

# Amministrazione pubblica e analisi economica del diritto: istruzioni per l'uso dall'Italia

---

Michele Carducci

Professore ordinario di Diritto costituzionale comparato nell'Università del Salento (Italia) e Professor Visitante del PPG-Doutorado della PUC-PR (Brasile).

Michele Macrì

Dottore in "Sistemi giuridici e politico sociali comparati" – Università del Salento (Italia).

Riassunto: Il principale obiettivo dell'articolo è quello di considerare il punto di vista realistico dell'approccio italiano all'analisi economica del diritto nel campo del diritto amministrativo. Tale approccio è sviluppato con particolare enfasi sulle sue finalità di efficienza, che non negato il ruolo della Costituzione, ma sottolineano l'influenza delle continue e ripetute riforme amministrative nella effettiva prassi economica del pubblico potere.

Parole chiave: Pubblica amministrazione. Analisi economica del diritto. Standard Cost Model. Costituzionalismo fiscale. Interesse pubblico. Beni meritori. Costo sociale.

Sommario: 1 La logica europea dei "costi" degli oneri amministrativi e l'Italia – 2 Il mito del Leviatano e la riforma delle autonomie territoriali – 3 Utilità dell'analisi economica – 4 Analisi economica e tribunali amministrativi italiani – 5 Il problema dell'interesse pubblico: il caso della tutela dell'ambiente – 6 La questione della misurazione dei vantaggi – 7 Il tema dei "costi sociali" – 8 Semplificare in nome dei "costi sociali"

## 1 La logica europea dei "costi" degli oneri amministrativi e l'Italia

Il rapporto tra analisi economica e diritto amministrativo costituisce un dato ormai molto importante nella dinamica istituzionale dei paesi europei.

Il dato principale è offerto dal "Piano di azione per la Riduzione degli Oneri Amministrativi", approvato dalla Commissione europea nel gennaio 2007, le cui conclusioni sono state recepite dal successivo Consiglio europeo dell'8 e 9 marzo 2007. In questo documento, si suggerisce agli Stati membri di misurare il carico di oneri amministrativi che i rispettivi ordinamenti impongono alle imprese e di ridurne una percentuale analoga a quella che ci si propone di ridurre entro il 2012 con riferimento all'ordinamento comunitario; percentuale che è pari al 25%, e che, se realizzata, consentirebbe un aumento dell'1,4% del prodotto interno lordo europeo, ovvero 150 miliardi di euro circa nel medio periodo. Il

presupposto, comune alla elaborazione dei principali indici internazionali di competitività dei sistemi-Paese (ad esempio il Doing Business della Banca Mondiale), è che il gap competitivo tra i sistemi economici sia spiegabile anche alla luce del differente ambiente regolativo in cui le imprese operano.

Del resto, la riduzione dei “costi” amministrativi diventa quasi un obiettivo obbligato in un’epoca in cui il “Patto di stabilità e crescita della Unione europea” — introdotto con il Trattato di Maastricht — impone ai governi di abbandonare le politiche di sostegno attivo alle imprese a carico della finanza pubblica.

In Italia, il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha costituito una task force, al fine di elaborare un metodo statistico di misurazione degli oneri amministrativi, già in uso in altri paesi come Gran Bretagna e Paesi Bassi.

Si tratta di una metodologia statistica nota come Standard Cost Model. Per il caso italiano, il modello ha preso il nome di MOA (Misurazione degli Oneri Amministrativi) e si avvale della collaborazione dell’ISTAT (l’Istituto italiano di statistica), al fine di effettuare rilevazioni dirette presso le imprese. Questa attività, già inserita nel primo “Piano d’azione per la semplificazione e la qualità della regolazione” (approvato, unitamente al Documento di Programmazione Economico-Finanziaria per gli anni 2009-2013, dal Consiglio dei Ministri del 18 giugno 2008 e disponibile sul sito [www.mef.gov.it](http://www.mef.gov.it)), ha dunque ricevuto un forte impulso dalle citate iniziative comunitarie, alle quali il Governo italiano si è adeguato non soltanto vincolandosi all’impegno di riduzione degli oneri amministrativi del 25% entro il 2012, ma elaborando altresì, con l’articolo 25 del Decreto Legge n. 112 del 2008, un meccanismo normativo ed amministrativo idoneo a garantire il raggiungimento di tale ambizioso obiettivo con il coinvolgimento di tutte le pubbliche amministrazioni. Infatti, l’articolo 25 del citato Decreto Legge, convertito con modificazioni dalla Legge 6 agosto 2008 n. 133, ha previsto che questa attività di misurazione, con riferimento alla normativa di fonte statale, si iscriva direttamente nel programma governativo, mentre, per la normativa di origine regionale, si dovrà procedere attraverso apposite intese o accordi con le Conferenze Stato\_Regioni.

Il modello governativo italiano è ora denominato Standard Cost Model (S.C.M.) e mira a misurare e stimare i “costi” amministrativi che

specifici obblighi informativi connessi a norme di regolazione giuridica dei procedimenti amministrativi impongono alle imprese. L'obiettivo è quello di riuscire a monetizzare i "costi" amministrativi di regolazione che l'impresa sostiene al solo fine di adempiere all'obbligo imposto da una specifica disposizione.

Nel contesto specifico dell'Italia, tuttavia, il tema specifico dell'analisi dei "costi", che regolazione e procedimenti amministrativi producono sulle imprese, non si esaurisce al solo campo dello Standard Cost Model.

L'Italia, dagli anni novanta sino a questo primo decennio del Duemila, ha vissuto numerosissime riforme della pubblica amministrazione, di livello sia legislativo, mirate alla semplificazione e alla efficienza, sia costituzionale, mirate alla introduzione di un sistema quasi-federale di autonomie territoriali con forti poteri normativi, organizzativi e funzionali sulla pubblica amministrazione.

Due sono le riforme in questa sede considerate ai fini della discussione sulla analisi economica del diritto: la riforma del procedimento amministrativo, introdotta con la Legge n. 241 del 1990 e poi modificata con altre tre leggi, le n. 15 e 80 del 2005 e la n. 69 del 2009; la riforma del Titolo V della Costituzione italiana, sulle autonomie territoriali della Repubblica, introdotta con la Legge costituzionale n. 1 del 2001.<sup>1</sup>

Per lungo tempo la tematica delle riforme amministrative è stata solitamente affrontata con un'impostazione meccanicistica, che ha incontrato i limiti sostanziali e le resistenze della burocrazia e dei suoi atteggiamenti opportunistici. A causa di questi, l'imposizione di regole imperative, dall'alto (ad esempio, l'obbligo legislativo per le amministrazioni pubbliche di rispettare tempi determinati nel decidere), è stata di fatto neutralizzata dalla "infedeltà" dei corpi amministrativi.

Per tali ragioni, la citata Legge n. 69/2009, ha introdotto l'art. 2 bis nella Legge n. 241/1990, prevedendo, per la prima volta in Italia, una vera e propria "liability rule" (la PA paga se non rispetta i tempi del procedimento)<sup>2</sup> e facendo di questa regola il parametro di valutazione dei dirigenti amministrativi dei singoli uffici.

