.

### 1. PERCHÉ ESISTONO LE IMPRESE?

Nel 1937, un giovanissimo Ronald H. Coase<sup>1</sup> pubblicò un articolo che sul momento passò inosservato, ma era destinato a segnare una nuova strada nella storia dell'analisi economica. Come tutte le opere fondamentali, l'articolo di Coase nasceva da una domanda elementare, sorprendente nella sua ingenuità: perché esistono le imprese? O più esattamente: posto che il meccanismo dei prezzi è il metodo più efficiente per l'allocazione delle risorse, perché il mercato non copre che una piccola parte del sistema economico? Perché al posto di libere transazioni di mercato tra operatori economici indipendenti troviamo

1. Nel discorso tenuto in occasione del conferimento del premio Nobel, nel 1991, Coase afferma che tutti i punti essenziali del saggio del 1937 erano già stati da lui sviluppati in un corso tenuto nel 1932 presso la Dundee School of Economics and Commerce, quando aveva soltanto 21 anni, e che gli sembrava strano ricevere un premio a 80 anni per qualcosa che aveva intuito a 20. Cfr. anche R. H. Coase, 1988a, 3.

invece delle enormi organizzazioni gerarchiche, nelle quali i singoli fattori produttivi sono allocati non secondo la legge della domanda e dell'offerta ma secondo le direttive dell'imprenditore? La risposta di Coase, tanto semplice quanto celebre, fu che le transazioni di mercato, al pari delle organizzazioni, hanno un costo, e che la scelta tra questi due «metodi alternativi per coordinare la produzione» non può che essere dettata, ancora una volta, da criteri di efficienza economica: un'impresa preferirà «fare», anziché «comprare», finché il costo per l'internalizzazione di un determinato fattore produttivo sarà inferiore a quello necessario per procurarsi lo stesso fattore attraverso il mercato. In caso contrario, essa preferirà esternalizzare, ossia l'impresa preferirà snellirsi, a vantaggio del mercato, e acquistare quello che avrebbe potuto realizzare in proprio. Lo studio comparato dei costi di transazione e di quelli interni all'organizzazione dell'impresa permetterebbe quindi di ottenere una «teoria dell'equilibrio», ossia una determinazione scientifica delle dimensioni ottimali di un'impresa rispetto al mercato (e viceversa)<sup>2</sup>.

L'interesse di Coase per i costi di transazione sarà in seguito generalizzato ed esteso al regime giuridico dei diritti di proprietà con un secondo e ancor più celebre articolo del 1960, al quale si fa comunemente risalire il c.d. «teorema di Coase», che tanta parte ha giocato nella nascita della moderna analisi economica del diritto<sup>3</sup>. Questo secondo articolo contribuì a far riscoprire l'articolo del 1937, inizialmente passato quasi inosservato<sup>4</sup>, e a far diventare l'opposizione tipico-ideale tra «gerarchia» e «mercato» il punto di partenza di un'analisi «neoinstituzionalista» delle forme organizzative, centrata sul problema della riduzione dei costi di transazione<sup>5</sup>.

Qui di seguito, non intendo discutere il valore di questa dicotomia per la

2. Presupposto esplicito della teoria è che i costi interni dell'organizzazione crescano in maniera più che proporzionale al crescere dell'organizzazione stessa (c.d. ipotesi del rendimento decrescente del management), ragion per cui esiste necessariamente una soglia oltre la quale acquistare una determinata risorsa costerà meno che produrla all'interno dell'impresa.

3. Cfr. R. H. Coase, 1960. Coase, poco incline alle grandi teorizzazioni, ha tenacemente negato che nel suo articolo fosse ravvisabile alcun «teorema», la cui formalizzazione è dovuta in realtà a G. Stigler, 1966. Richard Posner ha più volte ricordato come la c.d. «nuova analisi economica del diritto» (Nle, in contrapposizione alla vecchia, coeva all'istituzionalismo economico e precedente al secondo conflitto mondiale) debba le sue origini a due articoli fondamentali, scritti dai due «padri» della Nle: R. H. Coase, 1960 e G. Calabresi, 1961. Lo stesso Calabresi (1982, vii) vi aggiunge anche il libro, «ugualmente indipendente e praticamente contemporaneo», di Trimarchi sulla responsabilità oggettiva (P. Trimarchi, 1961). Sulle critiche di Calabresi nei confronti dell'uso politico del «teorema di Coase» e più in generale della versione *chicagoan* della Nle, cfr. G. Calabresi, 1982; A. Ventura, 1990; V. Grembi, 2006.

4. Parlando a un convegno in occasione dei 50 anni dalla pubblicazione dell'articolo, Coase affermò che esso «ebbe scarsa o nessuna influenza per trenta o quarant'anni dopo la sua pubblicazione», e che fino agli anni Settanta esso era «molto citato e poco usato» (R. H. Coase, 1988c, 33. Quando non indicato diversamente, la traduzione è mia).

5. Cfr., per tutti, O. Williamson, 1975, 1985, 1986.

teoria economica od organizzativa<sup>6</sup>; e neppure proporre il suo utilizzo in sede di teoria dell'interpretazione o di teoria generale del diritto. Vorrei piuttosto percorrere la strada in direzione opposta, e limitarmi a mettere in luce le analogie tra questa celebre dicotomia e altre note dicotomie del pensiero economico e giuridico. A tal fine, esaminerò in primo luogo (§ 2) il nesso tra la coppia concettuale (*microeconomica*) gerarchia/mercato e quella (*macroeconomica*) *cosmos/taxis*, proposta da Friedrich A. Hayek al fine precipuo di difendere la superiorità dell'economia di mercato rispetto a ogni forma di pianificazione economica. La dicotomia di Hayek costituisce un ponte ideale verso il pensiero giuridico, poiché lui stesso, come vedremo nel § 3, ha messo in relazione questa «distinzione tra due diversi tipi di ordine»<sup>7</sup> con alcune delle principali coppie concettuali proposte dalla teoria generale delle norme. Questa relazione è stata criticamente indagata da Bobbio, il quale ha tuttavia anche sottolineato l'analogia tra la classificazione hayekiana delle forme di ordine e una delle «grandi dicotomie» della storia del pensiero giuridico, quella tra diritto pubblico e diritto privato.

La discussione di questa analogia mi ha permesso, in conclusione (§ 4), di utilizzare la storia del diritto per cogliere alcuni presupposti impliciti su cui poggiano questi tipi ideali, sia economici sia giuridici. In particolare, le analisi di Coase e Hayek convergono, come vedremo, sulla necessaria integrazione tra «ordini» e «organizzazioni»: questa integrazione non sembra tuttavia essere una caratteristica esclusiva dell'età contemporanea, né il frutto «spontaneo» dello sviluppo di un'economia di mercato. Sul piano del diritto pubblico, l'integrazione tra ordini e organizzazioni in una struttura sociale rigidamente aristocratica quale quella dell'antichità classica, consente di dare un diverso significato al rimpianto di Hayek per il «significato originario» della democrazia della *polis*. Simmetricamente, sul piano del diritto privato, la stessa integrazione offre un riferimento storico inedito per quella «society of free men» da lui oggi considerata in pericolo, sotto i colpi di un diritto pubblico «assistenziale» e (potenzialmente) totalitario. Dalla Roma repubblicana a oggi, questo gruppo sociale è sempre stato costituito dai soli vertici delle organizzazioni, e ha così potuto rappresentare il campo di applicazione privilegiato di un diritto

6. In particolare Herbert A. Simon, il cui concetto di «razionalità limitata» è stato ampiamente impiegato da Williamson, ha accusato il neoistituzionalismo di essere un «atto di fede», per aver trascurato i risultati degli studi sull'organizzazione e aver usato i limiti alla razionalità come una variabile esogena «per permettere alla teoria di restare nel magico mondo dell'utilità e della massimizzazione del profitto» (H. A. Simon, 1991, 26-7). Per una rigorosa difesa della contrapposizione concettuale proposta da Coase, fondata sull'opportunità di conservare una nozione *giuridica* unitaria di impresa, cfr. G. M. Hodgson, 2002. Per una panoramica dei diversi approcci economici sorti a partire dal lavoro di Coase, cfr. N. J. Foss, P. G. Klein, S. Linder, 2013.

