

**Un diritto al futuro:
analisi economica del diritto, Costituzione
e responsabilità tra generazioni**

di Michele Abrescia

(intervento al Convegno *“Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale”* Parma 30 novembre, 1 e 2 dicembre 2006)

*“In ogni nostra deliberazione, dobbiamo considerare
l'impatto delle nostre decisioni sulle prossime sette generazioni”*
(Gayanashagowa, Grande Legge della Confederazione degli Irochesi, circa 1090-1150)

*“Perché dovrei preoccuparmi delle generazioni future?
Cosa hanno fatto loro per me?”*
(J. ADDISON, *The Spectator*, Vol. VIII, N. 583, 20 agosto 1714)

“È meglio un uovo oggi o una gallina domani?”
(ANONIMO)

L'itinerario di una ricerca sul rapporto tra Costituzione e responsabilità tra generazioni può partire dalla constatazione per cui, a fianco dei «fallimenti di mercato» che giustificano l'intervento pubblico in economia e negli altri campi dell'agire sociale, si affiancano, nella prospettiva intertemporale, numerosi «fallimenti di governo». Scopo di questo contributo è giustificare l'esistenza di norme materialmente e formalmente costituzionali, e quindi di norme rigide, modificabili solo attraverso procedure aggravate di revisione, in ragione dei fallimenti che i governi registrano nel regolare il rapporto tra diverse generazioni. La dottrina, seguita talora dal diritto positivo, ha cercato di rispondere a questi fallimenti – l'aumento incontrollato del debito pubblico, la progressiva insostenibilità dei sistemi previdenziali, la perdita dell'ambiente salubre per mezzo della sovrapproduzione di rifiuti tossici e di gas di difficile smaltimento, la spoliazione di risorse naturali e i rischi connessi a modificazioni genetiche irreversibili¹ – ricostruendo e proponendo diritti delle generazioni future e doveri delle generazioni presenti². Benché, come è stato affermato, risulti estremamente difficile statuire diritti pieni per le generazioni future, cioè pretese giuridicamente tutelate in via

¹ Sui cambiamenti climatici v., da ultimo, il *Quarto Rapporto* compilato a cura del *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), organismo istituito nel 1988 dalla *World Meteorological Organization* (WMO) e dal *United Nations Environment Programme* (UNEP) e in corso di pubblicazione sul sito <http://www.ipcc.ch/>; per una sintesi: F.F. MARTIN, *Clima, tre miliardi di persone resteranno senza acqua e cibo*, in *Corriere della Sera*, 13 marzo 2007, 23.

immediata dall'ordinamento e assistite da tecniche di difesa in giudizio³ – rintracciandosi più frequentemente, in alcuni trattati internazionali e in costituzioni nazionali, doveri imposti sulle generazioni presenti⁴ –, «una teoria giuridica dei diritti (o della responsabilità nei confronti) delle generazioni future costituisce in realtà una teoria della Costituzione», essendo quest'ultima, «intrinsecamente, un processo relazionale tra generazioni»⁵.

L'analisi economica del diritto, e in particolare l'analisi economia del diritto costituzionale, contribuisce a questo tema secondo vari approcci, che corrispondono alle diverse correnti di pensiero che animano la disciplina⁶: dalla teoria della scelta collettiva alla *constitutional economics* e alle dottrine

² Sull'alternativa nel testo cfr. i contributi in J.C. TREMMEL (a cura di), *Handbook Of Intergenerational Justice*, Cheltenham- Northampton, Edward Elgar, 2006, in part. C. DIERKSMEIER, *John Rawls on the Rights of Future Generations*, S.M. GARDINER, *Protecting Future Generations. Intergenerational Buck-Passing, Theoretical Ineptitude and a Brief for a Global Core Precautionary Principle* e P. HÄBERLE, *A Constitutional Law for Future Generations. The "Other" Form of the Social Contract: the Generation Contract*, *passim*.

³ Cfr. A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, LIII e ss., e spec. LXII, LXXI e ss.

