

Giulio Napolitano

*I beni pubblici e le «tragedie dell'interesse comune»**

SOMMARIO: 1. I beni pubblici nella prospettiva dell'analisi economica del diritto. – 2. I rapporti tra proprietà privata e proprietà pubblica. – 3 La «tragedia dei comuni» e la critica alle proprietà collettive. - 4. La «tragedia degli anticomuni» e la frammentazione dei *property rights*. – 5. Il diritto dei *givings* e il regime delle concessioni. - 6. Il diritto amministrativo e i dilemmi dell'interesse comune.

1. I beni pubblici nella prospettiva dell'analisi economica del diritto

Gli studi di analisi economica del diritto tradizionalmente dedicano scarsa attenzione ai temi d'indagine propri del giuspubblicista. Soltanto in tempi recenti, il superamento delle posizioni pregiudizialmente critiche nei confronti dell'intervento pubblico e la sempre più diffusa esigenza di introdurre il calcolo economico nell'agire amministrativo hanno condotto ad una nuova fase di studi e di ricerche. L'analisi economica è così diventata un'ospite inattesa nel diritto pubblico, anche se non sempre ben accolta¹.

In questo panorama, il tema dei beni pubblici e dei relativi regimi proprietari e regolatori costituisce una significativa eccezione. Trattandosi di argomento speculare rispetto a quello della proprietà privata, esso riceve attenzione già nelle trattazioni istituzionali, fondate sulle categorie proprie del *common law*. È quindi possibile apprezzare su un più lungo arco temporale i contributi offerti dall'analisi economica del diritto e verificarne l'utilità anche per il giuspubblicista formatosi nei paesi a tradizione amministrativa. Sono almeno quattro i principali campi di riflessione che l'analisi economica propone allo studioso dei beni pubblici, proprio nella prospettiva della loro collocazione tra Stato e mercato.

Il primo, diffusamente esaminato già nella manualistica, riguarda i rapporti tra proprietà pubblica e privata. Si verificherà, allora, se e in che misura i ragionamenti svolti a tale riguardo siano viziati da semplicismi e pregiudizi ideologici o, invece, contengano indicazioni utili anche per il giurista continentale, abitualmente poco incline a interrogarsi in generale sui confini dello Stato proprietario.

* *Intervento* al Convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Analisi economica e diritto amministrativo*, Venezia, 28-29 settembre 2006 (testo provvisorio).

¹ Per riprendere la metafora di T.S. Ulen, *The Unexpected Guest: Law and Economics, Law and Other Cognate Disciplines, and the Future of Legal Scholarship*, in *Chicago-Kent Law Rev.*, 79 (2004), p. 403 ss.

Il secondo campo d'indagine è costituito dall'approfondimento delle vicende relative ai beni collettivi. In proposito, il dibattito è stato segnato dall'immagine della «tragedia dei comuni» proposta in un fortunato saggio del 1968 per indicare l'inevitabile depauperamento delle risorse derivante dal 'sovraconsumo' individuale di beni accessibili a tutti². Da questa 'predizione' si è tratta una serie di conseguenze in ordine al regime dei beni collettivi, nel segno della loro necessaria privatizzazione, il cui fondamento scientifico, tuttavia, deve essere più attentamente analizzato. Inoltre, i postulati di tale teoria vanno esaminati alla luce dell'esperienza italiana, per vagliare se i regimi pubblici di appartenenza, programmazione e regolamentazione siano in grado di sfuggire all'inevitabile 'dramma'.

Nel 1998, un saggio altrettanto fortunato ha ribaltato la prospettiva, ponendo al centro dell'attenzione una terza area di problemi, contraddistinta dall'opposta «tragedia degli anticomuni»³. Questa si determina ogni qual volta l'uso e il godimento di un bene sono pregiudicati dal riconoscimento di una pluralità di poteri di interferenza in capo a soggetti diversi dal titolare del bene, così causandone un 'sottoconsumo'. Si tratta di un fenomeno particolarmente frequente nei processi di privatizzazione dei beni patrimoniali e di regolazione dei beni ad uso del mercato. Ma bisogna più attentamente verificare l'assolutezza delle conclusioni raggiunte sulla base di quei presupposti e la loro effettiva capacità euristica: soprattutto rispetto a sistemi giuridici abitualmente contraddistinti dalla pluralità dei regimi proprietari e dalla convergenza sul medesimo bene di poteri e prerogative spettanti a soggetti pubblici e privati.

Ancora più recente e gravido di sviluppi è un quarto ambito d'indagine, fondato su un'originale ricostruzione dei *givings* amministrativi che riprende la nota elaborazione delle *new properties*⁴. L'esame si incentra sugli effetti di inclusione e di esclusione determinati dall'attribuzione di diritti su beni pubblici, al fine di sindacarne la razionalità dal punto di vista dell'efficienza allocativa e dell'equità distributiva. Quest'ultima impostazione, lungi dal postulare soluzioni 'taumaturgiche', suggerisce una serie di strumenti a compensazione dei vantaggi derivanti dall'assegnazione pubblica dei beni e individua le procedure amministrative più adeguate per la loro corretta destinazione. Come meglio si vedrà innanzi, tali proposte possono offrire utili spunti anche per razionalizzare l'incoerente disciplina delle concessioni nel nostro ordinamento.

Nella prospettiva dell'analisi economica, dunque, il diritto dei beni pubblici assume una connotazione 'drammatica' ben lontana dalle

² G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162 (1968), p. 1243 ss.

³ M.A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard L. Rev.*, 111 (1998), p. 622 ss.

⁴ A. Bell – G. Parchomovsky, *Givings*, in *Yale J. on Reg.*, 111 (2001), p. 547 ss.; R. Dabadj, *Regulatory Givings and the Anticommons*, in *Ohio State Law J.*, 64 (2003), p. 1043 ss.

classificazioni apparentemente rassicuranti proposte dalla scienza giuridica. Si tratta, tuttavia, di indagare se le soluzioni prospettate siano in grado di evitare le paventate «tragedie dell'interesse comune» e di consentire ai poteri pubblici di meglio affrontare i dilemmi che inevitabilmente si pongono quando si tratta di decidere la sorte dei beni pubblici⁵.

2. I rapporti tra proprietà privata e proprietà pubblica

Il tema della proprietà e dei beni pubblici è uno dei rari casi in cui già le trattazioni istituzionali di analisi economica del diritto, abitualmente fondate sulle categorie tipicamente privatistiche del *common law*, affrontano una problematica di immediato interesse anche per lo studioso del diritto amministrativo. Mutano, tuttavia, radicalmente i modi in cui le questioni sono poste (e talvolta risolte).

Nei contributi più strettamente legati alla scuola di Chicago, si ribadisce la diffusa convinzione circa il superiore valore della proprietà privata, universalmente riconosciuto per molti secoli⁶. La proprietà pubblica non è contemplata come un'effettiva alternativa a quella privata, dotata di pari grado e dignità, e, come tale, suscettibile di risultare più adeguata in relazione a determinati beni. La possibilità per lo Stato di ricorrere all'espropriazione è guardata con sospetto e circondata da particolari garanzie, nel tentativo di evitare che il governo 'possa comprare qualsiasi cosa'⁷. Le presunte giustificazioni economiche della proprietà pubblica sono spesso considerate insussistenti: a prevalere sarebbero concezioni 'sentimentali' che non trovano corrispondenza nemmeno in valutazioni di carattere equitativo⁸. Sono, dunque, ben pochi i casi in cui la soluzione della

⁵ Nella prospettiva unificante di L.A. Fennell, *Common Interest Tragedies*, in *Northwestern Univ. Law Rev.*, 98 (2004), p. 907 ss., la quale evidenzia la labilità dei confini tra la «tragedia dei comuni» e quella degli «anticomuni».

⁶ Per tutti, R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, V ed., New York, 1998, p. 28 ss.; . Demsetz, *Property Rights*, in *The New Palgrave Dictionary of Law and Economics*, Macmillan, 1998, III, p. 144 ss.; D. Friedman, *Mio, tuo, nostro: analisi economica del diritto di proprietà*, in Id., *L'ordine del diritto*, Bologna, 2004, p. 215 ss.; si v. anche Y. Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge, 1989, p. 71 ss.; M.A. Heller, *Property*, in *The Oxford Handbook of Legal Studies*, a cura di P. Cane e M. Tushnet, Oxford, 2003, pp. 66-67.

⁷ J.J. Kruckeberg, *Can Government Buy Everything?: The Takings Clause and the Erosion of the "Public Use" Requirement*, in *Minnesota L. Rev.*, 87 (2002), p. 543 ss.

⁸ Ad esempio, le terre, i campi e i boschi, sono, anche negli Stati Uniti, diffusamente detenute e amministrate dallo Stato. La preoccupazione di salvaguardare così alcune risorse fondamentali, come gli alberi, è ritenuta inconsistente. Il proprietario privato avrebbe comunque tutto l'interesse a non pregiudicare la futura crescita degli alberi per ricavare poi maggiore legna da commercializzare. Al contrario, l'amministrazione governativa produce a volte risultati perversi, che paradossalmente conducono proprio al depauperamento delle

proprietà pubblica può ritenersi accettabile: ad esempio, quando il libero accesso al bene non determina un eccessivo rischio di 'sovraconsumo' e non sono necessari investimenti⁹.

In altre trattazioni, invece, proprietà pubblica e privata sono considerate come effettivamente alternative: entrambe destinate a un campo elettivo di applicazione in ragione delle diverse caratteristiche economiche dei beni¹⁰. L'esposizione è fortemente tributaria della teoria economica tradizionale, che ha nel tempo individuato una pluralità di 'fallimenti del mercato' per giustificare l'appartenenza pubblica e la regolamentazione amministrativa di determinati beni. Tali 'fallimenti' ricorrono quando vi sono «beni pubblici puri», perché non rivali e non escludibili nel consumo, quando il bene è scarso o unico, costituendo così un potere di mercato in capo a chi lo detiene, oppure quando il suo uso genera esternalità positive o negative¹¹. In tutti questi casi, il settore privato non può trarre adeguato profitto per fornire determinati beni al livello socialmente desiderato; oppure, il gestore privato imporrebbe un prezzo troppo alto per il suo uso, finendo così per scoraggiarlo¹².

