

Sezione

*Seconda parte*



## Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo

Maurizio Cafagno

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Ambientalismo di mercato. – 3. Economia ecologica. – 4. Pragmatismo. – 5. Analisi economica del diritto ed efficienza: da fine a mezzo.

### 1. *Introduzione*

Tanto l'analisi economica del diritto, quanto le discipline che l'approccio interdisciplinare collega, singolarmente considerate, si prestano, soprattutto nella materia ambientale, ad una varietà di declinazioni<sup>1</sup>.

Storica è la contrapposizione tra la scuola di Chicago e quella di Yale, tra “*economic analysis of law*” e “*law and economics*”, secondo la distinzione sulla quale proprio Guido Calabresi insiste, nel suo recente lavoro sulle prospettive future della disciplina<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Il presente scritto trae origine da una relazione sull'argomento “*Law and economics*”, all'interno di una sessione in tema di “*Environmental regulation*”, nel corso dello *U.S. - E.U. Environmental Law Colloquium*, tenutosi a Roma, presso il *Center for American studies*, il 30 maggio 2019.

<sup>2</sup> G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays In Reform And Recollection*, Yale University Press, 2016; per una prima rassegna di opere di respiro generale, sull'analisi economica del diritto, AA.VV., *Law and Economics*, a cura di N. Mercurio, 1998; AA.VV., *Analisi economica del diritto*, a cura di G. Alpa, P.L. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani, Milano, 1997; R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006; R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, Addison - Wesley Educational Publishers Inc., 6ª ed., 2013; F. Denozza, *Norme efficienti*, Milano, 2002, 116 ss.; D.D. Friedman, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004; F. Parisi, *Scuole e metodologie dell'analisi economica del diritto*, in *Rivista crit. dir. priv.*, 2005, 377 ss.; Id., *The Language of Law and Economics: a Dictionary*, Cambridge, 2013; P. Trimarchi, *L'analisi economica del diritto. Tendenze e prospettive. Quadrimestre*, 1987, 563 ss.; E. Kreckè, *Economic analysis and legal pragmatism*, *International Review of Law and Economics*, Vol. 23, Issue 4, 421-437; G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, 167; Eli M Salzberger, *The Economic Analysis of Law - The Dominant Methodology for Legal Research ?!*, University of Haifa Faculty of Law Legal Studies Research, Paper n. 1044382, 2007; il lavoro è al momento consultabile online all'indirizzo <http://ssrn.com>;

Per un'analisi critica delle possibilità applicative del metodo nel diritto pubblico, S. Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in AA.VV., *Annuario AIPDA. Analisi economica e diritto*

Il panorama degli studi economici relativi all'ambiente a sua volta spazia dall'ecologia di mercato<sup>3</sup>, all'economia dell'ambiente<sup>4</sup>, all'economia ecologica (che a sua volta raduna indirizzi più o meno compatibili con la più ortodossa visione neoclassica)<sup>5</sup> alle applicazioni di economia comportamentale<sup>6</sup>.

La dottrina giuridica, dal canto suo, delinea un processo di trasformazione del diritto ambientale che scandisce una sequenza di stagioni, con impostazioni e categorie di norme altrettanto diversificate<sup>7</sup>.

---

to amministrativo (2006). *Atti del Convegno annuale (Venezia, 28-29 settembre 2006)*, Milano, 2007; F. Merusi, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2007, 3, 434; G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, 2009; E. Picozza, *Prefazione* a E. Picozza, V. Ricciuto (a cura di), *Diritto dell'economia*, Torino, 2013.

Sull'analisi economica del diritto applicata in particolare al diritto ambientale, K. Mathis, B.R. Huber (a cura di), *Environmental Law and Economics*, Springer International Publishing AG, 2017; M.A. Livermore, R.L. Revesz, *Environmental Law and Economics*, in F. Parisi (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Economics, Volume 2: Private and Commercial Law*, 2017; T. Swanson (a cura di), *An introduction to the law and economics of environmental policy: issues in institutional design*, London, 2002; A. Endres, *The Use of Standards and Prices in Environmental Law: A Dynamic Perspective*, in AA.VV., *Internationalization of the Law and its Economic Analysis. Festschrift für Hans-Bernd Schäfer*, Gabler Edition Wissenschaft, 2008, 431 ss.; ivi anche M. Faure, *Environmental Rules Versus Standards for Developing Countries; Learning from Schäfer*, 735 ss.; M.G. Faure, *Instruments for environmental Governance: what works?*, in P. Martin, L. Zhiping, Q. Tianbao, (a cura di), *Environmental Governance and Sustainability*, Camberley Surrey, 2012, 3 ss.

<sup>3</sup> T.L. Anderson, D.R. Leal, *Free Market Environmentalism for the Next Generation*, Palgrave Macmillan US, 2015.

<sup>4</sup> M.L. Cropper, W.E. Oates, *Environmental Economics: A Survey*, *Journal of Economic Literature*, 1992, 30 (2), 675-740; W.J. Baumol, W.E. Oates, *The Theory of Environmental Policy*, 2<sup>a</sup> ed., Cambridge, 1988; T.R. Stavins, *Economics of the Environment: Selected Readings*, 7<sup>a</sup> ed. Edition, Hants, England, 2019; Tietenberg, *Economia dell'ambiente*, McGraw-Hill Education, 2006, p. 72 ss.

<sup>5</sup> R. Costanza, *What is ecological economics? Ecological Economics*, 1989, 1, 1-7; G. Munda, *Environmental Economics, Ecological Economics, and the Concept of Sustainable Development*, *Environmental Values*, 1997, Vol. 6, n. 2, 213-233; si permetta anche un rimando a M. Cafagno, *La cura dell'ambiente tra mercato ed intervento pubblico. Spunti dal pensiero economico*, in D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, 191 ss.

<sup>6</sup> OECD, *Tackling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights*, 2017; OECD, *Behavioural insights and public policy: lessons from around the world*, 2017; R. Croson, N. Treich, *Behavioral Environmental Economics: Promises and Challenges*, *Environ Resource Econ* (2014) 58:335-351.

<sup>7</sup> Per un'interessante mappatura, A. Craig, *Fourth Generation Environmental Law: Integrationist and Multimodal*, *William and Mary Environmental Law & Policy Review*, 2011, 35, 771-886; con più specifico riferimento al diritto nazionale ed europeo, tra i molti, A. Crosetti, R. Ferrara, C.E. Gallo, S. Grassi, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014; S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999; G. Di Plinio, P. Fimiani (a cura di), *Principi di diritto ambientale*, Milano, 2008; M. Cafagno, *Principi e strumenti a tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007; M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, *Dir. Pubbl.*, 2007, 1, 219 ss.; G. Cocco, A. Marzanati, R. Pupilella, A. Russo, *Ambiente*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte speciale*, Milano, 1997, 101 ss.; A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari, 2018; P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; R. Ferrara, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, *Foro amm. TAR*, 2009, 6, 1945 ss.; F. Fonderico, *L'evoluzione della legislazione ambientale*, in *Giuristi Ambientali*, 2007 ([http://www.giuristiambientali.it/documenti/20071016\\_AM.pdf](http://www.giuristiambientali.it/documenti/20071016_AM.pdf)); G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo II, Milano, 1996, 1121 ss.; G. Pericu, *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, in *Dir. (disc. pubbl)*, vol. I, Torino, 1987, 189 ss.

La combinazione dei vari movimenti di pensiero può condurre a una molteplicità di costrutti, atti a preparare conclusioni alquanto diverse.

Poiché l'arcipelago delle possibilità è piuttosto frastagliato, si impone qualche scelta preliminare.

Il presente lavoro, rinunciando alla pretesa velleitaria di offrire una rappresentazione ordinata della letteratura esistente e delle numerose applicazioni settoriali, intende concentrarsi su una questione di fondo: il rapporto tra mercato e ambiente o, più precisamente, il diverso tipo di raccordo tra ambiente e mercato del quale concezioni alternative dell'analisi economica del diritto si fanno propugnatrici.

È noto che sul punto la discussione è accesa e fomentata da visioni antitetiche: v'è chi pensa che il mercato custodisca i rimedi necessari alla cura dei mali dell'ambiente<sup>8</sup>, chi all'opposto crede che negli attuali modelli di produzione e consumo allignino le cause della devastazione dell'ambiente<sup>9</sup>.

Assumerò a convenzionale punto di partenza la posizione molto ottimistica sul potenziale taumaturgico del mercato che, negli studi di *law and economics*, è espressa dalla cosiddetta scuola di Chicago.

L'approfondimento delle sue basi e dei suoi elementi di debolezza mi consentirà in seguito di argomentare a favore di modelli alternativi di analisi economica del diritto.

Enuncio subito la tesi che mi prefiggo di illustrare: l'analisi economica, a mio giudizio, non è metodo adatto a definire l'assetto dei fini del diritto ambientale, ma può fornire un contributo prezioso alla selezione e all'affinamento dei suoi strumenti.

Come il lettore potrà forse intuire, visti il baricentro e il taglio del discorso, il seguito dello scritto concederà più spazio all'analisi delle posizioni dottrinali e del dibattito teorico, anche economico, che all'esegesi del dato giurisprudenziale o del dettaglio normativo, sia pure senza omettere la perlustrazione di esperienze applicative, maturate in Italia o in altri paesi.

## 2. *Ambientalismo di mercato*

La corrente di analisi economica del diritto usualmente distinta come scuola di Chicago muove dall'idea che, in un mondo dominato dalla scarsità, nel quale non tutti gli interessi e i bisogni possono essere soddisfatti e nel quale perciò

<sup>8</sup> In questa prospettiva, T.L. Anderson, D.R. Leal, *Free Market Environmentalism*, cit.; *amplius, infra*.

