

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 2-3 - 2010

FALLIMENTO O ASSENZA DI MERCATO?
IL CASO DELLA TRANSAZIONE GLOBALE IN
UNA PROSPETTIVA DI *LAW AND ECONOMICS*

Massimiliano Vatiere

**FALLIMENTO O ASSENZA DI MERCATO?
IL CASO DELLA TRANSAZIONE GLOBALE IN UNA
PROSPETTIVA DI *LAW AND ECONOMICS***

Massimiliano Vatiere (1)

*Professore a Contratto di Law and Economics
nell'Università di Siena*

Sommaro

1. Premessa
2. All'inizio era il mercato(?)
3. Il Teorema di Coase e la transazione globale
4. Ri-progettare l'agenda di ricerca sul tema
5. Considerazioni conclusive

Questo breve articolo rappresenta un'analisi introduttiva secondo l'approccio della Law and Economics della transazione globale e propone un'agenda di ricerca sul tema.

The present brief article offers an introductory Law and Economics analysis of "transazione globale" and proposes a new research agenda on this theme.

(1) Questo articolo è l'estensione dell'intervento in qualità di *discussant* al saggio della dott.ssa Serena Oggianu dal titolo *ADR in materia ambientale: le transazioni globali (art. 2 D.l. n. 208/2008)* presentato all'interno del workshop *Il Danno Ambientale* (Siena, 18 Giugno, Facoltà di Economia, Aula *Franco Romani*). L'Autore è grato agli organizzatori per avergli permesso di partecipare nel ruolo di *discussant* allo stimolante incontro; un ruolo che è stato ancora più piacevole dato che la sede del convegno è intitolata a uno degli studiosi italiani che possono essere annoverati a maggior titolo quali fondatori dell'analisi economica del diritto in Italia. L'Autore ringrazia inoltre Francesco De Luca, Antonia Irace, Elisabetta Menchetti, Giuseppe Niglia, Alessandro Spina e un *referee* anonimo per gli utili suggerimenti che hanno sensibilmente arricchito la trattazione. Come sempre, ogni errore è attribuibile solo all'Autore: vatiero@unisi.it

1. Premessa

Il d.l. n. 208/2008 prevede che – nell'ambito degli strumenti di attuazione di interventi di bonifica e messa in sicurezza dei Siti di Interesse Nazionale – il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare possa stipulare con una più imprese, pubbliche o private, una *transazione globale* (art. 2), ovvero fissare il conto complessivo per la bonifica, il ripristino dell'area, il risarcimento del danno ambientale e degli altri eventuali danni lamentati da Stato e amministrazioni locali (2). Regioni, province, comuni, associazioni e privati interessati sono coinvolti mediante forme di pubblicità e garanzie di partecipazione e trasparenza. In particolare, la proposta ministeriale di transazione sarà di volta in volta sottoposta al vaglio dei soggetti interessati, che potranno chiedere correttivi entro trenta giorni. Realizzato lo *schema di contratto* scatta un termine di 300 giorni per raggiungere un accordo fra tutte le parti attraverso lo strumento della conferenza di servizi. Il via libera finale alla transazione spetta al Consiglio dei Ministri, e comporta l'abbandono di ogni contenzioso presente e futuro sul tema.

Il provvedimento normativo si propone così di velocizzare la riparazione del danno ambientale e il rilancio produttivo delle aree inquinate comprese nei siti di interesse nazionale, superando con una transazione i contenziosi legali che sovente paralizzano gli interventi di bonifica. L'intento è quindi quello di semplificare il contenzioso, spesso ramificato intorno ai rimborsi per le spese di ripristino e recupero delle aree in cui si è verificato un danno ambientale.

La transazione associata alla mediazione politica per la regolamentazione in via definitiva dei rapporti civilistici conseguenti ad attività che hanno provocato danni all'ambiente e per la gestione del relativo costo sociale non è una novità assoluta. Infatti già in alcuni casi di risarcimento per danni da catastrofe si è assistito a una transazione: si pensi, per esempio, al caso di Mass Tort verificatosi in Italia o ancora al risarcimento dei danni derivanti dal crollo della diga di Stava.

(2) Per la trattazione giuridica del tema qui seguita si veda LUCATI, *Transazioni globali per il risarcimento del danno ambientale*, in *Le Riviste Iperestuali*, Torino, 2010.

