

I beni comuni tra diritto e società

Sergio Marotta - 18/11/2012 [papers]

Abstract

The full inclusion of public assets in the economic circuit is another aspect of the tendency to regard the economic-financial perspective of the owners as dominant over those of other social sciences towards such



...les of the economic analysis of law to public assets can lead to
...asset is the result of its incorrect allocation.

Negli ultimi trent'anni si è andato consolidando nel settore degli studi

giuridici il primato del *common law* sulle teorie continentali di *civil law*. Tale primato si è basato soprattutto sull'applicazione, pressoché generalizzata a tutti i settori del diritto, del metodo proprio dell'analisi economica, il cui testo fondamentale rimane ancora oggi quello di Richard Posner pubblicato per la prima volta nel 1972[1]. Il movimento di studi che ha avuto origine dagli studi di Posner, denominato *Law and Economics*, ha operato in direzione dell'applicazione generalizzata del cosiddetto teorema di Coase, basato sulla nozione di costi di transazione, sia al diritto privato sia al diritto pubblico che si occupa di comportamenti dettati da principi di equità e redistribuzione del reddito tradizionalmente lontani dai criteri di mercato[2].

Alla metà degli anni Novanta Gary Minda aveva rilevato come, con la fine della certezza del diritto, molti giuristi avevano guardato ad altri settori scientifici per recuperare la certezza perduta, identificando proprio nell'economia «il candidato più promettente ad offrire soluzioni corrette ai problemi giuridici»[3]. Mentre nel vecchio continente il giurista Alain Supiot aveva stigmatizzato il successo dell'analisi economica nel diritto sostenendo che «Il movimento *Law and Economics* è sul punto di convertire i giuristi a un'idea di cui Marx non era stato in grado di convincerli: la necessità di far poggiare il Diritto sulle sue «vere» basi, vale a dire quelle economiche»[4].

Con la recente e generalizzata scoperta – o meglio riscoperta – dei cosiddetti «beni comuni», considerati come risorse di uso collettivo sulla scorta degli studi del premio Nobel per l'economia Elinor Ostrom, sembra che le teorie giuridiche improntate al metodo dell'analisi economica siano destinate a trovare applicazione anche relativamente al regime giuridico dei «beni pubblici», cioè dei beni caratterizzati dalla non rivalità (l'uso da parte di un soggetto non impedisce l'uso da parte di altri) e dalla non escludibilità (ognuno ha diritto di accesso all'utilizzo del bene).

Finora tali caratteristiche, per questo tipo di beni, avevano richiesto l'applicazione del regime giuridico della proprietà pubblica che, attraverso gli istituti del demanio e del patrimonio indisponibile, li aveva tenuti fuori dal contesto del mercato attribuendo ad essi l'ulteriore caratteristica della «non commerciabilità», che richiama immediatamente alla memoria l'antica categoria romanistica delle *res extra commercium*.

In questo modo l'aria, l'acqua, il mare, i ghiacciai, tutti i beni offerti in abbondanza dalla natura, e anche beni, materiali e immateriali, creati dall'attività dell'uomo come le strade, le ferrovie, il patrimonio storico, artistico e archeologico, la conoscenza, l'illuminazione pubblica, l'amministrazione della giustizia erano stati offerti all'utilizzo di tutti ponendo a carico della fiscalità generale le spese necessarie alla loro produzione, tutela e valorizzazione.

La crisi finanziaria mondiale e le conseguenti tensioni sui bilanci degli Stati nazionali, finiscono per mettere in dubbio l'efficiente allocazione dei beni dotati delle caratteristiche sopra descritte all'interno della proprietà pubblica e suscitano sempre maggiori

pressioni dirette alla loro inclusione nel novero delle risorse quantificabili in termini economici[5]. In altre parole, l'effetto della crisi dei debiti sovrani induce a indicare nelle poste dei bilanci statali anche il valore di quei beni che, essendo esclusi dalla commerciabilità, sono privi di un effettivo valore di scambio.