⁴ La strada seguita dagli sistemi giuridici è infatti perlopiù orientata alla *positivizzazione* di doveri costituzionali imposti sulla generazione presente, e formulati in via mediata (sotto forma del principio di precauzione: cfr. A. KISS, E. HEY *The rights and interests of future generations and the precautionary principle* in D. FREESTONE (a cura di), *The precautionary principle and international law: the challenge of implementation*, The Hague, Kluwer, 1996) o diretta (da clausole espresse). Senza alcuna pretesa di esaustività, ma solo a titolo di esempio, si ricordino, risalendo nel tempo, oltre alla citata Costituzione della Confederazione delle Sei Nazioni degli Irochesi, il Preambolo e la *sect. I* della Costituzione della Virginia (12 giugno 1776, «questi diritti appartengono ... [al popolo della Virginia] e alla sua posterità, come base e fondamento del governo»; gli uomini «entrando nello Stato di società non possono, mediante convenzione, privare o spogliare la loro posterità... [di alcuni diritti innati, tra cui] il godimento della vita, della libertà,, mediante l'acquisto e il possesso della proprietà, e il perseguire e ottenere felicità e ricchezza»). Di recente alcune disposizioni contenute nei nuovi statuti regionali, quali quello della regione Emilia-Romagna (l.r. 31 marzo 2005, n. 31 in Boll. Uff. Reg. n. 61 del 1° aprile 2005, nel cui Preambolo si affermano «i valori universali di libertà, eguaglianza, democrazia, rifiuto del totalitarismo, giustizia sociale e solidarietà con gli altri popoli del mondo e con le future generazioni», concetti ripresi all'art. 3 in cui la Regione nel perseguire politiche ambientali, mira ad assicurare «le migliori condizioni di vita, la salute delle persone e la tutela dell'ecosistema, anche alle generazioni future»), nel Preambolo al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, nel quale si menzionano le responsabilità dei popoli europei «nei confronti delle generazioni future e della Terra» (altrove invece, all'art. I-3, è stabilito che «l'Unione ... promuove ... la solidarietà tra le generazioni» attuali), nonché nel Preambolo della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata solennemente a Nizza il 7 dicembre del 2000 e poi incorporata nella Parte II del Trattato costituzionale (in cui è fissato un nesso tra il godimento attuale dei diritti e «responsabilità e doveri nei confronti ... delle generazioni future». In chiave interpretativa, alla tutela delle generazioni future è riconducibile anche la previsione in carte internazionali (ma non solo) del principio di precauzione: cfr., in questo volume, i contributi di A. ZEI, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo* e di G. MAJORANA, *Generazioni future e sicurezza alimentare: l'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, nonché i saggi apparsi in D. FREESTONE, E. HEY (a cura di), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, The Hague, Kluwer, 1996, *passim*. Una classificazione di questi atti normativi potrebbe essere svolta sulla base

neocontrattualiste; dalla teoria dei giochi agli studi sulle asimmetrie informative; dalle riflessioni sui concetti alternativi di efficienza⁷ alla teoria dei beni pubblici. Tutte queste elaborazioni potrebbero essere definite consequenzialiste poiché condividono una nozione tecnica e quindi strumentale del diritto, recuperato alla sua antica dimensione di «strumento per raggiungere certi obiettivi»⁸. Le norme, detto altrimenti, sono interpretate a ritroso, a partire dai loro effetti. In quanto strumento, tutto il diritto diviene valutabile tramite i canoni di efficienza e di efficacia, i quali permettono ad un agente razionale di discriminare tra norme «migliori» e norme «peggiori» a seconda, a), della idoneità a conseguire le politiche pubbliche, selezionate tramite i tradizionali circuiti dell'indirizzo politico e, b), a conseguirle, a parità di risultato, con il minor impiego di risorse.

Il diritto come strumento per la definizione di un equilibrio stabile ed efficiente tra le generazioni presenti e quelle future sconta però l'esistenza di almeno due paradossi, apparentemente risolvibili solo mediante *probatio diabolica*, i quali insieme vanno a comporre il dilemma dell'equità intergenerazionale⁹.

Semplificando al massimo il discorso ricostruiamo il primo paradosso immaginando che il patto tra le generazioni si possa costituire, modificare ed estinguere ricorrendo a soluzioni di mercato, basate sull'incontro di volontà e quindi sull' «autonomia contrattuale» di diverse categorie di soggetti. È di tutta evidenza che una soluzione neocontrattualista di tal tipo postula un potere di contrattazione politica, nell'ambito di uno scambio, per così dire, a titolo oneroso, del tutto squilibrato a vantaggio della parte che possiede la minore quantità di informazioni sullo scambio con, per di più, l'integrale trasferimento delle

dell'osservazione che alcune Carte costituzionali lasciano libere le generazioni future in ordine alla possibilità di modificare senza limiti il patto costituzionale medesimo (quale la Costituzione giacobina del 1793), mentre altre (quali il Grundgesetz del 1949) predispongono appositi strumenti per la tutela degli istituti fondamentali di tale patto: pur essendo istituti dalla ricostruzione teorica assai diversa contribuiscono a tal fine sia i procedimenti aggravati di modifica delle disposizioni di rango costituzionali sia i meccanismi che istituiscono le democrazie c.d. protette.

⁵ A. D'ALOIA, cit., LXIV e LXV, nonché R. BIFULCO, *ivi*, 169 ss., spec. 173.

⁶ Per un'introduzione al movimento dell'analisi economica del diritto costituzionale sia consentito il rinvio a M. ABRESCIA, *Le ricerche gius-economiche e la frontiera del diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2001, 3, 635-644; Id., *Introduzione*, in D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto, Perché l'analisi economica può servire al diritto*, il Mulino, Bologna, 2004, 7-23 e infine, in corso di pubblicazione, G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *L'analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2008.

⁷ Per i concetti elaborati da Pareto, Kaldor e Hicks, v. N. KALDOR, *Welfare propositions of Economics and interpersonal comparisons of utility* in *Economic Journal*, 49, 1939, 549-52 e J. HICKS, *The Foundations of Welfare Economics*, in *Economic Journal*, 49, 1939, 696-712 su cui, *ex pluribus*, R. POSNER, *Utilitarianism, economics, and legal theory* in *Journal of legal studies*, 8, 1979, 103-40 e R.O. ZERBE, *Economic efficiency in law and economics*, Cheltenham- Northampton, Edward Elgar, 2001.

⁸ R. BIFULCO, cit., 179, che sulla base di tale osservazione elabora una giustificazione allo stesso tempo morale e giuridica della responsabilità delle generazioni future come parte del «contenuto minimo di un «nuovo» diritto naturale» nell'ambito di un più generale «diritto naturale laico».