La soluzione accolta sul piano normativo, seppure con le dovute precisazioni, ha lo stampo tipico della contrattazione (3). Per questa ragione appare opportuno analizzare la transazione globale tramite la metodologia teorica proposta dalla *Law and Economics* (L&E) e più in particolare dalla teoria dei costi di transazione basata sui lavori di Ronald H. Coase e Oliver E. Williamson.

2. All'inizio era il mercato(?)

Al fine di sviluppare il nostro discorso alcuni punti vanno chiariti in premessa. Innanzitutto va detto che la L&E afferma *a priori* – per convenienza espositiva, giustificherebbe Williamson (4) – l'esistenza di un mercato. Il mercato è cioè inquadrato come *locus naturalis* secondo la terminologia proposta da Natalino Irti. Questo implica che le relazioni all'interno del mercato siano anch'esse un fattore naturale e pre-esistente alle relazioni di non-mercato. Tipicamente il mercato è caratterizzato da contratti in cui gli individui o gruppi di individui fissano le condizioni del loro rapporto. Quando il contratto non è in grado di permettere scambi efficienti si dice che il mercato “fallisce”, cioè non riesce ad allocare le risorse nella maniera che sarebbe più conveniente per i soggetti coinvolti e, conseguentemente, per la società. Le condizioni che ostacolano il corretto ed efficiente meccanismo dei prezzi e comportano il fallimento del mercato sono molteplici e, quasi tautologicamente, identificabili nel concetto di costi nella transazione di mercato, ovvero costi di transazione. La teoria dei costi di transazione studia, comparandole, le diverse soluzioni istituzionali⁵ sotto un'ottica

(3) Sebbene Oggianu nel suo saggio evidenzi alcuni aspetti non propri del contratto.

(4) In WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, Free Press, 1975, 20, si afferma difatti: «I assume, for expositional convenience, that in the 'beginning there was the market'».

(5) Secondo questo approccio in ogni transazione economica sono sostenuti sia costi *ex-ante* – come per esempio quelli necessari per la ricerca delle opportunità disponibili, la raccolta e l'elaborazione delle informazioni, la contrattazione dei termini di scambio, l'adozione delle opportune precauzioni e salvaguardie contrattuali e la stesura del contratto – sia costi *ex-post* la transazione medesima, quali l'amministrazione della relazione, il monitoraggio

di efficienza nel senso di Pareto. Tale teoria si basa sull'assunto che gli agenti mirino a individuare e selezionare la forma organizzativa delle relazioni economiche in grado di minimizzare i costi "istituzionali"; spesso questa teoria tende ad assumere (e non solo per motivi espositivi) che *all'inizio era il mercato* e, di conseguenza, che il mercato sia la soluzione più immediata e meno costosa (6).

Gran parte del dibattito all'interno e, soprattutto, all'esterno la disciplina L&E sta appunto nel comprendere se tale assunzione (*all'inizio era il mercato*) ha il mero compito di facilitare l'esposizione dell'analisi o se questa sia rilevante anche per i risultati dell'analisi stessa. L'implicazione più rilevante riguarda se le istituzioni diverse dal mercato (come l'impresa e lo Stato) emergano solo *dopo* il mercato stesso e solo con un ruolo residuale. Non è lo scopo di questa nota affrontare una lunga (e comunque parziale) trattazione di questo dibattito (7), ma dato che questo è consolidato sarebbe certamente ingeneroso fermarsi solo *all'inizio*. Due sono quindi le questioni sulle quali focalizzeremo l'attenzione:

i. può il mercato e quindi la soluzione contrattuale come quella della transazione globale 'funzionare' per i temi ambientali, oppure è inevitabile un *fallimento*?

ii. Ammesso che non siamo in presenza di fallimento di mercato, la soluzione della transazione globale – così come normata – può comportare un'*assenza* di mercato?

Lo scopo del lavoro è, in definitiva, quello di offrire una valutazione critica di una soluzione contrattuale come è quella della transazione globale tramite gli strumenti propri della L&E. In particolare, si evidenzierà la distinzione tra le condizioni che causano un fallimento del mercato e condizioni che comportano un'*assenza* di mercato. Detto altrimenti, il mercato e il teorema

e la misurazione della performance, la verifica della corretta applicazione del contratto. Si veda, NICITA-SCOPPA, *Economia dei contratti*, Roma, 2005.