A ben riflettere, dunque, l'inclusione dei beni pubblici all'interno del circuito economico è un ulteriore aspetto della tendenza a ritenere i contenuti economici dei regimi proprietari come dominanti rispetto a quelli considerati dalle altre scienze sociali.

Così, applicando i principi dell'analisi economica del diritto ai beni pubblici, si arriva ad affermare che «la proprietà pubblica di un bene privato è tipicamente il risultato di una sua scorretta allocazione, intendendo con ciò che il bene viene usato o consumato da qualcuno diverso da colui che lo valuta di più»[6].

In sintesi, l'inefficienza generalizzata nell'utilizzo economico dei beni pubblici – molto spesso effettiva, talvolta soltanto presunta – in un paese come l'Italia, dotato fra l'altro di un inestimabile patrimonio culturale, diventa la leva per introdurre l'applicazione di regimi proprietari diversi da quello della proprietà pubblica – e ciò in funzione del recupero della possibilità di una loro valorizzazione finalizzata a una riconsiderazione in termini di risorse collettive.

Se, da un lato, c'è chi propone l'utilizzazione per i beni pubblici trasformati in «beni comuni», l'utilizzo di regimi giuridici a vocazione pubblicistica diversi dalla proprietà statale, considerata altrettanto pernicioso di quella privata imprenditoriale per il corretto uso delle risorse[7], dall'altro c'è chi, a proposito dei «beni comuni», propone una loro «proprietizzazione senza privatizzazione» attraverso l'uso, per la loro gestione, dell'istituto del *trust*, una forma di amministrazione fiduciaria diretta alla conservazione, tutela e valorizzazione diversa dalla proprietà pubblica.

Il *trust*, secondo Peter Barnes, ha la capacità di preservare la risorsa e di utilizzarla al meglio conservandola per le generazioni future. La caratteristica fondamentale del *trust* è data dal rapporto di natura fiduciaria e non politica – come avviene per la proprietà pubblica – con gli amministratori dei beni comuni, che porta a un'equa e paritaria distribuzione delle diverse utilità prodotte dalla risorsa comune[8]. Il *trust* appare insomma come una terza via fra proprietà pubblica e proprietà privata: un regime proprietario e di gestione più adatto alla conservazione e alla valorizzazione delle risorse collettive.

L'attuale dibattito intorno ai «beni comuni» è però caratterizzato anche da profili e suggestioni di natura filosofica molto spesso legati al modo di affrontare il tema spinoso della proprietà, di nuovo al centro dell'attenzione dopo che la caduta del muro di Berlino e il ritorno della proprietà privata nelle repubbliche dell'ex Unione Sovietica hanno riaperto il dibattito intorno alle caratteristiche dei regimi proprietari e al ruolo da essi svolto nella corretta allocazione delle risorse.

Le nuove teorie intorno al tema del «comune», tendono a descriverlo come comprendente non solo i beni comuni tradizionali come l'acqua, l'aria, i frutti della terra, ma «tutto ciò che si ricava dalla produzione sociale, che è necessario per l'interazione sociale e per la prosecuzione della produzione, come le conoscenze, i linguaggi, i codici, l'informazione, gli affetti e così via»[9]. Secondo queste teorie, la «valorizzazione economica è possibile solo sulla base dell'appropriazione sociale dei beni comuni», mentre «la riproduzione del mondo della vita e dell'ambiente fisico è possibile solo a condizione che le tecnologie siano sotto il diretto controllo del progetto di costituzione del comune»; e «la razionalità opera come strumento della libertà comune della moltitudine, come un dispositivo per l'istituzione del comune»[10]. Questa visione dinamica del comune fornisce numerosi elementi di riflessione al dibattito relativo alla possibilità di applicare un nuovo regime proprietario specifico per i beni comuni.

Così tra i giuristi c'è chi ritiene di poter descrivere il comune come «un altro genere, radicalmente antagonista rispetto alla declinazione esaustiva del rapporto pubblico/privato o Stato/mercato. Il comune, infatti, rifiuta la concentrazione del potere a favore della sua diffusione»[11].

