

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

SUPPLEMENTO

GENNAIO/MARZO

2020

dirittobancario.it/rivista

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBAIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Alla radice delle problematiche relazioni tra mercato, impresa e tutele: il trattamento dell'esternalità

SOMMARIO: 1. Il tema delle esternalità e la visione esasperatamente “transazionale” del problema. – 2. La focalizzazione neoliberale sulle singole transazioni e i suoi negativi effetti. – 3. Le interrelazioni sociali come fonte di inefficienza e i tentativi di esorcismo. Le esternalità pecuniarie e le esternalità “Pareto irrilevanti”. – 4. Le esternalità – e tutte le interazioni sociali – come “semplici” problemi di misurazione e compensazione. – 5. Le preferenze *other regarding* e le “esternalità morali”. – 6. Conclusioni.

1. Il tema delle esternalità e la visione esasperatamente “transazionale” del problema

Queste brevi riflessioni vorrebbero ispirarsi all’insegnamento metodologico impartitoci, da ultimo anche qui, dal prof. Calabresi, che ho sempre considerato uno degli autori da cui maggiormente ho cercato di apprendere, e di cui ho sempre ammirato la capacità di analizzare la realtà per come è, in tutte le sue variegata sfaccettature, e non per come si vorrebbe che fosse, senza però mai rinunciare a confrontarla con propri ideali e valori.

È probabile che la mia visione della realtà sia in parte diversa da quella di Guido, così come è probabile che i miei ideali e valori non coincidano totalmente con i suoi. Questa non perfetta coincidenza forse emergerà anche da quello che dirò, ma ciò non credo tolga nulla al debito intellettuale che ritengo di avere nei suoi confronti.

Il suo pensiero, per come lo interpreto io, è un pensiero critico, che spinge l'utilizzazione del metodo economico applicato allo studio del diritto¹ verso le sue più estreme frontiere, una delle più importanti delle

¹ Mi riferisco ovviamente alla corrente di pensiero che va sotto il nome di analisi economica del diritto (che G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in reform and recollection*, Yale, 2016, cap. I, distingue dal metodo c.d. del *law and economics*) e all'utilizzazione, anche da parte dei giuristi, dell'apparato concettuale dell'economia neoclassica (quella che altrove Calabresi chiama “*canonical Economic Theory*”, v. G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Comments and Reflections*, in 16(1) *Jerusalem Rev. Leg. Stud.*, 2017, 167-178. Si tratta, in ogni caso, di un fenomeno profondamente diverso, e molto più impegnativo, del generico

quali è rappresentata dal trattamento delle c.d. esternalità². Le esternalità sono al centro di tutti gli atti fondativi di questo movimento di pensiero³: e il tema delle esternalità domina di fatto anche il recente lavoro sul futuro del *law and economics*⁴.

Il tema delle esternalità evoca, come è noto, il problema del trattamento degli effetti che le azioni di uno o più soggetti producono su persone terze che subiscono tali effetti senza avervi acconsentito⁵. Quando questi effetti non si riflettono integralmente sul benessere di coloro che agiscono (cosa che può invece avvenire quando costoro

richiamo alla necessità di avere un'adeguata conoscenza della realtà dei fenomeni di cui si studia la disciplina (secondo il famoso monito recentemente ricordato da M. STELLA RICHTER JR, *Cesare Vivante e il "mito di fondazione" della scienza del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 523 ss., in particolare n. 30, del padre del diritto commerciale italiano, Cesare Vivante, che certo non pensava alle raffinatezze matematiche dell'attuale teoria dell'equilibrio economico generale). Diverso anche dall'utilizzazione di altre prospettive economiche: keynesiane, marxiste, austriache, ecc., tutte ovviamente possibili in teoria, mentre di fatto direi che l'unica "*really existing*" analisi economica del diritto mi sembra quella che usa il metodo neoclassico.

² Un'altra frontiera è rappresentata a mio avviso dai problemi che pone l'incertezza assoluta, quella di cui parlava (oltre a F.H. KNIGHT, *Risk, uncertainty and profit*, New York, 1921; A. M. KELLEY, *Reprint of Economic Classics*, New York, 1964) soprattutto Keynes (J. M. KEYNES, *The general theory of employment, interest and money*, Londra, 1936), che rende i mercati inevitabilmente incompleti e contingente il loro equilibrio.

³ R. COASE, *The problem of social costs*, in 3 *J.L. Econ.*, 1960, 1; G. CALABRESI, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, in 70(4) *Yale L.J.*, 499, 1961 (il tema dell'alternativa tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva è in sostanza il tema dei limiti in cui il danneggiante deve sopportare, e così internalizzare, gli effetti negativi - le esternalità, appunto - della sua attività). V. anche P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano, 1961.

⁴ Cfr. G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics*, cit.

⁵ Dal punto di vista del rapporto tra mercato e ideologia liberale il tema del consenso diventa l'aspetto fondamentale di tutto il discorso sulle esternalità. L'impostazione di Coase, letta in questa chiave (invece che in quella più classicamente economica della sensibilizzazione dei centri decisionali nei confronti dei costi delle decisioni che assumono) può essere interpretata come un modo per costruire un consenso implicito nei confronti di tutti gli effetti esterni che si producono in assenza di costi di transazione. In un mondo in cui si può contrattare senza costi o coloro che subiscono gli effetti di una azione sono disposti ad offrire all'agente un compenso per convincerlo a non compiere azioni ad essi sgradite, oppure è evidente che preferiscono subire questi effetti, e allora si potrebbe anche dire che in un certo senso vi hanno acconsentito.

devono ad es. pagare una tassa o risarcire gli altri per gli effetti dannosi delle loro azioni), il problema diventa, come è noto, drammatico, e può assumere dimensioni colossali, come sta notoriamente avvenendo con il fenomeno del surriscaldamento del pianeta.

L'impostazione di Coase, che, come tutti sanno, è uno dei capisaldi teorici dell'analisi economica del diritto, opera oggettivamente (al di là delle intenzioni soggettive dell'autore) nel senso di favorire una sostanziale sottovalutazione del problema delle esternalità. Il tranquillizzante meccanismo di soluzione indicato da Coase, e cioè la diretta contrattazione tra i soggetti interessati agli esiti della singola interazione, al di là del fatto che non ha alcuna possibilità di lineare funzionamento in quasi nessuna delle situazioni praticamente rilevanti⁶ (dall'ambiente⁷ alla finanza), finisce inevitabilmente per distrarre l'attenzione dal contesto sociale in cui la singola interazione ha luogo e dalle implicazioni sociali dell'interazione stessa. La "transazione" (per usare il termine oramai comunemente utilizzato nell'ambito dell'analisi economica del diritto e della nuova economia istituzionale) intesa, in senso estensivo, fino a coprire quasi ogni possibile interazione sociale, diventa, nel pensiero di Coase e dei suoi continuatori (specialmente in

⁶ Lo sottolineava già W. J. BAUMOL, *On taxation and the control of externalities*, in 62(3) *The American Economic Review*, 1972, 307.