7. F. A. Hayek (1973), trad. it. 1994, 48.

privato tra soggetti «*originari e cospicui*»<sup>8</sup>: un diritto idealmente estraneo all'influenza del potere politico, nonché ai problemi della giustizia distributiva, poiché pensato per operare esclusivamente negli spazi *tra* le unità economiche fondamentali della società.

## 2. GERARCHIE, MERCATI, COSMOS E TAXIS

L'opposizione tra «gerarchia» e «mercato», sebbene sia stata oggetto di molte critiche<sup>9</sup>, è nella sua astrattezza molto chiara. Essa è icasticamente rappresentata da una metafora di Robertson che Coase riprende e condivide: le imprese in un'economia di mercato sembrano «isole di potere consapevole in un oceano di cooperazione inconsapevole, come dei grumi di burro che si coagulano in un secchio di latticello»<sup>10</sup>. La gerarchia è dunque *un'organizzazione*, guidata da un «potere consapevole», in questo caso quello dell'imprenditore, posto a «capo dell'impresa», ossia al vertice di un'attività economica «organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi», per esprimerci con le parole del nostro codice civile (artt. 2082 e 2086).

In un convegno del 1987, per la celebrazione dei 50 anni trascorsi dalla pubblicazione di *The Nature of the Firm*, Coase riassunse così il suo proposito originario:

Tutto quello che occorre era riconoscere che le transazioni di mercato hanno dei costi e incorporarli nell'analisi, cosa che gli economisti non erano riusciti a fare. Un'impresa ha quindi un ruolo da giocare nel sistema economico se è possibile organizzare le transazioni all'interno dell'impresa ad un costo minore rispetto al mercato. Il limite alle dimensioni dell'impresa sarebbe fissato quando la portata delle sue operazioni è giunta al punto in cui i costi per organizzare ulteriori transazioni all'interno dell'impresa superano quelli per realizzare le stesse transazioni nel mercato o in un'altra impresa. Quest'affermazione è stata definita una «tautologia». È la critica che si rivolge di solito a un'affermazione che è chiaramente giusta<sup>11</sup>.

All'altro capo di un filo che cerca di unire tutte le forme concrete di coordinazione della produzione troviamo invece il «mercato»: nella sua forma «pura», esso rappresenta una «struttura di governo delle transazioni non specifiche

8. L. Lombardi, 1975, 58. Il corsivo è nel testo.

9. Cfr., per tutti, W. W. Powell, 1990.

10. R. H. Coase, 1937, 388: «[I]slands of conscious power in this ocean of unconscious co-operation like lumps of butter coagulating in a pail of buttermilk». La metafora della burrificazione mi pare particolarmente efficace perché fa riferimento a un *processo*: le imprese, come i grumi di burro, si *formano* e solo al termine del processo sono riconoscibili due sostanze chiaramente diverse.

11. R. H. Coase, 1988b, 19.

derivanti da contrattazione sia occasionale sia ricorrente»<sup>12</sup>. In altri termini, esso consiste in un insieme di compratori e venditori la cui identità è irrilevante (di qui la «non specificità» delle transazioni), e tra i quali avvengono scambi istantanei: il vincolo contrattuale tra le parti è tipicamente finalizzato al trasferimento della proprietà, e tutte le informazioni rilevanti per la transazione sono condensate attraverso il meccanismo dei prezzi.

Tra i due estremi dell'impresa «integrata verticalmente» e del mercato si distende tutta la complessità delle istituzioni economiche del capitalismo, per riprendere il titolo dell'opera di Williamson: dai semplici contratti di fornitura ai conglomerati di imprese, dal franchising fino alle forme più complesse di integrazione orizzontale, ogni legame tra le parti di là da quella che Williamson chiama «contrattazione discreta» implica un allontanamento più o meno marcato dal tipo ideale del mercato e la creazione di una struttura di governo delle transazioni, realizzata per ovviare ai problemi posti dall'«opportunismo» e dalla «razionalità limitata», i due presupposti «naturalistici» da cui parte l'economia dei costi di transazione<sup>13</sup>.

Nel mercato, il principale argine contro i comportamenti opportunistici è costituito dalle alternative a disposizione dei partecipanti allo scambio<sup>14</sup>. L'economia dei costi di transazione ha tuttavia avuto buon gioco nel mostrare come lo scambio classico di mercato, «in cui si vende il prodotto a tutti i richiedenti senza restrizioni a un prezzo uniforme»<sup>15</sup>, rappresenti in un certo senso un caso limite, soprattutto nei rapporti tra imprese, nei quali è spesso sostituito da forme più complesse di contrattazione. Essa ha inoltre sottolineato come queste transazioni, organizzate in forma di quasi-mercato o non di mercato, non rappresentino necessariamente un fallimento del mercato o una variante del monopolio, come gli economisti tendono spesso a ritenere<sup>16</sup>, ma possano essere dettate da considerazioni di efficienza, legate ancora una volta all'esigenza di ridurre i costi di transazione.

Ciò nonostante, e a dispetto delle critiche dello stesso Coase verso l'impostazione eccessivamente teorica dell'economia neoclassica, lo studio comparato dei costi di transazione continua a condividere con quest'ultima un presup-

12. O. E. Williamson (1985), trad. it. 1992, 161.

13. Cfr. *ivi*, 124 ss.; O. E. Williamson (1986), trad. it. 1991, 92 s. Per opportunismo si intende in sostanza la possibilità per ciascuna parte di ingannare, mentire, distorcere o trattenere le informazioni al fine di ottenere un vantaggio. Per razionalità limitata, sulla scia di Simon, si intende l'assunzione implicita che le azioni umane siano «*intenzionalmente* razionali, ma di fatto soltanto *limitatamente* tali» (H. A. Simon [1945], 1957, xxiv).

14. O. E. Williamson (1985), trad. it. 1992, 162.

15. *Ivi*, 99.

16. «Se un economista trova qualcosa – una consuetudine d'affari di qualche tipo – che non capisce, cerca la spiegazione nel monopolio» (R. H. Coase, 1972, 67, cit. in O. E. Williamson [1986], trad. it. 1991, 89).

posto che il pensiero economico è solito ricondurre ad Adam Smith: il mercato, sulla sola base del perseguimento dell'interesse personale e del meccanismo informativo dei prezzi, consente di raggiungere *una forma di ordine*<sup>17</sup>. La contrapposizione tra gerarchia e mercato, sia nella versione proposta da Coase sia in quella sviluppata da Williamson, non deve dunque essere intesa come la differenza tra l'ordine imposto dall'imprenditore all'interno di un'organizzazione gerarchica, e il disordine provocato dal libero scambio, ma piuttosto come la distinzione *tra due diverse forme di ordine*.

Questo punto può essere meglio inteso se dal livello micro delle analisi di Coase e Williamson, ci spostiamo al livello macro della teoria economica. Hayek<sup>18</sup> ha infatti elaborato la dicotomia tra «ordini spontanei» e «ordini costruiti» (ovvero tra ordini e organizzazioni, come si dirà tra poco) non al fine di spiegare l'esistenza delle imprese in un'economia di mercato, ma per discutere (e difendere) la superiorità dell'economia di mercato rispetto a ogni forma di economia pianificata, sulla base del noto argomento secondo cui la prima consente un migliore uso della conoscenza rispetto alla seconda nell'allocazione delle risorse<sup>19</sup>.

