

Analisi economica del diritto e teoria dei beni comuni

Massimiliano Granieri^(*)

5

1. Una premessa su un preconcetto

Quello che si sa a proposito dell'analisi economica del diritto applicata ai beni comuni appare talvolta frutto di una visione unilaterale dei vari autori, una sorta di preconcetto, di narrazione scontata dei risvolti efficientistici della proprietà privata. Anche in questo caso, l'analisi economica del diritto sconta probabilmente il fatto che i contributi più letti (o raccontati) e a più forte contenuto divulgativo hanno una connotazione ideologica che, anche quando non dichiarata, pregiudica il risultato dell'analisi, nel senso che lo anticipa rispetto alla complessità del percorso che propone.

Una lettura più attenta e ravvicinata dell'apparato concettuale microeconomico applicato agli istituti della proprietà e alle forme di governo delle risorse restituisce, invece, un'immagine diversa e soprattutto utile al dibattito attuale sui beni comuni.

2. Il racconto di Raffaele Itlodeo

20

L'immagine più vivida di ciò che la più classica analisi economica del diritto ritiene improbabile è data dal racconto fantastico che Raffaele Itlodeo fa dei suoi viaggi intorno al mondo al seguito di Amerigo Vespucci, raccolti da Tommaso Moro in un pomeriggio di Bruges di secoli fa.

25

«Altrove si parla tanto di interessi pubblici ma poi ci si dedica esclusivamente a quelli privati, mentre laggiù, non essendoci nulla di privato, ci si dedica veramente al bene comune. [...]. Laggiù, al contrario, dove tutto è in comune, non c'è pericolo che a qualcuno venga a mancare il necessario per vivere fintanto che i magazzini comuni saranno ricolmi. Non avviene alcuna distribuzione iniqua dei beni, né esistono poveri o mendicanti, e benché nessuno possieda alcunché, tutti sono ricchi»¹.

30

Un ordinamento come quello di Utopia sembra autenticamente impossibile nella prospettiva economica, perché non spiega quale sarebbe l'incentivo individuale, in assenza di proprietà privata, al perseguimento del bene comune. L'implausibilità della descrizione è addirittura maggiore là dove si consideri che l'analisi economica del diritto ha sempre posto la proprietà privata alle origini della società nel complesso, come presupposto dell'abbandono dello stato di natura, verso forme più civili di coesistenza e di razionale impiego delle risorse². Tanto è vero ciò che le ricostruzioni dell'analisi economica sul punto sono coerenti con le ricostruzioni antropologiche – prevalentemente di sapore evoluzionista – che riconnettono forme di proprietà collettiva

40

^(*) Con un apparato minimo di note, lo scritto riproduce il testo della relazione tenuta al convegno CNR-IDAIC "Agricoltura e beni comuni", Foggia 27 e 28 ottobre 2011.

¹ T. MORO, *Utopia*, Firenze, Giunti Demetra, 2010, 153.

² Persino Tommaso Moro, quando Itlodeo finisce di parlare, è perplesso e definisce come «assurde» le cose che ha ascoltato, «ma soprattutto in quella che è la base principale delle loro istituzioni, ossia la vita e i beni in comune, senza alcuno scambio di denaro» (*ibid.*, 157).

a società primitive, più o meno palesemente lasciando intendere che la proprietà privata è il segnale della modernità³. Dunque, non si parla soltanto di un istituto giuridico che regola i rapporti tra gli individui e le risorse (soggetti e oggetti del discorso che qui si sta conducendo), ma di un fondamento delle stesse forme umane di convivenza⁴. L'assenza di proprietà privata non soltanto lascia il quesito sugli incentivi individuali, ma mette in gioco il ben più grave argomento di ciò che giustifica il patto sociale.

3. I contributi iniziali dell'analisi economica

Le spiegazioni scientifiche relative alla presenza e alla indispensabilità della proprietà privata vengono fornite da una serie di contributi risalenti, il più accreditato e citato (ma anche il meno compreso) dei quali è quello di Garrett Hardin⁵.

