
RIVISTA CRITICA

DEL

Anno XXXIII - 4
Dicembre 2015
Trimestrale

DIRITTO PRIVATO

ISSN 1123-1025

Estratto

JOVENE EDITORE NAPOLI

Sul diritto di escludere: appunti ricostruttivi e critici in ambito fondiario

Rodrigo Míguez Núñez

«But what are the rights of ownership? [...] The owner is allowed to exclude all, and is accountable to no one».

Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law* (1881)

«Le droit de propriété se définit beaucoup plus par un coté négatif que par un contenu positif, par les exclusives qu'il implique que par les attributions qu'il confère».

Emile Durkheim, *Leçons de sociologie* (1890-1900)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Proprietà e libertà. – 3. Ius excluendi alios e chiusura dei fondi: cenni sulle origini moderne della regola. – 4. Concetto unitario. – 5. (*Segue*) Right to exclude nell'esperienza statunitense. – 6. I diritti di accesso. – 7. Osservazioni conclusive.

1. In una fase in cui si facevano stringenti le esigenze di solidarietà e di cooperazione, Stefano Rodotà insisteva su una nodale questione che propone «l'enigma della proprietà»: «il problema chiave, ineludibile, rimane quello distributivo», cioè, «la questione della distribuzione della ricchezza e della proprietà come presupposto dell'eguaglianza delle opportunità e delle libertà».

Per tale ragione risultava doveroso riproporre al tavolo del giurista il «gran tema dell'opposizione esclusione/inclusione» e insistere sulla necessità di diffondere e allargare il modello inclusivo nella gestione dei beni in proprietà privata¹.

Da allora poche aree della riflessione politico-giuridica hanno subito cambiamenti così rilevanti come in tema di proprietà. A ben vedere, il declino del modello proprietario centrato sul criterio dell'appartenenza astratta, l'evolversi di schemi di fruizione attenti alle caratteristiche funzionali del bene, nonché la lettura sempre più solidaristica del legame tra proprietà e tutela della persona, hanno di fatto contribuito a mutare definitivamente il discorso della proprietà individuale ancorata al para-

¹ S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, il Mulino, 2^a ed., 1990, spec. 16, 39, 450, 451, 454, prendendo spunto dalle riflessioni di Meade e Macpherson.

digma della assolutezza-esclusività, in quello della convivenza di un'insieme di interessi concretizzati nell'accesso ai beni di rilevanza sociale².

Se solo si pensa all'irruzione dell'economia di condivisione, all'espansione dei beni virtuali ad uso non rivale, al diffondersi dei modelli di gestione condivisa delle risorse proprie di aree non occidentalizzate, all'accesso aperto alla conoscenza, ai beni culturali o all'ampia gamma di riflessioni intorno alla categoria dei beni comuni, si converrà che la titolarità esclusiva non è affatto necessaria per poter godere di un bene e che il modello culturalmente dominante della proprietà privata cede progressivamente il passo allo sviluppo di strumenti giuridici rivolti a rendere operativa la nozione di accesso³.

Evidentemente, alla base di questo cambiamento si colloca il rinnovamento teorico della disciplina proprietaria (e dei beni in generale) assestato sul diritto del cittadino a non essere escluso da altri dalla fruizione di certi beni considerati essenziali al godimento di diritti fondamentali⁴.

In questo contesto, è opportuno tenere presente che Papa Francesco, nella sua lucidissima presa di coscienza sulla problematica ecologica, ha rinnovato l'invito a considerare la terra come «un'eredità comune, i cui frutti devono andare a beneficio di tutti [...] Di conseguenza, ogni approccio ecologico deve integrare una prospettiva sociale che tenga conto dei diritti fondamentali dei più svantaggiati. Il principio della subordinazione della proprietà privata alla destinazione universale dei beni e, perciò, il diritto universale al loro uso, è una “regola d'oro” del comportamento sociale, e “il primo principio di tutto l'ordina-