<sup>9</sup> V., ad es., D. Tanuro, *L'impossibile capitalismo verde. Il riscaldamento climatico e le ragioni dell'ecosocialismo*, Roma, 2011; S. Latouche, *Il paradosso dell'economia ecologica e lo sviluppo sostenibile come ossimoro*, intervento del 30 settembre 1998 al seminario internazionale di studio dell'Università di Padova, <http://www.edscuola.it/archivio/interlinea/paradosso.html>; S. Latouche, *L'economia è una menzogna*, Torino, 2014.

il diritto deve risolvere un problema di coordinamento tra corsi d'azione che si intralciano, le norme si prestano ad essere esaminate come dispositivi che modificano il prezzo relativo delle condotte.

Le decisioni legali – siano esse del Parlamento, dell'amministrazione o della magistratura – variano i “costi opportunità” dei comportamenti, cambiano il rapporto tra oneri e vantaggi associati ad ogni corso di azione.

Dunque l'ordinamento giuridico, secondo questa linea di pensiero, dovrebbe preoccuparsi di configurare i titoli che definiscono le prerogative confliggenti – come diritti, obblighi e responsabilità – in modo efficiente.

Il famoso teorema di Coase, tratto dallo scritto del 1960 dedicato al «problema del costo sociale»<sup>10</sup>, offre la base speculativa per avanzare il suggerimento che, al cospetto di esternalità o di fallimenti del mercato, la mano pubblica, anziché frettolosamente impegnarsi in un intervento sostitutivo, dovrebbe viceversa operare per ripristinare il funzionamento del mercato.

Incorporando i cardini dell'economia del benessere, con la loro matrice utilitarista, la scuola sostiene che l'espedito migliore di cui il diritto possa valersi per raggiungere la meta dell'efficienza sia quello di mettersi all'ombra del mercato, consista cioè nel favorire e nel mimare il funzionamento di un mercato concorrenziale, valorizzando, per quanto possibile, lo strumento contrattuale<sup>11</sup>.

Una stringata progressione di proposizioni consente di schematizzare la visione generale: a) le norme sono strumenti di amministrazione degli incentivi; b) il diritto dovrebbe mimare il mercato, perseguendo la meta dell'efficienza, così come il giurista dovrebbe appellarsi all'economia, perché essa indica come si raggiunge l'efficienza; c) la pressione selettiva che guida l'evoluzione dell'ordinamento, soprattutto nel sistema di common law e di diritto privato, di fatto favorisce le soluzioni efficienti<sup>12</sup>.

Un recente lavoro critico ha efficacemente individuato in un assunto di fatto, un giudizio di valore e un'indicazione operativa i tre principali ingredienti del metodo<sup>13</sup>.

L'assunto è che gli individui siano “massimizzatori razionali” del proprio personale benessere, il giudizio di valore è che lo scopo prioritario del quale la società dovrebbe farsi carico sia il maggior innalzamento possibile del benessere

<sup>10</sup> Lo si veda tradotto in R. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006, 199 ss.

<sup>11</sup> Per tutti, F. Romani, *Diritto ed economia: la prospettiva di un economista*, in *Sociologia del diritto*, 1990, 1-2, 245 ss.; Id., *L'Analisi economica del diritto nella prospettiva dell'economista*, in AA.VV., *Interpretazione giuridica e analisi economica*, cit.

<sup>12</sup> Cfr. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., 167, riprendendo il pensiero e le opere di Kornhauser, indicate in n. 79.

<sup>13</sup> F. Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?* in *Ars Interpretandi*, 2013, 2, 43; si veda anche Id., *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2014, vol. 112, n. 1, 13 ss.

aggregato, inteso come somma dei livelli di benessere individuale, misurato dal grado di soddisfazione delle preferenze personali, l'indicazione operativa individuale nelle transazioni su base volontaria lo strumento più adatto a raggiungere il fine, dato l'assunto.

Con qualche inevitabile semplificazione, noto che sul versante ambientale il movimento di idee contiguo alla visione appena riassunta prende nome di "free market ecology".

Terry Anderson e Donald Leal aprono il loro testo, dedicato appunto a "L'ecologia di mercato", proclamando di voler lanciare una sfida all'idea secondo la quale l'ecologia di mercato è un ossimoro, opponendovi il disegno di un sistema di diritti di proprietà ben stabiliti sulle risorse naturali ed ambientali, costruito in modo tale che «la stessa prosperità dei proprietari sia in pericolo se vengono prese le decisioni sbagliate». L'ambientalismo di mercato, chiariscono gli autori, «guarda al sistema dei diritti di proprietà privata sulle risorse naturali come al mezzo per connettere l'interesse personale alla tutela dell'ambiente. La titolarità dei diritti spinge i proprietari a ponderare i costi e i benefici delle loro azioni e facilita quelle transazioni di mercato che, grazie allo scambio volontario, generano un'efficiente crescita dei guadagni»<sup>14</sup>.

Sulle presunte orme di Coase, la tesi di fondo è che l'ordinamento giuridico, alle prese con i problemi ambientali, dovrebbe in primo luogo sforzarsi di correggere la difettosa assegnazione dei diritti dalla quale originano le esternalità, così da preparare il terreno al successivo processo di scambio.

Se la negoziazione fosse ostacolata da costi di transazione, ad esempio nascenti da debolezze informative, incertezze od opportunismo, il diritto dovrebbe attivarsi per abatterli.

Se i costi di transazione fossero irriducibili, l'intervento pubblico dovrebbe per quanto possibile mimare il funzionamento del mercato, promuovendo gli esiti cui esso sarebbe giunto, se fosse stato in grado di operare<sup>15</sup>.

Soprattutto agli occhi di uno studioso di diritto amministrativo, la sequenza degli enunciati delinea un vero e proprio programma di politica dell'intervento pubblico che è denso di pesanti ricadute e che è molto caratterizzato ideologicamente.

Esempi oggi molto discussi di soluzioni ambientali che parrebbero riecheggiano una crescente fiducia nell'abbinamento tra diritti sulle risorse e strumenti con-

---

<sup>14</sup> T.L. Anderson, D.R. Leal, *Free Market Environmentalism*, cit., 3, trad. mia.

<sup>15</sup> Cfr. F. Romani, *Strumenti*, cit. 235 ss.; J.L. Coleman, *Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law*, in *Ethics*, 1984, vol. 94, n. 4, 649 ss.; T. Tietenberg, *Economia dell'ambiente*, cit., 72 ss.

trattuali sono offerti, tra le varie misure *market-based*, dai cosiddetti sistemi di pagamento dei servizi ecosistemici (PES)<sup>16</sup> in materia di salvaguardia della biodiversità<sup>17</sup>.

Celebre è il caso pilota della fonte d'acqua minerale Vittel, situata nella regione dei Vosgi, nel nord-est della Francia<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> L'espressione "servizi ecosistemici" designa la multiforme gamma di prestazioni che l'ambiente procura, a vantaggio del genere umano, mediante una complessa rete di processi e di reciproci adattamenti dei fattori abiotici e biotici, dai quali dipende il mantenimento dell'intervallo di condizioni fisiche adatte alla vita ([www.meaweb.org](http://www.meaweb.org)).

Stando alle classificazioni consuete, un primo gruppo di servizi comprende funzioni di regolazione e di stabilizzazione.

Ricadono in questo vasto insieme, a titolo esemplificativo, la regolazione dei cicli gassosi e della composizione dell'atmosfera, il controllo del clima e la redistribuzione dell'umidità, la formazione ed il consolidamento del suolo e dei terreni, la regolazione dei flussi idrici e del ciclo dell'acqua, la regolazione dei cicli biogeochimici (come il ciclo dell'ossigeno, del carbonio, dell'azoto, del fosforo, dello zolfo), la decomposizione ed il recupero dei rifiuti organici, le funzioni di abbattimento dell'inquinamento, come la depurazione delle acque e dell'atmosfera, il controllo degli eventi biologici, come nascite, morti o epidemie.

Un secondo gruppo di servizi comprende le mansioni produttive e di habitat.

Tra di esse, la cattura dell'energia solare e la successiva costruzione di biomassa, occorrente al sostentamento degli organismi eterotrofi, la rigenerazione di materie prime, di risorse genetiche, di sostanze medicinali, di fonti energetiche o di beni ornamentali, le funzioni di asilo e di ricovero della prole.

Una terza categoria di servizi compendia le funzioni di supporto allo sviluppo cognitivo, come i contributi che l'ambiente fornisce all'informazione scientifica, alla maturazione di una coscienza storica e identitaria, alla formazione di valori paesaggistici o estetici, alle attività ricreative.

Per il momenti bastino i seguenti rimandi: E. Gómez-Baggethun, R. de Groot, P.L. Lomas, C. Montes, *The history of ecosystem services in economic theory and practice: From early notions to markets and payment schemes*, in *Ecological Economics*, 2010, 69, 1209-1218; R. Costanza, R. d'Arge, R. de Groot, S. Farber, M. Grasso, B. Hannon, K. Limburg, S. Naeem, R.V. O'Neill, J. Paruelo, G.R. Raskin, P. Sutton, M. van der Belt, *The value of the world's ecosystem services and natural capital*, in *Nature*, 1997, 387, 253-260; A. Fari, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013; J. Farley, *Ecosystem services: The economics debate*, in *Ecosystem Services*, 2012, 1, 40-49; MA, Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-being. A Framework for Assessment*, Island Press, 2003. Per ulteriori riferimenti bibliografici, M. Cafagno, *Principi e strumenti*, cit.; M. Cafagno, D. D'Orsogna, F. Fracchia, *The Legal Concept of Environment and Systemic Vision*, in L. Ulivi (a cura di), *The Systemic Turn in Human and Natural Sciences*, Springer, 2018, 121-148.

<sup>17</sup> Si veda ad es. il 7° Programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020, decisione UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013 N. 1386, «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta», in part. priorità VI, par. 77 nonché par. 83, punto VIII.