⁷ La diretta contrattazione tra le parti non solo è una prospettiva nella maggior parte delle situazioni rilevanti impraticabile (come possono le persone interessate alle sorti del pianeta sedersi intorno ad un tavolo e contrattare con tutti coloro che causano l'aumento del riscaldamento globale?) ma è anche inimmaginabile per un'altra ragione. Anche ammesso, infatti, che gli inquinati potessero contrattare con gli inquinatori, e pagare loro la somma che questi avessero a richiedere per rinunciare al loro diritto di inquinare, ciò provocherebbe uno spostamento di ricchezza di dimensioni sconvolgenti, al punto da rendere difficile immaginare come potrebbe essere il mondo dopo un simile sconvolgimento. Il ben noto problema degli effetti allocativi degli spostamenti di ricchezza (c.d. *income* o *wealth effect*), forse esorcizzabile a livello di singole transazioni locali (sul controverso tema della c.d. invarianza, v. già G. CALABRESI, *The Decision for Accident: An Approach to Non fault Allocation of Costs*, in 78 *Harvard Law Review*, 1965, 713, 730, n. 28 e *passim*) sarebbe nel caso, appena ipotizzato, di una transazione globale sul diritto di inquinare, assimilabile ad un cataclisma come l'abolizione della schiavitù, un tipo di evento che lo stesso Coase cita come esempio di caso in cui un cambio nell'assegnazione dei diritti potrebbe comportare dei cambiamenti nella domanda e quindi infine una differenza nell'allocazione (cfr. R. COASE, *The firm, the market, and the law*, Chicago, 2012, 174).

Williamson⁸) e, più in generale, in tutto il pensiero neoliberale, la cellula elementare su cui l'osservatore è invitato a focalizzare la sua attenzione, a discapito di ogni visione che tenga conto dell'organismo complessivo in cui le cellule (le singole transazioni) si sviluppano.

Come ho detto più diffusamente altrove⁹, questo procedere per astrazioni, questa tendenza ad astrarre (nel senso di “separare”) i singoli elementi dalla totalità di cui sono parte (in sostanza, dal loro contesto sociale complessivo¹⁰) è diventata un tratto caratterizzante di quello che chiamo lo stile giuridico neoliberale, lo stile che ha dominato il pensiero giuridico negli ultimi decenni, e che è stato largamente ispirato dall'analisi economica del diritto e dalla nuova economia istituzionale.

Questo è secondo me un punto importante e prima di tornare al tema teorico generale delle esternalità, vorrei brevemente illustrare le negative implicazioni dell'impostazione cui ho appena accennato (focalizzazione sulle singole transazioni) e il (negativo) contributo che questa impostazione ha dato alla incomprensione dei fattori che hanno determinato la grande crisi finanziaria del 2007-2008 (e che sono tuttora operativi).

2. *La focalizzazione neoliberale sulle singole transazioni e i suoi negativi effetti*

Secondo me alla radice della crisi sta una profonda incomprensione del tema delle esternalità, che è conseguenza di un eccesso di attenzione

⁸ O.E. WILLIAMSON, *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*, in 22(2) *J.L. & Econ.*, 1979, 233; O. E. WILLIAMSON, *The economics of organization: The transaction cost approach*, in 87(3) *Am. J. Soc.*, 1981, 548; O. E. WILLIAMSON, *Transaction cost economics*, in R. SCHMALENSSE, R. WILLIG (ed.), *Handbook of industrial organization*, vol. 1, 1989, 135.

⁹ F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. RISPOLI FARINA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, E. TONELLI (a cura di), *Regole e mercato*, Torino, 2017, vol. 2; ID., nell'introduzione (*Lo stile giuridico neoliberale*) e nelle conclusioni (*Conclusioni: lo stile giuridico neoliberale e il suo superamento*), raccolte nel volume *Esiste uno “stile giuridico” neoliberale?*, *Atti dei seminari per Francesco Denozza*, in R. SACCHI e A. TOFFOLETTO (a cura di), Milano, 2019.

¹⁰ Come notano A. VENTURA, C. CAFIERO, M. MONTIBELLER, *Pareto efficiency, the Coase theorem, and externalities: A critical view*, in 50(3) *J. Econ. Issues*, 2016, 872, 885 «In substance, by treating it as a two-party bargaining problem, the question of a social cost is deprived of its very nature because, in the conditions described by the Coase theorem, no “social” issue would truly be at stake».

sulle conseguenze immediate che ciascuna transazione può avere sui soggetti immediatamente coinvolti, a scapito di un'adeguata osservazione che l'insieme delle transazioni considerate può avere sul sistema nel suo complesso.

La diffusione di questo atteggiamento è particolarmente evidente nel diritto antitrust, dove è stata espressamente teorizzata la necessità di abbandonare il riferimento al funzionamento del mercato nel suo complesso, che era tradizionalmente al centro delle preoccupazioni degli studiosi della concorrenza, e di sostituirlo con l'analisi dei presumibili effetti che le singole pratiche delle imprese possono avere nell'immediato su quello che è stato chiamato il “*consumer welfare*”¹¹. La tesi che collegava la struttura del mercato alla condotta delle imprese e alla *performance* complessiva del sistema venne ridicolizzata, e le pratiche anticoncorrenziali analizzate in maniera isolata e spezzettata¹², come singole “transazioni” immaginate aver luogo in un vuoto in cui tutti i consumatori hanno gli stessi interessi (supposizione irrealistica, ma necessaria per dare legittimazione alla nozione di *consumer welfare* altrimenti indeterminata) e tutto il resto è immaginato come concorrenziale (a cominciare dal mercato del credito, supposto in grado di fornire anche alle imprese più piccole, ma promettenti, le risorse per superare qualsiasi barriera all'ingresso).

Tra le più evidenti conseguenze di questa impostazione, che ha comportato sostanziale evirazione del diritto antitrust, oltre alla crescita delle disuguaglianze conseguenti ai guadagni monopolistici realizzati dalle imprese, va segnalata la creazione di quelle imprese c.d. *too big to fail*, la cui importanza negativa è stata ampiamente rivelata dalla crisi finanziaria.

¹¹ Per una critica delle teorie *antitrust* dominanti negli ultimi decenni v. F. DENOZZA, *The future of antitrust: concern for the real interests at stake, or etiquette for oligopolists?*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale, Rivista telematica*, 2017, ed ivi altre citazioni.

¹² Come J. S. BAIN, *Structure versus Conduct as Indicators of Market Performance: the Chicago School Attempts revisited*, in 18 *Antitrust L.J.*, 1986, 18: «Briefly, this Chicago school attacks, rejects, or simply neglects the relationship of market structure to market performance. As an alternate, it has periodically emphasized market conduct as the true determinant of performance and shies away from suggesting any general explanation of such performance, thus leaning toward particularization as an alternative to generalization».

Forse l'abbaglio più rilevante è però avvenuto nell'ambito degli studi sulla società per azioni.