² Sappiamo, infatti, secondo quanto hanno insegnato Rodotà, Perlingieri e Rescigno, tra gli altri studiosi di una pionieristica generazione, che il recupero della solidarietà all'interno del fenomeno proprietario è premessa del godimento collettivo dei beni di maggiore rilievo sociale. Al riguardo è istruttivo il rinvio alla ricostruzione di G. Carapezza Figlia, *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta*, in «Rassegna di diritto civile», 4/2011, 1061 ss. Vedi anche L. Moccia, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in «Riv. trim. di dir. e proc. civ.», 2008, 59. A ciò si aggiungano gli esemplari contributi sulle odierne sfumature della funzione sociale della proprietà di L. Nivarra, U. Mattei e R.M. Marella apparsi sulla «Riv. crit. dir. priv.», 31, 4, 2013.

³ È questo il fenomeno che evidenzia Rifkin ribadendo, nel pieno della generazione di internet, una sua propria tesi. Vedi J. Rifkin, *The Zero Marginal Cost Society*, New York, Palgrave, 2014, 225 ss.

⁴ Così, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 107-108. Nella ricostruzione di questo nuovo orizzonte, centrato su un'eccezionale oggettivazione del bene, è preziosa la riflessione di P. Grossi, *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, in «Riv. trim. di dir. e proc. civ.», 2012, 1059 ss.

mento sociale”»⁵. L’esortazione di Francesco è rivolta a costruire una «nuova solidarietà universale» sulla base di un uso responsabile delle cose in grado di restituire «la dignità agli esclusi»⁶.

È interessante notare a riguardo che oggi, in una società caratterizzata da una progressiva dematerializzazione della ricchezza, sia la lettura solidaristica della disciplina proprietaria a contrapporsi al crescente fenomeno dell’espansione dei diritti esclusivi sui beni immateriali. Ne deriva che nei sempre più frequenti conflitti tra le «sfere di proprietà» (si pensi al diritto d’autore) e le «sfere di libertà» (si pensi alla libertà di espressione o di informazione), l’interprete sia chiamato alla ricerca di un nuovo modello di riferimento del rapporto giuridico che possa ridurre gli effetti distorsivi dell’esclusività nel rispetto dei diritti fondamentali⁷.

Potrà quindi intuirsi perché continui ad essere il diritto di escludere, ormai riproposto da diversi e non meno sofisticati meccanismi di recinzione, il nodo più frequente di conflitti intorno alle più varie risorse.

Per esemplificare, si tratta dei conflitti che si aprono quando una collettività che accede all’uso comune di un bene esclude dal suo godimento chi non ne è membro⁸. In materia di *intellectual property*, il medesimo conflitto si presenta quando il titolare del bene, al fine di preservare la sua posizione dominante, rifiuta di concedere licenze ad altri produttori che intendano sviluppare servizi aggiuntivi, per i quali esisterebbe un mercato concorrenziale⁹. Infine abbiamo un conflitto di questo genere se il *dominus*, nell’esercizio dell’autonomia che concede la proprietà, pretende protezione del suo diritto a prescindere dall’uso effettivo, o persino dall’abbandono, del bene¹⁰.

Il diritto di escludere solleva problemi attuali, quando l’esclusione può essere qualificata abusiva o non appare in linea

⁵ Lett. enc. *Laudato si’* (24 maggio 2015), n. 93, Milano, Edizioni San Paolo, 2015, 96, 97. Il riferimento è al contributo di San Giovanni Paolo II.

⁶ *Ibidem*, n. 14, 69 e 139, 37, 79 e 132.

⁷ I. Garaci, *Lo statuto giuridico dei nuovi beni immateriali: fra proprietà privata e beni comuni. Riflessioni su recenti interventi giurisprudenziali e normativi*, in «Rass. dir. civ.», 2/2015, 444, 455, 456. Sintomatica, in questa chiave, è la raffinata proposta destrutturante di N. Nipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2013, 136-138.

⁸ C. Angiolini, *Collettività e governo dei beni comuni. Il caso di Mondeggi*, in «Riv. dir. agr.», 1/2015, spec. 153, 154.