L'analisi economica del diritto, tuttavia, introduce due varianti fondamentali rispetto al modo di ragionare tipico dell'economia del benessere.

Innanzitutto, evidenzia che i 'fallimenti del mercato' sono relativi e contingenti. Si prenda, ad esempio, il problema dell'esclusione. Questo non esiste in natura, perché vi sono sempre 'barriere' fisiche o giuridiche che

risorse. La principale giustificazione per la proprietà pubblica viene considerata «estetica»: e cioè preservare i luoghi per il godimento dei campeggiatori. Ma il fondamento economico è considerato debole. La presunta difficoltà di far pagare l'ingresso non sussiste: poche strade conducono in queste aree e i pedaggi potrebbero essere facilmente imposti nei punti di ingresso. Anche i parchi pubblici e i giardini comunali potrebbero essere privatizzati. E se, per qualche ragione, si intende sussidiare il consumo di questi beni (anche se sono pochi gli utenti poveri), ciò potrebbe essere fatto pagando direttamente un rimborso al proprietario privato (in questi termini, R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 84).

⁹ Così, ad esempio, R.A. Epstein, *On the Optimal Mix of Private and Common Property*, in *Property Rights*, a cura di E. Frankel Paul e altri, 1994, p. 17 ss., in part., pp. 27-28, che reca l'esempio delle acque marine.

¹⁰ Per tutti, R.D. Cooter e T.S. Ulen, *Law and Economics*, III ed., Reading (Mass.), 2000; una versione italiana in R.D. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T.S. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, Il Mulino, 1999; S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge – London, 2004, p. 110 ss.

¹¹ Per tutti, A.C. Pigou, *Economia del benessere* (1932), trad. it., Torino, Utet, 1953; P. Samuelson, *La teoria pura della spesa pubblica* (1954), ora in Id., *Analisi economica, ottimizzazione, benessere*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1993, p. 175 ss.; R.A. Musgrave, *L'offerta dei beni sociali*; Id., *Beni meritori*, entrambi ora in Id., *Finanza pubblica, equità, democrazia*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1996, p. 147 ss.

¹² S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge – London, 2004, p. 110 ss.

possono essere erette. Il problema deriva invece dal fatto che il costo per provvedere a un determinato servizio e imporre un pagamento per la fruizione è maggiore dei ricavi che ne derivano. Data una certa natura di un bene, escludere i *free-riders* può essere più o meno oneroso. I costi, tuttavia, dipendono dalle tecniche di esclusione e di riscossione esistenti in un dato momento. Quando diventa tecnologicamente conveniente esigere il pagamento di un prezzo per la fornitura di un servizio, i privati saranno incentivati a erogarlo. Postulare l'esistenza di beni necessariamente 'pubblici', dunque, è fuorviante: essi sono tali soltanto entro un determinato contesto giuridico e tecnologico¹³.

In secondo luogo, l'analisi economica del diritto pone in questione qualsiasi pregiudiziale fiducia circa la capacità dell'intervento pubblico di porre rimedio ai 'fallimenti del mercato' senza ingenerare a sua volta 'fallimenti del governo'. Innanzi tutto, il funzionamento del sistema fiscale, cui è affidato il compito di finanziare, grazie alla coercizione dello Stato, l'erogazione dei «beni pubblici puri», non è di per sé socialmente privo di costi. Al contrario, determina un onere amministrativo e può essere fonte di distorsioni del mercato. Inoltre, lo Stato può non essere in grado di ottenere tutte le informazioni necessarie circa il valore che i cittadini assegnano alla proprietà pubblica di determinati beni e i costi della relativa manutenzione che essi sono disponibili a sostenere. Infine, come evidenziano gli studi di *Public Choice*, le decisioni dello Stato possono essere falsate da un processo politico finalizzato alla massimizzazione non del benessere sociale, ma di quello individuale di chi le assume, a sua volta influenzato dalla pressione degli interessi particolari¹⁴. D'altra parte, la stessa efficienza e imparzialità dell'amministrazione sono *public goods* suscettibili di *free-riding* quando si tratta di controllare che le decisioni, a cominciare da quelle di entrata e di spesa, siano prese correttamente¹⁵.

In questa più articolata impostazione, dunque, l'analisi economica del diritto invita a comparare i benefici e i costi della proprietà pubblica e di quella privata: nella prima, la negoziazione avviene nell'ambito del processo democratico interno alle istituzioni; nella seconda, la negoziazione ha ad oggetto lo scambio di risorse sul mercato. I risultati così raggiunti non sempre sono illuminanti, anche perché spesso non si tiene sufficientemente in conto l'esistenza di regimi intermedi, che in pratica sono quelli che

¹³ D.E. Van Zandt, *The Lessons of the Lighthouse: "Government" or "Private" Provision of Goods*, in *J. of Leg. St.*, 22, 1993, p. 47 ss.

¹⁴ A.A. Schmid *Property, Power, and Public Choice* (1987) trad. it., *Tra economia e diritti*, Bologna, 1988; J.M. Buchanan – Y.J. Yoon, Yong J, *Majoritarian Management of the Commons*, in *Economic Inquiry*, (39) 2001, p. 405 ss.

¹⁵ D. Friedman, *Problems in The Provision of Public Goods*, in *Harvard J. of Law & Public Policy*, 10, 1987, p. 505 ss.

ricorrono con maggiore frequenza¹⁶. Per questa ragione, nella letteratura più attenta, le conclusioni sono nette soltanto per i *private goods* in appartenenza pubblica, per i quali la tesi della dismissione è diffusamente sostenuta¹⁷.

La prospettiva assunta dall'analisi economica del diritto, nelle due diversi inclinazioni ora tratteggiate, è radicalmente diversa da quella tradizionalmente accolta dalla nostra scienza giuridica. Eppure, alla fine del XIX secolo, gli studi di scienza delle finanze, posti di fronte all'eredità feudale degli Stati preunitari e agli ingenti patrimoni degli antichi sovrani e dell'asse ecclesiastico, avevano sollecitato il superamento della 'manomorta' pubblica e l'alienazione dei beni pubblici, in nome della superiorità dell'industria privata e dell'esigenza di aumentare la produttività della terra¹⁸. All'inizio del XX secolo, invece, completata l'alienazione dell'asse ecclesiastico, la scienza giuridica è ormai abituata ad assumere l'esistenza della proprietà pubblica e l'appartenenza pubblica di determinati beni come un dato storicamente ricevuto e consolidato dagli ordinamenti contemporanei. Si pensi al vasto disegno dei beni pubblici offerto dal codice civile del 1942; e alla previsione generale della Costituzione, secondo cui la proprietà pubblica ha una legittimazione pari a quella della proprietà privata¹⁹. Nessun limite all'espansione della proprietà pubblica, d'altra parte, proviene in seguito dall'ordinamento europeo, secondo cui l'assetto proprietario è irrilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario,

¹⁶ Così D.E. Van Zandt, *The Lessons of the Lighthouse: "Government" or "Private" Provision of Goods*, in *J. of Leg. St.*, 22, 1993, p. 47 ss., in polemica con la ricostruzione di R.H. Coase, *Il faro nell'economia* (1974), ora in ID. *Impresa, mercato e diritto*, trad. it, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 291 ss.

¹⁷ Infatti, «il favore verso la proprietà privata è facile da sostenere quando le funzioni di produzione e di utilità sono separabili, o quando le esternalità sono private. In tali circostanze, la proprietà pubblica rappresenta un costoso errore»: così R. Cooter e altri, *Il mercato delle regole*, cit., p. 185.

¹⁸ A. Graziani, *Istituzioni di scienza delle finanze* (1911), II ed., Torino, Einaudi, 1911, p. 205 ss.; A. De Viti De Marco, *Saggi di economia e finanza*, in *Giornale degli economisti*, 1898, p. 164 ss., ove si trova ancora un'originale ricostruzione delle diverse categorie di beni pubblici; in seguito, si v. L. Einaudi, *Principi di scienza delle finanze*, II ed., Torino, 1940, p. 17 ss., anche per una vigorosa difesa della proprietà pubblica dei boschi al fine di garantirne la conservazione. Per una ricostruzione del dibattito e la sottolineatura delle differenze rispetto al dibattito statunitense, F. Osculati, *Il pensiero economico: dalla tradizione «italiana» al dibattito odierno*, in *Econ. Pubbl.*, 1990, p. 527 ss.

¹⁹ Come sottolinea M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 443 ss., qui p. 451 ss., l'art. 42 cost. costituisce, anzi, una norma dal «valore politico polemico» nei confronti delle concezioni liberali della proprietà: diretta, dunque, ad affermare la pari dignità della proprietà pubblica e di quella privata. Sulla disciplina costituzionale della proprietà come fondamento del regime di inappropriabilità dei beni pubblici e della relativa riserva, S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, p. 3 ss.

mentre la Convenzione europea dei diritti dell'uomo si limita a tutelare le prerogative dei privati²⁰.

