

in via (par.

relative nell'ambito necessario in diritto che quindi essere sia ed efficace acquisto di un'analisi effettiva di diritto

in tutto o in conferma in chiarezza per quanto riguarda gli effetti di diritto formale: si vede quando il diritto logico serio, forte mente utile. I principi e concrete

Sezione 4

I DIRITTI REALI E L'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

di M. Ambrosoli

4.1. Introduzione. — 4.2. La scelta tra le forme di appartenenza. — 4.2.1. Beni pubblici e beni privati. — 4.3. I beni in comunione. — 4.4. Attribuzione originaria dei diritti. — 4.4.1. L'attribuzione originaria dei diritti in generale. — 4.4.2. Attribuzione di diritti ed effettuazione di attività di ricerca. — 4.4.3. Attribuzione originaria dei diritti ed investimenti. — 4.5. La conformazione del diritto di proprietà. — 4.5.1. Introduzione. — 4.5.2. L'estensione delle prerogative proprietarie. I diritti reali minori. — 4.5.3. I modi di tutela della proprietà. Il problema delle esternalità. — 4.6. La circolazione dei diritti. — 4.6.1. La trasferibilità dei diritti. — 4.6.2. Acquisto della proprietà per usucapione. — 4.6.3. Acquisto in buona fede del diritto dal non proprietario. — 4.6.4. Acquisto volontario e acquisto coattivo dei diritti. — 4.7. La cooperazione tra gli individui e l'uso delle risorse.

4.1. Introduzione.

L'analisi economica del diritto costituisce una tecnica di indagine del diritto basata sui concetti economici; essa tende a valutare le regole giuridiche (o a suggerire le regole giuridiche che sarebbe opportuno adottare) in rapporto al fine costituito dal raggiungimento dell'efficienza economica. Per efficienza economica, si intende la destinazione delle risorse verso gli impieghi maggiormente remunerativi ⁽¹⁾.

Dunque, l'analisi economica del diritto di proprietà e dei diritti reali in genere ⁽²⁾ si occupa di esaminare questi istituti, al

⁽¹⁾ L'analisi economica del diritto « è strettamente collegata con la "economia del benessere": con quel settore, cioè, degli studi economici, il quale ha per oggetto l'analisi delle condizioni atte a creare la massima efficienza del sistema » (P. TRIMARCHI, *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 563).

⁽²⁾ I contributi scientifici di analisi economica del diritto sono per la maggior parte provenienti dagli USA: questo spiega come l'oggetto dell'analisi sia frequentemente costituito dal diritto di common law; di conseguenza, lo studio dei diritti reali dal punto di vista di questa

fine di stabilire quali regole giuridiche siano armoniche rispetto all'indicato obiettivo e quali, invece, no⁽³⁾.

Naturalmente, è ben chiaro a chiunque che una prospettiva come quella fatta propria dai cultori dell'analisi economica del diritto è estremamente unilaterale: assumere quale unico valore ordinante l'efficienza economica significa trascurare altri valori che, invece, sono certamente presenti nelle scelte normative dei legislatori⁽⁴⁾: solide ragioni, però, militano a favore di un simile atteggiamento. Così, è stato spesso notato come le finalità distributive possano essere raggiunte (in maniera assai più efficace⁽⁵⁾) attraverso strumenti giuridici diversi rispetto agli istituti del diritto privato (tipicamente: attraverso il sistema impositivo)⁽⁶⁾.

D'altra parte, la nota idea economica dell'individuo come razionale massimizzatore delle proprie utilità, collegata alla risalente intuizione dell'idoneità di questo "egoismo" a generare il

scienza sconta la difficoltà rappresentata dal fatto che i diritti reali, come noti alla tradizione giuridica continentale europea, non coincidono con una figura altrettanto ben delineata nell'esperienza di common law: su questi profili, v. S. VAN ERP, *A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law*, in *Netherlands Comparative Law Association*, vol. 7.2, June 2003; <http://www.ejcl.org/72/art72-2.html>.

⁽³⁾ « Le norme giuridiche debbono essere valutate in base agli incentivi che stabiliscono ed alle modifiche che, in risposta a quegli incentivi, inducono nel comportamento dei soggetti da esse direttamente o indirettamente contemplati » (D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 33). In arg., v. anche D. SCHMIDTCHEN, *Funktionen und Schutz von "property rights". Eine ökonomische Analyse*, Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes, Discussion Paper 9804.

⁽⁴⁾ Sul tema, v. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 10 ss.; D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 17 ss.; « il sistema giuridico in generale non può perseguire ogni obiettivo. Si devono fare compromessi tra promozione dell'efficienza e dell'equità. Anche se l'efficienza è l'unico obiettivo, vi può essere un conflitto tra i profili di incentivazione e quelli di allocazione del rischio. E anche se rilevano solo considerazioni volte all'incentivazione, può darsi che una regola giuridica non riesca ad indurre simultaneamente decisioni efficienti quanto alla diligenza e al livello di attività » (A. MITCHELL POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, tit. orig. *An Introduction to Law and Economics*, Bologna, Zanichelli, 1986, p. 116).

⁽⁵⁾ Il punto, in fondo, è proprio questo: porre una norma giuridica che intende perseguire un obiettivo redistributivo non assicura affatto che quell'effetto venga raggiunto; la legislazione protezionistica a favore dei conduttori di immobili urbani abitativi, con i suoi fallimenti, è un'evidente prova di questa affermazione (in arg., v. D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 41).

⁽⁶⁾ A. MITCHELL POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, tit. orig. *An Introduction to Law and Economics*, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 9. V. anche R. COOTER e ULEN, *Law and Economics*, II ed., Addison Wesley, 1996, p. 105.

ict. rispetto

prospettiva
onomica del
unico valore
altri valori
ormative dei
di un simile
nalità distri-
efficace (5))
ti del diritto
(6).

riduo come
ita alla risa-
generare il

ti alla tradizione
lineata nell'espe-
of *Property Rights*
Comparative Law

e stabiliscono ed
i soggetti da esse
i. *Perché l'analisi*
D. SCHMIDTCHEN,
for the Study of

Publishers, New
mica può servire
nerale non può
dell'efficienza e
tra i profili di
siderazioni volte
multaneamente
POLINSKY, *Una*
and Economics,

ende perseguire
; la legislazione
oi i enti, è
l diritto. *Perché*

to, tit. orig. *An*
COOTER e ULEN,

progresso ed il benessere sociale, hanno suggerito ragionevolmente di creare un ambiente giuridico idoneo ad agevolare il benefico dispiegarsi di questa (apparentemente discutibile) qualità umana (7).

In realtà, nei testi di analisi economica del diritto, il carattere dominante del valore dell'utilità non è spinto sino alle sue estreme conseguenze; dalla semplice considerazione per cui la massimizzazione delle utilità passa attraverso la contrattazione sul mercato, si ricava la prevalenza di quei valori necessari ad assicurare l'esistenza e la persistenza di un mercato; quanto osservato contribuisce a spiegare la sottrazione alla commerciabilità dei diritti politici (es.: compravendita del voto politico). Il paternalismo statale induce poi a rifiutare l'applicazione indiscriminata del mercato quale strumento di allocazione di risorse particolari come i diritti della personalità (8) (così, la vendita dei reni viene reputata alquanto sconveniente ed illecita, nonostante sia astrattamente immaginabile un mercato degli organi umani) (9). Dunque, seppure, in linea astratta, ogni bene sia trasferibile (organi del corpo umano, sangue, bambini, persone, etc.), nessun ordinamento attuale ammette la possibilità di stipulare validi ed azionabili contratti di compravendita relativi ai beni indicati (se non con limiti assai penetranti: tipicamente, con riguardo a sangue ed organi, si ammettono atti di disposizione a titolo gratuito) (10).

(7) L'analisi economica del diritto parte dall'idea che l'uomo sia un razionale massimizzatore delle proprie utilità non solamente per quanto concerne le iniziative più propriamente economiche che assume, ma in generale in ogni circostanza della vita (R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 3 ss.). Naturalmente, supporre la razionalità dell'agire umano costituisce una indubbia semplificazione; è però stato correttamente osservato come sarebbe impossibile elaborare un modello scientifico che contempli le specifiche irrazionalità di ciascun consociato (D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 26).

(8) L'idea del carattere naturale della trasferibilità del diritto può implicitamente leggersi negli scritti di chi discute, ad es., se gli interessi sulla propria persona siano oggetto di diritti soggettivi (della personalità) o siano semplicemente oggetto di tutele apprestate dall'ordinamento, ove evidentemente al termine "diritto soggettivo" si riconnette un significato che implica un potere conformativo e, quindi, dispositivo — che nei diritti della personalità fa sostanzialmente difetto — (v. questo dibattito in A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, IV ed., Giuffrè, Milano, 2003, pp. 135 ss.).

(9) H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, p. 530; in questo senso, si giustifica la indisponibilità di diritti di sicurezza sociale e di assistenza familiare, così come forme di indisponibilità di diritti a cagione della condizione di incapacità del titolare. Sul tema, v. ROSE-ACKERMAN Susan, *L'inalienabilità e la teoria dei diritti di proprietà*, in FABRI, FIORENTINI e FRANZONI (cur.), *L'analisi economica del diritto*, NIS, Roma, 1997, pp. 51 ss.

(10) H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, p. 517.

In questo quadro concettuale, gli interrogativi fondamentali concernenti la disciplina giuridica dei beni riguardano:

- la identificazione della forma di appartenenza più opportuna per i singoli beni, data la possibilità di regimi alternativi (assenza di titolarità, proprietà pubblica, proprietà privata);
- l'assegnazione originaria dei diritti ai consociati;
- la determinazione della conformazione dei diritti e del modo della loro tutela.

Le questioni indicate possono apparire, *prima facie*, piuttosto oziose, dato che il diritto positivo si incarica di risolverle in via diretta con molte norme; una riflessione appena più attenta lascia invece intendere chiaramente come siano molte le situazioni in cui l'analisi economica del diritto può fornire un utile contributo per affrontare questioni niente affatto giuridicamente pacifiche; in questo senso, si può pensare alla problematica relativa alla proprietà dei nuovi beni, come le parti staccate del corpo, i tessuti creati in laboratorio a partire da cellule umane, o anche, per venire ad un tema che ha già sollecitato l'attenzione dei giuristi, le frequenze radiotelevisive, o ancora, per passare ad un esempio proposto da un noto manuale, ad un'orbita occupata da un satellite artificiale.

Considerazioni di efficienza economica della soluzione prospettata possono contribuire poi ad identificare la regola che correttamente dovrebbe essere adottata per risolvere una controversia giuridica; si consideri il caso seguente, sul quale si avrà occasione di ritornare nel seguito della trattazione. L'impresa Alfa decide di dare avvio ad un progetto edilizio di notevoli dimensioni: si propone di edificare un intero quartiere a destinazione abitativa e con elevati standard qualitativi, in una zona attualmente non sviluppata e prossima ad una grande città. Realizzato il progetto, l'impresa Alfa, prima di procedere alla vendita a terzi delle singole unità abitative, provvede a predisporre regolamenti condominiali e supercondominiali idonei ad impedire che, nel prossimo futuro, i singoli proprietari possano assumere iniziative individuali tali da alterare la conformazione anche solo estetica del quartiere edificato. In questo modo, i singoli acquirenti ottengono la proprietà dei beni individuali e

onamentali
no:
a più oppor-
ni alternativi
privata);
iati;
diritti e del

ie, piuttosto
lverle in via
ttenta lascia
situazioni in
e contributo
te pacifiche;
relativa alla
del corpo, i
e, anche,
enzione dei
issare ad un
occupata da

uzione pro-
regola che
una contro-
uale si avrà
. L'impresa
di notevoli
e a destina-
i una zona
ande città.
cedere alla
de a predi-
li i nei ad
ari possano
formazione
to modo, i
ividuali e

comuni, senza però tutte le facoltà d'uso normalmente connesse allo statuto proprietario. Si tratta di stabilire se una simile conformazione della proprietà effettuata dall'impresa Alfa sia valida e vincolante per gli acquirenti e per i futuri subacquirenti; una tale questione non è affrontata e risolta in via immediata e diretta dal legislatore e, quindi, il giudice è chiamato ad effettuare valutazioni e a trovare la soluzione attraverso l'argomentazione: è a tale livello che l'analisi economica del diritto può svolgere un ruolo importante.

4.2. La scelta tra le forme di appartenenza.

4.2.1. Beni pubblici e beni privati.

I diritti sulle cose e sui beni possono essere articolati in molti regimi differenti; si possono avere *res nullius*, beni in proprietà privata ⁽¹¹⁾, beni di proprietà di più persone contemporaneamente (situazioni di comunione, che a loro volta possono essere variamente configurate), beni di proprietà dello Stato ⁽¹²⁾; ogni ordinamento, dunque, si trova nella necessità di stabilire a chi e

⁽¹¹⁾ Il termine "proprietà" evoca un significato quasi intuitivo, che non necessariamente coincide con la nozione legale; è stato notato come gli economisti, spesso, lascino sottintesa la definizione del termine, così poi trovandosi ad aver assunto a presupposto delle proprie ricerche significati non omogenei del concetto; in arg., D.H. COLE and GROSSMAN Z. Peter, *The Meaning of Property 'Rights': Law vs. Economics?*, April 19, 2000; <http://ssrn.com>; ivi si nota come il termine "right" si trovi spesso utilizzato nei testi economici per indicare un potere di appropriazione della risorsa che non necessariamente riflette un diritto in senso giuridico. Si può aggiungere come il termine "property right" assunto come oggetto degli studi di analisi economica del diritto indichi semplicemente il potere spettante ad un individuo di compiere scelte in ordine all'uso di una risorsa: in arg., v. A. ALCHIAN, *Some Economics of Property Rights*, in *Economic Forces at Work*, Liberty Press, Indianapolis, 1977, pp. 127 ss.; D. SCHMIDTCHEN, *Funktionen und Schutz von "property rights". Eine ökonomische Analyse*, Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes, Discussion Paper 9804.

Viene spesso osservato come gli economisti, tradizionalmente, abbiano considerato la proprietà più come un dato di partenza per le proprie indagini, che non come oggetto di indagine essa stessa; così, Marx rappresenta forse un caso isolato di economista attratto dal problema della formazione dei diritti proprietari; in epoca a noi più prossima, sono stati Coase, Demsetz e Alchian i pionieri degli studi in materia. In arg., E. WEST, *Property Rights in the History of Economic Thought: From Locke to J.S. Mill*, in *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, cur. T. Anderson e F. McChesney, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2003, pp. 13 ss.

⁽¹²⁾ H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, p. 515.

secondo quale disciplina spettino i beni; nel risolvere tale questione, un ausilio significativo viene dagli studi di analisi economica del diritto.

Per agevolare il ragionamento, ipotizziamo una situazione estremamente semplice: quella di una comunità in cui la proprietà privata è ignota ed in cui, quindi, ogni bene può essere liberamente utilizzato e consumato da chiunque. L'ipotesi corrisponde al noto mito dell'età dell'oro, caratterizzato da penuria di persone e sovrabbondanza di risorse, in un regime di anarchia, cioè di assenza di ogni struttura statale preposta all'attribuzione ed alla protezione dei diritti degli individui⁽¹³⁾.

In un contesto quale quello descritto, è assai probabile che le iniziative economiche degli individui si riducano ad attività elementari: la caccia della selvaggina ed il consumo dei frutti della terra.

L'appropriazione dei beni avviene attraverso l'impossessamento da parte del singolo: questa tecnica di allocazione della risorsa richiede unicamente che si definiscano le caratteristiche minimali in forza delle quali possa dirsi instaurata una relazione possessoria sufficiente ad attribuire il singolo bene in via esclusiva all'uno anziché all'altro consociato; in proposito si può ricordare un caso in cui un soggetto aveva inseguito lungamente una volpe, costringendola infine su di una spiaggia, ove l'aveva presa di mira: proprio in quel momento apparve un intruso che uccise l'animale impossessandosi prontamente del corpo. Il primo cacciatore sostenne in giudizio che l'inseguimento avesse già instaurato una relazione fattuale con l'animale sufficiente a legittimare l'acquisto; i giudici opinarono diversamente, richiedendo l'uccisione effettiva o, almeno, il ferimento della bestia⁽¹⁴⁾.

Ritornando alla considerazione dell'ipotetica comunità priva di istituti proprietari, si nota come la caccia non presenti

(13) Quello dell'età dell'oro è un vero e proprio mito: nella realtà, anche le società primitive conoscevano forme giuridiche di attribuzione di diritti, che però privilegiavano appartenenze collettive che non coincidevano con un regime di accesso aperto e libero alle risorse. Sull'efficienza di questi regimi, che spesso riuscivano ad evitare i rischi che vengono indicati nel testo, v. anche il § in tema di beni in comunione, nonché T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 166, ove si evidenzia la funzione assicurativa e di *risk sharing* di certe forme di comunione.

(14) Il caso è *Pierson v. Post* 3 Cal R 175, 2 Am. Dec. 264 (1805), cit. da B. BOUCKAERT, *Original Assignment of Private Property*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

ri avere tale
stua di analisi

una situazione
in cui la pro-
ene può essere
L'ipotesi corri-
o da penuria di
ne di anarchia,
all'attribuzione

probabile che le
ino ad attività
o dei frutti della

ssamento da parte
de l'amente che
quali possa dirsi
il singolo bene in
o si può ricordare
volpe, costringen-
o proprio in quel
essandosi pronta-
che l'inseguimento
ufficiente a legitti-
edendo l'uccisione

comunità priva
non presenti

che le società primitive
egiavano appartenenze
e risorse. Sull'efficienza
ficati nel testo, v. anche
roact Law, Stanford
azioni assicurativa e di

, cit. da B. BOUCKAERT,
conomics, publ. Edward

particolari problemi: ogni uomo, armato di mezzi elementari, potrà cercare di uccidere gli animali, acquisendoli così a proprio esclusivo vantaggio. Viceversa, il consumo dei frutti della terra costituisce già un fenomeno più complesso: infatti, non vi sarà difficoltà a raccogliere i frutti spontanei, ma sorgeranno problemi rispetto all'avvio di qualche iniziativa più seria di coltivazione dei fondi. Coltivare la terra significa, in sostanza, realizzare investimenti (di lavoro e di altre risorse) che produrranno i propri benefici effetti a distanza di tempo: quando i frutti saranno maturi, però, non essendo essi di proprietà di chi ha coltivato il fondo (lo si ricordi: si è nell'età dell'oro ed i diritti soggettivi non esistono), è ragionevole immaginare che ogni persona si riterrà libera di raccoglierne a piene mani; tutto ciò deprimerà significativamente (in realtà: integralmente) la propensione ad effettuare investimenti (nella coltivazione della terra) da parte del singolo, il quale preferirà continuare a mangiare i frutti spontanei, anziché impegnarsi con sacrificio a procurare un risultato che sarebbe acquisito prevalentemente da altri ⁽¹⁵⁾.

Dunque, ecco identificato un valido motivo che suggerisce il passaggio dallo stato di comunione universale a quello dell'esistenza dei diritti soggettivi: per stimolare il compimento di attività economiche che implicino l'investimento di risorse, occorre riservare a chi ha effettuato l'investimento il risultato utile dell'iniziativa ⁽¹⁶⁾; in questo senso, l'attribuzione di un diritto soggettivo implica la spettanza dei frutti del bene e l'illegittimità del furto.

L'esistenza dei diritti soggettivi non comporta ancora la

⁽¹⁵⁾ Su questi profili, v. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 31 ss.

⁽¹⁶⁾ S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 7, p. 5: «If each individual has possessory rights in the output he produces, he will work the socially optimal amount and social welfare will be maximized». D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 220. «Effiziente Anreize entstehen, wenn dem Internalisierungsprinzip gefolgt wird: Danach sollten einem Entscheidungsträger alle mit einer Entscheidung verbundenen Kosten (also die ihm und anderen entstehenden Kosten) angelastet und er mit allen aus der Entscheidung resultierenden Erträgen (also die ihm und anderen zufallenden Erträge) belohnt werden» (D. SCHMIDTCHEN, *Funktionen und Schutz von "property rights". Eine ökonomische Analyse*, Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes, Discussion Paper 9804, p. 6).

necessità di uno Stato: infatti, si può anche immaginare che la protezione dei diritti sia affidata in via diretta ai loro titolari (come peraltro, in situazioni marginali, è ben possibile anche oggi: si pensi alla legittima difesa); tuttavia, la costituzione di un apparato statale preposto all'esercizio di funzioni di polizia consente significativi vantaggi economici⁽¹⁷⁾. Da un lato, si nota che, per raggiungere lo stesso grado di sicurezza, occorrono meno risorse se si costituisce un apparato di polizia, di quante ne occorrerebbero se si imponesse ad ogni individuo di fare quanto necessario per difendere le proprie ragioni (economia di scala)⁽¹⁸⁾; dall'altro, è evidente che le attitudini individuali sono diverse e che, quindi, la specializzazione del lavoro consente di realizzare un output globale maggiore di quello che sarebbe prodotto se la specializzazione del lavoro non fosse possibile.

Il discorso svolto ha consentito di porre in luce alcune delle ragioni che hanno condotto al superamento dell'antica (ed ipotetica) età dell'oro, a favore della nascita dei diritti soggettivi e della loro protezione da parte dello Stato. Tuttavia, si deve anche notare come oggi non tutti i beni siano attribuiti in proprietà ai privati: al principio di questo paragrafo è stato sinteticamente evidenziato come i regimi di appartenenza siano molti e diversi l'uno dall'altro; ecco allora sorgere un nuovo problema: posto che attualmente sono noti sia il regime di non appartenenza (o appartenenza pubblica, comune) sia quello di appartenenza privata, come è possibile stabilire quando sia più opportuno il primo e quando, invece, sia preferibile il secondo? Per analizzare la questione, occorre un previo chiarimento: per proprietà privata e per proprietà pubblica, in questa sede, non si

⁽¹⁷⁾ H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, pp. 525 ss.

⁽¹⁸⁾ R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 76; T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 167: « the transition to a state further requires that the dominant association acquire monopoly control over its use of force. But this is a case where monopoly is efficient (natural monopoly), both because of the scale economies in protection and the destructive nature of "competition". As with any monopoly, however, there exists the risk of abuse. Democratic states therefore take additional steps to ensure "legitimate" use of the government's monopoly on force, including creation of a constitution to limit the government's powers and periodic review of its performance by means of election ».

gir e che la
i loro titolari
ossibile anche
tuzione di un
ni di polizia
n lato, si nota
a, occorrono
, di quante ne
li fare quanto
omia di scala)
i sono diverse
e di realizzare
prodotto se la

e alcune delle
ell'antica (ed
ritti oggettivi
tavia, si deve
attribuiti in
grafo è stato
tenenza siano
ere un nuovo
regime di non
sia quello di
uando sia più
le il secondo?
arimento: per
a sede, non si

es *Zivilrechts*, III ed.,

ley, 1996, p. 76; T.J.
(California), 2004, p.
n acquire monopoly
(nat.) monopoly),
of "competition". As
states therefore take
on force, including
w of its performance

intendono esattamente i regimi giuridici disciplinati dal diritto positivo vigente; piuttosto, convenzionalmente, si assume che un bene pubblico possa essere utilizzato liberamente da chiunque e, pertanto, nessuno abbia il diritto di impedirne ad altri l'uso; all'opposto, se un bene è privato, ciò significa che un soggetto ha il diritto di usarlo e di escludere che altri ne facciano uso; dunque, per proprietà pubblica si intende, in questa sede, un regime giuridico prossimo a quello di una *res nullius* (e ben distante da certe forme di proprietà statale oggi presenti) ⁽¹⁹⁾.

Operata questa premessa, si può tornare a considerare il tema oggetto di indagine, se cioè un determinato bene debba essere regolato come bene pubblico o privato. In termini di diritto positivo, la risposta si trova nelle norme di legge; l'analisi economica del diritto, però, si disinteressa di questa risposta e si domanda quale sia il regime giuridico opportuno, ove per opportuno si deve intendere, come già precisato nell'introduzione, quello più adeguato a consentire il raggiungimento dell'efficiente impiego economico della risorsa.

Per esaminare la questione, si può partire dalla considerazione di un noto modello: quello della proprietà comune (o pubblica, nel significato qui accolto) di un terreno da pascolo. I membri della comunità dediti all'allevamento utilizzeranno questo terreno per far pascolare le proprie mucche; ci si domanda quante mucche ogni membro deciderà di allevare e di far pascolare sul fondo. Trattandosi di un bene comune, non esistono organi decisori e, quindi, ognuno può decidere in autonomia quanti animali far pascolare: poiché si assume che

⁽¹⁹⁾ Un'analisi più articolata sui beni pubblici richiederebbe di evidenziare come lo Stato disponga:

- di beni ad utilizzo libero da parte dei consociati (strade, spiagge);
- di beni utilizzabili dietro pagamento di un corrispettivo (musei);
- di beni strumentali rispetto alla fornitura di servizi pubblici (es.: basi militari; caserme dei vigili del fuoco).

Il senso economico di queste diverse forme di proprietà pubblica è naturalmente diverso; sia consentito qui limitarsi a rilevare, sul rapporto intercorrente tra le prime due categorie, come l'imposizione di un corrispettivo per l'uso della risorsa pubblica si giustifichi laddove quest'ultimo implichi la consumazione di risorse o interferisca comunque con l'uso altrui ed a condizione che i costi associati all'esazione del prezzo non siano maggiori rispetto al vantaggio derivante dall'imposizione dello stesso. Sulla materia, v. S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, Chapter 11.

ogni individuo sia un operatore economicamente razionale, la scelta di quanto produrre si collocherà nel punto di incontro tra le curve del costo marginale e del ricavo marginale; il problema, nel caso concreto, è rappresentato dal fatto che ogni mucca aggiuntiva consuma una parte della capacità del terreno di produrre erba e, quindi, crea un costo, il cui peso economico non è, però, avvertito direttamente dal singolo allevatore, ma è condiviso dall'insieme degli allevatori. In altri termini, se l'introduzione di un nuovo capo di bestiame procura al singolo un vantaggio di 100 e determina un consumo di 200 e se vi sono 10 allevatori, si avrà la situazione per cui il singolo deciderà di allevare la mucca aggiuntiva, in quanto non confronterà il ricavo marginale con il costo marginale globale (sociale), ma con quello individuale, che è un decimo del primo ⁽²⁰⁾.

Si noti che l'incremento smodato nell'utilizzo del pascolo conduce ad esiti potenzialmente disastrosi: infatti, le mucche mangeranno dapprima l'erba in misura inferiore rispetto alla capacità del fondo di rigenerarla, poi raggiungeranno tale livello, poi ancora mangeranno più erba di quanta possa crescerne; pertanto, inizieranno a strappare l'erba in punti sempre più bassi della pianticella, sino a giungere alle radici e ad estirparle, così precludendo la stessa possibilità di nascita di nuove foglie e piante e, infine, giungendo a causare una vera desertificazione del terreno. Tutto ciò, solo perché la situazione di appartenenza comune ha provocato un difetto nel processo decisionale dei singoli operatori.

Il fenomeno che si è riportato è assai noto ai cultori dell'analisi economica del diritto, e prende il nome tecnico di *tragedy of the commons* ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 31 ss.