Qui gli studiosi, affascinati dall'*agency theory*, che spiega l'intera struttura della *corporation* partendo dall'analisi della transazione tra investitori massimizzanti e agenti potenzialmente opportunistici¹³, non si sono accorti che i soggetti massimizzatori avevano progressivamente mutato pelle, e non erano più le famiglie, preoccupate di massimizzare quel tanto necessario a proteggere i loro risparmi, ma erano diventati gli investitori istituzionali¹⁴, intermediari professionali in concorrenza tra loro, e, come tali, massimizzatori non più opzionali, ma compulsivi, costretti dalla concorrenza a perseguire i rendimenti più elevati possibile, e, comunque, più elevati di quelli percepiti dagli altri operatori concorrenti. Con tutte le devastanti conseguenze che ciò ha comportato¹⁵.

Ai seguaci dell'*agency theory* è in sostanza sfuggito l'effetto esterno che il contratto tra investitori e gestori andava producendo in termini di *herding behavior* dei *managers*, di *short-termism* degli investitori e, in definitiva, di generale, anomala, propensione al rischio.

¹³ A. A. ALCHIAN, H. DEMSETZ, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, in 62(5) *Am. Econ. Rev.*, 1972, 777; M. C. JENSEN, W. H. MECKLING, *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in 3(4) *J. Financ. Econ.*, 1976, 305; F. H. EASTERBROOK, D. R. FISCHEL, *The Corporate Contract*, in 89 *Columbia L. Rev.*, 1989, 1416; K. J. ARROW, *The Economics of Agency*, in J. W. PRATT., R. ZECKHAUSER (eds.), *Principals and Agents, the Structure of Business*, Cambridge, 1985, 37; E. FAMA, *Agency Problems and the Theory of the Firm*, *J. Pol. Econ.* 1980, 288; E. FAMA, M. JENSEN, *Separation of Ownership and Control*, *J.L. & Econ.*, 1983, 301.

¹⁴ Sulla enorme crescita della quota di azioni in circolazione posseduta da investitori istituzionali, v. A. R. ADMATI *A Skeptical View of Financialized Corporate Governance*, in 31 *J. Econ. Perspec.*, 2017, 131; A. J. DAVIS, *A Requiem for the Retail Investor?*, in 95(4) *Va. L. Rev.*, 2009, 1105; D.C. LANGEVOORT, *The SEC, Retail Investors, and the Institutionalization of the Securities Markets*, in 95(4) *Va. L. Rev.*, 2009, 1025; *Shareholder Activism, Engagement and Proxy Fights - The 35th Annual Federal Securities Institute Miami*, Florida, Feb. 2017, disponibile a <https://tinyurl.com/y9yuwt6s> (last visited 25 November 2017); J. FICHTNER, *The Rise of Institutional Investors.*, in P. MADER, D. MERTENS, N. VAN DER ZWAN (eds.), *International Handbook of Financialization*, Londra, 2019.

¹⁵ F. DENOZZA, A. STABILINI, *Principals vs Principals: The Twilight of the Agency Theory*, *Italian L.J.*, 2017, 511.

Il fatto è che l'*agency theory* continua a vedere sempre la stessa transazione massimizzante, astratta dalla totalità, senza accorgersi che il c.d. appetito per il rischio non è un fenomeno psicologico, e ancor meno culinario, ma è la naturale conseguenza del fatto che il cambiamento della natura di almeno una delle due parti, ha modificato profondamente il senso e gli effetti sociali di quella che sembra sempre la stessa transazione.

Altro esempio altrettanto direttamente connesso alla crisi è quello dei derivati. Abbagliati dall'idea della maggiore efficienza di mercati in grado di dare prezzo a (quasi) qualsiasi rischio, gli studiosi dei mercati finanziari hanno ignorato una banale esternalità, e cioè il fatto che un ente pieno di derivati è, sul mercato creditizio, l'equivalente di quello che in altra realtà è un kamikaze pieno di esplosivo, da cui si può certo tentare di stare lontani, ma che sicuramente rende la vita di tutti molto più pericolosa¹⁶. Con gli effetti che si sono visti, non ultimo il fatto, potenzialmente tragico, per cui nel settembre del 2008 le banche non si facevano più credito tra loro.

L'elenco potrebbe continuare ma credo di avere esemplificato a sufficienza le implicazioni della mia critica alle impostazioni neoliberali che focalizzano l'attenzione sulle singole transazioni e dimenticano le esternalità, per così dire, sistemiche che molte delle transazioni considerate possono avere.

3. *Le interrelazioni sociali come fonte di inefficienza e i tentativi di esorcismo. Le esternalità pecuniarie e le esternalità "Pareto irrilevanti"*

Tornando al tema generale dell'esternalità, la sua rilevanza non stupisce. Quello che gli economisti chiamano esternalità è nient'altro che la manifestazione del legame sociale che unisce tutte le persone che vivono in società. L'esternalità è semplicemente l'espressione del fatto naturale per cui se si vive in società le azioni di *ego* incidono inevitabilmente sul benessere di *alter*.

¹⁶ F. DENOZZA, *La funzione dei derivati nel mercato: tra disciplina del contratto e disciplina dell'impresa*, in A. GUACCERO, M. MAUGERI (a cura di), *Crisi finanziaria e risposte normative: verso un nuovo diritto dell'economia*, Milano, 2011, 147.

Si tratta perciò di una questione che nella sostanza è sorta ben prima che il termine esternalità cominciasse ad essere usato¹⁷ e che al fondo evoca il più generale problema della possibilità di definire sfere di libertà individuale in cui il soggetto possa agire senza interferenze esterne, e senza doversi preoccupare delle conseguenze delle sue decisioni sul benessere altrui¹⁸.

La naturale interconnessione delle relazioni sociali diventa però, per molti aderenti al pensiero economico dominante (e per molti filosofi libertari), un problema ancora più grave per almeno due ragioni. La prima è che se si concepisce come obiettivo supremo la massimizzazione del benessere, e se si concepisce il benessere come massima possibile soddisfazione delle preferenze individuali, la mancata soddisfazione di una qualsiasi preferenza figura come un allontanamento dall'obiettivo, e nessun legittimo criterio può consentire di escludere dal calcolo l'una o l'altra preferenza, per immorale o frivola che sia¹⁹ (è evidente che se il benessere viene

¹⁷ Nel classico lavoro di A. PIGOU, *The Economics of Welfare*, Londra, 1920, il termine non è utilizzato e si parla di «incidental services...performed to third parties...», (160) e di «incidental disservices» (161).

¹⁸ Ripercorrere qui la storia del problema non è ovviamente possibile. Possiamo ricordare, a testimonianza della sua difficoltà, il ricorrente dibattito su uno dei più famosi tra i vari criteri proposti, quello notissimo proposto da J. S. MILL, *On Liberty*, IV ed., 1869, Londra, secondo cui «The sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others». Il criterio, rievocato, nell'ambito del dibattito svoltosi, su *The Future* specialmente da G. TUZET, *Calabresi and Mill: Bilateralism, Moral Externalities and Value Pluralism*, in 19(3) *Global Jurist*, 2019, che all'apparenza sembra semplice e di buon senso, dà in realtà origine ad una serie di problemi applicativi di grande portata e di difficile soluzione (a cominciare da quello trattato - in modo a mio avviso per nulla soddisfacente - dallo stesso Mill, del commercio ed uso di alcol o di droghe), su cui v. la rassegna di P. MAVROKONSTANTIS, *A Critical Evaluation of Mill's Proposed Limits on Legitimate Interference with the Individual*, in 8 *Law & Soc'y J. UCSB*, 2009, 87.