Certo, se si prendono le categorie di beni pubblici tradizionalmente imputate allo Stato, non è difficile individuare il ricorrere almeno di uno dei 'fallimenti del mercato' che giustifica l'intervento pubblico. Ma le classificazioni normative, oltre a essere intimamente contraddittorie, non sono allineate a quelle economiche²¹. La scienza giuridica, così, ha spesso proposto nuove definizioni e distinzioni, anche fondandole sugli usi cui i beni sono funzionalmente destinati e sulle utilità che essi possono recare; ma ciò non è avvenuto per mettere in questione le giustificazioni economiche della 'pubblicità' dei beni. Al contrario, l'uso consolidato di formule come quella del «demanio necessario» ha accreditato a lungo l'idea di un'area di beni naturalmente e immancabilmente riservata alla mano pubblica²². È soltanto con la ricostruzione teorica di Giannini che si ritrova 'in nuce' il nucleo del ragionamento economico sui 'fallimenti del mercato': il suo discorso sui beni che rendono servizi indivisibili per natura o per scelta del legislatore o che, ancora, per la loro abbondanza naturale, consentono utilizzazioni libere a chiunque, presenta un'interessante consonanza con la teoria dei «beni pubblici puri» perché non escludibili e non rivali nel consumo²³.

L'assenza di un effettivo dibattito circa le giustificazioni economiche della proprietà pubblica, tuttavia, ha finito per impedire alla scienza giuridica di svolgere qualsiasi riflessione critica in ordine alle sue effettive dimensioni. Anche l'esistenza di un «demanio eventuale» non ha offerto spunti per una più ampia discussione sui presupposti economici delle scelte legislative: gli studi sono così rimasti negli angusti limiti della discussione sull'inizio e sulla cessazione della demanialità, legati ora a fatti naturali ora a singole decisioni amministrative. Si è, dunque, per molto tempo rinunciato allo studio di modelli proprietari, regolatori e gestionali

²⁰ Per un quadro di insieme, A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, p. 225 ss.

²¹ Per tutti, M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 28 ss.; più di recente, V. Cerulli Irelli, *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, in *Econ. pubbl.*, 1990, p. 523 ss.; per un tentativo di rilettura delle norme codicistiche come espressione di una scelta di pubblicizzare beni che presentano aspetti pubblici e privati, U. Mattei, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, p. 51.

²² Per tutti S. Pugliatti, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà* (1935), ora in Id., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 7-8, secondo il quale molti beni demaniali sono «cose naturalmente destinate al soddisfacimento di bisogni pubblici, in rapporto alle quali l'interesse pubblico matura immediatamente e con intensità tale da escludere persino la possibilità della nascita di un interesse privato degno di tutela come tale».

²³ Così M.S. Giannini, *I beni pubblici*, cit., pp. 34-35, il quale, tuttavia, fa esplicito riferimento soltanto alle indicazioni provenienti dalla «sociologia».

alternativi. Persino la riflessione sui beni privati di interesse pubblico è rimasta circoscritta a casi specifici, anche se molto importanti (basti pensare ai beni culturali): l'eterogeneità delle ipotesi e delle discipline è stata considerata un ostacolo a qualsiasi ulteriore approfondimento²⁴. E soltanto tardivamente si sono individuati i molteplici 'fallimenti' dello Stato proprietario e le sue cause²⁵.

Nel momento in cui la crisi della finanza pubblica ha imposto politiche di privatizzazione, l'attenzione si è inizialmente concentrata sui soli beni del patrimonio disponibile: gli unici che, almeno sulla carta, possono essere rapidamente dismessi senza violare i vincoli gravanti sulle altre categorie di beni pubblici. Quando, però, anche questa frontiera è stata travolta, l'incapacità di mettere seriamente in discussione, fino a tempi recentissimi, i confini della demanialità tradizionalmente ricevuti, ha finito per produrre, a livello legislativo, strani ibridi, come l'imputazione a soggetti di diritto privato di beni il cui regime oggettivamente pubblico è rimasto immutato²⁶. Mentre è soltanto la verifica circa la congruenza di quel regime alle modalità di uso e di godimento dei beni sottoposti ad una continua evoluzione tecnologica ed economica che può effettivamente

²⁴ Si v. per tutti, A.M. Sandulli, *Spunto per lo studio dei beni privati di interesse pubblico* (1956), ora in Id., *Scritti giuridici. IV. Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, p. 67 ss.; in seguito, G. Palma, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971; per un bilancio, si rinvia a quanto esposto in Aldo M. Sandulli e la teoria dei beni privati di interesse pubblico, in A.M. Sandulli (1915-1984). *Attualità del pensiero giuridico del maestro*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 555 ss.

²⁵ Ampiamente documentati nella *Relazione della commissione di indagine sul patrimonio immobiliare pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, p. 1117 ss. e nella *Relazione conclusiva della commissione di indagine sul patrimonio immobiliare pubblico*, ivi, 1988, p. 171 ss. Sull'esigenza di una riforma, gli atti del convegno su *Conservazione e gestione dei beni di proprietà pubblica*, Milano, 29 novembre 1989, in *Econ. pubbl.*, 1990, p. 519 ss.; nonché A. Biagini, G. Comoglio e S. Trebeschi, *Il patrimonio degli enti pubblici: i terreni. Una indagine conoscitiva*, Bologna, 1990, p. 33 ss.; in precedenza, S. Cassese, *Organi e procedure per l'amministrazione della proprietà pubblica. Situazione attuale e proposte di modificazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1373 ss.: si v. anche *I beni pubblici in Italia. Profili funzionali e problemi di gestione*, a cura di N. Greco e F. Ghelarducci, Bologna, Il Mulino, 1982.

²⁶ Sui problemi dischiusi dalla valorizzazione economica e dalla privatizzazione, *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2003*, Milano, Giuffrè, 2004; *Gestione del patrimonio pubblico, proprietà pubblica e proprietà privata*, Atti del Convegno dell'Accademia dei Lincei, Roma, 6 giugno 2006; M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004; M. Dugato, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, destinato a una raccolta di studi celebrativi del sessantesimo anno della Costituzione promossa dalla Fondazione della Camera dei deputati. Con riguardo all'esperienza francese, su «le recours à des moyens inspirés du droit privé pour rentabiliser le domaine public», S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, 2001, p. 209 ss.

consentire l'individuazione di modelli proprietari e gestionali più adeguati ed eventualmente profittevoli²⁷.

3. La «tragedia dei comuni» e la critica alle proprietà collettive

Nella discussione sull'alternativa tra proprietà pubblica e privata, un tema particolarmente discusso è quello dei *commons*. Infatti, quando determinati beni sono liberamente accessibili, secondo l'analisi economica del diritto, si verifica una condizione simile a quella descritta nel «dilemma del prigioniero»: sono le condotte non cooperative che prevalgono. Tutti, ad esempio, tendono a tirare al proprio amo il maggior numero possibile di pesci, a cacciare la fauna nei boschi e a sfruttare gli altri beni della foresta; ma così facendo determinano la progressiva scomparsa delle risorse²⁸.

Per definire questa situazione, uno scienziato americano coniò la fortunata formula della «tragedia dei comuni». Questa si determina ogni volta che il libero sfruttamento dei beni collettivi genera fenomeni di 'sovracconsumo' che conducono al deperimento delle risorse. Di qui la necessità di limitare il libero accesso e lo sfruttamento indiscriminato delle risorse²⁹.

La proprietà pubblica e la regolamentazione amministrativa tramite gli strumenti propri del *command and control*, in astratto, possono costituire una valida soluzione. Esse, infatti, sono in grado di limitare l'accesso a determinati beni evitandone così il sovracconsumo. Lo stesso Hardin, con riguardo ai grandi parchi nazionali, per evitare lo sperpero delle risorse, suggeriva, in alternativa alla privatizzazione, di mantenerle in proprietà pubblica, ma affidando al potere pubblico il compito di stabilire chi aveva diritto ad accedervi secondo meccanismi differenziati. Per evitare l'inquinamento dell'aria, invece, non essendosi ancora adeguata la morale collettiva alle nuove esigenze di un mondo caratterizzato dall'esplosione demografica, il ricorso all'intervento normativo appariva inevitabile. Ma questo poteva essere attuato soltanto delegando il compito di specificare divieti e limiti alla pubblica amministrazione, nonostante lo stesso Hardin non lesinasse commenti critici in ordine al modo di operare del diritto

²⁷ Per alcuni spunti in tal senso, M. Olivi, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, Cedam, 2005.

²⁸ H. Scott Gordon, *The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery*, in *J. Pol. Econ.*, 62 (1954), p. 124 ss.; A. Scott, *The Fishery: The Objectives of Sole Ownership*, in *J. Pol. Econ.*, 62 (1955), p. 116 ss.; H. Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, in *American Economic Rev.*, 57 (1967), p. 347 ss.

²⁹ G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162 (1968), p. 1243 ss.

amministrativo («rightly feared for an ancient reason-*Quis custodiet ipsos custodes?*»)»³⁰.

L'immagine di Hardin, nelle mani della scuola *chicagoan* di analisi economica del diritto, tuttavia, è diventata rapidamente un potente ed efficace argomento in favore della privatizzazione; in ciò accompagnato dalla dimostrazione di una pluralità di casi in cui la cattiva amministrazione pubblica avrebbe storicamente condotto al ciclico ripetersi di «tragedie»³¹. Soltanto la ripartizione dei beni comuni e la loro assegnazione *pro quota* ai singoli in regime di proprietà privata, infatti, consentono di 'internalizzare' le esternalità. Anche laddove determinati beni costituiscono risorse scarse in natura, i pubblici poteri devono rinunciare a qualsiasi funzione gestoria e programmatica. Il loro unico compito è definire in modo chiaro e univoco i diritti spettanti ai privati su quei beni e rimettere l'allocazione delle risorse al funzionamento dei meccanismi di mercato. Su questa base, si è sostenuta la tesi della privatizzazione delle foreste, dei quartieri e dei vicinati, persino degli oceani³². Ma la più autentica attuazione di un sistema fondato su meccanismi di mercato per 'internalizzare' le esternalità negative è data dalla costruzione di un complesso sistema di commercializzazione dei diritti di inquinamento, prima negli Stati Uniti e poi a livello internazionale³³. È, dunque, in questa prospettiva che si possono cercare rimedi a problemi

³⁰ G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, cit., p. 1246-47.

