

COSTI MORALI E DIRITTO COMPARATO

*Giuseppe Bellantuono**

SOMMARIO: 1. *Introduzione: il problema del costo morale.* 2. *Come identificare i costi morali.* 3. *Come governare i costi morali.* 4. *Conclusioni: il futuro del dialogo interdisciplinare.*

1. Introduzione: il problema del costo morale

Perché distinguere fra l'approccio di Analisi Economica del Diritto (AED) e di Diritto ed Economia (D&E)? Attribuendo a tale distinzione un ruolo di primo piano, Guido Calabresi tocca uno snodo fondamentale del dialogo interdisciplinare¹.

Quali concetti utilizzare, quale uso farne e per affrontare quali problemi sono alcune delle scelte principali in grado di orientare e dar forma all'interazione fra discipline. Nella prospettiva di Calabresi, D&E è la modalità di interazione da privilegiare. Il suo principale vantaggio è costringere entrambe le discipline a confrontarsi con i rispettivi metodi di analisi per ottenere ricostruzioni più accurate della realtà osservata. Molte altre modalità di interazione sono possibili, con notevoli differenze dal punto di vista della profondità delle trasformazioni, del grado di integrazione e della collaborazione fra ricercatori².

Alcune di queste interazioni hanno aperto la strada a nuovi settori di indagine interdisciplinare, o dato vita a discipline separate dalle matrici

* Ringrazio Massimiliano Vatiero per gli utili commenti. Errori e omissioni sono miei.

¹ G. CALABRESI, *Il futuro*, cit., p. 2.

² P. CSERNE, *Knowledge claims in law and economics: gaps and bridges between theoretical and practical rationality*, in P. CSERNE, M. MALECKA (a cura di), *Law and Economics as Interdisciplinary Exchange: Philosophical, Methodological and Historical Perspectives*, Abingdon-New York, 2020, pp. 9-30 (descrizione di otto diverse forme di interazione fra diritto ed economia).

originarie. Per alcuni temi, l'AED criticata da Calabresi potrebbe risultare perfettamente legittima come strategia interna (non interdisciplinare) in grado di affinare i modelli economici³.

Il libro di Calabresi esplora i problemi metodologici di una delle forme più avanzate di interdisciplinarietà: l'approccio di D&E richiede che i ricercatori di entrambe le discipline collaborino sia nella definizione degli strumenti di analisi che dei problemi da analizzare. Il risultato atteso da tale collaborazione è una profonda trasformazione su entrambi i versanti. Per indicare come tale trasformazione dovrebbe avvenire, Calabresi sceglie temi che si collocano nelle aree di intersezione fra tradizionali sistemi di allocazione delle risorse. Si tratta, cioè, delle aree dove le controversie su obiettivi e strumenti per realizzarli diventano più visibili: beni meritori (*merit goods*) che non possono essere gestiti con strutture pure di mercato o autoritative, preferenze altruistiche che giustificano il ricorso a organizzazioni non profit, valori percepiti come rilevanti per l'organizzazione di una società ma non adeguatamente considerati nei processi decisionali collettivi. In tutti gli ambiti appena menzionati, le difficoltà metodologiche del dialogo interdisciplinare sono di due tipi:

- a) Come analizzare situazioni in cui benefici e costi individuali sono direttamente influenzati da benefici e costi di altri individui, gruppi o della società in generale. Laddove questa interdipendenza delle utilità personali si manifesti, Calabresi propone di ricorrere alla nozione di costo morale esterno per renderla visibile.
- b) Come stabilire quali strutture giuridiche sono in grado di gestire i costi morali esterni. Calabresi ha da tempo esplicitato la sua prefe-

³ Ad esempio, ritenere che le caratteristiche del contesto istituzionale contribuiscono, a volte in modo decisivo, allo sviluppo economico consente di non limitare l'analisi a fattori come la dotazione di risorse naturali o la disponibilità di capitale fisico e umano. I vantaggi delle teorie economiche istituzionaliste rispetto a teorie alternative vanno riconosciuti anche se la nozione di 'istituzione' è controversa nel dibattito economico (S. VOIGT, *Institutional Economics: An Introduction*, Cambridge, 2019, pp. 12-19) e non sempre coincide con le ricostruzioni che i giuristi considerano rilevanti [cfr., ad es., B.Z. TAMANAHA, *The knowledge and policy limits of New Institutional Economics on development*, 49 (1) *J. Econ. Issues* 89 (2015); S. DEAKIN ET AL., *Legal institutionalism: capitalism and the constitutive role of law*, 45 *J. Comp. Econ.* 188 (2017)].

renza per strutture di mercato modificate o strutture autoritative modificate⁴.

In molti ambiti, la rilevanza di queste due difficoltà metodologiche è facilmente riconoscibile. Se si perseguono obiettivi di sviluppo sostenibile attraverso la trasformazione dei mercati e della regolazione, un impatto sulle interdipendenze fra individui e gruppi è altamente probabile. Se ai cittadini si chiede di contribuire alla sostenibilità con le loro scelte di consumo, occorre trovare il modo di influenzare i comportamenti di massa senza ridurre gli spazi di libertà necessari in società democratiche. Se alle imprese globali si chiede di essere socialmente responsabili⁵, occorre trovare il modo di influenzare i modelli organizzativi per renderli compatibili con i valori prescelti. Se si vogliono sfruttare i benefici delle tecnologie digitali, occorre evitare nuove forme di discriminazione e di diseguaglianza. Se si vuole che l'integrazione dei mercati a livello regionale o globale sia accompagnata dall'elaborazione di nuove nozioni di giustizia sociale, occorre identificare le strutture giuridiche in grado di garantire la coesistenza dei due obiettivi.

Per ciascuno dei problemi menzionati, il quadro teorico proposto da Calabresi non è certo l'unico strumento di analisi. È possibile, però, sostenere che, laddove quei problemi siano affrontati con un approccio interdisciplinare, sia sempre necessario definire i valori di riferimento e identificare le strutture giuridiche compatibili con la loro attuazione. In altri termini, le due difficoltà metodologiche menzionate sono sempre rilevanti per qualsiasi proposta teorica che voglia considerare congiuntamente un insieme di valori e gli spazi da riservare al mercato e alla regolazione.

I paragrafi che seguono esplorano la possibilità di utilizzare la comparazione giuridica per identificare i costi morali e le strutture giuridiche che dovrebbero governarli. Due considerazioni giustificano il ricorso a un approccio comparatistico in quest'ambito. In primo luogo, i costi morali sono osservabili solo in modo indiretto, e cioè sulla base di

⁴ Così già G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic Choices*, cit., pp. 53 ss. (*modified political devices*) e p. 83 ss. (*modified markets*).

⁵ O, nella terminologia di G. CALABRESI, *Il futuro*, cit., pp. 105 ss., di prestare attenzione alle preferenze 'altruiste'.

scelte collettive che mettono a disposizione determinati beni o creano determinati costi. Secondo Calabresi:

Le strutture giuridiche esistenti suggeriscono una serie di decisioni in merito alle quali beni e passività possano garantire a quella particolare società la maggiore riduzione dei costi della disuguaglianza in relazione ai benefici degli incentivi nel caso venissero rimossi dal mercato in misura minore o maggiore. Allo stesso tempo, però, ci dicono molto di più su quali siano gli incentivi di cui quella specifica società ritiene di avere bisogno in relazione ai costi morali legati alla disuguaglianza. In questo senso, le varie società presentano differenze sia fra loro sia in diverse circostanze⁶.

Questa indicazione può essere utilizzata per esplorare la relazione bilaterale fra costi morali e strutture giuridiche. Se le regole adottate in due sistemi giuridici divergono, è possibile che la differenza sia dovuta alla maggiore o minore rilevanza dei costi morali? Dare una risposta affermativa a questo interrogativo significa valutare le scelte istituzionali in ciascun sistema da un nuovo punto di vista. Si tratta, cioè, di stabilire se i costi morali giochino un ruolo decisivo e quali conseguenze producano sull'alternativa fra mercato e regolazione.

In secondo luogo, le strutture giuridiche modificate di Calabresi potrebbero essere disponibili in maggiore o minore misura in ciascun sistema. Inoltre, è possibile che ciascun sistema debba adottare una struttura giuridica modificata con particolari caratteristiche. La comparazione dovrebbe servire non solo a identificare i fattori che influenzano la scelta fra struttura di mercato e autoritativa, ma anche le caratteristiche di ciascuna struttura giuridica in uno specifico sistema.

La comparazione che utilizza i costi morali come punto di riferimento assume toni prescrittivi. Considerare la disuguaglianza rilevante per la scelta delle strutture giuridiche significa aderire a una delle teorie

⁶ G. CALABRESI, *Il futuro*, cit., p. 88 s. E già G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic Choices*, cit., p. 178 ('how different conceptions of equality interplay with different institutional and legal traditions to make some approaches to tragic choices plausible for a society while excluding others').

morali che ritiene ingiustificata una specifica distribuzione della ricchezza⁷.