Accostare il pensiero di Coase a quello di Hayek può apparire singolare, poiché il cuore dell'argomento di Coase è in un certo senso l'esatto contrario della tesi che Hayek ha costantemente difeso nel corso di tutta la sua lunga carriera: in alcune condizioni, secondo Coase, un'organizzazione gerarchica può produrre risultati migliori (ovvero con costi di transazione inferiori) rispetto al mercato. Tuttavia, come vedremo, in Hayek è possibile ritrovare un parziale, anche se implicito<sup>20</sup>, accoglimento delle ragioni di Coase. Soprattutto, i due argomenti si muovono su livelli diversi: lì dove Coase intende come abbiamo visto impostare un problema empirico e tipicamente microeconomico (qual è il livello ottimale di dimensione di un'impresa?), la distinzione di Hayek si muove invece sul piano delle diverse forme di governo dell'economia, e più in generale di due distinte forme di legittimazione dell'ordine politico, con un importante corollario sul tipo di *regole* appropriate per ciascuna delle due tipologie individuate.

17. In particolare, un ordine socialmente desiderabile poiché corrispondente a una forma di equilibrio paretiano: per una formalizzazione del c.d. «teorema della mano invisibile», e una sintesi degli ostacoli legati alla sua applicazione nel mondo reale, cfr. K. Basu (2011), trad. it. 2013, cap. II.

18. Cfr. F. A. Hayek, 1973, 1976, 1979, 1982.

19. Sul punto, cfr. F. A. Hayek, 1945.

20. Sembra degno di nota il fatto che Hayek non citi mai Coase nelle sue riflessioni, e Coase faccia lo stesso con lui, nonostante abbiano insegnato entrambi alla London School of Economics (Hayek a partire dal 1932, Coase dal 1935). Riandando alle origini del suo articolo del 1937, Coase ricorda come nell'anno della sua laurea a Londra (1931) le discussioni fossero monopolizzate dai seminari sui prezzi e sulla produzione tenuti nel febbraio di quello stesso anno da Hayek, che valsero a quest'ultimo l'incarico alla Lse, ma che Coase dichiara essere allora «lontani dal mio interesse principale» (R. H. Coase, 1988a, 7).

Nella prospettiva di Hayek, abbiamo dunque da un lato gli «ordini costruiti» (*made orders*), od «organizzazioni» (*organizations*), che egli propone di chiamare *taxis*, utilizzando il termine con cui i greci designavano ad esempio l'ordine di uno schieramento in battaglia; dall'altro gli «ordini spontanei» (*spontaneous orders*), o *cosmos*, termine che indicava in origine «un ordine giusto all'interno di uno stato o di una comunità», e che Hayek invece usa per definire «quelle strutture ordinate le quali sono il prodotto dell'azione di molti uomini, ma che non sono il risultato di una progettazione umana»<sup>21</sup>.

Hayek propone soprattutto una dettagliata analisi di quest'ultimo tipo di ordine, che intende difendere sul piano assiologico: potendo qui soltanto riassumere i tratti principali di quest'analisi, diremo che, in primo luogo, gli ordini spontanei si qualificano per l'assenza di un potere centrale, e dunque *per l'assenza di uno scopo*, che è invece caratteristica degli ordini deliberatamente costruiti. In secondo luogo, gli ordini spontanei possono raggiungere un livello superiore di complessità, rispetto a quelli costruiti, i quali sono invece «limitati a quei moderati gradi di complessità che colui che li ha creati è in grado di padroneggiare»<sup>22</sup>.

Questa maggiore complessità deriva dal fatto che gli ordini spontanei si fondano su relazioni *astratte*, ovvero su regole generali che possiamo ricostruire, e persino manipolare, ma che permettono di conoscere (e di controllare) soltanto *la struttura complessiva* dell'ordine, non le circostanze particolari in cui ciascun elemento verrà a trovarsi in ogni singolo caso.

Gli esempi di ordine spontaneo citati da Hayek sono tratti dalla fisica e dalla biologia, ma è chiaro che la dicotomia tra ordini costruiti e ordini spontanei (da qui in poi, tra organizzazioni e ordini) riguarda soprattutto le diverse forme di ordine riscontrabili all'interno della società. A questo livello, come già accennato, essa mira soprattutto a evidenziare i limiti di un'economia pianificata nella gestione delle risorse di una società moderna: essendo quest'ultima nient'altro che una forma particolarmente complessa di ordine spontaneo<sup>23</sup>, è chiaro che la pretesa di governare attraverso la pianificazione della produzione da parte di un'autorità centrale rappresenta per Hayek il frutto di un equivoco *fattuale*, ovvero una confusione dovuta «all'errata interpretazione antropomorfa della società quale organizzazione piuttosto che ordine spontaneo»<sup>24</sup>.

Tuttavia, se i due modelli di ordine si escludono a vicenda, sia sul piano teorico, sia sul piano delle forme di Stato (liberale *vs* socialista), le cose cambiano quando Hayek si volge a un'analisi delle concrete forme istituzionali di coordinazione delle azioni sociali: egli accetta esplicitamente la premessa

21. F. A. Hayek (1973), trad. it. 1994, 51.

22. Ivi, 53.

23. Ivi, 62.

24. F. A. Hayek (1966), 1967, 171.

secondo cui «[i]n ogni gruppo di uomini che sia appena un po' numeroso, la collaborazione si baserà sempre sia su un ordine spontaneo sia su un'organizzazione deliberata». Anzi, prosegue,

[n]on v'è dubbio che per molti scopi limitati, l'organizzazione è il metodo più potente per raggiungere un effettivo coordinamento, poiché essa ci rende in grado di adattare molto più compiutamente ai nostri desideri l'ordine risultante, mentre [in un ordine spontaneo] il nostro potere sui contenuti particolari di quest'ordine si restringe necessariamente<sup>25</sup>.

Ordini e organizzazioni sono dunque per così dire costretti a convivere nel funzionamento di ogni ordine sociale sufficientemente complesso:

[l]a famiglia, la fattoria, la piantagione, *l'impresa*, la società commerciale, e i vari tipi di associazione, e tutte le istituzioni pubbliche, compreso lo stesso governo, sono organizzazioni che sono *a loro volta integrate in un più ampio ordine spontaneo*<sup>26</sup>.

In questi passaggi, la visione di Hayek si allontana da una prospettiva ultralibertaria, *à la* Nozick<sup>27</sup>, e si avvicina, fin quasi a sovrapporsi, a quella di Coase: per entrambi, tutte le organizzazioni, incluse le imprese, sono forme «potenti» di coordinamento all'interno di un ordine spontaneo più complesso quale quello offerto dal mercato. Per entrambi, inoltre, organizzazioni come le imprese sono *necessarie*, sia perché sembra impossibile coordinare *tutta* la produzione attraverso scambi discreti tra attori individuali, sia perché in un ambito limitato un'organizzazione offre un maggior controllo sul risultato rispetto al mercato; infine, per entrambi, organizzazioni come le imprese sono *necessariamente limitate*, poiché esiste una soglia oltre la quale non riescono a governare la complessità crescente (a internalizzare ulteriori transazioni, direbbe Coase) e il mercato ritorna a essere il metodo di coordinamento della produzione *più efficiente*, o forse, almeno nella prospettiva di Hayek, l'unico *legittimo*.