⁽²¹⁾ Sulla *tragedy of the commons*, v. in part. H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, pp. 519 ss.; in questo scritto vengono evidenziate le diverse problematiche connesse al mantenimento in regime di proprietà universale di una risorsa per la quale sarebbe raccomandabile un regime di appartenenza privata; così, vi sono casi in cui il problema centrale è costituito da uno spreco di risorse attuato al solo fine di accaparrarsi una parte del bene in questione (es.: da un pozzo situato nel deserto è possibile attingere un determinato quantitativo di acqua ogni anno; le singole carovane sceglieranno tragitti e velocità inefficienti, al solo fine di giungere prima al pozzo e

te zionale, la
di incontro tra
de; il problema,
he ogni mucca
del terreno di
economico non
levatore, ma è
mini, se l'intro-
a al singolo un
e se vi sono 10
lo deciderà di
ronterà il ricavo
, ma con quello

zo del pascolo
atti, le mucche
re rispetto alla
nnale livello,
ossa crescerne;
empre più bassi
estirparle, così
nuove foglie e
ertificazione del
li appartenenza
decisionale dei

oto ai cultori
ome tecnico di

hers, New York, 2003,

C. Ott, *Lehrbuch der*
rg, 2000, pp. 519 ss.; in
ant ento in regime
ndabac un regime di
ituito da uno spreco di
es.: da un pozzo situato
ogni anno; le singole
gere prima al pozzo e

Per superare la difficoltà, nel caso che si è considerato, sarebbe stato sufficiente attribuire il terreno in proprietà individuale ad uno qualunque dei membri della collettività: questi ne avrebbe ragionevolmente consentito l'uso anche agli altri, previo pagamento di un corrispettivo e nel rispetto dei criteri di razionalità economica; ciò significa che non avrebbe accettato una nuova mucca ove il ricavo così ottenuto avesse ecceduto il costo collegato.

Il caso che si è riportato serve per stigmatizzare le conseguenze drammatiche del mantenimento di un regime di proprietà comune, ove siano ormai maturate le condizioni che suggeriscono (e impongono) l'adozione di un regime di proprietà privata. Tuttavia, occorre essere cauti, per non far dire all'esempio più di quanto sia corretto: sarebbe cioè azzardato ed errato ricavarne che il regime di proprietà privata sia in generale preferibile rispetto al regime di appartenenza pubblica dei beni. Un altro esempio può aiutare a comprendere il concetto.

Si pensi all'illuminazione stradale: essa è fornita dallo Stato e produce notevoli utilità; così, essa rende più sicuri i passanti, riduce la possibilità di incidenti, riduce persino i fenomeni di criminalità. Cosa accadrebbe se lo Stato decidesse di cessare il servizio in questione a favore dei consociati? A questo punto, dovrebbero essere gli stessi privati a provvedere alla necessità: così, ad esempio, il proprietario di un palazzo deciderà di installare un lampione di fronte all'edificio; analoga decisione verrà allora adottata anche dal proprietario del palazzo vicino, e così via; a questo punto, però, il proprietario del palazzo X, collocato tra i palazzi Y e Z, potrà notare che, in fondo, i due lampioni dei vicini illuminano adeguatamente anche l'area anti-

beneficiare della risorsa al posto di altri concorrenti); in altre ipotesi, come quella presentata con l'esempio del pascolo, può sorgere un problema di distruzione della risorsa economica; analogo problema, ma con risvolti affatto diversi, sorge ove i concorrenti nell'uso della risorsa non siano soggetti attuali e coesistenti, ma le generazioni successive (si pensi al problema della ripartizione delle risorse petrolifere tra popolazione attuale e generazioni future); in questo caso, uno dei soggetti interessati all'uso non è neppure esistente e, quindi, ben difficilmente i suoi interessi saranno adeguatamente rappresentati e tutelati.

L'estinzione quasi completa del bisonte americano è considerata un caso esemplare di *tragedy of the commons*: T. ANDERSON e F. McCHESNEY (cur.), *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2003, p. 61.

stante il suo palazzo e potrà così decidere di spegnere il proprio lampione, risparmiando denaro ed ottenendo comunque il beneficio dell'illuminazione (sia pure un poco ridotta). Nell'esempio prospettato, il proprietario del palazzo X prende il nome tecnico di *free rider*: egli si avvantaggia gratuitamente di un servizio reso da altri; la sua condotta, ovviamente, susciterà la rabbia dei vicini, i quali riceveranno così incentivi ad adottare, per quanto possibile, condotte similari: il tutto condurrà all'esistenza di un sistema fatiscente di illuminazione stradale.

Gli esempi che si sono presentati mostrano, quindi, come in un caso (quello del pascolo) sia opportuno un regime di appartenenza privata della risorsa, e nell'altro (quello dell'illuminazione) sia opportuno un regime di appartenenza pubblica. Quali sono allora le caratteristiche di un bene che ne consigliano l'assoggettamento all'uno piuttosto che all'altro sistema giuridico?

Riprendiamo in considerazione il caso dell'illuminazione: il proprietario del palazzo Y non si sarebbe adirato dell'iniziativa del proprietario del palazzo X, se quest'ultimo ne avesse unicamente tratto la conseguenza di rimanere al buio; viceversa, egli ha continuato a beneficiare della luce del vicino, il quale non aveva la possibilità di riservare a sé soltanto i benefici della propria iniziativa. Dunque, l'illuminazione stradale non consente di escludere taluno dei consociati dal beneficio prodotto: il costo viene sostenuto dal privato, ma il beneficio viene condiviso pubblicamente. Inoltre, il beneficio ottenuto da un qualunque passante non esclude né quello del vicino, proprietario del palazzo X, né quello del proprietario del lampione: ciò significa che si è in presenza di una risorsa che consente un uso non rivale, cioè concorrente.

Riprendiamo ora, invece, in considerazione il caso del terreno da pascolo: l'utilizzo della risorsa si caratterizza in questo caso per la rivalità nell'uso; infatti, l'erba consumata dalla singola mucca non può, al contempo, andare a beneficio di un'altra bestia; per converso, diversamente dal caso dell'illuminazione, sarebbe assai agevole escludere il problema dei *free riders*: a tal fine, sarebbe sufficiente costruire una staccionata, impeditiva dell'ingresso di mucche altrui.

Le due qualità costituite dalla rivalità nell'uso e dalla esclu-

dibilità degli estranei ⁽²²⁾ rappresentano, ad avviso degli studiosi di analisi economica del diritto, i criteri in base ai quali si deve valutare l'opportunità dell'uno piuttosto che dell'altro regime giuridico di appartenenza ⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾.

Naturalmente, le due qualità indicate sono da intendere in senso relativo ⁽²⁵⁾ e non assoluto: fattori come la scarsità di un bene, carattere che può sopravvenire nel tempo, incidono in maniera significativa sul giudizio di rivalità ed escludibilità di una risorsa. Questa considerazione permette di comprendere la ragione del passaggio di certi beni da un regime giuridico di non appartenenza (o di proprietà pubblica) ad uno di privata appartenenza. Anche in questo caso, è agevole l'esemplificazione: si può pensare alle terre dell'ovest americano ai tempi delle prime colonizzazioni di quelle regioni; allora la terra era così sovrabbondante, che la rivalità nell'uso (indubitabile sulla singola

⁽²²⁾ Si può aggiungere che, se un bene presenta la caratteristica della escludibilità ma non quella della rivalità, allora non si giustifica l'assoggettamento ad un regime di privata appartenenza; infatti, in questo caso, il privato richiederebbe chiaramente un corrispettivo per consentire agli altri consociati di godere la risorsa, con ciò inducendo tutti coloro che attribuiscono all'uso del bene un valore inferiore al prezzo richiesto a non utilizzarlo; si tratta di un esito inefficiente, in quanto l'uso della risorsa anche da parte di questi soggetti incrementerebbe il benessere generale, senza pregiudicare la posizione di alcuno (esito Pareto efficiente).

⁽²³⁾ R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996. B. BOUCKAERT (*Original Assignment of Private Property*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999) osserva che, quando i costi di esclusione sono molto elevati, si deve ammettere la proprietà solo sui flussi di beni rivenienti dalla risorsa (così, esclusa la possibilità di essere proprietari dei pesci del mare, è invece ben ammessa la possibilità di essere proprietari del singolo pesce catturato).

⁽²⁴⁾ Come si è evidenziato nel corso del paragrafo, la discussione è stata condotta avendo riguardo ad una nozione di proprietà pubblica sostanzialmente coincidente con l'idea del libero accesso alla stessa; si è però anche avuto modo di precisare, in nota, come le proprietà pubbliche siano in realtà molte e diverse tra loro: così, un deposito militare è sempre un bene pubblico, ma non è mai liberamente accessibile. Si deve allora ribadire come le giustificazioni a sostegno della proprietà pubblica identificate nel paragrafo si adattino specificamente alla forma di proprietà pubblica lì considerata.

Ad altri regimi di appartenenza statale corrispondono altre ragioni giustificatrici. Si può ad esempio notare come molti beni producano esternalità positive: essi, pertanto, presentano un'utilità sociale maggiore rispetto all'utilità privata e, pertanto, patiscono il rischio di non venire creati da parte dei privati, in quanto non sufficientemente dotati di incentivi a produrli. L'apertura al pubblico di una biblioteca, ad es., accresce il livello culturale della popolazione: questo beneficio può giustificare l'iniziativa statale della sua creazione (S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, Chapter 11).

⁽²⁵⁾ H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin-Heidelberg, 2000, p. 528.

parcella di terreno) era però altamente discutibile; per converso, l'escludibilità, assolutamente agevole rispetto ai terreni, era del tutto impraticabile, in quanto avrebbe comportato benefici enormemente inferiori rispetto al costo di erigere palizzate. Viceversa, in prosieguo di tempo, il rapporto tra costi e benefici delle recinzioni e la crescita della popolazione stabilitesi nella regione ha mutato i termini della questione.

L'istituzione di un regime di privata appartenenza si giustifica nel caso in cui i vantaggi ad esso connesso eccedono il costo di istituzione e mantenimento del diritto di proprietà individuale⁽²⁶⁾; in questa prospettiva, dunque, una delle ragioni principali che giustificano il passaggio da un regime di proprietà pubblica (universale) ad un regime di proprietà privata è costituita dalla scarsità della risorsa⁽²⁷⁾.

L'insorgenza di un fenomeno di rarificazione di un bene anteriormente sovrabbondante è frequente ed attuale: una chiara esemplificazione è costituita dai pesci del mare; l'incremento

(26) S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 7, p. 11; T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 164. In questo senso, sia pure con un'evidente dose di esagerazione, è stato osservato come l'esistenza dei cani, in quanto dotati della capacità di fare la guardia ai beni del proprietario, abbia dato un significativo contributo alla riduzione dei costi di istituzione di un sistema di proprietà privata ed al sorgere, quindi, della stessa (D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 226). Lo stesso autore osserva che: « nel decidere se vale la pena istituire un regime di proprietà su un dato bene, è necessario prendere in considerazione due diversi interrogativi. A quanto ammontano, per questo particolare tipo di bene, i costi conseguenti al fatto di trattarlo come proprietà privata, ovvero quali difficoltà comporta definirne con precisione i confini, assicurare l'esecuzione forzata delle legittime pretese del proprietario e concludere i contratti per il trasferimento del diritto? A quanto ammontano, per questo particolare tipo di bene, i benefici complessivi qualora sia sottoposto ad un regime di proprietà privata? Qual è il livello di sensibilità dei produttori e dei consumatori ai perversi effetti incentivanti del prezzo pari a zero? ».

(27) R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 31 ss.; H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, pp. 525 ss.; ivi si rileva, tra l'altro, che la mancata adozione di un regime di proprietà individuale comporta la perdita di occasioni di sviluppo economico e sociale e, quindi, determina situazioni di declino dello Stato che, eventualmente, non sappia adottare i segnali derivanti dalla sopravvenuta scarsità di determinate risorse (il discorso è sviluppato particolarmente con riferimento ai diritti sulla terra ed al tema del passaggio da un'articolazione feudale di tali diritti, ad un'organizzazione moderna, come quella nota nel nostro ordinamento attuale). V. anche D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 220 ss.; T. ANDERSON e F. MC CHESNEY (cur.), *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2003, p. 60.

per converso, erreni, era del benefici enorate. Viceversa, benefici delle i nella regione

ma si giustifica onno il costo di prietà indivi-delle ragioni e di proprietà rivata è costi-

e di un bene ale: una chiara l'amento

ureau of Economic , Stanford University un'evidente dose di la capacità di fare la iduzione dei costi di essa (D.D. FRIEDMAN, o, Bologna, 2003, p. regime di proprietà rrogativi. A quanto to di trattarlo come i confini, assicurare e i contratti per il o di bene, i benefici il livello di sensibilità ari a zero? ». s, New York, 2003, s *Zivilrechts*, III ed., a mancata adozione iluppo economico e lmente, non sappia orse il discorso è a d assaggio da ella nota nel nostro *alisi economica può* Mc CHESNEY (cur.), s, Princeton (New

della pesca e la raffinazione delle relative tecniche hanno portato ad una rarefazione della popolazione ittica, che ha imposto l'adozione di regimi giuridici adeguati a contenere il problema. In questo caso, non si è proceduto all'attribuzione di diritti di proprietà vera e propria a favore dei singoli nello stesso modo in cui è stata risolta la questione della scarsità delle terre: infatti, il mare è una risorsa che non permette l'esclusione dell'uso altrui (è impossibile la recinzione, così come è impossibile impedire i movimenti dei pesci tra due aree contigue, così come non potrebbe essere istituito un servizio di polizia incaricato di imporre il rispetto dei diritti esclusivi sulle singole aree) ⁽²⁸⁾; piuttosto, la questione è stata risolta a livello di relazioni tra Stati, attribuendo ad ogni Stato il diritto di sfruttare in esclusiva le risorse economiche contenute in un'area di 200 miglia dalla costa: « this gives a country a natural incentive not to deplete its fisheries because it will then enjoy a greater catch in the future, provided that the fish in question do not tend to swim outside the Exclusive Economic Zone (EEZ) » ⁽²⁹⁾.

4.3. I beni in comunione.

L'analisi che si è sviluppata sinora ha permesso di chiarire la ragione che induce il passaggio da un sistema di appartenenza pubblica ad uno privato: essa è però stata condotta semplificando i poli del ragionamento ed estremizzando i caratteri di entrambi i regimi giuridici. In concreto, come si è già notato, le possibili forme di disciplina sono assai più numerose che non due solamente: e talora la scelta condizionata dalla considerazione dell'efficienza si appunta propriamente su un regime giuridico diverso ed intermedio tra quelli sopra considerati.

Così, in alcuni casi, di fronte al dato della scarsità di una risorsa ed all'impossibilità di prorogare il regime di proprietà

⁽²⁸⁾ Il regime di proprietà privata non è opportuno ove i costi della sua istituzione (e protezione) eccedano i benefici che esso procura (R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, p. 35).

⁽²⁹⁾ S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 7, p. 12.

pubblica, si è ritenuto preferibile applicare sistemi di comunione, anziché di proprietà individuale ⁽³⁰⁾: per quanto sopra si sia adottato il caso dei terreni da pascolo come classico esempio di situazione in cui si può generare una *tragedy of the commons*, in concreto si nota come il mantenimento di efficaci regimi di comunione si sia prodotto proprio con riguardo alla proprietà di tali beni ⁽³¹⁾. In effetti, l'appartenenza di un bene in comune ad un gruppo di persone presenta talora alcuni vantaggi: così, diviene più economico assumere informazioni sull'uso della risorsa, sui costi futuri e sui rischi; così pure, il gruppo assicura stabilità nell'uso, caratteristica che, invece, si perde nella proprietà individuale (se si rende opportuno un investimento a lungo termine, la stabilità nella destinazione d'uso diviene un fattore rilevante nel condizionare la decisione di effettuarlo) ⁽³²⁾.

Per converso, sono del tutto evidenti gli svantaggi connessi al mantenimento di una risorsa in comunione:

⁽³⁰⁾ La possibilità per più soggetti di accedere ad una risorsa può essere costruita in più forme; così, si possono avere sia un regime di comunione privata (proprietà comune), che un regime di appartenenza pubblica (proprietà del governo), in cui il soggetto pubblico assicura la possibilità di accesso comune alla risorsa:

— nella proprietà governativa, essa è regolata da burocrati che non hanno il diritto di appropriarsi delle utilità del bene né sono tenuti a sopportarne i costi;

— nella proprietà comune, invece, coloro che regolano l'uso della cosa comune sono i diretti beneficiari delle sue utilità e coloro che sopportano anche i costi connessi al bene.

In arg., T. EGGERTSSON, *Open Access Versus Common Property*, in *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, cur. Anderson Terry e McChesney Fred, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2003, pp. 73 ss.; L. DE ALESSI, *Gains from Private Property*, in *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, cur. Anderson Terry e McChesney Fred, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2003, pp. 90 ss.

⁽³¹⁾ H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, p. 521. V. anche B. BOUCKAERT, *Original Assignment of Private Property*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999: ivi si indicano diversi strumenti che possono intervenire per disciplinare l'uso individuale delle risorse comuni (*common property arrangements; intensive and stable group interaction; maintaining homogeneous group membership by equal contingent rules; restriction of transfer of the right to capture*). Si noti, però, come le forme di comunione di pascolo che si sono rivelate efficaci non costituiscono affatto manifestazione di un semplice regime di *open access* alla risorsa, avendo esse sviluppato regole idonee ad evitare la verifica dei rischi connessi al libero accesso al bene; in arg., T. ANDERSON e F. MCCHESENEY (cur.), *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2003, p. 61. V. anche T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 164.

⁽³²⁾ H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, p. 521.

di comunione, o sopra si sia il tipico esempio di *e commons*; in questi regimi di proprietà di comune ad vantaggi: così, sull'uso della risorsa o appo assicurazione nella promozione a lungo termine un fattore (32). Vantaggi connessi al

— nella comunione si riproducono i medesimi problemi che si manifestano rispetto alle *res communes omnium*: vi sono, cioè, sia il rischio che il singolo possa abbondare in attività i cui costi incidano su altri comproprietari, sia quello che il singolo non si impegni in attività efficienti, solo per il fatto che le stesse risorse ridondino a vantaggio di altri (33);

— è poi chiaro che ogni decisione concernente l'uso della risorsa, ove dovesse essere adottata con il concorso necessario della volontà di ogni consociato, diverrebbe sostanzialmente impossibile da assumere, soprattutto ove il gruppo abbia una certa dimensione (34).

Si può notare, in proposito, come la comunione, nella nostra tradizione giuridica, proprio per il problema connesso alle decisioni concernenti l'impiego economico della risorsa, sia sempre stata guardata con significativo sfavore, riconoscendosene la natura eminentemente transitoria, quasi una parentesi prima del reinstaurarsi di un regime di proprietà individuale (35). Peraltro, lo stesso problema è stato alla base del significativo

essere costruita in più (età comune), che un pubblico assicura la

hanno il diritto di

cosa comune sono i interessi al bene.

in *Property Rights*, Princeton University *Private Property*, in McChesney Fred,

in *Zivilrechts*, III ed., assignment of *Private Property* University of Ghent, non intervenire per *ments; intensive and al contingent rules*; comunione di pascolo plice regime di *open* ficazione dei rischi r.), *erty Rights*, (ersey), 2003, p. 61. ity Press, Stanford

in *Zivilrechts*, III ed.,

(33) M.E. TRACHT, *Co-ownership and Condominium*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

(34) In dottrina è stato osservato come alla *tragedy of the commons* (che insorge laddove si mantenga in regime di proprietà universale una risorsa scarsa) faccia da contraltare la *tragedy of the anticommons*, che si manifesta nel caso in cui su un singolo bene concorrano più interessi proprietari individualizzati, tali da impedire o, comunque, rendere assai più difficoltosa l'adozione di decisioni razionali sullo sfruttamento del bene; si ha cioè un *anticommon* laddove un diritto di usare la risorsa possa nascere solo dall'acquisto di frammenti del diritto stesso presso diversi soggetti, ciascuno dei quali titolare di un potere di interdizione dell'uso, ma nessuno dei quali, di per sé, dotato di un potere di uso. Su questo tema, v. M.A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons. Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Rev.*, 111 (1998), pp. 625 ss.; J. BUCHANAN, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, in *Journal of Law and Economics*, 2000, pp. 1 ss.; F. PARISI, N. SCHULZ, B. DEPOORTER, *Simultaneous and Sequential Anticommons*, in *European Journal of Law and Economics*, 17, 2004, pp. 175 ss.; U. MATTEI, *I diritti reali*, 1, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. Sacco, Utet, Torino, 2001, p. 9.

Sembra agevole rilevare che, ove su una risorsa insistano poteri di veto incrociati, l'esercizio di un'attività che coinvolga la risorsa e che sia benefica socialmente, rischia seriamente di essere impedito dal timore di ciascuna parte di non riuscire a "catturare" i vantaggi provocati da un proprio assenso all'iniziativa: in altri termini, mentre nella tragedia dei *commons* il singolo non sopporta le esternalità negative, nel caso degli *anticommons* sono le esternalità positive che rischiano di essere perdute dal singolo e che inducono questo a non rimuovere il proprio veto.

Con la considerazione della *tragedy of the anticommons* si può spiegare la non brevettabilità della ricerca di base (ad es.: i principi scientifici); in questo senso, v. MATTEI, *op. cit.*

(35) U. MATTEI, *I diritti reali*, 1, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. Sacco, Utet, Torino, 2001, p. 9.

passaggio dalla regola propria del diritto romano (*in re pari melior est condicio prohibentis*) a quella attuale, basata sul principio di maggioranza ⁽³⁶⁾.

Dal punto di vista del regime giuridico applicabile, e tenendo presenti i problemi sopra succintamente ricordati, si può considerare il tema dell'utilizzo del bene comune da parte del singolo comproprietario; è noto, in proposito, come questi sia titolare non di una porzione fisica del bene, quanto piuttosto di una quota della comunione e come, di conseguenza, egli abbia diritto di usare l'intero bene, con la sola limitazione del pari (potenziale) diritto altrui. In base a questa regola, è evidente il rischio che le decisioni sull'utilizzo del bene non riflettano i costi ad esso associati; un tale problema potrebbe essere risolto imponendo al soggetto che usa il bene di pagare, al comproprietario che invece non lo usa, un corrispettivo; questa soluzione non è in genere praticata: solamente nel caso in cui l'uso di una parte sia tale da escludere la possibilità di uso dell'altra, allora all'uso della prima viene associato un costo; così, nulla osta a che il comproprietario prenda in locazione un immobile di cui sia comproprietario un parente: in questo caso, però, viene pattuito un canone che, dal punto di vista economico, ha l'effetto di fortificare la probabilità di scelte efficienti del comproprietario ⁽³⁷⁾.

Le osservazioni sinora sviluppate in ordine alle comunioni ed alle difficoltà connesse all'adozione di decisioni efficienti permettono di ritornare ad esaminare il caso che si è presentato in sede di introduzione, concernente l'impresa Alfa che, edificato un quar-

⁽³⁶⁾ « L'introduzione del principio di maggioranza nell'amministrazione della cosa comune è di origine tutt'altro che antica. In diritto romano si argomentava che, essendo tutti proprietari della cosa, nessuno poteva decidere alcunché invito altero: valeva la massima di Papiniano, secondo la quale "in re pari melior est condicio prohibentis". Il Code Nap. ignorava ancora, in questa materia, il principio per il quale la maggioranza vincola la minoranza; lo troviamo introdotto, in Italia, solo a partire dal codice civile del 1865: pressanti esigenze di funzionalità, più volte emerse nel corso dei secoli, prevalsero sul rigore dei principi classici. La regola del consenso unanime dei partecipanti si era rivelata causa, per le difficoltà di trovare tutti d'accordo, di uno stato deterioro di manutenzione, se non di uno stato di abbandono, delle cose appartenenti a più persone; per la pretesa di salvaguardare il diritto di ciascuno, si finiva con il nuocere all'interesse di tutti, oltre che pregiudicare le più generali esigenze dell'economia, del decoro, dell'igiene » (F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, II ed., Cedam, Padova, 1993, p. 490).

⁽³⁷⁾ In arg., M.E. TRACHT, *Co-ownership and Condominium*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

o *re pari*
e, basata sul

ile, e tenendo
si può consi-
te del singolo
ti sia titolare
tosto di una
i abbia diritto
ri (potenziale)
rischio che le
costi ad esso
mponendo al
rio che invece
a è in genere
rte sia tale da
o della prima
roprietario
roprietario un
none che, dal
la probabilità

comunioni ed
cienti permet-
entato in sede
icato un quar-

ce della cosa comune
tutti proprietari della
apiniano, secondo la
ra, in questa materia,
odotto, in Italia, solo
emerse nel corso dei
ime dei partecipanti
ore di manutenzione,
r la gessa di salva-
re c pregiudicare
. *Diritto civile e com-*
dova, 1993, p. 490).
:lopedia of Law and
Geest, 1999.

tiere residenziale, decide di creare vincoli destinati a perpetuare la realtà esistente, escludendo qualsiasi modifica ove la stessa non sia adottata con l'unanimità dei consensi; in materia, i giudici hanno ritenuto di decidere basandosi sulla considerazione astratta della possibilità di formare, accanto ai regolamenti condominiali veri e propri, anche regolamenti convenzionali ⁽³⁸⁾, con i quali i singoli accettano in via negoziale limitazioni alle rispettive possibilità d'uso, sia relative alle parti comuni, sia relative alle parti individuali; da tale dato, si è ricavata, allora, la legittimità dell'iniziativa dell'impresa Alfa ⁽³⁹⁾, trascurando però il fatto che, attraverso regolamenti condominiali così invasivi e preclusivi di ogni possibilità di sviluppo futuro del conglomerato abitativo costruito, si finisce per condannare lo stesso ad una fossilizzazione che non corrisponde affatto alla razionalità economica ed ha l'unico effetto di far crescere i costi transattivi in maniera abnorme ⁽⁴⁰⁾ e tale da favorire solamente il generarsi di atteggiamenti anticooperativi in capo ai singoli ⁽⁴¹⁾ (*Tragedy of the Anticommons*).

Si può osservare come la predisposizione di regolamenti soggetti alla regola dell'unanimità sia un tentativo piuttosto infelice di soluzione dei problemi decisionali all'interno di una struttura collettiva: d'altra parte, si può aggiungere, in materia condominiale non è praticabile neppure l'altra soluzione estrema, che è quella prevista in via generale, con riferimento alla comunione, da parte del legislatore, rappresentata dalla possibilità di scioglimento della

⁽³⁸⁾ Sono regolamenti convenzionali quelli in cui concorre la volontà di ogni condomino; sono regolamenti condominiali in senso proprio quelli approvati con la maggioranza prevista dal codice. Solo i primi sono in grado di incidere sulle possibilità d'uso delle proprietà individuali.

⁽³⁹⁾ « Il regolamento di condominio predisposto dall'originario unico proprietario dell'intero edificio, ove accettato dagli iniziali acquirenti dei singoli piani e regolarmente trascritto nei registri immobiliari, assume carattere convenzionale e vincola tutti i successivi acquirenti non solo con riferimento alle clausole che disciplinano l'uso o il godimento dei servizi o delle parti comuni, ma anche a quelle che restringono i poteri e le facoltà dei singoli condomini sulle loro proprietà esclusive, venendo a costituire su queste ultime una servitù reciproca » (Cass., 15 aprile 1999 n. 3749, in *Giust. civ.*, 2000, I, pp. 163 ss.).