Questa premessa metodologica è necessaria anche quando un sistema giuridico riconosca esplicitamente il principio di eguaglianza o dichiari di voler perseguire obiettivi di giustizia sociale. L'analisi dei costi morali richiede di valutare dove e come si dia attuazione a tali obiettivi. È possibile, però, evitare un approccio esclusivamente prescrittivo e riconoscere alla comparazione il compito di raccogliere le informazioni necessarie per l'identificazione dei costi sociali.

L'obiettivo principale di Calabresi è spostare l'analisi economica verso gli aspetti più complessi della realtà giuridica. Osservare dall'esterno tale complessità può aiutare a distinguere le scelte istituzionali più direttamente influenzate dai costi morali. A ben vedere, si tratta della medesima prospettiva coltivata dagli studi di *Comparative Law and Economics*. Benché questo campo di indagine sia a volte rimasto vittima dell'approccio unilaterale criticato da Calabresi, rimangono intatte le ragioni che consigliano di non limitare l'analisi economica a un solo sistema giuridico⁸.

Gli studi sulla psicologia dei processi cognitivi e decisionali hanno già consentito di estendere le forme di interazione fra comparazione e analisi economica⁹. È plausibile ipotizzare che un'analogia estensione possa derivare dall'analisi dei costi morali.

⁷ Ad es., T.M. SCANLON, *Why Does Inequality Matter?*, Oxford, 2018 (ove si discutono sei differenti ragioni per opporsi a differenti forme di disuguaglianza).

⁸ R. CATERINA, *Comparative Law and Economics*, in J. SMITS (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics*², Cheltenham, 2012, pp. 191-205; G.B. RAMELLO, *The past, present and future of Comparative Law and Economics*, in T. EISENBERG, G.B. RAMELLO (a cura di), *Comparative Law and Economics*, Cheltenham, 2016, pp. 3-22; F. FAUST, *Comparative law and economic analysis of law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*², Oxford, 2019, pp. 826-850.

⁹ Ad es., J. DE CONINCK, *Reinvigorating comparative law through behavioral economics? A cautiously optimistic view*, 7 (3) *Review of Law and Economics* 711 (2011); C. ENGEL, A. SCHMELZER, *Committing the English and the continental way: an experiment*, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn, 2017/16; G. MOSER, *Rethinking Choice of Law in Cross-Border Sales*, Den Haag, Boom Juridisch, 2018; G. RÜHL, *Behavioural analysis and comparative law: improving*

Il par. 2 concentra l'attenzione sulla prima difficoltà metodologica. Più specificamente, si definisce la nozione di costo morale, si descrive il dibattito suscitato da tale nozione, e si propone di utilizzare un'analisi in tre fasi per stabilire quale sia la rilevanza dei costi morali in ciascun sistema giuridico. Il par. 3 discute i fattori istituzionali che potrebbero guidare la scelta delle strutture giuridiche a cui affidare il compito di governare i costi morali. Il par. 4 riassume l'analisi e propone alcune riflessioni sulle prospettive di questa area di ricerca.

2. *Come identificare i costi morali*

I costi morali rappresentano la reazione negativa associata alla scelta di rendere disponibili determinati beni attraverso il mercato o attraverso strutture autoritative. Per Calabresi, la reazione negativa ha due cause: il rifiuto di stabilire un prezzo per determinati beni e l'indisponibilità ad accettare che determinati beni siano disponibili in quantità maggiori a chi può pagare di più. Gli stessi beni possono determinare entrambi i costi morali: ad esempio, la vendita di organi umani suscita entrambe le reazioni negative. Lo stesso può dirsi per l'accesso alle risorse idriche: alcuni potrebbero rifiutare l'idea che l'acqua sia una merce a cui attribuire un prezzo, ma anche ritenere che l'accesso non debba dipendere dal reddito.

Questa definizione di costi morali solleva due interrogativi, entrambi discussi in questo paragrafo:

- 1) Quali costi morali considerare? Tutti o solo alcuni?
- 2) Come interpretare la relazione bilaterale fra costi morali e strutture giuridiche?

Consideriamo il primo interrogativo. Calabresi ritiene che la nozione di "bene meritorio" aiuti a riconoscere la rilevanza dei costi morali.

the empirical foundation for comparative legal research, in H.-W. MICKLITZ ET AL. (a cura di), *Research Methods in Consumer Law*, Cheltenham, 2018, pp. 477-512; J. LINARELLI, *Behavioral Comparative Law: Its Relevance to Global Commercial Law-Making*, in O. AKSELI, J. LINARELLI (a cura di), *The Future of Commercial Law: Ways Forward for Change and Reform*, Oxford, 2019, pp. 69-106.

Questa categoria di beni fu introdotta negli anni Cinquanta dall'economista di origine tedesca Richard A. Musgrave (1910-2007). È utile ricordare le caratteristiche delle diverse categorie di beni proposte dalla teoria economica (Tabella 1). Per beni privati, pubblici e di club la classificazione si basa su due caratteristiche che influiscono sulla loro offerta. I beni meritori possono condividere le caratteristiche di non rivalità e non esclusività. Tuttavia, contrariamente alle altre categorie, la classificazione considera il lato della domanda. Il consumo di beni meritori è insufficiente perché non tiene conto delle esternalità positive diffuse che può generare. Si tratta di beni per i quali diventa fondamentale riconoscere l'interdipendenza delle preferenze individuali. I benefici dei beni meritori non sono collegati al loro consumo diretto, ma all'influenza che il loro consumo da parte di altri esercita sulle relazioni sociali¹⁰.

Tabella 1. *Classificazione dei beni nella teoria economica*

Categorie di beni	Caratteristiche	Esempi
Beni privati	Rivali ed escludibili	Edifici, veicoli
Beni pubblici	Non rivali e non escludibili	Idee
Beni di club Gestioni collettive	Parzialmente rivali ed escludibili	Internet Risorse naturali
Beni meritori	Non rivali e non escludibili, consumo e offerta insufficienti	Istruzione, sistema sanitario, protezione dell'ambiente

La definizione di beni meritori utilizzata da Calabresi non coincide con la definizione di Musgrave. Quest'ultimo collocava la nozione all'interno di un approccio di economia del benessere che giustificava l'intervento dello Stato solo in caso di fallimento del mercato.

¹⁰ B.M. FRISCHMANN, *Infrastructure: The Social Value of Shared Resources*, Oxford, 2012, p. 49. La categoria dei beni relazionali, introdotta negli anni Ottanta ed esplorata dalla letteratura economica e sociologica (cfr. L. FIORITO, M. VATIERO, *A Joint Reading of Positional and Relational Goods*, 30 (1) *Economia Politica*, 2013, pp. 87 ss.; P. DONATI, *Scoprire i beni relazionali: per generare una nuova socialità*, Soveria Mannelli, 2019) sottolinea l'interazione positiva e negativa fra consumo individuale e consumo altrui. Si tratta, quindi, di una nozione che potrebbe giustificare forme di intervento analoghe a quelle discusse da Calabresi.

Benché Musgrave abbia identificato varie ragioni per giustificare la distribuzione di beni meritori, le sue proposte richiedevano di considerare esplicitamente preferenze sociali incompatibili con le preferenze individuali¹¹.

In mancanza di una teoria morale che consentisse di selezionare le preferenze sociali rilevanti, la categoria dei beni meritori poteva dirsi coerente con le premesse teoriche dell'economia del benessere solo a patto di mantenerla entro limiti circoscritti.

Calabresi compie un'operazione opposta, propone cioè di introdurre nel dibattito una nozione di bene meritorio che non presuppone un fallimento del mercato e non richiede in ogni caso l'intervento dello Stato. Non sorprende che una delle obiezioni mosse a Calabresi sia l'eccessiva ampiezza della sua nozione di bene meritorio. Se la loro distribuzione da parte dello Stato non è limitata ai casi in cui non produce distorsioni del mercato, l'intervento pubblico può favorire gruppi di interesse o generare corruzione¹².

Questa obiezione non distingue, come proposto in questo contributo, fra identificazione dei costi morali e strumenti per governarli. Inoltre, non considera la varietà di strutture giuridiche modificate discusse da Calabresi. In termini più generali, l'analisi dei costi morali non può essere condotta partendo da una nozione restrittiva di bene meritorio. Analizzare i costi morali serve a riconoscere le situazioni in cui le preferenze individuali sono interdipendenti, e cioè proprio le situazioni che mercato e regolazione governano con enormi difficoltà. Ovviamente, è necessario individuare i limiti della categoria dei costi morali. Alcuni limiti non dovrebbero essere controversi: preferenze razziste o discriminatorie, o in generale vietate da principi di rango costituzionale e da specifiche misure legislative, non potrebbero essere prese in considerazione¹³.