⁹ Come osserva, riportando rilevante giurisprudenza europea al riguardo, A. Gambaro, *Ontologia dei beni e jus excluendi*, in http://www.comparazioneDirittociVile.it/prova/files/rav_gambaro_ontologia.pdf, consultato il 30 luglio 2015.

¹⁰ A. Quarta, *Cose derelitte*, in «Riv. dir. civ.», 4, 2014, 776 ss.

con i bisogni di una società che aspiri a collegare i diritti fondamentali ai beni necessari per la loro realizzazione.

Tali quesiti offrono importanti spunti di riflessioni in relazione alla proprietà fondiaria. In effetti, di tutte le risorse esistenti, la terra è il bene che per attitudine può meglio essere concepito in termini di uso esclusivo, ragion per cui è diventato nel tempo il paradigma stesso della proprietà privata¹¹.

È proprio in questa traiettoria che intende inserirsi il contributo teorico che vorrei proporre. In una complessa stagione in cui si potenziano le varie alternative dell'accesso nel settore dei beni lo studio che qui si presenta si risolve nell'invito a meditare sul diritto di escludere i terzi dall'accesso alla proprietà fondiaria. Si tratta, pertanto, di riesaminare l'effettiva incidenza dello *ius excluendi alios* come elemento caratterizzante della forma storica della proprietà privata.

2. Tra gli assiomi che organizzano la struttura del diritto di stampo occidentale, quello legato al connubio tra proprietà e libertà ha certamente un ruolo essenziale¹².

Infatti, poiché la proprietà privata è considerata garanzia della conservazione della libertà personale, la massima «il n'existe pas de liberté là ou il n'y a pas de propriété» è normalmente condivisa dalla scienza privatistica¹³.

È vero che questa corrispondenza è lontana dal rispecchiare l'intera riflessione giuridica, ma la sua influenza nell'epoca moderna non può essere negata, soprattutto se la si tiene quale elemento nodale dell'affermazione giuridica del capitalismo ovvero

¹¹ Così, C. Rose, *Property as the Keystone Right?*, in «Notre Dame L. Rev.», 71, 1996, 351; K. Gray, *Property in Thin Air*, in «The Cambridge Law Journal», 50, 1991, 286.

¹² Cfr. J.M. Buchanan, *Property as a Guarantor of Liberty*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 1993, 59; R. Pipes, *Property and Freedom*, New York, Vintage, 1999, 279-281; M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, 1962, 7-21. Per la ricostruzione di questa impostazione vedi inoltre il classico contributo di C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese - La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, trad. it. S. Borutti, Milano, Mondadori, 1973.

¹³ Così P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens: la publicité foncière*, 5^e ed., Paris, Cujas, 2002, 111. Vedi anche F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, 5^e ed., Paris, Dalloz, 1998, 89-90; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 2004, 515. Sono però evidenti le critiche a siffatto connubio. Cfr. copiosa trattazione in M. Prospero, *Filosofia del diritto di proprietà*, Milano, Franco Agnelli, 2009, vol. I., 9 ss.; nonché da ultimo, L. Ferrajoli, *Libertà e proprietà*, in *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, Laterza, 2013, 91 ss.; U. Mattei, *Senza proprietà non c'è libertà (Falso!)*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

come concetto unitario, rappresentativo del criterio del *laissez faire* o dell'appropriazione individuale delle risorse nelle più svariate tradizioni di ricerca¹⁴.

Giova ricordare che all'origine di questa prospettiva vi fu l'elaborazione ottocentesca della categoria di diritto soggettivo, inteso come spazio libero e sicuro in cui domina la volontà sovrana, che attribuì la più ampia sfera di potere al *dominus* sulla cosa¹⁵. Così, per quanto emergeva già dalla teoria dei diritti soggettivi, appariva implicito un sistema di norme in cui ogni interesse del singolo, inclusa la sua libertà, si modellava secondo il linguaggio del dominio.

In concreto, la teoria del diritto soggettivo, a dispetto del principio di eguaglianza, poteva essere intesa nel senso seguente: solo i detentori di ricchezza – allora prevalentemente agraria – dovevano ritenersi soggetti liberi.