⁽⁴⁰⁾ Sul concetto di costo transattivo, v. il paragrafo seguente.

⁽⁴¹⁾ Come è stato notato in dottrina, i giudici, benché non autorizzati a scelte politiche, non dovrebbero disinteressarsi dell'impatto generale delle loro decisioni: « il giudice, in altre parole, deve domandarsi quali incentivi i consociati ricevessero se dovessero regolare le proprie azioni sulla base della regola che può essere desunta dalla sua decisione » (U. MATTEI, *I diritti reali*, 1, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2001, p. 47).

comunione, finalizzata alla ricostituzione di proprietà individuali soggette al governo di un unico titolare.

La ragione della impraticabilità della via dello scioglimento della comunione è agevolmente identificata nella necessità del carattere comune di alcuni beni (il tetto, ad es.), dipendente dal dato per cui il loro godimento non è né rivale né suscettibile di esclusione; altri beni o servizi comuni, invece, trovano la propria spiegazione economica e razionale nella considerazione del risparmio che l'unificazione della risorsa permette di realizzare (in linea di massima, un solo impianto costa meno di una moltitudine di impianti destinati a fornire frazionatamente la medesima utilità): per questi, quindi, la strada dello scioglimento della comunione potrebbe anche immaginarsi, anche se non è questa la più efficace soluzione del problema.

L'esame dei condomini ⁽⁴²⁾ richiede, quanto meno, la considerazione di due diversi profili:

— occorre valutare l'opportunità di introdurre norme di convivenza all'interno del regolamento;

— occorre interrogarsi sulla possibilità che l'assemblea svolga efficacemente il ruolo di decisore efficiente.

Rispetto alla disciplina della proprietà (sia comune che individuale) affidata ai regolamenti condominiali, le ricerche hanno evidenziato come essa costituisca un'alternativa rispetto al governo dei medesimi problemi in termini di responsabilità civile (così, un regolamento può stabilire il divieto di propagare suoni dopo le 20.00 e prima delle 7.00: se non vi fosse la previsione, il soggetto disturbato dalla musica notturna dovrebbe promuovere un'azione extracontrattuale diretta ad affermare l'intollerabilità del disturbo); da questa osservazione, deriva in via immediata il

⁽⁴²⁾ Nonostante il condominio presenti alcuni importanti problemi, che vengono esaminati nel testo, esso costituisce al contempo un'efficiente risposta a bisogni socialmente avvertiti: si può ricordare, in proposito, come negli USA, sino ad epoca assai recente (anni '60 del XX secolo), i condomini non fossero legislativamente ammessi e come, invece, una volta introdotti dal legislatore, essi abbiano trovato un notevole successo economico.

Sul tema dei condomini e per una valutazione comparata delle soluzioni alternative del condominio e della cooperativa, v. M.H. SCHILL, I. VOICU and J. MILLER, *The Condominium v. Cooperative Puzzle: An Empirical Analysis of Housing in New York City*, (February 10, 2004), NYU, Law & Economics Research Paper No. 4-003; NYU, Public Law Research Paper No. 75; and NYU Ctr for Real Estate & Urban Policy Paper No. 2004-1; <http://ssrn.com>.

à i individuali

scioglimento
necessità del
pendente dal
uscettibile di
no la propria
zione del ri-
realizzare (in
moltitudine
a medesima
mento della
n è questa la

no, la consi-

re come di

l'assemblea

comune che
le ricerche
va rispetto al
sabilità civile
pagare suoni
previsione, il
promuovere
ntollerabilità
immediata il

vengono esaminati
ate avvertiti: si può
del XX secolo), i
olta introdotti dal

oni alternative del
e *Condominium v.*
ebruary 10, 2004),
rch Paper No. 75;
om.

dato per cui la disciplina regolamentare sia opportuna ove risulti maggiormente efficiente rispetto ad una soluzione *ex post* basata sul risarcimento del danno. Conseguentemente, si può rilevare che la disciplina *ex ante* è preferibile quando quella *ex post* risulti ardua da utilizzare (ad es., se i danni derivanti al singolo dall'immissione di rumore sono difficili da provare, allora risulta opportuno conformare i diritti nel regolamento) (43). Si può poi notare come la disciplina regolamentare sia in grado di fornire adeguate notizie ed informazioni a vantaggio di chi debba valutare l'opportunità di unirsi alla comunità mediante l'acquisto di un'unità abitativa; in questo modo, si favorisce la formazione di comunità che condividono valori, il che naturalmente deprime la propensione alla litigiosità interpropriaria (così, in un condominio dotato di un regolamento molto restrittivo con riguardo ai rumori che possono essere generati, è più facile che acquisti un appartamento un uomo amante della pace, piuttosto che un musicista) (44). Gli studi di analisi economica hanno però anche evidenziato come simili discipline possano avere l'indesiderato effetto di deprimere il valore delle proprietà: così, ricerche sperimentali hanno mostrato come la presenza di regolamenti che vietino di introdurre animali da compagnia nell'edificio incidano negativamente sul prezzo degli immobili (45).

Venendo, ora, alla considerazione del funzionamento dell'organo assembleare, si può anzitutto rilevare che, come si è già notato con riguardo alla comunione in generale, esso è reso possibile dall'adozione del principio di maggioranza (46); se, in questo modo, si neutralizza il rischio dello stallo decisionale, rimane però del tutto aperto il problema della capacità dell'or-

(43) M.E. TRACHT, *Co-ownership and Condominium*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

(44) M.E. TRACHT, *Co-ownership and Condominium*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

(45) M.E. TRACHT, *Co-ownership and Condominium*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999: ivi i rinvii agli studi in questione.

(46) È interessante notare come le maggioranze siano calcolate in base al patrimonio individuale, ciò che costituisce una nota differenziale rispetto alle strutture politiche, rimarcabile soprattutto in quei contesti che, per dimensione e servizi erogati (strade, strutture sportive, verde, etc.), eguagliano o superano alcune (piccole) realtà amministrative.

gano di adottare decisioni efficienti: a questo proposito, si possono segnalare due problemi tra loro collegati.

In primo luogo, si nota come la disomogeneità degli interessi dei partecipanti alla comunione possa essere di ostacolo all'adozione di efficienti decisioni relative ai beni. Un caso evidente è quello che si presenta laddove un soggetto abbia costruito un palazzo ed abbia cominciato a trasferire a terzi le singole unità abitative: se si considera il problema dell'adozione di decisioni in ordine ai servizi condominiali, è macroscopico il conflitto tra i (pochi) nuovi proprietari di unità immobiliari ed il costruttore, proprietario di molte abitazioni, da lui possedute al solo fine di trasferirle a terzi; questi, titolare di una solida maggioranza assembleare, è chiaramente assai poco propenso a deliberare spese per lui inutili.

In secondo luogo, la medesima disomogeneità appena considerata apre la strada al rischio di decisioni aventi una finalità redistributiva, che non tiene conto della necessità di incremento del benessere aggregato della comunità. Si pensi ad un condominio, formato sia da uffici che da appartamenti ad uso abitativo, dotato di impianti di riscaldamento autonomi in ogni unità; si ipotizzi che l'assemblea sia chiamata a decidere la creazione di un sistema centralizzato di riscaldamento. È chiaro che, se la decisione venisse approvata, i proprietari degli uffici si troverebbero a finanziare il riscaldamento degli appartamenti nei giorni festivi, in cui le abitazioni sono utilizzate ma gli uffici rimangono vuoti; d'altra parte, è altrettanto chiaro l'interesse dei proprietari delle abitazioni a disinteressarsi di questo problema e (supposto che siano la maggioranza) a deliberare in senso positivo; se si ipotizza che il vantaggio economico derivante dalla centralizzazione dell'impianto sia pari al maggior costo che i proprietari di uffici debbono sostenere per la produzione di calore in giornate festive, allora se ne ricava che la deliberazione in esame è dotata di soli effetti distributivi. Per neutralizzare rischi come quello descritto, il legislatore italiano ha previsto meccanismi come quello tratteggiato dagli artt. 1120 ss. c.c., che consentono al singolo che non intenda beneficiare dell'innovazione, di non partecipare alle spese relative.

4.4. Attribuzione originaria dei diritti.

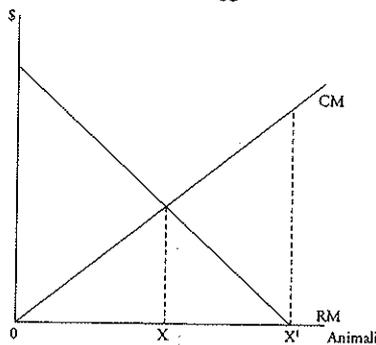
4.4.1. L'attribuzione originaria dei diritti in generale.

Se non risulta possibile escludere il godimento altrui di una risorsa e se si tratta di un bene che non presenta problemi di uso rivale, l'analisi economica del diritto suggerisce il ricorso ad un regime di bene pubblico; se invece è possibile escludere gli estranei dal godimento e vi sono problemi di uso rivale, allora è consigliabile un regime di proprietà privata; in questo secondo caso, però, sorge un nuovo ed importante problema: si tratta infatti di determinare a chi, tra moltissimi privati, attribuire il diritto. Anche per affrontare la presente questione, si deve considerare quale sia il fine da raggiungere: consentire il più efficiente uso delle risorse economiche.

Nella scelta del soggetto al quale attribuire una risorsa in proprietà, occorre richiamare uno dei più importanti principi elaborati dall'analisi economica del diritto: il teorema di Coase (47), secondo cui, in assenza di costi transattivi (48), è

(47) R.H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna: in questa raccolta è inserito anche il saggio su "Il problema del costo sociale" (pp. 199 ss.). Tutti i testi di analisi economica del diritto si occupano del teorema di Coase; v. ad es. R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, pp. 79 ss.; MITCHELL POLINSKY A., *Una introduzione all'analisi economica del diritto*; tit. orig. *An Introduction to Law and Economics*, Zanichelli, Bologna, 1986, pp. 13 ss.; T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, pp. 168 ss.

Il teorema di Coase può essere agevolmente esposto con un esempio. Si supponga che un agricoltore ed un allevatore occupino due terreni contigui; la mandria dell'allevatore ha la possibilità di invadere la terra dell'agricoltore e, così, di danneggiare il grano coltivato. I danni sono tanto maggiori quanto più grande è la mandria; per converso, i benefici che l'allevatore trae dalla propria attività sono tanto maggiori quanto più la mandria è numerosa (ancorchè, chiaramente, le utilità rivenienti da ogni animale aggiuntivo siano decrescenti).



La curva RM rappresenta i ricavi marginali decrescenti dell'allevatore, all'aumento delle

indifferente che un diritto sia attribuito ad un consociato o ad un altro, in quanto esso giungerà comunque all'uso più remunerativo, dato che il soggetto capace di impiegare adeguatamente il bene riuscirà a procurarselo nell'ambito di una trattativa contrattuale destinata al sicuro successo (proprio per la mancanza di costi transattivi) ⁽⁴⁹⁾.

Il teorema di Coase ha per presupposto l'esistenza di uno specifico attributo dei diritti: la loro trasferibilità; posta questa caratteristica ed assunta l'assenza di costi transattivi, la risorsa verrà sicuramente destinata all'uso più efficiente economicamente, in quanto concludere un simile contratto significa realizzare un'operazione Pareto efficiente, in cui cioè entrambi i contraenti si trovano, per effetto del contratto, in una posizione migliore di quella in cui si trovavano prima di stipularlo ⁽⁵⁰⁾.

unità di animali. La curva CM rappresenta i costi marginali dell'agricoltore all'aumento delle unità di animali.

Inizialmente, l'allevatore sceglierà di avere il numero di animali di cui al punto X', dato che a questo livello è massimo il suo ricavo; tuttavia, è chiaro che l'ultimo animale introdotto produce al contempo un modesto incremento di benessere per l'allevatore ed un enorme danno per l'agricoltore; quest'ultimo, di conseguenza sarà disposto a pagare all'allevatore una somma di denaro per indurlo a non introdurre l'animale; chiaramente, l'agricoltore sarà disposto a pagare una somma di denaro superiore al beneficio cui l'allevatore rinuncia a causa del mancato acquisto dell'animale. Questo stesso meccanismo può essere applicato alle unità di animali ulteriori rispetto a quelle di cui al punto X, poiché per esse il danno subito dall'agricoltore è maggiore del beneficio che generano per l'allevatore. Ecco, quindi, che, in difetto di costi transattivi, si raggiunge il punto di equilibrio X (che è il punto in cui si sarebbe collocato un immaginario soggetto che cumulasse in sé tanto il ruolo di agricoltore, quanto quello di allevatore).

⁽⁴⁸⁾ I costi transattivi comprendono i costi per identificare le parti con cui si deve trattare, i costi per riunirsi con loro, i costi dello stesso processo di negoziazione e i costi per l'applicazione di qualsiasi accordo sia stato raggiunto (*search costs, bargaining costs, enforcement costs*); MITCHELL A. POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, tit. orig. *An Introduction to Law and Economics*, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 12; R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed., Addison Wesley, 1996, p. 84.

⁽⁴⁹⁾ « *When transaction costs are zero, an efficient use of resources results from private bargaining, regardless of the legal assignment of property rights* » (R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed., Addison Wesley, 1996, p. 82).

In assenza di costi transattivi, l'originaria attribuzione del diritto non incide sull'efficienza, ma solo sulla distribuzione della ricchezza: T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 171.

⁽⁵⁰⁾ Secondo il criterio dell'ottimo paretiano, una situazione è efficiente quando è impossibile modificarla senza che al miglioramento della condizione di un soggetto corrisponda un peggioramento della condizione di un altro soggetto; in proposito è stato anche notato come il criterio paretiano sia piuttosto conservatore, in quanto tende al mantenimento dello status quo (BOWLES ROGER, *Diritto e economia*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 101; R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed., Addison Wesley, 1996). In base al criterio di efficienza di Kaldor Hicks, una

società o ad un più remunerativamente il contratto a mancanza di

esistenza di uno; posta questa attività, la risorsa è economicamente significativa realizzazione entrambi in una posizione paritario (50).

all'aumento delle unità

il caso X', dato che l'ale introdotto produce un enorme danno per il creatore una somma di sarà disposto a pagare a del mancato acquisto di ulteriori rispetto maggiore del beneficio si, si raggiunge il punto oggetto che cumulasse

con cui si deve trattare, costi per l'applicazione (transaction costs): MITCHELL (Introduction to Law and Economics, II ed,

es results from private ER e T. ULEN, Law and

non incide sull'efficienza, roach to Law, Stanford

è efficiente quando è a soggetto corrisponda ato anche notato come mento dello status quo COOTER e T. ULEN, Law za di Kaldor Hicks, una

Dunque, l'efficienza non richiede che il bene sia originariamente assegnato al soggetto in grado di impiegarlo nel modo più opportuno, a condizione che il soggetto capace di imprimergli tale destinazione possa procurarselo.

Il fatto che, in concreto, i costi transattivi siano positivi anziché nulli è noto ed evidente: per fare solo un esempio, si consideri che trattare per la stipulazione di un contratto costa e non è affatto certo che si giunga ineluttabilmente alla sottoscrizione dell'accordo. Ci si domanda allora come debbano essere attribuiti i diritti, sempre al fine di procurare l'uso più efficiente delle risorse, in una realtà in cui i costi transattivi siano positivi.

In una tale situazione, il raggiungimento del fine dell'efficienza economica può essere perseguito con strategie diverse. Ad esempio, è possibile cercare di ridurre i costi transattivi, in modo da aumentare le situazioni in cui la libera iniziativa individuale possa pervenire allo scopo prefissato (51). Storicamente, questa strategia è stata attuata in maniera significativa nel passaggio dall'era feudale all'era moderna (52), caratterizzate la prima per il frazionamento esasperato delle posizioni giuridiche di vantaggio coesistenti rispetto al medesimo bene immobile, e la seconda per l'introduzione del rigoroso principio di tipicità dei diritti

situazione è maggiormente efficiente di quella Pareto ottimale, se il soggetto che migliora la propria condizione è in grado di indennizzare colui che vede peggiorata la propria, mantenendo nonostante ciò una posizione di vantaggio rispetto a quella anteriore al cambiamento (R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996).

(51) « Se i costi transattivi sono maggiori di zero, può darsi che non si addivenga all'esito efficiente quale che sia la regola giuridica in vigore. In siffatte circostanze, la regola giuridica preferita è quella che minimizza gli effetti dei costi transattivi » (A. MITCHELL POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, tit. orig. *An Introduction to Law and Economics*, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 13). In questo senso, v. anche H.B. SCHAFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, p. 535; D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 79 ss. La direttiva di minimizzare i costi transattivi prende il nome di teorema normativo di Coase (normativo in quanto diretto a chi deve stabilire le norme) e può così essere espressa: « structure the law so as to remove the impediments to private agreements » (R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 89).

(52) « In the area of property law, the ideals of the French Revolution have resulted in a simple, universal scheme, which is aimed at reaching legal certainty, predictability and transparency » (S. VAN ERP, *A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law*, in *Netherlands Comparative Law Association*, vol. 7.2, June 2003; <http://www.ejcl.org/72/art72-2.html>).

reali⁽⁵³⁾. Adottare un sistema di tipicità dei diritti reali significa che le forme private di appartenenza sono definite e che non possono essere create forme atipiche ulteriori: ciò implica un significativo contenimento dei costi che il candidato acquirente di un bene deve sostenere per accertare l'effettiva conformazione giuridica di ciò che intende comperare.

I costi transattivi possono poi essere ridotti anche sottraendo alcuni poteri al proprietario, ove il loro esercizio implichi la necessità più evidente di accordi di collaborazione con altri soggetti che rischierebbero di non venire raggiunti proprio a causa degli stessi⁽⁵⁴⁾; così, le prospettive di sfruttamento edilizio

⁽⁵³⁾ « Bargainers are more likely to cooperate when their rights are clear and less likely to agree when their rights are ambiguous. (...) One implication of this finding is that property law ought to favour criteria for determining ownership that are clear and simple. For example, a system for the public registration of ownership claims to land avoids many disputes and makes settlement easier for those that arise. Similarly, the fact that someone possesses or uses an item of property is easy to confirm. In view of this fact, the law gives weight to possession and use when determining ownership » (R. COOTER e T.J. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 85).

In questa prospettiva, risulta utile anche la creazione di specifici diritti suscettibili di autonoma negoziazione: si pensi all'artificiale creazione di un set di diritti di inquinamento, ciascuno dei quali attributivo della possibilità di immettere una determinata quantità di una determinata sostanza inquinante nell'ambiente; si viene così a disporre di "beni" adatti a formare oggetto di negoziazione tra produttori interessati a svolgere attività produttive che comportino quel particolare tipo di inquinamento. In arg., v. MICELI-Thomas J., *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 172, ove viene ricordato un esempio storico in cui si è proceduto nel senso appena indicato.

⁽⁵⁴⁾ H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, p. 516. Il tema può essere anche visto nella prospettiva opposta; se si considera la proprietà come la titolarità del bene che permette di farne l'uso più pieno, allora l'esclusione di alcune prerogative d'uso verrà effettivamente considerata come una limitazione del diritto; invece, se si considera la proprietà semplicemente come un fascio di diritti concernenti una risorsa, il problema diviene più semplicemente quello di definire quali siano le esatte prerogative d'uso spettanti al titolare. Per rispondere alla questione, si può procedere attraverso due domande successive e collegate:

1) per chi quel particolare diritto rivesta il maggior valore? Se tale soggetto è identificabile, a lui deve essere attribuito, di preferenza, il diritto;

2) se non si sa rispondere esattamente alla domanda *sub* 1), quale definizione del diritto rende più agevole trasferirlo al soggetto per il quale esso ha la maggiore utilità?

Si può pensare alle onde radio: il diritto di impedirle o di farle passare nell'aria, quindi sopra i fondi presenti in una regione, compete al proprietario del fondo o all'imprenditore proprietario di una stazione radio? Posto che, chiaramente, la maggiore utilità compete all'imprenditore, attribuire il diritto al proprietario del fondo significherebbe costringere l'imprenditore ad improbabili ed estremamente onerose trattative con tutti i proprietari terrieri della regione. Su ciò, v. D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 215 ss.

es' significa
e che non
implica un
acquirente di
informazione

e sottraendo
implichi la
ne con altri
ti proprio a
ento edilizio

ar and less likely to
s that property law
le. For example, a
disputes and makes
s or uses an item of
sion and use when
l, Addison Wesley,

iritti suscettibili di
i di inquinamento,
ta quantità di una
ii" adatti a formare
ve che comportino
nomic Approach to
viene ricordato un

Zivilrechts, III ed.,
o nella prospettiva
e di farne l'uso più
siderata come una
e un fascio di diritti
finire quali siano le
, si può procedere

oggetto è identifica-

finizione del diritto
ità?

ill'aria, quindi sopra
ndit proprietario
te all'imprenditore,
l'imprenditore ad
ella regione. Su ciò,
il diritto, Il Mulino,

dei terreni non sono rimesse a contratti tra proprietari finitimi, ma sono adottate in via diretta dal soggetto pubblico; così pure, una compagnia aerea non deve trattare con i proprietari dei fondi sui quali gli aerei volano, al fine di acquistare il relativo diritto: semplicemente, il proprietario di un fondo non ha il potere di inibire attività che si svolgano ad una tale altezza, da non pregiudicare realmente le sue possibilità di uso del terreno; analogo discorso può essere condotto con riguardo alle risorse del sottosuolo (55).

Un'altra strada ancora consiste nell'attribuire *ab origine* il diritto proprio al soggetto meglio in grado di assicurare il perseguimento dello scopo (56). La soluzione si rivela praticabile, soprattutto quando, essendo divenuta scarsa una risorsa economica, esiste la possibilità di decidere razionalmente a chi assegnare il diritto di impiego della stessa.

Una tecnica è quella di consolidare la situazione possessoria nella corrispondente situazione giuridica (57): proprietario, in questo modo, diviene colui che era già prima possessore del bene. La razionalità della regola si comprende: il possessore, di fatto, è il soggetto che, tra i diversi consociati, mostra di stare attribuendo al bene il suo massimo valore (58); dunque, si spiega perché il bene venga attribuito a lui.

La soluzione, però, presenta qualche svantaggio: si pensi al

(55) Un'interessante situazione dominata da costi transattivi enormi è quella relativa alla circolazione di dati via internet: qui, il passaggio dei dati comporta il coinvolgimento di moltissimi computers, di proprietà di soggetti diversi; quindi, a rigore, il trasferimento dei dati dovrebbe essere possibile solamente tramite il perfezionamento di accordi commerciali con ciascun proprietario dei computers interessati. In realtà, in materia si è affermata una regola assai più semplice: « spedirò i tuoi pacchetti [di dati] se tu farai altrettanto con i miei » (D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 223).

(56) « *When transaction costs are high enough to prevent bargaining, the efficient use of resources will depend upon how property rights are assigned* » (R. COOTER e T.J. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 82); in questo identico senso, v. MICELI Thomas J., *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 175.

(57) Un esempio è quello dei diritti di sfruttamento dei depositi d'oro in California, in cui l'ordinamento ha consolidato i diritti auto attribuitisi dai cercatori sulle singole terre da essi occupate e sfruttate: T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 164.

(58) T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 166.

caso in cui essa sia nota, con la conseguenza che Tizio sappia che, pur non assegnati in proprietà attualmente i fondi di una determinata regione, essi lo saranno ragionevolmente nel prossimo decennio, allorché inizieranno a divenire scarsi, e sappia del pari che l'attribuzione della proprietà avverrà a favore di chi sia possessore. Tizio riceve così incentivi a costituire situazioni possessorie apparenti, del tutto prive di reale valore economico diverso da quello connesso alla prenotazione della futura proprietà. Si tratta di investimenti chiaramente inefficienti ed improduttivi, che, inoltre, condurranno all'acquisto della proprietà da parte di chi risulterà possessore, senza però che questo possesso sia realmente dimostrativo di un particolare valore attribuito alla risorsa. Così, se Tizio inizia a recintare fondi nella regione in questione, il costo della recinzione è una spesa sterile dal punto di vista economico e, inoltre, varrà solo a far divenire proprietario Tizio a preferenza, ad es., di Caio, che svolge l'attività di allevatore su altri fondi della regione e che certamente saprebbe destinare i terreni ad impieghi economicamente più efficienti che non Tizio, che magari è semplicemente un ricco speculatore di un'altra zona (59).

(59) Un esempio storico in cui l'attribuzione del diritto al possessore non è valsa a procurare l'efficiente allocazione delle risorse è offerto da R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 113, con riferimento allo Homestead Act del 1862, relativo all'attribuzione del diritto di proprietà su terre collocate nel west. Su questo provvedimento normativo, v. anche D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 227 ss., nonché T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 165.

Con l'Homestead Act venne stabilito che chiunque avrebbe potuto divenire proprietario di un'area grande sino a 160 acri ove la avesse coltivata per un certo numero di anni ed avesse soddisfatto alcune altre condizioni. Un provvedimento come questo genera un problema di *rent seeking*: stimola cioè l'effettuazione di coltivazioni in sé inefficienti, ma attuate al fine di acquistare la proprietà (FRIEDMAN, *op. loc. cit.*); si noti, in proposito, come la terra fosse in realtà un bene preesistente: effettuare investimenti per acquisirla ha generato solamente costi destinati ad uno scopo che non era produttivo (efficiente), ma distributivo (irrilevante).

In realtà, gli studi in materia hanno anche evidenziato la razionalità di una politica legislativa come quella condensata nello Homestead Act; infatti, per tale via si è attuata una notevole penetrazione di popolazione nelle terre dell'ovest che ha conseguentemente ridotto significativamente i costi di difesa della frontiera, dato che le forze militari potevano contare sull'ausilio e la compartecipazione dei "nuovi" proprietari; « thus, although homesteading may have resulted in inefficiencies due to the common problem, when viewed in the larger perspective of establishing and enforcing property rights, it looks like a value-maximizing policy » (T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 165).

Il conseguimento del possesso come modo di acquisto del diritto (*first come, first served*) è una soluzione ben conosciuta nella tradizione giuridica⁽⁶⁰⁾; come si è già notato all'inizio di questo lavoro, l'impossessamento è il modo di acquisto dei diritti nelle situazioni di comunione (universale e non); si può anche rilevare come, a progressione che una risorsa divenga scarsa, la sua allocazione possa essere gestita attraverso una più attenta disciplina dell'impossessamento, che costituisce allora un'alternativa rispetto alla costituzione di un formale diritto di proprietà individuale; si può pensare ai posti per parcheggiare le automobili lungo i marciapiedi cittadini: soggetti un tempo alla regola «*first come, first served*», sono poi stati amministrati sia attraverso la tecnica della riserva della risorsa a favore di categorie di aspiranti utilizzatori (gli abitanti della zona; i portatori di handicap; i commercianti con necessità di scarico delle merci), sia attraverso la determinazione di un prezzo per l'utilizzo.