Questo intervento ha dimostrato come un approccio di analisi economica del diritto abbia potuto orientare una riforma amministrativa

<sup>1</sup> Si veda M. Carducci, M. Macrì, I cantieri della semplificazione, Lecce, Pensa Multimedia, 2010.

<sup>2</sup> T. Tessaro, La nuova disciplina del termine e del silenzio previsti dagli artt. 2 e 2 bis della legge 241/1990 (così come novellati dalla legge 69/2009), in Comuni d'Italia, 2009, 4, 8.

in termini di efficienza di “risultato”. Se infatti la “liability rule” è un forma di protezione affine alla responsabilità civile, che risponde a esigenze di imputazione dei “costi” di una decisione, in funzione non di un rapporto contrattuale, bensì di un “valore” considerato prioritario nella tutela all’interno di una dinamica giuridica,<sup>3</sup> il nuovo procedimento amministrativo sembra inserire nella valutazione economia del rapporto tra cittadino e potere pubblico il “valore” del tempo che la decisione amministrativa produce sui suoi destinatari, nella priorità accordata ai diritti di questi ultimi, costituzionalmente tutelati.

Pertanto, per il caso della responsabilità procedimentale, il “valore” non è stato solo quello di rendere evidente al corpo politico l’infedeltà della propria burocrazia, ma anche e soprattutto quello di attaccare il comportamento opportunistico dei funzionari burocratici, non direttamente coinvolti nei “costi” da loro causati sui destinatari delle loro azioni: cittadini e imprese.

## 2 Il mito del Leviatano e la riforma delle autonomie territoriali

Sempre in termini di analisi economica del diritto può essere letta anche la riforma costituzionale del sistema italiano delle autonomie territoriali, avvenuta con la citata legge costituzionale n. 1 nel 2001.

Nel contesto storico del malcontento popolare verso il potere centrale dello Stato, malcontento politicamente cavalcato da un partito territoriale con venature separatiste, xenofobe e di rivolta fiscale, chiamato Lega Nord e attualmente al governo in Italia insieme al partito di Silvio Berlusconi, l’accesso alla riforma in senso federale dello Stato sembra aver corrisposto all’idea del settore pubblico come insaziabile Leviatano, che cerca sistematicamente di massimizzare la dimensione del suo bilancio, senza tenere assolutamente in conto i desideri dei cittadini: idea a base del cosiddetto fiscal Constitutionalism.<sup>4</sup>

Il processo costituzionale di autonomie territoriali del 2001 è stato così salutato come un meccanismo per controllare efficacemente le tendenze espansive di questo Leviatano. L’argomento base diventa anche in questo caso di analisi economica del diritto: come la concorrenza

<sup>3</sup> Sul concetto si vedano G. Calabresi, D. Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One view of the Cathedral, in *Harvard Law Review*, 1972, 314 ss.; S. Shavell, Liability for Harm versus Regulation of Safety, in *Legal Studies*, 1984, 13, 357

<sup>4</sup> Si veda G. Brennan, J. Buchanan, *The Power To Tax: Analytical Foundation of a Fiscal Constitution*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1980.

all'interno del settore privato dispiega la sua forza di disciplina ed equilibrio efficiente, così la concorrenza fra diverse unità territoriali del settore pubblico spezzerebbe la catena monopolistica di un governo centrale costoso e inefficiente. L'obiettivo, in altri termini, sarebbe quello di porre fine ai sistemi di trasferimento finanziario dal centro alla periferia, per scongiurare il cosiddetto «effetto carta moschicida» (flypaper effect), ossi la circostanza che i soldi, ""appiccicandosi"" dove trasferiti, producano paradossalmente nuove spese a parità di entrate.<sup>5</sup>

Al contrario, l'affermazione delle autonomie territoriali decentrate abiliterebbe la semplificazione normativa e amministrativa dello Stato centrale, così aumentando l'efficienza del sistema.<sup>6</sup> Nel contempo, la competenza prioritaria dello Stato non sarebbe più quella di intervenire da Leviatano su tutto e in ogni luogo, bensì quella più "leggera" (e quindi meno costosa) di armonizzare gli standard minimi di prestazione pubblica su tutto il contesto nazionale, al fine di ridurre le "asimmetrie informative" a danno dei cittadini.<sup>7</sup>

In questo modo, l'oscillazione tra integrazione e differenziazione, tra coordinamento ed autonomia dei sottosistemi territoriali definirebbe, nel quadro di un progetto di mercato competitivo, veri e propri "equilibri di separazione", nella misura in cui offrirebbe opportunità di scelta ai cittadini sui differenti livelli di servizi e di costo, nonché veri e propri "equilibri di pooling", ossia parità di accesso dei territori alle utilità attese della funzioni amministrative.

Lo schema "teorico economico", attraverso il quale leggere la riforma costituzionale italiana del 2001, si rivela tuttavia insufficiente. In primo luogo, esso presuppone che i cittadini, stanchi del Leviatano della burocrazia centrale dello Stato, agiscano e si muovano per eliminare effettivamente le asimmetrie informative prodotte dall'inefficienza, così responsabilizzando i governi locali ad agire sempre meglio.

In secondo luogo, se l'eguaglianza è il cardine fondamentale della cittadinanza riconosciuto dalla Costituzione italiana (art. 3 Cost.), un accentuato sistema di autonomie fondato sulla logica di "equilibri di separazione" e "di pooling" pone seriamente in discussione la stessa idea

<sup>5</sup> E.M. Gramlich, *Federalism and Federal Deficit Reduction?*, in 40 *National Tax Journal*, 1987, 299-313.

<sup>6</sup> T. A. Rounds, *L'armonizzazione e la concorrenza delle imposte: valutazioni a confronto e problemi di politica in tre paesi federali*, in G. Brosio (a cura di), *Governo decentralizzato e federalismo. Problemi ed esperienze internazionali*, Bologna, il Mulino, 1995, 236.

<sup>7</sup> P. Salmon, *The Logic of Pressure Groups and Federalism*, in 28 *European Journal of Political Economy*, 1986, 436 ss.

di una cittadinanza amministrativa non solo come possibilità di scelta, ma soprattutto come parità di risultati e di prestazioni su tutto il territorio nazionale.<sup>8</sup>

Se appare dunque indispensabile studiare queste autonomie nella prospettiva del “risultato”, attraverso anche l’ausilio dell’analisi economica del diritto, non meno rilevante deve essere la valutazione del complessivo status riconosciuto al cittadino, per giudicare della equivalenza o non equivalenza del trattamento che al cittadino stesso è assicurato nei vari contesti territoriali.<sup>9</sup>

### 3 Utilità dell’analisi economica

Quindi, l’analisi economica del diritto pubblico può costituire, rispetto alle comuni valutazioni politiche e giuridiche, un ulteriore elemento di comprensione e conoscenza, operante da una prospettiva più ampia che, attraverso valutazioni supportate anche da criteri tecnici, è in grado di comparare organicamente le diverse soluzioni prospettabili in relazione ad una determinata fattispecie, individuando quella complessivamente più conveniente.<sup>10</sup>

Tuttavia, bisogna tener conto che i metodi di analisi economica non sono neutri, in quanto diversi possono essere gli obiettivi che l’analisi stessa si propone.<sup>11</sup> A tal proposito, si possono distinguere una: a) analisi economica del diritto positiva; b) analisi economica del diritto normativa; c) analisi economica del diritto funzionale. Secondo il metodo a), legato alla scuola di Chicago e particolarmente ai contributi di Ronald Coase e Richard Posner, si studia l’efficienza della regola giuridica così come essa è nella realtà sociale senza prefiggersi obiettivi di intervento normativo. Secondo il metodo b), legato più direttamente alle scuole di Yale e di Harvard e specialmente ai lavori di Guido Calabresi e Steven Shavell, sono elaborati possibili correttivi alle regole esistenti che abbiano generato risultati inefficienti. Infine, il metodo c), che è attribuito alla scuola della George Mason University e principalmente ai suoi esponenti Henry Mann e James Buchanan, muove dalla critica dei primi

<sup>8</sup> A. Police, *Federalismo “asimmetrico” e dequotazione dell’uguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. dell’econ.*, 2002, 489.