(6) Eppure come un giovane Coase dimostrava con un ragionamento abduktivo, la presenza di imprese anche di enormi dimensioni – che non hanno una forma organizzativa di mercato – testimonia l'esistenza di costi di funzionamento del meccanismo dei prezzi e, conseguentemente, la possibilità di un vantaggio competitivo della forma organizzativa di impresa/gerarchia piuttosto che di mercato.

(7) A tal proposito si rimanda alla letteratura citata nel cap. 4 di VATIERO, *Understanding Power. A 'Law and Economics' Approach*, Saarbrücken, VDM-Verlag, 2009.

di Coase possono non funzionare perché le condizioni *naturali* non lo permettono, oppure perché ci sono delle condizioni *artificiose* che non favoriscono la creazione di un mercato laddove sarebbe possibile, oltretutto auspicabile.

3. Il teorema di Coase e la transazione globale

Le soluzioni contrattuali – e in questa può rientrare anche la transazione globale – trovano fondamento in una prospettiva di L&E nel teorema di Coase. Come noto, non fu Ronald H. Coase a formulare il teorema (8), ma fu esplicitato da un altro Premio Nobel, George J. Stigler (9). Anche per questo motivo non esiste un'unica formulazione del teorema, di cui comunque lo stesso Coase non ha mai smesso di ribadire l'inconsistenza delle assunzioni (10). Per i nostri fini si può proporre la formulazione del teorema a opera di Guido Calabresi:

«if one assumes rationality, no transaction costs, and no legal impediments to bargaining, all misallocations of resources would be fully cured in the market by bargains» (11).

Le “virtù curative” del mercato e della contrattazione individuale secondo questa formulazione sono valide in presenza di tre condizioni:

1. gli agenti sono perfettamente razionali (12),
2. i costi di transazione sono nulli e
3. non ci sono impedimenti giuridici alla contrattazione.

In assenza di una o più di queste condizioni il teorema non è più *necessariamente* vero (13), indebolendosi conseguentemente

(8) COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1-44, 1960.

(9) STIGLER, *The Theory of Price*, New York, Macmillan, 1966.

(10) Tra gli altri si veda: COASE, *The Coase Theorem and the Empty Core: A Comment*, in *Journal of Law and Economics*, 24: 183-187, 1981.

(11) CALABRESI, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules. A Comment*, in *Journal of Law and Economics*, 11(1), 68, 1968.

(12) Il concetto di razionalità limitata include le difficoltà nel reperire e distinguere le informazioni rilevanti per una transazione economica e per una scelta ottimale degli agenti.

(13) Vale la pena sottolineare che l'inconsistenza delle ipotesi di un teorema non implica l'inconsistenza della tesi del medesimo teorema. In altri termini, se le assunzioni sono false non si può necessariamente concludere che la tesi è falsa (né, ovviamente, che è vera), ma solo che è fallibile.

una parte sostanziale del fondamento teorico delle soluzioni contrattuali, come quella della transazione globale. Molti elementi della transazione globale, come vedremo, sono in contraddizione con le assunzioni del teorema di Coase; in tal modo si possono trovare ragioni per indebolire la giustificazione teorica di tale strumento. Ne riportiamo schematicamente quelle più rilevanti.

A) Problemi di coordinamento. Oggianu rileva che le problematiche inerenti l'ambiente comprendono interessi *che superano la sfera individuale del singolo per divenire non solo semplicemente interessi diffusi e talora collettivi, ma interessi universali* sia spazialmente (tra regioni limitrofe) sia temporalmente (tra generazioni presenti e future). In una prospettiva di L&E questo determina la presenza di alti costi di coordinamento tra gli agenti che altro non sono che costi di transazione tra questi e che molto probabilmente sono in grado di ostacolare l'ottenimento dell'*Ottimo nel senso di Pareto*.

B) Soggetti interessati non coinvolti nella contrattazione. Come riporta Oggianu i soggetti "privati" che subiscono un danno ambientale (tra questi rientrano anche le imprese che – seppure oggi producano inquinamento – agiscono in un territorio già danneggiato da altri) hanno un ruolo pressoché passivo nello strumento della transazione globale, che coinvolge principalmente invece l'ente pubblico e il privato che ha generato il danno. Questo favorisce l'emergere o la permanenza di esternalità rilevanti, cioè di effetti nei confronti di soggetti che non hanno prestato il loro consenso o non sono stati efficacemente coinvolti nella transazione stessa. L'errore del *rule-maker* sta probabilmente nel confondere in una transazione l'interesse istituzionale con l'interesse collettivo; non è detto che questi coincidano (14). Nel caso di transazione globale qui si ritiene che sia stato creato *ex lege* una sorta di *falsus procurator* e, conseguentemente, sono stati istituiti ostacoli all'azione di alcuni soggetti, cioè – usando le parole di Calabresi –

(14) Tale coincidenza è ancora più problematica perché in caso di danno ambientale spesso si è in presenza di portatori di interessi diffusi come le associazioni ambientaliste che esplicitamente non si identificano nell'ente pubblico.

impedimenti legali alla contrattazione per taluni agenti coinvolti.