Nell'ampio dibattito che si va svolgendo intorno al tema dei beni comuni sia per coloro che sostengono la necessità di una forma istituzionale minima per l'uso di una risorsa non individuale, sia per coloro che sostengono l'assoluta imprevedibilità degli esiti dei processi in corso, sarebbe opportuno tenere in massimo conto le conclusioni cui è arrivata Elinor Ostrom nel corso delle sue approfondite e pluridecennali ricerche. Tali conclusioni portano alla luce le «analogie tra istituzioni autogovernate e durature nell'uso di risorse collettive» riscontrate nei vari luoghi del mondo dove si sono sviluppate esperienze di gestione di risorse collettive: 1. chiara definizione dei confini; 2. congruenza tra le regole di appropriazione, fornitura e le condizioni locali; 3. metodi di decisione collettiva; 4. controllo sulle condizioni d'uso della risorsa; 5. sanzioni progressive; 6. meccanismi di risoluzione dei conflitti; 7. un minimo livello di riconoscimento dei diritti di organizzarsi; 8. organizzazione articolate su più livelli (per i soli sistemi di gestione di risorse collettive che fanno parte di sistemi più grandi)[12].

Probabilmente i tempi sono maturi perché si proceda a una distinzione tra i beni comuni materiali tradizionali, quelli offerti dalla natura, in cui sembra ormai configurarsi un generalizzato e irrimediabile regime di scarsità, e beni comuni – materiali o immateriali – creati attraverso l'attività dell'uomo in cui è del tutto assente il parametro della scarsità per i quali potrebbe essere possibile ipotizzare nuove forme di interazione sociale che escludano qualsiasi forma di regime disciplinare.

Di fatto, le regole evidenziate da Elinor Ostrom, sia che rispondano a eccessive preoccupazioni di istituzionalizzazione diretta a

creare stabilità nel medio/lungo periodo, sia che prefigurino regimi disciplinari giudicati ormai insopportabili, hanno consentito nel corso della storia il corretto utilizzo delle risorse e il loro trasferimento alle generazioni successive.

[1] R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York, Wolters Kluwer Law, 2007 (VII ed.). [2] Cfr. G. Napolitano-M. Abbrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 22. Riporto qui di seguito la esposizione del teorema di Coase di Napolitano e Abbrescia: «laddove i costi di scambio sul mercato siano pari a zero, l'assegnazione iniziale dei diritti di proprietà e di uso è irrilevante dal punto di vista dell'efficienza perché, ove tale assegnazione iniziale risulti inefficiente, le parti la modificheranno concludendo un accordo correttivo» (p. 24). [3] G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001 [ed. or. *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London, New York University Press, 1995], p. 141. [4] A. Supiot, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, Bruno Mondadori, 2006, p. 110. [5] Per quanto attiene ai beni artistici, storici e archeologici un primo tassello nella direzione di un'efficiente utilizzazione è stato posto con la distinzione tra tutela e valorizzazione entrata nella legislazione italiana alla metà degli anni Novanta e che cominciava a porre le basi per l'ingresso dei privati. Come denunciato da Salvatore Settis nel 2002, il patrimonio culturale «diventava insensibilmente, senza che nessuno lo avesse progettato, un corpo morto [...] da affidare alla sapienza imprenditoriale dei privati o magari da utilizzare al ministero dell'Economia, all'occorrenza vendendo come generatore di introiti» (*Italia s.p.a. l'assalto al patrimonio culturale*, Torino, Einaudi, 2002, p. 83). [6] R. Cooter-U. Mattei-P.G. Monateri-R. Pardolesi-T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, vol. I, *Fondamenti*, Bologna, Il Mulino, 2006 (I ed. 1999), p. 121. [7] Cfr. U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011. [8] Cfr. P. Barnes, *Capitalismo 3.0. Il pianeta patrimonio di tutti*, Egea, Milano, 2007. [9] M. Hardt-A. Negri, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Mondadori, Milano, 2010, p. 8. [10] Ivi, p. 131. [11] U. Mattei, *Beni comuni*, cit., p. 81. [12] E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, a cura di G. Vetrutto e F. Velo, Venezia, Marsilio, 2006, Tabella 3.1., p. 134 s.