⁹ Tali paradossi hanno una immediata valenza teorica, che consiste nella necessità di optare a priori per *second best solutions*, scartando quindi soluzioni che possano rispondere in maniera perfettamente efficiente al problema della responsabilità intergenerazionale.

conseguenze dell'ipotetico consenso sulla parte muta dell'accordo contrattuale, ovvero su quella parte che, pur priva di volontà, ne subisce gli effetti¹⁰.

Fatta eccezione per la presenza di spirito di liberalità nella generazione presente, o di meccanismi incentivanti di tipo endogeno e fattuale, quali ad esempio la convinzione che contribuire oggi alla sostenibilità del sistema previdenziale indurrà domani le future generazioni a fare altrettanto (magari in ossequio ad una presunta norma consuetudinaria), le soluzioni *market-based* di tipo neocontrattuale sono evidentemente inadatte ad assicurare un livello ottimale di investimento in beni pubblici intergenerazionali quali la conservazione dell'ecosistema o il finanziamento della scienza «pura». Le ragioni di tale impraticabilità, in termini giuseconomici, sono da rintracciare nella considerazione per cui le generazioni future non possono negoziare contratti vincolanti che risarciscano quelle presenti per l'impiego di risorse attuali, né possono essere escluse dai vantaggi che sono generati da tali investimenti o dall'appartenenza all'organizzazione che li promuove. Ciò significa che, qualora ci si affidi a soluzioni di tipo contrattuale, l'investimento in tali tipologie di beni sarà subottimale¹¹.

Volgiamo l'attenzione a soluzioni di tipo pubblicistico, mediante la regolazione, per via autoritativa, degli scambi intergenerazionali. Il paradosso, in questo caso, è meno intuitivo. Immaginiamo che il regolatore del patto tra generazioni sia un legislatore razionale e benevolente. Per razionale intendiamo un legislatore che si pone come obiettivo la massimizzazione dell'utilità sociale, ovvero del benessere collettivo. Per benevolente la sua caratteristica neutralità rispetto al perseguimento del beneficio presente rispetto a quello futuro (e viceversa, con esclusione di qualunque «tasso di sconto» dell'utilità della generazioni posteriori rispetto a quelle attuali: in termini giuseconomici neutrale rispetto al rischio)¹².

Nel modello di scelta che questo legislatore si trova a operare si pongono due opzioni binarie. La prima riguarda l'attribuzione di un beneficio x alla società. La probabilità di realizzazione di questo beneficio, qualora esso sia perseguito nel tempo presente è, in ipotesi, praticamente pari al 100% del suo valore assoluto: il beneficio $p'(x)$ per i consociati attuali sarà conseguito, salvo macroscopici errori di valutazione del legislatore, nella sua interezza: $p'(x) = x$. La probabilità di

¹⁰ Un patto... leonino, insomma (tanto iniquo quanto, se fosse espresso, *contra ius*: cfr. l'art. 2265 del c.c.). Il discorso diventa in realtà assai più complicato se in esso si introducono variabili quali lo spirito di liberalità oppure la necessità di uno scambio tra beni pubblici intergenerazionali futuri e beni pubblici intergenerazionali passati: cfr. l'analisi di A. RANGEL *Forward and Backward Intergenerational Goods: Why is Social Security Good for the Environment?*, in *The American Economic Review*, 2003, 93, 3, 813-834 e di T. SANDLER, *Interregional and Intergenerational Spillover Awareness*, in *Scottish Journal of Political Economy*, 1978, 25, 3, 273-284, nonché di T. SANDLER, K. SMITH, *Intertemporal and Intergenerational Efficiency*, in *Journal of Environmental Economics and Management*, 1976, 2, 3, 151-159.

¹¹ T. SANDLER, op. cit., 813-814, per altre quattro ragioni gius-economiche che escludono soluzioni di tipo contrattuale per un investimento ottimale in beni pubblici intergenerazionali.

¹² Il legislatore benevolente è quindi indifferente tra un ammontare certo rispetto ad una quantità aleatoria di un bene, pur possedendo entrambe le quantità, per ipotesi, il medesimo valore atteso.

realizzazione del beneficio, qualora lo stesso sia previsto dalla legislazione presente, ma ricercato in un tempo posteriore, sarà invece minore, e decrescente all'aumentare dello spazio temporale che separa il momento della scelta dal momento in cui questa arrecherà i suoi potenziali benefici: ciò significa, in termini relativi, che $p''(x) < x$, e quindi anche, $p''(x) < p'(x)$. Il valore atteso del beneficio sociale futuro è, detto altrimenti, inferiore al suo valore assoluto.

In un'analisi costi-benefici o, se si preferisce, in un'analisi costi-opportunità, il legislatore razionale e benevolente dovrà considerare anche i costi y conseguenti alla sua scelta, ovvero le utilità negative rispetto al benessere sociale. Ancora una volta, qualora il danno sia arrecato nel presente, è possibile immaginarlo pari al 100% del suo valore assoluto: il costo attuale $p'(y)$, a danno dei consociati contemporanei, sarà arrecato, anche qui salvo macroscopici errori di valutazione, con una percentuale vicina alla certezza, e dunque integralmente: $p'(y) = y$. Le probabilità di avveramento, qualora il danno sia invece previsto come arrecato nel futuro, saranno minori, e decrescenti all'aumentare del margine temporale che separa il momento della scelta dal momento in cui questa arrecherà il suo costo potenziale: in termini non più assoluti, ma relativi, il danno potenziale futuro sarà minore del danno attuale presente $p''(y) < y$ e quindi anche, $p''(y) < p'(y)$. Il valore atteso del costo sociale futuro è quindi inferiore al suo valore assoluto.