Il possesso, quale tecnica attributiva del diritto dominicale, richiede che siano definite le caratteristiche minime necessarie perché si produca l'acquisto (v., in tema, il caso della caccia alla volpe già anteriormente citato); al proposito, la dottrina sottolinea come debbano essere soddisfatti due criteri: in primo luogo, il possesso deve essere chiaro; in secondo luogo, occorre che esso sia conseguito da un soggetto che si trovi in posizione quanto più eterogenea possibile rispetto a quella degli altri consociati⁽⁶¹⁾. La prima qualità serve a far comprendere agli altri consociati la sopravvenuta inutilità di spese dirette ad ottenere a loro volta l'impossessamento: più la materialità del possesso è in grado di manifestare l'acquisto della risorsa da parte di un consociato, meno è probabile che altri, errando, decida di dedicare risorse per impossessarsi dello stesso bene. La seconda direttiva, invece, ha una funzione molto importante rispetto all'acquisto di beni suscettibili di generare redditi futuri: il problema dell'acquisto dei diritti, infatti, si presenta in maniera differente rispetto a risorse che sono in grado di generare flussi di beni (*stock possession*: si pensi ad un campo, che è in grado di produrre grano per tutti gli anni a venire, oppure ad un fiume, in grado di portare sempre nuova acqua) e beni che, invece, rappresentano il prodotto di quelli precedentemente considerati (*flow possession*: ad es., cento litri d'acqua raccolti dal fiume)⁽⁶²⁾; rispetto alle

⁽⁶⁰⁾ B. BOUCKAERT, *Original Assignment of Private Property*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999; LUECK DEAN, *First Possession as the Basis of Property*, in T. ANDERSON e F. MCCHESENEY (cur.), *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2003, pp. 200 ss.

⁽⁶¹⁾ D. LUECK, *First Possession as the Basis of Property*, in T. ANDERSON e F. MCCHESENEY (cur.), *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2003, pp. 200 ss.; B. BOUCKAERT, *Original Assignment of Private Property*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

⁽⁶²⁾ Su questa distinzione e sulle sue implicazioni rispetto al problema dell'attribuzione dei diritti, v. anche T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford

l'izio sappia che, i fondi di una nente nel pros- : scarsi, e sappia a favore di chi tuire situazioni lore economico alla futura pro- ienti ed impro- la proprietà da uesto possesso : attribuito alla ella regione in erile dal punto re proprietario e tività di ente saprebbe i efficienti che i speculatore di

sore non è valsa a T. ULEN, *Law and stead Act del 1862, su questo provvedi- alisi economica può CELI, *The Economic 165.**

rire proprietario di di anni ed avesse n problema di *rent* al fine di acquistare e in realtà un bene ti destinati ad uno

politica legislativa uati a notevole docto significativa- are sull'ausilio e la y have resulted in ive of establishing CELI, *The Economic 65).*

risorse stock, l'interesse dei consociati all'acquisto dipende dal loro desiderio di appropriarsi anche delle risorse che il bene genererà in futuro; questo fatto produce una vera e propria gara a divenire proprietari per primi, che finisce per determinare un acquisto troppo anticipato. È stato allora suggerito come il fenomeno descritto sia tanto più grave quanto più i candidati acquirenti siano omogenei e come, di conseguenza, sia opportuno ritardare l'acquisto sino al momento in cui l'omogeneità sia venuta meno⁽⁶³⁾. Così, i cercatori di miniere, nel momento in cui si accingono ad esplorare una regione, si trovano in condizione di evidente omogeneità; se lo Stato fosse disposto, già in questo momento, a rilasciare concessioni di sfruttamento delle miniere presenti nella regione, si genererebbe l'inopportuna gara sopra descritta; allorché il singolo cercatore avrà identificato una miniera, allora la sua condizione sarà divenuta affatto eterogenea rispetto a quella degli altri cercatori; ecco che in tale momento il rilascio della concessione di sfruttamento non genera più problemi di competizione nell'acquisto.

Accanto alla consolidazione del possesso, sono immaginabili anche altre tecniche dirette a procurare l'acquisto del diritto direttamente in capo a chi sia adeguato massimizzatore delle utilità; si può così pensare all'effettuazione di un'asta aperta a tutti⁽⁶⁴⁾; in tal modo, colui che offre il prezzo maggiore è immediatamente identificato (in quanto soggetto che agisca razionalmente) con colui che sia in grado di trarre dal bene le maggiori utilità⁽⁶⁵⁾. Esempi di aste volte a trasferire ai privati risorse economiche sono noti nell'esperienza recente, con parti

(California), 2004, p. 166. Ivi, in particolare, si osserva come l'attribuzione di un diritto in base all'impossessamento di una parte del flusso stimola un'eccessiva raccolta di flussi di beni e, quindi, un troppo veloce sfruttamento della fonte; per converso, l'attribuzione del diritto sull'intero stock a favore del primo possessore stimola un'inefficiente gara ad impossessarsi per primi della risorsa. La preferibilità relativa di una regola o dell'altra dipende dalla considerazione sia del numero dei candidati possessori, sia dell'abbondanza della risorsa considerata.

⁽⁶³⁾ D. LUECK, *First Possession as the Basis of Property*, in T. ANDERSON e F. MCCLESNEY (cur.), *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2003, pp. 200 ss.; B. BOUCKAERT, *Original Assignment of Private Property*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

⁽⁶⁴⁾ B. BOUCKAERT, *Original Assignment of Private Property*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

⁽⁶⁵⁾ L'effettuazione di un'asta è stata indicata come la soluzione che il Governo americano avrebbe dovuto privilegiare per risolvere il problema dell'attribuzione in proprietà delle terre non ancora colonizzate dell'ovest, quando nel 1862 provvide sul tema con l'Homestead Act, del quale si è fatta menzione nella nota precedente. In arg. D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 227 ss.

dal suo desiderio
turo; questo fatto
primi, che finisce
a suggerito come
ridati acquirenti
ardare l'acquisto
losi, i cercatori di
egione, si trovano
sto, già in questo
ere presenti nella
a; allorquando il
a condizione sarà
atori; ecco che in
non genera più

o immaginabili
sto del diritto
niz-zione delle
l'asta aperta a
o maggiore è
to che agisca
re dal bene le
erire ai privati
nte, con parti

di un diritto in base
lussi di beni e, quindi,
diritto sull'intero stock
er primi della risorsa.
ne sia del numero dei

SON e F. MCCLESNEY
ress, Princeton (New
erty, in Encyclopedia
uckaert & De Geest,

yclopedia of Law and
Ger 1999.

Il Governo americano
prietà delle terre non
estead Act, del quale
ne del diritto. Perché
ss.

colare riguardo al settore della telefonia mobile ⁽⁶⁶⁾. Ci si può domandare, in proposito, se questa sia la tecnica più efficace rispetto allo scopo qui considerato.

L'effettuazione di un'asta, apparentemente, consente di raggiungere l'obiettivo; essa risulta assai meno appagante dal punto di vista distributivo, in quanto è evidente che pregiudica gli interessi dei soggetti economicamente meno forti nel momento dell'attribuzione; inoltre, con specifico riferimento alle risorse esauribili, è stato notato come l'asta lascerebbe senza protezione gli interessi delle generazioni future, facendo sorgere il fondato dubbio che, rispetto a simili questioni, sarebbe più efficiente una programmazione autoritativa nell'impiego della risorsa, rispetto alla sua semplice attribuzione proprietaria ad un singolo ⁽⁶⁷⁾.

Altra tecnica ancora è quella dell'istituzione di un'agenzia amministrativa incaricata di attribuire il diritto al soggetto ritenuto più idoneo a gestire economicamente la risorsa: questa tecnica, che è utilizzata nell'esperienza nordamericana con riferimento alle frequenze radio, dà luogo a problemi diversi; infatti, è chiaro che quando una decisione è affidata ad un soggetto amministrativo, dotato di discrezionalità, vengono automaticamente e naturalmente stimulate spese di lobbying ⁽⁶⁸⁾. Peraltro, si può aggiungere come l'attribuzione amministrativa del diritto non escluda affatto che si generi un mercato avente ad oggetto la licenza ottenuta; seppure tale mercato non possa avere ad oggetto direttamente la licenza, esso attuerà la circolazione della stessa

⁽⁶⁶⁾ S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 7, p. 13; R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 46 ss.

⁽⁶⁷⁾ «Es ist daher zweifelhaft, ob der Markt die effiziente intertemporale Nutzung erschöpfbarer Ressourcen erreicht. Eine Alternative kann darin bestehen, dass die gegenwärtige Benutzung der Ressourcen gesetzlich beschränkt wird. Die Lösung des Problems vom Gesetzgeber zu erwarten beruht aber ebenfalls auf ungesicherten Annahmen. Die Public Choice Debatte hat jedenfalls wenig Anhaltspunkte dafür erbracht, dass die Interessen zukünftiger Generationen in einem Gesetzgebungsverfahren angemessen berücksichtigt werden» (H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, pp. 523 ss.).

⁽⁶⁸⁾ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 46 ss.

nell'ambito di trasferimenti aziendali o delle partecipazioni sociali rappresentative della società concessionaria del diritto ⁽⁶⁹⁾.

4.4.2. **Attribuzione di diritti ed effettuazione di attività di ricerca.**

Nei casi che si sono sinora prospettati e nei discorsi svolti si è fatto riferimento all'attribuzione in proprietà di beni presenti ed attuali, in situazioni in cui gli stessi siano divenuti scarsi e, pertanto, in cui risulti ormai inopportuno un regime di proprietà pubblica o universale; in molti casi, invece, la stessa esistenza del bene non è un mero fatto, ma costituisce il risultato di un'attività consapevolmente svolta dall'uomo; così, un soggetto può investire risorse nella ricerca di un tesoro affondato, oppure nello studio della chimica, al fine di inventare nuovi prodotti plastici, oppure nella ricerca di giacimenti petroliferi. In tutti questi casi, risolvere il problema dell'attribuzione dei diritti di sfruttamento del bene trovato o creato significa anche determinare gli incentivi rispetto allo stesso svolgimento delle attività di ricerca che conducono alla nascita del bene. Il concetto è estremamente semplice: se la scoperta di un giacimento petrolifero non comporta, per lo scopritore, alcun vantaggio economico, allora è affatto irrazionale investire risorse nella loro ricerca.

Si deve anche aggiungere come l'attività in esame possa essere condotta, rispetto ad un medesimo obiettivo, da più soggetti contemporaneamente: la concorrenza, anche in questo campo, è naturalmente benefica e, quindi, richiede di essere opportunamente favorita.

Le due osservazioni proposte sono già idonee ad evidenziare un conflitto: da un lato, emerge l'opportunità di assicurare al ricercatore la possibilità di futuro sfruttamento dell'esito delle sue ricerche e, dall'altro, risulta raccomandabile che a più soggetti sia assicurata questa medesima possibilità, ciò che, ragionevolmente, porta ad escludere che il diritto di sfruttamento

⁽⁶⁹⁾ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 46 ss.

tec. azioni so-
 del diritto (69).

e di attività di

iscorsi svolti si
 eni presenti ed
 nuti scarsi e,
 ie di proprietà
 a esistenza del
 o di un'attività
 to può inve-
 oppure nello
 odotti plastici,
 tti questi casi,
 i sf. tamento
 re gli incentivi
 i ricerca che
 estremamente
 ero non com-
 nico, allora è
 a.

e possa essere
 più soggetti
 esto campo, è
 e opportuna-

d evidenziare
 assicurare al
 ell'esito delle
 e che a più
 ità. iò che,
 sfruttamento

s, New York, 2003,

del prodotto realizzato possa spettare a tutti i ricercatori. Si è così identificato un conflitto di interessi tra ricercatori.

Nel momento in cui viene riconosciuto un diritto soggettivo su un nuovo bene o su un bene che anteriormente costituiva una *res nullius*, cessa la possibilità di una concorrenza nella ricerca e nella produzione del nuovo bene e viene attribuito un potere monopolistico di sfruttamento della risorsa, che costituisce il modo in cui l'ordinamento attribuisce al cercatore il risultato utile della sua attività.

Affinché il riconoscimento del diritto soggettivo si riveli benefico, rispetto al problema qui considerato, occorre che ad esso si addivenga in un momento che non sia né troppo ritardato (ad evitare che il cercatore sia, in realtà, privato di vantaggi economici connessi allo sfruttamento della risorsa), né troppo anticipato (ad evitare che la concorrenza sia esclusa in un momento in cui, invece, essa è ancora opportuna). L'attribuzione del diritto soggettivo, infatti, influenza in via immediata il comportamento delle parti, le quali sceglieranno di agire o meno in funzione della possibilità di conseguire risultati utili.

Il discorso è ben rappresentato dalla considerazione di un caso come quello della caccia alle balene (70): catturare una balena è operazione tutt'altro che semplice, ancorché niente affatto commendevole secondo una diffusa opinione; trascurando, però, questo profilo, si può notare come siano immaginabili diverse regole relative all'appropriazione di questa risorsa: si può stabilire che divenga proprietario chi per primo sia riuscito ad arpionare il cetaceo; oppure si può stabilire che la proprietà vada condivisa tra costui e gli altri soggetti che, infine, siano riusciti ad aver ragione dell'animale; oppure che la proprietà spetti solamente a chi possa affermare di averlo definitivamente ucciso. Ognuna di queste regole comporta effetti diversi: se la proprietà spetta a chi per primo abbia arpionato la balena, allora è immaginabile che si avventurino in mare anche equipaggi del

(70) B. BOUCKAERT, *Original Assignment of Private Property*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999; R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, p. 36.

tutto improvvisati e certamente incapaci di catturare la preda, ma sufficientemente attrezzati per lanciare arpioni. La seconda regola ipotizzata stimola la cooperazione tra gli equipaggi. La terza regola, ragionevolmente, genererebbe la propensione all'uso di mezzi eccessivi, diretti a procurare prontamente la morte della preda, al solo fine di acquisire con sicurezza la proprietà⁽⁷¹⁾, dato che il semplice ferimento dell'animale costerebbe significative energie, ma avrebbe come conseguenza quella di rendere più facile l'uccisione da parte anche degli altri equipaggi: ed allora, lo sforzo per il ferimento genererebbe vantaggi di cui si approprierebbero facilmente altri soggetti.

La definizione del momento di acquisto del diritto può determinare condotte inefficienti da parte dei consociati: così, si può pensare al cacciatore che si imbatte in una preda gravida; egli si trova nell'alternativa tra lasciarla libera, in modo che riesca a generare la propria prole, ed ucciderla, così acquisendo la proprietà dell'animale, ma impedendo la creazione di quella particolare forma di nuova ricchezza che è una nidia. Un cacciatore razionale sceglierebbe naturalmente di uccidere l'animale, dato che in tal modo si approprierebbe del valore da esso rappresentato, mentre, se decidesse di lasciarlo libero, rischierebbe (a favore di altri cacciatori) di perdere sia la titolarità dell'animale, sia quella della nidia⁽⁷²⁾.

Rispetto all'appropriazione di nuovi beni e risorse, la regola giuridica più diffusa è costituita dall'acquisto del bene in capo a chi lo abbia trovato (Finders Keepers Rule); essa genera effetti normalmente razionali: ogni soggetto sarà portato a dedicare alla ricerca risorse rapportate al valore del bene cercato, moltiplicato per la probabilità di successo dell'iniziativa⁽⁷³⁾.

(71) O, alternativamente, l'equipaggio della baleniera cercherebbe di mantenere arpionato l'animale anche ove ragioni di prudenza suggerirebbero di lasciare la presa, per procedere ad un secondo tentativo ed evitare di esporre ad eccessivo pericolo l'intera imbarcazione trascinata dall'animale: B. BOUCKAERT, *Original Assignment of Private Property*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

(72) R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, p. 36.

(73) R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, p. 36.

re l'preda, ma la seconda repaggi. La terza azione all'uso di la morte della orietà (71), dato ne significative li rendere più gi: ed allora, lo ti si approprie-

el diritto può sociati: così, si da gravida; egli lo che riesca a acquisendo la ion di quella ia nidziata. Un uccidere l'ani- valore da esso libero, rischia- sia la titolarità

orse, la regola bene in capo a i genera effetti a dedicare alla o, moltiplicato

i mantenere arpionato , per procedere ad un imbarcazione trascinata cycle *Journal of Law and Economics*, 1999. ers, New York, 2003, ers, New York, 2003,

Ipotizziamo che un soggetto, Tizio, intenda procedere alla ricerca di un tesoro, di cui narrano alcuni diari di navigatori del passato. Tizio, quale razionale operatore economico, sceglierà di investire nell'operazione un importo non superiore al valore del tesoro rapportato alle probabilità di successo: si raggiunge così l'esito efficiente (74). Si deve però notare come egli si trovi ad effettuare l'investimento anteriormente all'acquisto di un diritto esclusivo sul tesoro; questo fatto può dare luogo ad alcune difficoltà: infatti, è ben possibile che Caio, appresa l'iniziativa di Tizio, decida di organizzare una spedizione concorrente; egli, al pari di Tizio, agirà razionalmente investendo nell'iniziativa un importo non superiore al valore del tesoro moltiplicato per le probabilità di successo; ciò, però, come è stato rilevato in dottrina, avrà degli effetti anche sulle probabilità di successo dell'iniziativa di Tizio, riducendole; in conseguenza, è ben possibile che, alla luce dell'iniziativa di Caio, Tizio si trovi ad aver investito nel progetto più di quanto fosse razionale (così, se originariamente la spedizione di Tizio aveva il 40% di probabilità di successo, la presenza di un concorrente può ridurre le chances di Tizio portandole al 25%; se il tesoro vale 1.000, questo significa che un investimento di 30, originariamente giustificato, si rivela inopportuno alla luce della nuova situazione).

Ecco che la *finders-keepers rule*, pur razionale in linea di massima, presenta in concreto delle difficoltà di funzionamento, in quanto genera incentivi per l'azione delle parti che possono essere inopportuni o non correttamente calibrati.

Uno strumento attraverso il quale può ridursi il rischio di investimenti eccessivi come quello di Tizio consiste nella riduzione dei diritti spettanti allo scopritore: così, se a Tizio spettasse solamente il 50% del valore del tesoro ritrovato, sarebbe incentivato a contenere gli investimenti di ricerca.

Uno strumento alternativo è rappresentato dall'esclusione della possibilità di concorrenza nella ricerca, attraverso l'assegnazione, ad es. da parte dell'autorità, di un diritto esclusivo di

(74) S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 9, p. 1: « *Finders-keepers rule leads to optimality* ».

ricerca in una determinata area: si tratta di una soluzione che è stata praticata con riguardo all'individuazione di giacimenti petroliferi (75).

Come ha mostrato il discorso svolto nel presente paragrafo, la definizione normativa delle condizioni di acquisto del diritto soggettivo su un bene determina in via diretta la propensione degli individui ad impegnarsi nella ricerca e nella produzione di quel bene. Si può ora aggiungere che, rispetto al medesimo obiettivo di opportuna incentivazione, ha rilievo anche il modo in cui il diritto attribuito allo scopritore sia conformato dal legislatore. Il diritto industriale costituisce un classico terreno di verifica di queste considerazioni; infatti, è osservazione ricorrente quella per cui la delimitazione temporale del diritto di privativa riconosciuto all'inventore vale al contempo ad evitare investimenti eccessivi nella ricerca ed a consentire ulteriori sviluppi volti a sfruttare potenzialità insite nell'invenzione brevettata e che, ove il brevetto perdurasse indefinitamente, non potrebbero essere colte se non dall'originario inventore (e quindi escludendo la possibilità di una concorrenza).

Sino ad ora si è considerato il problema del conflitto d'interessi che si manifesta tra soggetti impegnati nella ricerca di un bene; si vuole ora mettere in luce come, accanto ad esso, debba essere anche considerato un altro possibile conflitto di interessi, che si produce allorquando l'attività in questione si indirizzi non verso la scoperta di beni nuovi, ma verso quella di beni che, in precedenza, siano già stati di proprietà di qualcuno; si evidenzia, in questo caso, un contrasto tra l'interesse del ricercatore e quello del precedente proprietario.

Per introdurre il discorso, si può fare riferimento a due ipotesi estreme.

Si ipotizzi che Tizio, terminato di fare acquisti in un supermercato, ne esca avendo dimenticato il proprio portafogli alla cassa. Sarebbe palesemente assurda una regola in forza della quale Caio, successivo cliente, potesse affermare che, avendo

(75) S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 9, p. 4.

soluzione che è
di giacimenti

nte paragrafo, la
isto del diritto
la propensione
a produzione di
o al medesimo
nche il modo in
ato dal legisla-
treno di verifica
corrente quella
rivativa ricono-
re investimenti
viluppi volti a
ata che, ove il
ero essere colte
ndo la possibi-

del conflitto
nella ricerca di
canto ad esso,
le conflitto di
a questione si
verso quella di
à di qualcuno;
l'interesse del

imento a due

i in un super-
por' fogli alla
in torza della
che, avendo

ureau of Economic

ritrovato il portafogli, ne sia divenuto legittimo proprietario ad esclusione di Tizio.

Si ipotizzi ora che Mevio voglia impegnarsi nella ricerca di uno scafo romano, naufragato al largo della costa laziale. Sarebbe assurda una regola in forza della quale egli dovesse richiedere l'assenso dei discendenti dell'antico proprietario dell'imbarcazione, al fine di acquisire il diritto di recupero.

Come si vede agevolmente, la regola nei due casi è opposta: un tentativo di razionalizzazione della diversità di trattamento passa dalla considerazione del fatto che, nel primo caso, è probabile che l'originario proprietario voglia impegnarsi nell'attività di ricerca, laddove, per converso, i discendenti dell'antico armatore romano difficilmente sarebbero a tanto propensi. Inoltre, si può aggiungere come il valore del bene sia sostanzialmente differente per Tizio e per i discendenti dell'armatore: il primo attribuisce al proprio portafogli un valore soggettivo certamente superiore al valore di mercato (lo testimonia, tra l'altro, il c.d. *endowment effect* (76)), mentre i secondi, mai stati in relazione possessoria con il bene, non hanno alcun motivo per valutarlo più di quanto lo stimi il mercato.

Almeno altre due considerazioni concorrono a spiegare il diverso trattamento dei casi che si sono prospettati:

1. la necessità di applicare la *finders-keepers rule* nell'ipotesi dello scafo romano si giustifica anche in ragione degli enormi costi transattivi che dovrebbero essere sostenuti da un aspirante ricercatore anche solo per identificare i discendenti con i quali avviare la trattativa. Anche con questa ragione è stata spiegata la regola sulla limitazione temporale dei diritti d'autore (77): essi spirano dopo un certo periodo successivo alla morte, al fine di non ostacolare lo sfruttamento economico dell'opera, che potrebbe derivare (tra le altre cause) dalla difficoltà di identificare e rintracciare i soggetti legittimati a disporne;

(76) R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 83.

(77) Come è evidente, si tratta di una soltanto delle ragioni della limitazione temporale indicata: chiaramente più importante è la considerazione della necessità di assicurare il progresso scientifico e culturale.

2. il rifiuto della *finders-keepers rule* nel caso del portafogli serve ad evitare che il semplice impossessamento di un bene possa fornire un titolo migliore di quello spettante al proprietario; in tal modo si contengono gli incentivi ad effettuare eccessivi investimenti diretti a mantenere un controllo fisico diretto sui beni (78).

Si può ancora aggiungere come il mantenimento dell'originaria proprietà, nel caso del portafogli smarrito, abbia naturalmente l'effetto di deprimere la propensione del prossimo a cooperare affinché il possesso sia ricostituito in capo al titolare del diritto soggettivo e di incentivare l'appropriazione illegittima del bene da parte del ritrovatore. Per contenere questi effetti, gli ordinamenti utilizzano normalmente lo strumento del premio da riconoscere a favore del ritrovatore.

4.4.3. Attribuzione originaria dei diritti ed investimenti.

Nel paragrafo precedente si è discussa la relazione tra attribuzione di un diritto proprietario ed incentivazione dell'attività di ricerca; accanto alla ricerca, però, esistono diverse altre forme di investimento rilevanti. Così, la speculazione implica l'investimento attuale in una risorsa, al fine di ottenere un profitto futuro: Tizio, ad es., acquista lotti di terreno nella zona sud di Milano, in quanto confida che nell'arco di circa 20 anni essi aumenteranno notevolmente di valore; oppure, Caio, pronosti-

(78) Con riferimento a questa tematica, è stato suggerito di distinguere i casi in cui il proprietario abbia un'adeguata possibilità di impegnarsi nella ricerca, da quelli in cui invece questa possibilità faccia difetto; nella prima eventualità, conviene mantenere il regime di proprietà originaria, al fine di consentire al titolare di valutare correttamente le spese da prevenzione della perdita, rapportandole al danno derivante dalla perdita stessa (escludendo la possibilità di un acquisto da parte di terzi, i valori considerati dal singolo proprietario saranno pari ai valori dell'evento per l'intera collettività); nella seconda eventualità, invece, l'impossibilità del ritrovamento conduce, nella prospettiva del proprietario, ad equiparare il danno da perdita al valore del bene moltiplicato per la probabilità di smarrimento, senza che su tale valore incida la probabilità del ritrovamento da parte di altri (il fatto che altri si impegnino nella ricerca non incide sulla probabilità di ritrovamento da parte dell'originario titolare, che equivale a 0); per converso, l'attribuzione della proprietà al ritrovatore del bene serve a stimolare le ricerche. Dunque, nel primo caso considerato, si rivela preferibile la *original ownership rule*, mentre, nel secondo, la *finders-keepers rule* (S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 9, p. 7).

o del portafogli
to di un bene
te al propieta-
attuare eccessivi
sico diretto sui

imento dell'origi-
, abbia natural-
del prossimo a
capo al titolare
zione illegittima
questi effetti, gli
o del premio da

investimenti.

a relazione tra
ivazione dell'at-
no diverse altre
ilazione implica
nere un profitto
ella zona sud di
ca 20 anni essi
Caio, pronosti-

tinguere i casi in cui il
da quelli in cui invece
re il regime di proprietà
se da prevenzione della
ndo la possibilità di un
saranno pari ai valori
possibilità del ritrova-
da perdita al valore del
ore incida la probabilità
ricerca non incide sulla
ale); per converso,
e ricerche. Dunque, nel
mentre, nel secondo, la
nal Bureau of Economic

cando un peggioramento dello stato delle relazioni internazionali, si procura al prezzo odierno un certo quantitativo di petrolio che dovrà essergli consegnato tra un anno (79).

Ancora, l'investimento può rivelarsi atto di prudente programmazione: così, l'avvio di una coltivazione che implichi la necessità di irrigazioni maggiormente copiose si accompagna opportunamente a forme di approvvigionamento di acque future.

È stato notato come non tutti i diversi sistemi di attribuzione originaria di diritti si rivelino compatibili con il perseguimento di scopi speculativi (80).

Così, un sistema basato sull'acquisto in capo al possessore non consente di stipulare efficaci contratti di fornitura futura, necessari alla programmazione. Per esemplificare, se si stabilisce che le acque correnti spettino a colui che, essendo proprietario rivierasco, se ne impossessa, risulta difficile stipulare un contratto che assicuri una maggior fornitura di acqua a vantaggio di chi, l'anno seguente, abbia intenzione di cambiare la produzione del proprio fondo (81). Un simile risultato è ottenibile attraverso lo stoccaggio attuale del bene, che rappresenta, però, un costo imposto solamente dal particolare regime di appropriazione prescelto.