Come noto, Hardin è l'autore della fortunata e tradizionale formula della tragedia dei beni comuni, ma come forse meno noto Hardin non era un economista, bensì un microbiologo votato all'ecologia, interessato a fornire un contributo al problema della crescita della popolazione mondiale in un mondo di risorse finite. Un problema – come lo stesso autore ricorda – appartenente alla classe dei «no technical solution problems» e sul significato del quale occorrerà ritornare. Ma ecco un primo punto sul quale riflettere: Hardin era interessato soprattutto alle risorse fisiche presenti in natura; appare, dunque, assai discutibile riconnettere in maniera non altrimenti circostanziata al suo contributo considerazioni relative alle risorse intangibili e alla proprietà intellettuale, come pure spesso è dato leggere in alcuni recenti studi.

Tuttavia, l'aspetto più curioso sul quale portare l'attenzione è dato dal fatto che, al di là delle suggestioni delle formule utilizzate, il vero contributo classico dell'analisi economica al tema della proprietà privata è uno scritto – questo sì per mano di un economista – precedente di un anno il contributo di Hardin. Si tratta del breve articolo di Harold Demsetz, apparso nel 1967 su *American Economic Review*⁶. È a Demsetz, con un anno di anticipo su Hardin e dalle pagine della più prestigiosa rivista economica, che si deve tutto l'armamentario concettuale dell'analisi economica del diritto classica. Quello, per esempio, che vuole i diritti di proprietà come «an instrument of society», che non avrebbero senso di esistere nel mondo di Robinson Crusoe⁷. Oppure – e questo è un aspetto centrale dell'analisi – il fatto che è soltanto attraverso la proprietà privata che talune esternalità derivanti dalle condotte individuali (quelle che, nell'articolo di Hardin danno vita alla tragedia) possono essere internalizzate, a più buon mercato rispetto a un mondo fatto di negoziazioni: «property rights develop to internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization»⁸. Ed è proprio con riferimento alla terra che Demsetz firma la condanna apparentemente inappellabile della proprietà comune, nella quale «[t]he effects of a person's activities on his neighbors and on subsequent generations will not be taken into account fully»⁹. Spazialmente e temporalmente la proprietà privata appare superiore

³ Campione di questa ricostruzione, come noto, è H.S. MAINE, *Diritto antico*, Milano, 1998, spec. 196.

⁴ Ricostruttivamente si veda R. COOTER, T. ULEN, *Law & Economics*, 4th ed., Paerson Education, 2004, 82.

⁵ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science* 1243 (1968).

⁶ Cfr. H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 *Am. Econ. Rev.* 347 (1967).

⁷ *Ibid.*, 347.

⁸ *Ibid.*, 350.

⁹ *Ibid.*, 355.

proprio in ragione degli incentivi alla condotta individuale verso gli altri e le altre generazioni.

85

4. Il significato della tragedia: la scelta

È vero, tuttavia, che non si comprende fino in fondo il significato del contributo di Demsetz e il senso della condanna dei beni comuni senza riandare alla pagine di Hardin e alle origini della tragedia.

90

La spiegazione di Hardin è di sconcertante semplicità e, forse anche per questo, si tende a sottovalutare le implicazioni, anche in positivo, che dalla ricostruzione scaturiscono. Alla base dell'azione umana vi è la libertà individuale, quella stessa che porterà alla scelta di agire, consumando risorse, se il costo dell'azione non ricadrà interamente sul soggetto agente. La perdita marginale di -1 a fronte di un guadagno +1 determina la scelta razionale dell'individuo di non cimentarsi nella relativa attività. Ma se a fronte di un guadagno +1, il costo marginale è dato da $-1/n$ (cioè da un costo che è ripartito su un numero n di consociati), allora la scelta di agire sarà al margine razionale, posto che in ogni caso $+1 >$ di $-1/n$. Quello che Hardin individua come $-1/n$ è, in realtà, il significato formale dell'esternalità di cui parla Demsetz, tipico dei contesti di beni comuni, nei quali il costo non è internalizzato (-1), ma diffuso su un numero n di consociati che concorrono nella titolarità del bene e nel suo utilizzo ($-1/n$). Paradossalmente, più grande n , maggiore sarà l'incentivo individuale a consumare incrementalmente la risorsa, maggiore il consumo aggregato e il depauperamento della stessa.