Si comprende di conseguenza perché il binomio proprietà e libertà, ben modellato sulla concezione individualistica e idealistica dell'istituto proprietario, doveva essere correlato all'attributo dell'invulnerabilità, il quale acquisiva un maggiore significato alla luce del connotato dell'esclusività¹⁶.

Sul piano materiale la simmetria tra libertà e proprietà si sarebbe manifestata nel diritto di escludere gli altri dal godimento della cosa. Da qui una fondamentale considerazione: la concezione della proprietà moderna, quale diritto individuale, compatto e assoluto, avrebbe avuto tra le sue principali concretizzazioni fisiche l'affermazione della facoltà di cingere il fondo escludendo la collettività dall'accesso ai predi altrui.

Questa affermazione deve essere intesa nel suo senso più letterale.

Il discorso sull'esclusività fondiaria si ricollega all'invulnerabilità del confine e la chiusura del fondo rende visiva, per l'ap-

¹⁴ Getta da ultimo luci assai utili su questo fenomeno C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai trattati europei*, Bologna, il Mulino, 2015, 17, 27. Vedi anche A. Gambaro, *Relazione introduttiva*, in *Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI Atti del Congresso. Milano, 8-9 novembre 2012*, Milano, Giuffrè, 2013, 15.

¹⁵ Si tratta, evidentemente, della concezione volontarista di diritto soggettivo opera di Savigny e Windscheid. Per i capisaldi di tale letteratura rimando all'attenta ricostruzione di M. Graziadei, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, Utet, 2001, 37 ss.

¹⁶ Cfr. L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, in «Riv. crit. dir. priv.», 6, 3, 1988, 427 ss.; C. Salvi, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in *Il Codice Civile - commentario del codice civile dir. da P. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 1994, 121.

punto, la pretesa del singolo di servirsi della cosa con esclusione degli altri¹⁷. Conseguentemente, la regola che attribuisce al proprietario il potere di chiudere il fondo consente di affermare che il confine della proprietà sia il limite dell'esercizio dello *ius excludendi*¹⁸.

Ciò è peraltro evidente nell'interpretazione dei primi commentatori del *Code* i quali conferirono delle prerogative talmente ampie al proprietario che finirono per confondere la cosa oggetto del diritto con lo stesso diritto¹⁹. Così facendo idearono un mondo in cui nessuno potesse utilizzare o godere di cose altrui senza privare i proprietari delle loro utilità²⁰. Ne consegue che il potere di esclusione si manifestò come corrispettivo dell'assolutismo – al punto di confondersi con esso – sia nel rigido mondo dell'astrazione (diritto opponibile a tutti) che nell'operatività reale della regola (uso esclusivo della cosa materiale)²¹.

Niente di tutto ciò è però riservato al solo diritto moderno, nemmeno scritto.

L'antropologia, anche giuridica, da tempo suggerisce che «l'esclusione dei terzi dell'ingerenza del bene, eleva il fatto fisico (relazione uomo-cosa) ad una realtà sociale (esclusione dei terzi dal bene)»²². In questo contesto, si coglie l'importanza di una riflessione di Lévi-Strauss, che riprende studi psicologici di Susan Isaacs, secondo cui ciò che attribuisce valore all'oggetto è la di-

¹⁷ Così, F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, Cedam, 2013, 115. Vedi anche G. Liotta, *Profili dell'accesso nel diritto privato*, Padova, Cedam, 1992, 5.

¹⁸ M. Costantino, *Chiusura di fondo*, in «Comm. del cod. civ.», dir. da E. Gabrielli, Torino, Utet, 2009, 470, 471; ora in *Esercitazioni su nevrosi per richiami impropri a nozioni astratte*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2004, II, 876.

¹⁹ A.M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, Puf, 219; S. Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété*, Paris, IRJS Editions, 2012, 96.

²⁰ Così, M. Xifaras, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, Paris, Puf, 2004, 135.