¹⁹ Giustamente (dal suo punto di vista) R. POSNER, *Gay Marriage - The law and economics of gay marriage*, G. BECKER-R. POSNER *Uncommon sense*, 2005, The University of Chicago Press, 17, osserva che «Mill famously argued in *On Liberty* that an individual has no valid interest in the activities of other people that don't affect him except psychologically. ... But that is not a good economic argument because there is no difference from an economic standpoint between physical and emotional

definito non come la soddisfazione di tutte le preferenze, ma come la soddisfazione delle sole preferenze accettabili, la massimizzazione perde la sua centralità, a beneficio della questione relativa al processo con cui si possa decidere sull'accettabilità dell'una o dell'altra preferenza, con il rischio, per di più, che in questo processo si decida anche che la preferenza per la massimizzazione non è una preferenza accettabile!).

La seconda ragione di difficoltà è connessa alla concezione, condivisa da molti di questi autori, della società come un aggregato di individui indipendenti, che entrano in relazione gli uni con gli altri solo volontariamente, e (quindi) solo quando ritengono conveniente farlo.

E' evidente che una simile visione di generalizzata autonomia, e di esasperata volontarietà di tutte le interazioni sociali, non è in grado di reggere al riconoscimento del fatto che ogni azione di ogni individuo appartenente ad una certa società ha comunque effetti sulla vita di altri individui appartenenti alla stessa società, anche contro la volontà di questi altri, e magari addirittura al di là della volontà dello stesso agente. Se si opera questo riconoscimento, si è immediatamente costretti a pensare la società non come una sorta di campo dove interagiscono individui indipendenti con una loro precisa e formata identità, ma come il luogo dove i soggetti si danno regole di convivenza che cercano continuamente di migliorare e che in questo processo ridefiniscono continuamente le loro preferenze e le loro identità.

Per evitare questo risultato, gli studiosi che lo considerano increscioso ricorrono in genere ad uno spostamento dei termini del problema. Il tema viene, infatti, affrontato usando invece delle categorie, morali, dell'accettabilità o inaccettabilità delle preferenze (e delle esternalità che le disturbano), le categorie, economiche, dell'efficienza e dell'inefficienza, il che crea i presupposti per trasformare gran parte di quello che, come ho detto, è un normale problema di convivenza sociale, in un fenomeno potenzialmente patologico da affrontare e curare come tale²⁰.

Ho sempre trovato sbalorditivo l'atteggiamento ben sintetizzato molti anni fa da Steven Cheung quando osservava (senza rendersi

harm; either one lowers the utility of the harmed person».

²⁰ «Neo-liberalism treats the social as an inefficiency, to be rendered transparent and explicit through property rights» Così W. DAVIES, *The Politics of Externalities: Neo-liberalism, Rising Powers and Property Rights*, 2010, 11.

peraltro conto di quanto l'affermazione sia paradossale) che «it is almost impossible to envisage inefficiency in a one-man economy»²¹. L'idea credo sia quella per cui in un sistema economico popolato da un solo individuo (la "società", se così si può dire, di Robinson Crusoe) le altrui interferenze sono escluse per definizione, e il benessere dell'individuo dipende esclusivamente (da fatti naturali e) dalle sue scelte in ordine al modo migliore di impiegare le sue risorse. Posto che non si tratti di un folle, le sue scelte rifletteranno esclusivamente le sue preferenze, non vi sarà alcuna interferenza dall'esterno (se non ovviamente quelle dovute ad eventi naturali) ed ecco allora che l'efficienza, intesa come massima soddisfazione delle preferenze nelle condizioni naturali date, sarà assolutamente garantita (almeno sino all'arrivo di Venerdì, che in questa visione diventa una fonte, come si è appena detto, di potenziali inefficienze, invece che di potenziale collaborazione).

L'affermazione di Cheung è secondo me, come dicevo, paradossale, perché il ragionamento che la sostiene, portato alle estreme conseguenze, potrebbe implicare la superiorità di un sistema economico unipersonale, privo, come abbiamo appena visto, di inefficienze, rispetto al sistema economico di una società complessa, caratterizzato invece da continue occasioni di interferenza e perciò di potenziale inefficienza.

Poiché è invece evidente a chiunque che gli uomini vivono meglio in società che isolati, il paradosso dell'argomento conferma a mio avviso l'assurdità dell'idea di poter comprendere e affrontare i problemi di una società complessa, partendo dall'analisi di situazioni fantasiose e non riproducibili nella realtà. Realtà nella quale occorre invece fare i conti con il fatto che quasi ogni atto che un individuo abbia a compiere (in una moderna società) produce effetti sulla soddisfazione delle preferenze di altri individui, e quindi sul loro benessere. Effetti che non sono solo e necessariamente di natura pratica, e che possono spesso incidere sul benessere psichico invece che su quello materiale, e per di più sul benessere non solo dei soggetti che direttamente subiscono l'azione, ma anche di quelli semplicemente rammaricati o rallegrati dal fatto che la società in cui vivono consenta certi atti.

²¹ S.N. CHEUNG, *The myth of social cost*, Cato Institute, 1978, 24.

E' evidente che in una situazione come questa, la decisione sul modo in cui trattare questi effetti diventa una delle più importanti tra tutte quelle che la società nel suo complesso deve prendere, poiché da questa decisione dipende, da una parte, la libertà di ciascuno di non doversi sempre preoccupare di tutte le possibili conseguenze delle sue azioni, e, dall'altra, la possibilità di assicurare che la vita sociale sia comunque sopportabile, nonostante la necessità di sopportare azioni altrui dannose o sgradite.

Un ovvio modo di ridimensionare il problema è quello di trovare convincenti criteri che possano limitare il novero degli effetti socialmente rilevanti, e affermare l'irrilevanza degli altri, destinati, in conseguenza, ad essere sopportati da coloro che li subiscono.

E' qui che l'inquadramento nella categoria dell'efficienza può dare i migliori risultati. Il riferimento all'efficienza consente anzitutto di accreditare una distinzione molto utilizzata dagli economisti, che è quella tra le esternalità c.d. pecuniarie e quelle c.d. non pecuniarie o tecnologiche²². Le esternalità pecuniarie rimandano ai casi in cui gli effetti che un soggetto subisce in conseguenza delle scelte compiute da altri sono mediate dal meccanismo dei prezzi (ad es., un'impresa abbassa i suoi prezzi e ciò si riflette sulle vendite, e perciò sul benessere, di un'impresa concorrente). Se il sistema dei prezzi funziona correttamente, le scelte che provocano esternalità pecuniarie non hanno effetti negativi sul benessere complessivo (nell'esempio fatto pocanzi, la perdita di benessere subita dall'impresa concorrente è più che compensata dall'aumento di benessere sperimentato dai consumatori clienti dell'impresa che ha abbassato i suoi prezzi). Esse sono perciò considerate irrilevanti e ignorate.