Ciò perché, ricorrendo ad un esempio pratico, un danno ambientale che si realizza oggi appare, date le tecnologie disponibili, certo. Lo stesso danno ambientale, previsto oggi, ma arrecato nel futuro, potrà invece apparire incerto, o comunque meno probabile di quello attuale, nella speranza che, nel frattempo, si raggiungano tecnologie tali da escluderlo o attenuarne la portata (v., ad es., le questioni derivanti dalla produzione di scorie nucleari e dalle relative tecniche di smaltimento).

Se il nostro legislatore benevolente e razionale, in coerenza con le premesse fissate in ipotesi, persegue la massimizzazione delle utilità positive e la minimizzazione dei costi sociali, riunendo le due scelte binarie in un'unica sequenza di scelta transitiva – così illustrata per maggiore semplicità: nella pratica legislativa si può immaginare un procedimento di scelta parallelo tra benefici e costi, come appunto indica l'espressione costi-opportunità – avremo che egli preferirà $p'(x) > p''(x) > p''(y) > p'(y)$, ovvero il beneficio attuale sul beneficio potenziale, il quale a sua volta sarà preferito al danno potenziale e al danno attuale. Tale relazione stabilisce l'ordine delle preferenze di un legislatore benevolente e razionale, le quali si posizioneranno quindi con verso decrescente non solo, come è ovvio, dal beneficio attuale al danno attuale, ma anche dal danno futuro al danno attuale.

Un esempio di fallimento di mercato tra generazioni ovvero, in termini giuseconomici, un investimento subottimale in beni pubblici intergenerazionali¹³, può essere rintracciato, quando si tenti di risolvere il dilemma dell'equità

¹³ E, cioè, un investimento inefficiente perché conduce ad un mercato non perfettamente competitivo, senza l'eguaglianza tra il costo marginale derivante dalla produzione/consumo del bene e il prezzo marginale per la produzione/consumo del medesimo bene.

intergenerazionale, nella «tragedia dei comuni», ovvero nell'inevitabile depauperamento delle risorse che deriva dal sovraconsumo individuale di beni non regolati (e quindi accessibili, senza limite, a tutti; nel caso specifico: terre)¹⁴. Altrettanto numerosi, secondo quanto si è già osservato, sono gli esempi di fallimenti di governo nella regolazione pubblicistica del dilemma dell'equità intergenerazionale.

Centrali nell'analisi della responsabilità intergenerazionale sono quindi i concetti di asimmetria informativa e di esternalità, intendendo in particolare, con queste ultime¹⁵, quei costi o quei benefici che imprese o persone fisiche impongono, al di fuori del mercato e per mezzo di una loro attività, su altri soggetti. Un'esternalità può sorgere nell'ambito di qualunque tipo di attività e primariamente nel corso della produzione o del consumo di un bene; è una esternalità positiva se crea un beneficio sul soggetto passivo e negativa se produce un costo a danno dello stesso; *spillovers* e *spillins*, ovvero le risultanze dei fenomeni di traboccamenti, identificano la direzione di un'esternalità, rispettivamente dal suo produttore alla sua vittima, (e viceversa, poiché ogni esternalità, come dimostrato da Coase¹⁶, possiede natura simmetrica).

Nel caso poi si allenti il postulato della benevolenza del legislatore, ovvero della ipotetica neutralità tra benessere collettivo attuale e benessere collettivo futuro, un ruolo prevalente e, per così dire, intrinseco alle decisioni politiche con ricadute intertemporali, ovvero alle decisioni collettive sui beni pubblici intergenerazionali, viene assunto proprio dal concetto di esternalità negative. È infatti facile immaginare che un legislatore non benevolente si risolva ad attuare, consapevolmente o addirittura volontariamente, politiche di *rent-seeking*, ovvero di «rendita da posizione», in modo da aumentare il proprio consenso e quindi le

¹⁴ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, 162, 1243 ss. Esisterebbe anche, simmetricamente, una «tragedia degli anticomuni», su cui v. M.A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard L. Rev.*, 1998, 111, 622 ss., derivante «ogni qualvolta l'uso e il godimento di un bene sono pregiudicati dal riconoscimento di una pluralità di poteri di interferenza in capo a soggetti diversi dal titolare del bene, così causandone un "sottoconsumo" ... fenomeno particolarmente frequente nei processi di privatizzazione dei beni patrimoniali e di regolazione dei beni ad uso del mercato» (G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le «tragedie dell'interesse comune» paper* presentato al Convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Analisi economica e diritto amministrativo*, Venezia, 28-29 settembre 2006, nella versione illustrata dall'A. al II Convegno della Società italiana di diritto ed economia, Roma, 20-21 ottobre 2006, reperibile al sito <http://www.diritto-amministrativo.org>). In realtà, se «la proprietà pubblica e la regolamentazione amministrativa tramite gli strumenti propri del *command and control*, in astratto, possono costituire una valida soluzione», come lo stesso Hardin suggeriva, l'immagine della tragedia dei comuni «nelle mani della scuola *chicagoan* di analisi economica del diritto, tuttavia, è diventata rapidamente un potente ed efficace argomento in favore della privatizzazione», per «internalizzare» le esternalità sulla falsariga dell'attuale sistema di commercializzazione dei diritti di inquinamento, negli Stati Uniti con il *Clean Air Act* del 1990 e poi a livello internazionale con il Protocollo di Kyoto del 1998, entrato in vigore nel febbraio 2005 dopo la ratificazione da parte della Russia.