95

100

Il significato della tragedia dei beni comuni appare evidente quando si considera che l'azione che porta al consumo della risorsa è frutto di una libera scelta, per giunta razionale, e di tutti gli appartenenti alla collettività che inevitabilmente finiscono per proiettare su se stessi, sia pure per una frazione piccola a piacere ($-1/n$), il costo della libertà individuale. La tragedia non è dunque l'infelicità, ma l'ineluttabilità e l'inevitabilità dell'azione umana. L'infelicità è la conseguenza. La vera tragedia è nella scelta. «Each man – afferma Hardin proprio con riferimento all'esempio dei pascoli – is locked into a system that compels him to increase his herd without limit – in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all»¹⁰. Il problema, effettivamente, non pare avere soluzione tecnica ragionevole.

105

110

115

Il paradigma del comportamento umano proposto da Hardin è coerente, a sua volta, con le ricostruzioni antropologiche e con gli esempi che Demsetz offre nell'illustrazione della sua teoria sui diritti di proprietà. Nelle società primitive, le comunità sono di ridotte dimensioni (la n è piccola) e, dunque, la percezione del costo collettivo imposto dalla scelta individuale è maggiore, così come più accentuata è la tendenza a internalizzare gli effetti del comportamento. La dimensione contenuta del gruppo di appartenenza e il suo più immediato legame con le risorse dalle quali dipende la sopravvivenza del gruppo stesso favoriscono l'immedesimazione del soggetto con la risorsa e prevengono quel fenomeno che, in maniera piuttosto suggestiva, Ugo Mattei definisce di "alienazione", cioè di perdita del senso di appartenenza. Quando le società crescono di dimensioni e i vincoli spazio-temporali (come sono stati sopra già evocati) si attenuano, aumenta la tendenza a "possedere", ma diminuisce quella ad

120

125

¹⁰ HARDIN, *The Tragedy*, cit., 1244.

130 “appartenere”. Torna, in tutta la sua tragicità, la scelta razionale e tuttavia non
relazionale, che connota i contesti di beni comuni¹¹.

5. Commons in analisi economica. Prospettiva statica e prospettiva dinamica

135 Vi sono due tratti tipici del bene comune che non consentono di arginare i costi della
scelta individuale e che segnano la differenza fondamentale con i beni privati. Si tratta
delle caratteristiche di non rivalità nell’uso e di non escludibilità che, come noto, danno
vita alla condotte di approfittamento (*free ride*), anch’esse manifestazione delle
esternalità positive o negative riconnesse all’esistenza stesse dei beni comuni.

140 Anche su quest’ultimo aspetto deve però affinarsi la riflessione, perché l’analisi
economica del diritto ha col tempo elaborato due prospettive, statica e dinamica, con
riferimento ai beni comuni. Rispetto a una risorsa esistente in natura e in quantità
limitata (come è ovvio per ogni risorsa), il problema concerne principalmente la sua
conservazione e, in prospettiva statica, il sistema di incentivi che servono ad un utilizzo
145 compatibile con le quantità disponibili e con gli interessi futuri di chi ne dovrebbe
usufruire. In prospettiva dinamica, invece, esistono risorse che hanno quantità
tendenziale illimitate, ma la cui produzione o rigenerazione presuppone incentivi tali
che, un condizione di risorsa comune, non fornisce in modo ottimale.

150 Questa distinzione tra prospettiva statica e prospettiva dinamica serve a ulteriormente
raffinare le conoscenze delle varie risorse e, quantomeno, a distinguere casi in cui la
preoccupazione deve essere la conservazione della risorsa e l’ideazione di forme di
utilizzo compatibili con la condizione comune, da casi in cui occorre identificare
incentivi alla produzione della risorsa. Lungo questo discrimine è possibile ricondurre al
tema dei beni comuni quello della conoscenza e dell’informazione, che certamente
155 presentano le caratteristiche di non escludibilità e di uso rivale, ma non per questo
possono strutturalmente ricondursi a risorse fisiche come le terre rare o l’acqua potabile.
Per l’informazione è stata creata la più appropriata formula dei «tragedy of the
anticommons», che tuttavia ha a che fare più con il sistema degli incentivi alla
produzione, che non con le condotte individuali di consumo¹².