<sup>9</sup> M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003.

<sup>10</sup> Per un inquadramento dell’analisi economica nel diritto pubblico si veda: G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009. Per una ricostruzione storica, cfr. H. Hovenkamp, *The First Great Law and Economics Movement*, Stanford, Stanford Univ. Press, 1990, 993 ss.

<sup>11</sup> Sul “mito” della neutralità dell’analisi economica, si v. U. Cerroni, *Metodologia della ricerca sociale*, Lecce, Milella, 1968.

due metodi di analisi per promuovere la rimozione di eventuali cause di inefficienza, non per il tramite di rimedi normativi ad hoc, data la inevitabile sequela di controindicazioni, ma per il tramite di correzioni strutturali orientate a favorire i meccanismi endogeni del sistema.<sup>12</sup>

Gli sviluppi più recenti hanno poi definito due filoni principali di studi in proposito. Il primo, forse quello prevalente, che fa capo alle due riviste più importanti (il «Journal of Legal Studies» ed il «Journal of Law & Economics», entrambi editi a Chicago), è caratterizzato da un notevole uso del formalismo matematico. L'altro filone, per quanto composito, può essere individuato attorno a studiosi che vanno da R.C. Sunstein e C. Jolls — la behavioural law & economics — a O. Williamson ed ai “neo-istituzionalisti”, a N. Komesar, fino alla comparative law and economics di U. Mattei e R. Cooter, T. Ulen e H. Hansmann.<sup>13</sup>

Esistono diversi e molteplici campi in cui l'analisi economica può essere utilizzata nel diritto: il diritto della concorrenza o antitrust<sup>14</sup> (per il quale l'analisi economica viene richiamata, ad esempio, quando si deve decidere nel merito di prezzi e tariffe); il diritto del lavoro (in cui l'analisi economica, ed econometrica in particolare, è fondamentale per comprendere l'evoluzione tipica dei compensi o della carriera di lavoratori aventi caratteristiche determinate nelle cause di discriminazione salariale o di carriera); il settore delle azioni per risarcimento danni (in cui l'economista è chiamato a pronunciarsi sulle somme che devono essere attribuite come risarcimento danni ed il cui ammontare viene calcolato sulla scorta di modelli econometrici che tengano conto della possibile evoluzione futura dei guadagni del soggetto danneggiato qualora il danno non si fosse verificato).<sup>15</sup>

In effetti, in tutti questi casi, l'economista è in grado di apportare un contributo importante grazie ad un'analisi che si basa sull'applicazione di tecniche che, sebbene diverse, sono comunque sempre sofisticate e specialistiche. Tuttavia, non si deve sottovalutare il fatto che, proprio in ragione del settore in cui interviene, l'analisi economica può essere fondata su approcci e teorie fra loro differenti:: per esempio, su elaborazioni di

<sup>12</sup> A. Gambaro, L'analisi economica del diritto nel contesto della tradizione giuridica occidentale, in G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999, 461 ss.

<sup>13</sup> U. Mattei, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, John Hopkins Univ. Press, 1998.

<sup>14</sup> M. D'Alberty, *Concorrenza*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>15</sup> U. Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*. Contributo alla teoria dei diritti sui beni, Milano, Giuffrè, 1997; N. Longo, *L'insostenibile leggerezza della responsabilità amministrativa: un contributo di «Law and Economics»*, in *Riv. Corte conti*, 5, 2005, 225.

modelli matematici (come i modelli di economia industriale costruiti sulla scorta della teoria dei giochi e che vengono ampiamente utilizzati per l'analisi dei casi antitrust, allo scopo di spiegare e/o interpretare i comportamenti anti-competitivi delle imprese quali il "tying", i prezzi predatori, i contratti di esclusiva, e di prevedere i loro effetti sul mercato), o su modelli econometrici (che possono aiutare a definire il mercato rilevante nei casi antitrust), o, infine, su modelli di simulazione (che vengono usati, ad esempio, in materia di concorrenza allo scopo di prevedere il probabile effetto sui prezzi di una determinata operazione di concentrazione).

#### 4 Analisi economica e tribunali amministrativi italiani

C'è allora da chiedersi quale possa o debba essere il "modello" di analisi economica da utilizzare nel diritto amministrativo. Il problema non è solo teorico, ma prioritariamente pratico e investe soprattutto il giudice amministrativo, il quale ben potrebbe impiegare consulenti tecnici economici per valutare l'operato di una pubblica amministrazione.

Si tenga in considerazione, infatti, il seguente Parere del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 2 marzo 2004, n. 926. Infatti, Al paragrafo 3.3 di detto Parere si legge: «al giudice amministrativo spetta dunque di verificare, ex post, l'operato dell'Autorità e in tale controllo il giudice non incontra alcun limite, tenuto conto che anche nel modello impugnatorio il sindacato giurisdizionale è oggi particolarmente penetrante e, nelle controversie quale quelle in esame, si estende sino al controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità (potendosi a rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame)». Pertanto: «... il sindacato del giudice amministrativo non è un mero sindacato di tipo estrinseco (...), ma è un sindacato intrinseco, che non incontra alcun limite con riguardo all'accertamento dei fatti oggetto di indagine». Se dunque il Consiglio di Stato aveva in passato definito il sindacato come «di tipo debole» ora chiarisce che «in realtà, con l'espressione sindacato "di tipo debole", la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata. Con tale espressione si è inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli,

proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe gli attributi del potere. Il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza, che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro "contestualizzato"».