¹⁵ Cfr. P.A. SAMUELSON, W.D. NORDHAUS, *Economia* [2004], trad. it. C.A. Bollino, Milano, McGraw-Hill, 2006, *passim*.

¹⁶ R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1, 1-44, 1960.

possibilità della propria rielezione¹⁷. Ciò avviene permettendo o favorendo comportamenti di *free-riding* delle generazioni presenti sui beni pubblici intergenerazionali, e cioè mediante l'attuazione di politiche in cui al beneficio connesso all'utilizzo di un bene pubblico non si accompagna la corresponsione al soggetto erogatore di un contributo. Nella prospettiva intergenerazionale ciò avviene per mezzo dell'internalizzazione dei benefici e il trasferimento dei costi prodotti dal consumo di questi beni, le esternalità negative, sulle generazioni future.

Alla mancata equivalenza sincronica tra costi individuali e costi sociali, cui dà origine il fenomeno delle esternalità positive o negative, si sostituisce, nella dimensione diacronica, la mancata equivalenza tra costi sociali attuali e costi sociali futuri in virtù appunto dell'esistenza di esternalità negative intergenerazionali. Tanto stabilito, quello che soluzioni di mercato e decisioni politiche autoritative mirano a raggiungere è l'internalizzazione dei costi sociali intergenerazionali delle attività e delle politiche poste in essere dalla generazione presente. E proprio in tal senso è possibile spiegare la sempre più diffusa costituzionalizzazione di doveri a carico delle generazioni presenti in documenti costituzionali e internazionali. Ne costituisce specifico esempio, a livello di legislazione ordinaria, il tentativo del legislatore italiano di transitare da sistemi previdenziali retributivi, basati su un importo pensionistico in percentuale delle ultime retribuzioni, a sistemi previdenziali basati su sistemi di calcolo contributivo, nei quali l'ammontare della pensione è rapportato sui contributi che il lavoratore ha effettivamente versato nell'arco della sua intera vita professionale¹⁸. Moltiplicare il montante individuale dei contributi individuali per un coefficiente di trasformazione – che tenga conto dell'inflazione e della variazione media del prodotto interno lordo – contribuisce ad eliminare le esternalità che si annidano nel sistema previdenziale.

Al problema delle esternalità sono state date, essenzialmente, due risposte. Nel 1920 Arthur C. Pigou¹⁹ propose di tassare le esternalità, al fine di correggere l'inefficiente allocazione delle risorse in presenza di costi privati e sociali divergenti, ricavando l'importo di tali tributi sul danno stimato. L'attuazione pratica di questa soluzione richiede l'intervento di un legislatore e di una pubblica amministrazione che, dopo aver ottenuto una completa informazione sull'importo dei danni potenziali, costringano il produttore di esternalità negative a internalizzare per mezzo di una tassa detta, appunto, pigoviana il danno sociale. Fu proprio la

¹⁷ Ciò avviene perché il legislatore possiede incentivi a massimizzare non l'utilità sociale, ovvero l'insieme delle funzioni di utilità dei rappresentati, ma il benessere dei rappresentanti stessi (consistente nel potere di influenza politica, nel patrimonio disponibile o, appunto, nell'incremento delle probabilità di vittoria alle elezioni successive).

¹⁸ Cfr., ad. s., l'art. 1, co. 6 della l. 8 agosto 1995, n. 335 «Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare», c.d. Riforma Dini.

¹⁹ A.C. PIGOU, *The Economics of Welfare* [1920], IV ed., Macmillan and Co., London, 1932,

presenza di esternalità a convincere Pigou dell'opportunità di un intervento di tipo pubblico e autoritativo.

La seconda risposta è contenuta nel già citato articolo pubblicato da Ronald H. Coase nel 1960²⁰. Scopo del contributo di Coase era la critica al lavoro di Pigou per mezzo della dimostrazione della superiorità dei meccanismi di mercato, rispetto all'intervento pubblico, nell'assorbimento delle esternalità. Se l'obiettivo, secondo Coase, è quello di evitare il maggior danno, allora l'attenzione non deve concentrarsi solo sul produttore di esternalità, ma deve estendersi anche al soggetto che sopporta i costi imposti dall'altrui attività, considerando le capacità contrattuali potenziali di entrambi. Se i costi di transazione che tali parti devono sopportare per concludere l'accordo, ovvero i costi necessari per trasferire risorse aventi valore economico, sono pari a zero, si perverrà ad un'efficiente allocazione delle risorse indipendentemente dalla loro iniziale assegnazione e, quindi, indipendentemente dalle norme giuridiche iniziali. È quest'ultima una formulazione del noto *teorema di Coase*: le parti coinvolte, in mancanza di costi di transazione, potranno contrattare l'attribuzione della risorse assegnandole al soggetto che le valuta maggiormente raggiungendo, in tal modo, l'efficienza allocativa. Ciò significa, in sintesi, che se per Pigou le esternalità sono causate dalla mancanza di una regolazione efficiente, secondo Coase la ragione ultima per l'esistenza di esternalità risiede in un fallimento di mercato.