Così facendo viene però occultato il fatto che le scelte di mercato di alcuni influenzano le opportunità a disposizione degli altri. Fatto peraltro evidente, se si considera che i prezzi ai quali il mercato di volta in volta equilibra sono il risultato delle scelte di tutti gli operatori e ciascuno (volente o non volente) contribuisce per la sua parte (di più se è ricco, di meno se è povero) a determinare il prezzo che tutti dovranno subire. Per limitarci al fenomeno più facile da cogliere, è evidente che il fatto che i miei gusti siano o non siano condivisi da altri consumatori

²² V., ad es., E.J. MISHAN, *The Postwar Literature on Externalities: An Interpretative Essay*, in *9 J. Econ. Lit.*, 1971, 1.

incide sulla domanda del bene che mi interessa e sul suo prezzo, in un senso che può essere per me casualmente (a seconda delle circostanze) negativo (facendo crescere il prezzo sia in caso di domanda eccessiva, che fa aumentare il prezzo, sia in caso di domanda insufficiente, che impedisce economie di scala) o positivo (i reciproci dei fenomeni indicati)²³. In realtà è evidente che in qualsiasi mercato, concorrenziale o non concorrenziale, la posizione di ciascuno (la possibilità di compiere certe azioni e di soddisfare i propri bisogni) è strettamente dipendente dai gusti, dalle scelte e dai comportamenti di tutti gli altri²⁴.

La categoria delle esternalità di cui ci si deve preoccupare si riduce ulteriormente se si accetta l'ulteriore distinzione tra esternalità Pareto – irrilevanti e esternalità Pareto rilevanti²⁵. Una esternalità appartiene a quest'ultima categoria quando è possibile modificare l'attività che crea l'esternalità in maniera tale che il benessere del soggetto A che la subisce può essere accresciuto senza che quello del soggetto B, autore dell'attività, venga diminuito²⁶. Il che può tipicamente accadere quando

²³ Come è stato polemicamente osservato: «... why should only non pecuniary externalities be of moral concern? For pecuniary externalities can totally transform people's lives.» Così D. HAUSMAN, *When Jack and Jill Make a Deal*, 9 *Soc. Phil. & Pol'y*, 1992, 95. V. anche R. CLAASSEN, *Externalities as a basis for regulation: a philosophical view*, in 12(3) *J. Inst. Econ.*, 2016, 541-563. Lo stesso R. POSNER, *Overcoming Law*, Cambridge, 1996, 24, nota l'arbitrarietà dell'esclusione dalla nozione di danno delle esternalità pecuniarie e mentali (quelle che derivano da invidia, antipatia, ecc.). V. anche 305, dove viene giustamente notato che «Each of us is harmed every day by the actions of unknown others and harms unknown others by our own actions, if only through the operation of competition in economic and other marketplaces». Mi sono occupato della questione più diffusamente in F. DENOZZA (2013), *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di "parte debole"*, *Orizzonti del diritto commerciale*, Rivista telematica, 2013, fasc. 3. Da un punto di vista filosofico v. l'ottimo lavoro di S. OLSARETTI, *Liberty, Desert and the Market: A philosophical study*, Cambridge, 2004.

²⁴ Alcuni, v. ad es. R. NOZICK, *Anarchy, state, and utopia* (Vol. 5038), New York, 1974, 262, riconoscono che le azioni che alcuni scelgono di compiere (in particolare sul mercato) possono ridurre le opzioni a disposizione di altri, ma negano che vi sia una riduzione di libertà quando la possibilità di scegliere le azioni in questione rientra nell'ambito dei diritti spettanti ai primi. Per un esame critico di questa posizione, G. A. COHEN, *Self-ownership, freedom, and equality*, Cambridge, 1995, 34 ss.

²⁵ J. BUCHANAN, C. W. STUBBLEBINE, *Externality*, in 29 *Economica*, 1962, 371.

²⁶ «An externality is defined to be Pareto-relevant when the extent_{SEP} of the activity may be modified in such a way that the externally affected party, A, can be made better off without the acting party, B, being made worse off» (J. BUCHANAN, C.W.

il secondo (B) viene indotto a diminuire l'attività che crea l'esternalità (cosa che normalmente diminuisce il suo benessere) e viene però compensato per questo sacrificio. Se questo è il caso canonico di riduzione delle esternalità, è evidente che uno scambio tra A e B (autore e vittima dell'esternalità) sembra a sua volta lo strumento più adatto allo scopo²⁷.

La soluzione persegue l'ottimalità Pareto nel ben noto senso di situazione che non può essere migliorata senza scontentare qualcuno, e su questa base dichiara intoccabili, in quanto non migliorabili, tutte le situazioni da cui non si può uscire senza scontentare l'autore dell'esternalità. In realtà, tenendo conto dell'insegnamento di Coase, lo stesso risultato allocativamente ottimale potrebbe essere raggiunto lasciando B (l'autore dell'esternalità) libero di proseguire nella sua attività e obbligandolo però a compensare A (colui che l'esternalità la subisce), cosa che per B non sarebbe piacevole, ma sarebbe comunque razionale fare, visto che per definizione lo svolgimento dell'attività produce più benessere per lui di quanto ne sottragga ad A (se così non fosse, sarebbe A a trovare razionale il fatto di offrirsi di compensare B per indurlo a smettere). Il benessere totale resterebbe identico, ma sarebbe distribuito diversamente.

La possibilità di questa diversa prospettiva, e più in generale la considerazione del profilo distributivo di queste vicende, induce a dubitare fortemente che in questo modo (attraverso il riferimento a Pareto) si sia scoperta una categoria di esternalità effettivamente "irrelevanti".

Il risultato che si produce in conseguenza di questo giudizio di irrilevanza è infatti quello di stabilizzare la realtà in favore di coloro che svolgono attività che provocano esternalità e che per diminuire o smettere chiedono un compenso che coloro che subiscono l'esternalità non sono disposti a pagare. Ai primi sarà riconosciuto il diritto di continuare a svolgere la loro attività, mentre i secondi dovranno continuare a subire.

A parte che non si vede perché la situazione dovrebbe essere "irrelevante", e non si dovrebbe poter invece discutere della possibilità

STUBBLEBINE, *op. cit.*, 374).

²⁷ «That is to say, "gains from trade" characterise the Pareto - relevant externality, trade that takes the form of some change in the activity of B as his part of the bargain» (J. BUCHANAN, C.W. STUBBLEBINE, *op. cit.*).

di perseguire (come prima accennato) una soluzione ugualmente efficiente dal punto di vista allocativo, ma distributivamente diversa (consistente nell'imporre all'autore dell'esternalità di compensare in tutto o in parte la vittima) resta il fatto che ben possono darsi situazioni in cui il mantenimento dell'efficienza (la massimizzazione del benessere complessivo) può avvenire solo al prezzo di una violazione dei diritti della vittima difficilmente accettabile. Dichiarare a priori l'irrelevanza di tutte le esternalità efficienti che possono comportare questa conseguenza sembra davvero eccessivo²⁸.