È interessante osservare che il Consiglio di Stato indica questo approccio (nella pratica se non nelle affermazioni di principio) simile a quello della Corte di Giustizia Europea, ed offre infine un esempio di cosa intende. Nel caso Enel/Wind-Infostrada (decisione n. 5156/2002), il Consiglio di Stato ha esaminato a fondo l'analisi economica compiuta dall'Autorità e su quella base ha annullato le misure correttive degli effetti anti-concorrenziali della concentrazione da essa decise. «In quella fattispecie, la Sezione ha in concreto dimostrato di non incontrare alcun limite nell'esercizio del proprio sindacato giurisdizionale e l'assenza di poteri sostitutivi ha comportato solamente che non fosse il giudice a rideterminare le prescrizioni cui condizionare l'assenso all'operazione di concentrazione, ma che la definizione della fattispecie sostanziale oggetto del provvedimento impugnato spettasse, in sede di rinnovato esercizio del potere e con i vincoli derivanti dal giudicato, all'Autorità, cui il legislatore ha demandato l'esercizio di tali delicati poteri. (...) In definitiva, ciò che rileva non è, quindi la qualificazione del controllo come "forte" o "debole", ma l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune al livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare — senza alcuna limitazione — se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato. Peraltro, la riconosciuta ammissibilità anche della consulenza tecnica, quale strumento di verifica di fatti ed elementi rilevanti ai fini dell'analisi economica e delle valutazioni complesse effettuate dall'Autorità, conferma il grado di effettività della tutela giurisdizionale».

È quindi di fondamentale importanza saper valutare le ipotesi di partenza dei modelli usati, l'adeguatezza delle scelte metodologiche effettuate e, più in generale, essere in grado di giudicare criticamente i risultati, eventualmente discordi, delle varie perizie economiche.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> M. Motta, *L'economia ed il giudice* (Intervento al Convegno su: «Scienza e diritto. Il giudice di fronte alla controversia tecnico-scientifica» - Firenze, 7-8 maggio 2004), in [www.iue.it](http://www.iue.it).

In definitiva, il sapere economico è un sapere che può apportare utilissimi elementi di interpretazione nelle aule di tribunale, ma è sicuramente un sapere specialistico, le cui basi ed i cui metodi sono ignoti e di difficile comprensione per i non addetti ai lavori. Perché il decisore (sia un funzionario o un giudice) possa trarre un effettivo vantaggio dall'utilizzo dell'analisi economica egli deve avere, da un lato, una generale comprensione di quali siano i principi fondamentali del metodo scientifico, dall'altro, la possibilità di ricorrere ad esperti terzi che lo affianchino e gli permettano di meglio comprendere l'analisi — o almeno i risultati — delle perizie dei consulenti di parte.

Istruttiva, al riguardo, la giurisprudenza della Corte Suprema degli USA. Il caso *Daubert* (*Daubert v. Merrill Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 1993), ha rivoluzionato la giurisprudenza americana in materia di sapere tecnico-scientifico e di sua utilizzazione nei tribunali. In quella occasione, la Corte Suprema degli USA ha sancito che il giudice ha non solo il potere, ma anche il dovere di verificare il valore scientifico delle perizie. In particolare, la sentenza *Daubert* stabilisce due criteri per l'ammissibilità dell'evidenza economico-scientifica in tribunale: in primo luogo, le teorie esposte devono essere rilevanti nella fattispecie concreta in esame; in secondo luogo, l'evidenza scientifica deve superare uno standard minimo di affidabilità, basato a sua volta su quattro fattori di «buona scienza»: (a) le teorie esposte devono avere valenza empirica; (b) un importante criterio di validità è la pubblicazione in riviste scientifiche accreditate e basate su metodi di peer review; (c) vi deve essere conoscenza delle probabilità di errore; e (d) un'accettazione generalizzata della metodologia suggerita presso la comunità scientifica. Mentre in precedenza quest'ultimo era il fattore determinante dell'ammissibilità dell'evidenza scientifica, con *Daubert* esso diviene solo uno dei fattori da considerare. Inoltre, in *General Electric Co. v. Joiner* (522 U.S. 136, 1997), la Corte Suprema mette in pratica quanto enunciato in *Daubert*, entrando nel merito delle perizie fornite dagli esperti di parte nel caso e stabilendo che i legami causali trovati dagli esperti erano solo speculazioni. Infine, in *Kumho Tire Co. v. Carmichael* (119 S. Ct. 1167, 1999), la Corte Suprema afferma poi che il dovere di agire da gate-keeper si applica non solamente all'evidenza scientifica ma anche alle conoscenze tecniche o alle altre conoscenze specialistiche (quali appunto l'economia). Il caso è importante perché cancella ogni incertezza sul se i principi di *Daubert* si possano

applicare anche all'economia ed alle altre «scienze inesatte» (incertezza dovuta soprattutto al riferimento nel caso Daubert alla falsificabilità delle teorie). La sentenza stabilisce che anche in questi casi il giudice potrà ammettere l'evidenza presentata solo se questa soddisfa principi e metodologia scientifica (ma chiarisce che i quattro fattori di Daubert non devono essere applicati in modo rigido).

In questa accezione, l'analisi economica può contribuire alla ricerca della soluzione più soddisfacente, in modo forse più razionale, e anche più "lucido" per il giudice. Se utilizzata acriticamente, senza una corretta considerazione della specificità giuridica, essa può costituire un elemento di debolezza del sistema, subordinando la protezione di interessi pubblici, e come tali anche inevitabilmente sociali, alla considerazione di profili prevalentemente economici di interesse.

Tale cautela è quanto mai indispensabile per le pubbliche amministrazioni.

Infatti, la pubblica amministrazione, sotto il profilo giuridico, è nello stesso tempo un complesso di beni pubblici, un insieme di risorse, un valore fondamentale trasversale, l'espressione di interessi pubblici compositi, da inserire, ponderare e tutelare nei processi decisionali ai diversi livelli, sia nell'ambito di scelte politiche, libere nei fini, che nell'ambito di scelte amministrative, di carattere discrezionale.<sup>17</sup>

## 5 Il problema dell'interesse pubblico: il caso della tutela dell'ambiente

La pubblica amministrazione come bene, e come risorsa, è naturalmente ed intrinsecamente soggetta a valutazioni di carattere economico. Ma come valore, e come interesse, è tradizionalmente ed auspicabilmente soggetta a valutazioni più complesse.

Sotto il primo profilo (bene) l'amministrazione è soggetta alle leggi del mercato;<sup>18</sup> come valore e come interesse, non può che essere soggetta anche all'intervento pubblico, attraverso il quale si devono correggere le distorsioni del mercato e individuare le soluzioni più funzionali ad esigenze di protezione di "beni costituzionali" rappresentati dalla fundamentalità dei diritti conseguenti a un determinato momento storico.

<sup>17</sup> G. Pastori, voce Amministrazione pubblica, in Dizionario di Politica, Torino, 1976, recentemente ripubblicato in Amministrare, Bologna, 2, 2005, 203

<sup>18</sup> E. Cardi, Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia, Torino, Giappichelli, 2005, 16.

Sostenere il primato dell'analisi economica per la risoluzione di questioni giuridiche significa affidarsi ciecamente alle leggi di mercato, quando invece il mercato è solo uno degli strumenti sostanziali di regolazione e di intervento, da integrare nella gamma degli strumenti potenziali utilizzabili in funzione di salvaguardia degli interessi pluriformi. In altre parole, l'analisi economica corrobora le scelte politiche prima, e concorre all'esercizio della discrezionalità amministrativa poi, ma non può sostituire le tradizionali valutazioni e ponderazioni degli interessi pubblici, da individuare e da tutelare.

D'altronde, alle pre-comprensioni ed ai rischi, già anticipati, si aggiungono le difficoltà che essa incontra nella ponderazione tra interessi economici ed interessi pubblici.