4.5. La conformazione del diritto di proprietà.

4.5.1. Introduzione.

In ogni società, come si è visto, occorre affrontare il problema dell'assegnazione originaria dei diritti, al fine di stabilire a chi competano le facoltà di sfruttamento delle risorse; ancor prima, ogni società deve fronteggiare il problema di determinare quali

(79) Dal punto di vista economico, la speculazione svolge utili funzioni, in quanto è in grado di contrastare situazioni di scarsità e di sovrabbondanza di merci: R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, p. 48.

(80) R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, p. 48.

(81) R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, p. 48.

siano le forme di appartenenza dei beni, cioè quali siano i diritti che concretamente possono essere assegnati ai singoli.

È questo il problema della definizione delle forme di appartenenza, cioè della conformazione dei diritti. La nozione di proprietà, ad esempio, ha un significato apparentemente chiaro e definito (diritto di godere e disporre della cosa in modo pieno ed esclusivo, con i limiti imposti dall'ordinamento) ⁽⁸²⁾; tuttavia, esso, in sé, non spiega affatto né i modi in cui il diritto viene protetto in caso di offese, né la reale estensione delle facoltà d'uso (ad es.: il proprietario del suolo può sfruttare anche le risorse del sottosuolo? Può impedire il sorvolo degli aerei sul suo terreno?). A queste tematiche sono dedicati i seguenti paragrafi.

4.5.2. L'estensione delle prerogative proprietarie. I diritti reali minori.

Dal punto di vista dell'esperienza giuridica, il diritto soggettivo sorge, come categoria ordinante, dalla generalizzazione delle caratteristiche del diritto di proprietà; poiché questo è stato definito quale diritto di godere e disporre di un bene in modo pieno ed esclusivo (*ius utendi atque abutendi*), si comprende come esso sia stato corrispondentemente qualificato come una signoria della volontà. Una simile nozione, però, non rende appieno il quadro: infatti, il diritto soggettivo costituisce sì una sfera di potere individuale, ma che rileva per il modo in cui si rapporta e raccorda a molteplici altre sfere di signoria altrui. In prospettiva strettamente giuridica, questa consapevolezza si è

⁽⁸²⁾ L'analisi economica ha indagato in maniera assai penetrante ed interessante l'essenza della proprietà, con particolare riguardo alla situazione che viene a crearsi all'interno delle società. Nel 1932, Berle e Means pubblicarono *The Modern Corporation and Private Property*, in cui affermarono che l'essenza della moderna *corporation* consiste nella separazione tra proprietà e controllo, dato che si è ormai consumato lo sviluppo che ha portato a constatare come i proprietari formali della società (gli azionisti) non siano proprietari nella sostanza. I proprietari formali debbono condividere la loro proprietà con altri soggetti (coloro che dirigono l'ente) che, pur non titolari, proprietari, di tale stessa proprietà beneficiano. Il potere di controllo, in particolare, compete ai managers, mentre i benefici economici competono all'azionista; in questo modo, però, la proprietà, originariamente considerata un'unità, quasi come un atomo, viene scomposta in ulteriori elementi, distintamente attribuiti. In arg. Y. BARZEL, *Property Rights in the Firm*, in *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, cur. Anderson Terry e McChesney Fred, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2003, pp. 43 ss.

ano i diritti
li.
ie di appar-
nozione di
nte chiaro e
do pieno ed
(⁸²): tuttavia,
diritto viene
acoltà d'uso
e risorse del
io terreno?).
fi.

arie. I diritti

irritto sogget-
zazione delle
resto è stato
ene in modo
i comprende
to come una
, non rende
ituisce sì una
odo in cui si
oria altrui. In
evolezza si è

interessante l'essenza
interno delle società.
Private Property, in cui
zione tra proprietà e
are e i proprietari
I proprietari formali
o l'ente) che, pur non
trollo, in particolare,
n questo modo, però,
, viene scomposta in
Rights in the Firm, in
e McChesney Fred,

riflessa nell'emersione dell'idea di limite del diritto soggettivo, nel riconoscimento che il potere individuale è asservito ad interessi che il soggetto può perseguire, con ciò immediatamente accreditandosi l'idea per cui esistono interessi diversi che il titolare del diritto non può legittimamente perseguire. Simili concetti sono già rappresentati dalla nozione di proprietà contenuta nell'art. 832 c.c., secondo cui essa è il diritto di godere e disporre dei beni in modo pieno ed esclusivo, con i limiti derivanti dall'ordinamento giuridico.

Dalla delimitazione delle effettive prerogative proprietarie hanno tratto origine non solamente le teorie sull'abuso del diritto, ma più in generale un ripensamento della categoria giuridica del diritto soggettivo, che ha ammesso la relativizzazione della tutela in funzione di eventuali interessi concorrenti (⁸³). L'analisi economica del diritto, si può dire, elaborando il concetto di efficienza economica, fornisce il metro in base al quale valutare il peso relativo dei diritti ed in ragione del quale ammettere od escludere la tutela (⁸⁴).

I limiti possono essere di diverso genere: possono derivare dalla coesistenza di diritti altrui concernenti la medesima risorsa, oppure possono sorgere dalla necessità di non pregiudicare i diritti altrui su risorse diverse (si pensi al problema delle immissioni), oppure ancora possono derivare dalla scelta dell'ordinamento di organizzare determinate forme di sfruttamento

(⁸³) « Property rights are a creation of society: they delineate the boundaries between what individuals can and cannot do with assets under their control » (T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 162).

(⁸⁴) « Il diritto dovrebbe definire la proprietà in modo tale da minimizzare i costi associati alle incompatibili destinazioni d'uso dei fondi (...). Il primo passo consiste nel cercare di definire i diritti in modo tale che, nel caso il diritto A rivesta il maggior valore per un soggetto titolare nel medesimo tempo anche del diritto B, entrambi questi diritti siano associati nel contenuto della medesima situazione giuridica. Dal momento che il diritto a poter influire su ciò che accade mezzo metro al di sopra di un appezzamento di terra è di estremo valore per il soggetto titolare del diritto di godimento di quel terreno, è ragionevole includerli entrambi nello stesso fascio di diritti che chiamiamo proprietà fondiaria. Poiché, d'altra parte, il diritto a decidere chi possa sorvolare un determinato appezzamento di terreno a due chilometri di quota non riveste uno speciale valore per il proprietario di quel terreno, ecco che non sussiste alcuna valida ragione per ricomprendere anche quest'ultimo nello stesso fascio di diritti » (D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 94).

economico della risorsa sulla base di regole diverse rispetto a quella proprietaria.

La coesistenza di diritti di sfruttamento altrui sulla stessa risorsa può assumere sia la forma della comunione (figura della quale si è già, sia pur brevemente, discusso), sia quella della costituzione di diritti reali minori ⁽⁸⁵⁾, sia, infine, quella della costituzione di diritti reali coestensivi, ma collocati in altra dimensione temporale (come accade nel caso della multiproprietà) ⁽⁸⁶⁾. In via generale, si può affermare che la divisione dei diritti di uso di una risorsa tra soggetti diversi è economicamente benefica, in quanto consente che essa sia attribuita al massimizzatore della singola e specifica utilità considerata; in questo senso (e si consenta l'esempio basato su un diritto non reale), è razionale che il proprietario di una casa al mare, da lui usata solo nella stagione estiva, la conceda in locazione ad altri per l'inverno ⁽⁸⁷⁾.

La coesistenza di diritti reali rispetto ad un'unica risorsa comporta il rischio di una crescita del contenzioso tra i titolari,

⁽⁸⁵⁾ Benché il discorso sia svolto in termini generali, il modello di riferimento normalmente considerato da chi si occupa della materia è rappresentato dal rapporto tra diritto di proprietà di beni immobili e diritti concorrenti insistenti sul medesimo immobile; in realtà, un discorso più approfondito dovrebbe evidenziare come, accanto ai limiti del diritto di proprietà immobiliare, possano essere considerati casi ulteriori, come le proprietà intellettuali (si pensi ai diritti dell'artista sulla creazione che permangono nonostante l'alienazione del bene creato), la proprietà mobiliare (si pensi al tema delle garanzie ed ai problemi rappresentati dalla previsione normativa del pegno come unica forma di garanzia reale mobiliare), le proprietà degli enti (si pensi a come rappresentino casi di coesistenza di diritti di più soggetti sul medesimo bene le proprietà degli enti — per non menzionare, poi, il paradigmatico caso del trust di common law —). In arg., v. H. HANSMANN e R. KRAAKMAN, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, (August 2002), Harvard Law School, Public Law Research Paper No. 37; Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 388; <http://ssrn.com>.

⁽⁸⁶⁾ « Alcuni gruppi riconoscono sì la proprietà privata della terra, ma solo in alcuni periodi dell'anno. Conoscono il concetto e lo mettono in pratica, quindi, ma solo part-time »; la razionalità di un simile comportamento è, in alcuni casi, evidente: si pensi ad un terreno che, in alcuni periodi dell'anno, possa essere coltivato, mentre in altri possa essere unicamente impiegato come area di caccia; un regime di privata appartenenza è necessario nel primo periodo ed inopportuno nel secondo (D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 222).

⁽⁸⁷⁾ S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 8, p. 1. Si consideri come la multiproprietà consenta ad un tempo la massimizzazione delle utilità connesse ad ogni unità temporale di utilizzo del bene ed il contenimento dei costi fissi di gestione del bene, attraverso la loro ripartizione in capo ad una molteplicità di soggetti.

ers rispetto a

ui sulla stessa
ie (figura della
ia quella della
e, quella della
locati in altra
della multipro-
la divisione dei
onomicamente
ta al massimiz-
in questo senso
non reale), è
la lui usata solo
l'altri per l'in-

in' ca risorsa
so tra i titolari,

ferimento normalmente
a diritto di proprietà di
realtà, un discorso più
proprietà immobiliare,
ali (si pensi ai diritti
ne creato), la proprietà
la previsione normativa
gli enti (si pensi a come
le le proprietà degli enti
law —). In arg., v. H.
us Clausus Problem and
Research Paper No. 37;

erra, ma solo in alcuni
, ma solo part-time»; la
si ad un terreno che, in
e unicamente impiegato
nel primo periodo ed
l'analisi economica può

l Bureau of Economic
presenta ad un tempo la
utilizzo del bene ed il
rtizione in capo ad una

soprattutto nell'eventualità che le singole prerogative non siano tratteggiate in maniera assolutamente ben definita e chiara (88).

Il frazionamento delle possibilità di uso della risorsa tra singoli massimizzatori delle connesse utilità, ove articolato nelle forme del diritto reale (o, comunque, del diritto opponibile all'avente causa), presenta poi due evidenti svantaggi: esso rende più arduo, per un eventuale candidato acquirente, l'accertamento dello *status* giuridico della *res* che desidera acquistare (89) e, inoltre, comporta il moltiplicarsi dei soggetti il cui consenso è necessario per poter attuare un trasferimento del diritto: ciò ha giustificato (come peraltro si è già notato in precedenza) l'imporre di un sistema di diritti reali tipici, idoneo a ridurre i costi transattivi (90).

D'altra parte, si deve aggiungere come il sistema non avrebbe tratto giovamento da una modifica ancor più radicale, consistente non solo nella limitazione dei diritti reali, ma addirittura nella soppressione di ogni diritto reale minore, diverso quindi dalla proprietà: si può fare il caso della servitù di elettrodotto; cosa accadrebbe se non esistesse la possibilità di costituire un diritto reale di servitù? Chiaramente, la società erogatrice dell'elettricità avrebbe davanti a sé due possibilità: quella di acquisire la proprietà di una piccola striscia di terra sviluppantesi lungo ed al di sotto dei cavi aerei, oppure quella di concludere contratti di locazione riferiti alla medesima striscia di terra. Nel primo caso, si avrebbe uno svantaggio evidente, connesso al fatto che, adottata in ipotesi la decisione di eliminare l'elettrodotto, la società resterebbe proprietaria di un terreno; a tal punto, è chiaro

(88) S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) - London (England), 2004, p. 29.

(89) S. VAN ERP, *A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law*, in *Netherlands Comparative Law Association*, vol. 7.2, June 2003; <http://www.ejcl.org/72/art72-2.html>.

(90) S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 8, p. 3; U. MATTEI, *I diritti reali, I, La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. Sacco, Utet, Torino, 2001, p. 13. Sull'arg., v. H. HANSMANN e R. KRAAKMAN, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, (August 2002), Harvard Law School, Public Law Research Paper No. 37; Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 388; <http://ssrn.com>; T.W. MERRILL H.E. SMITH, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, *Northwestern Law & Econ Research Paper No. 00-3*; *Yale Law Journal*, Vol. 110, October 2000.

che essa non sarebbe in grado di fare alcun uso ragionevole di una proprietà disegnata appositamente per accogliere alcuni pali collocati in sequenza lineare; né appare consolante la possibilità per la medesima società di liberarsi del terreno ormai inutile alienandolo: l'unico aspirante acquirente sarebbe chiaramente il proprietario dell'area circostante, il quale non avrebbe alcun valido motivo per offrire un prezzo di mercato per l'acquisto di quel terreno. Nel secondo caso, il carattere necessariamente transitorio della locazione esporrebbe l'impresa, ciclicamente, a richieste estorsive in sede di ristipulazione del contratto, commisurate assai più al pregiudizio che deriverebbe dal mancato rinnovo che non al valore del beneficio offerto.

La quantità di situazioni giuridiche reali ammesse dovrebbe dipendere dal confronto tra le utilità marginali decrescenti derivanti dalla creazione di una nuova figura di diritto reale ed i costi crescenti, come quelli necessari per accertare lo *status* giuridico del bene che si intende acquistare, derivanti dalla medesima iniziativa ⁽⁹¹⁾. A questo proposito, si è da alcuni sottolineato come il sistema di tipicità dei diritti reali introduca vincoli troppo rigidi, atteso che nuove istanze economiche possono suggerire di ampliare il novero degli istituti ammessi: si è così suggerito di approdare, piuttosto, ad un sistema di diritti reali quasi tipici ⁽⁹²⁾.

I limiti alle prerogative proprietarie derivanti dalla necessità di preservare la posizione giuridica di altri soggetti verranno

⁽⁹¹⁾ T. MERRILL, W. H.E. SMITH, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, Northwestern Law & Econ Research Paper No. 00-3; Yale Law Journal, Vol. 110, October 2000. La tipicità dei diritti reali è utile sia in quanto ogni "etichetta" (cioè ogni *nomen*) comunica il contenuto del diritto, sia in quanto rende economica la costruzione di un sistema di verifica dei diritti (si pensi a come un registro immobiliare non potrebbe neppure essere immaginato, laddove il numero di variabili che dovesse considerare fosse infinito).
In arg., v. anche S. VAN ERP, *A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law*, in Netherlands Comparative Law Association, vol. 7.2, June 2003; <http://www.ejcl.org/72/art72-2.html>.

⁽⁹²⁾ « What civil law could learn here from common law is flexibility, which enables property law to be more responsive to economic developments in the law. What the common law could learn from civil law is that closing legal categories creates more legal security and reduces information costs » (S. VAN ERP, *A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law*, in Netherlands Comparative Law Association, vol. 7.2, June 2003; <http://www.ejcl.org/72/art72-2.html>).

ragionevole di
ere alcuni pali
: la possibilità
ormai inutile
chiaramente il
vrebbe alcun
r l'acquisto di
ecessariamente
iclicamente, a
ratto, commi-
dal mancato

esse dovrebbe
i descrescenti
ritto reale ed i
tare lo *status*
ler'anti dalla
i è da alcuni
reali introduce
e economiche
ati ammessi: si
tema di diritti

dalla necessità
getti verranno

Law of Property: The
No. 00-3; Yale Law
quanto ogni "etichetta"
nomica la costruzione
biliare non potrebbe
iderare fosse infinito).
ights as a Constitutive
Law Association, vol.

ibili which enables
Wha. è common law
l security and reduces
ights as a Constitutive
Law Association, vol.

analizzati nel successivo paragrafo. In questa sede, invece, si tratterà ancora del terzo tipo di limite sopra evidenziato: quello derivante dalla scelta dello Stato di riservare lo sfruttamento di determinate risorse ad un soggetto diverso dal proprietario; una simile decisione si giustifica particolarmente nei casi di fallimento del mercato ⁽⁹³⁾. Esistono molteplici situazioni in cui il singolo non risulta essere il soggetto maggiormente capace di effettuare scelte efficienti relativamente all'impiego di una risorsa: sono casi tipici (e ad essi si è già fatto riferimento) quelli concernenti lo sfruttamento delle risorse del sottosuolo (si pensi ad un giacimento petrolifero che si estenda al di sotto di terreni appartenenti a diversi proprietari) ⁽⁹⁴⁾, l'uso dello spazio aereo, le attività edificatorie ⁽⁹⁵⁾. In queste eventualità, l'ordinamento si preoccupa di evitare l'insorgere di comportamenti strategici e di condotte significativamente influenzate dal problema delle esternalità.

Le tecniche possibili sono diverse:

1. in primo luogo, la prerogativa dello sfruttamento di determinate risorse può essere sottratta al proprietario del bene: così, il diritto di utilizzare la colonna d'aria sovrastante un terreno non compete al proprietario dello stesso, il quale quindi non può inibire il sorvolo degli aerei;

2. in secondo luogo, risulta possibile indebolire la posizione proprietaria, assoggettandola alla regola maggioritaria. Questa impostazione è stata seguita in alcuni ordinamenti giuridici, al fine di risolvere il problema dello sfruttamento economico di risorse del sottosuolo, estendentisi al di sotto di fondi di proprietà di soggetti diversi: regole speciali hanno in questi casi stabilito che la maggioranza qualificata avrebbe potuto decidere

⁽⁹³⁾ H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, p. 529.

⁽⁹⁴⁾ Se ogni proprietario di terreni al di sotto dei quali si trova un unico giacimento petrolifero avesse il diritto di sfruttarlo liberamente, è evidente che si svilupperebbe una gara diretta ad estrarre quanto prima e quanto più possibile: decisione che, egoisticamente comprensibile, è però economicamente infelice; in arg., T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 163.

⁽⁹⁵⁾ H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, p. 516.

il modo di utilizzo della risorsa ⁽⁹⁶⁾. Questa medesima impostazione, poi, si nota nel caso di intestazione di un bene in capo ad un ente: la regola maggioritaria, che presiede alla vita degli enti, prevale su quella proprietaria, grazie allo schermo costituito dalla personalità giuridica dell'ente;

3. in terzo luogo, risulta possibile identificare un unico soggetto, che viene elevato ad arbitro degli interessi concorrenti sul medesimo bene ed autorizzato ad esprimere l'unico consenso necessario all'atto di disposizione; in questo modo, gli interessi proprietari concorrenti vengono degradati a posizioni giuridiche assistite da tutele minori, mentre viene posto al centro della scena un unico soggetto titolare del potere di disposizione. Si tratta del meccanismo attuato in *common law* attraverso la figura del *trust*, in cui il *trustee* è autorizzato ad assumere le decisioni relative al bene, avendo il compito peraltro di rappresentare gli interessi dei diversi soggetti coinvolti. Si noti come la strategia qui considerata possa, di fatto, riscontrarsi in tutti i casi in cui gli interessi concorrenti vengano degradati da situazioni proprietarie a situazioni obbligatorie o, comunque, a posizioni non assistite da tutele diverse da quella risarcitoria per equivalente.

4.5.3. I modi di tutela della proprietà. Il problema delle esternalità.

Il riconoscimento in capo ai singoli della proprietà e, in genere, dei diritti soggettivi comporta la necessità di predisporre un apparato giuridico esplicitamente diretto alla protezione della posizione contro il rischio di attentati esterni. Infatti, l'uso delle risorse economiche determina frequentemente vicende che interessano una sfera soggettiva più ampia rispetto alla posizione di un singolo proprietario; questo significa che le iniziative economiche implicano spesso il sorgere del problema delle esternalità ⁽⁹⁷⁾ ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁶⁾ D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 215 ss.

⁽⁹⁷⁾ Sono esternalità quelle « due to actions that are allowed given a person's property rights, where the effects are experienced by other individuals given their own property rights » (S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003,

simile imposta-
ne in capo ad
vita degli enti,
ostituito dalla

re un unico
si concorrenti
nico consenso
, gli interessi
ni giuridiche
ro della scena
. Si tratta del
ura del *trust*,
ni relative al
i interessi dei
i considerata
gli interessi
tarie a situa-
tite da tutele

blema delle

e, in genere,
vorre un ap-
e della posi-
delle risorse
interessano
i un singolo
niche impli-
(97) (98).

roire al diritto, il

erson's property
erty rights » (S.
Research, 2003,

In questa prospettiva, le forme di tutela si possono distinguere in due generi principali: quelle dirette a preservare nella sua integrità e consistenza il diritto e quelle, invece, dirette a reintegrare il patrimonio del titolare, in modo da porre quest'ultimo in una condizione di indifferenza rispetto alla posizione da lui occupata anteriormente alla commissione dell'illecito⁽⁹⁹⁾. Utilizzando l'immagine offerta da una curva di indifferenza, si può dire che il primo rimedio è volto a mantenere stabile il paniere posseduto dal soggetto, mentre il secondo procura uno spostamento della posizione occupata dal soggetto, lungo la medesima curva di indifferenza, sino a giungere in un punto caratterizzato dalla mancanza del diritto leso, ma dall'uguale soddisfazione globale⁽¹⁰⁰⁾.

Nel linguaggio in uso negli studi di analisi economica del diritto, il primo rimedio viene denominato *injunctio* o tutela inibitoria; il secondo, tutela risarcitoria. In questa sede, interessa analizzare e comprendere quale delle due diverse forme di protezione della proprietà sia la più opportuna, rispetto al consueto obiettivo della massimizzazione dell'efficienza.

chapter 10, p. 1). A rigore, le esternalità possono essere sia positive che negative (SHAVELL *op. loc. cit.*), anche se, chiaramente, l'attenzione maggiore si concentra su quelle negative, dato che solo queste coinvolgono davvero un problema di efficienza economica dell'attività intrapresa.

Il problema delle esternalità è connesso al fatto che esse, non governate da decisioni volontarie, si collocano al di fuori dello strumento allocativo del mercato, rischiando quindi di non essere prese in considerazione nel momento dell'assunzione delle decisioni economiche (R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 103). In arg., v. anche T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 163.

⁽⁹⁸⁾ La presenza delle esternalità negative è alla base anche di interventi legislativi diretti a limitare la possibilità di commerciare determinati beni: è agevole l'esemplificazione relativa alla vendita di armi da guerra, dato che questa può generare attentati alla sicurezza pubblica niente affatto considerati dalle parti private dell'operazione; analoga considerazione può essere operata per le vendite di alcolici, anche se in questo caso può aggiungersi il dato di un certo paternalismo statale (S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 9, pp. 16 ss.).

⁽⁹⁹⁾ G. CALABRESI e A. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, Harvard Law Review, vol. 85 (1972), pp. 1089 ss.; su ciò, v. anche M.I. KRAUSS, *Property Rules vs. Liability Rules*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999, pp. 1 ss.; H.B. SCHAFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, pp. 515 ss.; T.J. MICELI, *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 115 ss.; T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, pp. 176 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ « Property Rules and Liability Rules can be seen as shorthand terms describing two different means of protecting entitlements » (M.I. KRAUSS, *Property Rules v. Liability Rules*, in *International Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, p. 782).

Consideriamo il caso in cui un imprenditore (A) avvii uno stabilimento industriale, dal quale provengano fumi che si diffondano nell'aria circostante; i fumi in questione recano danno alla biancheria stesa ad asciugare al sole dal titolare (B) di una lavanderia sita nelle vicinanze. Si tratta di stabilire se, in questa condizione, sia più opportuna la tutela del soggetto danneggiato con l'attribuzione di un'inibitoria oppure con il riconoscimento di una pretesa risarcitoria. Si supponga che l'attività inquinante generi utili pari a 100, mentre causa danni alla biancheria pari a 30.

Risulta evidente come l'attività di A sia complessivamente benefica, dato che genera più benessere di quanto ne elimini. Si può allora essere portati a ritenere che il rimedio più opportuno sia quello risarcitorio, poiché procura la soddisfazione di B senza impedire l'attività di A.

È bene però notare come il risultato non sarebbe diverso ove si adottasse la regola opposta ⁽¹⁰¹⁾; come ha dimostrato Coase, supposto che i costi transattivi siano nulli, anche l'attribuzione di un'inibitoria consentirebbe lo svolgimento dell'attività di A; infatti, questi avrà la possibilità di acquistare da B la rinuncia all'esercizio del suo potere di iniziativa giudiziale, per un corrispettivo compreso tra 31 (il danno effettivo più un minimo guadagno per il disponente) e 99 (l'intero profitto dell'attività, meno un guadagno minimo, in difetto del quale, chiaramente, A non avrebbe alcun interesse ad iniziare la propria attività).

Dunque, nulli i costi transattivi, il già considerato teorema di Coase insegna che, a prescindere da quale tutela del diritto soggettivo sia in concreto apprestata, A svolgerà la propria attività industriale, a condizione che essa sia efficiente secondo il criterio di Kaldor Hicks, che essa cioè consenta di generare un utile maggiore del pregiudizio cagionato ⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰¹⁾ « Consensual exchange is governed by property rules, and nonconsensual exchange is governed by liability rules (...) Liability rules can facilitate exchange by removing the requirement of consent and replacing it with a coerced exchange according to terms set by the court » (T.J. MICELI, *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 115).

⁽¹⁰²⁾ « The right to an injunction should be regarded as a clear assignment of a property right. Once the property right is clearly assigned, its owner may strike a bargain to sell it (...). Most legal disputes are settled by bargaining between the parties without going to trial, but the terms

Così analizzata l'ipotesi in cui i costi transattivi siano assenti, si tratta ora di esaminare il diverso (ed ordinario) caso in cui essi siano invece positivi. In tale eventualità, non risulta possibile esprimere un'assoluta ed incondizionata preferenza per un rimedio o per l'altro⁽¹⁰³⁾; entrambi presentano difetti e, pertanto, si potrà solamente valutare nella singola fattispecie quale dei due sia maggiormente in grado di procurare un esito efficiente.

Il riconoscimento di una *injunction* consente lo svolgimento dell'attività, da parte di A, solamente ove egli acquisti dai danneggiati la rinuncia all'esercizio del loro potere di iniziativa giudiziale: è chiaro che, se anziché esservi un solo danneggiato B, ve ne sono molti, come è il caso ordinario nelle ipotesi di inquinamento, risulta proibitiva in termini di costi una trattativa tra A e tutta la classe dei danneggiati (si consideri che l'attività di A non potrebbe neppure iniziare se anche vi fosse un solo soggetto danneggiato che non voglia rinunciare alla propria inibitoria).

È agevole notare, inoltre, come l'ultimo danneggiato il cui consenso sia necessario ad A per svolgere la propria attività, verrebbe a trovarsi in posizione di vero monopolio e, quindi, potrebbe essere disposto a prestare il proprio assenso solamente per un corrispettivo affatto diverso rispetto a quello accettato dagli altri danneggiati. Una simile pretesa potrebbe poi generare facilmente un atteggiamento di rappresaglia da parte di A, facendogli preferire la chiusura dell'attività rispetto alla traslazione di ampia parte degli utili generati, a favore di chi, ai suoi occhi, non sarebbe altro che un volgare ricattatore.