C) Il ruolo del pubblico ufficiale. Il soggetto pubblico o – come lo chiamerebbe John R. Commons (15) – il pubblico ufficiale nel costrutto della transazione globale svolge il ruolo di raccogliere le istanze dei soggetti danneggiati. In un'ottica di L&E questo determina due ragioni di criticità. Primo, come abbiamo accennato sopra, una letteratura consolidata di evidenze empiriche derivanti dalla *Public Choice* mostra che il pubblico ufficiale non è necessariamente *benevolo* e che ha, almeno in parte, un comportamento auto-interessato teso a massimizzare una funzione di utilità che non è coincidente con quella della totalità della società e/o di alcune parti di questa (es. i più deboli). La seconda criticità è rappresentata dal fatto che la contrattazione tra un soggetto pubblico e un soggetto privato è già di per sé *falsata* per la stessa natura “giuridica” dei soggetti. Per entrambi i motivi quindi si rilevano impedimenti legali alla contrattazione che potrebbero portare a un equilibrio Pareto inefficiente e al non verificarsi di quanto previsto dal teorema di Coase.

D) L'ambiente come bene pubblico. Probabilmente l'elemento più banale (per lo studioso di L&E) ma anche più rilevante per indebolire il fondamento teorico della transazione globale è la natura di bene pubblico dell'ambiente. Le condizioni e le caratteristiche pubbliche (nel senso economico del termine) del bene – consumo non-escludibile e non-rivale – determinano il fallimento del mercato sia per motivi legati a un implicito fallimento della razionalità individuale sia per i costi di transazione che la produzione del bene pubblico comporta. Di per sé basterebbe questa considerazione per indebolire sensibilmente l'applicazione e l'applicabilità del teorema di Coase per il caso in esame.

Problemi di coordinamento, soggetti interessati ma non coinvolti nella contrattazione, ruolo inappropriato del pubblico ufficiale e la natura pubblica del bene sono condizioni che

(15) COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, 1924. Si veda anche VATIERO, *From W.N. Hohfeld to J.R. Commons, and Beyond*, in *American Journal of Economy and Sociology*, 69(2), 840-866, 2010.

possono ridurre la robustezza dei risultati del teorema di Coase come applicati al caso della transazione globale (16).

4. Ri-progettare l'agenda di ricerca sul tema

Occorre precisare che il mercato nel teorema di Coase non è mai *completamente* il frutto di un processo spontaneo, ma necessita di alcune condizioni determinate (almeno in parte) esogenamente; per esempio, la chiara definizione e precisa delimitazione dei diritti di proprietà – ipotesi del teorema di Coase – è una funzione che già Coase (ma anche i sostenitori dello “Stato minimo” à la Nozick) riteneva essere il compito di un soggetto terzo (es. il *rule-maker*). Inoltre le condizioni esogene sono molto spesso “costose” da realizzarsi; sempre esemplificando, la definizione e l'*enforcement* dei diritti di proprietà comporta l'esistenza e la permanenza di “codici” che strutturino le relazioni giuridiche e di soggetti chiamati ad applicare e a rendere effettiva tale strutturazione.

Questo significa che, come già più volte ha ricordato lo stesso Coase, occorre discernere tra un *fallimento* e un'*assenza* di mercato; detto altrimenti, tra un cattivo funzionamento del mercato o il suo non-funzionamento per assenza di alcune delle sue condizioni costituenti. Nel caso della transazione globale alcune delle condizioni del teorema di Coase non sono presenti sia per la natura pubblica (nell'accezione economica) dell'oggetto della transazione, sia per ostacoli *di troppo* alla contrattazione inseriti nella norma dal *rule-maker*, come il ruolo quasi-passivo di alcuni soggetti coinvolti nel danno ambientale. Questo non permette di capire se e quando è il mercato che fallisce o se ci sono vischiosità artificiali che non permettono il suo funzionamento.