Tali difficoltà emergono sia in termini di valutazioni politiche, economiche, giuridiche, procedurali, sia in termini di effetti, come maggiori costi per le pubbliche amministrazioni o come interferenza sul gioco concorrenziale tra le imprese. Ad esempio: una scelta può essere quella più economica, in via diretta (il prodotto o il servizio da acquistare costa meno del prodotto concorrente), oppure può rivelarsi, in via differita, quella più economica (il prezzo di acquisto è superiore, ma considerando l'intero ciclo di vita, e quindi uso, manutenzione, smaltimento, si ottiene comunque un risparmio per l'amministrazione).<sup>19</sup> Ma casi più complessi non sono infrequenti. Può accadere che la scelta antieconomica diventi economica considerando i vantaggi derivati, anche nel lungo periodo (il servizio scelto costa più di altri, ma determina un minore impatto inquinante, consentendo risparmi in termini di spese sanitarie). Questo si verifica soprattutto in materia ambientale, dove, però, i vantaggi, riferiti ad interessi pubblici generali, "esterni" ma collegati al suo oggetto, non sono immediatamente "monetizzati", e quindi trasformati in valutazioni economiche.

In proposito, si distingue<sup>20</sup> tra metodi Full Cost Accounting, Full Cost Environmental Accounting, Total Cost Accounting, in ragione della differenza tra costi privati e costi sociali, nonché delle varie tecniche di individuazione, a seconda che l'analisi attenga ai costi che influiscono sulla redditività o sul prodotto/processo.

<sup>19</sup> A titolo di esempio si confronti lo studio dei costi per le imprese, come risultanti dalle diverse definizioni legali della nozione di rifiuto, in V. Biondi, R. Zoboli, *Analisi di impatto della regolazione ambientale. Metodologie, esperienze, prospettive*, Milano, 2003, 61.

<sup>20</sup> V. Biondi, R. Zoboli, *Analisi di impatto della regolazione ambientale*, cit., 54.

Ma ancora differente è poi il caso in cui si crea un vantaggio diverso, ma non si individua il modo per “internalizzarlo” nell’amministrazione, o, peggio, si determina uno svantaggio economico a carico di questa. In questi casi, si tratta veramente di ponderare interessi pubblici contrapposti, o comunque non aprioristicamente convergenti.

Ancora una volta, l’ambiente è il caso più enigmatico.<sup>21</sup> Si pensi, ad esempio, all’ipotesi in cui il vantaggio ambientale comporta conseguenze economiche negative. La tutela ambientale è stata, e spesso è ancora, un “lusso”, come testimonia la curva di sviluppo degli Stati confrontata con la curva di spese a fini ambientali, che inizia a crescere sensibilmente quando si raggiunge un certo grado di sviluppo. Ottenuto un certo livello di benessere, ci si può permettere il “lusso” ambientale, che diventa poi, sotto vari profili, una sostanziale necessità e un interesse pubblico primario.

Ecco allora che scelte opportune e compatibili con valori ambientali possono comportare dei costi aggiuntivi per le amministrazioni e per la finanza pubblica, reputati legittimi. La Corte di Giustizia, (causa C-513/99, Concordia Bus), riprendendo molti dei contenuti della Comunicazione interpretativa del 2001 (COM 274), ha confermato la possibilità di inserire considerazioni ambientali negli appalti pubblici, con particolare riferimento, nella fattispecie, alla scelta dei criteri da utilizzare nell’ambito dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Nello stesso tempo, la Corte ha individuato, in via generale, condizioni e garanzie poste a tutela dei principi comunitari. Il giudice europeo ha infatti affermato che non si può escludere che «fattori non meramente economici» possano incidere sul valore di un’offerta, «con riguardo alla detta amministrazione aggiudicatrice» (la versione inglese della sentenza usa l’espressione «from the point of view of the contracting authority»).

A questo punto, il problema diventa quello di verificare come questo possa avvenire, ponderando e confrontando interessi non omogenei, attraverso la “misurazione” dei vantaggi, e l’esercizio, pertanto, di discrezionalità amministrativa e tecnica. Si tratta di stabilire fino a che punto si possano sacrificare valori economici per perseguirne altri, quando non ci sia una soluzione che possa garantire entrambi, o quando non sia già il legislatore a predeterminare il percorso e le scelte.

---

<sup>21</sup> I. Musu, Introduzione all’economia ambientale, Bologna, il Mulino, 2003.

Alle difficoltà della ponderazione si aggiungono quelle relative alla "misurabilità" dei vantaggi, la loro soglia di significatività e le modalità di rilevazione. La modellistica economica negli ultimi decenni ha cercato di sviluppare una serie articolata di approcci che, fondati sull'osservazione diretta e/o indiretta dei comportamenti individuali, in contesti reali (mercati organizzati) e in contesti ipotetici, tenta di stimare curve di domanda dalle quali desumere l'uso del bene ambientale da parte degli individui in corrispondenza di prezzi diversi.

I vari metodi che sino a questo momento sono stati impiegati, nel tentativo di misurare i benefici/danni ambientali, possono essere sostanzialmente ricondotti a due grandi categorie: metodi che si basano su curve di domanda per stimare il valore dei beni ambientali; e metodi che invece ricorrono alla stima delle curve di domanda. Mentre nel primo caso si propongono sostanzialmente misure di prezzo, nel secondo, invece, si stimano misure di valore. Un'ulteriore distinzione, all'interno dei metodi basati su curve di domanda, è quella fra i metodi delle preferenze rivelate (revealed preference), i metodi delle preferenze enunciate (stated preference) e i metodi che utilizzano il trasferimento dei benefici.<sup>22</sup>

Tutti questi tentativi di misurabilità rispondono all'esigenza di limitare l'ampia discrezionalità tecnica dell'amministrazione pubblica.<sup>23</sup> In proposito, è interessante vedere quali siano stati gli argomenti utilizzati per ridurre questa discrezionalità: Con due successive sentenze del 2003 (cause riunite C-20/01 e C-28/01, Repubblica federale di Germania e causa C-448/01, EVN AG), la Corte di Giustizia è dovuta intervenire nei confronti di applicazioni "disinvolute", che mostravano il principale pericolo dell'inserimento di considerazioni ambientali negli appalti pubblici, vale a dire una utilizzazione strumentale e distorta, finalizzata ad ampliare la discrezionalità delle stazioni appaltanti fino ad un'assoluta libertà di scelta, così condizionando la concorrenza, alterando o sopprimendo le procedure ad evidenza pubblica.

In questi precedenti, l'interesse pubblico "ambiente" è stato sottoposto ad analisi economica del diritto della concorrenza, per verificare fino a che punto i "costi" che l'amministrazione appaltante intendeva assumere su di sé fossero effettivamente dettati da quel "valore" e non invece da altri calcoli economici o, peggio, opportunistici.

<sup>22</sup> Per una analitica ricostruzione: G. Casoni, P. Polidori, *Economia dell'ambiente e metodi di valutazione*, Roma, Ist. Pol. Stato, 2002, 81.

<sup>23</sup> L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1988, 7.