160 Di fronte alla tragedia – che però si alimenta della libertà individuale – e alla
irredimibile qualità dei beni comuni, la posizione dell’analisi economica classica è
quella convinta della superiorità della proprietà privata, quasi l’unica possibile (a meno
di non sacrificare il valore della libertà, adottando una soluzione tecnica per un
problema non tecnico), come struttura di incentivi. Meno encomiastica la giustificazione
di Hardin del sistema di incentivi (come le tasse) che arginano «the horror of the
165 commons». Il sistema della proprietà privata e, con essa, il diritto successorio, sono
fonte di ingiustizia, «but we put up with it because we are not convinced, at the

¹¹ Non è il caso di aprire una riflessione che porterebbe troppo lontano, però occorre qui segnalare il vistoso punto di contatto con i contributi sulle teorie relazionali, nelle quali torna la contrapposizione tra scelte e comportamenti (negoziali) sganciati dai contesti (nel senso di «discrete»), benché razionali, da quelli che appaiono ricchi di una dimensione collettiva spazio-temporale e, dunque, relazionali. La letteratura sui contratti relazionali è sterminata e dovuta principalmente a Ian Macneil e alla sua scuola. Su tutti è forse di utile consultazione, in quanto diretto ai fondamenti della società su base relazionale, I.R. MACNEIL, *The New Social Contract*, New Haven, Yale University Press, 1980).

¹² La formula si deve ad altro celeberrimo contributo apparso sulla stessa rivista che ospitò il lavoro di Hardin: M.A. HELLER, R.S. EISENBERG, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 *Science* 698 (1998).

moment, that anyone has invented a better system. The alternative of the commons is too horrifying to contemplate. Injustice is preferable to total ruin»¹³.

170 **6. Soggetti e oggetti: una matrice**

Fin qui l'analisi economica. Si deve però tener conto delle implicazioni giuridiche delle ricostruzioni che precedono, partendo dall'utilizzo dei termini. Su questo versante, il discorso sconta necessariamente le difficoltà derivanti dal fatto di coniugare i precetti e gli assunti economici – di per sé universali – con discipline che risentono della dimensione prevalentemente nazionale del diritto, soprattutto in materia di proprietà privata. Come è stato osservato, lo statuto della proprietà è quello rispetto al quale ancora si registra la maggiore distanza tra i sistemi giuridici.

175 Se si guarda ai soggetti che possono essere titolari di diritti, si parla genericamente di soggetti privati (individui e istituzioni) e soggetti pubblici (lo stato, gli enti territoriali e, con qualche maggiore difficoltà, la collettività come tale). Su ciò che forma oggetto di diritto, vi è il rischio di confusione perché «bene comune» come traduzione di «commons» non coincide necessariamente con la nozione civilistica (italiana) di bene pubblico, non foss'altro perché la definizione di bene pubblico è data dal codice civile in maniera piuttosto articolata (artt. 822 ss. c.c.). Dunque, il bene pubblico in economia deve essere individuato proprio in ragione della dimensione collettiva e della inesistenza

180 di esso di diritti di proprietà riferibili a un individuo o a un ente. In una visione molto semplificata – qualcuno direbbe riduzionista – si può comporre una matrice soggetto/oggetto, per raffigurare le varie possibili combinazioni che
185
190 l'economia ammette.

		Titolari	
		A. Privati	B. Pubblici
Beni	C. Privati	+	- (←)
	D. Pubblici	- (↑)	+

195 Nell'ottica dell'analisi economica classica, la soluzione AC sarebbe ottimale. Come ha scritto Posner, «if every valuable (meaning scarce as well as desired) resource were owned by someone (the criterion of universality), ownership connoted the unqualified power to exclude everybody else from using the resource (exclusivity) as well as to use it oneself, and ownership rights were freely transferrable, or as lawyers say alienable (transferability), the value would be maximized»¹⁴. Anche la soluzione BD sarebbe accettabile, posto che la collettività è certamente in grado di sopportare meglio i costi

¹³ HARDIN, *The Tragedy*, cit., 1247.

¹⁴ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5th ed., New York, Aspen Law & Business, 1998, 38.

200 connessi con un bene pubblico, sebbene non sempre esistano le condizioni per una corretta amministrazione o per una massimizzazione delle utilità che la risorsa pubblica consentirebbe.