### 3. ORDINI, ORGANIZZAZIONI E REGOLE

La dicotomia proposta da Hayek ha interessato da vicino il pensiero giuridico, poiché egli la mette esplicitamente in relazione con due diversi tipi di norme che sovrintendono, rispettivamente, al funzionamento di ordini e organizza-

25. F. A. Hayek (1973), trad. it. 1994, 61.

26. Ivi, 62. Il corsivo è mio.

27. Cfr. R. Nozick, 1974. A tacer d'altro, la differenza fondamentale tra la posizione di Nozick e quella di Hayek risiede nel problema dell'origine dello Stato, che il primo ritiene possa sorgere attraverso un meccanismo «a mano invisibile», simile a quello del mercato, mentre Hayek ritiene che esso debba essere il frutto di una pianificazione consapevole (e con compiti limitati).



zioni, e che richiamano altre note classificazioni di norme operate dalla teoria generale del diritto. Hayek afferma che un ordine spontaneo «deve necessariamente basarsi» su «regole di giusta condotta» (*rules of just conduct*, o *nomoi*); tali regole «devono essere indipendenti da un qualche scopo, e devono essere le medesime, se non per tutti almeno per intere classi di membri non individualmente designati per nome». Le organizzazioni, invece, sono rette essenzialmente da «comandi specifici» (*specific commands*, o *theseis*), ma anche quando esse saranno costrette, a causa della loro complessità interna, ad affidarsi a regole generali, queste ultime saranno in ogni caso «regole per il perseguimento di scopi assegnati», differenti per i diversi membri dell'organizzazione, e in definitiva «sussidiarie ai comandi», alla cui luce dovranno essere interpretate<sup>28</sup>.

Hayek mostra inoltre di ritenere come, sul piano dell'evoluzione storica, questa distinzione tra ordini e organizzazioni sia consustanziale non soltanto alla linea di demarcazione tra gli Stati liberali, da un lato, e gli Stati socialisti, totalitari o «assistenziali» dall'altro (accomunati sotto la bandiera dell'«interventismo» nell'ordine spontaneo del mercato), ma anche, all'interno dei primi, alla distinzione tra il diritto privato (nel quale, in conformità alla tradizione anglosassone, fa rientrare anche il diritto penale) e il diritto pubblico. La transizione storica dallo Stato liberale allo Stato sociale può essere così letta, secondo una tradizione consolidata anche nel pensiero giuridico continentale<sup>29</sup>, come una progressiva dilatazione del diritto pubblico a scapito del diritto privato. Hayek propone dunque un uso «storiografico» e al contempo «assio-logico» della «grande dicotomia» tra il diritto privato e il diritto pubblico<sup>30</sup>, finalizzato a demolire le ragioni in favore della «giustizia sociale», e a difendere un ritorno alle ragioni del liberalismo classico.

Dichiaratamente a prescindere da questa valutazione politica, Bobbio<sup>31</sup> ha esaminato e criticato la distinzione di Hayek tra «norme di condotta» e «norme di organizzazione», sia pure proposta in testi antecedenti a quelli qui considerati<sup>32</sup>. Bobbio osserva in particolare come la distinzione proposta da Hayek sia

28. F. A. Hayek (1973), trad. it. 1994, 63 ss. Sebbene Hayek non si soffermi sul punto, egli sembra dunque ritenere che i due diversi tipi di regole (*nomoi* e *theseis*) invochino anche due diversi tipi di interpretazione giuridica: formale o letterale nel primo caso, teleologica nel secondo. Il regime interpretativo può dunque essere connesso ai diversi tipi di regole, e attraverso queste ultime alla diversa natura dell'ordine che esse contribuiranno a produrre? Da un diverso punto di vista, una tesi simile è stata sviluppata da un celebre articolo di Duncan Kennedy, secondo il quale l'utilizzo di regole formali o di standard *nel diritto privato*, e il diverso regime interpretativo che ne deriva, rimandano in definitiva «ad altre idee sull'ordinamento appropriato della società, e particolarmente a idee sul contenuto sostanziale corretto delle regole giuridiche» (D. Kennedy [1976], trad. it. 1992, 26. Ho leggermente modificato la traduzione italiana).

29. Cfr. M. Giorgianni, 1961.

30. N. Bobbio (1974), 1977, 151 ss.

31. N. Bobbio, 1970.

32. Cfr. F. A. Hayek, 1966, 1968: entrambi i testi possono essere considerati preliminari alla

imprecisa sia sul piano teorico, sia su quello empirico. Da un lato, nella distinzione tra norme di condotta e norme di organizzazione, sembrano confluire una serie di distinzioni teoriche diverse: tra norme astratte e concrete, primarie e secondarie (nel significato proposto da Hart), negative (divieti) e positive (comandi), consuetudinarie e statuite. Dall'altro, questa distinzione non sembra *di fatto* coincidere con quella, ben nota e tuttavia da sempre controversa nei paesi sia di *civil law* sia di *common law*, tra diritto privato e diritto pubblico: nel primo rientrano ad esempio sicuramente le norme che disciplinano le società per azioni, per Bobbio «un esempio abbastanza caratteristico di “ordinamento artificiale delle azioni”»<sup>33</sup>.

Tuttavia, Bobbio rileva anche come la distinzione proposta da Hayek abbia il merito di portare l'attenzione su due diverse e inconciliabili immagini del diritto:

L'importanza della distinzione in esame sta in ciò, che essa meglio di ogni altra serve a individuare le due funzioni che tradizionalmente vengono attribuite ad un ordinamento giuridico: la funzione di rendere possibile la *convivenza* di individui (o gruppi) perseguiti ciascuno *fini singoli*, e la funzione di rendere possibile la *cooperazione* di individui o gruppi perseguiti un *fine comune*. Sono norme di condotta quelle che, limitando la propria opera al *coordinamento* di azioni individuali, stabiliscono le condizioni per l'attuazione del massimo d'*indipendenza* di individui conviventi. Sono norme di organizzazione quelle che, mediante un'opera di *convergenza* (forzata) di azioni sociali, stabiliscono le condizioni per attuare il minimo di *dipendenza* necessario a individui cooperanti<sup>34</sup>.

Questo brano chiarisce come la dicotomia proposta da Hayek tra ordini e organizzazioni abbia una sua precisa traduzione giuridica, a sua volta legata a una importante tradizione, che permette di mettere in luce la distanza tra due modi profondamente diversi di concepire il diritto.

Bobbio opportunamente rileva come questa contrapposizione, sul piano analitico, sia il risultato della confluenza, e forse della confusione, di alcune dicotomie di teoria generale delle norme non sovrapponibili tra loro, ma la sua è, per così dire, una critica interessata: essa è infatti volta a privilegiare, nella transizione storica dallo Stato liberale allo Stato sociale, la nota tesi bobbiana sullo sviluppo delle sanzioni positive, accanto a quelle negative, e della c.d. funzione «promozionale» del diritto, a scapito di quella tradizionale, c.d. «repressivo-protettiva»<sup>35</sup>.

versione compiuta della dicotomia tra ordini e organizzazioni, presentata in *Rules and Order* (1973).

33. N. Bobbio (1970), 1977, 126.

34. Ivi, 128.

35. Ivi, 142 ss.

Quando Bobbio abbandona il punto di vista analitico, e si volge all'evoluzione storica del pensiero giuridico, le differenze teoriche tra le diverse categorie dicotomiche di norme finiscono sullo sfondo, ed emergono invece la continuità e la coerenza che legano tra loro quelle che Bobbio talvolta chiama «l'immagine giusprivatistica» e quella «giuspubblicistica» del diritto<sup>36</sup>. In questa opposizione mi pare di poter ritrovare il cuore della distinzione proposta da Hayek, e una smentita della stessa critica di Bobbio prima citata, relativa alla confusione tra le norme di condotta e il diritto privato, da un lato, e le norme di organizzazione e il diritto pubblico, dall'altro. Se è vero infatti che entrambi i tipi di norme convivono in entrambe le partizioni del diritto oggettivo, è anche vero che *esiste una oggettiva affinità tra i tipi di norme richiamati da Hayek e le due immagini del diritto ricordate da Bobbio*.