## 6 La questione della misurazione dei vantaggi

Di misurazione dei vantaggi si può parlare pertanto in un duplice significato. Il primo fa riferimento al vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, in via immediata o differita, dalle scelte operate. Il secondo fa invece riferimento al "valore" delle scelte, da ponderare e confrontare con gli altri interessi coinvolti.

Il modo più semplice per ottenere il valore economico di un bene ambientale sarebbe certamente quello di chiedere ad un intervistato qual è il prezzo massimo che è disposto a pagare per il bene (willingness to pay) o ad accettare per rinunciarvi (willingness to accept). Ma a questo se ne affiancano altri: scelte dicotomiche, iterative e open ended. Molte di queste scontano il velo di ignoranza e di incertezza che inevitabilmente circonda le tematiche ambientali.

Ma il problema acquista maggiore rilevanza con riferimento agli interventi allocativi destinati alla fornitura dei cosiddetti merit goods ovvero quei beni e servizi che si ritiene di dover produrre anche a prescindere dalla volontà degli stessi destinatari. E questo perché si valuta che, in talune circostanze, non esista la perfetta conoscenza dei propri bisogni da parte dei destinatari. Può cioè succedere che il destinatario stesso non sia il miglior giudice del proprio benessere e dei propri interessi. In situazione di "inconsapevolezza", egli farà delle scelte che non permetteranno il conseguimento del massimo benessere non solo per sé ma soprattutto per la società nel suo complesso, ossia in termini di interesse pubblico.

È il caso delle spese per l'istruzione e per la sanità. La motivazione del loro finanziamento pubblico risiede nella constatazione dell'esistenza di effetti esterni positivi collegati alla fruizione di tali servizi. In queste condizioni, la quantità di risorse individualmente dedicate a questo tipo di beni o servizi risulta inferiore a quella socialmente desiderabile o efficiente.

Pertanto, l'amministrazione deve saper coniugare ragioni di efficienza economica con ragioni di promozione di bisogni meritori. Dovrà cioè coniugare la discrezionalità tecnica delle scelte economiche con la discrezionalità amministrativa delle scelte di merito.

È in questi casi che ritorna centrale la questione del potere discrezionale. Si è visto che la teoria economica ha avuto battute d'arresto quando si è trovata di fronte a problemi di bilanciamento fra competing interests. Ove la teoria economica prosegua nel suo allontanamento

dal modello dei comportamenti razionali, ove accetti sinergie non solo con l'analisi giuridica, ma anche con la sociologia e la politologia, come sta avvenendo con la nuova *political economy* e con la *new institutional economics*, potranno derivarne apporti utili alle teorie dei beni meritori e, più in particolare, ad individuare criteri di valutazione per le scelte discrezionali dei regolatori e decisori pubblici, anche sul piano globale.

Amartya Sen ha offerto in proposito un contributo importante, lì dove ha distinto tre possibili modi di risolvere situazioni di interessi confliggenti: un *balanced complete ordering*, quando il conflitto può essere risolto a monte della decisione regolatoria, ad esempio dal legislatore; un *dominance reasoning*, quando il decisore può basarsi sulla chiara superiorità di un interesse su altri, nella "plural evaluation"; un *irreducible conflict of compelling principles*, con più ampia scelta discrezionale lasciata al decisore o regolatore.<sup>24</sup> È significativo che tali spunti siano stati ripresi e trasposti nell'analisi giuridica dei mercati, per distinguere — rispettivamente — i differenti criteri di scelta del decisore nella *corporate governance*, nell'attuazione della disciplina antitrust e nella regolazione delle *public utilities*.<sup>25</sup>

Tuttavia, tornando al conflitto tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, bisogna osservare che tra le due valutazioni sussiste una incidenza riflessa, in quanto la mancanza di misurabilità economica dei beni meritori incide sulle scale di discrezionalità amministrativa del decisore.

Il problema, in altri termini, è quello della insufficienza dei semplici accertamenti tecnici, considerato che risulterà impossibile per il decisore formulare una valutazione sulla scorta delle conoscenze tecniche appropriate al caso concreto di ciascun singolo destinatario del "bene meritorio".

Questa semplice riflessione dimostra la fallibilità della idea della "amministrazione di risultato". Il problema epistemico principale diventa quello della precisazione del concetto di "risultato" e della conseguente individuazione dei parametri cui si riporta la valutazione circa il suo raggiungimento.

Se optiamo per la tesi del risultato come criterio qualificativo dell'azione amministrativa, cui agganciare, almeno in parte, un giudizio in chiave di validità, invalidità, irregolarità, se si collega il "risultato" al

<sup>24</sup> A. Sen, *On Ethics and Economics*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1987, 65.

<sup>25</sup> E. Cardì, *Mercati*, cit., 16.

profilo teleologico dell'azione (e lo si identifica, per esempio, come lo "scopo" dell'atto amministrativo, ovvero lo si concepisce come qualità dell'atto corrispondente all'attitudine dello stesso al raggiungimento dello scopo),<sup>26</sup> allora ci muoviamo nell'ambito di categorie giuridiche già note, e tutto si risolve in una accentuazione del valore più tradizionale dell'efficienza secondo la coppia concettuale merito-discrezionalità e la nozione di legalità "sostanziale".

Ma se accediamo ad una visione del "risultato" di tipo fenomenico-effettuale, come complesso delle conseguenze "materiali" dell'azione amministrativa, allora il concetto possiede senza dubbio i caratteri dell'autonomia e della novità, con conseguente difficile collocazione nell'ambito delle categorie della scienza giuridica. Si allude, infatti, a un compendio fenomenico vasto ed indeterminato, ma, soprattutto, proiettato in gran parte nel futuro, contrassegnato da una intrinseca e strutturale incertezza; utilizzabile prognosticamente ai fini di una qualificazione giuridica dell'azione, che deve esser compiuta al momento stesso in cui l'azione stessa si realizza.<sup>27</sup>

Per uscire da questa impasse, la nozione di "risultato", pur alludendo a conseguenze socialmente rilevanti dell'azione amministrativa non riportabili ai meri effetti giuridici di questa, deve riferirsi a prodotti contestuali e coevi all'azione medesima: in altre parole, il "risultato" deve tradursi in una nuova prospettiva di inquadramento e valutazione dell'azione cui si riferisce: «La discrezionalità amministrativa, insomma, si profila come un metodo (opportuno) di approccio a problematiche, ma in un'amministrazione democratica essa non esaurisce il compito del potere pubblico. Questo, infatti, deve tramutarsi in scelte intelligibili, comprensibili ai destinatari, valutabili nelle conseguenze anche da chi non è un esperto giurista, né un tecnico. Il progresso tecnologico ha raggiunto ormai traguardi tali che rendere decifrabili scelte, anche ad alto contenuto tecnico, è comunque un'operazione fattibile».<sup>28</sup>

## 7 Il tema dei "costi sociali"

In questa prospettiva, emerge l'importanza, per l'analisi economica del diritto amministrativo, del concetto di "costo sociale", nella sua

<sup>26</sup> G. Pastori (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1964, 30; G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, Padova, Cedam, 1975, 802.

<sup>27</sup> R. La Barbera, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica degli effetti del provvedimento*, Torino, Giappichelli, 2001, 23.