³¹ Ad esempio, M.C. Blumm, *Public Choice Theory and The Public Lands: Why "Multiple Use" Failed*, in *Harvard Environmental Law Review*, 18 (1994), p. 405 ss.; D.A. Dana, *Overcoming the Political Tragedy of the Commons: Lessons Learned from the Reauthorization of the Magnuson Act*, in *Ecology Law Quarterly*, 24 (1997), p. 833 ss.; E.C. Penning-Roswell, *A 'Tragedy of The Commons'? Perceptions of Managing Recreation on the River Wye, U.K.*, in *Natural Resources J.*, 34 (1994), p. 629 ss.

³² Tra gli altri, M. Markels Jr., *Fishing for Markets: Regulation and Ocean Farming*, in *Regulation*, 18 (1995), p. 73 ss.; R.L. Stroup, *Privatizing Public Lands: Market Solutions to Economic and Environmental Problems*, in *Pub. Land & Resources L. Rev.*, 79 (1998), p. 79 ss.; R.H. Nelson, *Privatizing the Neighborhood: A Proposal to Replace Zoning with Private Collective Property Right to Existing Neighborhoods*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 7 (1999), p. 827 ss.; R.Q. Grafton, D. Squires e K.J. Fox, *Private Property and Economic Efficiency: a Study of a Common-Pool Resource*, in *J. Law & Economics*, 43 (2000), p. 679 ss.

³³ Tra gli altri, T.R. Lewis e D. Sappington, *Using Markets to Allocate Pollution Permits and Other Scarce Resource Rights Under Limited Information*, in *J. of Public Economics*, 57 (1995), p. 431 ss.; M.D. Driesen, *Is Emission Trading an economic incentive Program?*, in *Washington and Lee Law Rev.*, 55 (1998), p. 289 ss.; da ultimo, J.W. Ely, Jr., *Property Rights and Environmental Regulation: The Case for Compensation*, in *Harv. J.L. & Pub. Policy*, 28 (2004), p. 52 ss.; J.P. Byrne, *Property and Environment: Thoughts on an Evolving Relationship*, *ivi*, p. 679 ss. Nella letteratura italiana, per un quadro di sintesi, A. Musu, *Introduzione all'economia dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 13 ss.; ma si rinvia più ampiamente all'intervento di Clarich in questo convegno.

aventi sempre più chiaramente una dimensione sovranazionale, nel tentativo di evitare la «tragedia» dei *global commons*³⁴.

Contro queste impostazioni, si è notato, da parte di una scuola che si potrebbe definire ‘neo-comunitaria’, che i tradizionali argomenti in favore della proprietà pubblica hanno solide basi non soltanto normative, ma anche economiche. La proprietà pubblica, così, si giustifica sia per i beni naturali caratterizzati da abbondanza e illimitatezza (dal mare all’aria), sia per i beni segnati da ‘fallimenti del mercato’ e per i quali anche eventuali accordi collettivi sono difficili da sottoscrivere e da osservare³⁵. In tutti questi casi, il potere pubblico può essere il più adeguato proprietario e regolatore di determinati beni³⁶. La storia dell’*Homestead Act*, cioè di come il governo ‘bruciò’ il valore delle terre pubbliche, fornisce un’ulteriore dimostrazione del perché «trasformare le cose in beni posseduti a titolo di proprietà privata non costituisca sempre una buona idea»³⁷.

Inoltre, molti beni comuni possono essere liberamente accessibili al pubblico senza che ciò ne diminuisca l’efficienza; al contrario, talvolta il benessere sociale è accresciuto dall’uso simultaneo o comunque diffuso di beni e luoghi che consentono il rafforzamento di ‘valori comunitari’. L’esperienza storica, d’altra parte, dimostra che il corretto uso di tali beni può essere assicurato da regole morali o consuetudinarie, anche senza l’intervento dello Stato quale proprietario del bene³⁸. La gestione collettiva o pubblica di determinati beni può avere anche un lieto fine; sul palcoscenico si recita non una «tragedia», ma una «commedia dei comuni»³⁹.

Infine, vanno tenute più adeguatamente presenti le esternalità positive derivanti dal consumo di determinati beni. In passato, ad esempio, il libero accesso alle strade e ai fiumi navigabili, intesi come principali mezzi di

³⁴ E.A. Clancy, *The Tragedy of Global Commons*, in *Global Legal Studies J.*, 5 (1998), p. 601 ss.

³⁵ Tra gli altri, Strouop e Baden, *Externality, Property Rights, and the Management of Our National Forests*, in *J.L. & Econ.*, 16 (1973), p. 303 ss.; Sagoff, *Economic Theory and Environmental Law*, in *Mich. L. Rev.*, 79 (1981), p. 1393 ss.

³⁶ B.H. Thompson, Jr., *Tragically Difficult: The Obstacles to Governing the Commons*, in *Environmental Law*, 30 (2000), p. 241 ss.; I.S. Russell, *A Common Tragedy: The Breach of Promises to Benefit the Public Commons and the Enforceability Problem*, in *Texas Wesleyan Law Rev.*, 11 (2005), p. 557 ss.

³⁷ D. Friedman, *Mio, tuo, nostro: analisi economica del diritto di proprietà*, cit., p. 232. Per un bilancio critico, T. Anderson e P.J. Hill, *Privatizing the Commons: An Improvement?*, in *Southern Economic Journal*, 50 (1983), p. 438 ss.; si v. anche E.T. Freyfogle, *The Tragedy of Fragmentation*, in *Valparaiso Univ. Law Rev.*, 36 (2002), p. 307 ss.

³⁸ E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, 1990, p. 182 ss.; Ead., *Private and Common Property Rights*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, Elgar, Cheltenham, 2000, II, p. 332 ss.

³⁹ C. Rose, *The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 53 (1986), p. 711 ss.

trasporto, dipendeva non soltanto dai costi di esclusione e dal rischio del potere di mercato, ma anche dagli effetti positivi che la circolazione arrecava allo sviluppo del commercio. Questo rappresentava un'istituzione intrinsecamente sociale, in grado di aumentare il benessere economico e contemporaneamente il dialogo e l'ascolto reciproco tra i membri della comunità. Oggi, assumono rilievo dominante anche altri valori: ad esempio, la libertà di manifestazione del pensiero è considerata uno dei pilastri delle democrazie occidentali. Essa costituisce in sé un *public good*, non rivale e non escludibile nel consumo; al contrario, l'aumento dei 'produttori' e dei 'consumatori' accresce il benessere sociale. Ciò si riverbera anche in una particolare disciplina dei luoghi in cui la libera manifestazione del pensiero si esprime: dalle strade alle piazze, fino ai mezzi di comunicazione di massa. Si spiega così perché siano considerati alla stregua di beni pubblici anche taluni beni immateriali, come le reti telematiche e *Internet*, sottoposti ad una più ricca miscela di regimi rispetto alla dicotomia tra accesso pubblico e proprietà privata⁴⁰.

L'evoluzione del nostro ordinamento positivo sembra andare nel senso indicato dalla scuola comunitaria, anche se le concezioni autoritarie dello Stato-sovrano e la visione antropomorfa della sua persona giuridica hanno impedito a lungo di cogliere le peculiarità della proprietà pubblica in questo caso. Nel codice civile, infatti, sono ascritti al «demanio pubblico necessario» molti beni comuni. L'impostazione privatistica, che conduce ad allineare la proprietà pubblica a quella privata nel segno della titolarità individuale, tuttavia, ha per molto tempo precluso la comprensione delle peculiarità del regime concepito per questo tipo di beni.

È Giannini a introdurre nella sistematica dei giuspubblicisti la categoria della proprietà collettiva, evidenziando le ragioni del suo progressivo passaggio alla sfera pubblica. Qui, il tratto saliente non è dato dall'appartenenza della cosa, ma dal godimento collettivo dei servizi o delle utilità (anche non economiche) che la cosa rende⁴¹. Tra queste, prima fra tutte, le cose naturali *extra commercium*, caratterizzate dalla «limitatezza qualitativa delle risorse che offrono, unita all'abbondanza quantitativa»⁴². L'essenza del regime di riserva pubblica è rinvenuto nella garanzia della inappropriabilità privata di quei beni e nell'affermazione della loro libera accessibilità da parte dei terzi, oggetto di un diritto civico collettivo: l'ente territoriale, come tale, non trae nessuna utilità da questi beni. Lo Stato, per

⁴⁰ Dove la *governance* del sistema non richiede necessariamente il controllo diretto da parte dei pubblici poteri, potendo bastare le norme sociali e consuetudinarie ad assicurare comportamenti virtuosi: in tal senso, C.M. Rose, *Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, in *Law and Contemporary Problems*, 66 (2003), p. 89 ss., in part. p. 100 ss.

⁴¹ M.S. Giannini, *I beni pubblici*, cit., pp. 34-35.

⁴² M.S. Giannini, *I beni pubblici*, cit., p. 37.

parte sua, «non è neppure amministratore della cosa comune (...); è autorità di polizia»⁴³. Su questa base, in seguito, è stato possibile compiere una ricostruzione organica della proprietà collettiva, delle sue forme organizzative, dei diritti di godimento e di uso e dei poteri amministrativi di «polizia degli usi collettivi». Si tratta, tuttavia, di un'indagine chiaramente priva di qualsiasi 'drammatizzazione': non si svolge cioè, e non poteva essere altrimenti, alcuna verifica critica circa l'idoneità delle discipline vigenti ad assicurare nel tempo la fruizione diffusa di quelle risorse⁴⁴.