Norme di giusta condotta, astratte e generali, consistenti *perlopiù* in divieti, di origine consuetudinaria, «indipendenti da un qualche scopo»<sup>37</sup>, da un lato. Norme di organizzazione, concrete, consistenti *perlopiù* in comandi, e di origine statuita, ovvero riconducibili alla volontà (e dunque agli scopi) di un legislatore, dall'altro. Può essere questo un efficace compendio della «grande dicotomia» tra diritto pubblico e diritto privato?

Lo stesso Bobbio, analizzando questo tema in relazione al pensiero di Kant, ha ricondotto i criteri dottrinali per effettuare questa distinzione essenzialmente a due: un criterio *materiale*, legato all'interesse (individuale o collettivo) perseguito dalle norme; e uno *formale*, legato ai rapporti di coordinazione (propri del diritto privato) o di subordinazione (propri del diritto pubblico), presi in considerazione dalle stesse<sup>38</sup>. Di un terzo criterio, relativo alle fonti di produzione, si dirà più avanti.

Nella visione di Hayek, i due criteri ricordati da Bobbio non si escludono ma anzi si rafforzano a vicenda: soltanto nei rapporti tra soggetti *equiordinati* è pensabile un diritto composto *quasi esclusivamente* di norme di condotta (accompagnate da norme di organizzazione del potere giudiziario, quelle che Hart chiama *rules of adjudication*). Tali norme consistono essenzialmente in divieti, e non in comandi, poiché mirano kantianamente<sup>39</sup> a permettere la

36. Cfr. *ivi*, 134 e soprattutto N. Bobbio (1974), 1977, 157: «Non si insisterà mai abbastanza, infatti, che la sfera del diritto privato e la sfera del diritto pubblico sono dominate da due immagini diverse di diritto. Per i privatisti il diritto è una specie di arbitro che è chiamato a dirimere i conflitti; per i pubblicisti, il diritto assume piuttosto la figura del comandante che coordina gli sforzi della sua truppa per vincere la battaglia. Fuor di metafora, per gli uni, il diritto è un insieme di regole di convivenza, per gli altri, un insieme di regole per indirizzare azioni altrimenti disperse verso uno scopo comune».

37. F. A. Hayek (1973), trad. it. 1994, 65.

38. N. Bobbio (1957), 1969, 141 ss.

39. L'omaggio di Hayek a Kant è esplicito e frequente: sulla tesi di Kant circa l'assenza di «scopo» nel diritto, cfr. F. A. Hayek, (1973), trad. it. 1994, 142.

coesistenza delle più ampie sfere di libertà possibili, e a consentire che entro questi limiti ogni soggetto possa definire e perseguire *autonomamente* il proprio interesse: all'interno di queste sfere di libertà, saranno legittimi in via di principio soltanto quegli obblighi ai quali i soggetti giuridici abbiano previamente e liberamente acconsentito. Viceversa, all'interno di un'organizzazione si assume, per definizione, l'esistenza di un potere centrale in grado di definire *unilateralmente* diritti e obblighi degli attori sociali (utilizzando dunque divieti e comandi, entro rapporti di subordinazione), attraverso norme dirette al «perseguimento di scopi assegnati»<sup>40</sup>.

#### 4. ORDINI E ORGANIZZAZIONI NELLA STORIA DEL DIRITTO

La dicotomia proposta da Hayek, sebbene legata a una riproposizione dei valori del liberalismo ottocentesco (nel cui ambito la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico assunse il suo attuale significato<sup>41</sup>), può essere ritrovata in modelli di diritto ben più distanti nel tempo. Nella sua minuziosa indagine sul diritto giurisprudenziale, Lombardi<sup>42</sup> mostra ad esempio come il diritto privato *par excellence*, quello costruito dai giureconsulti della Roma repubblicana, fosse alla base di «un ordine essenzialmente *interindividuale* (uso il termine in senso forte, in analogia a quello di diritto «internazionale»)» al quale il potere politico era «in linea di principio estraneo»:

Anzi, più che interindividuale, in larga misura interfamiliare, insieme di rapporti tra capi famiglia [...] riflesso di un'antica composizione pluralistica, federativa della città [...]. I soggetti di diritto privato sono come entità originarie, sono veramente la realtà prima e non partecipata, non derivata da alcuna realtà od ordine superiore. In antitesi a ogni diritto che potremmo chiamare di tipo amministrativo-regolamentare, il diritto romano ha forma inter-, non sopraindividuale: così da far apparire le monadi piuttosto coordinate tra loro, che non subordinate ad un'autorità. Esso nasce nello spazio tra le monadi, non scende dall'alto su di loro. Gli organi sopraindividuali non hanno perciò competenza, se non eccezionale e integrativa, a regolarlo; i valori e i fini sopraindividuali (del

40. Kelsen, che com'è noto non riconosce alcun valore teorico alla distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato, acutamente individua nella opposizione tra *eteronomia* e *autonomia* (nella produzione di norme individuali) il cuore «ideologico» della «grande dicotomia». Questa opposizione consente forse anche di rivalutare il criterio ulpiano dell'interesse, di cui proprio Kelsen è stato uno dei critici più agguerriti: se è vero, come egli afferma, che la protezione dell'ordinamento è in grado di trasformare *ipso facto* ogni interesse individuale in collettivo (H. Kelsen, 1924, 341), è anche vero che il riconoscimento giuridico di una sfera intangibile di libertà (relativa alla proprietà o all'autonomia negoziale, ad esempio) permette ai consociati di *definire autonomamente* quale sia l'interesse meritevole di protezione da parte dell'ordinamento.

41. Cfr. O. Brunner (1965), trad. it. 1983, 174.

42. L. Lombardi, 1975.

tipo giustizia sociale, bene comune) non hanno competenza normale a informarlo<sup>43</sup>.

L'antitesi concettuale qui proposta da Lombardi (tra un diritto privato «interindividuale» e un diritto «amministrativo-regolamentare») può essere accostata non soltanto a quella di Hayek (tra diritto privato e diritto pubblico) ma persino a quella di Coase (tra gerarchia e mercato): il diritto dei *patres* romani, sebbene nato per le esigenze di «una società fondamentalmente agricola»<sup>44</sup>, è un diritto che opera quasi esclusivamente nello spazio *tra* le unità economiche<sup>45</sup> fondamentali della struttura sociale romana, unità che rappresentano un'ottima approssimazione al tipo ideale della gerarchia.

I *patres* del diritto romano erano a capo di una complessa organizzazione economica, composta di beni e di persone (bambini, donne e schiavi), sottoposte a un dominio così completo da includere lo *ius vitae ac necis*; allo stesso tempo, essi erano gli «individui sovrani»<sup>46</sup>, le «monadi» di un diritto privato aristocratico che, anche quando si confuse con il diritto dei cavalieri, lo *ius gentium*, conservò «in pieno il principio dell'indifferenza ai problemi di giustizia distributiva: può ricevere solo chi ha da dare in cambio, la singola famiglia è l'entità originaria, conchiusa, inattaccabile dai bisogni degli altri»<sup>47</sup>; quella stessa giustizia distributiva che Hayek ritiene essere alla base del «miraggio della giustizia sociale», nonché essenzialmente incompatibile con il *rule of law*<sup>48</sup>. Queste unità economiche del mondo antico, signorie fondiariette rette dal lavoro servile e la cui potenza era «paragonabile a quella di intere città-stato antiche»<sup>49</sup>, non assomigliano forse a quei «grumi [...] di potere consapevole» evocati nella metafora di Robertson, e ripresa da Coase? È difficile sottovaluta-

43. Cfr. *ivi*, 12-3.

44. Cfr. M. Bretone, 1987, 98 ss. e la sua discussione (101 s.) circa la definizione delle XII Tavole data da Girard (e approvata da Mommsen) quale «codice di contadini».