4. Le esternalità – e tutte le interazioni sociali – come “semplici” problemi di misurazione e compensazione

Alla radice del trattamento delle esternalità di cui abbiamo dato conto nel paragrafo precedente sta un'idea di fondo che è quella di poter trattare tutti i problemi di esternalità (e in prospettiva i problemi connessi a tutte le interazioni sociali) come problemi di misurazione, massimizzazione e di eventuale compensazione.

L'intera costruzione di Kaldor-Hicks si basa sull'idea che esista la possibilità di calcolare il compenso necessario ad evitare peggioramenti di benessere per coloro che sono svantaggiati da una certa decisione sociale, e confrontarlo con il guadagno realizzato da coloro che ne sono avvantaggiati, il che presuppone ovviamente la possibilità di tutto misurare. Quanto alla grande intuizione di Coase, questa è notoriamente quella di avere compreso che chi subisce una esternalità può avere il razionale interesse e la materiale possibilità di evitarla, offrendo all'autore della medesima, un compenso per indurlo a rinunciare allo svolgimento dell'attività che produce effetti negativi o almeno a ridurre l'entità. Il che può avvenire solo presupponendo la possibilità di operare esatti calcoli dei costi e dei benefici che i soggetti coinvolti sopportano e ricavano in ciascuna delle situazioni ipotizzabili. Alla fine, la possibilità stessa di assumere come obiettivi sociali la massimizzazione

²⁸ Il fatto che colui che mi costringe ad ascoltare tesi negazioniste ricavi da ciò più piacere della sofferenza che mi impone, non è una buona ragione per rifiutare *a priori* ogni protezione al mio diritto a non essere obbligato ad ascoltare affermazioni assurdamente offensive. Punto reso ancor più evidente dal famoso, e pur paradossale, esempio del torturatore il cui godimento supera il dolore della vittima.

e l'efficienza, si basa sulla possibilità di operare misurazioni, mentre la possibilità di perseguire questi obiettivi senza minare completamente la coesione sociale, si basa sulla possibilità di calcolare eventuali compensazioni.

In questa prospettiva il pregio del mercato, e l'apprezzamento nei suoi confronti, sembra essere oggi motivato molto meno dalla sua presunta capacità di realizzare gli imprevedibili, ma equilibrati, risultati resi possibili dall'operare della mano invisibile, e molto di più dalle sue presunte capacità di misurare, e di rendere così possibili i più raffinati processi di calcolo e di compensazione. Con la conseguente ben nota spinta a creare forme di circolazione mercantile in grado di controllare ogni tipo di risorse²⁹, a valutare in una prospettiva mercantile ogni sorta di fenomeni³⁰, ed a sottomettere, come ben aveva intuito già Foucault³¹, alle logiche ed alle esigenze del mercato, anche l'azione del potere pubblico.

5. *Le preferenze other regarding e le "esternalità morali"*

Una parte dell'universo che questa pretesa di governare la società misurando e compensando finisce inevitabilmente per mettere ai margini della realtà considerata, è quella in cui si muovono le preferenze c.d. *other regarding* e cioè le preferenze che un soggetto ha non relativamente alla situazione sua propria (che sono quelle appunto *self regarding*) ma relativamente alla situazione di altri soggetti.

L'esistenza di questo tipo di preferenze complica enormemente il problema e costringe a considerare come effetto potenzialmente rilevante di un atto, non solo l'eventuale danno che il soggetto autore del danno arreca ad un altro, ma anche il dispiacere che altri provano per gli eventi provocati dall'atto e che pur che non li riguardano

²⁹ M. J. SANDEL, *What money can't buy: the moral limits of markets*, New York, 2012. Per una rassegna del dibattito in argomento v. B. WEMPE, B., J. FROOMAN, *Reframing the Moral Limits of Markets Debate: Social Domains, Values, Allocation Methods*, in 153(1) *J. Bus. Eth.*, 2018, 1.

³⁰ A trasformarci tutti, in tutte le circostanze, in «calculative agencies», v. M. CALLON, *Introduction: the embeddedness of economic markets in economics*, in M. CALLON (ed.), *The laws of the markets, Sociological review Monograph Series*, in 46 *Sociol. Rev.*, 1998.

³¹ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique cours au collége de france, 1978-1979*, Parigi, 2004.

direttamente. La consapevolezza che queste preferenze esistono ci dice che di fronte ad un atto come ad esempio un licenziamento oltre a considerare che esso, oltre ad aumentare, in genere, il benessere del licenziante e a diminuire quello del licenziato, può anche influire sul benessere di tutti coloro che provano pena per il licenziato, rabbia per lo strapotere del licenziante, gioia per il buon funzionamento del mercato, soddisfazione per un atto che considerano giusto, ecc. ecc.

The Future of Law and Economics pone il problema delle esternalità morali in tutta la sua enorme gravità. Viene sottolineato con forza che gli economisti hanno torto ad ignorare questo problema e vengono sviluppati stringenti argomenti in favore di una piena considerazione di questi effetti. E su questo punto sono personalmente totalmente d'accordo.

Tutto ciò è indiscutibile e questo insieme di osservazioni costituisce un importantissimo contributo di cui sarà ben difficile, per chi applica il metodo del *law and economics*, non tenere d'ora in poi il dovuto conto.

Qui vorrei semplicemente sottolineare un punto e cercare, a partire da questo, di accennare ad un altro punto che meriterebbe di essere adeguatamente sviluppato. Il punto che merita di essere sottolineato è che come risulta da tutti i casi esaminati in *The future* e come emerge in maniera altrettanto evidente da altri possibili casi, le preferenze *other regarding* non solo non sono necessariamente frutto di rare bizzarrie psicologiche³², e sono invece diffusissime, ma sono anche, molto spesso, il riflesso di radicate e importanti opinioni sulle caratteristiche che la società in cui si vive dovrebbe avere. Chi crede, come dichiarava di credere Lord Devlin nella discussione che lo vide opposto ad H. L. A. Hart, relativamente all'abrogazione, nel 1957, della legge inglese che vietava l'omosessualità³³, che quest'ultima può disintegrare la società, è certo ben consapevole del fatto che la relazione sessuale tra due persone dello stesso sesso non modifica in nulla il suo benessere materiale, ma questa consapevolezza non mette il suo benessere al riparo dalle vicende che riguardano la liceità di questa relazione e

³² Di anomala tendenza ad impicciarsi degli affari degli altri, come nel caso della "nosy preference" studiata da A. SEN, *The impossibility of a Paretian liberal*, in 78(1) *J. Pol. Econ.*, 1970, 152.

³³ Sul dibattito in questione v. F. H. BUCKLEY, *Perfectionism*, in 13 *Sup. Ct. Econ. Rev.*, 2005, 133, 143 ss.

ovviamente non giustifica il fatto che le variazioni del suo benessere possano essere ignorate .