²¹ D'altra parte, come risulta noto, questa correlazione è ben diffusa nel mondo di *civil law* a partire dalle considerazioni di Demolombe: «*Le droit de propriété ne serait pas absolu, s'il n'était pas exclusif, et s'il pouvait être entravé ou diminué par le fait d'un tiers. Sous ce rapport, on peut dire que ces deux caractères essentiels de la propriété, d'être absolue et exclusive, se tiennent de très près et se confondent en quelque sorte*». C. Demolombe, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, in *Cours de Code civil de Napoléon*, 4^a ed., t. IX, Paris, Durand, 1870, n. 550, 469. Sul punto, vedi anche la ragionata sintesi di F. Macario, *Assolutezza, pienezza, inviolabilità, esclusività: la definizione del diritto di proprietà nelle codificazioni europee*, in G. D'Amico (a cura di), *Proprietà e diritto europeo, Proprietà e diritto europeo. Atti del Convegno, Reggio Calabria, 11 e 12 di ottobre 2013*, a cura di G. D'Amico, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 111.

²² R. Sacco, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, il Mulino, Bologna, 2015, 97.

menzione relazionale, legata ai rapporti personali in cui si colloca²³.

Preme misurare la portata di quest'ultima annotazione.

Il diritto di escludere, chiuso o non chiuso che sia il fondo, consente al *dominus* di esteriorizzare la sua più intrinseca pretesa nella vita quotidiana, ossia, di fare quel che vuole, decidendo in piena libertà di vietare o meno che chiunque si installi o governi l'oggetto di sua proprietà. L'esito che ne deriva è la conferma di un essenziale, e fin troppo noto, presupposto: l'istituto della proprietà, nella sua più moderna e diffusa accezione, non è altro che il frutto di un contratto di esclusione fra gli uomini²⁴.

Posta così la libertà del – e con rispetto al – proprietario è facile intenderla in termini negativi, ossia come la pretesa, volta verso tutti, a un comportamento che non ostacoli il pieno godimento del bene.

E proprio in questa ottica, tanto cara alle società liberali, l'individualismo si realizza nella messa al centro dell'io, conducendo alla disattenzione di ogni questione o preoccupazione che lo trascenda in svariati ambiti, come quelli legati agli obblighi della cittadinanza, ai doveri della solidarietà o alle necessità dell'ambiente²⁵.

3. Nell'ambito della disciplina contenuta nel codice le radici della chiusura dei fondi sono assai familiari.

«*Tout propriétaire peut clore son héritage*», recita l'art. 647 del *code* francese, formula passata nei codici degli Stati preunitari, nel codice civile del 1865 e di qui confermata dall'art. 841 del codice del 1942. Detto motto, rappresentato nel diritto tedesco con il potere di *ausschließen* di cui al § 903 del BGB, dal *cerchiamento* nella tradizione giuridica ispano-americana o dal po-

²³ C. Lévi-Strauss, *Les Structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton & co., 1967, 100: «*le désir de posséder n'est pas un instinct, et n'est jamais fondé (ou très rarement) sur une relation objective entre le sujet et le objet. Ce qui donne à l'objet sa valeur, c'est la relation à "autrui"*».

²⁴ In tale senso vedi, G. Madjarian, ricordando Pufendorf, in *L'invention de la propriété. De la terre sacrée à la société marchande*, Paris, L'Harmattan, 1991, 170; nonché S. Buckle, spiegando la nozione di comunione positiva, in *Natural Law and the Theory of Property. Grotius to Hume*, Oxford, Clarendon Press, 1999, 93-94. È d'obbligo, al riguardo, il rinvio alle parole con cui Rousseau aprì la parte seconda del suo *Discours*: «*Il primo che avendo cintato il terreno, pensò di dire «questo è mio» e trovo delle persone abbastanza stupide da credergli, fu il vero fondatore della società civile*». J.J. Rousseau, *Origine della disuguaglianza*, trad. a cura di G. Preti, Milano, Feltrinelli, 14^a ed., 2014, 72.