L'approccio pigoviano e quello coasiano sono tradizionalmente considerati in irriducibile contrasto. Secondo la tesi che qui si condivide la contrapposizione può sì essere ritenuta valida da un punto di vista sincronico; ma, ed è qui il punto, essa perde gran parte della propria valenza teorica e pratica se il punto di vista che si assume è quello, intertemporale, del rapporto tra generazioni. È noto, d'altronde, che l'importanza pratica del teorema di Coase è massima proprio quando vengono meno le sue premesse, ovvero quando i costi di transazione sono positivi e quindi superiori a zero. Ed è ovvio che i costi di transazione intergenerazionali sono, per definizione, infiniti. In condizioni realistiche, che rigettano l'analisi economica da lavagna (criticata da Pigou) quanto quella del mondo dei sogni (secondo la definizione di Coase) i due approcci, ritenuti reciprocamente esclusivi, possono essere resi compatibili.

È necessario, per giungere a tale compatibilità, introdurre l'elemento diacronico per riformulare il teorema di Coase attraverso il tempo, invece che come gioco istantaneo, ed introdurre la considerazione dell'accezione normativa del teorema di Coase, riformulata nel c.d. teorema normativo di Hobbes²¹. Ciò significa, in primo luogo, che il diritto costituzionale deve essere strutturato in modo da ridurre i costi di transazione e, quindi, gli impedimenti agli accordi di natura «politico-contrattuale» tra i soggetti costituzionali, gli organi costituzionali e gli organi a rilevanza costituzionale, per rendere meno probabili i fallimenti

²⁰ R.H. Coase, *The problem of Social Cost*, cit., 1 ss., sulla scia del saggio pubblicato dall'A. nel 1937, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 4, 16, 1937, 386-405, in cui veniva introdotto il concetto di costi di transazione, inizialmente intesi come «the cost of using the price mechanism».

²¹ R.D. COOTER, *The Cost of Coase*, in *Journal of Legal Studies*, 11, 1, 1982, 14-29.

cooperativi. Quando, nonostante ciò, a causa degli elevati costi di transazione e dell'impossibilità di eliminarli tramite il diritto, le parti falliscono nel raggiungere un accordo e perdono così il surplus derivante dallo scambio, per minimizzare il danno da ciò derivante il diritto dovrebbe assegnare poteri, funzioni, e facoltà, secondo criteri di simulazione del mercato, alla parte che rappresenta la categoria di soggetti che li valuta maggiormente.

Le norme giuridiche dovrebbero essere strutturate in modo da minimizzare la perdita derivante dalla non cooperazione, ovvero i costi derivanti dal fallimento degli accordi costituzionali. Le costituzioni possono quindi essere valutate secondo la loro maggiore o minore idoneità nel ridurre i costi di transazione della politica²². La democrazia rappresentativa, i partiti e l'organizzazione del Parlamento in commissioni servono appunto, anche se non solo, a questo.

In una dimensione intergenerazionale la soluzione proposta da Pigou è funzionale se si adotta una prospettiva *ex ante*. Prima che avvenga l'interazione potenziale tra generazione presente e posterità le tasse pigoviane possono contribuire a costringere la generazione attuale a prendere in considerazione non solo i costi sociali attuali per la produzione e lo sfruttamento di beni pubblici intergenerazionali, ma anche ad internalizzare le esternalità negative rappresentate dai costi potenziali per quella produzione e quell'uso dei beni pubblici intergenerazionali. Adottando una prospettiva *ex post*, quel medesimo legislatore che ha statuito positivamente tasse pigoviane, nella consapevolezza delle asimmetrie informative che affliggono la dimensione intertemporale delle scelte collettive, dovrebbe consentire alle future generazioni di correggere le inefficienze allocative residue²³.

Da tali considerazioni si ottengono alcune indicazioni di politica del diritto, in merito al *drafting* legislativo e costituzionale: il diritto costituzionale è chiamato a delineare una sfera protetta di diritti costituzionali, distribuiti *intra* e *inter* generazioni in modo da minimizzare le esternalità potenziali mediante la regolazione e la previsione di tasse pigoviane. Il grado di analiticità dei precetti e la tassatività delle fattispecie contenute nelle disposizioni costituzionali dovrebbe essere direttamente proporzionale alla probabilità con cui gli obiettivi che il

²² R.D. COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2000, 53 ss.