<sup>28</sup> M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 269.

dimensione multiforme che spazia dagli esborsi monetari alle ripercussioni esistenziali e/o psicologiche dei destinatari delle decisioni pubbliche.

Com'è noto, la categoria di "costo sociale" è stata introdotta e utilizzata da R. H. Coase, ed è funzionale alla critica al pensiero di Pigou e alla tradizione pigoviana.<sup>29</sup> L'idea fondamentale del padre dell'economia del benessere era che, in presenza di un'azione dannosa, si dovesse escogitare un meccanismo per internalizzare i costi esterni, cioè per far sì che il soggetto agente considerasse nella propria analisi costi-benefici tutti i costi sociali causati dalla sua attività, compresi quindi quelli che ricadono su altri. Pigou riteneva che tale internalizzazione dovesse avvenire attraverso una tassa pari al costo esterno. In tal modo, il soggetto agente sarebbe stato incentivato a condurre la propria attività fino al punto in cui il suo beneficio netto fosse stato pari al costo esterno, portando così la società ad una situazione di equilibrio.<sup>30</sup>

Coase ricorda anche la tradizione pigoviana orale, secondo la quale l'internalizzazione avrebbe potuto attuarsi per mezzo dell'istituto della responsabilità civile. Con tale meccanismo, il soggetto agente sarebbe stato portato a considerare nel proprio calcolo egoistico anche i costi esterni, i quali sono internalizzati nella misura in cui il risarcimento eguaglia l'esternalità. La logica dell'internalizzazione dei seguaci di Pigou portava quindi a sostenere l'esigenza di escogitare, per ogni azione dannosa, un meccanismo idoneo a far sì che il soggetto agente considerasse come proprio qualunque costo esterno, cioè "internalizzasse l'esternalità".

Tuttavia, l'economista di Chicago ha voluto mettere in evidenza come l'ipotesi di un sistema organizzativo, in cui ad ogni attività dannosa sia collegata una tassa o un qualche altro meccanismo di internalizzazione dei costi esterni, presupponga un mondo astratto, una sorta di "economia alla lavagna". Infatti, dall'analisi dei casi giurisprudenziali, Coase evidenzia il fatto che gli ordinamenti giuridici disciplinino le attività dannose in maniera non corrispondente al meccanismo della internalizzazione dei costi sociali. Gli ordinamenti, in altri termini, autorizzano o vietano, normalmente, certe attività e non utilizzano il meccanismo in forza del quale il soggetto agente può compiere una certa azione purché sia disposto a sopportarne le conseguenze, conseguenze che possono consistere nel pagamento della tassa o nel risarcimento del danno.

<sup>29</sup> R. Coater, Le migliori leggi giuste: i valori fondamentali nell'analisi economica del diritto, in G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani (a cura di), *Analisi economica*, cit., 464 ss.

<sup>30</sup> F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2002, 107 ss.

Si può quindi sostenere, secondo Coase, che gli ordinamenti, anche nel caso in cui essi siano preoccupati di promuovere l'efficienza economica, compiano essi stessi la valutazione della desiderabilità sociale o meno di una certa attività, attuando in tal modo una misurazione diretta del beneficio privato e dei costi esterni conseguenti a quel comportamento.<sup>31</sup>

Il tema del "costo sociale", si è così rivelato un concetto problematico per la stessa analisi economica del diritto, giacché ne ha ridimensionato la forza predittiva,<sup>32</sup> favorendo, nel contempo, il superamento della originaria impostazione neoliberalista.

Di conseguenza, proprio questa ibridazione ha consentito all'analisi economica del diritto di ampliare il proprio raggio d'azione e di accostarsi al diritto pubblico libera da visioni esclusivamente contrattuali e individualistiche, in una tendenziale convergenza tra analisi economica e teoria della scelta collettiva.

Nell'ambito della public choice, infatti, i criteri euristici dell'analisi economica, una volta ridefinite le griglie di utilizzazione, sono destinati ad operare con maggiore efficacia. Si pensi alla rilevazione del cosiddetto "endowment effect", che evidenzia tanto la strutturale insufficienza e limitatezza prospettica della scelta individuale, quanto soprattutto la radicale aleatorietà della sua utilizzazione come fondamento di una valutazione di efficienza allocativa (al di là dei casi in cui le opzioni possibili hanno struttura elementare e coinvolgono interessi estremamente semplici).

In proposito, il riferimento d'obbligo è al lavoro di K.J. Arrow, uno dei più importanti teorici dell'economia nel XX secolo: Egli ha risposto alla crisi di identità della nuova economia del benessere, con la "teoria delle scelte sociali". La nascita di tale approccio si fa risalire al 1951, anno in cui Arrow ha pubblicato il celebre "Collective Choice and Individual Values".<sup>33</sup> In tale occasione, egli ha formulato il cosiddetto "teorema dell'impossibilità", secondo il quale ciascun individuo possiede, per ipotesi, un ben definito orientamento preferenziale sull'insieme delle condizioni sociali, espressione dell'insieme di valori del soggetto. Con simile premessa, la teoria arriva alla conclusione che nessuna funzione di scelta sociale è in grado di soddisfare i requisiti minimali di coerenza e di moralità (come universalità, indipendenza delle alternative irrilevanti,

<sup>31</sup> R. H. Coase, Il problema del costo sociale, in Id., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, il Mulino, 1995.

<sup>32</sup> A. Gambaro, L'analisi economica del diritto nel contesto della tradizione giuridica occidentale, in G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani (a cura di), *Analisi economica*, cit., 461.

<sup>33</sup> K.J. Arrow, *I limiti dell'organizzazione*, Milano, Franco Angeli, 1986.

rispetto delle condizioni individuali ecc.). La difficoltà sta nel fatto che, per almeno qualche configurazione degli orientamenti individuali, il tentativo di soddisfare tali requisiti genera un ordinamento di preferenze sociali che non rispetta la proprietà della transitività: cioè non può valere per tutti. Il “costo sociale” sarebbe quindi inevitabile.

L'utilizzazione dei modelli analitico-economici in funzione di evidenza dell'efficienza allocativa delle decisioni pubbliche in generale — e tra loro, non ultime, quelle amministrative — può consentire una ricognizione più precisa dei “costi sociali” connessi alle scelte ed una migliore comprensione dei meccanismi combinatori degli interessi in gioco.

Questa nuova prospettiva di inquadramento e valutazione dell'azione amministrativa affonda le radici in un contesto assiologico sempre più vicino (o sempre meno lontano) da quello cui si riferisce l'idea della “amministrazione di risultato”, e di offrire una griglia di rilevanza sufficientemente circoscritta da renderla praticabile anche da parte degli operatori giuridici, ed in particolare da parte dei giudici di tradizione di civil law.