Ciò premesso, il punto cui vorrei accennare, e che meriterebbe a mio avviso uno sviluppo non possibile in questa sede, è che la presenza di preferenze *other regarding* e di connesse esternalità morali, non suggerisce solo un punto di vista diverso, da affiancare al tipo di analisi economica che ha dominato negli ultimi decenni, suggerisce invece che l'impostazione di fondo su cui questa analisi si basa è sostanzialmente sbagliata.

Come ho detto, l'impostazione dell'analisi economica si basa su una visione in cui tutto può essere misurato e tutto può essere potenzialmente compensato. Una seria considerazione delle preferenze *other regarding* dimostra però che questa visione non solo può risultare in alcuni casi ripugnante, ma anche sostanzialmente sbagliata e fuorviante. Non si tratta solo della presenza di soggetti il cui benessere è diminuito dal fatto in sé di misurare in termini (più o meno) monetari il valore di certi beni, o addirittura di certe alternative, e neanche solo della convinzione, da molti condivisa, che alcuni beni, anche quando valutabili e valutati in termini monetari, non dovrebbero essere sottoposti ad una forma di circolazione di tipo mercantile.

L'obiezione nei confronti della pretesa generale misurabilità, e perciò della generale potenziale compensabilità, può essere molto più radicale e sottolineare che questa misurazione non solo può apparire immorale, ma è in moltissimi casi oggettivamente insensata³⁴.

Facciamo un esempio. Immaginiamo di dovere scegliere i criteri in base ai quali assegnare una risorsa scarsa come i diritti a ricevere un'adeguata istruzione. Il ragionamento in termini di misurazione, massimizzazione ed eventuale compensazione, spinge (in ipotesi) verso una soluzione che dice: usiamo le poche risorse a disposizione per dare una migliore educazione ai più dotati, che potranno così usare al meglio (nella maniera più produttiva) le loro doti naturali. Avremo così una società più ricca di quella che avremmo se spreccassimo risorse per i meno dotati, e con questa ricchezza potremo, se lo riterremo opportuno,

³⁴ Ricorrendo alla contrapposizione delineata da R. O. ZERBE, *Economic Efficiency in Law and Economics*, Londra, 2002, 135, le osservazioni che seguono nel testo sono dirette a contestare non solo e non tanto «the purpose ... to monetize values...», ma più direttamente e radicalmente «... [the purpose] to provide a ranking of choices expressed in money terms».

compensare i meno dotati rimasti più poveri. Ora, a parte la difficoltà di tassare i più educati, ormai convinti che tutto quello che guadagnano è esclusivo merito loro, e non devono perciò dare nulla a nessuno, è evidente che qui si pone un problema che viene prima di ogni discorso di compensazione. Il problema è che il vivere in una società popolata da persone mediamente educate non è comparabile con il vivere in una società popolata da pochi eletti e molti bruti, neanche se questi bruti vengono “compensati” attraverso sussidi che consentono loro una adeguata sopravvivenza. Le due situazioni, i due tipi di società che ne derivano, le infinite implicazioni e sfumature che caratterizzano e contrappongono l’una all’altra, sono di una tale diversità da rendere le due realtà incommensurabili e, ben prima di un problema di compensazione di coloro che non hanno potuto essere educati, si pone un, evidentemente insolubile, problema di compensazione di coloro che preferirebbero vivere in una società diversa da quella in cui vivono, a prescindere dal ruolo che ricoprono in quest’ultima³⁵.

Il punto che vorrei sottolineare con forza è che questo problema non riguarda solo i *merit good*, come l’istruzione nell’esempio che ho appena fatto, e come negli altri interessanti casi esaminati in *The Future*.

Non è difficile formulare altri esempi che non riguardano questo tipo di beni. Un ragionamento analogo si può fare con riferimento ad es. alle automobili. Coloro che amano la velocità decidono di abbandonare le carrozze trainate da cavalli e passare alle automobili. In conseguenza di ciò si costruiscono autostrade invece di argini per i fiumi. Si estrae petrolio invece di sviluppare energie rinnovabili. Arriviamo così (in attesa del futuro dominato da automobili *self – driving*, oggetto della brillante lezione introduttiva di Guido) al mondo in cui viviamo: inquinato e pericoloso (nel 2016 sembra siano state uccise dalla guerra in Siria 32.425 persone, mentre nel 2017 gli incidenti stradali ne hanno uccise, solo negli USA, 37.461). Quale compensazione può ora dare questa società più ricca, dove la circolazione stradale ammazza più giovani della guerra, a coloro che avrebbero preferito un mondo più lento, meno inquinato e meno pericoloso?

³⁵ Avevo già sottolineato questo punto in F. DENOZZA, *Fairness and welfare: are they really competing values? Legal Orderings and Economic Institutions*, in F. CAFAGGI, A. NICITA, U. PAGANO (a cura di), 2007, New York, 154.

Questi esempi mostrano a mio avviso chiaramente anzitutto che misurazione e compensazione acquisiscono senso in forza di astrazioni. E' spiacevole doverlo fare, ma ha un senso compensare con una somma di denaro la vittima del singolo incidente stradale, considerato come fatto astratto da ogni contesto. Se invece si mette in campo il giudizio non sul singolo evento, ma sull'intero contesto da cui il verificarsi dell'evento dipende, il ragionamento in termini di misurazione, massimizzazione, compensazione diventa decisamente problematico³⁶ e molti dubbi sorgono, come ho appena detto, sul fatto se sia sensato chiedersi quanti soldi bisognerebbe dare a coloro che preferirebbero un sistema di circolazione stradale più lento e meno pericoloso (in cui fossero ad es. costruite automobili strutturalmente incapaci di superare una certa modesta velocità)³⁷.

Le ragioni profonde che fanno percepire questo senso di irrazionalità nel tentativo di risolvere le questioni di organizzazione della società con il metodo della misurazione, massimizzazione ed eventuale compensazione, possono essere molteplici. Una è sicuramente costituita dal fatto che in valutazioni di questo tipo sono chiamati in causa valori diversi, e magari incompatibili, che sono tra loro

³⁶ Questa riflessione tra l'altro conferma e contribuisce a spiegare l'osservazione che ho fatto nei paragrafi iniziali a proposito del dominio che l'astrazione come separazione esercita nel pensiero giuridico neoliberale. Separazione e misurazione sono infatti fenomeni strettamente collegati. V. quanto osservano al riguardo M. CALLON, F. MUNIESA, *Peripheral Vision: Economic Markets as Calculative Collective Devices.*, in 26(8) *Organization studies*, 2005, 1229, 1231: «First, in order to be calculated, the entities taken into account have to be detached». Poche righe prima gli autori hanno chiarito che usano il termine "detachment" nel senso di "cutting".