Naturalmente, è anche immaginabile la costruzione della protezione inibitoria in termini diversi rispetto a quelli sinora considerati. Così, si può pensare di attribuire un'inibitoria non genericamente a chi sia danneggiato da immissioni provenienti dall'impresa altrui, ma solamente a chi sia offeso da immissioni

of the bargaining are affected by the remedy that would be available at trial. Specifically, the terms of the bargain are different depending upon whether the remedy is damages or injunction » (R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 94).

(103) D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 79 ss.

che sacrificino più utilità di quante ne generino⁽¹⁰⁴⁾. In questo modo, la "sfera di signoria individuale" viene limitata in funzione dell'interesse pubblico: l'attività di A non può essere inibita ove sia utile socialmente, con la conseguenza che le immissioni da essa derivanti non potranno essere considerate illecite.

Questa strategia implica l'attribuzione ad un soggetto terzo, diverso sia da A che dal gruppo dei danneggiati, del compito di accertare se l'attività di A sia socialmente benefica. Il soggetto chiamato ad operare questo bilanciamento dei diritti è frequentemente il giudice (si pensi all'art. 844 c.c. o anche all'art. 2043 c.c., ove interpretato come norma che importi la necessità di operare una valutazione comparativa degli interessi in conflitto, al fine di accertare la presenza di un'illeceità). Una simile tecnica di soluzione del conflitto connesso alla presenza di esternalità derivanti dall'impiego di un diritto richiede che il soggetto chiamato ad operare la decisione disponga delle informazioni necessarie, il che purtroppo non solamente comporta costi, ma frequentemente non è neppure possibile se non con notevoli approssimazioni⁽¹⁰⁵⁾.

Sino a questo punto, si è considerata la possibilità di gestire il problema delle esternalità in una situazione di costi transattivi positivi, attraverso una regola inibitoria; si può ora, invece, contemplare il caso in cui si decida di applicare una regola di responsabilità⁽¹⁰⁶⁾. L'imprenditore A, dunque, può liberamente decidere di svolgere la propria attività inquinante, ma è tenuto a risarcire il danno causato ai terzi dai fumi che immette nell'aria.

In questo caso, è possibile che A svolga la propria attività

⁽¹⁰⁴⁾ Sulla relativizzazione della difesa proprietaria in rapporto a problematiche di efficienza economica, v. U. MATTEI, *I diritti reali*, 1, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. Sacco, Utet Torino, 2001, pp. 363 ss.; in arg., v. anche T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, pp. 179 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Sul problema delle informazioni necessarie per raggiungere un risultato efficiente, v. A. MITCHELL POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, tit. orig. *An Introduction to Law and Economics*, Zanichelli, Bologna, 1986, pp. 18 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Nella giurisprudenza americana, v. *Boomer v. Atlantic Cement Co.*, 257 N.E. 2d 870 (1970); si trattava del contrasto tra un cementificio ed i proprietari confinanti, che usavano gli immobili di loro proprietà a fini residenziali; i giudici hanno riconosciuto il diritto dell'impresa a svolgere la propria attività, subordinatamente al risarcimento dei danni cagionati.

nonostante essa sia passiva socialmente, a causa almeno di due diverse ragioni.

In primo luogo, è verosimile che non tutti i danneggiati assumano l'iniziativa di richiedere il risarcimento del danno subito; si noti che, quanto più il danno è ridotto e diffuso, tanto più è probabile che il rischio indicato si manifesti. Si consideri anche come i danni connessi ad immissioni siano spesso tali da prodursi non solamente attualmente, ma anche a lunga distanza di tempo, in pregiudizio altresì delle generazioni future: in questa situazione, si manifestano sia incertezze in ordine all'accertamento del danno, sia problemi connessi alla stessa carenza (attuale) dei soggetti (le generazioni future) che dovrebbero reagire all'aggressione.

In secondo luogo, si deve considerare come la liquidazione dei danni sia evidentemente soggetta a prevedibili imprecisioni ed errori e come la stessa disciplina del danno, assumendo a criterio di riferimento il valore di mercato dei beni, finisca inevitabilmente per sacrificare il valore idiosincratico che il singolo attribuisce ai beni di cui è proprietario⁽¹⁰⁷⁾. Pertanto, A, nel decidere se svolgere l'attività industriale, confronterà i ricavi con i costi, includendo tra questi i risarcimenti, i quali però sono sottostimati⁽¹⁰⁸⁾; da ciò consegue la possibilità che egli decida di

⁽¹⁰⁷⁾ T.J. MICELI, *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 116. « Bargaining is more successful when the legal rights of the parties are clear and simple. Injunction is often clearer and simpler than damages. Injunction is clearer and simpler because the determination of damages by courts can be unpredictable » (R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 97). « Der Schutz eines Handlungsrechts durch einen Abwehrenspruch ist aber grundsätzlich dem Schutz durch eine Haftungsregel vorzuziehen. Denn er gewährleistet automatisch, dass Handlungsrechte nur dann an einen anderen übertragen werden, wenn für den neuen Nutzer dieses Recht mehr Wert ist als für den alten Nutzer. Bei einer Haftungsregel muss dagegen immer von einem Außenstehenden (Richter) der Schaden geschätzt werden, wobei Fehler unterlaufen können » (H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, p. 517). « If damages are systematically mis-assessed, then the economic basis for choosing between property and liability rule protection of entitlements in high transaction cost situations would disappear » (M.I. KRAUSS, *Property Rules vs. Liability Rules*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999, p. 789). V. anche MITCHELL A. POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, tit. orig. *An Introduction to Law and Economics*, Zanichelli, Bologna, 1986, pp. 21 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Il discorso, in realtà, merita un approfondimento: la *liability rule*, infatti, comporta due diversi problemi; da un lato, vi è la tendenza a sottovalutare i danni soggettivi (come rilevato nel testo); dall'altro, vi è il rischio che il giudice commetta semplicemente un errore nella

svolgere l'attività anche ove questa, che già non è Pareto efficiente, si riveli anche Kaldor Hicks inefficiente ⁽¹⁰⁹⁾.

Seppure la scelta tra le diverse forme di tutela sia, come notato, assai ardua, è stato suggerito come la regola di responsabilità sarebbe in genere preferibile nei casi di costi transattivi elevati, dato che l'adozione della regola opposta potrebbe facilmente condurre a rinunciare ad un'attività solamente a causa della loro paralizzante grandezza e del collegato esercizio del potere di inibitoria ⁽¹¹⁰⁾. La responsabilità è più adeguata, quindi, per neutralizzare almeno in parte il rischio di comportamenti anticooperativi: si può pensare, in proposito, all'istituto dell'accessione invertita; se esso non esistesse, il costruttore che si trovasse ad edificare oltre il confine del proprio terreno sarebbe esposto al rischio di dover demolire la costruzione ove il proprietario confinante intendesse far valere il proprio potere di

valutazione del danno, così sottostimandolo oppure, anche, sovrastimandolo. In entrambe queste eventualità è possibile che l'esito efficiente non venga raggiunto.

Si può poi ricordare come le *liability rules* comportino costi amministrativi superiori rispetto alle *property rules*; infatti, se in entrambi i casi è necessario disporre di un giudice, l'attività di accertamento dei danni si rivela più complessa e, quindi, onerosa, rispetto a quella di semplice accertamento e presidio dello *status quo*. In arg. T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, pp. 177 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ L'adozione della tutela risarcitoria comporta anche che il surplus cooperativo non venga distribuito tra le parti, ma venga fatto integralmente proprio da colui che pone in essere l'attività dannosa; questo, però, è chiaramente un problema solo distributivo, che non incide sull'efficienza della regola. In arg. T.J. MICELI, *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 116.

⁽¹¹⁰⁾ R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 94; T.J. MICELI, *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 116; T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 179. Si è anche parlato di un principio generale, secondo cui, in caso di costi transattivi e di tutela inibitoria del diritto, l'esito efficiente potrebbe essere raggiunto solamente ove la stessa assegnazione del diritto corrisponda all'esito efficiente (MITCHELL POLINSKY A., *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, tit. orig. *An Introduction to Law and Economics*, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 18).

Si può notare come gli ordinamenti tendano ad apprestare *property rules* per la tutela contro forme di invasione della proprietà (es.: occupazione, sconfinamenti, etc.) e *liability rules* contro interferenze diverse dalle precedenti, quali le immissioni; questa diversa strategia di reazione è stata giustificata notando come siano differenti i costi transattivi tipicamente collegati alle due forme di aggressione: « cases of trespass ordinarily involve a small number of parties and, hence, have low transaction costs. Thus, a property rule is efficient (...). In contrast, nuisance cases tend to involve high transaction costs. For example, cases of air or water pollution will generally cause harm to large numbers of individuals » (T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 180).

è Pareto
nte (109).

tutela sia, come
gola di responsa-
costi transattivi
a potrebbe facil-
lamente a causa
ato esercizio del
adeguata, quindi,
i comportamenti
l'istituto dell'ac-
struttore che si
terreno sarebbe
struzione ove il
proprio potere di

dolo. in entrambe queste

istrativi superiori rispetto
li un giudice, l'attività di
etto a quella di semplice
economic Approach to Law,

surplus cooperativo non
colui che pone in essere
tributivo, che non incide
Forfeits, Contracts, Property,

Wesley, 1996, p. 94; T.J.
xford, Oxford University
anford University Press,
generale, secondo cui, in
potrebbe essere raggiunto
iente (MITCHELL POLINSKY
Introduction to Law and

y rules per la tutela contro
c.) e liability rules contro
sa strategia di reazione è
ame. collegati alle due
ber of parties and, hence,
trast, nuisance cases tend
lution will generally cause
approach to Law, Stanford

inibitoria, rifiutando di accontentarsi del controvalore del terreno occupato (111).

Per converso, se i costi transattivi siano modesti, la tutela proprietaria assicurerebbe con maggior precisione la razionalità delle decisioni, coinvolgendo nelle stesse i reali protagonisti della vicenda (112).

Il ricorso alla disciplina dell'illecito presenta interesse anche da altri punti di vista: essa, infatti, consente una certa elasticità di disciplina e permette di imporre regole comportamentali sia in capo all'agente, sia in capo al danneggiato, in modo che entrambi cooperino per raggiungere l'obiettivo dell'efficienza (113).

Come emerge dall'esposizione che si è proposta, la soluzione del problema delle esternalità in caso di costi transattivi positivi è affatto complicata. In materia sono stati suggeriti molteplici e differenti approcci; tradizionale è quello che attua la correzione del calcolo di costi e benefici operati dal singolo imprenditore senza fare ricorso ai meccanismi della responsabilità civile, ma rettificando i valori imponendo direttamente un costo aggiuntivo, in forma di tassa e corrispondente al valore delle esternalità (Pigou) (114).

(111) U. MATTEI, *I diritti reali*, 1, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. Sacco, UTET, Torino, 2001, pp. 60 ss.; ivi si ricorda anche come sia opposta la regola francese e come la stessa abbia ragionevolmente incontrato la critica della dottrina: TERRÉ François e P. SIMLER, *Droit Civil, Les Biens*, IV ed., Dalloz, 1992, pp. 161 e 162.

(112) « The right to an injunction gives the parties a clear position from which to bargain. In the course of bargaining, they may establish the value of the damages themselves. These facts suggest that the injunctive remedy may be more efficient than damages when the parties can bargain with each other. In other words, the best policy for the law is to lubricate bargaining by defining clear and simple rights when transaction costs are already low » (R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 94). V. anche T.J. MICELI, *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 116.

Su questo dibattito, v. M.I. KRAUSS, *Property Rules vs. Liability Rules*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999, pp. 787 ss.

(113) Per una efficace ancorché rapida trattazione della materia, v. A. MITCHELL POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, tit. orig. *An Introduction to Law and Economics*, Zanichelli, Bologna, 1986.

(114) La costruzione ha formato oggetto di critica da parte di Ronald Coase (1961): egli suggerì la possibilità che l'istituto della responsabilità civile potesse essere in grado, almeno in linea di principio, di raggiungere risultati più efficienti, rispetto all'imposta di Pigou (R. BOWLES, *Diritto e economia*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 75). In arg., v. anche D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 68 ss.; T.J.

Anche, invece, nel ricorso al sistema della responsabilità civile, si sono ipotizzate soluzioni idonee a rimediare ad alcuni dei difetti che si sono sopra evidenziati; così, proprio nella materia dell'inquinamento, gli interventi legislativi più comuni hanno trascurato la possibilità di reazione individuale (attraverso cioè giudizi risarcitori avviati dagli "inquinati"), preferendo configurare la legittimazione diretta del soggetto pubblico ad introdurre controlli e limiti ed a pretenderne il rispetto, anche dal punto di vista della pretesa risarcitoria ⁽¹¹⁵⁾.

Si può ancora aggiungere come, in presenza di costi transattivi positivi, il risultato del raggiungimento dell'efficienza sia condizionato dall'originaria attribuzione del diritto in capo al soggetto che sia in grado di realizzarne la massimizzazione: in questo modo, si riduce il rischio che l'attività non venga iniziata e svolta a causa del mancato raggiungimento di un'intesa, impedita proprio dalla presenza di costi transattivi. È però evidente come sia una domanda complicata quella diretta ad accertare quale sia l'originaria attribuzione più opportuna del diritto.

4.6. La circolazione dei diritti.

4.6.1. La trasferibilità dei diritti.

La proprietà attribuisce al titolare il diritto di godere e

MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 168.

⁽¹¹⁵⁾ Sull'alternativa tra ricorrere ad un diritto proprietario privato o ad un diritto pubblico, al fine di gestire la problematica delle immissioni inquinanti, si può riportare il seguente passaggio: «one way to contrast private and public ownership is in terms of transaction costs. Private ownership imposes various transaction costs of private enforcement and exchange. Public ownership imposes transaction costs in terms of public administration and collective decision-making. To illustrate the difference, consider two possible ways to control air pollution from a factory. The private property approach is to grant each property owner the right to clean air, protected by the remedy of compensatory damages. This method will result in many landowners suing for damages or bargaining to settle out of court. Alternatively, the public property approach would declare that clean air is a public good, and assign the task of air quality control to a government agency. This method will result in political bargaining and regulations, as well as the misallocation of resources. From this perspective, the choice between private and public ownership should depend upon whether the costs of private enforcement and exchange are more or less than the costs of public administration, political bargaining, and resource misallocation» (R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 102).

ella responsabilità di dare ad alcuni dei prioro nella materia più comuni hanno le (attraverso cioè riferendo configurato ad introdurre anche dal punto di

di costi transattivi efficienza sia condiziona capo al soggetto; in questo modo, l'attività svolta a causa della proprietà propria dalla persona sia una domanda originaria at-

diritto di godere e

ford (California), 2004, p.

privato o ad un diritto si può riportare il seguente: "The effects of transaction costs, externalities, and exchange. Public and collective decision-making: control air pollution from a market for the right to clean air, and the result in many landowners public property approach to air quality control to a market for regulations, as well as the interaction between private and public property and exchange are more efficient resource misallocation" (ibid., p. 102).

disporre del bene: è, quindi, normale la connessione tra proprietà e sua trasferibilità ⁽¹¹⁶⁾. Questa qualità del diritto è poi in immediato collegamento con il già considerato teorema di Coase: la destinazione delle risorse agli impieghi maggiormente remunerativi dipende dalla stipulazione di contratti che consentano la circolazione del diritto ⁽¹¹⁷⁾.

La trasferibilità della proprietà assume importanza sia dal punto di vista appena evidenziato, sia in quanto permette di fornire ai soggetti gli stimoli opportuni affinché agiscano in maniera economicamente desiderabile; la gestione efficiente di una risorsa, infatti, viene attuata da un soggetto solamente a condizione che i benefici di tale gestione vadano a suo vantaggio: ove faccia difetto questo nesso, si finisce per fornire incentivi per condotte socialmente non opportune. Il problema è adeguatamente rappresentato dal classico esempio dell'usufrutto ⁽¹¹⁸⁾: in prossimità della scadenza del diritto, l'usufruttuario è portato a sfruttare le capacità produttive del bene al di là di quanto è invece raccomandabile al fine di assicurare la produttività futura; ciò accade in quanto l'usufruttuario, con la condotta che si è indicata, si appropria dei benefici, senza sopportare il costo legato alla minore produttività futura, che viene invece fatto gravare sul nudo proprietario. Se i diritti non fossero trasferibili neppure *mortis causa*, all'approssimarsi del termine della vita del titolare si svilupperebbe esattamente la dinamica appena rappresentata.

La possibilità di alienare i beni, dunque, è carattere necessa-

⁽¹¹⁶⁾ S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 7, p. 2; H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, p. 517; T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2004, p. 162. V. anche R. COOPER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, i quali addirittura premettono il riferimento alla *bargaining theory* alla trattazione dell'analisi dei diritti reali.

⁽¹¹⁷⁾ « *Property rights are essential for exchange* » (T.J. MICELI, *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 115). In arg., v. anche D. SCHMIDTCHEN, *Funktionen und Schutz von "property rights". Eine ökonomische Analyse*, Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes, Discussion Paper 9804, p. 10.

⁽¹¹⁸⁾ S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 7, p. 7.

rio al fine di permettere il funzionamento del mercato ⁽¹¹⁹⁾; come il teorema di Coase pone in chiara luce, questo obiettivo può essere ostacolato dalla presenza di costi transattivi. Ne consegue che un ordinamento che voglia perseguire scopi di efficienza economica, dovrebbe adottare regole idonee a contenere e limitare i costi transattivi ⁽¹²⁰⁾. La direttiva in questione suggerisce di agire anche sul fronte della certezza delle situazioni giuridiche; questo obiettivo può essere raggiunto attraverso l'istituzione di un sistema di registrazione dei diritti ⁽¹²¹⁾. L'opportunità di un sistema di registrazione dipende dal raffronto tra il suo costo di istituzione e mantenimento, rapportato al beneficio che genera: il confronto tra questi dati suggerisce di limitare le situazioni iscrivibili nei registri (ciò che deprime i costi di mantenimento ed incrementa il livello di certezza giuridica

⁽¹¹⁹⁾ La proprietà « è il sistema istituzionale più semplice ed economico per garantire il funzionamento di un mercato » (U. MATTEI, *I diritti reali*, 1, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. Sacco, Utet, Torino, 2001, p. 6); si può qui solamente accennare come il mercato non sia però l'unico strumento possibile per consentire la cooperazione tra gli individui e la destinazione delle risorse agli impieghi opportuni. Due strumenti concorrenti debbono essere ricordati: la scelta politica (la pianificazione nell'uso delle risorse) e la struttura gerarchica (in cui la collaborazione tra gli individui e la decisione sull'allocazione delle risorse viene realizzata in base a direttive adottate in via gerarchica).

⁽¹²⁰⁾ Naturalmente, non si possono qui considerare alcune ovvie ipotesi di costo transattivo, come la necessità di disporre di informazioni adeguate per adottare la decisione di concludere un contratto relativo ad un determinato bene: si tratta, infatti, di questioni che richiederebbero una trattazione troppo ampia per questa sede e che sono, peraltro, normalmente esaminate nell'ambito degli studi di analisi economica del contratto. Sia consentito qui soltanto notare come il problema del possesso di informazioni adeguate a valutare l'operazione che si intende intraprendere possa essere affrontato almeno con due strategie: la prima consiste nell'imposizione pura e semplice di doveri di informazione tra le parti; la seconda, invece, si basa sulla necessaria interposizione, nell'operazione, di soggetti dotati di quelle conoscenze che, in capo al singolo, fanno invece difetto (si pensi alla necessità, per acquistare determinati medicinali, di essere muniti di ricetta medica). Sul punto, v. S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 9, p. 17.

⁽¹²¹⁾ S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 9, pp. 10 ss.; B. BOUCKAERT and B. W.F. DEPOORTER, *Adverse Possession — Title Systems*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999. « Bargainers are more likely to cooperate when their rights are clear and less likely to agree when their rights are ambiguous (...). One implication of this finding is that property law ought to favour criteria for determining ownership that are clear and simple. For example, a system for the public registration of ownership claims to land avoids many disputes and makes settlement easier for those that arise. Similarly, the fact that someone possesses or uses an item of property is easy to confirm. In view of this fact, the law gives weight to possession and use when determining ownership » (R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 85).

ca. (119): come
 o obiettivo può
 ivi. Ne consegue
 ompi di efficienza
 a contenere e
 essione suggerir-
 delle situazioni
 iunto attraverso
 iritti (121). L'op-
 dal raffronto tra
 rtato al beneficio
 ce di limitare le
 rime i costi di
 rtezza giuridica

monico per garantire il
 i, in *U. dir. civ.*, dir.
 il mercato non sia però
 ai e la destinazione delle
 essere ricordati: la scelta
 (in cui la collaborazione
 zata in base a direttive

ipotesi di costo transat-
 lottare la decisione di
 nfatti, di questioni che
 , peraltro, normalmente
 consentito qui soltanto
 are l'operazione che si
 gie: la prima consiste
 seconda, invece, si basa
 conoscenze che, in capo
 terminati medicinali, di
Analysis of Property Law,

Bureau of Economic
 s, *Adverse Possession* —
 Elgar and University of
 erate when their rights
 One application of this
 rship. That are clear and
 ms to land avoids many
 that someone possesses
 re law gives weight to
Law and Economics, II

generato dal sistema) e di prevedere la registrazione dei soli beni di maggior valore economico (ed aventi carattere durevole) (122); per quelli di minore rilevanza, gli ordinamenti si sono orientati, al fine di generare sicurezza, verso l'impiego di strumenti diversi dal sistema pubblicitario: in questa prospettiva va letta l'istituzione della regola "possesso vale titolo" applicabile ai beni mobili ed alla quale è dedicato uno specifico paragrafo.

Rispetto alla decisione di istituire un sistema di registrazione, bisogna avere cura di conteggiare in maniera corretta le utilità: se, a livello individuale, esso genera sicurezza e consente di risparmiare costi transattivi, si devono però considerare anche effetti ulteriori; così, un sistema di registrazione agevola la riscossione delle imposte e previene la commissione di furti (rendendo più difficile il furto e riducendo l'utile che il ladro può realizzare in sede di rivendita) (123).

Pur sempre nella direzione della riduzione dei costi transattivi e della limitazione dei consensi necessari ad assumere decisioni sulla destinazione delle risorse, si pone la regola dell'elasticità del dominio: la limitata durata dei diritti reali minori e la loro prescrittibilità (in contrapposto all'imprescrittibilità del diritto di proprietà) sono due caratteristiche collegate, quanto alla capacità di mantenere il potere decisorio in capo al proprietario.

Si può ora considerare come la razionalità delle scelte del proprietario sia in generale assicurata, più che dal semplice fatto giuridico della titolarità, dal rapporto in cui il proprietario si trova con il bene oggetto del suo diritto. Dunque, in questa prospettiva, il collegamento tra razionalità individuale, titolarità giuridica e situazione possessoria, sembra essere una valida garanzia della efficienza economica di un atto di disposizione (124). Ove, però, la posizione del titolare del diritto non sia collegata al possesso materiale della cosa, sorge il dubbio che la

(122) B. BOUCKAERT and B. W.F. DEPOORTER, *Adverse Possession — Title Systems*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

(123) S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 9, pp. 10 ss.

(124) S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 8, p. 2.

scelta del proprietario formale sia sicuramente preferibile a quella che avrebbe operato il possessore del bene, ove avesse dovuto decidere lui. In questo caso, risulta particolarmente utile l'attribuzione di un diritto di prelazione. Questo presenta due caratteristiche che possono essere messe in luce: da un lato, il prelazionario, quale soggetto che ha il godimento del bene, ne conosce le concrete caratteristiche ed è quindi in grado di operare la miglior valutazione circa l'opportunità di acquistarlo; d'altro lato, poiché egli attribuisce al bene un valore peculiare e soggettivo, connesso al fatto che lo utilizza effettivamente, si troverebbe esposto nei confronti del proprietario, ove volesse acquistare il diritto e non beneficiasse di una prelazione, alla pretesa di un corrispettivo tale da erodere in parte o anche integralmente il vantaggio soggettivo che gli deriverebbe dall'acquisto; si tratta di un risultato inopportuno, in quanto al fondo espropriativo di utilità create dallo stesso soggetto.

Se la separazione tra proprietà e possesso genera problemi, in caso di atti di disposizione posti in essere dal proprietario, risolvibili attraverso l'istituto della prelazione, si potrebbe invece pensare che non sorgano problemi laddove il titolare di un diritto limitato decida di porre in essere un atto di disposizione concernente unicamente la posizione giuridica (limitata) di cui sia titolare. L'ipotesi, invece, non risulta del tutto convincente: si può pensare al divieto di sublocazione posto a carico del conduttore dall'art. 2 l. 392/1978; apparentemente, si tratta di una regola inopportuna, in quanto impedisce al titolare di un diritto (di locazione) di disporre del diritto stesso a favore di chi sia in grado di imprimergli un uso maggiormente efficiente; è stato però rilevato come simile regola sia giustificata, in quanto il conduttore non dispone degli adeguati incentivi per valutare l'opportunità di sublocare: « suppose that Alpha rents a room in Beta's house. *Alpha would not have the motive to consider appropriately the character of another tenant (such as whether he would make noise), so that it may be best for Alpha not to have the right to sublet his room* » ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁵⁾ S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 8, p. 3.

refabile a quella
ve avesse dovuto
mente utile l'attri-
esenta due carat-
: da un lato, il
nto del bene, ne
ndi in grado di
ità di acquistarlo;
valore peculiare e
effettivamente, si
ario, ove volesse
a prelazione, alla
n parte o anche
riverebbe dall'ac-
quanto al fondo
atto.

ner problemi, in
roprietario, risol-
rebbe invece pen-
lare di un diritto
posizione concer-
) di cui sia titolare.
ite: si può pensare
duttore dall'art. 2
gola inopportuna;
(locazione) di di-
do di imprimergli
evato come simile
non dispone degli
sublocare: « *sup-
ba would not have
of another tenant
it 1 y be best for
(125).*

nal Bureau of Economic

4.6.2. Acquisto della proprietà per usucapione.

Una regola generalmente conosciuta all'interno dei diversi ordinamenti giuridici vuole l'acquisto del diritto in capo a colui che abbia posseduto, per un certo periodo di tempo, in modo antagonista rispetto alla posizione proprietaria; in questa eventualità, l'acquisto avviene senza indennizzo di sorta a favore dell'effettivo proprietario.

Ci si può domandare se questa regola abbia un fondamento economicamente razionale (126). Al proposito, è agevole notare come l'usucapione contribuisca alla riduzione dei costi transattivi, semplificando la posizione di chi voglia accertare se il proprio dante causa sia effettivamente titolare del diritto (127).

Si può poi aggiungere come il possessore sia il soggetto che, con l'uso effettivo del bene, dimostra di stargli attribuendo il massimo valore attuale o che, comunque, ha consolidato in capo a sé un significativo "valore di organizzazione del possesso" (128). Si tratta di una notazione fondamentale, che richiede di essere precisata: infatti, la direttiva di massimizzazione dell'efficienza, in sé, non giustifica la consolidazione del diritto in capo a chi mostri di essere in grado di attribuirgli il massimo valore attuale; è chiaro che, in tutti i casi in cui questa destinazione possa essere attuata attraverso uno scambio volontario, allora questa soluzione deve essere preferita; inoltre, si deve ricordare come sia razionale anche un uso subottimale attuale, ove esso si inserisca in una prospettiva speculativa: così, come si è già notato, l'acquisto di un terreno in vista di una futura crescita del valore edificatorio dell'area è razionale, anche laddove comporti una carenza di impiego economico attuale (129).