Una rassegna della variegata casistica applicativa è offerta, tra i lavori al momento consultabili, dal volume che l'OECD ha dedicato nel 2010 al tema *Paying for Biodiversity. Enhancing the cost-effectiveness of payments for ecosystem services*, o dai corposi rapporti che hanno scandito l'attuazione del progetto TEEB (*The Economics of Ecosystems and Biodiversity*, [www.teebweb.org](http://www.teebweb.org)).

Com'è noto, TEEB, dopo il *Millennium Ecosystem Assessment*, rappresenta il più ambizioso sforzo internazionale di messa a sistema dei dati e delle conoscenze acquisite sul valore della biodiversità e degli ecosistemi per l'economia umana.

Il progetto è stato avviato in occasione del G8 ambiente di Potsdam nel 2007, sotto il patrocinio delle Nazioni Unite (UNEP) e col supporto della Commissione Europea e dei governi di Germania, Regno Unito, Olanda, Norvegia, Belgio, Svezia e Giappone.

In dottrina, tra i molti lavori, J. Farley, R. Costanza, *Payments for ecosystem services: From local to global*, *Ecological Economics*, 2010, 69, 2060-2068.

<sup>18</sup> E. Cancila, A. Bosso, I. Sabbadini, *Il pagamento dei servizi ecosistemici: casi di studio*, *Ecoscienza*, 2015, 1, 18 s.; A. Bosso, A.C. Moonen, *Servizi ecosistemici, le relative forme di remunerazione (PES) e la valutazione non-monetaria*, in G. Venturi (a cura di), *Annali dell'Accademia nazionale di agricoltura*, vol. CXXXVII, 2017, 94 ss.

La Nestlé Waters, produttrice dell'acqua minerale, preoccupata dal pericolo che la fonte fosse contaminata da nitrati, a causa dell'intensificazione delle attigue attività agricole, ha intrapreso uno studio delle relazioni di causa-effetto tra pratiche di gestione agronomica e miglioramento della qualità dell'acqua.

Quindi, all'esito di trattative protrattesi per un decennio, ha instaurato con i proprietari agricoli e forestali un sistema di pagamento dei servizi ecosistemici, volto a compensare l'adozione di pratiche più sostenibili.

Più precisamente, la multinazionale ha perfezionato con gli agricoltori un fascio di contratti, dalla durata variabile tra i 18 e i 30 anni, tramite cui si è impegnata, a fronte di un cambiamento delle pratiche agronomiche, a riconoscere un premio di 200 euro/ha/anno (commisurato al minor reddito delle colture) e a farsi al contempo carico del finanziamento delle modifiche tecnologiche necessarie, degli oneri di assistenza gratuita, della cancellazione dei debiti per l'acquisto dei fondi.

Riferiscono i commentatori che l'iniziativa ha conseguito i risultati che si prefiggeva, cioè la riduzione dei nitrati in falda e la conversione al biologico di numerose coltivazioni, e che nei primi sette anni di attuazione del PES, la multinazionale ha speso 24,25 milioni di euro (meno di quanto non sarebbe costato l'allestimento di un sistema di depurazione) a fronte di un giro d'affari pari a 5,2 miliardi di Euro<sup>19</sup>.

Altro esempio spesso riportato dalla letteratura è quello dell'accordo sottoscritto tra l'azienda municipalizzata addetta alla fornitura dei servizi idrici della città di New York e i proprietari forestali del bacino di captazione.

Tramite l'accordo i proprietari si sono impegnati a gestire i boschi secondo uno specifico programma di gestione forestale, pensato per garantire il mantenimento del deflusso idrico a valle, in qualità e quantità.

La compensazione del servizio ecosistemico di provvista dell'acqua potabile è stata finanziata da un'addizionale sulla tariffa idrica, pagata dagli utenti finali del servizio. Si è calcolato che il costo di realizzazione di un impianto di depurazione sarebbe stato molto superiore, rispetto al costo del PES, tanto che l'operazione ha garantito un risparmio compreso tra i 6 e i 9 miliardi di dollari<sup>20</sup>.

Il caso "*water penny*", nella regione della Bassa Sassonia, in Germania, ha interessato una superficie agricola di 300.000 ettari, coinvolgendo 12.000 agricoltori. Una normativa regionale finalizzata al contenimento dei livelli di inqui-

---

<sup>19</sup> Anno 2005; in questi termini il rapporto Ervet - Regione Emilia Romagna, *La valorizzazione del capitale naturale attraverso il pagamento dei servizi ecosistemici in Emilia Romagna*, 2016, al momento visionabile all'indirizzo [www.ervet.it/wp-content/uploads/2013/09/Ricognizione\\_PES\\_E-R\\_2016.pdf](http://www.ervet.it/wp-content/uploads/2013/09/Ricognizione_PES_E-R_2016.pdf)

<sup>20</sup> Tra le varie fonti, si vedano le informazioni raccolte sul sito del progetto *LIFE+ Making Good Natura - Making public Good provision the core business of Natura 2000*, ad oggi disponibili all'indirizzo <http://www.lifemgn-serviziosistemici.eu/IT/progetto/Pages/pes.aspx>; *amplius infra*, tra breve.

namento della falda acquifera ha autorizzato le società di gestione dei servizi ad inserire nella bolletta dell'acqua potabile un'addizionale nota come "water penny" (che al momento raccoglie circa 30 milioni di euro per anno) avente lo scopo di finanziare il pagamento di un corrispettivo agli agricoltori, in cambio del loro impegno a pratiche di conversione al biologico, diminuzione di input chimici, ripristino di aree umide ed ecosistemi fluviali<sup>21</sup>.

Ancora, l'*Environment Bank* è una compagnia privata che – sulle orme della consolidata esperienza statunitense in materia di habitat banking – opera come broker per interventi di compensazione della biodiversità nel Regno Unito. Posto che gli habitat degradati dagli interventi antropici devono essere compensati con habitat di uguale pregio (es. foreste, zone umide, aree agricole, pascoli, ecc.) la struttura agisce da intermediario tra proponenti di opere e offerenti di aree naturali<sup>22</sup>.

Proseguendo con esempi nostrani, nel 2001 la società Romagna Acque ha attivato un PES volto a incoraggiare i proprietari di boschi ad adottare pratiche sostenibili di gestione forestale, in grado di ridurre fenomeni di erosione suolo, all'origine di problemi di interrimento di un invaso e di conseguente peggioramento della qualità dell'acqua<sup>23</sup>.

Sempre in Italia, il Consorzio Universitario per la Ricerca Socioeconomica e per l'Ambiente (CURSA) ha assunto il ruolo di capofila del progetto *LIFE+ Making Good Natura*, il cui scopo è lo sviluppo di efficaci percorsi di *governance* ambientale e di gestione degli habitat e delle specie animali e vegetali, atti a valorizzare i servizi ecosistemici generati dai siti della rete Natura 2000<sup>24</sup>; tra i vari strumenti gestionali in corso di affinamento e di verifica campeggia il modulo dei Pagamenti per i Servizi Ecosistemici<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> A. Bosso, A.C. Moonen, *Servizi ecosistemici, le relative forme di remunerazione (PES)*, cit.

<sup>22</sup> La compensazione avviene tramite la compravendita di crediti (*conservation credits*).

*Environment Bank* calcola gli impatti, commisura le compensazioni, monitora l'attuazione dei piani di gestione della biodiversità predisposti dai proprietari delle aree, gestisce apposito registro ove sono annotate istanze compensative e habitat disponibili. Cfr. A. Bosso, A.C. Moonen, ult. cit.

<sup>23</sup> Ervet - Regione Emilia Romagna, *La valorizzazione del capitale naturale attraverso il pagamento dei servizi ecosistemici*, cit.

<sup>24</sup> 21 siti pilota, per una superficie complessiva di 90.239 ha; <http://www.lifemgn-serviziecosistemici.eu/IT/progetto/Pages/short.aspx>; come si ricava dal sito, finanziano il progetto la Commissione Europea, attraverso il programma LIFE+, il Ministero dell'Ambiente e il Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali. Sono partner del progetto EURAC (Accademia Europea di Bolzano), WWF Italia, vari enti Parco, le Regioni Sicilia e Lombardia, ERSAF.

<sup>25</sup> Si vedano le decisioni di esecuzione della Commissione Europea del 19 marzo 2014 n. 203 e del 12 febbraio 2018 n. 210, sull'adozione del programma di lavoro pluriennale LIFE per il periodo 2014-2017 e per il periodo 2018-2020.

Un riferimento normativo esplicito al sistema dei pagamenti dei servizi ecosistemici, nel diritto nazionale è contenuto nella legge 28 dicembre 2015, n. 221, recante «disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali».

L'art. 70 della legge ha infatti incaricato il Governo di introdurre e disciplinare un sistema di pagamento dei servizi ecosistemici e ambientali (PSEA), nel rispetto di principi direttivi enumerati al comma 2.

Se e fino a che punto la variegata gamma di intese e di tipologie contrattuali, aventi ad oggetto risorse e servizi ambientali, possa dirsi lineare concretizzazione di una logica coasiana, è tema che tratteremo tra breve<sup>26</sup>.

Prima è necessario dar conto del fatto che il cosiddetto ambientalismo di mercato poggia, oltre che sulla teorizzazione dell'asserita superiorità dei meccanismi di scambio, sulla pratica costatazione dei seri limiti dei quali soffre la più consueta strumentazione di comando e controllo.

L'analisi critica sul punto muove dalla considerazione che questo tipo di armamentario giuridico, essendo incentrato su scelte pubbliche preventive, presuppone determinazioni abbastanza precise dei comportamenti tollerati, imposti o vietati.

Decisioni collettive viziate in eccesso o in difetto sono fatalmente destinate a causare livelli di inquinamento troppo alti o, alternativamente, sprechi e ingiustificate perdite di benessere.