¹¹ M. DESMARAIS-TREMBLAY, *The normative problem of merit goods in perspective*, 48 (3) *Forum for Soc. Econ.* 219 (2019).

¹² S. LEVMORE, *Merit-goods, Calabresi-goods, and rent-seeking: in honor of Guido Calabresi's The Future of Law and Economics*, 16 (1) *Jerusalem Review of Legal Studies* 129 (2017).

¹³ G. CALABRESI, *Il futuro*, cit., p. 166. Nello stesso senso, E.A. POSNER, C.R. SUNSTEIN, *Moral commitments in cost-benefit analysis*, 103 *Va. L. Rev.* 1809, 1833 s. (2017).

Più problematiche sono le preferenze che coinvolgono scelte etiche o religiose individuali. Ad esempio, dovremmo considerare i costi morali di chi non tollera la pornografia, i matrimoni fra persone dello stesso sesso, il consumo di alcool, l'uso del velo richiesto dalla religione islamica, il lavoro domenicale? Secondo i tradizionali principi del pensiero liberale, dovremmo rispondere che i costi morali possono essere presi in considerazione solo se un determinato comportamento provoca danni ad altri, ma non se è il frutto di scelte puramente private¹⁴. Si tratta, però, di un limite che rischia di restringere eccessivamente la nozione di costo morale proposta da Calabresi. Se i beni meritori sono necessari per contrastare forme di diseguaglianza, vincolare la loro distribuzione ai casi in cui è dimostrabile un danno significa rinunciare a considerare un numero significativo di interdipendenze¹⁵.

In che modo, dunque, definire i costi morali che consideriamo rilevanti? Per Calabresi, la risposta può venire dall'osservazione della realtà giuridica. Laddove si ricorra a una struttura giuridica modificata per distribuire un bene meritorio, è possibile ipotizzare che la rilevanza dei costi morali debba essere tenuta in considerazione. Qui incontriamo la seconda difficoltà menzionata in precedenza, e cioè la relazione bilaterale fra costi morali e strutture giuridiche. Si tratta di una relazione bilaterale perché è plausibile ipotizzare reciproche influenze: i costi morali

¹⁴ Il riferimento è all'*harm principle* di John Stuart Mill. Cfr. E.A. POSNER, C.R. SUNSTEIN, *Moral commitments*, cit., pp. 1817 s., pp. 1835 s., nonché la recensione di C.R. SUNSTEIN, *Listen, economists!*, in *New York Review of Books*, 10 novembre 2016, pp. 53 ss. G. TUZET, *Calabresi and Mill: Bilateralism, Moral Externalities and Value Pluralism*, 19 (3) *Global Jurist* 3 (2019), osserva che alcune interpretazioni dell'opera di Mill potrebbero giustificare il ruolo che Calabresi attribuisce ai costi morali, ma conclude che le interferenze con la libertà individuale sono inevitabili. Cfr. anche L. RAMPA, *Paternalismo, autonomia e diritti sociali: una rilettura in termini di analisi economica*, in *Politica del diritto*, 2016, pp. 305 ss., 315-317, per l'osservazione che le interferenze con l'autonomia individuale potrebbero essere giustificate nei casi di interdipendenza delle utilità personali.

¹⁵ Come osserva G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: comments and reflections*, 16 (1) *Jerusalem Rev. Legal Stud.* 167, 174 (2017), affermare che qualcuno può sentirsi oltraggiato dai comportamenti altrui significa ribadire che non esiste una valutazione neutrale delle preferenze individuali: una scelta collettiva dev'essere fatta in merito alle preferenze cui attribuire priorità.

sono rilevanti perché riflessi nelle strutture giuridiche o le strutture giuridiche influenzano le preferenze individuali relative ai costi morali?

Questa reciprocità può alimentare lo scetticismo sull'utilità dei costi morali come strumento di analisi. Assumere che le strutture giuridiche tengano conto dei costi morali espone all'obiezione di giustificare qualsiasi regime giuridico esistente. In che modo è possibile tener conto dei costi morali delle diseguaglianze se la realtà giuridica osservabile già riconosce, attraverso strutture modificate, la rilevanza di tali costi¹⁶?

In alternativa, è possibile affermare che le strutture giuridiche plasmino le preferenze individuali e la percezione dei costi morali. In tal caso, i costi morali non potrebbero essere considerati un fattore esterno in grado di guidare la riforma dei regimi giuridici esistenti.

Una prospettiva comparatistica può aiutare a identificare i costi morali e a valutare la loro relazione con le strutture giuridiche esistenti. L'analisi dovrebbe essere suddivisa in tre fasi (Figura 1 alla pagina che segue).

¹⁶ Sul rischio che la *Law and Economics* di Calabresi sia troppo conservatrice v. O. MALCAI, *The alternative futures of Law and Economics: comments on Guido Calabresi's The Future of Law and Economics*, 16 (1) *Jerusalem Rev. Legal Stud.* 83, 94 s. (2017). G. TUZET, *Calabresi and Mill*, cit., p. 5 osserva che valutare una proposta di riforma (ad esempio, introdurre la poligamia) sulla base dei costi morali precedenti e successivi pone notevoli problemi di misurazione. Il rischio è che l'incertezza sull'entità di tali costi paralizzi qualsiasi proposta di riforma. Sulla circolarità dei costi morali (conseguenza e allo stesso tempo causa dei beni meritori) v. anche R. LANNEAU, *To what extent should we enrich Law and Economics? On Calabresi and his future of Law and Economics*, 19 (3) *Global Jurist* 3 ss. (2019).

Figura 1. Come stabilire la rilevanza dei costi morali.



In primo luogo, occorre riconoscere che la nozione di costo morale rappresenta lo strumento per collegare teoria economica e riflessione giuridica. Si tratta, cioè, di mettere sullo stesso piano gli aspetti tradizionalmente analizzati dalla teoria economica e gli aspetti (limiti del mercato e della regolazione) che la nozione di costo morale aiuta a rendere visibili.

Questa strategia di ricerca è suggerita da Calabresi allorché utilizza i lavori di Ronald Coase: se la nozione di costo transattivo è servita a comprendere il funzionamento di mercati e imprese, la nozione di costo morale aggiunge una spiegazione alternativa delle strutture giuridiche¹⁷. L'accostamento fra costi transattivi e costi morali aiuta a superare le critiche di chi ritiene che i secondi non possano rappresentare un punto di riferimento per la riforma delle strutture giuridiche esistenti. Così come la scelta di un regime giuridico può basarsi sull'entità e la natura dei costi transattivi, il medesimo tipo di analisi può essere condotto con riferimento ai costi morali.

¹⁷ Cfr., ad es., G. CALABRESI, *Il futuro*, cit., pp. 173 s.

A ben vedere, gli esempi proposti da Calabresi suggeriscono una relazione ancora più stretta fra costi transattivi e costi morali. Le scelte collettive dirette a ridurre i secondi possono aumentare i primi. Questo significa che costi transattivi e costi morali si muovono spesso in direzioni opposte. Ad esempio, ricorriamo a organizzazioni non profit per soddisfare preferenze altruistiche anche se potrebbero essere meno efficienti delle organizzazioni for profit. Analogamente, potremmo preferire le regole della responsabilità extra-contrattuale anche quando siano più costose e meno efficienti di altri sistemi di allocazione¹⁸.

In questa prima fase dell'analisi, l'obiettivo principale è valutare la rilevanza dei costi transattivi e dei costi morali in uno specifico ambito, nonché la loro interazione.

In secondo luogo, utilizziamo la comparazione per stabilire quali costi morali assumono rilevanza in un determinato contesto giuridico. Laddove i costi morali derivino dalle diseguaglianze, è possibile concentrare l'attenzione sulle strutture giuridiche che contribuiscono a mitigarle o a esacerbarle. Vediamo di seguito alcuni esempi.

1) In alcuni sistemi giuridici, i diritti socioeconomici, associati a condizioni di vita dignitose, sono riconosciuti in misura più limitata rispetto ai diritti civili e politici¹⁹. Per la loro tradizione costituzionale, la loro struttura federale e il loro ruolo nelle relazioni internazionali, gli Stati Uniti sono uno dei paesi che concede meno spazio al riconoscimento di obblighi positivi di protezione²⁰. Altri sistemi giuridici hanno potuto disporre di contesti istituzionali più favorevoli al riconoscimento di diritti socioeconomici. Esplorare questo dato di partenza dal punto di vista dei costi morali consente di valutare se le strutture giuridiche esistenti consentano di bilanciare incentivi di mercato e livelli di diseguaglianza. Nei sistemi giuridici che lasciano poco spazio ai diritti socioeconomici, l'analisi dei costi morali serve a evidenziare l'impatto delle strutture giuridiche esistenti sulle diseguaglianze, suggerisce come riformarle, e consente di riconoscere

¹⁸ G. CALABRESI, *Il futuro*, cit., pp. 107 s., pp. 145 s.