Le situazioni critiche sono AD e BC. Nel primo caso, perché il privato non ha risorse sufficienti per governare la proprietà privata, almeno fin tanto che questa non viene
205 assoggettata al potere escludente di quello. Peraltro, è questa la condizione nella quale il privato abusa della libertà, causando esternalità negative che finiscono per compromettere l'integrità della risorsa. È chiaro che se si accetta acriticamente questa prospettiva, l'unica via di uscita è rappresentata dalla privatizzazione della risorsa originariamente pubblica (un movimento dal quadrante AD al quadrante AC) e, quindi,
210 un riallineamento degli incentivi individuali.

Quanto alla soluzione BC, anche in questo caso si ritiene foriera di inefficienza, come dimostrerebbero tutti i casi di intervento pubblico nell'economia attraverso l'assunzione diretta di partecipazioni statali in attività imprenditoriali. Per questa via, bene privato diviene qualsiasi risorsa tipica di un'economia di mercato, ivi compresa l'impresa
215 produttrice di beni e servizi. I meccanismi per la conquista del consenso e la cattura dei regolatori sarebbero le cause principali dell'insuccesso dello stato come imprenditore e, quindi, proprietario di beni che, per loro natura, sono da considerarsi privati. Anche per questa situazione, la privatizzazione sarebbe l'unica soluzione possibile, intesa però non come attribuzione di qualità private alla risorsa pubblica, bensì come trasferimento della titolarità dallo stato ai privati.
220

Benché riduttiva, la matrice proposta soggetti/oggetti ha almeno una virtù, che – soprattutto nelle aree più problematiche (AD e BC) – rivela l'esistenza di un problema ulteriore, spesso confuso con quello della titolarità, vale a dire quello della gestione. La proprietà privata viene considerata più efficiente perché conferisce i giusti incentivi agli
225 individui per un utilizzo efficiente delle risorse. Tuttavia, sono concettualmente costrutti diversi quelli della titolarità del diritto e quelli della corretta gestione di un bene. D'altra parte, anche a livello empirico si danno situazioni di beni pubblici in capo a privati responsabili e beni (in senso economico) privati in mano pubblica gestiti con profitto, contemperando le esigenze di bilancio con quelle di distribuzione equa della risorsa.
230

7. Critiche alla visione classica e nuove prospettive (organizzative)

La dialettica soggetto/oggetto è stata superata o messa in discussione da correnti recenti e meno recenti che si sono cimentate nella materia dei beni pubblici. Da una parte si
235 dice che in realtà non di visioni dicotomiche o contrapposizioni si tratta, ma di una continuità tra stato e privati, posto che anche lo stato – come detentore di ricchezza – si è comportato e continua a comportarsi in maniera irresponsabile, piuttosto incline (anche per ragioni contingenti di bilancio) a sacrificare risorse pubbliche, in quanto appartenenti al pubblico, sull'altare dei processi di privatizzazione. Anche in risposta a
240 queste tendenze, sul piano giuridico si è spesso guardato alla categoria della inalienabilità come regime idoneo a prevenire avventate e irrimediabili dismissioni di beni come l'acqua o lo spettro elettromagnetico. L'inalienabilità – tanto più se sancita a livello costituzionale – avrebbe l'effetto di decretare una volta per tutte la natura pubblica dei beni pubblici e la relativa insuscettibilità di formare oggetto di diritti di proprietà privata¹⁵. Se, tuttavia, si tiene in considerazione la differenza concettuale e
245

¹⁵ Quella della costituzionalizzazione dei beni comuni è la via indicata da U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari-Roma, Laterza, 2011, spec. 46.

pratica tra titolarità e gestione del bene, allora bisognerà convenire sul fatto che inalienabilità da parte dello stato di risorse pubbliche non si traduce necessariamente e automaticamente in migliore gestione delle medesime. Anzi – e, in questo, occorrerà dar ragione all’analisi economica del diritto – un regime siffatto irrigidirebbe senza rimedio una situazione proprietaria anche là dove il proprietario dovesse dimostrarsi incapace (come in effetti gli stati hanno talora dimostrato) di un utilizzo responsabile ed efficiente della risorsa.