45. L'aggettivo «economico» risulta qui appropriato, non soltanto in base all'etimo, ma anche in base alle precisazioni dello stesso Hayek, che ci invita a definire «economia» «in senso stretto una famiglia, un'azienda agricola o una impresa, [...] un complesso di attività tramite il quale viene allocato un dato insieme di mezzi a certi fini concorrenti [...], rispettando un piano unitario», ovvero «un'organizzazione nel senso tecnico in cui si è definito tale termine»; e propone invece di utilizzare il termine «catallassi» per descrivere «un tipo speciale di ordine spontaneo prodotto dal mercato» (F. A. Hayek [1976], trad. it. 1994, 314-6).

46. Cfr. L. Lombardi 1975, 12 nota 12, che riconduce l'idea della «sovranità giuridica» dei soggetti del diritto privato romano a Jhering (1852-1865). Bretone invece sottolinea come la *patria potestas* fosse «un istituto singolare che non ha quasi riscontro altrove, gli scrittori greci ne parlano con una punta di meraviglia. Solo il *pater familias* è proprietario, ha un patrimonio e diviene titolare di diritti, può istituire un erede, essere parte di un processo e rispondere dei debiti che assume» (M. Bretone, 1987, 99).

47. L. Lombardi, 1975, 43.

48. F. A. Hayek (1976), trad. it. 1994, 291.

49. L. Lombardi, 1975, 45, nota 72.

re le differenze tra la Roma repubblicana del I secolo a.C. e gli Stati Uniti del XX secolo, ma pur tacendo dell'enorme influenza del diritto romano sull'intera tradizione giuridica occidentale, ivi incluso il *common law*, questi due modelli di diritto possono tuttavia essere accomunati anzitutto *sul piano delle loro fonti di produzione*: il diritto privato romano è infatti *lawyers' law* nel senso più stretto dell'espressione spesso impiegata da Hayek<sup>50</sup>, il quale sotto questo profilo si pone in una solida corrente di pensiero che, da Ehrlich<sup>51</sup> a Leoni<sup>52</sup>, ha sempre esaltato il diritto romano e il *common law* quali diritti creati «dal basso», al fine di opporsi all'«espropriazione totale della produzione del diritto a favore del legislatore e a scapito di altre forze vive come dottrina e giurisprudenza»<sup>53</sup>.

Così, il criterio della fonte di produzione, che Kant utilizzò per «spostare» il problema della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico «verso la distinzione tra diritto naturale e diritto positivo»<sup>54</sup>, è ripreso da Hayek all'interno di un'operazione *altrettanto esplicitamente* prescrittiva: con Irti, occorre infatti riconoscere «la sincerità intellettuale [di] Hayek, che non innalza l'apoliticità degli scambi contro la politicità delle leggi, ma [...] fa valere una proposta politica contro ad altre proposte politiche»<sup>55</sup>.

Tuttavia, e in conclusione, ci si può domandare quale sia il significato attuale di quella proposta, e dei relativi modelli dicotomici di ordini (spontanei/costruiti), di regole (*nomos/thesis*) e di diritti oggettivi (privato/pubblico) proposti da Hayek: la sovrapposizione con la dicotomia proposta da Coase (gerarchia/mercato), come si è detto, invita a considerare ordini e organizzazioni non soltanto come *necessariamente integrati fra loro*, ma anche come i due estremi di una realtà molto più complessa e soprattutto instabile, i cui

50. Hayek impiega il termine *lawyer* in senso ampio, a indicare «a person learned in the law» (*Black's Law Dictionary*) e non semplicemente un giurista o un membro della classe forense. Lombardi stabilisce una terminologia rigorosa, ma differente da quella oggi prevalente, e definisce come «diritto giurisprudenziale» (*Juristenrecht*) esclusivamente quello prodotto dai giuristi: in quanto tale, esso ricomprende i giudici ma soltanto in quanto giuristi, escludendo i giudici laici e quelli creatori di norme generali (al diritto creato da questi ultimi riserva l'espressione «diritto giurisdizionale»). Il diritto dei giuristi non coincide così esattamente con il *lawyers' law* di Hayek che, a dispetto di ciò che potrebbe sembrare in alcuni passaggi, pacificamente ricomprende ogni forma di diritto creata dagli operatori giuridici, siano essi giuristi, giudici o pratici del diritto (ad es. il diritto romano, il *common law* o la *lex mercatoria*: cfr. F. A. Hayek [1973], trad. it. 1994, 122).

51. E. Ehrlich (1913), trad. it. 1976, 11.

52. B. Leoni (1961), trad. it. 1994, 12.

53. P. Grossi, 1998, 9.

54. N. Bobbio (1957), 1969, 144.

55. N. Irti (1998), 2003, 12. Irti si focalizza qui sulla contrapposizione «contenutistica» posta da Hayek tra *nomos* (norma generale e astratta fondativa del *cosmos*) e *thesis* (norma concreta, costitutiva della *taxis*), ma poco prima (ivi, 9) aveva riconosciuto come la qualità «veramente decisiva» in questa dicotomia fosse quella genetica, relativa alla fonte, in base alla quale le norme del *cosmos* sono «trovate» e non «create».

confini sono in rapido e continuo movimento. Ciò nonostante, nei panni dell'ipotetico visitatore marziano immaginato da Simon più di vent'anni fa, dovremmo forse riconoscere che «le organizzazioni sono [ancora] la caratteristica dominante del paesaggio»<sup>56</sup>, nella società romana come in quella contemporanea. Da un punto di vista storico-giuridico, questo aspetto può ad esempio rendere conto della progressiva separazione del diritto del lavoro dall'ambito di un diritto privato composto da «monadi» sovrane ed equiordinate, lì dove il primo è per definizione il regno delle «relazioni subordinate».

In una prospettiva temporale più ampia, come si è visto, esso consente anche un confronto tra due realtà storiche profondamente diverse<sup>57</sup>, proprio sulla base comune della indispensabile integrazione di organizzazioni e ordini: il riferimento al diritto privato romano, e più in generale alle strutture sociali del mondo antico, ci ha mostrato delle organizzazioni immerse in un «ordine spontaneo» che non è quello del mercato, e che tuttavia è stato la fonte *del* diritto privato per antonomasia, non soltanto secondo la tipizzazione (e gli auspici) di Hayek<sup>58</sup>. Inoltre, il costante predominio delle organizzazioni ricordato da Simon consente di gettare una luce diversa sul «significato originario della democrazia» da Hayek spesso evocato e rimpianto<sup>59</sup>.

Nella *polis* greca, ci ricorda Arendt<sup>60</sup>, è infatti possibile ritrovare una struttura sociale non troppo lontana da quella romana: al vertice vi era una minoranza di *possidenti* (cittadini/guerrieri, in grado di armarsi a proprie spese<sup>61</sup>), posti a capo di enormi organizzazioni gerarchiche<sup>62</sup>, composte come a Roma da schiavi e

56. Immaginando le organizzazioni come zone verdi, e gli scambi di mercato come linee rosse, prosegue Simon, il nostro marziano descriverebbe la scena parlando di «grandi zone verdi connesse da linee rosse» e non di «una rete di linee rosse che uniscono dei puntini verdi» (H. A. Simon, 1991, 27).

57. Con Weber, si può evidenziare non soltanto la differenza tra il lavoro coatto degli schiavi e il lavoro «formalmente libero» dei salariati (che addossa su questi ultimi il «rischio della loro esistenza» ed elimina per l'impresa «il problema della riproduzione familiare degli schiavi», M. Weber [1923], trad. it. 2003, 148-9) ma soprattutto quella tra un'economia domestica orientata al soddisfacimento del fabbisogno e un'economia acquisitiva fondata sul calcolo razionale del capitale e sulla ricerca della redditività (M. Weber [1922], trad. it. 2000, I, 88), il cui presupposto è la separazione tra il patrimonio domestico e quello dell'impresa. Per una disamina delle analogie tra la piantagione dell'antichità e quella moderna (negli Stati Uniti del XIX secolo), cfr. M. Weber (1923), trad. it. 2003, 77 ss.