¹⁹ S. FREDMAN, *Comparative Human Rights*, Oxford, 2018, pp. 59 ss.

²⁰ J.M. MILLER, *The influence of human rights and basic rights in private law in the United States*, in V. TRSTENJAK, P. WEINGERL (a cura di), *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Cham, 2016, pp. 577-593.

percorsi alternativi per ridurre le diseguglianze. Un esempio celebre di percorso alternativo è l'inclusione del diritto alle prestazioni sociali nella protezione costituzionale accordata alla proprietà²¹. Nei sistemi giuridici più propensi a riconoscere i diritti socioeconomici, l'analisi dei costi morali non è affatto inutile. Gli effetti di tale riconoscimento sul miglioramento delle condizioni di vita sono generalmente modesti²². Anche in questi sistemi, quindi, i costi morali possono servire come parametro di valutazione dell'efficacia delle strutture giuridiche esistenti.

- 2) Il modo in cui si decide di riconoscere la priorità di alcune categorie di creditori modifica la distribuzione della ricchezza. La posizione di vantaggio accordata ad alcuni gruppi può alimentare le diseguglianze²³. Uno dei fattori che sembra contribuire al successo di queste strategie è la possibilità di rendere invisibile il loro impatto negativo sulla società. Nella peggiore delle ipotesi, i rischi generati dai tentativi di sottrarsi alla regolazione provocano crisi sistemiche. L'analisi dei costi morali dovrebbe aiutare a riconoscere le esternali-

²¹ C.A. REICH, *The new property*, 73 *Yale L.J.* 733 (1964), tr. it. *La nuova proprietà*, Torino, 2014, a cura di F. D'URSO; C.A. REICH, *The new property after 25 years*, 24 *U. S. Francisco L. Rev.* 223 (1990); J. RESNIK, *Constituting security and fairness: reflecting on Charles Reich's imagination and impact*, in *The Yale L.J. Forum*, 16 marzo 2020, pp. 707 ss.

²² Cfr. R. HIRSCHL, E. ROSEVEAR, *Constitutional law meets comparative politics: socio-economic rights and political realities*, in T. CAMPBELL ET AL. (a cura di), *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford, 2011, pp. 207-228.

²³ Cfr. gli esempi, principalmente collegati alla regolazione dei mercati finanziari, discussi da K. PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019, pp. 226 s., sulle esternalità negative delle strategie di arbitraggio regolatorio. La ricostruzione di Pistor è più convincente se riferita a specifici regimi giuridici in specifici sistemi giuridici, meno convincente se pretende di descrivere l'evoluzione di tutti i sistemi giuridici negli ultimi due secoli. I regimi giuridici introdotti per sostenere i processi di industrializzazione e il commercio globale hanno contribuito alla distribuzione asimmetrica della ricchezza anche sotto il profilo dell'impatto negativo sul clima e i cicli naturali: cfr. la discussione in J.E. VINALES, *The Organisation of the Anthropocene: In Our Hands?*, Leiden-Boston, Brill, 2018, pp. 32 ss.

tà negative e fornire supporto a una regolazione più stringente dei rischi sistemici²⁴.

- 3) Qualsiasi intervento regolatorio richiede di selezionare lo strumento, o gli strumenti, più adatti a raggiungere gli obiettivi desiderati. Di solito, i criteri di selezione considerano l'efficienza degli incentivi e i costi di attuazione. A questi due fattori si guarda per decidere se utilizzare strumenti prescrittivi (ad esempio, una specifica tecnologia per ridurre l'inquinamento) o di mercato (ad esempio, lo scambio di quote di emissione), regole dispositive o imperative, imprese pubbliche o private, regolazione pubblica o privata. All'interno di ciascuna categoria di strumenti, ulteriori scelte sono necessarie per calibrarne gli effetti²⁵. Sappiamo, però, che ciascuna di queste scelte produce una distribuzione dei costi e dei benefici fra le diverse categorie di soggetti interessati alla regolazione. Alcuni interventi regolatori possono avere effetti regressivi, e cioè spostare una parte significativa dei costi verso categorie a basso reddito o a rischio di esclusione sociale. È plausibile, inoltre, ipotizzare che sussidi incrociati siano presenti in molti mercati regolati²⁶. L'analisi dei costi morali potrebbe essere utilizzata per valutare se e come influenzino

²⁴ Cfr. K. PISTOR, *op. cit.*, p. 225 (“Whoever claims that individual private gains will translate into social welfare improvement should bear the burden of proof for showing the mechanisms by which this feat will be accomplished”).

²⁵ Cfr., per analisi da diverse prospettive disciplinari e proposte di classificazione, L.M. SALAMON (a cura di), *The Tools of Government: A Guide to the New Governance*, Oxford, 2002; J.B. WIENER, B.D. RICHMAN, *Mechanism choice*, in D.A. FARBER, A.J. O'CONNELL (a cura di), *Research Handbook on Public Choice and Public Law*, Cheltenham, 2010, pp. 363-398; R. WÜRZEL ET AL. (a cura di), *Environmental Governance in Europe: A Comparative Analysis of New Environmental Policy Instruments*, Cheltenham, 2013; J.C. DERNBACH, *The dozen types of legal tools in the deep decarbonization toolbox*, 39 *Energy L. J.* 313 (2018); M. HOWLETT, *Designing Public Policies: Principles and Instruments*², London-New York, 2019; K.R. RICHARDS, J. VAN ZEBEN (a cura di), *Policy Instruments in Environmental Law*, Cheltenham, 2020.

²⁶ Un sussidio incrociato esiste quando due consumatori dello stesso bene pagano prezzi differenti o pagano lo stesso prezzo ma impongono costi differenti a chi lo offre. Cfr., per una discussione dei sussidi incrociati in diversi ambiti, J. ROSSI, *Carbon taxation by regulation*, 102 *Minn. L. Rev.* 277 (2017); J. BROOKS ET AL., *Cross-subsidies: government's hidden pocketbook*, 106 *Georgetown L.J.* 1229 (2018); O. BEN-SHAHAR, A. PORAT, *Personalizing mandatory rules in contract law*, 86 *U. Chi. L. Rev.* 255 (2019).

la scelta degli strumenti di regolazione in diversi sistemi giuridici. È possibile, cioè, che uno strumento di regolazione, o una sua specifica versione, sia o non sia selezionato sulla base della rilevanza che assumono i costi morali. Laddove tali costi siano elevati, uno strumento efficiente e poco costoso potrebbe diventare inutilizzabile. Viceversa, strumenti di intervento che sarebbero esclusi perché non in grado di fornire incentivi ad agenti razionali potrebbero essere presi in considerazione laddove l'adesione a principi morali assicuri la cooperazione²⁷.

Un'indagine comparata dovrebbe consentire di valutare il bilanciamento fra costi transattivi e costi morali in ciascun sistema giuridico. In ognuno degli ambiti esplorati, dovrebbe essere possibile ricostruire i fattori istituzionali che portano a preferire determinate forme di allocazione dei beni meritori. Occorre, peraltro, riconoscere che un'indagine comparata non sarà sempre in grado di fornire informazioni che escludano spiegazioni alternative ai costi morali²⁸.

Una terza fase dell'analisi dovrebbe servire a verificare se dati empirici raccolti da altre discipline forniscano indicazioni ulteriori per stabilire la rilevanza dei costi morali.

È opportuno chiarire che i dati empirici non dovrebbero essere utilizzati per dimostrare che, in una determinata comunità, le strutture giuridiche dovrebbero tener conto dei costi morali. È probabile che in qualsiasi comunità le preferenze sulla distribuzione dei beni meritori siano eterogenee. Calabresi riconosce questo problema allorché constata la varietà delle preferenze in materia di livelli di eguaglianza. Le

²⁷ Cfr. le osservazioni di L. SACCONI, *Non tutta la massimizzazione viene per nuocere (e i molti significati di "agente massimizzante")*, in R. SACCHI, A. TOFFOLETTO (a cura di), *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale?*, Atti dei seminari per Francesco Denozza, Milano, 2019, pp. 305 ss., spec. pp. 333-335, sulla possibilità che i principi morali cambino il modo in cui gli agenti concepiscono le alternative (di cooperazione o defezione) a loro disposizione.