Eppure, l'immagine della «tragedia dei comuni» costituisce un buon criterio per valutare l'evoluzione del regime proprietario e regolativo dei beni naturali. Anche il passaggio, nel secondo dopoguerra, di determinati beni dal regime comune del libero consumo a quello del dominio pubblico, con conseguente assoggettamento a poteri amministrativi di programmazione e controllo, può essere ricostruito in questa prospettiva⁴⁵. Inoltre, nella legislazione più recente, il bene pubblico a godimento

⁴³ M.S. Giannini, *I beni pubblici*, cit., pp. 53-54. Ma sull'eventualità che il regime di riserva si traduca in una mera norma di divieto nei confronti dell'appropriazione privata senza che a ciò corrisponda nemmeno l'imputazione del bene al pubblico potere, al solo scopo di preservare beni che costituiscono o contengono risorse naturali, S. Cassese, *I beni pubblici*, cit., pp. 139-140, che richiama proprio la normazione americana sui parchi diretta a mantenere «un ambiente naturale "forever wild"».

⁴⁴ V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., p. 127 ss., il quale evidenzia che si tratta di «poteri amministrativi autonomi (dalla disciplina dominicale) volta per volta fissati dalla legge». Sulle esperienze di proprietà collettiva nel nostro ordinamento, P. Grossi, *Absolutismo giuridico e proprietà collettive*, in Id., *Il dominio e le cose*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 695 ss.; per una recente applicazione, P. Vitucci, *Proprietà collettive, diritti dell'utente, autonomia statutaria (le organizzazioni montane e i beni agro-silvo-pastorali fra la storia e la privatizzazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 579 ss., in part. p. 589 ss.

⁴⁵ In proposito, le trasformazioni più significative riguardano la fauna e le risorse ittiche. Il t.u. delle leggi sulla caccia del 1939 aveva sancito il principio di libertà del diritto di caccia per tutti i cittadini, concependo tale diritto quale espressione di in diritto soggettivo assoluto del singolo. Allo stesso tempo, il codice civile del 1942 qualificava la selvaggina come *res nullius*, oggetto di libera appropriazione privata da parte di tutti coloro che esercitavano l'attività venatoria. La tragedia dei comuni che investe le risorse faunistiche spinge il legislatore a modificare radicalmente tale assetto: la l. n. 968/1977 e la l. n. 157/1992 includono la fauna selvatica tra i beni del patrimonio indisponibile dello Stato, sottolineando che essa è «tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale». Varie norme affidano, quindi, alle amministrazioni pubbliche centrali e regionali il compito di disciplinare l'esercizio dell'attività venatoria sottoponendolo al previo rilascio di una licenza (in relazione alla verifica dei requisiti soggettivi) - concessione (in relazione all'appropriazione del bene). Analoga evoluzione conosce il regime della pesca. Nel r.d. del 1931, le risorse ittiche erano anch'esse considerate *res nullius* oggetto del libero *ius piscandi* di ciascun cittadino. La constatazione del progressivo depauperamento delle risorse induce ad allargare l'ambito del demanio marittimo fino a ricomprendervi le risorse ittiche. L'attività di pesca inoltre è sottoposta ad una complessa disciplina in un funzione di programmazione e di controllo.

collettivo è stato sempre più spesso qualificato dalle norme come una risorsa «salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà»⁴⁶.

In tutti questi casi, dunque, il rimedio alla «tragedia dei comuni» appare tuttora fondato sulla combinazione tra l'imputazione pubblica del bene e la disciplina dei suoi usi attraverso i meccanismi tradizionali del *command and control*⁴⁷. L'imputazione proprietaria come mera tecnica di protezione emerge dal crescente riferimento normativo al valore comunitario del bene. Ma rimane da verificare l'autentica capacità dello Stato a farsi garante di determinati beni anche nell'interesse delle generazioni future che non sono rappresentate politicamente⁴⁸. Da questo punto di vista, l'esperienza italiana attesta l'esistenza di molteplici fenomeni di 'sovraconsumo' di beni liberamente accessibili e non adeguatamente tutelati dal loro regime pubblico: l'inquinamento dell'aria, dei mari e dei fiumi; l'erosione del territorio e i danni al paesaggio derivanti dalla speculazione edilizia, la deforestazione e il depauperamento faunistico dei boschi, la congestione delle strade. Per tali ragioni, le tesi e le proposte dell'analisi economica del diritto rappresentano un utile stimolo alla ricerca di nuove soluzioni; anche attraverso un più diffuso ricorso a meccanismi di mercato, al fine di consentire lo sfruttamento efficiente della risorsa senza condurre al suo depauperamento⁴⁹.

4. La «tragedia degli anticomuni» e la frammentazione dei *property rights*

Il passaggio dei beni dal dominio pubblico o collettivo a quello privato, pur generalmente auspicato in molti studi di analisi economica, non è, tuttavia, privo di problemi. Come si è evidenziato anche alla luce di alcune esperienze nei paesi ex-socialisti, l'imperfetta configurazione dei *property rights* che si succedono al regime dominicale pubblico può determinare una «tragedia degli anticomuni»: una situazione in cui più soggetti dispongono del potere di impedire l'esercizio delle prerogative dominicali su un dato bene. Ciò determina posizioni di rendita e moltiplica i costi di transazione. Si frammenta così il processo economico, conducendo

⁴⁶ Così, ad esempio, l'art. 1, l. n. 36/1994, con riferimento alle acque pubbliche.

⁴⁷ In questa prospettiva, M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, nuova ed., 1995, p. 98 ss.

⁴⁸ Su questi problemi, con particolare riguardo ai differenti orizzonti temporali dei vari *stakeholders*, B.H. Thompson Jr., *Tragically Difficult: The Obstacles to Governing The Commons*, in *Environmental Law*, 30 (2000), p. 241 ss.

⁴⁹ In questa prospettiva, V. Ceruli Irelli, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, cit., p. 3 ss.

a un ‘sottoutilizzo’ delle risorse e, dunque, a risultati palesemente inefficienti⁵⁰.

In alcuni casi, pertanto, le privatizzazioni possono produrre una situazione peggiore rispetto a quella di partenza. Ciò accade tutte le volte in cui le dismissioni e le allocazioni dei beni rimangono vittima di interessi particolari, ai quali sono attribuiti diritti e prerogative prima concentrati in capo alla mano pubblica. Vi sono, innanzi tutto, le pressioni degli apparati burocratici, prima chiamati a gestire direttamente il bene e poi in cerca di nuove forme di regolazione dei suoi usi, al fine di salvaguardare il loro ruolo istituzionale. A ciò si aggiungono le varie categorie di *stakeholders*, che reclamano protezione e inclusione. I problemi redistributivi sollevati dai processi di privatizzazione sono così risolti cooptando i beneficiari dei beni nei processi allocativi. Ma ciò conduce a una moltiplicazione dei poteri di veto e dei diritti di interferenza che impedisce uno sfruttamento razionale delle risorse.

Inoltre, una volta che i beni pubblici diventano oggetto di una pluralità di prerogative amministrative e di diritti privati, è molto difficile intervenire nuovamente per riaggregare i diritti di proprietà. Assegnati i diversi *entitlements* creati dal processo di privatizzazione, le istituzioni pubbliche e i gruppi privati che ne hanno beneficiato si coalizzano per bloccare qualsiasi riforma: con il risultato di arrestare il passaggio verso forme più razionali di proprietà privata e di sprecare risorse scarse.

Sono molti gli ambiti in cui la teoria degli *anticommons* ha ricevuto significative applicazioni, anche in campi distanti da quelli dei beni pubblici tradizionalmente intesi. Si pensi all’ampio dibattito suscitato dal regime della proprietà intellettuale vigente negli Stati Uniti e agli effetti paralizzanti e disincentivanti che la sua frammentazione determina in alcuni comparti della ricerca e della produzione⁵¹. In area continentale, con specifico riferimento alla disciplina civilistica della proprietà, la teoria degli *anticommons* è stata convincentemente utilizzata per fondare su una solida giustificazione economica la regola del *numerus clausus* dei diritti reali⁵². Con riguardo ai beni pubblici ‘in transizione verso il mercato’, invece, la

⁵⁰ Nell'impostazione di M.A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, cit., p. 622 ss., spec. p. 668 ss., anche per la sottolineatura delle differenze con la precedente definizione di *anticommon* elaborata da F. I. Michelman, *Ethics, Economics and the Law of Property*, in *Nomos*, 24 (1982), 3, p. 9 ss.; sul carattere perfettamente simmetrico delle due tragedie e sul ritardo dell’analisi economica nell’occuparsi della seconda, J.M. Buchanan – Y.J. Yoon, Yong J, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, in *Journal of Law and Economics*, 43 (april 2000), p. 1 ss.

⁵¹ M.A. Dagan – R.S. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, in *Science*, 280 (1998), p. 698 ss.

⁵² E. Baffi, *Gli «anticommons» e il problema della tipicità dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 455 ss.

teoria degli *anticommons* è stata proposta con riguardo alla disciplina delle reti di telecomunicazioni e dello spettro elettromagnetico.

Per quanto riguarda le prime, sia in Europa che negli Stati Uniti, regole speciali disciplinano minuziosamente le condizioni economiche e contrattuali di accesso da parte degli operatori alternativi, nell'intento di promuovere la concorrenza anche nella telefonia locale, superando la rendita che l'operatore dominante altrimenti ricaverebbe dal controllo dell'ultimo miglio⁵³.

L'impianto regolatorio, tuttavia, è stato radicalmente criticato, proprio perché frammenta le prerogative proprietarie del titolare della rete attraverso il riconoscimento di poteri di condizionamento in capo alle autorità pubbliche e l'attribuzione di diritti di accesso agli altri operatori. Questo sistema, infatti, finirebbe per disincentivare gli investimenti nell'innovazione tecnologica e nello sviluppo della rete sia delle imprese *new comers* sia dell'operatore storico. Le prime, invece di completare la propria rete, tenderanno inevitabilmente a ricorrere all'*unbundling*, acquistando, senza rischio di mercato e a prezzi nominali, il diritto di passaggio sulle infrastrutture esistenti dell'operatore storico. Quest'ultimo, a sua volta, sarà disincentivato a investire ulteriormente nella rete dal momento che i benefici da ciò derivanti sono sostanzialmente espropriati dal regolatore, quando ne impone la condivisione con le imprese concorrenti. Inoltre, l'operatore dominante subirà i costi amministrativi derivanti dall'osservanza del pesante regime regolatorio (si pensi alla predisposizione dei complessi accordi di interconnessione e più in generale agli oneri contabili che ne conseguono). La regolazione della rete fissa di telecomunicazioni, dunque, determina una tipica «tragedia degli anticomuni». Questa può essere superata soltanto muovendo verso una più razionale distribuzione dei diritti di proprietà, che eviti la frammentazione delle tradizionali prerogative dominicali e la moltiplicazione delle pretese aventi ad oggetto il medesimo bene⁵⁴.