D'altro canto l'osservanza di divieti ed obblighi e l'adeguamento agli standard comporta a propria volta un costo, il quale può variare da destinatario a destinatario.

Il ricorso agli strumenti di comando e controllo richiede insomma che l'apparato pubblico disponga di informazioni accurate, necessarie all'elaborazione di vincoli e di standard convenientemente diversificati.

Trattasi di condizioni severe e molto esigenti, la cui soddisfazione è resa problematica e laboriosa da una pluralità di ostacoli.

Innanzitutto, la proliferazione delle prescrizioni di per se stessa aumenta le difficoltà del processo di scelta, sovraccarica le funzioni di controllo e complica i meccanismi sanzionatori.

La delega non ha trovato un'attuazione organica nei tempi concessi per il relativo esercizio.

Il tema è stato tuttavia di recente ripreso dal testo unico in materia di foreste e filiere forestali.

Ai sensi del comma 8 dell'art. 7 del D. Lvo 3 aprile 2018 n. 34, infatti, «le regioni, coerentemente con quanto previsto dalla Strategia forestale dell'Unione europea COM (2013) n. 659 del 20 settembre 2013, promuovono sistemi di pagamento dei servizi ecosistemici ed ambientali (PSE) generati dalle attività di gestione forestale sostenibile e dall'assunzione di specifici impegni silvo-ambientali informando e sostenendo i proprietari, i gestori e i beneficiari dei servizi nella definizione, nel monitoraggio e nel controllo degli accordi contrattuali. I criteri di definizione dei sistemi di remunerazione dei servizi ecosistemici ed ambientali (PSE) risultano essere quelli di cui all'articolo 70 della legge 28 dicembre 2015, n. 221, con particolare riguardo ai beneficiari finali del sistema di pagamento indicati alla lettera h) del comma 2 del predetto articolo 70».

Il comma seguente precisa che «la promozione di sistemi PSE di cui al comma 8, deve avvenire anche nel rispetto dei seguenti principi e criteri generali:

- a) la volontarietà dell'accordo, che dovrà definire le modalità di fornitura e di pagamento del servizio;
- b) l'addizionalità degli interventi oggetto di PSE rispetto alle condizioni ordinarie di offerta dei servizi;
- c) la permanenza delle diverse funzioni di tutela ambientale presenti prima dell'accordo».

Da ultimo, v. altresì art. 18, D.P.C.M. 20 febbraio 2019, n. 159420.

<sup>26</sup> In chiave critica e dubitativa, E. Gómez-Baggethun, R. Muradian, *In markets we trust? Setting the boundaries of Market-Based Instruments in ecosystem services governance*, in *Ecological Economics*, 2015, 117, 217-224; ulteriori riferimenti bibl. *ivi*.

In secondo luogo – ed è questo un problema ancor più spinoso – accade spesso che dati approfonditi, necessari a decisioni misurate, siano in concreto inaccessibili all'autorità, non soltanto a causa della varietà delle situazioni locali da definire, ma anche e soprattutto perché le informazioni rilevanti sono spesso detenute proprio dagli operatori economici sottoposti al potere pubblico.

In queste condizioni, è facile alligni una loro propensione all'opportunistico sfruttamento del vantaggio conoscitivo, che può sfociare in una rappresentazione faziosa e strumentale degli elementi di giudizio occorrenti alle decisioni collettive.

Queste carenze informative e le connesse difficoltà dell'amministrazione a discriminare – fra situazioni e tra operatori – non sono superabili ricorrendo al banale espediente di parametrare obblighi e standard ad indicatori medi.

L'applicazione generalizzata di un vincolo uniforme, rapportato a valori medi, è infatti ripiego inefficiente, che minaccia di imporre sacrifici troppo alti ad alcuni ed impegni troppo blandi ad altri, in grado di ottenere il medesimo risultato con minor sforzo.

I difetti del metodo tanto più si aggravano quanto maggiore sia la varianza delle spese di abbattimento, rispetto alla media, cioè quanto più eterogenei siano le capacità e le funzioni di costo dei vari soggetti economici interessati dalla decisione.

In breve, una politica di prefissione di standard uniformi può forse agevolare l'azione di controllo, ma rende complessivamente più oneroso l'adempimento, a causa dell'insensibilità delle scelte pubbliche alle condizioni locali, mentre la strategia opposta, cioè quella di optare per vincoli e obblighi diversificati, se prospetta un maggior grado di efficienza, postula condizioni – in termini di dotazioni informative e di capacità valutative degli apparati amministrativi – che raramente sono esaudite nella pratica, acuisce inoltre l'incertezza giuridica dei destinatari, con la moltiplicazione dei precetti giuridici, e complica notevolmente, infine, l'attività di monitoraggio e di repressione degli abusi.

Un ulteriore grave difetto imputato alle misure di comando e controllo risiede nella loro attitudine ad appiattare gli incentivi.

Quando la scelta collettiva predefinisca tanto i risultati prescritti ai destinatari, quanto le modalità per raggiungerli, essa evidentemente annulla l'interesse alla ricerca privata di soluzioni innovative.

Laddove il decisore pubblico si limiti a preconstituire obiettivi di risultato, viene comunque meno la convenienza di ogni operatore economico razionale a profondere investimenti e sforzi nello sviluppo di tecnologie migliorative, capaci di conseguire livelli di salvaguardia ambientale eccedenti, rispetto al traguardo minimo di conformarsi<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. K. Mathis, *Sustainable Development, Economic Growth and Environmental Regulation*, in AA.VV., *Environmental Law and Economics*, cit., 3 ss.; si permetta per brevità un rimando ad M. Cafagno, *Prin-*

Abbondano infine gli studi di *public choice* che spiegano perché non sia casuale la distanza che di frequente passa tra obiettivi annunciati ed azioni effettive, all'interno dei procedimenti legislativi o delle organizzazioni pubbliche dedicate alla cura dell'ambiente<sup>28</sup>.

Vale infine la pena di segnalare, incidentalmente, che rigidità e centralismo, con la loro velleitaria illusione di poter dirigere ad una qualche prederminabile armonia i processi ambientali, attraverso una calcolata e programmatica amministrazione delle singole risorse o dei comparti naturali, isolatamente considerati, sono agli occhi dello studioso di ecologia ingredienti errati di una risposta egualmente insoddisfacente ai problemi ambientali, che richiederebbero semmai modelli di gestione adattativa e flessibile, capaci di fronteggiare complessità e incertezza<sup>29</sup>.

### 3. *Economia ecologica*

Rievocati in sintesi i problemi di fondo che affliggono le scelte collettive, è ora necessario spostare l'attenzione sugli argomenti che, simmetricamente, smorzano l'ottimismo sulle opportunità di alleanza tra mercato e ambiente e ridimensionano il credito che può essere concesso alle aspirazioni prescrittive e normative dell'analisi economica del diritto.

Dato che sarebbe velleitario pensare di riprendere qui organicamente la letteratura che stigmatizza in via generale i punti deboli del movimento di *law and economics*<sup>30</sup>, mi accontenterò di focalizzare l'attenzione su alcuni nodi critici che interessano in particolare la materia dell'ambiente.

Poiché anche così circoscritto l'impegno resta laborioso, sarò nuovamente costretto a procedere per approssimazioni generali, con semplificazioni che spero risultino tollerabili.

Verrà in aiuto il quadro concettuale sviluppato dalla cosiddetta "economia ecologica", corrente di pensiero che, pur senza sottovalutare l'importanza degli

---

*cipi e strumenti a tutela dell'ambiente*, cit., nonché a M. Cafagno, F. Fonderico, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, *Principi generali*, Padova, 2012, 487 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>28</sup> K. Mathis, ult. cit., 20 ss.

<sup>29</sup> C.S. Holling, G.K. Meffe *Command and Control and the Pathology of Natural Resource Management, Conservation Biology*, 1996, vol. 10, n. 2, 328 ss.; K.N. Lee, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, Washington, D.C., 1993; C. R. Allen, A.S. Garmestani (a cura di), *Adaptive Management of Social-Ecological Systems*, Springer, 2015.

<sup>30</sup> Per cui rinvio a F. Denozza, *Norme efficienti*, cit., nonché a J. Coleman, *Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law*, cit.; Eli M Salzberger, *The Economic Analysis of Law - The Dominant Methodology for Legal Research* ?, cit.

obiettivi di efficienza, tenta una più persuasiva mediazione tra teoria economica e principi ecologici<sup>31</sup>.

Per maggior chiarezza, articolerò il ragionamento per punti.

*a) Esternalità e interdipendenze*

L'economia ecologica invita a pensare all'ambiente come ad un "sistema", descrive la biosfera come una gerarchia di reti interconnesse, in costante trasformazione.

Ambiente e società umana sono visti come due sottosistemi, che coevolvono e interagiscono nella biosfera, scambiando incessantemente flussi di materia, energia ed informazioni<sup>32</sup>.

La percezione della complessità costituisce cifra distintiva della visione<sup>33</sup>.

La presa di coscienza delle labirintiche interazioni dalle quali emergono i servizi ecosistemici, attraverso fenomeni di spontanea autorganizzazione che tuttora sfuggono alla piena comprensione, rende subito evidente allo studioso che la pre-

---

<sup>31</sup> R. Costanza, *What is Ecological Economics?*, cit.; R. Costanza, J.H. Cumberland, H. Daly, R. Goodland, R.B. Norgaard, I. Kubiszewski, C. Franco, *An Introduction to Ecological Economics*, 2<sup>a</sup> ed., CRC Press, 2015; H.E. Daly, *Oltre la crescita. L'economia dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2001; N. Georgescu-Roegen, *Bioeconomia. Verso un'altra economia ecologicamente e socialmente sostenibile*, Torino, 2003; H.E. Daly, J. Farley, *Ecological Economics. Principles and Applications*, 2<sup>a</sup> ed., Washington, D.C., 2011; G. Munda, *Environmental Economics, Ecological Economics, and the Concept of Sustainable Development*, cit.; M. Bresso, *Per un'economia ecologica*, Roma, 2002; G. Panella, *Economie e politiche dell'ambiente*, Roma, 2002; T. Luzzati, *Leggere Karl William Kapp (1910-1976) per una visione unitaria di economia, società e ambiente*, in *Discussion Papers*, Dipartimento di Scienze Economiche dell'Università di Pisa, 2005, n. 56, <http://www-dse.ec.unipi.it/ricerca/discussion-papers.html>.