58. Per una esaltazione del diritto privato romano, quale sistema «paradigmatico» anche nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, cfr. J. Del Granado, 2009.

59. F. A. Hayek (1979), trad. it. 1994, 376 e *passim*.

60. H. Arendt (1958), trad. it. 2008, 18 ss.

61. L. Canfora, 2004, 34 ss.

62. L'insieme dei *politai*, ovvero di coloro che avevano la cittadinanza, comprendeva nell'Ate-ne di Pericle i soli maschi adulti in età militare, figli di madre e padre ateniese, nonché liberi di nascita. «Secondo i calcoli più prudenti», scrive Canfora, «il rapporto liberi/schiavi era di uno a quattro. C'è poi da considerare che non sarà stato del tutto trascurabile il numero dei nati da un



familiari e in cui risiede tuttavia, secondo il pensiero greco, *la sfera propriamente «privata»*. Come a Roma, soltanto il lavoro «penoso»<sup>63</sup> di questi ultimi permetteva ai primi di liberarsi dal «regno della necessità», e di dedicarsi alla sfera più alta dell'agire umano, ossia alla *sfera pubblica*, che coincideva con il «regno della libertà», il regno «dell'azione e del discorso», e in particolare dell'*agire politico*, in cui Arendt, con i greci, identifica la parte più nobile della *vita activa*.

Questo singolare capovolgimento dei rapporti tra «pubblico» e «privato», sia pure non riferito alle partizioni del diritto oggettivo, permette forse di cogliere un lato in ombra nel racconto di Hayek. Quando questi parla della «graduale trasformazione dell'ordine spontaneo di una società libera verso un sistema totalitario asservito a qualche coalizione rappresentativa di interessi organizzati»<sup>64</sup>, egli descrive e critica, come si è detto, la progressiva erosione dei principi del liberalismo classico e la nascita dello Stato sociale, nella prima metà del xx secolo, ossia la progressiva «pubblicizzazione» del diritto privato. Il riferimento alla struttura sociale del mondo classico permette tuttavia di vedere nella costante trasformazione dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato non soltanto l'espansione onnivora dell'organizzazione statale (del diritto pubblico) a scapito dell'ordine spontaneo del mercato (del diritto privato), ma anche il progressivo ingresso nella storia del diritto (e dell'economia) di un enorme numero di individui che non avevano sin lì mai fatto parte di quella «società di uomini liberi» così spesso richiamata dal grande economista austriaco. Nella rivoluzione francese del 1789, ad esempio, possiamo ritrovare non soltanto il trionfo di quel «razionalismo costruttivista» severamente deprecato da Hayek, ma anche una battaglia decisiva per l'abolizione della schiavitù<sup>65</sup>: una battaglia che marca la più netta distanza tra la democrazia degli antichi e quella dei moderni, per parafrasare Constant.

Infine, l'inevitabile integrazione di organizzazioni in un ordine spontaneo o, se si vuole, di gerarchie all'interno del mercato, può oggi essere letta in un'altra luce, rispetto al pessimismo di Hayek, o di Schumpeter<sup>66</sup>, che dopo la seconda guerra mondiale predicavano l'inevitabile avvento del socialismo e della «barbarie totalitaria»: giacché quella specifica «coalizione di interessi organiz-

solo genitore “purosangue” in una città così dedita ai commerci ed ai contatti frequenti col mondo esterno» (L. Canfora, 2004, 34). D. Held (1987), trad. it. 1997, 41, riporta invece la stima di Andrewes, che parla di un più tranquillizzante rapporto di 3 a 2 tra schiavi e liberi cittadini.

63. H. Arendt (1958), trad. it. 2008, 249, n. 39: «Tutte le parole e le lingue europee impiegate per designare il concetto di *labor* (latino e inglese *labor*, greco *ponos*, francese *travail*, tedesco *Arbeit*) significano sforzo e pena e sono usate anche per le doglie del parto. *Labor*, imparentato con *labare*, significa propriamente “vacillare sotto un carico”, *Arbeit* e *ponos* hanno la stessa radice etimologica, rispettivamente, di *Armut* (“povertà”) e di *penia*. [...]».

64. F. A. Hayek (1982), trad. it. 1994, 7.

65. Cfr. L. Canfora, 2004, 69 ss.

66. J. A. Schumpeter (1954), trad. it. 2001, 167 e *passim*.



zati» che Hayek chiama «governo», chiusa nella vecchia dimensione *pubblica* degli Stati nazionali, sembra oggi sempre più un'organizzazione tra le altre, impotente a fronte di una crescente produzione *privata* delle regole che ha definitivamente fatto saltare quella «alleanza forzata» tra Stato e borghesia (i.e., tra *organizzazioni pubbliche e private*) da cui secondo Weber<sup>67</sup> ebbe origine il capitalismo moderno. Anche da una prospettiva economica e liberale, sembra oggi evidente come questo scollamento tra la globalizzazione economica e quella politica si stia non soltanto traducendo in un «arretramento della democrazia»<sup>68</sup>, ma risponda anche sempre meno al modello smithiano della «mano invisibile»; modello verso il quale, secondo Hayek, i giuristi hanno sempre conservato una incomprensibile «diffidenza»<sup>69</sup>, causa non ultima della distanza sempre più grande tra gli studi di diritto e quelli di economia.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ARENDT Hannah, 1958, *The Human Condition*. University of Chicago Press, Chicago, Illinois (trad. it. *Vita activa*, introduzione di Alessandro Dal Lago, Bompiani, Milano 2008).
- BASU Kaushik, 2011, *Beyond the Invisible Hand. Groundwork for a New Economics*. Princeton University Press, Princeton, New Jersey-Oxford (trad. it. *Oltre la mano invisibile. Ripensare l'economia per una società giusta*, Laterza, Roma-Bari 2013).
- BOBBIO Norberto, 1957, *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*. Giappichelli, Torino (II ed. riveduta e ampliata 1969).
- ID., 1970, «Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto». *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLVII: 187-204 (poi in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 123-44. Edizioni di Comunità, Milano 1977).

67. M. Weber (1923), trad. it. 2003, 266: «Questa lotta concorrenziale [tra gli Stati nazionali] creò le maggiori possibilità per il capitalismo occidentale dell'età moderna. Il singolo Stato doveva competere per il capitale in grado di muoversi liberamente, il quale stabiliva le condizioni a cui aiutarlo per raggiungere la potenza. Da questa alleanza forzata dello Stato con il capitale nacque il ceto borghese nazionale, la borghesia nel senso moderno della parola. Lo Stato nazionale chiuso è dunque quello che assicura al capitalismo le possibilità di continuare a sussistere; fin quando esso non farà posto a un impero mondiale, anche il capitalismo perdurerà».

68. Cfr. K. Basu (2011), trad. it. 2013, cap. IX.

69. F. A. Hayek (1973), trad. it. 1994, 143. Tale diffidenza non sembra tuttavia così incomprensibile a Schumpeter, che non condivideva l'entusiasmo di Hayek verso la celebre metafora di Smith. Secondo lui, infatti, gli economisti classici (tra cui Smith) «ragionavano nei termini di una situazione storica tutta particolare, che idealizzarono acriticamente e dalla quale trassero generalizzazioni acritiche». Essi ebbero il merito di rifiutare l'idea «grossolana» che il movente del profitto debba necessariamente andare contro l'interesse dei consumatori, «[m]a dal capire che la caccia al profitto massimo e la lotta per un risultato produttivo massimo non sono necessariamente incompatibili, al dimostrare che il primo implicherà necessariamente – o nell'enorme maggioranza di casi – il secondo, il salto è molto più lungo di quanto i classici credessero» (J. A. Schumpeter [1954], trad. it. 2001, 74-5).