⁵³ T.R. Beard, *The Law and Economics of Unbundling and Impairment*, in *J. of Law, Technology & Policy*, 2 (2003), p. 475 ss.

⁵⁴ M.A. Heller, *The UNE Anticommons: Why the 1996 Telecom Reforms Blocked Innovation and Investment*, in *Yale Journal on Regulation*, 25 (2005), p. 275 ss. In precedenza, ma dall'angolo visuale della 'comunitarizzazione' della rete, J.G. Sidak, *The Tragedy of the Telecommons: Government Pricing of Unbundled Network Elements under The Telecommunications Act of 1996*, in *Columbia Law Rev.*, (97) 1997, p. 1081 ss.; per alcuni dati, R.B. Ekelund e G.S. Ford, *Innovation, Investment, and Unbundling: An Empirical Update*, in *Yale J. Reg.* 20 (2003), p. 83 ss.

In questa prospettiva, analoghi rischi deriverebbero da misure volte a rafforzare la neutralità delle reti aumentando il suo grado di indipendenza rispetto ai *provider* dei servizi. In particolare, verrebbero a mancare gli incentivi necessari ad adottare quegli investimenti volti ad aumentare la capacità e la velocità di connessione della rete. Per un giudizio particolarmente critico su questa impostazione, alla base non soltanto dello storico

Analoghi problemi si presentano nel caso dello spettro elettromagnetico. Questo è stato considerato per lungo tempo un bene pubblico, pur essendo privo delle caratteristiche proprie dei *public goods*, dato il carattere di rivalità e di escludibilità del consumo. Il suo uso è stato consentito in via gratuita prima al concessionario del servizio pubblico radiotelevisivo, poi agli operatori privati via via entrati nel mercato. L'attribuzione delle frequenze, tuttavia, è continuata ad avvenire, al di fuori di qualsiasi programmazione, senza meccanismi di selezione concorsuale dei beneficiari e a canoni largamente inferiori ai valori di mercato. Il successivo sviluppo della telefonia mobile e l'ulteriore progresso tecnologico hanno moltiplicato le capacità trasmissive delle frequenze e condotto all'introduzione delle prime forme d'asta per la loro ripartizione. Tali assegnazioni, pur assicurando all'erario pubblico entrate ingenti, sono state talvolta viziate da pratiche collusive; e, soprattutto, sono state strutturate come sostanzialmente definitive, così ingessando la concorrenza e impedendo il formarsi di nuovi flussi di cassa per lo Stato⁵⁵.

La crescente convergenza tra i diversi mercati delle comunicazioni elettroniche, tuttavia, è stata all'origine di prescrizioni analitiche sulle modalità di sfruttamento del bene. In questo sistema, non soltanto il bene (la porzione dell'etere terrestre e cioè la frequenza) è pubblico, ma anche il suo uso è minuziosamente disciplinato nella licenza. Questa, oltre a indicare la porzione dello spettro assegnata (nella frequenza, nel tempo e nello spazio), specifica i servizi che il licenziatario può svolgere e le tecnologie utilizzabili⁵⁶.

provvedimento di smembramento di At&t negli Stati Uniti, ma anche delle più recenti misure adottate dall'autorità di regolazione nel Regno Unito, R.W. Crandall, *The Remedy for the "Bottleneck Monopoly" in Telecom: Isolate It, Share It, or Ignore It?*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 72 (2005), p. 3 ss.; in precedenza, R.W. Crandall e J.G. Sidak, *Is Structural Separation of Incumbent Local Exchange Carriers Necessary for Competition?*, in *Yale J. Reg.*, 19 (2002), p. 335 ss.

⁵⁵ Su queste esperienze, O.M. Kendler, *Auction Theory Can Complement Competition Law: Preventing Collusion in Europe's 3G Spectrum Allocation*, in *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, 23 (2002), p. 153 ss.

⁵⁶ Per esempio, la licenza con cui vengono assegnate le frequenze all'operatore televisivo prevede che quest'ultimo possa svolgere servizi soltanto in questo campo. Tale operatore, dunque, non può utilizzare quelle stesse frequenze per offrire servizi di telefonia mobile, anche se ciò è tecnicamente possibile e non interferisce con l'attività degli altri soggetti licenziatari. Sui tradizionali modelli di allocazione e sulla loro evoluzione, P.T. Spiller e C. Cardilli, *Towards a Property Rights Approach to Communications Spectrum*, in *Yale J. Reg.*, 16 (1999), p. 53 ss., R. Carlberg, *The Persistence of the Dirigiste Model: Wireless Spectrum Allocation in Europe, à la Française*, in *Federal Communications Law Journal*, 54.1, p. 129 ss.; J. Johnston, *The Paradise of the Commons or Privileged Private Property: What Direction Should the FCC take in Spectrum Regulation?*, in *J. High Tech.*, 4 (2004), p. 173 ss.; P.J. Weiser – D.N. Hatfield, *Policing the Spectrum Commons*, in *Fordham Law Rev.*, 74 (2005), p. 663 ss.

In questo modo, i poteri pubblici, nell'intento di anticipare gli effetti negativi derivanti da un accesso libero e predatorio allo spettro (la «tragedia dei comuni»), hanno introdotto una regolazione degli usi del bene pubblico che aiuta a risolvere i conflitti tra portatori di interessi contrapposti. Allo stesso tempo, però, questo sistema ha impedito di usare lo spettro in modo più ampio e di sfruttarne tutte le capacità, così determinandone un inefficiente 'sottoconsumo': molte bande risultano inutilizzate e privati i non possono scambiarle⁵⁷. La «tragedia degli anticomuni», derivante da un sistema delle licenze che assegna diritti estremamente frammentati, può essere evitata soltanto estendendo l'oggetto dei diritti assegnati dalla licenza e rimuovendo le barriere al mercato artificialmente create⁵⁸.

La teoria degli *anticommons*, dunque, apre una prospettiva innovativa e per certi versi ribaltata rispetto alle rappresentazioni correnti del problema dei beni ad uso comune o ripartito del mercato⁵⁹. Con riguardo al regime delle reti, tuttavia, essa fornisce uno straordinario argomento in favore delle imprese *incumbent*; ma trascura che il regime dell'*unbundling* può essere censurato, all'opposto, anche per la debolezza dell'intervento regolatorio, la complessità delle procedure e la fragilità delle misure che dovrebbero garantire l'accesso. Per quanto riguarda invece lo spettro elettromagnetico, è bene precisare che il favore verso una concezione 'proprietaria' dei diritti sul medesimo (anche se giuridicamente l'appartenenza del bene può rimanere intestata in capo allo Stato) presuppone l'esistenza di un sistema dei diritti certo, trasparente e non discriminatorio. Da questo punto di vista, il commercio delle frequenze consentito ad alcuni operatori senza che vi sia un 'catasto' è destinato a favorire condotte predatorie e a moltiplicare l'instabilità regolatoria, piuttosto che a incrementare l'uso efficiente delle risorse disponibili.

In ogni caso, la teoria della «tragedia degli anticomuni» contribuisce a spiegare fallimenti e *impasse* di molti processi di privatizzazione e di liberalizzazione. Si pensi, con riguardo a talune vicende del nostro

⁵⁷ T.W. Hazlett, *Spectrum Tragedies*, in *Yale Journal On Regulation*, 22 (2005), p. 242 ss.

⁵⁸ Vi è pertanto chi propone il pieno riconoscimento del diritto di proprietà, del diritto d'uso e del diritto di risoluzione delle interferenze. Il primo presuppone la sostituzione del tradizionale sistema di concessione. Al contrario, la prospettiva dei diritti proprietari conduce all'assegnazione semplicemente del diritto di trasmettere su una particolare frequenza in una determinata area geografica. Inoltre, tale diritto può essere alienato o frammentato. Il secondo presuppone il riconoscimento in capo al licenziatario del diritto di scegliere come utilizzare lo spettro, senza vincoli sul tipo di servizio che deve essere prodotto. Infine, la violazione dei confini assegnati dalle licenze dovrebbe essere sanzionata esclusivamente attraverso gli istituti della responsabilità civile (P.T. Spiller – C. Cardilli, *Towards a Property Rights Approach to Communications Spectrum*, cit., p. 68 ss.).

⁵⁹ Per un quadro problematico, G. Corso, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Titolarietà pubblica e regolazione dei beni*, cit., p. 29 ss.; si v. anche B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, ivi, p. 333 ss.

ordinamento, agli effetti perversi derivanti dal riconoscimento in capo ai conduttori, ai locatari e più in generale agli *stakeholders* di preferenze e privilegi al momento della dismissione degli immobili pubblici; dalla frammentazione proprietaria e gestionale delle filiere produttive in applicazione dei principi di comunitari di disintegrazione dei monopoli verticalmente integrati; dalla moltiplicazione dei soggetti chiamati a pronunciarsi sulle modalità di disposizione e di godimento di determinati beni. L'antica realtà della «proprietà divisa» si presenta così in forme nuove, segnalando tensioni problematiche simili a quelle del passato⁶⁰.