²⁵ Cfr. Ch. Taylor, *Il disagio della modernità*, trad. di G. Ferrara degli Uberti, Roma-Bari, Laterza, 4^a ed., 2006, 18, 28, 29.

tere di *fencing* di cui parlano gli specialisti di *land law* del diritto anglosassone, concretizza lo *ius excluendi alios* come un aspetto strutturale dell'istituto proprietario per l'intera cultura giuridica occidentale²⁶.

Del resto, in una disciplina in cui l'unico elemento distintivo tra le diverse forme di appropriazione si è ridotto nell'individuare la persona o il gruppo investito dell'appartenenza esclusiva, concerne a ogni ordinamento – nel ruolo di garante della pace tra i consociati – il compito di proteggere le diverse situazioni di appartenenza. Sotto questo aspetto non è vano tener presente che l'intera tradizione giuridica occidentale si è sviluppata intorno alla ricca gamma di rimedi a tutela della proprietà.

Accanto a queste considerazioni è perfino ovvio il richiamo all'esclusività nel contenuto dell'istituto proprietario sancito dal Codice del 1942 e, a livello europeo, nella recente definizione di *ownership* del *Draft Common Frame of Reference*, che sembra accogliere la formula dell'art. 1 del Libro V del Codice civile olandese del 1992. D'altronde, norme assai simili si riscontrano in alcuni paesi asiatici, come la Cina e il Vietnam dopo le ultime riforme nonché nel nuovissimo Codice civile e commerciale dell'Argentina²⁷.

Conviene altresì ricordare che il diritto di chiudere il fondo si collega ad un movimento assai vasto che domina il paesaggio europeo a partire del XVII secolo e che vede nelle recinzioni dei terreni inglesi la sua più chiara espressione²⁸.

²⁶ In tal senso vedi U. Mattei, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* dir. da R. Sacco, Torino, Utet, 2015, 276, 277.

²⁷ Cfr. C. von Bar et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Munich, Sellier, 2009, VIII-1:202; J.G. Sprankling, *The International Law of Property*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 311; artt. 1943 e 1944 c.c. Argentino in vigore dal 1 agosto 2015. Conviene però accennare all'esistenza di certi sistemi, soprattutto i nordici, dove la debolezza dell'ideologia proprietaria ha consentito l'affermarsi di diritti di accesso e di fruizione collettiva dei beni privati che si affiancano al potere esclusivo del titolare del bene. Sul punto è esauriente F. Valguarnera, *Accesso alla natura tra ideologia e diritto*, Torino, Giappichelli, 2010.

²⁸ I rinvii sulla tematica sono tanto vasti quanto noti. Ci limitiamo a richiamare, per la sua rilevanza storiografica, E.C.K. Gorner, *Common Law and Enclosure*, London, Macmillan & Co., 1912; J.M. Neeson, *Commoners: Common Right, Enclosure and Social Change in England, 1700-1820*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993. Nello scenario francese è preziosa l'analisi di M. Bloch, *La Lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIII siècle*, in *Annales d'histoire économique et sociale*, vol. 2, n. 7, 329-383, 1930; vol. 2, n. 8, 511-556, 1930. Più di recente l'offensiva contro *les communaux* è stata analizzata da N. Vivier, *Propriété collective et identité communale. Les biens Communaux in France 1750-1914*, Paris, Publica-

Nell'esperienza a noi più vicina, un'esemplare concretizzazione di questo fenomeno si ricava dall'abolizione dell'uso comune dei terreni nell'isola di Sardegna introdotta dal cosiddetto editto delle chiudende del 1820. L'atto autorizzava ogni proprietario a «chiudere liberamente [cioè senza autorizzazione] di siepe, o di muro, o vallar di fossa, qualunque suo terreno non soggetto a servitù di pascolo, di passaggio, di fontana, o d'abbeveratoio»²⁹. Conseguenza di ciò fu la corsa alle chiusure a scapito dell'attività pastorizia, a tal punto che un popolare cantico sardo dell'epoca, attribuito – non per caso – al vate dei poveri Melchiorre Murenu, recitava: «se il cielo fosse in terra, lo avrebbero recitato pure»³⁰.