<sup>32</sup> Tra i molti lavori, R. Costanza, B. Low, E. Ostrom, J. Wilson, B. Raton (a cura di), *Institutions, Ecosystems, and Sustainability*, Lewis Publishers, 2001; F. Berkes, J. Colding, C. Folke (a cura di), *Navigating Social-Ecological Systems: Building Resilience for Complexity and Change*, Cambridge University Press, 1<sup>a</sup> ed., 2002; L.H. Gunderson, C.S. Holling (a cura di), *Panarchy: Understanding Transformations in Systems of Humans and Nature*, Washington, D.C., 2002; L.H. Gunderson, L. Pritchard, Scientific Committee on Problems of the Environment (SCOPE 60) (a cura di), *Resilience and the Behaviour of Large-Scale Systems*, Washington, D.C., 2002; L. Ulivi (a cura di), *The Systemic Turn in Human and Natural Sciences*, cit.; T.F.H. Allen, T.B. Starr, *Hierarchy-Perspectives for Ecological Complexity*, Chicago, London, 1982, G. Bologna, *Manuale della sostenibilità. Idee, concetti, nuove discipline capaci di futuro*, Milano, 2005; K.N. Lee, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, Washington, D.C., 1993; S. Levin, *Fragile Dominion. Complexity and the Commons*, Cambridge, Massachusetts, USA, 1999; G. Marten, *Ecologia umana. Sviluppo sociale e sistemi naturali*, Milano, 2002.

<sup>33</sup> Per una teoria generale dei sistemi complessi e delle proprietà emergenti, per tutti, J.H. Holland, *Complexity: A Very Short Introduction*, Oxford, 2014; Id., *Signals and Boundaries: Building Blocks for Complex Adaptive Systems*, The MIT Press, 2014; Id., *Hidden Order: How Adaptation Builds Complexity*, Cambridge, Massachusetts, 1996; Id., *Emergence: From Chaos to Order*, Oxford, paperback, 2000; Id., *Adaptation in Natural and Artificial Systems: An Introductory Analysis with Applications to Biology, Control, and Artificial Intelligence*, MIT Press, ristampa, 1992; V. Ahl, T.F.H. Allen, *Hierarchy Theory: A Vision, Vocabulary, and Epistemology*, New York, 1996; H. Simon, *L'architettura della complessità*, in *Le scienze dell'artificiale* (trad. it.), Bologna, 1988, 208 ss.

sunzione di definire un sistema completo e funzionale di diritti negoziabili sulle risorse ambientali è destinata a confrontarsi con difficoltà a dir poco proibitive<sup>34</sup>.

Al cospetto della complessità ambientale, la speranza che gli ipotetici titolari dei diritti sulle risorse riescano a tener conto, negoziando, dell'intera gamma delle potenziali conseguenze ecologiche delle loro scelte, reca insite presunzioni non meno irrealistiche, sulle umane attitudini e capacità di giudizio.

Può essere istruttivo tornare per un attimo all'esempio francese delle acque minerali Vittel, richiamato, nel precedente paragrafo, come uno dei primi casi virtuosi di sperimentazione dei sistemi pagamento dei servizi ecosistemici.

A distanza di qualche decennio dal buon risultato conseguito tramite gli abili negoziati, che hanno allontanato lo spettro di una contaminazione da nitrati, l'operato del gruppo Nestlé è tornato ad interessare i mezzi di comunicazione e l'opinione pubblica, in una luce sfortunatamente diversa.

Articoli di stampa riferiscono che l'intensificazione del prelievo delle acque minerali, stimolata dai profitti delle vendite, combinandosi con gli effetti impreveduti dei cambiamenti climatici, ha progressivamente causato un drastico abbassamento del livello idrico sotterraneo, che oggi desta serie preoccupazioni ecologiche e costringe la popolazione locale ad una paradossale condizione di penuria d'acqua potabile<sup>35</sup>.

A dispetto degli accenti ottimistici dell'ambientalismo di mercato, evitare *mismatch* tra la scala delle scelte umane, guidate da criteri di convenienza, e la ben diversa scala dei fenomeni ambientali è compito arduo<sup>36</sup>.

Ovviamente una modulazione di meccanismi di pressione economica alterata da sottovalutazioni o errori, sul piano dei possibili effetti ambientali delle condotte, è fatalmente destinata a creare incentivi distorti e ad innescare scelte ecologicamente deleterie.

Si è giustamente notato che, alla stregua di una visione sistemica dell'ambiente, la stessa categoria concettuale delle esternalità si dimostra povera e inadatta a guidare la ricerca delle soluzioni.

---

<sup>34</sup> In tema, si veda la registrazione 2.4. del corso di economia ecologica di T. Luzzati, liberamente fruibile all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=p8gj3y5IloU&list=PLMLzyw5n6nXnfXdY1gqJ-Ure--CVctPlr&index=15&t=0s>.

<sup>35</sup> L. Lavocat, *À Vittel, Nestlé contrôle l'eau, la politique et les esprits*, *Reporterre. Le quotidien de l'écologie*, 9 maggio 2019, <https://reporterre.net/A-Vittel-Nestle-contrôle-l'eau-la-politique-et-les-esprits>; *Vittel: les associations demandent à l'État d'interdire les prélèvements de Nestlé*, *Reporterre. Le quotidien de l'écologie*, 28 settembre 2018, <https://reporterre.net/Vittel-les-associations-demandent-a-l-Etat-d-interdire-les-prelevements-de>; E. Herrera, *Problemi con l'acqua minerale Vittel Nestlé imbottigliata in Francia*, *NotizieIn*, 5 maggio 2018, <https://notiziein.it/problemi-acqua-minerale-vittel-nestle-francia-206414>; D. Chazan, *Follow French town of Vittel suffering water shortages as Nestle accused of 'overusing' resources*, *The Telegraph News*, 26 aprile 2018, <https://www.telegraph.co.uk/news/2018/04/26/french-town-vittel-suffering-water-shortages-nestle-accused/>

<sup>36</sup> K. Lee, *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, *Ecological Applications*, 1993, vol. 3, n. 4, 560 ss.

L'evenienza di "effetti esterni" può essere infatti trattata come anomalia, passibile di correzioni mirate, nell'economia di un mondo semplice, scandito da rapporti eziologici lineari, ma diviene fenomeno pervasivo e onnipresente, all'interno di un mondo di reti fatto di retroazioni non lineari e di interdipendenze complesse<sup>37</sup>.

È facile poi intuire che la necessità di adeguare il disegno dei diritti e dei negoziati alla complessità dei problemi ambientali entra in problematico conflitto con la necessità di serbare il grado di semplicità propedeutico al fluido funzionamento dei processi di scambio.

In sintesi, la complessità ecosistemica limita drasticamente la possibilità di costituire sulle componenti e sui servizi ambientali un insieme completo di diritti, negoziabili con bassi costi di transazione, in grado di internalizzare pienamente esternalità positive e negative<sup>38</sup>.

#### *b) Incertezza e precauzione*

Allineare le dinamiche umane a quelle naturali, su scala temporale, significa fornire al processo decisionale strumenti e criteri per fronteggiare adeguatamente rischio, incertezza e sorprese.

La presenza di margini di incertezza irriducibili – che non consentono a nessuno di assegnare probabilità oggettive agli eventi futuri o che addirittura nemmeno permettono di prefigurare questi eventi – incrina irrimediabilmente l'impianto ideale sul quale poggia il convincimento che un sistema di aggregazione delle preferenze individuali, basato sulla propensione al pagamento, valga a garantire scelte valide ed ottimali, anche sul piano collettivo.

Se gli individui allocano le risorse fra il presente e il futuro sulla scorta di previsioni arbitrarie e di informazioni difettose, non vi è alcuna garanzia che i prezzi ed i relativi aggiustamenti sappiano assicurare nel tempo la conservazione e l'uso efficiente dei beni<sup>39</sup>.

L'incertezza indebolisce il pregiudiziale favore per il postulato di sovranità del consumatore, sul quale poggia l'impianto neoclassico<sup>40</sup>.

L'art. 191, par. 2 del TFUE eleva il principio di precauzione a caposaldo delle politiche in materia ambientale e, come ha sottolineato la Commissione

<sup>37</sup> Jeroen C.J.M. van den Bergh, *Externality or sustainability economics? Ecological Economics*, 2010, 69, 2047-2052; M. Roggiero, *All in the same boat: externalities, interdependence and the commons of Venice lagoon, Maritime Studies*, 2017, 16:15.

<sup>38</sup> E. Gómez-Baggethun, R. Muradian, *In markets we trust?*, cit.

<sup>39</sup> G.J. Stigler, *La teoria tradizionale delle funzioni economiche dello stato*, in *Mercato, informazione, regolamentazione* (trad. it.), Bologna, 1994, 308 ss.

<sup>40</sup> V.B. Norton, R. Costanza, R.C. Bishop, *Why 'sovereign' preferences may not lead to sustainable policies and what to do about it*, in *Ecological Economics*, 1998, 24, 193 ss.

europea<sup>41</sup>, la determinazione del livello di azzardo che la collettività può tollerare si traduce in problema politico, la cui soluzione – improntata a criteri di razionalità “procedurale”, anziché “sostantiva” – l’ordinamento giuridico rimette a processi di raccolta dei dati e del consenso basati sul confronto democratico<sup>42</sup>.