Più in generale, rimane da esplorare il discorso relativo alla «tragedia degli anticomuni» che si determina sul fronte delle competenze amministrative, quando una pluralità di apparati burocratici diversi è in grado di condizionare, attraverso l'esercizio di un potere sostanzialmente di veto, l'esercizio delle prerogative imprenditoriali e dominicali sul bene⁶¹. È quanto accaduto, ad esempio, con il riconoscimento in capo agli enti locali di penetranti poteri di condizionamento in sede di concessione di suolo pubblico per l'impianto di reti di telecomunicazioni. Più in generale, è il rischio insito nella frammentazione dei poteri legislativi e amministrativi in materia di reti energetiche, di comunicazione e di trasporto operata dalla riforma costituzionale del 2001. In tutti questi casi, regioni ed enti locali possono considerarsi come monopolisti di beni complementari, in una situazione simile a quella che si determinerebbe se più soggetti avessero il potere di subordinare la navigazione su un fiume al pagamento di un pedaggio per il tratto di rispettiva competenza⁶².

5. Il diritto dei *givings* e il regime delle concessioni

⁶⁰ Secondo M.S. Giannini, *I beni pubblici*, cit., p. 81 ss., nella «proprietà divisa», vi sono due distinte appartenenze di utilità della cosa. Ciascuno dei soggetti, per la parte che gli appartiene, dispone e gode della cosa nell'ambito delle utilità che essa gli può prestare, e non interferisce in quelle dell'altro soggetto; «i due diritti non sono però indipendenti l'uno dall'altro, ma in vario modo collegati, in taluni casi giungendosi sino al punto che si richiedono "accordi necessari" tra i due soggetti». Storicamente, la proprietà divisa viene progressivamente superata, perché considerata un «intralcio alla circolazione dei beni».

⁶¹ Sul rischio di «regulatory anticommons», M. Heller, "*Minima Cura Si Maxima Vis*": *The Key to the Anticommons*, intervento al Convegno dell'Accademia nazionale dei Lincei, 6 giugno 2006, cit.; ma le semplificazioni insite in questo tipo di ragionamento ben emergono dal tono della denuncia di J.M. Buchanan – Y.J. Yoon, Yong J, *Simmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, cit., ove si lamenta, a seguito di una diretta testimonianza degli autori, che in Sardegna la costituzione di una grande riserva privata di caccia sia sottoposta all'assenso di più pubbliche amministrazioni, che finiscono per rallentare lo svolgimento di un'attività privata redditizia...

⁶² Così ancora, J.M. Buchanan – Y.J. Yoon, Yong J, *Simmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, cit.; nella letteratura italiana, E. Baffi, *Gli «anticommons»...*, cit., p. 457.

L'ultima prospettiva di indagine dischiusa dall'analisi economica incentra l'attenzione sui *givings*: cioè, sulle 'dazioni' amministrative di utilità, attraverso l'assegnazione dei diritti di accesso, di godimento e di uso dei beni pubblici. La teoria delle *new properties* affermata all'inizio degli anni settanta, fondata sulla individuazione dei meccanismi procedurali con cui la distribuzione pubblica costruisce nuovi diritti in capo ai cittadini, è così per la prima volta applicata al mondo dei beni reali⁶³.

Questa impostazione è assunta in esplicita polemica con le posizioni tradizionali di *law and economics*, volte a difendere la proprietà privata e il nucleo essenziale delle sue prerogative. Ne costituisce una conferma l'enfasi assegnata al tema delle espropriazioni (*takings*), esplicitamente intese come un pericoloso attentato ai confini stessi dell'istituto proprietario, e all'evidente connotazione liberistica che può assumere la teoria degli *anticommons*, laddove essa reclama l'integrità delle prerogative dominicali e la difende da pretese di ingerenza di altri privati e dei pubblici poteri.

L'accento posto sui *givings* si pone così in chiara contrapposizione rispetto alla rilevanza tradizionalmente attribuita alla disciplina dei *takings*⁶⁴; mentre l'immagine degli *anticommons* è declinata in un senso per alcuni aspetti inverso rispetto a quello segnato da Heller: cioè per richiamare l'attenzione sugli effetti di esclusione economica e sociale derivanti dall'assegnazione ai concessionari del potere di impedire il godimento altrui⁶⁵.

Ciò ha consentito di evidenziare, innanzi tutto, che dietro ogni regime di accesso vi è potenzialmente un effetto di privazione. Le 'dazioni' amministrative dei beni e dei relativi diritti d'uso, pertanto, possono risultare particolarmente pericolose perché soltanto apparentemente producono beneficiari senza che vi siano danneggiati. Con la riduzione del controllo sociale vi è così il rischio che il decisore politico abusi del suo potere per remunerare i propri sostenitori elettorali. In realtà, l'assegnazione di un diritto sul bene preclude lo sfruttamento economico di quel medesimo bene da parte di un altro soggetto; e ne può altresì pregiudicare il godimento collettivo. L'allocazione di qualsiasi bene dallo Stato al mercato, pertanto, non può essere racchiusa nella dimensione binaria del rapporto sussistente tra il proprietario pubblico e il concessionario privato.

In questi casi, dunque, i poteri pubblici spesso assegnano utilità di notevole valore, a condizioni notevolmente inferiori a quelle di mercato, in favore di beneficiari individuati sulla base della loro contiguità al personale politico o amministrativo, oppure in via meramente casuale. Né la rinuncia all'obiettivo della massimizzazione del valore finanziario del bene è

⁶³ C.A. Reich, *The New Property*, in *Yale Law J.*, 73 (1964), p. 733 ss.

⁶⁴ A. Bell – G. Parchomovsky, *Givings*, in *Yale J. on Reg.*, cit., p. 547 ss.

⁶⁵ R. Dabadj, *Regulatory Givings and the Anticommons*, cit., p. 1043 ss.

frequentemente il frutto di una consapevole strategia volta al perseguimento di obiettivi economici, sociali o redistributivi⁶⁶.

Per queste ragioni, la concezione del diritto dei beni pubblici come diritto dei *givings* contiene molte sollecitazioni interessanti anche per lo studioso del nostro ordinamento. L'intuizione delle complesse interazioni tra *takings* e *givings* trova in qualche misura corrispondenza, nella nostra scienza giuridica, nella teoria della concessione come provvedimento autoritativo, proprio per gli effetti di esclusione e di privazione che produce nei confronti dei terzi: di qui anche il rifiuto della qualificazione della concessione come atto a carattere meramente ampliativo della sfera privata. Analogamente, il problema della ripartizione dei benefici tra lo Stato, le imprese e la collettività è stato colto quando, ad esempio, si sono studiati i diversi tipi di concessione e si sono ricostruiti in generale usi e destinazioni dei beni pubblici⁶⁷. Ma appare ancora oggi insufficiente la riflessione circa il complessivo funzionamento dei meccanismi allocativi e redistributivi innescati dalle decisioni sui beni pubblici e dalla imperfetta regolamentazione giuridica delle concessioni⁶⁸.

Le incoerenze della disciplina vigente, infatti, sono molteplici. Innanzi tutto, manca in molti casi una programmazione degli usi dei beni e l'individuazione delle finalità perseguite quando vengono assunte le scelte sulla loro allocazione. La gestione dei beni pubblici, tuttavia, presenta caratteri fortemente discrezionali che involgono profonde questioni di equità distributiva e di efficienza allocativa. Per questa ragione essa non può svolgersi senza adeguati presidi partecipativi. Le decisioni fondamentali circa la programmazione e la regolamentazione degli usi del bene dovrebbero pertanto essere sottoposte a procedure di consultazione pubblica, come avviene per un numero sempre maggiore di attività di *rule-making*⁶⁹.

In secondo luogo, vi è una frequente scissione tra le prerogative tipicamente proprietarie e quelle amministrative: beni di appartenenza

⁶⁶ H.J. Krent – N.S. Zeppos, *Monitoring Governmental Disposition of Assets: Fashioning Regulatory Substitutes for Market Controls*, in *Vand. L. Rev.*, 52 (1999), p. 1705 ss.

⁶⁷ Nel primo senso, M.S. Giannini, *I beni pubblici*, cit., p. 67; Id., *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 95 ss.; nel secondo, S. Cassarino, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, p. 5 ss., e p. 77 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979; Id., *Beni pubblici (uso dei)*, in *D. disc. pubbl.*, II, Torino, Utet, 1987.

⁶⁸ Ma si v. i problemi generali segnalati da G. Corso, *Lo Stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Scritti in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, 1990, II, p. 177 ss.; S. Cassese, *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 1156 ss.

⁶⁹ In favore di questa soluzione, con riguardo all'ordinamento statunitense, da ultimo, R. Dabadj, *Regulatory Givings and the Anticommons*, cit., p. 1118 ss.; uno spunto in tal senso, nella nostra letteratura, in V. Caputi Jambrenghi, *Premesse...*, cit., p. 257 ss.

statale sono spesso ‘governati’ dalle regioni e dagli enti locali⁷⁰. Ma ciò può ingenerare conflitti tra interessi divergenti, soprattutto quando si prevede che il canone sia determinato e percepito dal proprietario del bene, e cioè dallo Stato: regioni ed enti locali, allora, possono essere incentivati a intralciare la corretta applicazione dei meccanismi tributari spettando loro comunque l’individuazione del valore delle diverse aree su cui talvolta è parametrata l’entità del canone. Più in generale, regioni ed enti locali possono risultare più vicini agli interessi di coloro che intendono sfruttare economicamente il bene; mentre il potere centrale è più sensibile all’impatto sulla finanza pubblica. Rimangono invece deboli, sia a livello locale sia a livello nazionale, gli interessi della collettività al libero godimento del bene.