²⁸ Cfr. P.T. LEESON, *Do we need behavioral economics to explain law?*, 48 *Eur. J. L. & Econ.* 29 (2019) per l'osservazione che la distribuzione di beni meritori e l'altruismo potrebbero essere determinati dalle strategie di gruppi di interesse. L'A. non fornisce però dati empirici a supporto di questa spiegazione alternativa.

strutture giuridiche modificate dovrebbero servire a rispettare il pluralismo delle società democratiche contemporanee²⁹.

I dati empirici potrebbero essere utilizzati per confermare la rilevanza delle interdipendenze fra utilità personali e riconoscere gli ambiti in cui è più probabile l'impatto negativo del mancato riconoscimento dei costi morali. In questa prospettiva, due aree di ricerca offrono indicazioni preziose.

In primo luogo, un'ampia letteratura ha raccolto dati sulle dinamiche delle diseguaglianze all'interno di ciascun paese, di un'area geografica o a livello globale. In una prospettiva di lungo periodo, il cambiamento dei livelli di diseguaglianza è associato a variazioni dei regimi politici e istituzionali. Inoltre, i livelli di diseguaglianza sono influenzati dalle idee prevalenti in ciascuna società riguardo ai rapporti fra diversi gruppi sociali e alla legittimità dell'attuale distribuzione della ricchezza³⁰.

L'analisi dei costi morali apporta a questo dibattito una maggiore consapevolezza del rapporto che lega strutture giuridiche modificate e livelli di diseguaglianza. È possibile, cioè, valutare se le differenze nelle strutture giuridiche con compiti di produzione e distribuzione di beni meritori siano influenzate dalle traiettorie di lungo periodo che contribuiscono a definire il livello di diseguaglianza. Per limitarsi a un esem-

²⁹ È possibile anche sostenere che la decisione di considerare i costi morali debba essere presa sulla base di scelte etiche, non necessariamente allineate con i valori espressi da una parte significativa della popolazione: cfr. M.D. ADLER, *Measuring Social Welfare: An Introduction*, Oxford, 2019, pp. 204 ss., per la distinzione fra etica sociale ed etica critica. Nello stesso senso cfr. S. CANEY, *Global distributive justice: seven theses about facts and empirical research*, in C. BROWN, R. ECKERSLEY (a cura di), *The Oxford Handbook of International Political Theory*, Oxford, 2018, pp. 103-117, il quale aggiunge però che le ricerche empiriche possono servire a valutare le implicazioni dei principi di giustizia, il grado di accettazione, nonché la loro rilevanza in ciascun contesto.

³⁰ Cfr., ad es., B. MILANOVIC, *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, Cambridge (Mass.), 2018 (analisi dei cicli di diseguaglianza negli ultimi secoli); F. ALVAREDO ET AL., *World Inequality Report 2018*, World Inequality Lab, 2017 (dati sulle diseguaglianze economiche in tutti i continenti); A.B. ATKINSON, *Measuring Poverty Around the World*, Princeton, 2019 (misurazione delle caratteristiche della povertà in sessanta paesi); T. PIKETTY, *Capital and Ideology*, Cambridge (Mass.), 2020 (analisi dei fattori che hanno determinato i livelli di diseguaglianza negli ultimi due secoli).

pio italiano, le proposte avanzate dal Forum Disuguaglianze Diversità per promuovere la giustizia sociale richiedono cambiamenti relativi ai meccanismi di distribuzione di molti beni meritori, dall'istruzione all'ambiente³¹. Applicare l'analisi dei costi morali a queste proposte significa domandarsi quale struttura giuridica modificata abbia maggiori probabilità di risultare compatibile con la percezione delle disuguaglianze in Italia. Inoltre, un'indagine comparata dovrebbe verificare quali strutture giuridiche modificate siano state utilizzate in altri paesi per supportare analoghe misure di riduzione delle disuguaglianze.

In secondo luogo, sono disponibili dati sui principi morali prevalenti in ciascuna area geografica. Studi condotti nell'ambito della teoria economica, dell'evoluzione culturale e della psicologia morale consentono di stabilire in che misura la popolazione di un determinato paese, o area geografica più ridotta, manifesti più o meno elevati livelli di interdipendenza delle utilità personali. Inoltre, questi studi esplorano i fattori sociali, geografici, demografici e culturali che potrebbero influire sulla formazione dei principi morali. Ad esempio, uno studio condotto su un campione rappresentativo del 90% della popolazione mondiale mostra che l'altruismo, la fiducia verso gli estranei e altre preferenze 'sociali' (direttamente collegate al comportamento altrui) sono più diffusi in alcune aree geografiche, ma soprattutto sono distribuiti in modo estremamente differenziato all'interno di ciascun paese. È possibile, inoltre, osservare significative correlazioni fra le preferenze sociali e attività benefiche e di volontariato³².

Un altro studio identifica correlazioni fra principi morali (la disponibilità ad accettare doveri di assistenza nei confronti di estranei) e supporto a interventi statali nel campo delle prestazioni sociali, dei sistemi di assistenza sanitaria, della protezione ambientale e dell'aiuto ai paesi in via di sviluppo. Si tratta, però, di una correlazione con significative

³¹ FORUM DISUGUAGLIANZE DIVERSITÀ, *15 Proposte per la Giustizia Sociale – Ispirate dal Programma di Azione di Anthony Atkinson*, Roma, marzo 2019.

³² A. FALK ET AL., *Global evidence on economic preferences*, 133 *Q. J. Econ.* 1645 (2018).

differenze fra paesi occidentali e fra questi ultimi e paesi non occidentali³³.

In termini ancora più incisivi, la letteratura in materia di evoluzione culturale segnala che i principi morali prevalenti nei paesi occidentali, e in particolare negli Stati Uniti, hanno determinato significative differenze rispetto ai valori prevalenti in altre aree geografiche. Fattori sociali (struttura delle relazioni familiari) e religiosi avrebbero contribuito a determinare le attitudini verso la cooperazione che osserviamo in ciascun paese³⁴.

In alcuni casi, queste indagini potranno fornire dati empirici sufficientemente accurati per valutare l'impatto della regolazione sui principi morali, sia ex-ante che ex-post³⁵.

Nella prospettiva di un'analisi comparata, la raccolta di dati relativi alle preferenze interpersonali dovrebbe consentire di tener conto dell'eterogeneità dei valori e di valutare in quali situazioni è plausibile riconoscere la rilevanza dei costi morali. Si noti, inoltre, che i principi morali acquistano significato nei differenti contesti che richiedono la loro applicazione³⁶.

³³ B. ENKE ET AL., *Moral universalism and the structure of ideology*, Cesifo Working Papers n. 7924, ottobre 2019. In uno studio relativo agli Stati Uniti e a quattro paesi europei, A. ALESINA ET AL., *Intergenerational mobility and preferences for redistribution*, 108 (2) *Am. Econ. Rev.* 521 (2018) rilevano una correlazione fra preferenze relative all'intervento dello stato e disponibilità ad accettare politiche redistributive. Coloro che manifestano scarsa fiducia nell'intervento statale rifiutano politiche redistributive anche quando sono informati sui reali livelli di disuguaglianza.

³⁴ Cfr., ad es., J.F. SCHULZ ET AL., *The Church, intensive kinship, and global psychological variation*, 366 *Science* aau5141 (2019); M. MUTHUKRISHNA ET AL., *Beyond WEIRD psychology: measuring and mapping scales of cultural and psychological distance*, 31(6) *Psychol. Sci.* 678 (2020). I meccanismi dell'evoluzione culturale, in particolare con riferimento alla disponibilità a cooperare, possono essere collegati alle variazioni delle preferenze relative a un'ampia gamma di politiche pubbliche: cfr. S. CLAESSENS ET AL., *The dual evolutionary foundations of political ideology*, 4 *Nature Human Behavior* 336 (2020).

³⁵ Cfr. M. FABBRI, *Shaping tastes and values through the law: Law and Economics meets cultural economics*, 19 (3) *Global Jurist* (2019).

³⁶ Cfr. Y. INBAR, *Applied moral psychology*, in K. GRAY, J. GRAHAM (a cura di), *Atlas of Moral Psychology*, New York, 2018, pp. 537–543; C. SCHEIN, *The importance of context in moral judgments*, 15 (2) *Persp. on Psychol. Sci.* 207 (2020).

Ritenere che gli aspetti istituzionali rappresentino una componente rilevante di tali contesti significa confrontarsi con la complessità dell'interazione tra fattori esterni e interni a un sistema giuridico. Almeno in prima battuta, è plausibile ipotizzare una causalità bilaterale fra regole e principi morali. I dati empirici possono offrire indicazioni sulla direzione prevalente in un determinato ambito. Ma la possibilità di reciproche influenze apre la strada a strategie regolatorie che mirino a rafforzare alcuni principi morali (ad esempio, in favore di società più eque) e a ridurre la rilevanza di altri (ad esempio, la riluttanza a cooperare oltre la propria cerchia familiare)³⁷.