Essa si giova, altresì, di una sostanziale convergenza tra analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”, per quanto concerne la lettura del fenomeno giuridico: in entrambi i casi, quella che si propone è una complicazione (nel senso di una accentuazione della complessità) ed una concretizzazione dei fattori rilevanti per la risoluzione dei problemi giuridici, che non si ritiene possano desumersi esclusivamente dalla lettura della proposizione normativa, ma si sostiene vadano ricercati anche (e forse soprattutto) all'interno del contesto sociale su cui la norma interviene e in cui è destinata ad operare. Ne discende, in entrambi i casi, una tensione verso un'interpretazione orientata alla “proiezione” del dato normativo verso una collettività, che si aspetta qualcosa di più del semplice rispetto della legalità.<sup>34</sup>

## 8 Semplificare in nome dei “costi sociali”

Il punto nodale del discorso diviene quindi la verifica dell'attitudine delle categorie dell'analisi economica del diritto a razionalizzare ed obiettivare le scelte dell'apparato pubblico, fornendone un metro di valutazione adeguato alle esigenze di una amministrazione che si vuole orientata “al risultato”. In tale prospettiva, come si è detto, l'analisi

<sup>34</sup> L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 223.

economica del diritto si accosta così alla teoria della decisione pubblica,<sup>35</sup> di cui mutua in gran parte il corredo concettuale e categoriale.

In questo modo, la costruzione teorica della “amministrazione di risultato”, ancorché carica di implicazioni etiche, potrebbe utilmente avvalersi dell’elaborazione giuseconomica in tema di “efficienza allocativa”:<sup>36</sup> il “risultato” che l’amministrazione è chiamata a realizzare, in ragione del quale la sua azione viene definita anche nei termini propri della scienza giuridica, potrebbe quindi tradursi, genericamente, come “allocazione efficiente delle risorse”, mediata dalla considerazione dei “costi sociali” della decisione, nel senso che l’“amministrazione di risultato” è tenuta a produrre, attraverso la propria azione, una utilità sociale maggiore del “costo sociale” complessivo che questa stessa azione comporta.

Di conseguenza, l’efficienza cessa di essere una categoria autoreferenziale dell’amministrazione pubblica e un dogma della sola scienza giuridica, per tramutarsi invece in un sistema di indicatori metodologicamente valutabili, da parte dell’amministrazione, come dei cittadini e degli stessi giudici,<sup>37</sup> in quanto relazione tra risorse impiegate, risultati conseguiti, “costi sociali prodotti”.<sup>38</sup>

Di più: talvolta, forse in omaggio alla trattabilità matematica dei problemi, tipologie di “costo sociale” di valenza potenzialmente assai ampia vengono ricondotte, in modo più o meno consapevole, ad indicatori monetari (pensiamo, per esempio, ai cosiddetti “costi di decisione”, che vengono sovente intesi come puro esborso economico connesso al funzionamento dell’apparato decidente).

La conseguenza di questo approccio è consistito nell’allargare il campo di osservazione dell’impatto economico della pubblica amministrazione, dalla dimensione della sola attività materialmente legislativa, ossia delle sole decisioni d’apparato di carattere astratto e generale, alle decisioni singolari e concrete, che costituiscono il nerbo della funzione amministrativa.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> A. De Chiara, A. Di Majo, Il mutare delle metodologie nelle scienze sociali: il caso delle analisi economiche delle scelte pubbliche, in *Queste Istituzioni*, 2009, 153, 97.

<sup>36</sup> F. Pulitini, Quante analisi economiche del diritto? Riflessioni su Yale e Chicago, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2003, 1, 139.

<sup>37</sup> Cfr. G. Ghidini, Due culture? Il ruolo dell’efficienza sulle due sponde dell’Atlantico, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2003, 1, 169.

<sup>38</sup> Su questi temi cfr. N. Paolantonio, Controllo di gestione e amministrazione di risultati, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2003, 380.

<sup>39</sup> Sul tema confronta anche The Oecd report on regulatory reform C/MIN(97)10/ADD, citato in P. Marconi, C. Frollà, I “compliance cost” nei paesi Ocse e in Italia, in G. De Caprariis, G. Vesperini (a cura di), *L’Italia da*

L'analisi giuseconomica propone così all'attenzione degli studiosi del diritto amministrativo alcuni strumenti critici di grande interesse per la comprensione dell'efficienza allocativa (e dunque del "risultato") delle decisioni pubbliche.

Il primo di essi è costituito dall'analisi dei cosiddetti "costi procedurali" e dei diversi sistemi di distribuzione e traslazione degli stessi: costi e redistribuzione che variano significativamente in ragione dei metodi di composizione del conflitto, circa l'allocazione di risorse scarse, che vengono adottati dall'ordinamento. Si parla in proposito di «benefici di trasferimento» derivanti dai costi risparmiati per la concreta effettuazione degli interventi di redistribuzione.<sup>40</sup>

La citata riforma italiana della legge n. 241/1990 ha inciso su tale redistribuzione dei costi procedurali (in termini di riservatezza, di esborsi per l'assistenza tecnico-legale, di funzionamento dell'apparato), partendo dall'assunto che il procedimento amministrativo non è altro che una tecnica di risoluzione del conflitto per una "decisione politica responsabile",<sup>41</sup> munita di un fondamento razionale-contenutistico oggettivo.

Ma è più in generale su queste premesse che sono nati in Italia i percorsi di sostanziale deregulation, nella forma dei processi di delegificazione e di semplificazione,<sup>42</sup> in sede prioritariamente di riforme amministrative,<sup>43</sup> per poi culminare nella citata riforma costituzionale del 2001.

Curitiba-PR, 1 settembre 2010.

Public Administration and Economic Analysis of Law: Instructions from Italy

Abstract: The principal aim of this article is to analyze the realistic point of view of the Italian approach to the Economic Analysis of Law in the field of Administrative Law. This approach is developed with a teleological emphasis which does not neglect the role of the Constitution but underlines the influence of the continual and repeated administrative reforms on the effective economic praxis of the Public Power.

semplificare: vol II Le regole e le procedure, Bologna, il Mulino, 1998. Si veda anche, M. Clarich, Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata, in Riv. trim. dir. pubbl., 3, 1998, 683.

<sup>40</sup> A. Arcuri, R. Van den Bergh, Metodologie di valutazione dell'impatto della regolamentazione: il ruolo dell'analisi costi-benefici, in Mercato, Concorrenza, Regole, 2001, 2, 249.

<sup>41</sup> La definizione è di G. Calabresi, P. Bobbit, Scelte tragiche, Milano, Giuffrè, 1986, 96.

<sup>42</sup> S. Cassese, G. Galli, Introduzione in S. Cassese, G. Galli (a cura di), L'Italia da semplificare, vol. I Le istituzioni, Bologna, il Mulino, 1998, 14 ss.

<sup>43</sup> Con le leggi n. 537/1993, con la quale è stata disposta una ampia opera di delegificazione, ricorrendo a regolamenti governativi previsti dall'art. 17, comma 2 della legge 400 del 1988 e poi con le leggi 15 marzo 1997, n. 59, 15 maggio 1997, n. 127, 16 giugno 1998, n. 191.

Key words: Public administration. Economic analysis of law. Standard cost model. Fiscal constitutionalism. Public interest. Merit goods. Social cost.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARDUCCI, Michele; MACRÌ, Michele. Amministrazione pubblica e analisi economica del diritto: istruzioni per l'uso dall'Italia. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 45-67, out./dez. 2010.

Recebido em: 01.09.10

Aprovado em: 29.11.10