Quanto esposto conduce, in via diretta, a vedere l'istituto

(126) B. BOUCKAERT and B. W.F. DEPOORTER, *Adverse Possession — Title Systems*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

(127) P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XV ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 503.

(128) TRIMARCHI, *op. loc. ult. cit.*

(129) B. BOUCKAERT and B. W.F. DEPOORTER, *Adverse Possession — Title Systems*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

dell'usucapione come la risultante economicamente opportuna della mediazione tra almeno tre interessi confliggenti:

— quello del proprietario a vedere riconosciuto il proprio diritto;

— quello del possessore, che è in grado di imprimere al bene un uso attuale maggiormente efficiente rispetto a quello del proprietario;

— quello dei terzi candidati acquirenti di beni, interessati alla riduzione delle incertezze connesse agli acquisti.

Si può osservare come la disciplina sull'usucapione risolva i conflitti attraverso due strumenti:

— il tempo occorrente per l'usucapione;

— i caratteri che il possesso deve avere per legittimare l'acquisto.

Nella prima prospettiva, la fissazione di un termine più o meno lungo segna il punto di compromesso tra la riduzione dei costi transattivi per i terzi (il costo di accertamento della titolarità in capo al dante causa) ed il costo di monitoraggio delle proprietà per il titolare (se il proprietario rischia di perdere la proprietà non appena questa sia occupata da terzi, è portato a sostenere significative spese per controllare continuativamente che non vengano posti in essere fenomeni di impossessamento da parte di terzi).

Nella seconda prospettiva, è tutelato l'interesse del titolare a non vedersi opporre situazioni possessorie protratte delle quali non possa aver avuto contezza: in questo senso, un possesso clandestino non giova; esemplare è la disciplina secondo cui la detenzione del conduttore non può trasformarsi in possesso se non a seguito di un aperto atto di ribellione contro il proprietario-possessore.

L'usucapione è un istituto che risolve i problemi di titolarità di beni inutilizzati dal proprietario ed impiegati economicamente da altri: è però assai frequente il caso in cui il bene in questione costituisca niente più che una porzione di terra posta al confine tra due aree appartenenti a soggetti diversi; pertanto, l'usucapione risolve spesso i casi di errore sui confini, in cui il

proprietario di un'area sconfini per errore, utilizzando una parte di terreno non sua.

In proposito, supponiamo che Tizio, proprietario del fondo A, sconfini sul fondo B, di proprietà di Caio, utilizzando una piccola striscia di terreno altrui: in questa eventualità, la soluzione più efficiente sarebbe quella per cui Caio faccia rilevare prontamente l'errore, anteriormente all'uso effettivo del terreno da parte di Tizio (cioè, anteriormente all'effettuazione di investimenti specifici); in questo modo, se l'uso di Tizio risulta più efficiente rispetto a quello di Caio, vi è spazio affinché i due soggetti si accordino con un contratto.

Se, invece, Caio si accorge a lunga distanza di tempo, come risulta dalla disciplina sull'usucapione, la proprietà si consolida in capo a Tizio, che risulta essere il soggetto che impiega il bene nel modo attualmente più opportuno.

Si deve però considerare anche il caso in cui Caio, resosi conto dell'iniziativa di Tizio, decida di attendere, per far valere i propri diritti, che Tizio abbia compiuto quel po' di investimenti specifici che, nella trattativa compositiva della lite che seguirà, gli consentiranno di assentire alla cessione del terreno a favore dell'occupante per un corrispettivo a lui molto favorevole ⁽¹³⁰⁾. Questo problema potrebbe indurre il legislatore ad impedirne la verifica, stabilendo, ad es., che, successivamente all'effettuazione di investimenti specifici, la pretesa del proprietario non possa più avvalersi di difese reali, ma debba accontentarsi di una tutela per equivalente.

Anche la soluzione identificata, però, ha un evidente svantaggio: se fosse sufficiente occupare un'area compiendo investimenti specifici per divenirne proprietario, allora sarebbe il vicino aspirante proprietario a trascurare la strada di un possibile accordo *ex ante*, per trovarsi poi semplicemente debitore del valore del bene: mentre, se avesse raggiunto un accordo, avrebbe ragionevolmente dovuto condividere una parte dell'utilità parti-

⁽¹³⁰⁾ È chiaro che la parte che si trovi ad aver effettuato investimenti significativi sarà disposta a pagare un prezzo elevato pur di non perdere il valore rappresentato dagli investimenti stessi.

colare che il bene è in grado di procurargli. Una valida esemplificazione del discorso proposto si trova nella disciplina sulle espropriazioni per pubblica utilità, introdotta con d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327), ove è previsto che la destinazione ad uso pubblico di un bene anteriormente privato consenta, in certi casi, alla pubblica amministrazione di rendersi per ciò solo proprietaria e responsabile del danno verso il privato precedente proprietario, così escludendo la tutela reipersecutoria; l'art. 43 (Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico) ha cioè introdotto una sorta di domanda di autocondanna, svolta dalla stessa PA, diretta a produrre il trasferimento della proprietà a fronte del pagamento di un corrispettivo predeterminato per legge: « valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni (...). Salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, nei casi previsti nei precedenti commi il risarcimento del danno è determinato: a) nella misura corrispondente al valore del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, sel'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7; b) col computo degli interessi moratori, a decorrere dal giorno in cui il terreno sia stato occupato senza titolo ». Ecco, dunque, come sia stata elaborata una tecnica di tutela risarcitoria della proprietà che si risolve, praticamente, in un semplice modo di acquisto della proprietà, al di fuori di un contratto o di un valido processo ablativo, mediante il pagamento di un corrispettivo predeterminato. In questa situazione, è evidente come la pubblica amministrazione riceva un disincentivo ad avvalersi dello strumento contrattuale o, alternativamente, a curare con scrupolo il rispetto della procedura espropriativa, forte, ricorrendone i presupposti, della sicurezza di divenire comunque proprietaria, dovendo unicamente corrispondere il "prezzo" (risarcimento) normativamente prestabilito.

Rispetto alle difficoltà che si sono rappresentate, la disciplina

na da esempi,
a disciplina sulle
on d.p.r. 8 giugno
e ad uso pubblico
in certi casi, alla
olo proprietaria e
ente proprietario,
43 (Utilizzazione
pubblico) ha cioè
anna, svolta dalla
della proprietà a
edeterminato per
tà che utilizza un
co, modificato in
di esproprio o
re che esso vada
e il proprietario
la legge disponga
ni il risarcimento
ondente al valore
; sel'occupazione
elle disposizioni
l computo degli
l terreno sia stato
ia stata elaborata
tà che si risolve,
della proprietà, al
ocesso ablativo,
edeterminato. In
amministrazione
to contrattuale o,
etto della proce-
posi della sicu-
ndo unicamente
ivamente presta-
tate, la disciplina

dell'art. 938 c.c. sembra identificare un interessante punto di compromesso, laddove, per il caso di occupazione di porzione di fondo attiguo per la costruzione di un edificio, stabilisce che, ove l'occupante sia in buona fede e l'occupato non abbia fatto una pronta opposizione, la proprietà possa essere assegnata all'occupante, dietro pagamento di un prezzo pari al doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento del danno.

4.6.3. Acquisto in buona fede del diritto dal non proprietario.

Un caso assai problematico è quello di chi alieni un bene non proprio: ciò fa sorgere un evidente conflitto tra effettivo proprietario e acquirente del bene; uno di questi soggetti può essere tutelato attribuendogli il diritto, mentre all'altro competerà unicamente una pretesa risarcitoria (contrattuale in capo all'acquirente oppure extracontrattuale in capo al proprietario). Trattandosi di beni immobili o, comunque, di beni registrati, esiste la possibilità di accedere ad uno strumento pubblicitario idoneo a risolvere le incertezze e, quindi, capace di contemperare agevolmente gli interessi confliggenti di proprietario ed acquirente: le difficoltà sorgono, naturalmente, con riferimento ai beni mobili non registrati.

La situazione di conflitto indicata può essere risolta con regole differenti: il diritto romano faceva prevalere l'interesse proprietario; il sistema tedesco fa prevalere l'interesse dell'acquirente in buona fede (§ 932 BGB)⁽¹³¹⁾, con eccezione per il caso di spossessamento involontario o furtivo del proprietario (§ 935 BGB); in common law, per un certo tempo almeno⁽¹³²⁾, è stato favorito l'acquirente nel caso di acquisto realizzato in un luogo deputato a pubblico mercato (*market overt rule*)⁽¹³³⁾; il diritto italiano, invece, attua una tutela massimamente estesa dell'acquirente. Secondo

(131) Secondo il § 932 BGB, l'acquirente non è in buona fede quando gli è noto oppure gli è ignoto *infolge grober Fahrlässigkeit* che l'alienante non sia titolare del diritto.

(132) A partire dal 1994, in common law è stata superata la regola menzionata; cenni in U. MATTEI, *Il titolo idoneo di cui all'art. 1153 del codice civile. Qualche riflessione di analisi economica ed uno sguardo agli incentivi*, Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1445.

(133) U. MATTEI, *Il titolo idoneo di cui all'art. 1153 del codice civile. Qualche riflessione di*

l'art. 1153 c.c., « colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà ». Dunque, l'ottenimento del possesso del bene, in base ad un titolo astrattamente idoneo a trasferire la titolarità, unito allo stato soggettivo di buona fede, rende sicuro l'acquisto dei beni mobili: non importa se il bene sia di provenienza furtiva.

L'opportunità della regola può essere indagata dal punto di vista economico; in questa prospettiva, si può notare come l'art. 1153 c.c. riduca in maniera significativa, secondo un'opinione diffusa, i costi transattivi, esonerando il candidato acquirente dalla necessità di effettuare complicate indagini volte ad accertare se il possessore sia effettivamente anche titolare del corrispondente diritto reale⁽¹³⁴⁾. Il possesso viene allora considerato come indice sufficiente della titolarità⁽¹³⁵⁾. Recentemente, in dottrina è stata posta in discussione l'effettiva corrispondenza a verità dell'asserzione secondo cui la regola possesso vale titolo ridurrebbe significativamente i costi transattivi, rispetto a quanto deriverebbe dall'applicazione della regola opposta; infatti, è stato notato come, rispetto ai beni mobili, la sicurezza delle transazioni non sarebbe particolarmente compromessa, data la difficoltà per il reale proprietario di dimostrare la sua titolarità e dato altresì il fatto che, rispetto a beni di limitato valore economico, l'effettivo proprietario non ha incentivi significativi per impegnarsi nella ricerca del bene sottratto; in effetti, se si pensa al furto di una penna per scrivere, il proprietario potrebbe prevalere rispetto al terzo acquirente ove dimostrasse il suo acquisto (ove cioè abbia conservato la documentazione relativa) e fosse in grado di provare che il bene in questione sia effettivamente quello che lui aveva acquistato (magari attraverso la descrizione di particolari

analisi economica ed uno sguardo agli incentivi, Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1445.

⁽¹³⁴⁾ H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, pp. 535 ss.

⁽¹³⁵⁾ U. MATTEI, *Il titolo idoneo di cui all'art. 1153 del codice civile. Qualche riflessione di analisi economica ed uno sguardo agli incentivi, Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1443.

di mobili da parte
 orietà mediante il
 della consegna e
 proprietà». Dun-
 d un titolo astrat-
 o stato soggettivo
 bili: non importa

ata dal punto di
 otare come l'art.
 do un'opinione
 dato acquirente
 olte ad accertare
 e del corrispon-
 onsiderato come
 te: in dottrina è
 ide...za a verità
 ale titolo ridur-
 petto a quanto
 a; infatti, è stato
 delle transazioni
 la difficoltà per
 e dato altresì il
 mico, l'effettivo
 npegnarsi nella
 al furto di una
 alere rispetto al
 (ove cioè abbia
 e in grado di
 e quello che lui
 e di particolari

van: Cattaneo, vol. 3,

des *Zivilrechts*, III ed.,

Qualche riflessione di
 anni Cattaneo, vol. 3,

graffi sul corpo della penna, riconosciuti anche da qualche familiare o amico) ⁽¹³⁶⁾.

Se anche si trascurasse il peso delle critiche da ultimo indicate, si può aggiungere che la riduzione dei costi transattivi in capo all'acquirente non è senza conseguenze sui costi che, invece, gravano su altri soggetti: è infatti evidente che il reale proprietario del bene, proprio in ragione del rischio di perdere il diritto a causa del meccanismo acquisitivo in esame (che, lo ribadiamo, a differenza del sistema tedesco non contiene eccezioni neppure per il caso di beni di provenienza furtiva o involontariamente smarriti), si trova a dover vigilare con maggiore attenzione sulle sue proprietà ⁽¹³⁷⁾. È agevole la dimostrazione: supponiamo che A sia proprietario di una mucca che pascola sul suo terreno non recintato; sia 1.000 il valore della mucca e sia 300 il costo di costruzione di una recinzione; supponiamo che nei pressi del campo scorra un fiume e che vi sia il 20% di probabilità che l'animale, allontanandosi dal campo, finisca annegato; se questa eventualità non si verifica, allora, quand'anche l'animale si allontani dal pascolo, A è in grado di ritrovarlo, sostenendo un costo di ricerca pari a 10. In questo quadro, costruire la recinzione costituisce una spesa socialmente inutile, dato che, a fronte di un costo di 300, si evitano un danno di 200 (20% del valore dell'animale: il rischio di affogamento) e le spese di ricerca pari a 10; A deciderà di non costruire la recinzione, dato che i costi e benefici sociali sono identici ai costi e benefici individuali. Supponiamo, ora, che sia introdotta la regola per cui chi ritrova l'animale se ne possa appropriare: in questo mutato contesto, scenda al 20% la probabilità che A ritrovi l'animale (prima che esso sia trovato, con effetto acquisitivo, da B o C, soggetti che abitano nelle vicinanze): ecco che la nuova disciplina introduce una divaricazione tra costi sociali e costi individuali; mentre, dal

⁽¹³⁶⁾ S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, chapter 9, pp. 15 s.

⁽¹³⁷⁾ H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed., Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, p. 536; U. MATTEI, *Il titolo idoneo di cui all'art. 1153 del codice civile. Qualche riflessione di analisi economica ed uno sguardo agli incentivi*, *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1449.

punto di vista sociale, l'unico costo è costituito dal possibile affogamento della mucca (mentre l'acquisto dell'animale da parte di B o C si risolve in un mero problema distributivo), dal punto di vista individuale di A, l'attribuzione del bene a B o C si risolve in una perdita secca; pertanto, A, considerando il costo di ricerca (10) e la probabilità di perdere l'animale a favore dei vicini (80% di 1.000 =) 800, deciderà di costruire la recinzione: raggiungendo così un esito socialmente indesiderabile.

Emerge, dunque, da questa considerazione, la possibilità di vedere come, alla riduzione dei costi per alcuni soggetti (maggiore sicurezza per gli acquirenti dei beni in ordine alla legittimazione dell'alienante), corrisponda un aumento di costi in capo ad altri (i proprietari, sollecitati a maggiori investimenti per vigilare sui propri beni): ciò suggerisce di valutare se il bilanciamento tra questi due valori sia stato operato in maniera adeguata ed opportuna da parte del legislatore italiano.

Il principale dubbio ha riguardato l'assenza di distinzioni, nel nostro ordinamento, tra acquisti di *res furtivae* ed altri acquisti; la regola, come si è visto, è nettamente diversa da quella tedesca⁽¹³⁸⁾ ove l'esclusione dell'acquisto in base al conseguimento del possesso in buona fede viene, in questo caso, giustificata con la necessità di disincentivare le azioni delittuose, utilizzando strumenti che precludano al reo la possibilità di ottenere gli utili collegati alla propria condotta; del pari, questa diversa regola serve ad attenuare i costi che il reale proprietario deve sostenere per non incorrere nel rischio di perdere la titolarità a causa del congiunto gioco di un furto collegato ad un successivo acquisto del possesso in buona fede⁽¹³⁹⁾.

Il perfezionamento della fattispecie acquisitiva contemplata dall'art. 1153 c.c. richiede, come si è notato, la consegna della cosa all'acquirente; questo elemento, dal punto di vista della giustificazione tradizionale della regola, vale a manifestare l'apparenza della titolarità in capo all'alienante: l'ordinamento, consentendo di confidare sull'apparenza (cioè sull'apparente titolarità riflessa nella

⁽¹³⁸⁾ Cfr. § 935 BGB.

⁽¹³⁹⁾ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, p. 79.

itc) al possibile
'animale da parte
ativo), dal punto
a B o C si risolve
il costo di ricerca
e dei vicini (80%
ne: raggiungendo

la possibilità di
li soggetti (mag-
ordine alla legitti-
o di costi in capo
investimenti per
ire se il bilancia-
maniera adeguata

li c) inazioni, nel
l'altri acquisti; la
nella tedesca (138)
ento del possesso
on la necessità di
umenti che pre-
egati alla propria
attenuare i costi
orrere nel rischio
o di un furto col-
buona fede (139).
iva contemplata
segna della cosa
ita della giustifi-
tare l'apparenza
, consentendo di
irit) riflessa nella

shers, New York, 2003,

situazione possessoria), riduce i costi transattivi connessi con la necessità di accertare l'effettiva titolarità del bene in capo all'alienante; al contempo, però, come si è già notato, esso determina un incremento dei costi che il reale proprietario deve sostenere per non perdere il controllo fisico delle sue proprietà. Una regola opposta, come è chiaro, ridurrebbe i costi in capo al reale proprietario, incrementando i costi transattivi e, quindi, fornendo intralci al mercato. Si deve anche notare, però, che il mercato è benefico non tanto per il fatto di attuare molte transazioni, quanto perché consente alle risorse di raggiungere gli impieghi maggiormente remunerativi. Ci si può allora domandare quale sia la regola che permetta più agevolmente di raggiungere questo risultato economico sostanziale. Sembra ragionevole rilevare che il soggetto meno incline a considerare il valore d'uso del bene sia il ladro, dato che questi propenderà piuttosto ad alienare a terzi il bene rubato per un corrispettivo calibrato sulle probabilità di essere acciuffato, piuttosto che su quelle di impiegare efficientemente il bene in questione: è quindi verosimile che il ladro proceda a vendite per corrispettivi niente affatto allineati a quelli di mercato. Ecco allora che, nel confronto tra soluzione italiana e soluzione tedesca, appare emergere la superiorità della seconda; in questa prospettiva, anche la soluzione tradizionale del common law può intendersi come un'applicazione semplificata della medesima regola, dato che si può operare una equiparazione tra vendita da parte di un commerciante e vendita attuata da un soggetto che non sia un ladro.

La soluzione che consiste nell'escludere l'operatività della regola possesso vale titolo rispetto ai beni di provenienza furtiva non graverebbe di pesanti oneri la posizione dei candidati acquirenti, dato che il costo che si deve sostenere per scoprire (o sospettare) l'origine furtiva di un bene che, ad esempio, viene venduto a bassissimo prezzo, in un mercato irregolare, noto per essere il crocevia dello smercio della piccola refurtiva, è assai contenuto; non si giustifica, allora, che la sua considerazione conduca a far gravare il rischio sul proprietario derubato anziché sull'imprudente acquirente (140).

(140) H.B. SCHÄFER und C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, III ed.,

In dottrina, è stato recentemente operato il tentativo di leggere antiletteralmente (ma, soprattutto, in contrasto con l'opinione prevalente) il requisito del titolo astrattamente idoneo, riferendolo, anziché al titolo intercorrente tra venditore ed acquirente che consegue il possesso, a quello intercorrente tra proprietario e successivo venditore, in modo da escludere che la norma si applichi al ladro (che certamente non potrebbe vantare alcun titolo di acquisto astrattamente idoneo all'effetto) ⁽¹⁴¹⁾.

In effetti, la situazione normativa italiana non contiene una espressa esclusione dell'applicabilità della regola possesso vale titolo all'ipotesi dei beni di provenienza furtiva; in questo caso, la posizione dell'acquirente è sindacata unicamente dal punto di vista della esistenza o meno della buona fede (che è presunta), con l'aggravante che tale elemento è letto in connessione con la previsione dell'art. 1147 c.c., per cui esso è escluso solo in presenza di colpa grave.

Sarebbe invece preferibile disporre di una espressa disapplicazione dell'art. 1153 c.c. per il caso qui considerato o, almeno, di una semplificazione come quella attuata dal common law tradizionale, che esclude la buona fede in colui che acquisti con modalità tali che *ex se* giustifichino il dubbio sulla provenienza illecita del bene (es.: acquisto da privati anziché da commercianti, per corrispettivi anomali; acquisto in mercati irregolari, etc.) ⁽¹⁴²⁾.

4.6.4. Acquisto volontario e acquisto coattivo dei diritti.

Si è visto, nelle pagine precedenti, che la negoziabilità dei diritti consente, in assenza di costi transattivi, di far giungere le risorse ai loro impieghi maggiormente remunerativi; conviene

Springer, Berlin - Heidelberg, 2000, p. 536; v. anche B. BOUCKAERT and B. W.F. DEPOORTER, *Adverse Possession — Title Systems*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

⁽¹⁴¹⁾ U. MATTEI, *Il titolo idoneo di cui all'art. 1153 del codice civile. Qualche riflessione di analisi economica ed uno sguardo agli incentivi*, Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1456.

⁽¹⁴²⁾ B. BOUCKAERT and B. W.F. DEPOORTER, *Adverse Possession — Title Systems*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, publ. Edward Elgar and University of Ghent, Bouckaert & De Geest, 1999.

o l' tentativo di
ntrasto con l'opi-
tamente idoneo,
ra venditore ed
intercorrente tra
escludere che la
potrebbe vantare
l'effetto) (141).

on contiene una
la possesso vale
n questo caso, la
ite dal punto di
che è presunta),
messione con la
escluso solo in

spr a disappli-
erato o, almeno,
al common law
che acquisti con
illa provenienza
a commercianti,
olari, etc.) (142).

ivo dei diritti.

egoziabilità dei
far giungere le
rattivi; conviene

d B. W.F. DEPOORTER,
a, publ. Edward Elgar

: *Q* e riflessione di
vanni Cattaneo, vol. 3,

— *Title Systems*, in
f Ghent, Bouckaert &

soffermarsi brevemente sulla considerazione della ragione per cui
ciò accade.

In uno scambio volontario, ciascuna delle parti sacrifica le
utilità connesse alla prestazione di cui si priva, in vista di quelle
della prestazione che attende: in questo modo, ciascuna parte, se
agisce razionalmente, accetta di privarsi di una risorsa solamente
nel caso in cui ottenga in cambio un'altra risorsa alla quale
riconnetta utilità maggiori di quelle sacrificate.

Si deve notare che le utilità considerate sono solamente quelle
soggettivamente valutate dalle parti dell'operazione: se si utiliz-
zasse come parametro quello dei valori di mercato, allora risul-
terebbe frequentemente assai arduo capire la ragione per cui gli
scambi esistono.

Se, dunque, il criterio per valutare l'opportunità dello scam-
bio è soggettivo, se ne ricava immediatamente l'impossibilità di
sostituire quello volontario con uno scambio coattivo: infatti, in
questo caso, non può funzionare proprio il criterio in base al
quale valutare l'opportunità dell'operazione.

Si pensi a Tizio, proprietario di un edificio: egli può essere
tale solamente in attesa di rivendere l'immobile ad altri, oppure
può essere l'ultimo discendente di una casata che sempre ha
abitato in quella magione; nell'un caso e nell'altro, ragionevol-
mente, sarà ben diverso il prezzo che Tizio è disposto ad
accettare per alienare il bene: questa differenza, però, è conosci-
bile nella sua esatta entità solamente da Tizio, con la conseguenza
che il suo giudizio non è sostituibile con quello di altri.

Le considerazioni svolte consentono di avvicinarsi al tema
degli acquisti coattivi.

È noto che lo Stato può acquistare beni alla pari di ogni altro
soggetto, conducendo quindi una trattativa e stipulando un con-
tratto, come può anche, sotto certe condizioni, acquistare coatti-
vamente la proprietà di determinati beni, attraverso lo strumento
dell'espropriazione per pubblica utilità (143). Ci si domanda allora

(143) L'espropriazione è manifestazione del potere di supremazia dello Stato ed estrinseca-
zione dell'uso della forza, riservata allo Stato: da qui la naturale preoccupazione che questi due
dati possano condurre ad abusi nei confronti dei privati e la reazione consistente nella disciplina
del fenomeno nei testi normativi principali degli ordinamenti; così, negli USA come in Italia, la

in quali casi sia opportuno ricorrere a questo particolare modo di acquisto della proprietà da parte del soggetto pubblico.

Nel caso di espropriazione, al soggetto privato del diritto viene riconosciuto un indennizzo⁽¹⁴⁴⁾ il cui ammontare coincide con il valore di mercato del bene⁽¹⁴⁵⁾; il ricorso a questo parametro presenta al contempo un vantaggio ed uno svantaggio.

Costituzione si preoccupa di esplicitare la necessità di un indennizzo e la necessaria correlazione tra espropriazione e raggiungimento di fini pubblici. In arg., R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 149.

⁽¹⁴⁴⁾ La dottrina si è anche domandata se sia opportuno prevedere che lo Stato, nel momento in cui decide di espropriare, debba pagare un indennizzo: in proposito, si può notare come pressoché ogni nuova legge dello Stato comporti il sacrificio di interessi di alcuni consociati, a vantaggio della generalità o di altri gruppi, senza che questa constatazione abbia mai portato alcuno ad affermare un generale dovere dello Stato di indennizzare i consociati lesi dalla novità legislativa. Inoltre, si può aggiungere come l'esistenza dell'indennizzo possa favorire l'effettuazione di investimenti eccessivi da parte dei privati; così, se Tizio deve decidere se costruire un fabbricato sul proprio terreno, egli è portato a confrontare il costo dell'intervento (es.: \$ 1.000) con il beneficio atteso (es.: \$ 1.100), trascurando la probabilità di espropriazione (es.: 20%), in quanto, ove questa dovesse verificarsi, egli otterrebbe comunque un indennizzo pari a \$ 1.100; si tratta di un esito inefficiente, dato che, dal punto di vista sociale, il costo dovrebbe essere confrontato con l'utilità generale dell'iniziativa, che è pari (all'80% di 1.100 e quindi) a 880.

Di contro a questi argomenti, è stato però in genere attribuito un peso prevalente a quello che ravvisa l'opportunità dell'indennizzo nella necessità di evitare che le scelte dello Stato siano svincolate da ragioni economiche e si risolvano in eccessivi o, comunque, non opportuni acquisti. L'indennizzo, dunque, è un costo che lo Stato deve sostenere al fine di recuperare quella razionalità nelle proprie condotte che, altrimenti, potrebbe perdersi. Su tutto ciò, v. S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, Chapter 11.