²³ Infatti, come si è anticipato, questi due approcci non si contraddicono in un mondo caratterizzato da costi di transazione positivi e giochi ripetuti. In tali situazioni un intervento pubblico è necessario per definire preventivamente e precisamente i diritti di ciascuna delle parti coinvolte nell'utilizzo delle risorse in questione e per garantire il rispetto degli accordi. Il dovere di rispettare il contenuto dell'accordo (si pensi alla decisione che la Corte costituzionale assume nell'ambito dei conflitti di attribuzione, per garantire il principio di leale collaborazione) deve essere adempiuto proprio perché si assume che, in un'analisi costi-benefici, un uso alternativo di quel potere da parte di un altro soggetto istituzionale non sarebbe in grado di ottenere un risultato più efficiente dall'esercizio di quella facoltà. Si adotta in tal modo il punto di vista di un miglioramento paretiano potenziale o della efficienza Kaldor-Hicks che richiede la possibilità di una compensazione teorica, in termini di utilità complessiva, dai soggetti che perdono la competenza a quelli che la guadagnano.

legislatore si è posto possono essere raggiunti²⁴. La Costituzione dovrebbe poi ridurre, grazie a norme di tipo procedurale, i costi di transazione potenziali che gravano sulle generazioni future per minimizzare i costi necessari alla correzione delle inefficienze allocative derivanti da asimmetrie informative e dai deficit di applicazione e di attuazione del diritto²⁵.

Tale ultimo obiettivo della minimizzazione dei costi di transazione, d'altra parte, è già raggiunto in una prospettiva sincronica da alcuni tipici istituti della democrazia rappresentativa (le già citate commissioni parlamentari competenti per materia, ma anche i sistemi elettorali maggioritari rispetto a quelli proporzionali; l'organizzazione dei parlamentari in gruppi corrispondenti a grosso modo ai partiti politici, e così via). In una dimensione diacronica, inoltre, le norme costituzionali in grado di ridurre i costi di transazione costituiscono applicazione della teoria rawlsiana della giustizia, qualora quest'ultima venga riformulata in termini tali da rispondere alla domanda su quale sia la disposizione più vantaggiosa, a prescindere dalla conoscenza della generazione a cui si appartiene²⁶.

Gli ordinamenti costituzionali e l'ordinamento giuridico internazionale ci offrono già alcuni esempi dell'approccio combinato *pigovian-coasean* attraverso il tempo. Un caso è offerto da quelle disposizioni costituzionali²⁷ che, in via primaria, utilizzano il criterio delle competenze di attribuzione per la ripartizione orizzontale e verticale delle potestà pubbliche (definendo rispettivamente forme di governo e sistemi federali) e, in via secondaria, prevedono procedure consensuali per la riallocazione di tali funzioni tra gli organi e i soggetti e concorrenti²⁸. Un secondo esempio è offerto da quelle previsioni quali il *Clean Air Act* statunitense del 1990, o il Protocollo di Kyoto sottoscritto nel 1998, che dapprima stabiliscono tasse sulle emissioni inquinanti, e quindi assegnano i diritti, e poi consentono la

²⁴ Il grado di probabilità risulta evidentemente condizionato alla variabilità delle condizioni di fatto incise dalla norma: si pensi, ad es., all'uso delle cellule staminali e alla rapida evoluzione delle tecniche biomediche, della genetica, etc. Da questo particolare punto di vista è possibile criticare norme che, per tali fattispecie, prevedano divieti assoluti senza tener conto della rapida evoluzione scientifica (che, anzi, proprio norme di tale tipo ostacolano).

²⁵ Sulla base di tutt'altre premesse, ma con esiti non dissimili, le riflessioni in A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico)*, in *Quad. cost.*, XVIII, 3, 1998, 343-421.

²⁶ R.M. GREEN, *Intergenerational distributive justice and environmental responsibility*, in *BioScience*, 27, 4, 1977, 260-265, su cui v. H.G. FREDERICKSON, *Can Public Officials Correctly Be Said to Have Obligations to Future Generations?*, in *Public Administration Review*, 54, 5, 1994, 457-464, e il dattiloscritto di G. HOLLAND, *Why Consider Future Generations - And How to Consider Them More Fully*, presentato alla XV Conferenza della *World Futures Studies Federation (WFSF)*, Brisbane, Australia, 28 settembre-3 ottobre, 1997, 10, ora consultabile su <http://www.wfsf.org>.

²⁷ V. gli artt. 117 e 118 della Costituzione italiana, su cui la nota sent. n. 303 del 2003 della Corte costituzionale tesa a rendere flessibile la stessa ripartizione, tendenzialmente rigida, degli elenchi di materie in cui è previsto l'intervento legislativo di Stato e Regioni.

²⁸ Delineando, attraverso il principio di sussidiarietà, che ripartisce le competenze tra i livelli territoriali, e lo «scrutinio di adeguatezza» degli enti concorrenti, un sistema che può essere definito di «regionalismo funzionale».

commercializzazione delle quote di inquinamento, stabilendo un «mercato» per le esternalità negative²⁹.

Si è ora in grado di tornare all'assunto da cui si era partiti, relativo alla convinzione per cui una teoria giuridica della responsabilità tra le generazioni costituisce, in effetti, una teoria della Costituzione. La Costituzione può infatti essere intesa come norma intragenerazionale e intergenerazionale e di un processo sempre aperto. In essa convivono norme analitiche, immediatamente precettive, e norme procedurali, che assicurano la permanenza nel tempo del testo costituzionale, diminuendo i costi di transazione necessari per giungere alle scelte «collettive» o «politiche». All'esigenza attuale di precettività rispondo le disposizioni-norma, o norme di primo grado, alla seconda le norme-principio o norme di secondo grado, che aprono il disposto costituzionale all'integrazione mediante la previsione di clausole generali a interpretazione elastica (si pensi alla clausola dell'utilità sociale come limite alla libera iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.)³⁰. La stessa rigidità costituzionale, garantita dal procedimento