Le tre fasi in cui può essere organizzata l'analisi dei costi morali dovrebbero permettere di stabilire la loro relazione con i costi transattivi, identificare i contesti istituzionali più favorevoli al loro riconoscimento e utilizzare i dati empirici sui principi morali per selezionare gli ambiti in cui è plausibile ipotizzare la loro rilevanza. Una volta stabilita la rilevanza dei costi morali, occorre discutere l'alternativa fra strutture giuridiche di mercato e autoritative. A questo tema è dedicato il prossimo paragrafo.

3. *Come governare i costi morali*

È possibile stilare un elenco di fattori che guidi la scelta di una struttura giuridica modificata? Questo paragrafo riassume le indicazioni offerte da Calabresi e offre qualche indicazione ulteriore. Inoltre, occorre considerare le correlazioni fra i due tipi di strutture giuridiche modificate³⁸. Questo aspetto sarà discusso nella parte finale di questo paragrafo.

La ricerca di strutture giuridiche in grado di sostenere i valori da promuovere potrebbe guardare ai seguenti fattori.

³⁷ Cfr. le osservazioni di C. EFFERSON ET AL., *The promise and the peril of using social influence to reverse harmful traditions*, 4 (1) *Nature Human Behavior* 55 (2020), sulle strategie utilizzabili per modificare i principi morali di un gruppo sociale con preferenze eterogenee. Le strutture giuridiche modificate possono essere considerate un esempio di tali strategie.

³⁸ G. CALABRESI, *Il futuro*, cit., p. 110, 112.

- a) La trasparenza della decisione su entità e allocazione dei costi morali. Se la quantificazione risulta inaccettabile, occorre utilizzare processi decisionali che riducano l'impatto negativo su coloro che si oppongono a specifiche modalità di distribuzione dei beni meritori. La flessibilità dei criteri di quantificazione del risarcimento extracontrattuale è una delle alternative disponibili. Un'altra possibilità è offerta dall'integrazione di principi morali o di considerazioni di tipo distributivo nei processi decisionali dei regolatori³⁹. In questo secondo caso, si tratterebbe di una struttura autoritativa modificata che tiene conto dell'eterogeneità dei principi morali⁴⁰.
- b) Allocazione di quantità variabili di beni meritori. È possibile che una decisione centralizzata sia necessaria, ma è plausibile che strutture di mercato siano necessarie laddove le preferenze individuali devono essere prese in considerazione⁴¹.
- c) Quando si ricorre a una decisione autoritativa, è preferibile utilizzare il livello istituzionale che garantisce una più equa distribuzione del potere e riduce i costi morali⁴².

³⁹ Cfr. E.A. POSNER, C.R. SUNSTEIN, *Moral commitments*, cit., per l'inclusione di principi morali nell'analisi costi-benefici, ma solo nei casi in cui non ci sia un'interferenza con le libertà individuali e senza tener conto degli aspetti distributivi. M.D. ADLER, *op. cit.*, pp. 30-37, osserva che l'analisi costi-benefici esclude la possibilità di confrontare le utilità personali e gli effetti distributivi. Questi limiti possono essere superati adottando una funzione sociale di benessere, e cioè una procedura decisionale che ammette il confronto delle utilità personali e richiede di scegliere a quali principi etici attribuire priorità. Occorre riconoscere che i regolatori adottano spesso criteri di valutazione dell'impatto distributivo, ma il problema affrontato in questa sede è se quei criteri rappresentino una risposta soddisfacente ai costi morali. Cfr. L. SCHREFLER, *Social impact assessment*, in C.A. DUNLOP, F.M. RADAELLI (a cura di), *Handbook of Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham, 2016, pp. 108-126; L.A. ROBINSON ET AL., *Attention to distribution in U.S. regulatory analyses*, 10 (2) *Rev. Env. Econ. & Policy* 308 (2016).

⁴⁰ Anche le strategie di *nudging* potrebbero essere considerate uno strumento di distribuzione dei beni meritori che rende meno visibili, e quindi più accettabili, le scelte collettive in quest'ambito: cfr. M.D. WHITE, *Nudging merit goods: conceptual, normative and practical connections*, 48 (3) *Forum for Social Econ.* 248 (2019).

⁴¹ G. CALABRESI, *Il futuro*, cit., pp. 65-73.

⁴² G. CALABRESI, *Il futuro*, cit., p. 62.

- d) Allocazione di beni meritori in base al fattore tempo. Calabresi suggerisce di modificarne la distribuzione per favorire alcune categorie di destinatari. Esempi rilevanti sono le regole di accesso prioritario a determinati beni o servizi, il passaggio a diverse forme di tutela in base al decorso di un termine⁴³, la possibilità di concedere un periodo temporaneo di sperimentazione a soluzioni tecnologiche innovative⁴⁴.
- e) Quali strutture giuridiche sono meno esposte al rischio di interferenze di gruppi di interesse e di corruzione? Questi problemi sono solitamente associati all'intervento statale. Ma Calabresi osserva che i gruppi di interesse possono ottenere vantaggi ingiustificati anche nei mercati. Il livello di corruzione dipende dal tipo di struttura giuridica che viene utilizzata⁴⁵.
- f) Se il comportamento altruistico può essere scoraggiato (fenomeno del *crowding-out*) o incoraggiato (fenomeno del *crowding-in*) da incentivi (premi e penalità) monetari o non monetari. Laddove i costi morali siano elevati, qualsiasi incentivo potrebbe compromettere le motivazioni personali ad adottare comportamenti che producono benefici per altri. Occorre, quindi, disegnare sistemi di incentivo che rafforzino tali motivazioni. Questi sistemi possono essere integrati sia in strutture giuridiche di mercato che autoritative, nonché nella regolazione privata⁴⁶.

⁴³ A. BELL, G. PARCHOMOVSKY, *Pliability Rules*, 101 *Mich. L. Rev.* 1 (2003).

⁴⁴ E. CORAPI, *Regulatory sandbox in FinTech?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2019, pp. 785 ss.; B.M. CREMONA, *RegTech 3.0: verso un regulatory sandbox europeo?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, pp. 547 ss. Sul rapporto fra tempo e regolazione delle tecnologie cfr. S. RANCHORDÁS, Y. ROZNAI (a cura di), *Time, Law and Change: An Interdisciplinary Study*, Oxford, 2020.

⁴⁵ G. CALABRESI, *The Future*, cit., p. 175, in risposta alle obiezioni di S. LEVMORE, *Merit-goods, Calabresi-goods, and rent-seeking*, cit., pp. 134-138.

⁴⁶ Cfr., per le implicazioni del *crowding-out* e la selezione degli incentivi, S. BOWLES, *The Moral Economy: Why Good Incentives Are No Substitute for Good Citizens*, New Haven-London, 2016; K. UNDERHILL, *When extrinsic incentives displace intrinsic motivation: designing legal carrots and sticks to confront the challenge of motivational crowding-out*, 33 *Yale J. Reg.* 213 (2016); K. UNDERHILL, *Money that costs too much: regulating financial incentives*, 94 (3) *Ind. L.J.* 1109 (2019).

Tutti i fattori menzionati sono rilevanti per un'indagine comparata. Occorre, però, prestare attenzione a un aspetto ulteriore: non tutte le strutture giuridiche modificate sono disponibili in tutti i sistemi giuridici. In termini generali, la distinzione fra strutture autoritative e di mercato riecheggia la disponibilità di approcci di diritto pubblico e di diritto privato. Ma questa dicotomia è gestita in modo differente in ciascun sistema giuridico. È possibile, cioè, che differenze significative siano riscontrabili sia sul versante degli strumenti di intervento che degli attori pubblici e privati chiamati ad amministrarli. Quanto le differenze in quest'ambito influenzino la selezione delle strutture giuridiche può essere osservato da molteplici punti di vista. Di seguito alcuni esempi.

1) La nozione di bene meritorio proposta da Musgrave fu influenzata dalle riflessioni della teoria economica tedesca in materia di finanza statale. Con questa nozione, l'intervento statale poteva essere giustificato ben oltre i casi di produzione di beni pubblici non rivali e non escludibili. Si trattava, quindi, di una visione dello Stato che poteva trovare un'accoglienza favorevole solo negli ambienti intellettuali favorevoli a politiche distributive⁴⁷.

Rispetto alla nozione di bene meritorio, un seguito sicuramente maggiore ha ottenuto la distinzione proposta da Musgrave tra funzioni statali rivolte a promuovere l'efficienza e funzioni statali rivolte alla distribuzione. La distinzione rispecchia i due teoremi fondamentali dell'economia del benessere, ma ha trovato anche espressione nella distinzione fra regimi fiscali, preposti alla distribuzione, e altri regimi giuridici (di diritto pubblico o privato) esclusivamente diretti a garantire un'efficiente allocazione delle risorse⁴⁸.