D’altra parte, sono sempre più numerosi gli studi – sulla scia dei contributi di Elinor Ostrom – che pongono l’accento sulla questione organizzativa¹⁶. E non è un caso che l’iniziatrice di questo percorso sia in realtà un’economista studiosa di organizzazione attenta alla prospettiva gestionale e imprenditoriale della conduzione di risorse pubbliche. L’intuizione dominante a partire dai contributi della Ostrom è rappresentata dalla constatazione empirica di regimi diversificati tra loro, che tra l’altro, anche dal punto di vista della nomenclatura e dei significati, sottendono situazioni diverse all’incrocio tra proprietà pubblica e proprietà privata. Dunque, tra pubblico e privato vi sarebbero diverse situazioni nelle quali ciò che differisce non è tanto la titolarità dei diritti, quanto molteplici regimi di accesso e di gestione delle stesse e le facoltà riconosciute alla posizione soggettiva di ciascuno: «[w]hat should be obvious by now is that the world of property rights is far more complex than simply government, private and common property»¹⁷.

Se così è, il dibattito sulla titolarità perde necessariamente enfasi; bisogna concentrarsi sui contenuti dei diritti degli individui, delle comunità e delle istituzioni e sui modi con i quali siffatti diritti vengono esercitati. Questa “seconda navigazione” riporta il dibattito su un piano di maggiore complessità, anche per il diritto, posto che non esiste più un *a priori* di più situazioni proprietarie (private) efficienti, come contrapposte a quelle pubbliche. E soprattutto, non è detto che la tragedia si risolva semplicemente privando un titolare (lo stato) di una prerogativa.

La splendida spiaggia di Illetes nelle Baleari è un luogo pubblico ad accesso aperto, nel senso che pur, essendo demaniale e protetta, chiunque vi può entrare. Non è però un accesso libero nel senso di gratuito, perché coloro che vogliono approfittare della bellezza della spiaggia sono tenuti a pagare un biglietto giornaliero. La sera la spiaggia è desolatamente sporca; sporcata anche da coloro che di là a ventiquattro ore torneranno a godere del luogo. Cos’è che non funziona? Se quella stessa spiaggia fosse ad accesso libero e gratuito non ci sarebbe salvezza. La verità è che non è Utopia il luogo che non esiste: ciò che manca veramente sono in realtà gli utopiani, cioè gli abitanti responsabili del pianeta. Il caso della spiaggia, così come di altri luoghi dello stesso tipo, dimostra che il problema è gestionale più che semplicemente legato alla titolarità del diritto.

8. Analisi economica del diritto descrittiva

Non sempre è agevole distinguere tra analisi economica del diritto positiva (o, come anche si dice, descrittiva) e analisi economica del diritto normativa (o prescrittiva), perché i due piani, all’interno dei vari contributi, non sempre sono concettualmente

¹⁶ Cfr. E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990 (in versione italiana *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006).

¹⁷ Cfr. E. OSTROM, C. HESS, *Private and Common Property Rights*, in *Encyclopedia of Law and Economics* (B. BOUDEWIJN ed.) 2nd ed., Vol. 5, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, 60.

290 distinti. Talora prevale una certa connotazione ideologica, che porta al riconoscimento
delle forme di proprietà privata come di una situazione ideale anche dal punto di vista di
ciò che dovrebbe essere. Questo tipo di analisi sembra viziata da una prospettiva
evoluzionista che ne condiziona gli esiti. La proprietà privata viene mostrata come il
risultato di un cammino necessariamente migliorativo, di un progresso dell'umanità da
295 uno stato di natura ad uno stadio successivo di maggiore maturità all'interno del quale
l'efficienza vince sempre.

Da questo punto di vista, l'analisi economica del diritto positiva in materia di beni
comuni – che ritiene efficiente il percorso verso la privatizzazione delle risorse e verso
quella che Posner chiamerebbe la regola dell'universalità (tutti i beni hanno un titolare)
– è parente prossima del dibattito interno agli ambienti di common law sulle *legal*
300 *origins*¹⁸. Il common law avrebbe una vocazione naturalmente efficientistica frutto di
una selezione giurisprudenziale all'interno della quale sopravvivono soltanto le
soluzioni migliori e funzionali al perseguimento degli interessi in campo e non anche
quelle di volta in volta favorite da pressioni politiche tipiche delle dinamiche
parlamentari (e, quindi, degli ordinamenti a diritto codificato).