A fronte di incertezze scientificamente irrisolvibili, la determinazione del «livello di rischio accettabile per la società costituisce una responsabilità eminentemente politica», il cui esercizio va inserito «in un dispositivo di negoziato sociale», alla base del dialogo<sup>43</sup>.

Quest’ordine di considerazioni tanto più si rafforza non appena si consideri che il mercato è un meccanismo decisionale non teleologicamente orientato; i suoi esiti ed i suoi tempi non sono infatti esattamente predeterminabili, in quanto sostanzialmente rimessi ad aggiustamenti pazzizi<sup>44</sup>.

Quando però i fenomeni di inquinamento o le risposte del sistema ambientale alle perturbazioni siano caratterizzati da un andamento non lineare, come in presenza di limiti di concentrazione o di livelli minimi di resilienza varcati i quali i servizi ecosistemici possono contrarsi pericolosamente, il controllo autoritativo e diretto del quantitativo massimo consentito di emissioni inquinanti o del prelievo massimo tollerabile di risorse naturali, vale a porre una cauta e misurata distanza dalle soglie critiche.

In altre parole, in prossimità di una soglia critica – il cui superamento prospetti il pericolo di cambiamenti irreversibili – la precauzione impone la tempestività.

Il ricorso a decisioni politiche e cogenti, informate a criteri di precauzione, si rende sostanzialmente ineludibile quando occorra fronteggiare profili di incertezza irriducibile, abbinati a pericoli o urgenze gravi<sup>45</sup>.

### *c) limiti di scala*

«Una cosa è l’allocazione ottimale di una data scala del flusso di risorse fra usi diversi all’interno dell’economia (un problema microeconomico); un’altra cosa, completamente diversa, è la scala ottimale dell’intera economia rispetto all’ecosistema (un problema macro) [...]. Il mercato, naturalmente, funziona nei confini del sottosistema economico, dove fa un’unica cosa: risolve il problema allocativo fornendo l’informazione e gli incentivi neces-

---

<sup>41</sup> Commissione Europea, Comunicazione sul principio di precauzione, Bruxelles, 2 febbraio 2000, COM(2000) 1 def.

<sup>42</sup> In dottrina, tra i molti lavori, F. De Leonardis, *Il principio di precauzione*, Milano, 2005; R. Ferrara, *Emergenza e protezione dell’ambiente nella società del rischio*, *Foro amm. TAR*, 2005, 10, 3356 ss.

<sup>43</sup> Parere del Comitato Economico e Sociale europeo, *Il ricorso al principio di precauzione*, Bruxelles, 12 luglio 2000, punti 2.13 e 2.14.

<sup>44</sup> G. Tarello, *Il diritto e la funzione di distribuzione dei beni*, in AA.VV., *Interpretazione giuridica*, cit. p. 191 ss.

<sup>45</sup> W.J. Baumol, W.E. Oates, *The Theory of environmental policy*, 190 ss.; G. Panella, *Economia e politiche dell’ambiente*, cit., 87 ss.; M. Bresso, *Per un’economia ecologica*, cit., 209 p.

sari. Fa quell'unica cosa molto bene. Ciò che non fa è risolvere il problema della scala ottimale»<sup>46</sup>.

La citazione, tratta dall'opera di Herman Daly, condensa uno dei punti fermi dell'economia ecologica, la quale ricorda che le possibilità di crescita sottostanno ad un limite biofisico, pericolosamente ignorato da una tradizione di pensiero incline a concepire l'economia come sistema chiuso.

Poiché l'economia si ingrandisce trasferendo entropia alla biosfera, non è sufficiente che le risorse siano allocate così da massimizzare l'appagamento delle preferenze di consumatori e produttori; occorre la pregiudiziale definizione di un limite esterno alla crescita, limite che il mercato non è in grado di darsi spontaneamente, tantopiù alla luce dei problemi di incertezza e di imprevedibilità alimentati dalla complessità<sup>47</sup>.

L'individuazione di questo tetto e le determinazioni conseguenti, a garanzia della sostenibilità ambientale, non possono perciò emanciparsi interamente da meccanismi di scelta collettiva.

#### *d) Efficienza e giustizia*

Un mercato non intralciato da costi di transazione può forse garantire la massimizzazione del benessere "aggregato", ma non assicura una distribuzione equa di opportunità e benefici.

Il tema dell'equità distributiva è notoriamente cruciale, in materia di tutela ambientale.

Parametro obbligato, per il giurista, è ancora una volta il principio di sviluppo sostenibile, perno del diritto ambientale sia nell'ordinamento nazionale che in quello europeo, secondo il dettato dell'art. 11 del TFUE.

Esso impone il rispetto di un criterio di equità, intragenerazionale ed intergenerazionale<sup>48</sup>.

Il divario nella distribuzione della ricchezza e il conflitto che normalmente accompagna le questioni ambientali aumentano il peso delle finalità di giustizia e impediscono che la ricerca di soluzioni equitative sia posposta al perseguimento di un'efficienza promossa da meccanismi decisionali pensati per intercettare la capacità di pagare, piuttosto che i bisogni<sup>49</sup>.

Peraltro, le future generazioni non hanno per definizione modo di esprimere disponibilità a pagare o di partecipare alle transazioni incidenti sui beni ambientali che impegnano le generazioni attuali, sicché la ponderazione dei loro

<sup>46</sup> Così H.E. Daly, *Oltre la crescita*, cit., 67.

<sup>47</sup> H.E. Daly, J. Farley, *Ecological Economics*, cit.

<sup>48</sup> Per tutti, F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale Scientifica, 2010.

<sup>49</sup> E. Gómez-Baggethun, R. Muradian, *In markets we trust?* cit.

interessi e delle loro prerogative è operazione che ancora una volta postula un giudizio collettivo, irriducibile a logiche paretiane.

Considerato poi che l'efficienza allocativa, il rispetto dei limiti di scala e l'equità distributiva sono obiettivi che entrano facilmente in conflitto, anche la scelta dei criteri di bilanciamento chiama in causa stime necessariamente politiche<sup>50</sup>.

In breve, l'intervento pubblico in materia ambientale esige valutazioni multidimensionali, parte delle quali non sono delegabili al mercato.

In questo articolato dominio l'efficienza costituisce soltanto uno dei possibili parametri di riferimento. Non meno cruciali sono l'adeguatezza ecologica, il rispetto di vincoli di scala e di criteri precauzionali, l'equità, il grado di accettabilità socio-politica<sup>51</sup>.

#### 4. *Pragmatismo*

Le considerazioni sin qui sviluppate, calcando le orme dei vari movimenti di pensiero messi a confronto, corroborano l'intuitiva percezione del fatto che tanto la pretesa di osteggiare e di arginare il mercato come se fosse la radice del degrado ambientale, quanto la pretesa simmetrica di elevare il mercato a panacea, sono poco persuasive.

Inducono semmai a pensare al mercato come a una "dimensione", all'interno della quale – piaccia o non piaccia – di fatto vengono quotidianamente a materializzarsi scelte che, nell'insieme, impattano sull'ambiente.

«Dato che i mercati per molti beni e servizi ambientali non esistono o sono incompleti, i produttori e i consumatori ricevono segnali di prezzo fuorvianti».

Leggere il passaggio, tratto dalla Comunicazione della Commissione Europea su «l'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica»<sup>52</sup> come se veicolasse il preconcetto suggerimento di confidare nel mercato, opportunamente corretto, per risolvere la questione ambientale, sarebbe a mio avviso riduttivo e sviante.

Penso invece che il brano inviti a considerare, più laicamente, la necessità di impedire che un sistema dei prezzi falsato dalla sottovalutazione delle variabili ambientali provochi danno.

Questa visione pragmatica sollecita il ricorso a dispositivi giuridici che sappiano instillare la variabile ambientale nei quotidiani processi di scambio, che

<sup>50</sup> H.E. Daly, *Oltre la crescita*, cit.

<sup>51</sup> K. Mathis, *Sustainable Development, Economic Growth and Environmental Regulation*, cit.

<sup>52</sup> Bruxelles, 20.9.2000, COM(2000) 576 def.; in termini equivalenti, si veda, tra i molti documenti, 7° Programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020, cit.

abbiano una capacità di penetrazione sufficiente a condizionare micro-decisioni e preferenze che si esprimono capillarmente e che sono determinanti, per il successo dell'azione di difesa dell'ecosistema, ma che sono sostanzialmente inaccessibili, al consueto modulo autoritativo e provvedimentale.

Vorrei concludere il paragrafo con due citazioni, scelte per la loro immediatezza, nel rendere lo spirito del ragionamento che mi sono sforzato di trasmettere.

La prima è tratta dal lavoro di Peter Barnes, *Capitalismo 3.0*:

«Qualsiasi misura che semplifichi la vita dei dirigenti d'azienda è buona, a mio modo di vedere: non solo per gli affari ma anche per la natura e la società nel loro complesso. Ed è buona perché le cose che sono semplici per i manager verranno fatte, e anche rapidamente, mentre quelle complicate non verranno mai portate a termine. In questo momento abbiamo bisogno di trovare un'armonia tra le nostre attività economiche e la natura. E dobbiamo farlo in fretta e al minor costo possibile. Se per i manager è più semplice agire tramite i prezzi, allora diamo loro prezzi, non regolamenti o prediche»<sup>53</sup>.