A questa distinzione è stato obiettato che la possibilità di perseguire politiche distributive tramite il sistema fiscale può essere ostacolata da una varietà di fattori istituzionali. I costi morali potrebbero essere

⁴⁷ M. DESMARAIS-TREMBLAY, *A genealogy of the concept of merit wants*, 24 (3) *Eur. J. History Econ. Thought* 409 (2017).

⁴⁸ M. DIMICK, *The Law and Economics of redistribution*, 15 *Ann. Rev. L. Soc. Sci.* 559 (2019), per una discussione delle posizioni favorevoli e contrarie alla suddivisione dei ruoli e il collegamento con l'opera di Musgrave. Cfr. anche M.D. ADLER, *op. cit.*, pp. 225-233, per un'analisi che dimostra la necessità di considerare congiuntamente misure fiscali, e non.

più o meno elevati per ciascuna forma di intervento redistributivo. Inoltre, ciascuna forma di intervento può produrre esiti distributivi diversi⁴⁹.

Stabilire quale forma di intervento produca minori distorsioni dell'efficienza e garantisca nello stesso tempo un livello accettabile di diseguaglianza richiede informazioni spesso non disponibili, o risposte differenziate per settore⁵⁰.

Un'indagine comparata permette da un lato di evitare conclusioni erranee sulla superiorità di una delle possibili forme di intervento, dall'altro di raccogliere informazioni sui fattori che possono rendere più o meno disponibile una struttura giuridica finalizzata a ridurre le diseguaglianze⁵¹.

- 2) Su entrambe le sponde dell'Atlantico, un acceso dibattito ruota intorno all'interrogativo se il diritto della concorrenza possa essere utilizzato per ridurre le diseguaglianze. Eccessive concentrazioni di potere economico, spesso associate a una significativa influenza politica, accrescono le diseguaglianze, riducono il tasso di crescita e destabilizzano i rapporti sociali. Il diritto della concorrenza potrebbe, perlomeno in modo indiretto e in determinati mercati, favorire

⁴⁹ L.A. FENNELL, R.H. MCADAMS, *The distributive deficit in Law and Economics*, 100 *Minn. L. Rev.* 1051 (2016) per la discussione dei 'costi dell'azione politica', e cioè le barriere all'attuazione di politiche distributive tramite il sistema fiscale. I costi morali di Calabresi rientrano nella più ampia categoria dei costi dell'azione politica (IID., *The distributive deficit*, cit., p. 1099-1107).

⁵⁰ M. DIMICK, *The Law and Economics of redistribution*, cit., p. 572 ('there are no strong reasons why the political action costs of legal rules should be systematically lower than those of taxation').

⁵¹ Ad esempio, il regime fiscale europeo in materia di iva consente agli Stati Membri di introdurre esenzioni collegate ai beni meritori, ma l'erosione della base imponibile potrebbe ridurre le risorse disponibili per politiche redistributive [L. SCARCELLA, *Fundamental rights and merit goods: the case of the VAT exemptions in the public interest*, 19 (3) *Global Jurist* (2019)]. Un'indagine comparata all'interno dell'UE aiuterebbe a capire in che modo gli Stati Membri compensino le distorsioni prodotte dal regime fiscale. Un'indagine comparata fra UE e Stati Uniti (o altro sistema giuridico) servirebbe a comprendere in che misura i rispettivi sistemi fiscali siano utilizzabili per la produzione di beni meritori e quali strumenti alternativi siano disponibili.

assetto più equilibrati⁵². Un esplicito riferimento a obiettivi diversi dall'efficienza è presente in metà dei paesi che dispongono di una disciplina della concorrenza⁵³. Il diritto europeo della concorrenza è considerato molto più disponibile del diritto statunitense ad accettare obiettivi di giustizia sociale⁵⁴. Tuttavia, queste condizioni di partenza non garantiscono che il diritto della concorrenza risulti efficace nella riduzione dei costi morali. Perché diventi una struttura autoritativa modificata, capace cioè di garantire livelli accettabili di eguaglianza, senza eliminare gli incentivi del mercato, dovrebbe incorporare una valutazione dei costi morali compatibile con le caratteristiche delle istituzioni incaricate di applicarlo in ciascun sistema giuridico. Negli Stati Uniti, il principale ostacolo a questa evoluzione potrebbe essere l'applicazione decentrata del diritto antitrust⁵⁵. Altri sistemi giuridici potrebbero incorporare più facilmente l'analisi dei costi morali, a patto di utilizzare i fattori menzionati in precedenza per valutare quali strutture giuridiche modificate siano più idonee⁵⁶.

⁵² J.B. BAKER, S.C. SALOP, *Antitrust, politica della concorrenza e diseguaglianza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, pp. 7 ss. Questo lavoro è stato discusso nella tavola rotonda ospitata dalla stessa rivista, con interventi di G. AMATO, *Non tocca all'antitrust*, *ivi*, pp. 145 ss.; R. PARDOLESI, *Non rinunciamo a provarci*, *ivi*, pp. 148 ss.; A. NICITA, *Il rischio di una discrezionalità eccessiva*, *ivi*, pp. 153 ss.; C. OSTI, *Perché no?*, *ivi*, pp. 159 ss.; P. SABBATINI, *Anti-inequality? Considerazioni sul tema antitrust e diseguaglianza*, *ivi*, pp. 161 ss. Cui adde, le riflessioni di R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, pp. 81 ss.; I. LIANOS, *Competition law as a form of social regulation*, 65 (1) *Antitrust Bull.*, pp. 3 ss. (2020).

⁵³ A. BRADFORD ET AL., *The Chicago School's limited influence on international antitrust*, 87 (2) *U. Chi. L. Rev.* 297, 321 s. (2020). Per indicazioni sulla possibilità di perseguire obiettivi diversi dall'efficienza in vari sistemi giuridici, D. GERADIN, I. LIANOS (a cura di), *Reconciling Efficiency and Equity: A Global Challenge for Competition Policy*, Cambridge, 2019.

⁵⁴ Ad es., K.S. RAHMAN, K. THELEN, *The rise of the platform business model and the transformation of twenty-first-century capitalism*, 47 (2) *Politics & Society* 177 (2019).

⁵⁵ A.D. MELAMED, *Antitrust law and its critics*, 83 *Antitrust L.J.* 269 (2020).

⁵⁶ La letteratura sociologica rileva che le preferenze in favore della concorrenza e di politiche distributive possono essere associate in misura diversa in ciascun paese [S. KOOS, P. SACHWEH, *The moral economies of market societies: popular attitudes towards market competition, redistribution and reciprocity in comparative perspective*,

3) Nei paesi industrializzati, il trasporto pubblico ha storicamente assunto un ruolo più (in Europa) o meno (negli Stati Uniti) rilevante⁵⁷. La digitalizzazione dei servizi di mobilità e l'automazione delle funzioni di guida stanno aprendo nuove opportunità per l'integrazione dei servizi di trasporto e per l'introduzione di meccanismi di mercato. Nuovi modelli di multimodalità consentono di stabilire prezzi variabili per l'accesso alle infrastrutture stradali e a ciascun mezzo di trasporto⁵⁸. Il vantaggio di tali meccanismi è di riflettere più accuratamente i costi esterni (economici, ambientali e umani) delle scelte individuali di trasporto. Allo stesso tempo, i nuovi paradigmi di mobilità integrata, digitale e automatizzata rendono più visibili le differenti possibilità disponibili per ciascun gruppo sociale. Le infrastrutture di trasporto vengono 'privatizzate', non nel senso di un cambiamento del regime proprietario, ma nel senso di una restrizione all'accesso basata sulla disponibilità a pagare. Questa forma di 'privatizzazione' può essere percepita come il consolidamento delle disuguaglianze già presenti nei tradizionali sistemi di trasporto⁵⁹. Ottenere i vantaggi dell'innovazione tecnologica è possibile, ma solo se è accompagnata da un'adeguata redistribuzione in favore dei gruppi a basso reddito o con minori possibilità di utilizzare i nuovi modelli di mobilità. È plausibile che questo tipo di intervento sia più facil-

17 (4) *Socio-Economic Rev.* 793 (2019)]. Ritorna qui il problema della relazione bilaterale fra principi morali e istituzioni. Ma è plausibile ipotizzare che il ricorso al diritto della concorrenza per contrastare le disuguaglianze dipenda dalla percezione della legittimità di politiche distributive attuate con altri strumenti.

⁵⁷ L. KANGER ET AL., *Technological diffusion as a process of societal embedding: lessons from historical automobile transitions for future electric mobility*, 71 *Transp. Res. Part D* 47 (2019); Y.Z. WONG ET AL., *Mobility as a Service (MaaS): Charting a future context*, 131 *Transp. Res. Part A* 5 (2020).