²⁹ Secondo un modello di negoziazione di tipo coasiano tra gli agenti produttori di inquinamento. Negli Stati Uniti la *Environmental Protection Agency* definisce, nell'ambito del *Clean Air Act*, un sistema definito di «cap and trade» ovvero, letteralmente, di fissazione di un tetto massimo e di autorizzazione al commercio. Dall'analogo sistema utilizzato nell'ambito del Protocollo di Kyoto nasce quindi un armistizio nella controversia che ha visto contrapposti Pigou e Coase: si dà infatti origine ad una sfera protetta di diritti definiti da norme che stabiliscono un mercato delle esternalità. Questo compromesso è stato anticipato, nella teoria economica, da K. ARROW, *The organization of economic activity. Issues pertinent to the choice of market versus non-market allocation*, in R.H. HAVEMAN, J. MARGOLIS, (a cura di), *Public Expenditures and Policy Analysis*, Chicago, Markham, 1970, 59-73, e da H.R. VARIAN, *A Solution to the Problem of Externalities When Agents Are Well-Informed*, in *The American Economic Review*, 84, 5, 1994, 1278-1293. Questa soluzione è del resto coerente con la conclusione per cui le libertà economiche, e quindi il mercato, non possono essere definite al di fuori di un sistema coercitivo, poiché anche le libertà fondamentali – o essenziali – richiedono autorità in grado di imporne il rispetto.

³⁰ Cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983. Si accentua nell'attuale passaggio storico, quella tendenza per cui «la "costituzione" come "programma" tende a recedere di fronte alla "costituzione" come regola di un processo sempre aperto ... come, del resto, è sempre aperta la vicenda storica sottesa. Da qui trae ulteriore alimento l'auspicio di un'accentuazione dei fattori "processuali" nella giurisprudenza della Corte, nella forma anche dell'elaborazione di criteri (regole di secondo grado, come si è detto) di ragionevolezza, che la collochino in un ruolo fondamentale ma solo per esigui margini sovrapponibile e, dunque, mai davvero conflittuale con quello del legislatore»: A. CERRI, *Concezioni proceduralistiche e concezioni sostanzialistiche della costituzione nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *Studi parl.*, 2003, 7 ss., 44. Ad una democrazia «di principi» o «procedurale» non potrebbe quindi che fare riscontro una «giurisprudenza procedurale». Per K.-H. LAUDER, *Proceduralization and its Use in Post-Modern Legal Theory*, EUI Working Paper 96/5, Firenze, 1995, 3 ss., la razionalità procedurale è una forma di sostituto imperfetto delle decisioni sostanziali. Ciò comporterebbe una diminuzione del tasso di prevedibilità delle decisioni e un aumento dell'incidenza degli interessi, rappresentati nel processo deliberativo mediante forme di consultazione o vera e propria codecisione. Sull'insufficienza di una definizione solo procedurale di democrazia e sull'incorporazione di scelte di valore in regole apparentemente *wertfrei*, come quella di maggioranza, v., inoltre, O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in «Dir. pub.», 2004, 852 ss., spec. 862-868 e A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla costituzione come «processo storico»*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità* (Atti del Seminario, Palermo, 28-29

aggravato di revisione, rappresenta il perno di una teoria della Costituzione come teoria del patto fra generazioni grazie alla latitudine interpretativa dei suoi disposti.

Si può così giungere a sostenere, ad un livello ulteriore di analisi, che la responsabilità intergenerazionale diventa responsabilità costituzionale nel senso di «rendere possibile il mantenimento ... della democrazia costituzionale»³¹. La spiegazione di ciò ruota attorno alla considerazione su quale sia l'ambito decisionale di scelta collettiva consentito alla generazione presente. E quindi, ancor prima, su quale sia la forma di stato che consente tale ambito escludendone altri. L'arco decisionale è dato, contemplando ancora una volta la prospettiva consequenzialista delle decisioni di rango costituzionale, dagli «effetti reversibili» nel futuro. Lo spazio decisionale individuato dalle scelte che conducono a effetti irreversibili è infatti escluso a priori se si vuole assicurare alle prossime generazioni la «disponibilità» del loro presente. Per essere tale, tale disponibilità implica allora la indisponibilità delle decisioni attinenti a effetti irreversibili nel futuro³². Un ossimoro, come queste «conclusioni aperte», che necessitano di ulteriore sviluppo.

maggio 1998), Torino, 2000, 1 ss. La Costituzione, d'altronde, è notoriamente forma e contenuto: cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, *passim*.

³¹ A. D'ALOIA, cit., LXXV. In R. COOTER, *Strategic Constitution*, cit., 370 ss., si trova la riflessione sulla differenza tra stato fascista e stato costituzionale liberal-democratico: nel primo viene meno la stessa teorizzazione dei costi di transazione, e quindi dei meccanismi previsti per la loro internalizzazione, perché viene meno la pluralità di decisori supremi (ma viene meno la stessa premessa della massimizzazione del benessere collettivo).

³² Su tutto questo v., *amplius*, L. PALOMBELLA, *Diritto e giustizia intergenerazionale*, paper dattiloscritto presentato al Convegno di cui questo volume riporta gli atti, spec. 14 ss.