In terzo luogo, le modalità di assegnazione dei beni sono incoerenti. Soltanto nel caso di alienazione del patrimonio disponibile è prevista in via generale, già dalla normativa di contabilità, l’asta pubblica. A quest’ultimo istituto si è fatto recentemente ricorso anche quando si è trattato di assegnare le frequenze dello spettro elettromagnetico per lo svolgimento di servizi avanzati di telefonia mobile, ma si tratta di un caso sporadico. Nella maggior parte dei casi, infatti, le leggi di settore lasciano ampia discrezionalità in capo alle pubbliche amministrazioni, che finiscono così per privilegiare meccanismi di affidamento diretto. Inoltre, una norma del codice della navigazione, spesso ritenuta di più generale applicazione, riconosce in capo al concessionario uscente il c.d. diritto di insistenza⁷¹.

Oggi, al contrario, vi è sempre maggior favore per l’introduzione in via generale di forme concorsuali di assegnazione, in luogo del tradizionale criterio del *first in – first served*⁷². I criteri di aggiudicazione, naturalmente, possono variare in ragione delle specifiche caratteristiche del bene, del tipo di concessione e degli obiettivi perseguiti. Così, laddove i beni siano destinati a uno sfruttamento economico o all’erogazione di un servizio di interesse generale, il criterio di assegnazione dovrebbe fare prevalente

⁷⁰ Sul fenomeno, M. Olivi, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, cit., p. 135 ss.

⁷¹ La giurisprudenza, che pure arriva talvolta a sindacare le modalità di rilascio delle concessioni, in applicazione dei principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento e dalla disposizione che impone di predeterminare i criteri di assegnazione di utilità ai privati, stabilisce che può comunque esser riconosciuto il c.d. diritto di insistenza in favore del vecchio concessionario, quando le altre condizioni di offerta si equivalgano (Cons. St., V, n. 5743/2000; Tar Lombardia, II, n. 134/2001; sulle contraddizioni della giurisprudenza si v. tuttavia S. Cassese, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 355 ss.) La generalizzazione giurisprudenziale del c.d. diritto di insistenza, al di là di specifiche previsioni normative, può ritenersi accettabile sulla base di un argomento efficientistico: nel presupposto cioè che ciò incentivi il concessionario a non trascurare gli investimenti nel periodo finale di vigenza della concessione.

⁷² M. D’Alberti, *Le concessioni come proprietà pubbliche. Prospettive di riforma*, intervento al Convegno dell’Accademia nazionale dei Lincei, 6 giugno 2006, cit.

riferimento al programma di attività, al fine di verificarne la congruenza con l'obiettivo di creare mercati a valle efficienti e competitivi e di soddisfare gli interessi finali dei vari *stakeholders* reputati meritevoli di protezione⁷³. Laddove, invece, il potere pubblico non si preoccupi degli utilizzi successivi del bene e si limiti a imporre il rispetto di alcuni limitati diritti e obblighi, l'assegnazione può essere effettuata tramite asta, intesa come tecnica diretta non soltanto a massimizzare l'entrata, ma anche ad allocare il bene in modo efficiente a chi attribuisce allo stesso il maggior valore⁷⁴.

I criteri di determinazione dei canoni, inoltre, sono spesso indeterminati, finendo per restare sostanzialmente rimessi ad una decisione puramente politica⁷⁵. Di qui il ricorso a misure automatiche di rivalutazione, che convivono con l'applicazione di canoni simbolici in funzione meramente ricognitiva del diritto di proprietà pubblica: questi ultimi, originariamente previsti soltanto in presenza di assegnazioni destinate a finalità di pubblico interesse, hanno finito per trovare applicazione anche nel caso di concessioni a fini produttivi⁷⁶. Una più razionale definizione dei criteri di determinazione del canone di concessione, pertanto, dovrebbe guardare non tanto al valore del bene in sé quanto alla rendita che il gestore privato è in grado di estrarre: dunque, anche alla capacità reddituale dell'attività economica che si impianta sul bene. Più in generale, il canone dovrebbe assumere come riferimento le *utilitates* connesse alla concessione oltre a quelle riferite al solo concessionario⁷⁷.

Anche la destinazione dei proventi del canone muta a seconda del bene, senza che ciò corrisponda sempre a criteri oggettivi. In alcuni casi, infatti, i proventi dei canoni sono destinati al reimpiego in favore dell'apparato preposto all'amministrazione dei beni (ad es. nel settore idrico); negli altri casi, i relativi proventi costituiscono una fonte di percezione diretta in favore dello Stato. Più in generale, si potrebbe prevedere che almeno una quota dei canoni vada a finanziare iniziative in favore delle comunità, il cui godimento collettivo è pregiudicato dall'assegnazione di esclusive sui beni.

⁷³ Nella legislazione italiana, è quanto accade, ad esempio, in materia di grandi concessioni di derivazione delle acque, ove si prevede espressamente che tra più domande concorrenti è preferita quella che presenti la più razionale utilizzazione delle risorse idriche in relazione ad una serie di criteri (d.lg. n. 152/1999).

⁷⁴ Sull'impossibilità di ricorrere all'asta pubblica come tecnica generalizzata di assegnazione della concessione e sui presidi regolamentari che comunque devono accompagnarla, R. Dibadj, *Regulatory Givings and the Anticommons*, cit., p. 1093 ss.

⁷⁵ Si v. d.m. 2 marzo 1998, n. 259.

⁷⁶ G. Colombini, *Conservazione e gestione dei beni pubblici*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 169 ss., p. 183 ss.

⁷⁷ In tal senso, A. Gambaro, *Alcune risposte ad alcune criticità nella prospettiva del privatista*, Intervento al Convegno dell'Accademia nazionale dei Lincei, cit.; in precedenza, G. Colombini, *Conservazione e gestione dei beni pubblici*, cit, p. 195.

Infine, la regolazione degli usi segue criteri eterogenei, risultando particolarmente critica quando i beni sono destinati all'offerta di servizi al pubblico. Si tratta, invece, di verificare se e in quali casi debba essere garantito l'accesso dei terzi, a quali condizioni e se attraverso strumenti di *enforcement* pubblici o privati⁷⁸. Naturalmente l'intervento pubblico tenderà ad essere maggiormente pervasivo laddove risulti più elevato il valore sociale assegnato al godimento del bene e il mercato a valle risulti caratterizzato da condizioni di monopolio o di oligopolio. Negli altri casi, il potere pubblico si limiterà a enunciare il principio del libero accesso, ove compatibile con gli usi del bene, lasciando alla contrattazione privata la determinazione delle relative condizioni. In ogni caso, nel tracciare il quadro regolatorio, bisognerà fare particolare attenzione a non ingenerare una «tragedia degli anticomuni», conferendo a una pluralità di soggetti pubblici e privati poteri di intervento e di interdizione tali da pregiudicare la gestione economica del bene.

6. Il diritto amministrativo e i dilemmi dell'interesse comune

Per il giurista continentale, impegnato nello studio dei complessi problemi derivanti dalla collocazione mediana dei beni pubblici tra lo Stato e il mercato, il contributo offerto dall'analisi economica del diritto può dunque essere di grande utilità, a patto che non si riponga ingenua fiducia nelle sue capacità 'taumaturgiche'.

Si è visto, infatti, che talune conclusioni sono semplicistiche e viziate da pregiudizi ideologici; e la ripetuta immagine della «tragedia», nel postulare un'inarrestabile corso degli eventi, appare falsante, anche dal punto di vista storico. La contrapposizione tra proprietà pubblica e privata è spesso rappresentata in forme elementari, che non trovano riscontro nella complessa trama regolamentare ordita dagli ordinamenti contemporanei. La «tragedia dei comuni» inevitabilmente derivante da regimi collettivisti o pubblici, in realtà, è spesso il frutto di un'indebita espansione di forme di appropriazione privata. Anche la teoria della «tragedia degli anticomuni» si presta talvolta a usi distorti, che finiscono per rivelare l'insofferenza nei confronti di qualsiasi forma di controllo pubblico sulla proprietà privata e l'aprioristica sfiducia nei confronti delle misure volte a promuovere artificialmente la concorrenza.

Eppure, l'applicazione dell'analisi economica del diritto allo studio della proprietà e dei beni pubblici consente di impostare temi e problemi in

⁷⁸ Sulla frequente incapacità dei pubblici poteri a tutelare il godimento collettivo, I.S. Russell, *A Common Tragedy: The Breach of Promise to Benefit The Public Commons and The Enforceability Problem*, in *Texas Wesleyan Law Rev.*, 11 (2005), p. 557 ss.

una luce diversa da quella tradizionalmente offerta dalla scienza giuridica. Ciò consente anche di meglio comprendere le evoluzioni della normazione positiva e in qualche modo di guidarne la trasformazione. Il processo di dismissione dei beni pubblici, a cominciare dalle aree e dagli immobili, è strettamente legato alla denuncia dell'irrazionalità economica di una così diffusa proprietà pubblica di *private goods*. Evitare la «tragedia dei comuni» diventa l'obiettivo fondamentale della disciplina pubblica alla cui stregua valutare la congruenza delle soluzioni adottate a livello nazionale e globale: in un contesto in cui la crisi dei tradizionali strumenti di *command and control* può essere talora superata dall'applicazione di meccanismi di commercializzazione dei 'diritti di nocumento'. La formula della «tragedia degli anticomuni» richiama l'attenzione sugli assetti proprietari e sul *design* istituzionale che derivano dai processi di privatizzazione. Infine, l'accento posto sui *physical givings* pone in una luce nuova i problemi dello Stato distributore, costituendo una forte spinta alla revisione dell'intero diritto delle concessioni pubbliche.

In questi termini, l'analisi economica, evidenziando realtà 'controintuitive', segnalando eterogenesi dei fini e svelando interessi nascosti, offre materiale prezioso per la costruzione di un diritto amministrativo dei beni pubblici maggiormente in grado di sciogliere i dilemmi decisionali in ragione degli usi cui i beni sono destinati e degli obiettivi che si intendono perseguire con la loro regolamentazione: anche se sarà sempre difficile volgere in 'commedie' le «tragedie dell'interesse comune» che inevitabilmente incombono quanto entrano in gioco utilità collettive.