⁵⁸ SOCIETÀ ITALIANA DI POLITICHE DEI TRASPORTI, *Innovazioni tecnologiche e governo della mobilità*, Rimini, 2018; B. MÜLLER, G. MEYER (a cura di), *Towards User-Centric Transport in Europe*, Cham, 2019; W. RIGGS (a cura di), *Disruptive Transport: Driverless Cars, Transport Innovation and the Sustainable City of Tomorrow*, London-New York, 2020; M. FINGER, M. AUDOUIN (a cura di), *The Governance of Smart Transportation Systems: Towards New Organizational Structures for the Development of Shared, Automated, Electric and Integrated Mobility*, Cham, 2019.

⁵⁹ R. SPARROW, M. HOWARD, *Make way for the wealthy? Autonomous vehicles, markets in mobility, and social justice*, 15 (4) *Mobilities* 514 (2020).

mente realizzabile se le strutture di mercato o autoritative modificate riflettono le caratteristiche dominanti di ciascun sistema di trasporto.

4) Quale rilevanza dovrebbe attribuirsi ai costi morali nei paesi in via di sviluppo? La presenza di un maggior numero di persone nelle fasce a basso reddito indica che qualsiasi intervento potrebbe essere considerato inaccettabile se non presta attenzione ai profili distributivi. A questo aspetto si aggiunge la necessità di considerarne altri, solitamente presenti nei paesi in via di sviluppo: un ruolo più significativo dell'economia informale, un maggiore pluralismo giuridico, una minore disponibilità di risorse per le istituzioni pubbliche. Si tratta, quindi, di contesti economici, sociali e istituzionali che interagiscono in forme complesse con i processi decisionali e la formazione di principi morali. Marcate differenze dai principi prevalenti nei paesi occidentali sono state rilevate⁶⁰. La selezione di strutture giuridiche modificate deve tenerne conto. Si consideri, ad esempio, la diffusa sfiducia nei confronti del mercato e dei meccanismi concorrenziali rilevata nei paesi dell'Africa sub-sahariana⁶¹. Una possibile risposta è adottare soluzioni istituzionali che favoriscano processi concorrenziali inclusivi, diretti cioè a garantire benefici diffusi per larghi strati della popolazione. Occorre, però, riconoscere i rischi di progetti di riforma che si limitino a promuovere il rafforzamento della logica del mercato⁶². L'analisi dei costi morali potrebbe aiutare a

⁶⁰ Oltre ai riferimenti nelle note 32-34, si veda J. GRAHAM ET AL., *Moral foundations theory: on the advantages of moral pluralism over moral monism*, in K. GRAY, J. GRAHAM (a cura di), *Atlas of Moral Psychology*, New York, 2018, pp. 211-222 (varietà di principi morali); M. KREMER ET AL., *Behavioral Development Economics*, in D. BERNHEIM ET AL. (a cura di), *Handbook of Behavioral Economics: Foundations and Applications*, vol. 2, Amsterdam, 2019, pp. 423-428 (collegamento fra preferenze sociali e sviluppo); J. HENRICH, M. MUTHUKRISHNA, *The origins and psychology of human cooperation*, *72 Ann. Rev. Psychol.* 207 (2021) (approccio evolutivo alle differenze psicologiche).

⁶¹ E.M. FOX, M. BAKHOUM, *Making Markets Work for Africa*, Oxford, 2019, pp. 159 ss.

⁶² Cfr. le osservazioni critiche di C. BERNDT, *Behavioral economics and development policy*, in H. STRASSHEIM, S. BECK (a cura di), *Handbook of Behavioural Change and Public Policy*, Cheltenham, 2019, pp. 242-256, 250 ('we ultimately observe a more

percorrere un diverso sentiero di cambiamento istituzionale, in cui il punto di partenza è rappresentato dall'interazione fra principi morali e contesto istituzionale, il punto di arrivo da una o più strutture giuridiche modificate.

Questi esempi suggeriscono la possibilità di utilizzare un'indagine comparata non solo per stabilire la rilevanza dei costi morali, ma anche per esplorare la varietà delle strutture giuridiche modificate e i loro effetti. Rimangono, però, da considerare le possibili interazioni fra le strutture autoritative e di mercato.

Calabresi ipotizza una forma di complementarità: maggiore iniquità potrebbe essere accettabile se ci fossero più beni meritori allocati fuori dai meccanismi ordinari del mercato⁶³.

Si tratta, però, solo di una delle possibili interazioni. Gli esempi discussi in questo paragrafo suggeriscono che le strutture modificate sono normalmente inserite in contesti istituzionali con una pluralità di relazioni di complementarità: regimi di diritto pubblico e di diritto privato, prevalentemente orientati a promuovere l'efficienza o la distribuzione di risorse, a limitare o a supportare i mercati. Sia pur con una varietà di linguaggi e di strumenti analitici, la comparazione giuridica presta particolare attenzione a queste complementarità. L'identificazione dei costi morali potrebbe da un lato fornire una migliore spiegazione del perché un sistema giuridico abbia costruito una determinata complementarità, dall'altro fornire indicazioni sull'efficacia di una determinata forma di complementarità nel garantire un adeguato riconoscimento ai costi morali.

4. Conclusioni: il futuro del dialogo interdisciplinare

Analizzare i costi morali richiede strumenti che consentano di riconoscere la rilevanza e di selezionare le strutture giuridiche più adatte a governarli. In questo contributo si è proposto di utilizzare una prospettiva comparatistica per affrontare entrambe le difficoltà metodologiche.

direct interventionist logic that aims at bringing individual behavior in line with a market logic').

⁶³ G. CALABRESI, *Il futuro*, cit., p. 90.

Quanto alla valutazione della rilevanza dei costi morali, un'indagine comparata può essere organizzata in tre fasi: confronto fra entità dei costi transattivi e dei costi morali; identificazione dei fattori che favoriscono od ostacolano il riconoscimento dei costi morali; raccolta di dati empirici che confermino la loro rilevanza.

Quanto alla selezione delle strutture giuridiche modificate, un'indagine comparata può servire a stabilire quali soluzioni istituzionali sono disponibili e le loro complementarità.

La forma di dialogo interdisciplinare promossa da Calabresi provoca una profonda revisione del modo di rappresentare i problemi da affrontare, dei rapporti fra diritto ed economia, nonché dei rapporti con altre discipline.

La discussione condotta nei paragrafi precedenti mostra che la revisione è già in corso nelle scienze sociali, naturali e umane.

Laddove siano in gioco questioni morali fondamentali, le ricerche più interessanti combinano teorie dell'evoluzione, antropologia, etnografia, scienze cognitive, scienze politiche, studi storici e filosofia morale. Nella riflessione economica, si moltiplicano le prese di posizione in favore di una prospettiva teorica più inclusiva⁶⁴.

L'esito di questo dialogo non è necessariamente l'integrazione di diverse discipline⁶⁵.

È più plausibile ipotizzare che nel prossimo futuro le modalità di interazione si moltiplichino. L'analisi dei costi morali, condotta con un

⁶⁴ Ad es., A.V. BANHERJEE, E. DUFLO, *Good Economics for Hard Times: Better Answers to Our Biggest Problems*, New York, 2019, p. 9 ('Restoring human dignity to its central place, we argue in this book, sets off a profound rethinking of economic priorities and the ways in which societies care for their members, particularly when they are in need'); S. NAIDU ET AL., *Economics after neoliberalism: introducing the EflIP project*, 110 AEA Papers and Proceedings 366 (2020) ('we consider human prosperity broadly, including nonpecuniary sources of well-being, from health to climate change to political rights'); P. COLLIER, *The Future of Capitalism: Facing the New Anxieties*, New York, 2018, tr. it. *Il futuro del capitalismo: fronteggiare le nuove ansie*, Bari-Roma, 2020, p. 30 (versione ePub) ('abbiamo bisogno del mercato, ma vincolato a uno scopo che sia saldamente ancorato a basi etiche').

⁶⁵ T. GRÜNE-YANOFF, *Interdisciplinary success without integration*, 6 *Eur. J. Phil. Sci.* 343 (2016) (il dialogo interdisciplinare può trasformare le discipline coinvolte anche se ciascuna di esse sviluppa separatamente i propri strumenti di analisi).

approccio di D&E, potrebbe essere una delle modalità più proficue per il suo contributo sul versante della complessità istituzionale. Inoltre, se la rilevanza dei costi morali sarà riconosciuta ben oltre una limitata categoria di beni meritori, il dibattito avviato da Calabresi potrebbe condurre a un approccio di D&E molto meno influenzato dalla tradizionale economia del benessere e molto più utile per affrontare le varie forme di diseguaglianze. Che sia questo il vero obiettivo di Calabresi?