Non solo: vi è un altro argomento assai importante da considerare. Benché sia vero che l'indennizzo è corrisposto con denaro che lo Stato si è procurato pur sempre presso i cittadini e, quindi, benché sia vero che il pagamento dell'indennizzo si risolva solamente in una redistribuzione di denaro tra i consociati, tuttavia è opportuno che lo Stato si finanzia attraverso il sistema impositivo anziché attraverso espropriazioni senza indennizzo. Una tassa imposta su un singolo genere di beni ha un effetto distorsivo maggiore rispetto ad una tassa imposta su un genere di beni molto ampio; così, è ragionevole che una tassa sulle carote incida sulle scelte dei consumatori assai più di una tassa sulle verdure in genere e ancor più di una tassa su tutti i generi alimentari. Poiché l'espropriazione incide su un singolo, sembra di poter estendere a questo caso l'osservazione sulla capacità distorsiva di una tassa rivolta contro il consumo di un singolo bene (R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 149).

⁽¹⁴⁵⁾ Il valore di mercato non è sempre agevole da determinare, soprattutto quando si parli di beni infungibili, come sono tipicamente gli immobili, tipici oggetti di espropriazione; tuttavia, è questo il valore cui tendenzialmente si cerca di far riferimento, soprattutto negli Stati che vantano solide tradizioni di libertà e che non prediligono il disordine amministrativo.

Il riferimento al valore di mercato può dare luogo talora a dubbi e problemi ulteriori. È stato proposto in dottrina (POSNER) il dubbio se esso valga anche nel caso in cui sia stato determinato in ampia misura dalla stessa attività ablativa posta in essere dal governo; così, si supponga che, in periodo bellico, il governo proceda ad ampie requisizioni di imbarcazioni; in tal modo, il prezzo dei noleggi, attesa la maggiore scarsità di navi, è spinto a crescere. Ci si domanda allora se il governo, procedendo a nuove requisizioni, debba riferirsi, per determinare l'indennizzo dovuto, ad un prezzo che è ampiamente determinato proprio dall'esistenza dell'iniziativa governativa.

colare modo di
blico.
ato del diritto
ntare coincide
orso a questo
no svantaggio.

ecessaria correlazione
e T. ULEN, *Law and*

ere che lo Stato, nel
posito, si può notare
di di alcuni consociati,
ne abbia mai portato
ociati lesi dalla novità
sa favorire l'effettua-
idere se costruire un
ervento (es.: \$ 1.000)
azio (es.: 20%), in
izzo, a \$ 1.100; si
sto dovrebbe essere
0 e quindi) a 880.
revalente a quello che
ello Stato siano svin-
n opportuni acquisti.
rare quella razionalità
S. SHAVELL, *Economic*
apter 11.

Benché sia vero che
re presso i cittadini e,
ate in una redistribu-
i attraverso il sistema
nposta su un singolo
a su un genere di beni
dei consumatori assai
eri alimentari. Poiché
so l'osservazione sulla
(R. COOTER e T. ULEN,

attutto quando si parli
ropriazione; tuttavia,
tutto negli Stati che
anis' 70.
lemi superiori. È stato
sia stato determinato
i, si supponga che, in
in tal modo, il prezzo
domanda allora se il
l'indennizzo dovuto,
ziativa governativa.

Il vantaggio è costituito dal fatto che l'espropriato non riesce a sfruttare, come invece potrebbe fare se lo Stato dovesse necessariamente passare attraverso il raggiungimento di un accordo, la propria posizione di monopolista: si consideri, infatti, come spesso il privato sia proprietario di un bene indispensabile allo Stato, tale da non poter essere sostituito con alcun altro (es.: per unire due tratti di strada, occorre disporre del terreno che li separa; a nulla servirebbe disporre di qualsiasi altro tratto di terreno); in queste condizioni, il privato viene a beneficiare di una posizione di monopolio ⁽¹⁴⁶⁾, i cui effetti distorsivi vengono neutralizzati proprio attraverso lo strumento espropriativo ⁽¹⁴⁷⁾.

Lo svantaggio è costituito dal fatto che al privato viene attribuito un indennizzo parametrato non sul valore soggettivo, ma su quello di mercato ⁽¹⁴⁸⁾; questo significa che il soggetto pubblico, nel decidere se espropriare un bene, confronta l'utile che gliene deriva, con un pregiudizio che non è quello effettivamente cagionato al privato, ma è minore di quello ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 54 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ L'adozione di un comportamento opportunistico non è certamente l'unica eventualità che può condurre al fallimento di una trattativa privata tra Stato e cittadino: si debbono considerare anche tutte le difficoltà proprie di qualsiasi trattativa negoziale; inoltre, si può ricordare anche la possibilità che, molto banalmente, il privato non voglia vendere, il che naturalmente comporta difficoltà molto gravi ove egli sia proprietario di un bene la cui proprietà pubblica sia indispensabile alla realizzazione di un progetto che sia possibile solamente con il concorso dell'accorpamento di molte proprietà. Si potrebbe anche obiettare come il caso di chi non voglia vendere non debba essere considerato, in quanto una simile condotta sarebbe semplicemente da considerare irrazionale e, quindi, irrilevante in un ambito scientifico che eleva la razionalità dei comportamenti ad assunto fondamentale; in dottrina è stato però osservato come la volontà di non vendere possa anche avere un fondamento razionale. Sia w il valore che lo Stato raccorda ad un immobile; sia v il valore che il proprietario raccorda allo stesso immobile; sia y il patrimonio del privato; $u(y)$, cioè l'utilità derivante da incrementi patrimoniali, cresce all'aumentare di y ma seguendo una curva avente una pendenza decrescente; in queste condizioni è possibile che, pur se wv , nessun prezzo sia idoneo a comporre un paniere per il privato che contenga denaro sufficiente a rendere indifferente la perdita dell'immobile a fronte di un incremento patrimoniale. Per questa analisi, v. SHAVELL Steven, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, Chapter 11.

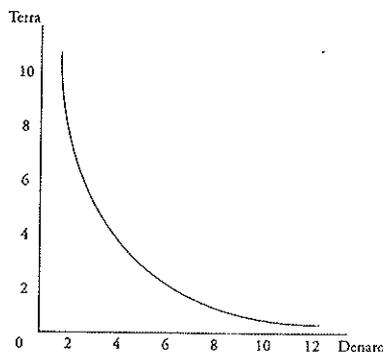
⁽¹⁴⁸⁾ T. ANDERSON e F. MCCHESENEY (cur.), *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2003, p. 303; R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, III ed, Addison Wesley, 2000, pp. 162 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ L'indennizzo dovrebbe comportare una semplice traslazione della posizione del soggetto espropriato, lungo una medesima curva di indifferenza, in modo da costruire un paniere formato da una quantità tale di terra (supposto che sia questo l'oggetto dell'espropriazione) e denaro che procuri tante utilità quante ne derivavano dal paniere posseduto prima dell'intervento ablativo.

Il valore soggettivo connesso alla proprietà del bene viene così espropriato senza indennizzo ed il soggetto pubblico acquista coattivamente anche beni che, in base ad un corretto calcolo dei valori sacrificati e di quelli creati, sarebbero dovuti rimanere privati ⁽¹⁵⁰⁾.

Dalle osservazioni proposte è agevole trarre alcune conclusioni in ordine all'opportunità di far ricorso allo strumento espropriativo: infatti, quando si tratta di acquisire un bene per il cui ottenimento i costi transattivi siano modesti, allora è opportuno che lo Stato ricorra ad una normale negoziazione; infatti, in tal modo si evita lo svantaggio sopra identificato, rinunciando al vantaggio che, essendo i costi transattivi modesti, sarebbe del pari modesto. Ove invece il bene da acquistare sia connesso a costi transattivi elevati, il ricorso all'espropriazione diviene assai più opportuno ⁽¹⁵¹⁾.

Al proposito, è sufficiente considerare la forma della curva di indifferenza sotto rappresentata, per notare come la quantità di denaro necessaria a procurare l'identica soddisfazione dell'espropriato dipenda in via diretta dalla quantità di terra che viene espropriata in rapporto a quella globalmente posseduta dal soggetto. Infatti, per passare da 10 ad 8 unità di terra occorre assai meno denaro di quanto non ne occorra per passare da 4 a 2 unità.



⁽¹⁵⁰⁾ S. SHAVELL, *Economic Analysis of Property Law*, National Bureau of Economic Research, 2003, Chapter 11; T. ANDERSON e F. McCHESNEY (cur.), *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2003, pp. 304 ss.

⁽¹⁵¹⁾ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 54 ss. Si può aggiungere come le espropriazioni siano ammesse solamente per la necessità di realizzare finalità pubbliche: anche questa è una limitazione che vale a contenere i danni che la tecnica delle espropriazioni apporta al regolare funzionamento del mercato (R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, III ed., Addison Wesley, 2000, p. 164).

...d bene viene
pubblico acqui-
corretto calcolo
dovuti rimanere

...alcune conclu-
allo strumento
e un bene per il
, allora è oppor-
zione; infatti, in
, rinunciando al
sarebbe del pari
onnesso a costi
iviene assai più

...renza sotto rappresen-
identica soddisfazione
ropriata in rapporto a
unità di terra occorre

Bureau of Economic
Rights, Cooperation,
Jers...), 2003, pp.

ers, New York, 2003,
ate per la necessità di
tenere i danni che la
(R. COOTER e T. ULEN,

L'analisi dell'impiego dei poteri ablativi pubblicistici comporta non solamente la necessità di definire quali siano i presupposti del loro uso razionale: un altro tipico problema consiste nell'identificare la ricorrenza di un'espropriazione sostanziale di prerogative proprietarie in una situazione in cui, formalmente, il diritto non viene eliminato. In questo senso, si può pensare a provvedimenti pubblicistici conformativi della proprietà privata, tali da eliminare determinate possibilità di sfruttamento ⁽¹⁵²⁾.

Naturalmente, ove simili provvedimenti si presentino come destinati ad incidere sulla generalità dei beni, allora non vi è spazio per discutere di espropriazione (o, quanto meno, amministrare un sistema di indennizzi generalizzati risulterebbe decisamente antieconomico); così, ove si passasse da un regime di libera iniziativa edificatoria privata ad un regime concessorio, nessuno penserebbe alla necessità di attribuire un indennizzo generalizzato a tutti i proprietari di terreni. La situazione si presenta invece affatto diversa ove il provvedimento conformativo riduca le possibilità di uso di determinati beni, magari a vantaggio non solo della generalità, ma anche peculiarmente di alcuni altri titolari.

Si faccia il caso di un provvedimento con cui si stabilisca che, in un determinato quartiere, gli immobili non possano essere destinati ad attività di carattere industriale ⁽¹⁵³⁾. Con una simile

⁽¹⁵²⁾ In arg. R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, III ed, Addison Wesley, 2000, pp. 166 ss.; ivi si nota come l'esclusione di ogni indennizzo possa, in generale, comportare il pericolo che lo Stato introduca eccessivi vincoli conformativi, in quanto non viene limitato dalla necessità di sostenerne il costo. Per converso, se lo Stato fosse tenuto ad indennizzare, i singoli non terrebbero conto del rischio che eventuali investimenti possano essere destinati a divenire inutili in caso di intervento conformativo pubblico, dato che in questa eventualità l'investimento sarebbe comunque compensato dall'indennizzo (è quanto già osservato sopra, in nota, con l'esempio di Tizio che decide di costruire un fabbricato sul proprio terreno, trascurando il rischio di un'espropriazione): « if the state compensates property owners for governmental takings, property owners have an incentive toward excessive improvements, whereas if the state does not compensate, the government has an incentive to overregulate private property. *This is the paradox of compensation* » (R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, III ed., Addison Wesley, 2000, p. 169). V. anche D. SCHMIDTCHEN, *Funktionen und Schutz von "property rights". Eine ökonomische Analyse*, Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes, Discussion Paper 9804, pp. 28 ss.

⁽¹⁵³⁾ In arg., v. R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, III ed., Addison Wesley, 2000, pp. 169 ss.; ivi si osserva come un simile intervento conformativo possa avere una specifica ragione d'essere consistente nel correggere falsi segnali provenienti dal mercato e, quindi, per eliminare un

iniziativa, il governo interferisce con le possibilità di sfruttamento degli immobili della zona: ci si domanda se abbia diritto ad essere indennizzato il soggetto che, in concreto, abbia acquistato un terreno al fine di svolgervi proprio un'attività industriale. È stato osservato che un provvedimento del genere può essere interpretato come un mezzo per risolvere amministrativamente un problema di esternalità⁽¹⁵⁴⁾; pertanto, la soluzione dovrebbe derivare dalla previa analisi della legittimità o meno di immissioni provenienti da un fondo industriale ed incidenti sui fondi residenziali circostanti, dato che solo nel primo caso si potrebbe ritenere di essere in presenza di una facoltà d'uso effettivamente conculcata dall'atto conformativo (infatti, non sarebbe possibile chiedere di essere indennizzati per la perdita di una possibilità di uso illegittima)⁽¹⁵⁵⁾.

In argomento, si può ricordare il caso *Hadacheck v. Sebastian*⁽¹⁵⁶⁾: l'attore era proprietario di una fabbrica di mattoni, che produceva notevoli quantità di immissioni; l'amministrazione adottò un provvedimento che vietava le attività caratterizzate da immissioni come quelle prodotte dall'attore, all'interno dell'agglomerato urbano, con ciò imponendo la cessazione dell'industria in questione. L'attore sostenne che il provvedimento avesse comportato un'espropriazione sostanziale e, a sostegno, osservò come la sua attività fosse iniziata ben prima che la zona venisse utilizzata a fini abitativi. La Corte ritenne che non solo il preuso non creasse alcun diritto a continuare le immissioni, ma che violasse un dovere (quello di non immettere sostanze nocive nel circondario), che lo Stato aveva il diritto di far valere.

caso di *market failure*. Per la dimostrazione, mi limito però a rinviare alla fonte in questione, per ragioni di mera economia espositiva.

⁽¹⁵⁴⁾ In arg., v. W.A. FISCHEL, *Public Goods and Property Rights: Of Coase, Tiebout, and Just Compensation*, in *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, cur. Anderson Terry e McChesney Fred, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2003, pp. 13 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ « The zoning case falls between the usual taking of land for a public use, in which just compensation must be paid, and the abatement of a nuisance, in which compensation need not be paid (for the excellent reason that to have to pay compensation for "taking" a nuisance would encourage the creation of nuisances » (R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, p. 59).

⁽¹⁵⁶⁾ U.S. 394 (1915).

di sfruttamento
diritto ad essere
a acquistato un
ustriale. È stato
essere interpre-
amente un pro-
dovrebbe deri-
o di immissioni
lenti sui fondi
aso si potrebbe
o effettivamente
rebbe possibile
na possibilità di

check v. Seba-
di mattoni, che
mr. Distrazione
aratterizzate da
interno dell'ag
ione dell'indu-
dimento avesse
stegno, osservò
la zona venisse
solo il preuso
ssioni, ma che
nze nocive nel
alere.

onte in questione, per

oase, Tiebout, and Just
Anderson Terry e
B, pp. 13 ss.
iblic) in which just
mpensation need not
ng" a nuisance would
Law, VI ed., Aspen

4.7. La cooperazione tra gli individui e l'uso delle risorse.

Il teorema di Coase, con riguardo al caso dei costi transattivi positivi, afferma che le parti non necessariamente raggiungeranno quell'accordo che, invece, in assenza di quei costi, sarebbe stato sicuramente concluso.

Questa osservazione ha aperto la strada all'analisi del modo in cui le parti interagiscono tra loro nelle situazioni reali, in cui i costi transattivi esistono, in cui le informazioni non sono universalmente note, in cui, infine e conseguentemente, le scelte dipendono anche dalle aspettative sul modo in cui le altre parti reagiranno e si comporteranno.

Un ramo specifico dell'analisi economica del diritto utilizza lo strumentario concettuale della teoria dei giochi ⁽¹⁵⁷⁾ per indagare

⁽¹⁵⁷⁾ Un gioco è un modello che descrive una qualche forma di interazione strategica tra individui. La teoria dei giochi è adatta allo studio delle situazioni oligopolistiche, in cui vi siano cioè pochi agenti, la cui azione abbia influenza sulla condotta reciproca (R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996; E. RASMUSEN, *Teoria dei giochi e informazione*, tit. orig. *Games and Information*, [Basil Blackwell, Oxford, 1989], Hoepli, Milano, 1993, p. 11). Tra i giochi, distinguiamo:

— "games of complete but imperfect information": sono i giochi in cui ogni attore conosca tutte le informazioni, tranne il comportamento che verrà tenuto dall'altro protagonista;

— "games of incomplete information": sono i giochi in cui almeno uno dei protagonisti non conosca anche qualche dato ulteriore, come ad esempio il payoff connesso ad una qualche scelta strategica (parliamo, in tal caso, di asimmetria informativa);

— "games in which information is complete and perfect": sono quelli in cui almeno uno dei protagonisti conosca tutte le informazioni ed anche il comportamento che verrà tenuto dall'altro protagonista (D.G. BAIRD, R.H. GERTNER, R.C. PICKER, *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, 1994, p. 10).

Nella teoria dei giochi, distinguiamo le possibili strategie di gioco come segue:

— strategia *strictly dominant*: « a dominant strategy is a best choice for a player for every possible choice by the other player » (BAIRD, GERTNER, PICKER, *op. cit.*, p. 11; RASMUSEN, *op. cit.*, pp. 19 ss.);

— strategia *dominated e strictly dominated*: « one strategy is "dominated by" another strategy when it is never better than that strategy and is sometimes worse. When one strategy is always worse than another, it is "strictly dominated" » (BAIRD, GERTNER, PICKER, *op. cit.*, p. 11; RASMUSEN, *op. cit.*, pp. 19 ss.).

Sulla base di queste distinzioni, si può formulare la regola: « a player will choose a strictly dominant strategy whenever possible and will not choose any strategy that is strictly dominated by another » (BAIRD, GERTNER, PICKER, *op. cit.*, p. 11).

Accanto alle figure già menzionate, mette conto menzionare la c.d. *iterated dominance*: se un giocatore non dispone di una *dominant strategy*, egli sa, però, che l'altro giocatore adotterà la strategia per lui dominante (naturalmente, sempre che questa esista); questo gli permetterà di conoscere anticipatamente la condotta altrui e, attraverso tale prenoscenza, potrà adottare la strategia per sé più opportuna.

se, in determinate situazioni di relazioni intersoggettive, si generino o meno adeguati incentivi diretti a far sì che gli individui pervengano a realizzare esiti utilitaristicamente benefici. Si può dire, in generale, che, mentre l'analisi economica del diritto assume a modello la persona razionale massimizzatrice delle proprie utilità, la teoria dei giochi incrementa ancor più le caratteristiche di razionalità che improntano la condotta dell'individuo considerato, facendone un abile calcolatore, ben consapevole del futuro e delle reazioni che gli altri soggetti coinvolti possono avere in risposta alle sue iniziative ⁽¹⁵⁸⁾.

Anche la teoria dei giochi, nel valutare quali iniziative adotterebbero spontaneamente due parti coinvolte in un determinato esperimento, contribuisce a chiarire il senso e l'opportunità di introdurre regole giuridiche che prescrivano la condotta che i soggetti in questione debbono tenere.

Un esempio può aiutare nel comprendere l'utilità di questa tecnica di indagine. Si supponga l'esistenza di più proprietari rivieraschi lungo un tratto di fiume; la costruzione di argini contribuisce a ridurre i danni derivanti dalle esondazioni del fiume; tuttavia, è chiaro che la costruzione dell'argine da parte del proprietario di un fondo soltanto, se contribuisce a proteggere tale fondo, rischia di aggravare addirittura i danni cui sono esposti i confinanti. Attraverso la teoria dei giochi, si rende possibile stabilire se, in una simile situazione, si generino automaticamente adeguate spinte individuali a realizzare la soluzione economicamente massimamente efficiente o se, non risultando possibile questo esito in via fattuale, non sia preferibile l'adozione di un provvedimento normativo che imponga alle parti quella condotta che non abbia potuto generarsi automaticamente per effetto della razionalità e consapevolezza degli individui.

Uno dei risultati più interessanti cui approda la teoria in questione consiste nel mostrare come la condotta razionale degli individui possa condurre a risultati subottimali rispetto all'obiet-

⁽¹⁵⁸⁾ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 18 ss.

gg. ove, si gene-
che gli individui
benefici. Si può
mica del diritto
imizzatrice delle
ta ancor più le
condotta dell'in-
atore, ben consa-
soggetti coinvolti
).

quali iniziative
olte in un deter-
enso e l'opportu-
vano la condotta

l'utilità di questa
i p.)proprietari
uzione di argini
esondazioni del
rgine da parte del
sce a proteggere
danni cui sono
giochi, si rende
si generino auto
zare la soluzione
, non risultando
ribile l'adozione
alle parti quella
maticamente per
ndividui.

oda la teoria in
a razionale degli
risp. lo all'obiet-

lishers, New York, 2003,

tivo dell'efficienza economica. Si considerino i dati seguenti ⁽¹⁵⁹⁾: costruire un argine costa 2; se non vi sono argini, il danno da esondazione è pari a 4; se però si è costruito l'argine, il danno atteso scende a 2; tuttavia, se un proprietario ha costruito l'argine ed il vicino no, quest'ultimo subisce un danno da esondazione aggravato, pari a 10; infine, se entrambi i proprietari costruiscono un argine, riducono il danno da 4 a 3 (ma a questo si deve aggiungere il costo di costruzione dell'argine).

La teoria dei giochi mostra come, in una simile situazione, ogni proprietario dovrebbe razionalmente scegliere di costruire l'argine, anche se, dal punto di vista del benessere aggregato, ogni proprietario starebbe meglio (*would be better off*) non costruendo alcun argine.

		Proprietario 2	
		Non costruisce	Costruisce
Proprietario 1	Non costruisce	- 4; - 4	- 10; [-2]
	Costruisce	(- 2); - 10	(- 5); [- 5]

Se si analizza la matrice riportata e si sommano i valori contenuti in una cella, si individua agevolmente la soluzione più efficiente: la prima cella a sinistra presenta un danno complessivo di 8 che è inferiore al danno risultante da ogni altra cella (12;12; 10). Tuttavia, ogni proprietario sceglierà di costruire l'argine: infatti, ognuno sa che, se lui non costruisce, l'altro sceglierebbe di costruire, così riducendo il proprio danno atteso a 2, ma esponendo l'altro a grave pregiudizio; per evitare ciò, allora, non potrebbe fare altro che costruire, così portando all'esito inefficiente già descritto ⁽¹⁶⁰⁾. Utilizzando il linguaggio della teoria dei giochi si dice che la combinazione per cui entrambi costruiscono è un equilibrio di Nash, cioè una situazione in cui nessuno dei

⁽¹⁵⁹⁾ L'esempio che si propone è tratto da D.G. BAIRD, R.H. GERTNER, R.C. PICKER, *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, 1994, pp. 33 ss.

⁽¹⁶⁰⁾ Un semplice trucco per trovare un equilibrio di Nash in una matrice consiste nel porre tra parentesi tonda in ogni colonna il valore maggiore relativo al primo giocatore e tra parentesi quadra in ogni riga il valore maggiore per il secondo giocatore: l'equilibrio di Nash si trova nella casella in cui entrambi i valori sono tra parentesi.

giocatori potrebbe modificare la propria strategia migliorandola data la strategia che gli altri giocatori scelgono; ed infatti, data la scelta dell'altro di costruire, ogni giocatore non potrebbe utilmente decidere di non costruire, poiché ciò condurrebbe ad aumentare il danno che subisce; è facile invece vedere come la soluzione Pareto efficiente del gioco in questione non sia al contempo un equilibrio di Nash: infatti, se un giocatore sceglie di non costruire, l'altro può migliorare la propria condizione costruendo e così riducendo il proprio danno atteso.

In questa situazione, vi è spazio per un intervento normativo che corregga il comportamento dei soggetti, creando incentivi affinché gli stessi adottino la soluzione efficiente ⁽¹⁶¹⁾.

L'esempio proposto ed il discorso sviluppato mostrano come la stessa razionalità comportamentale degli individui possa condurre ad esiti subottimali dal punto di vista del benessere sociale o aggregato; in aggiunta, si deve notare anche come vi siano spesso impedimenti rispetto al raggiungimento dell'efficienza derivanti da forme di irrazionalità che connotano il comportamento individuale. Esistono dunque diverse ragioni di ostacolo al perfezionamento di un'operazione pure efficiente dal punto di vista economico generale; così, per esemplificare, tra le parti può esistere una situazione di ostilità (come accade tipicamente negli accordi di divorzio, spesso difficili da raggiungere), così pure una parte può adottare un comportamento irrazionale (favorito nel caso in cui le parti non abbiano una valida strategia negoziale) ⁽¹⁶²⁾; un altro

⁽¹⁶¹⁾ Se un gioco presenta il rischio di generare la *tragedy of the commons*, oppure presenta più equilibri di Nash ed il rischio che la coppia di strategie adottate non costituisca a sua volta un equilibrio di Nash, se è impossibile predire il comportamento delle parti in quanto non sia ravvisabile alcuno *Schelling Point*, allora vi è la possibilità di intervenire normativamente, trasformando la condotta più opportuna in una *dominant strategy*: in questo senso, D.G. BAIRD, G., R.H. GERTNER, R.C. PICKER, *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, 1994. L'intervento normativo, quindi, permette di convertire giochi privi di soluzione cooperativa in giochi, invece, dotati della possibilità di un simile risultato.

Gli studi in materia hanno peraltro anche mostrato come esistano strumenti ulteriori rispetto all'intervento normativo, al fine di realizzare l'obiettivo della trasformazione di giochi non cooperativi in giochi cooperativi; tra tali strumenti, vi sono l'onore e la reputazione dei soggetti all'interno della cerchia sociale. Si noti, però, come anche la semplice ripetizione del gioco nel tempo possa introdurre fattori di conoscenza idonei ad incidere sulla condotta degli agenti (*repeated games*).

⁽¹⁶²⁾ R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed, Addison Wesley, 1996, p. 85.

già migliorandola
ed infatti, data la
on potrebbe util-
condurrebbe ad
e vedere come la
ffione non sia al
ocatore sceglie di
a condizione co-

esso.
vento normativo
reando incentivi
di (161).

mostrano come
vidui possa con-
benessere sociale
e vi siano spesso
enz derivanti da
tamento indivi-
lo al perfeziona-
di vista econo-
può esistere una
megli accordi di
e una parte può
nel caso in cui le
(162); un altro

mons, oppure presenta
stituisca a sua volta un
rti in quanto non sia
nire normativamente,
sto senso, D.G. BAIRD,
niversity Press, 1994.
uzione cooperativa in

io strumenti ulteriori
mazi di giochi non
utazione dei soggetti
etizione del gioco nel
condotta degli agenti

ley, 1996, p. 85.

fenomeno importante da prendere in considerazione è il c.d. effetto di dotazione (*endowment effects*) (163): studi empirici hanno mostrato che spesso un soggetto chiede molto più denaro per cedere un bene di cui è proprietario di quanto non sia disposto a pagarne per divenirne proprietario. La dotazione, cioè l'assegnazione iniziale di un diritto, può dunque incidere sull'esito di una trattativa.

(163) R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, II ed., Addison Wesley, 1996, p. 83; R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VI ed., Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 18 ss.