³⁷ Anche dal punto di vista della percezione della giustizia delle soluzioni l'astrazione e l'isolamento delle diverse fattispecie dal loro contesto ha pericolose implicazioni. Questa prospettiva atomistica tende a mio avviso a favorire una visione della giustizia come interessata reciprocità, una visione cioè in cui ciascuno deve ricevere in base a quanto contribuisce, il che, in una visione isolata dei singoli problemi, finisce per favorire un orientamento che, caso per caso, tende a massimizzare le compensazioni per i forti, che danno di più, ed a minimizzare quelle per i deboli, che danno di meno, finendo per ignorare il quadro complessivo – su cui si fonda una giustizia come solidarietà - in cui ognuno di noi, nelle diverse situazioni e nelle diverse fasi della sua vita, è talora debole e talora forte, ed avrebbe bisogno di essere aiutato nel primo caso e di aiutare gli altri nel secondo. V. in argomento F. DENOZZA, M. MAUGERI, *"Granularization" and Cross-Subsidies: Liberal, Neoliberal and Socialist Perspectives*, di prossima pubblicazione.

incommensurabili e la cui rilevanza nelle diverse situazioni alternative ipotizzabili, preclude ogni tentativo di misurare e di comparare dette situazioni, in base ad un'unica, e univoca, unità di misura³⁸.

La possibilità di operare attraverso misurazioni sembra perciò problematica già quando si voglia immaginare che la scelta in questione debba essere compiuta da un singolo individuo. Tanto più quando la si immagini come scelta che deve essere presa collettivamente, da un insieme di soggetti di cui bisognerebbe tra l'altro chiedersi quali esperienze e quali informazioni hanno sulle implicazioni delle scelte che vanno a fare.

Con il che arriviamo all'ultimo punto che vorrei sottolineare. Credo che al di là dei problemi legati alla incommensurabilità dei valori, e alla incomparabilità delle situazioni, una più immediata e percepibile ragione dell'insensatezza della pretesa di scomporre i problemi che attengono al modo in cui la società dovrebbe essere organizzata, e misurare il valore delle alternative che ciascuno pone, è che questa procedura perviene a una rappresentazione della realtà che è sostanzialmente e gravemente fuorviante. Nel processo in cui una molteplicità di attributi, mediati dalle preferenze, viene mappata in singole misure, un enorme contenuto informativo va inevitabilmente perduto³⁹.

In questo modo viene occultato tra l'altro il fatto che la risposta alla domanda chi è il migliore utilizzatore di una risorsa o, più in generale, chi ricaverà la maggiore utilità dall'assegnazione della medesima, dipende per lo più dalla originaria allocazione delle risorse, che determina le relazioni di prezzo tra le risorse stesse, cosa che rende del tutto contingente il risultato che si ottiene (spesso, per di più, in maniera arbitraria) assegnando alle diverse alternative valori ricavati da misurazioni effettuate sulla base della situazione data e dei prezzi

³⁸ Il dibattito sull'incommensurabilità è ormai molto vasto e non è possibile entrare qui nei dettagli. Rinvio perciò ai saggi raccolti nel volume R. CHANG (ed.), *Incommensurability, incomparability, and practical reason*, Cambridge, 1997, e a quelli raccolti in *University of Pennsylvania Law Review*, 146(5), 1998.

³⁹ Come molti ritengono avvenga quando si tenta di dare un prezzo ai beni ambientali, v. D. W. BROMLEY, A. VATN, *Choices without prices without apologies*, in 26(2) *J. Env. Econ. Man.*, 1994, 129-148.

correnti⁴⁰. Generalizzando questa considerazione, potremmo anzi dire che quando si fanno scelte su questioni che riflettono il modo in cui la società è organizzata, il valore che si può attribuire alle alternative è contingente rispetto all'organizzazione considerata, e destinato perciò a cambiare con il cambiare della stessa (per restare all'esempio di poco fa è evidente che la velocità dei mezzi di trasporto ben può vedersi attribuire valori diversi secondo che la consideriamo in una società organizzata sul presupposto che ci si muova in carrozze trainate da cavalli oppure in una società organizzata sul presupposto che tutti possano muoversi alla velocità di una Ferrari).⁴¹

Nel complesso io credo che il sistema misurazione, massimizzazione, eventuale compensazione, non è solo in certi casi inaccettabile per ragioni morali, ma è inaccettabile come sistema generale di governo delle relazioni sociali perché finisce per sottomettere noi tutti ad imperativi che, come avviene con i risultati di mercato, sono fatti apparire come naturali e inevitabili, quando sono invece la conseguenza di arbitrarie premesse e di ancor più arbitrarie quantificazioni.

Il problema non riguarda solo i limiti da porre al governo via mercato, posto che anche il governo via comando può essere incardinato sulla *monetization*⁴² (come del resto abbiamo direttamente sperimentato negli ultimi decenni di politiche neoliberali volte ad introdurre logiche di misurazione mercantile in tutti i settori, a cominciare dall'istruzione pubblica e da quella universitaria in particolare).

Il tema dell'accorta combinazione di *commodification* (governo via mercato) e *commandification* (governo via decisione collettive) è

⁴⁰ Concordo perciò con coloro che ritengono che «The wealth maximization principle cannot be used on a large scale, or for entitlements that should be treated as a class and not individually, since it becomes indeterminate: that is, changing rights alters the wealth-maximizing allocation»: così A.A. PAPANDREOU, *Externality and institutions*, Cambridge, 1998, 219.

⁴¹ Se è vero che «Whether it be large scale...or small scale...every human choice is a step into a new world», J. FINNIS, in R. CHANG (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, 1997, 220, il pretendere di misurare esattamente il nuovo usando i criteri con cui si misura il vecchio, può non avere molto senso.

⁴² Il punto è vigorosamente sottolineato da E. ZAMIR, *Tastes, values, and the future of law and economics*. in 16(1) *Jerusalem Rev. Leg. Stud.*, 2017, 101-123

importante ma non risolutivo. Il tema più generale è come uscire da una situazione in cui le nostre vite sono governate da fuorvianti misurazioni e dagli imprevedibili esiti di frammentate interazioni che possono produrre (come avviene nel mercato) risultati che nessuno prevedeva e che magari nessuno voleva, per massimizzare invece la cosciente, informata ed uguale partecipazione di tutti alle scelte che hanno forti implicazioni morali o sociali. Partecipazione che è forse il terreno principale in cui dovrebbe concretizzarsi quel valore della creatività (giustamente esaltato in *The Future*) la cui più prima manifestazione dovrebbe essere la possibilità di creare coscientemente, insieme agli altri, sé stessi e la propria vita.

6. Conclusioni

Se riguardiamo alla luce di queste riflessioni i valori che sono proposti nell'ultimo capitolo di *The Future*, io personalmente condivido con entusiasmo il riferimento ai valori dell'uguaglianza e della creatività. Sono più scettico sulla possibilità di mantenere il riferimento alla massimizzazione, che suppone comunque una misurazione.

Io credo che quello che dovremmo chiedere agli economisti, che sapranno farsi ispirare dalle riflessioni sviluppate in *The Future*, è di studiare i modi e i mezzi con cui può essere massimizzata la consapevole, informata e paritaria partecipazione di tutti alle scelte sociali che hanno forti implicazioni sociali o morali. La mia impressione, concludendo, è che qui Guido ci conduce, come è sua abitudine, ad una frontiera, alla frontiera di un metodo economico che se non cambia alcuni dei suoi presupposti fondamentali, si rivelerà sempre meno adatto ad aiutarci a governare il nostro futuro.