305 Nemmeno a dirlo, oltre che fortemente viziata nei presupposti, un'analisi di questo tipo
ha anche scontate implicazioni ideologiche, poiché se l'evoluzione del diritto in certi
ordinamenti segue un percorso evolutivo spontaneo, ogni intervento dall'esterno – e, su
tutti, l'intervento del legislatore – rappresenta un elemento di perturbazione e di
compromissione dell'ordine spontaneo. In materia di proprietà privata, ogni intervento
310 che decretasse mutamenti di natura, così come inalienabilità o attribuzioni forzose della
titolarità, al fine di preservare beni comuni, sarebbe in aperto contrasto con l'assunto di
partenza.

Colpisce non poco questa indiscussa fede nel progresso e nei percorsi che portano alla
privatizzazione delle risorse, che se fossero veri, sul piano logico, dovrebbero
315 ammettere almeno un'eccezione, vale a dire un caso in cui è possibile anche un ritorno
della risorsa privatizzata a un regime "comunale". Se sono i costi associati alla
specializzazione e alla divisione del lavoro a favorire l'internalizzazione delle
esternalità mediante attribuzione ai privati delle risorse, potrebbe accadere anche
l'inverso. Per vero, vi è almeno una norma nel codice civile italiano che sembrerebbe
320 ammettere implicitamente siffatta reversibilità: l'art. 827 sugli immobili vacanti¹⁹.
Ma quanti sono i beni immobili di pregio che tornano ad essere *res nullius* e, come tali,
riacquisiti al patrimonio dello stato? Quand'è che l'interesse individuale diminuisce a
tal punto da far perdere le tracce del proprietario?

Vero è che i percorsi che portano alla privatizzazione delle risorse sono molto meno
325 perfetti di quanto si racconta, valgono soltanto per i beni di valore e che i processi
inversi, semmai, sono osservabili soltanto per risorse ormai deplete, per le quali la mano
pubblica dovrebbe farsi carico, ove tecnicamente possibile, di un ripristino. Come è
stato osservato, «property rights are sticky in the sense that large up-front costs make it
hard to create them, but once created, there is often little reason to get rid of them even

¹⁸ Come nota T.W. MERRILL, *The Demsetz Thesis and the Evolution of Property Rights*, 31 *J. Legal Stud.* S331 (2002), «[t]he Demsetz theory can be seen as an anticipation of the idea that the common law evolves toward efficient rules».

¹⁹ Forse lontanamente anche l'art. 586 c.c. sulla successione dello Stato. Il Repertorio del *Foro italiano* riporta soltanto un caso di legittimità in cui si è fatto applicazione dell'art. 827 c.c., per giunta negando la vicenda acquisitiva in capo allo stato; cfr. Cass. 3 febbraio 2007, n. 4975, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Demanio*, n. 31.

330 if the benefits decline to the point where they would not be created ex novo»²⁰. Questa
constatazione testimonia la possibile esistenza di una seconda tragedia, tipica della
proprietà privata, che lungi dall'essere una situazione sempre ottimale, è addirittura
svantaggiosa in talune circostanze e, per giunta, irrimediabile se non nei casi di
335 abbandono delle risorse non più utili. Quando il delta del fiume Niger non sarà più ricco
di petrolio rimarrà un ambiente devastato e compromesso, che nessuno troverà più
desiderabile. Questa, tuttavia, non è che la descrizione di un'esternalità, che si potrebbe
definire "da abbandono", e che difficilmente viene presa in considerazione nei momenti
di selezione tra un regime e l'altro. Eppure, si tratta di un concetto economico, che
340 raramente compare nell'analisi. Vi sono spunti a sufficienza per rimettere in discussione ogni atteggiamento fideistico
verso la privatizzazione delle risorse. Che in alcuni casi la proprietà privata sia figlia
dell'efficienza e frutto di un'evoluzione spontanea appare indiscutibile; che, invece,
l'adozione del regime privatistico per i beni comuni sia la panacea è certamente in
345 contrasto con l'idea secondo la quale tutto evolve *spontaneamente* verso la
privatizzazione. Ancor più, però, appare una soluzione tecnica che rischia di cadere
vittima delle stesse disfunzioni (le esternalità) che dovrebbe contribuire a correggere;
potrebbe esservi, infatti, un punto di non ritorno, in corrispondenza del quale la
proprietà privata del bene comune non ha più senso e che ragioni di costo condannano
allo *status quo*.