La seconda citazione è tratta dal brano con cui Daniel Esty ha aperto il noto rapporto del *Worldwatch Institute*, sullo stato del pianeta, nell'anno 2008:

«Una traiettoria ambientale fondamentale diversa richiede innovazioni tecnologiche di altrettanta importanza. Come promuovere le innovazioni in questo campo? La risposta è sempre più evidente: ricorrendo agli investimenti del settore privato, stimolati da incentivi di mercato pianificati attentamente. Un processo di sviluppo tecnologico che dipenda da qualche migliaio di funzionari statali e governativi che stabiliscano gli standard e definiscano 'le migliori tecnologie disponibili' non potrà presumibilmente approfondire, né tanto meno immaginare, tutte le soluzioni che sarà necessario escogitare e mettere alla prova. Molto più saggio passare il testimone dell'azione alla comunità imprenditoriale, facendo sì che le imprese ricevano incentivi in cambio di un impegno di vasta portata per il progresso. Il settore privato dispone di capitali ben più consistenti da dedicare allo sviluppo tecnologico. Parliamo di centinaia di miliardi di dollari: centinaia di miliardi, ripeto, non di milioni, che è poi quel che stati e governi potrebbero spendere»<sup>54</sup>.

Non voglio con questo capovolgimento di prospettive sminuire l'importanza del significato simbolico e culturale che le risposte ordinamentali ai problemi ambientali possono trasmettere alla società, né disconoscere l'urgenza di una più profonda trasformazione dei modelli di produzione e consumo al momento imperanti.

<sup>53</sup> P. Barnes, *Capitalismo 3.0* (trad. it.), Milano, 2007, p. 147.

<sup>54</sup> D.C. Esty, *Foreword to State of the World 2008. Innovations for a Sustainable Economy*, Worldwatch Institute, 2008, XV.

Una riconversione dell'economia va senza dubbio promossa, ma sarebbe irragionevole confidare in cambiamenti istantanei.

Nel frattempo ben vengano le contromisure praticabili, quantunque non perfette.

In breve e in conclusione: nel bene o nel male, non si tratta di mercificare l'ambiente, semmai di ecologizzare il mercato, il tipo di mercato col quale, almeno per il momento, occorre fare i conti.

### 5. *Analisi economica del diritto ed efficienza: da fine a mezzo*

L'indisponibilità a consegnare all'analisi economica il compito di orientare le finalità del diritto ambientale, come vorrebbe la concezione più radicale, di sapore neoliberista, evocata nei primi paragrafi, non comporta il disconoscimento del contributo analitico che l'economia è in grado di offrire al giurista, quando si tratti di misurare l'efficacia e l'efficienza degli strumenti adoperati, in vista degli obiettivi politicamente prestabiliti.

Come ho ricordato nell'introduzione, non mancano, tra gli studiosi di *law and economics*, autori che muovono da premesse ragionevoli, non sottovalutano affatto costi e benefici non quantificabili, accordano importanza centrale alle istanze di equità distributiva e di giustizia, concentrano l'attenzione proprio sulle imperfezioni del mercato, sconfessano l'egemonia del criterio dell'efficienza e si guardano bene dal postulare la necessità di un ruolo prescrittivo dell'economia<sup>55</sup>.

Per apprezzare il contributo costruttivo che questo diverso tipo di analisi economica è in grado di offrire al lavoro giuridico credo sia sufficiente la disponibilità a valorizzare un metodo di ricerca orientato alle conseguenze, in prospettiva teleologica<sup>56</sup>.

Il giurista disposto a pensare alle norme e ai dispositivi giuridici come a strumenti volti ad indirizzare e governare comportamenti non troverà difficile scorgere utili punti di contatto con la teoria economica, il cui nucleo tratta precisamente i processi di scelta, individuali, interattivi, collettivi<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Esemplari, in questo spirito, G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile* (trad. it.), Milano, 1975; Id., *The Future of Law and Economics*, cit.; G. Calabresi, A.D. Melamed, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 85, 1089 ss.; G.L. Priest, *The Modern Expansion of Tort Liability: Its Sources, Its Effects, and Its Reform*, *Journal of Econ. Perspectives*, 1991; G. Calabresi, F. Bobbit, *Scelte tragiche* (trad. it.) Milano, 1986; F. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; Id., *Tendenze e prospettive*, cit.

<sup>56</sup> Cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996; S.E. Landsburg, *L'economista in pantofole*, Milano, 1995.

<sup>57</sup> Vale peraltro la pena di notare che l'evoluzione del pensiero di R. Posner – forse il più autorevole e celebrato esponente della fazione più intransigente e radicale, nel propugnare l'egemonia degli obiettivi di effi-

Le categorie analitiche della scienza economica possono offrire all'interprete – non sempre e di principio, bensì in concreto, secondo la natura dei problemi e dei contesti – strumenti utili ad affinare le attitudini predittive, la capacità di anticipare le plausibili risposte dei consociati al vincolo legale.

Trattasi di prospettiva che non sminuisce né erode i margini di politicità o i giudizi di valore che le decisioni giuridiche talora reclamano.

È più facile accada che la salvaguardia dei valori sia in concreto compromessa proprio da quegli enfatici appelli all'autonomia del diritto o alla supremazia della scelta politica che si risolvono in chiusura autoreferenziale.

Esemplificando, Guido Calabresi, nei menzionati lavori sulla responsabilità, propone un ordinamento logico dei sistemi di prevenzione.

Ad un estremo egli colloca la c.d. prevenzione collettiva, che si esprime attraverso divieti, obblighi e meccanismi sanzionatori basati su valutazioni pubbliche e scelte accentrate, come ad esempio accade in materia penale.

In posizione speculare opera il modello della prevenzione c.d. di mercato, che non si preoccupa di proibire o di prescrivere, quanto piuttosto di far sì che coloro i quali svolgono un'attività ne sopportino tutti i costi, nella fiducia che tanto basti a scoraggiare scelte atte a generare perdite maggiori dei benefici.

A metà strada cadono i dispositivi misti, quelli cioè che si basano su una mescolanza di scelte collettive e di valutazioni personali di convenienza, improntate a logiche di mercato<sup>58</sup>.

Mappato il territorio, l'analisi economica di Guido Calabresi si concentra sulla valutazione comparata dei pregi e dei difetti dei vari metodi e sulla verifica del loro grado di efficienza e di efficacia nel perseguire gli obiettivi stabiliti dal legislatore.

L'armamentario giuridico funzionale alla salvaguardia dell'ambiente può essere ordinato abbastanza agevolmente all'interno di questa griglia<sup>59</sup>.

---

scienza economica – lascia trapelare i sintomi di una trasformazione della metodologia in senso anti-fondazionalista, scettico sulla razionalità dell'ordinamento, pragmatico nel proporre espedienti e rimedi, secondo alcuni post-moderno. Si leggano R. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard, 1993; Id, *Overcoming Law*, Harvard, 1996; a commento, E. Kreckè, *Economic analysis and legal pragmatism*, cit.; D.T. Ostas, *Postmodern Economic Analysis of Law: Extending the pragmatic visions of R.A. Posner*, *American Business Law Journal*, 1998, 36, 193-220; G. Zaccaria, *Una teoria di pragmatismo prescrittivo. Sulla jurisprudence di Richard A. Posner*, in *Diritto privato*, 1995, 451 ss.

<sup>58</sup> Un esempio è offerto dalla disciplina della responsabilità civile per colpa. La componente collettiva della prevenzione è messa in evidenza dal fatto che trattasi di istituto che entra pur sempre in azione al cospetto della violazione di divieti o di obblighi; la componente di mercato è invece resa visibile dalla possibilità di trasferire e di gestire negozialmente la sanzione, mediante l'acquisto di una polizza assicurativa; in qualche modo un comando viene unito a una possibilità di reazione che è di mercato. Su tutto ciò, G. Calabresi, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in AA.VV., *Analisi economica del diritto*, cit., 496 ss.

<sup>59</sup> Riprendendo M. Cafagno, *Principi e strumenti*, cit., 399 ss. e rinviando alla bibliografia ivi menzionata, ricordo che la strumentazione c.d. di comando e controllo – standard, obblighi, divieti, accompagnati da sanzioni, col corredo del necessario sistema di controllo – è tipicamente un meccanismo di prevenzione collettiva.

Riprendere lo schema e sfruttarlo per comparare vantaggi e svantaggi degli istituti, in termini di efficienza (variabile che comunque non può essere sottovalutata, in un settore del diritto che eleva ad imperativo precisamente il contenimento degli sprechi)<sup>60</sup> o in relazione alle diverse finalità eventualmente giudicate prioritarie, in sede di decisione politica, è operazione ideologicamente neutra, che non rivendica alcuna fede nella superiorità del mercato ed è comunque utile, posto che di fatto il vigente diritto nazionale ed internazionale ha già previsto una gamma diversificata di rimedi, la cui scelta o il cui concreto affinamento sono spesso rimessi a decisioni amministrative.

Seguitando con cenni esemplificativi, è ragionevole supporre che non compete alla teoria economica definire l'astratto ordine d'importanza dei potenziali scopi della responsabilità per danno all'ambiente, stabilendo in via di principio se gli

---

Sul versante alternativo, della prevenzione di mercato o mista, si situano gli strumenti cosiddetti economici, che possono a loro volta essere ordinati secondo il livello di intensità nell'uso della forza pubblica.

Partendo dal livello più basso, troviamo i rimedi che assolvono ad un compito che potremmo definire di "disseminazione informativa"; l'ordinamento non obbliga, non vieta, e l'amministrazione pubblica si limita ad agire per abbattere costi di transazione, ostacoli alla negoziazione in larga misura dipendenti da una distribuzione insufficiente o asimmetrica dell'informazione. Tramite certificazioni ambientali, ad esempio, l'amministrazione esplica un'azione assai poco intrusiva, finalizzata a consolidare la credibilità e i requisiti reputazionali di coloro che offrono le merci ai consumatori interessati a prodotti che abbiano un impatto sull'ambiente meno grave. Ad un raziocinio affine possono essere ricondotti gli accordi ambientali che ambiscono ad accrescere la fiducia nelle affermazioni o negli impegni annunciati dall'impresa.

Al gradino successivo possiamo posizionare appalti verdi, i già menzionati pagamenti per i servizi ecosistemici, le misure di *nudge* ambientale.