- ID., 1974, «La grande dicotomia». In *Studi in memoria di Carlo Esposito*, 2187-200. Padova, Cedam (poi in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 145-63, Edizioni di Comunità, Milano 1977).
- BRETONE Mario, 1987, *Storia del diritto romano*. Laterza, Roma-Bari.
- BRUNNER Otto, 1965, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*. Rohrer, Wien (trad. it. *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, Giuffrè, Milano 1983).
- CALABRESI Guido, 1961, «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts». *Yale Law Journal*, 70, 4: 499-553.
- ID., 1982, «Prefazione». In *Interpretazione giuridica e analisi economica*, a cura di Guido Alpa, Francesco Pulletti, Stefano Rodotà e Franco Romani, VII-XI. Giuffrè, Milano.
- CANFORA Luciano, 2004, *Democrazia. Storia di un'ideologia*. Laterza, Roma-Bari.
- COASE Ronald H., 1937, «The Nature of the Firm». *Economica*, 4, 16: 386-405.
- ID., 1960, «The Problem of Social Cost». *Journal of Law and Economics*, 3: 1-44.
- ID., 1972, «Industrial Organization: A Proposal for Research». In *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization*, edited by Victor R. Fuchs, 59-73. National Bureau of Economic Research, New York.
- ID., 1988a, «The Nature of the Firm: Origin». *Journal of Law, Economics, & Organization*, 4, 1: 3-17.
- ID., 1988b, «The Nature of the Firm: Meaning». *Journal of Law, Economics, & Organization*, 4, 1: 19-32.
- ID., 1988c, «The Nature of the Firm: Influence». *Journal of Law, Economics, & Organization*, 4, 1: 33-47.
- DEL GRANADO Juan Javier, 2009, *The Genius of Roman Law from a Law and Economics Perspective*, Alcade Annual Papers (University of California, Berkeley): <http://ssrn.com/abstract=1293939>.
- EHRlich Eugen, 1913, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Duncker & Humblot, München-Leipzig (trad. it. *I fondamenti della sociologia del diritto*, a cura di Alberto Febbrajo, Giuffrè, Milano 1976).
- FOSS Nicolai J., KLEIN Peter G. and LINDER Stefan, 2013, «Organizations and Markets». *Smg Working Paper*, <http://ssrn.com/abstract=2257714>
- GIORGIANNI Michele, 1961, «Il diritto privato e i suoi attuali confini». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, xv: 391-420.
- GREMBI Veronica, 2006, «Guido Calabresi e l'analisi economica del diritto». *Rivista Critica del Diritto Privato*, 24, 3: 449-80.
- GROSSI Paolo, 1998, *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Giuffrè, Milano.
- HAYEK Friedrich A., 1945, «The Use of Knowledge in Society». *American Economic Review*, 35: 519-30.
- ID., 1966, «The Principles of a Liberal Social Order». *Il Politico*, xxxi: 601-18 (poi in Id., *Studies in Philosophy, Politics, and Economics*, 160-77. University of Chicago Press, Chicago 1967).
- ID., 1968, «Ordinamento giuridico e ordine sociale». *Il Politico*, xxxiii, 4: 693-723.
- ID., 1973, *Rules and Order. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. Routledge & Kegan Paul, London (poi in Id., 1982).
- ID., 1976, *The Mirage of Social Justice*. Routledge & Kegan Paul, London (poi in Id., 1982).

- Id., 1979, *The Political Order of a Free People*. Routledge & Kegan Paul, London (poi in Id., 1982).
- Id., 1982, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. Routledge & Kegan Paul, London (trad. it. *Legge, legislazione e libertà: una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, a cura di Angelo Petroni, Stefano Monti Bragadin. Il Saggiatore, Milano 1986. Nuova ed. 1994).
- HELD David, 1987, *Models of Democracy*. Polity Press, Cambridge (trad. it. *Modelli di democrazia*, a cura di Luca Verzichelli, il Mulino, Bologna 1997).
- HODGSON Geoffrey M., 2002, «The Legal Nature of the Firm and the Myth of the Firm-Market Hybrid». *International Journal of the Economics of Business*, 9, 1: 37-60.
- IRTI Natalino, 1998, *L'ordine giuridico del mercato*. Laterza, Roma-Bari (nuova ed. 2003).
- JHERING Rudolf von, 1852-65, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Breitkopf & Härtel, Leipzig.
- KELSEN Hans, 1924, «Diritto pubblico e privato». *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV: 340-57.
- KENNEDY Duncan, 1976, «Form and Substance in Private Law Adjudication». *Harvard Law Review*, 89: 1685-778 (trad. it. *Forma e sostanza nella giurisdizione di diritto privato*, a cura di Agostino Carrino, Esi, Napoli 1992).
- LEONI Bruno, 1961, *Freedom and the Law*. Van Nostrand, Princeton, New Jersey (trad. it. *La libertà e la legge*, Liberilibri, Macerata 1994).
- LOMBARDI Luigi, 1975, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Giuffrè, Milano.
- NOZICK Robert, 1974, *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books, New York (trad. it. *Anarchia, stato e utopia. I fondamenti filosofici dello «Stato minimo»*, Il Saggiatore, Milano 2000).
- POWELL Walter W., 1990, «Neither Market nor Hierarchy: Networks Forms of Organizations». *Research in Organizational Behavior*, 12: 295-336.
- PUPOLIZIO Ivan, 2012, «Materiali per uno studio sociologico della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato». *Sociologia del Diritto*, xxxix, 2: 7-35.
- SCHUMPETER Joseph A., 1954, *Capitalism, Socialism and Democracy*. George Allen & Unwin, London (trad. it. *Capitalismo, socialismo e democrazia*, a cura di Emilio Zuffi, Etas, Milano 2001).
- SIMON Herbert A., 1945, *Administrative Behavior. A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*. Macmillan, New York (II ed. 1957).
- Id., 1991, «Organizations and Markets». *The Journal of Economic Perspectives (Nashville)*, 5, 2: 25-44.
- STIGLER George, 1966, *The Theory of Price*. MacMillan, New York.
- TRIMARCHI Pietro, 1961, *Rischio e responsabilità oggettiva*. Giuffrè, Milano.
- VENTURA Andrea, 1990, «Il ruolo del teorema di Coase nell'analisi economica del diritto di G. Calabresi». *Economica Pubblica*, 1-2: 27 ss.
- WEBER Max, 1922, *Wirtschaft und Gesellschaft*. Mohr, Tübingen (trad. it. *Economia e società*, 4 voll., a cura di Pietro Rossi sull'ed. critica di Johannes Winckelmann [1956], Edizioni di Comunità, Milano 2000).
- Id., 1923, *Wirtschaftsgeschichte. Abriss der universalen Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*. Duncker & Humblot, München (trad. it. *Storia economica. Sommario di storia*

*economica e sociale universale*, a cura di Alessandro Cavalli, Edizioni di Comunità, Milano 2003).

WILLIAMSON Oliver E., 1975, *Markets and Hierarchies, Analysis and Antitrust Implications. A Study in the Economics of Internal Organization*. The Free Press, New York.

ID., 1985, *The Economic Institutions of Capitalism*. The Free Press, New York (trad. it. *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, FrancoAngeli, Milano 1992).

ID., 1986, *Economic Organization*. Wheatsheaf Books, Brighton (trad. it. *L'organizzazione economica*, a cura di Luca Lambertini, il Mulino, Bologna 1991).