350

9. L'analisi economica come strumento

A meno di non voler accedere alle fughe in avanti delle correnti post-moderniste, se si
evitano risposte preconfezionate bisogna riconoscere che l'analisi economica è in grado
355 di portare un contributo metodologico al tema dei beni comuni. I processi che portano
alla privatizzazione delle risorse sono meno efficienti di quanto si crede e la pervasività
delle esternalità, anche in una prospettiva diacronica, rendono gli esiti molto poco
scontati.

Il contributo di Hardin – che pure concludeva a favore della proprietà privata soltanto
360 perché non disponibile una medicina meno amara – era chiaro nell'identificare nella *n* il
problema, ma anche la radice della soluzione. Per *n* che tende a zero, maggiore è la
percezione del costo di una scelta individuale e, dunque, più verosimile un
comportamento responsabile. Là dove *n* ingrandisce con la complessità della società e
l'allontanamento fisico delle comunità dalle risorse naturali, bisogna ipotizzare
365 architetture diverse. Una certa parte dell'analisi economica del diritto ha voluto vedere
nella proprietà privata e nei processi di privatizzazione l'unica architettura possibile,
situazioni cioè nelle quali la scelta individuale marginale su risorse limitate che produce
un vantaggio +1 ha sempre un costo -1. Emergono, però, prospettive organizzative
diverse, nelle quali la vera chiave di volta è rappresentata da *n*, cioè dalla collettività, e
370 dalla capacità di rendere responsabili gli individui all'interno della società o dei gruppi
nei quali svolgono la propria attività, umana e professionale.

L'apporto dell'analisi economica deve essere nel fornire le variabili che predicono il
comportamento umano individuale e collettivo al cambiamento delle condizioni al

²⁰ MERRILL, *The Demsetz Thesis*, cit., 337. Probabilmente sono da considerarsi prova della difficoltà di cui si fa menzione nel testo anche i costi connessi con l'onere della prova dei vari regimi proprietari, come è noto sulla base delle vicende che in Italia hanno caratterizzato la liquidazione degli usi civici; cfr. Cass. 16 marzo 2007, n. 6165, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Usi civici*, n. 19.

375 contorno e, soprattutto, al mutamento degli istituti giuridici. Ma la soluzione non sta
soltanto nelle questioni di titolarità o nelle sanzioni di inalienabilità, che prima o poi
giudici o legislatori risolveranno²¹. La vera sfida è nei modelli di gestione, per i quali la
scelta può avvenire a livello decentrato, assistita da un'analisi economica meno
dogmatica e più attenta a tutti i valori in gioco.

380 Fin tanto che non vengano offerte soluzioni concrete di gestione dei beni comuni,
limitarsi a ribadire la necessità di un superamento della dicotomia soggetto/oggetto
rischia di rimanere una suggestione che poco o punto sarà in grado di fare per prevenire
l'impovertimento dell'umanità e lo scadere di quel dibattito che si cerca di alimentare
dal punto di vista scientifico.

²¹ Il contributo di Cass. 14 febbraio 2011, n. 3665 (in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Demanio*, n. 11, per esteso in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2011, 473, con nota di L. FULCINITI) va in questa direzione. La creazione di una categoria intermedia di beni, di superamento della dicotomia pubblico-privato, è «in direzione dell'affermazione di un principio di indisponibilità assoluta di alcuni beni ritenuti essenziali all'esistenza di ciascun individuo» (così S. LIETO, «Beni comuni», *diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Politica del diritto*, 2011, 348). Allo stesso modo, anche i lavori della Commissione Rodotà preludono a una modifica di regime della proprietà civilistica e al riconoscimento di una autonoma categoria di beni comuni, collocati fuori commercio in caso di titolarità in capo a persone giuridiche pubbliche.