Ricalcando la classificazione contenuta dal libro verde che la Commissione Europea ha dedicato nel 2007 agli strumenti economici a protezione dell'ambiente, subito dopo i rimedi volontari troviamo una seconda famiglia di istituti che comporta un ricorso più intenso al potere pubblico, ma che tuttavia seguita a posizionarsi nell'alveo della prevenzione di mercato, in quanto sostanzialmente funzionale alla correzione dei segnali di prezzo correnti, affinché giungano ad includere costi e benefici ambientali. Questi istituti si producono nello sforzo di materializzare un valore economico, di rendere economicamente apprezzabile l'uso di risorse che altrimenti sarebbero gratuite e accessibili liberamente. Un modo semplice di attuare la strategia è quello di innalzare i costi dei comportamenti che hanno un impatto negativo sull'ambiente; la tassazione ecologica risponde a questo tipo di principio: anziché ricorrere a standard e divieti, accompagnati da sanzioni e controlli, si può rendere più oneroso l'impiego di una risorsa attraverso un'imposizione. In una logica affine è possibile guardare alla responsabilità per danno all'ambiente, abbinata a meccanismi assicurativi.

Possiamo qui menzionare anche strumenti diversi dalle tasse in senso stretto, come ad esempio le tariffe per i servizi idrici o per il trattamento di rifiuti, la cui disciplina si presta ad associare allo sfruttamento delle risorse ambientali un prezzo o comunque un onere economico supplementare.

Simmetrico rispetto allo strumento della tassazione ecologica è l'espedito di premiare i comportamenti virtuosi, tramite sussidi. La categoria include tanto gli aiuti ambientali in senso stretto, quanto le misure di sostegno che sono in realtà finanziate dai consumatori o dagli utenti. Il settore delle fonti rinnovabili offre delle esemplificazioni molto facili ed attuali, come tariffe *feed-in* o certificati verdi.

Un ultimo gruppo di istituti catalogabili tra gli strumenti di mercato opera sulla quantità, piuttosto che sul prezzo. L'esempio scontato è quello dei permessi negoziabili. Trattasi di meccanismo per certi aspetti rovesciato, rispetto alle imposte ecologiche, ove la mano pubblica definisce il prezzo delle risorse ecosistemiche, mentre il mercato trova le quantità passibili di sfruttamento. Nel caso dei permessi la mano pubblica definisce la quantità, mentre il mercato trova il prezzo.

<sup>60</sup> J. Farley, H. Washington, *Circular Firing Squads: A Response to 'The Neoclassical Trojan Horse of Steady-State Economics' by Pirkmaier, Ecological Economics*, 2018, 147, 442-449.

obiettivi di prevenzione e di orientamento delle condotte debbano o meno prevalere su istanze solidaristiche o su propositi di socializzazione dei costi del ripristino.

Tuttavia lo strumento economico può aiutare a comprendere – a prescindere da giudizi di valore e anzi a beneficio della formazione di giudizi più consapevoli – quale azione dissuasiva o quali effetti distributivi possa in concreto prefigurare, nelle varie classi di situazioni di vita, un certo modo di intendere la responsabilità o qualche sua componente costitutiva, tenendo magari conto delle differenti opportunità di proiezione dei costi del danno o del risarcimento su soggetti terzi, attraverso politiche di prezzo o di accesso all'assicurazione, alla portata delle varie categorie di potenziali vittime od offensori.

Ancora, le opere di Elinor Ostrom hanno ampiamente mostrato<sup>61</sup> lungo il fecondo percorso critico che ha preso le mosse da Garrett Hardin<sup>62</sup> che le variabili sulle quali si incentra la scienza economica, nel classificare i beni, possono orientare i criteri di costruzione dei meccanismi di gestione e di governo delle risorse comuni, prestando la dovuta attenzione alle loro proprietà e alle consuetudini delle comunità che vi si raccolgono intorno<sup>63</sup>.

I molti lavori che, sulle orme di Coase<sup>64</sup> e di Williamson<sup>65</sup>, trattano di costi di transazione e contratti incompleti, pongono categorie analitiche che possono fornire un aiuto prezioso agli enti pubblici interessati, ad esempio, ad assegnare o perfezionare contratti di fiume, concessioni idriche<sup>66</sup> o accordi amministrativi propedeutici all'istituzione di un sistema di pagamento dei servizi ecosistemici.

Abbondano poi i contributi di teoria dei giochi e di economia comportamentale che, anche in materia ambientale, lasciano intravedere promettenti opportunità di affinamento delle lenti con cui osservare condotte umane e istituti giuridici, affrancando gli studi di *law and economics* dalle semplificazioni caratteristiche dei modelli microeconomici della prima ora<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> Scontato il rimando a E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990; aggiungo, tra i molti scritti, Id., *Understanding Institutional Diversity*, Princeton, 2005.

<sup>62</sup> G. Hardin, *The tragedy of the commons*, *Science*, 1968, 162, 1243 ss.

<sup>63</sup> J. Farley, R. Costanza, *Payments for ecosystem services: From local to global*, cit.

<sup>64</sup> Una parte dei cui lavori è stata tradotta in italiano nell'antologia R. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, cit.

<sup>65</sup> Basti ricordare O.E. Williamson, *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali* (trad. it.) Milano, 1992, 87 ss.; Id., *L'organizzazione economica* (trad. it.), Bologna, 1986, 135 ss.

<sup>66</sup> Per un'analisi delle specificità di questi istituti giuridici, si veda la ricca ed articolata analisi di E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012.

<sup>67</sup> In tema si veda la registrazione dell'intervento P. Trimarchi, presso l'Università degli studi di Trento, del 15 aprile 2015, su *L'analisi economica del Diritto, oggi*, al momento disponibile all'indirizzo [https://www.youtube.com/watch?v=bMBwyoW\\_gC0](https://www.youtube.com/watch?v=bMBwyoW_gC0); tra gli abbondantissimi scritti consigliabili, a titolo puramente esemplificativo, C. Jolls, C. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in C. Sunstein (a cura di), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge, 13-58; D. Kahneman, *Pensieri lenti e pensieri veloci* (trad. it.), Milano, 2012; OECD, *Tackling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights*, cit.; F. Patro-

La panoramica dei possibili contatti e delle occasioni di approfondimento potrebbe proseguire, ma confido di aver isolato l'idea generale che mi premeva trasmettere con gli esempi: lungi dal ridurre il ragionamento legale a parodia di quello economico, il tipo di approccio interdisciplinare che trovo persuasivo, oltre ad informare le scelte di politica legislativa, può soccorrere il magistrato o il funzionario pubblico nello sforzo di capire quale soluzione interpretativa o quale opzione amministrativa, tra quelle ammesse dal dato testuale e sistematico, sia più consona al raggiungimento del fine perseguito dall'ordinamento, qualunque esso sia.

Trattasi di apertura disciplinare che – sebbene per certi aspetti minimalista, in quanto funzionale alla risoluzione di problemi “locali”, piuttosto che alla costruzione d'improbabili metanarrazioni – non si accontenta di concepire il diritto come un sistema di concetti e di formule conchiuso e autosufficiente.

La legge di varietà minima necessaria, coniata dal celebre studioso di cibernetica Ross Ashby, ricorda che un sistema di controllo deve possedere un grado di assortimento e di flessibilità proporzionato al sistema che pretende di controllare<sup>68</sup>.

Di questa legge intravedo i riflessi nel titolo di un conosciuto lavoro di Elinor Ostrom, cui consegno la battuta finale del ragionamento: «Né mercato né stato nella gestione delle risorse collettive»<sup>69</sup>.

Nessuno dei due è autosufficiente, ma entrambi occorrono, perché i pregi dell'uno valgono a compensare i limiti dell'altro.

Come accade al diritto e all'economia.

---

ne, *Decisori (razionali) interagenti. Una introduzione alla Teoria dei Giochi*, Pisa, 2006; C. Carraro, V. Fragnelli, E. Elgar (a cura di), *Game Practice and the Environment*, in *Series on Economics and the Environment*, 2004.

<sup>68</sup> W. Ross Ashby, *An Introduction to Cybernetics*, London, 1956 (<http://pcp.vub.ac.be/books/IntroCyb.pdf>), 202 ss.; approfondimenti in Y. Bar Yam, *Multiscale Variety in Complex Systems, Complexity*, 2004, Vol 9, Issue 4, 37-45.

<sup>69</sup> E. Ostrom, *Né mercato né stato nella gestione delle risorse collettive*, in *La Questione Agraria*, 1996, 64, 7 ss.

*Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metamorfosi e pragmatismo*

Differenti concezioni dell'analisi economica del diritto si prestano a suggerire differenti visioni del rapporto tra mercato e ambiente. La prima parte dello scritto, in sintonia coi capisaldi della "economia ecologica", analizza, in chiave critica, fondamenti e debolezze del cosiddetto ambientalismo di mercato; la seconda parte del lavoro, in chiave costruttiva, suggerisce opportunità alternative di integrazione tra diritto e analisi economica, ispirate al pensiero di Guido Calabresi. Tesi di fondo è che il metodo "*law and economics*", in materia ambientale, sia utile soprattutto all'affinamento degli strumenti dell'intervento pubblico, in vista del raggiungimento di finalità che sono appannaggio di valutazioni collettive e politiche.

*Economic analysis of the law and the environment. From metamorphosis to pragmatism*

Differing views of "law and economics" suggest different visions of the relationship between market and the environment. The first part of the paper analyses the foundations and weaknesses of so-called market environmentalism from a critical key, drawing inspiration from the cornerstones of "ecological economics"; the second part of the work, in a constructive key, suggests an alternative opportunity of integration between law and economic analysis, inspired by the thought of Guido Calabresi. The basic thesis is that, in environmental matters, "law and economics" is a useful method for refining the tools of public intervention in order to achieve goals that, however, remain the prerogative of collective and political evaluations.