A integrazione di ciò, occorre sottolineare che è essenziale studiare la complementarietà tra le istituzioni. Si è portati (e molto spesso Williamson compie lo stesso errore) a vedere il mercato e lo Stato come due alternative mutuamente escludibili

(16) Per una trattazione più generale dell'approccio coasiano applicato ai temi ambientali si veda anche NIGLIA - VATIERO, K. *William Kapp e Ronald H. Coase: un Tentativo di Riconciliazione*, in *Studi e Note di Economia*, 3, 369-85, 2007.

nell'allocare le risorse scarse. Questa cattiva rappresentazione però è smentita dal fatto che non ci sono evidenze empiriche di meccanismi allocativi *solo* Stato o *solo* mercato. Anche la pianificazione più avanzata lascia sempre spazio a una parte di mercato (per esempio nella Russia comunista dove l'offerta era pianificata, la domanda dei beni era, almeno in parte, lasciata alle preferenze individuali), così come il mercato richiede l'esistenza di un ruolo dello Stato (sia esso anche solo minimo *à la* Nozick). Questo vuol dire che ogni meccanismo allocativo è un *bundle of institutions* da comprendere per sviluppare efficientemente. Più che domandarsi se sia nato prima il mercato o altro, è forse più utile studiare come le istituzioni funzionino e quali sono le loro relazioni di complementarità (17). E questo vale anche per trovare soluzioni efficienti ed efficaci nel caso di danno ambientale.

Su altri due elementi (rilevati dalla stessa Oggianu), invece, si ritiene che la L&E non possa offrire un fondamento consistente per indebolire l'applicazione del teorema di Coase alla transazione globale. Questi sono brevemente trattati di seguito.

- Il principio di causalità (“chi inquina, paga”). Uno dei maggiori meriti del contributo di Coase è quello di aver mostrato che l'esternalità (danno o beneficio senza una compensazione) ha una natura reciproca. Chi inquina determina un costo sull'inquinato, ma anche l'inquinante subisce un costo se viene limitato nella sua attività di inquinare. Quello che importa, afferma Coase, non è la causalità ma la soluzione istituzionale in grado di massimizzare il benessere delle parti coinvolte. Questo implica che il danno non deve essere annullato ma minimizzato. Inoltre ne consegue che a ripristinare o a investire in precauzioni possano essere chiamati in un'ottica efficientistica gli stessi soggetti (potenzialmente) danneggiati.

- Effetti reddito. Oggianu rileva che nella transazione globale alcune parti possono essere *finanziariamente dotate*, determinando una de-responsabilizzazione delle medesime. Quando le scelte degli agenti dipendono dalle dotazioni

(17) Questo permetterebbe inoltre di capire che il principio ordoliberal *Strong State, Free Market* sui cui si basa l'ordinamento gius-economico dell'UE è tutt'altro che contraddittorio. Sul tema si rimanda a VATIERO, *Ordoliberal Competition*, in *Concorrenza e Mercato. Rivista Annuale di Concorrenza*, Milano, 2010.

(finanziarie e non) dei medesimi, gli economisti parlano di presenza di “effetti reddito”. In questo caso però più che la parte 'finanziariamente dotata', preoccupa allo studioso di L&E la parte meno finanziariamente dotata. L'inefficienza tra *quantum* reale del danno e quello proposto nella transazione riposerebbe cioè nel fatto che l'ente pubblico più verosimilmente che il soggetto privato può trovarsi “costretto” dal proprio *vincolo di bilancio*, piuttosto che – come assunto dal teorema di Coase – dalle proprie preferenze e *belief*.

5. Considerazioni conclusive

La scelta dello strumento della transazione globale in virtù del teorema di Coase può essere obiettata dal fatto che alcune condizioni dello strumento così normato sono naturalmente o artificialmente in contraddizione con le ipotesi del teorema.

A conclusione di questa nota si può quindi domandare quale fosse non tanto lo scopo del *rule-maker* (questo è abbastanza chiaro: velocizzare e semplificare il contenzioso in materia di danno ambientale), ma quale strumento istituzionale il *rule-maker* volesse favorire e attuare. Se questo è lo scambio di mercato, allora abbiamo evidenziato che è stato sensibilmente ostacolato da alcune condizioni che la stessa norma stabilisce. Se questo è una pianificazione statale, allora si potevano scegliere metodi più efficaci. Se invece si è voluto scegliere uno strumento intermedio, allora forse si è creato un *ibrido* inefficiente.