Importa chiarire questo esordio perché dalle esigenze di modernizzazione della borghesia, dai progressi nelle tecniche agricole, dalle nuove teorie sullo sfruttamento del suolo, dallo sviluppo della nozione di diritto soggettivo, nonché dall'affermarsi dall'invulnerabilità e sacralità della proprietà, derivò il controllo totale e monopolistico dell'individuo sulla terra.

Beninteso, il proprietario controlla l'accesso agli attributi della cosa diventando il suo primo guardiano. Egli, come è da tempo ripetuto, acquisisce autorità sugli altri membri della società, ricevendo una sorta di devoluzione di potere da parte dello Stato³¹. Si intende allora perché la proprietà non è mai veramente *privata*³², ma anzi pervasa di valore politico, innalzandosi, per mezzo della garanzia delle sue ampie facoltà, come istituto capace di limitare il potere dello stesso Stato³³.

tions de la Sorbonne, 1998. Per una sintesi generale, in diversi contesti, cfr: G. Solari, *Individualismo e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1939, 136 ss.; nonché da ultimo F. Valguarnera, *Accesso alla natura tra ideologia e diritto*, cit., cap. I.

²⁹ L'editto è reperibile in C. Sole (a cura di), *La Sardegna di Carlo Felice e il problema della terra*, Cagliari, Editrice sarda Fossataro, 1967, 353 ss.

³⁰ Sono i versi della quartina «*Tancas serradas a muru / fattas a s'afferra afferra: / si su chelu fit in terra, / l'haian tacandu puru*». Si noti però, che l'attribuzione a Murenu è oggi discussa. Cfr. *Melchiorre Murenu. Tutte le poesie*, a cura di F. Pilia, Cagliari, Edizione Della Torre, 2010, 15.

³¹ Sul punto risulta ovvio il rinvio a M.R. Cohen, *Property and Sovereignty*, in «Cornell L. Q.», 13, 1927, 8, nonché a S. Rodotà, *Note su proprietà e sovranità*, in «Politica del diritto», 24, 2, 1993, 171 ss. Vedi inoltre, più di recente, T.W. Merrill, H.E. Smith, *Property: Principles and Policies*, New York, Foundation Press, 2007, 393; G. Alexander, *Commodity and Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought 1776-1970*, Chicago, University of Chicago Press, 1997, 335-340; E. Baker, *Property and Its Relation to Constitutionally Protected Liberty*, in «U. Penn. L. Rev.», 134, 1986, 751-753, 769-770.

³² In tal senso, T.W. Merrill, *The Landscape of Constitutional Property*, in «Va. L. Rev.», 86, 2000, 972-973; Gray, *Property in Thin Air*, cit., 304.

³³ La riflessione appartiene a S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., 105.

Non vale la pena elencare in questa sede le svariate conseguenze che il potere di cingere i fondi ha portato con se, ma una riflessione torna doverosa a proposito del suo più vistoso risultato: quale che sia il contesto storico in cui si lo voglia considerare – conquista codicistica della Rivoluzione Francese o del capitalismo agrario inglese – i veri perdenti delle chiusure non furono tanto i nobili, oramai privati del diritto di entrare nei fondi altrui per esercitare la caccia e la pesca, ma il popolo che del compascolo e della ricca tradizione degli usi comuni sui predi aperti traeva la sua fonte principale di sostentamento.

Dunque, se la proprietà individuale, assoluta e compatta, e la sua inviolabilità possono oggi considerarsi un mito, «fu vera e operante la condotta rivoluzionaria di tutti gli usi e di tutte le soggezioni consuetudinarie del fondo»³⁴.

Per chi si pone sul terreno prettamente giuridico, occorre sottolineare che la rilevanza del diritto di escludere si spiega anche per il fatto di essere la proprietà lo *ius in re* per antonomasia, conferendosi a tale categoria il carattere di una *facultas legitima homini in re competens* nell'ambito della trasformazione del concetto di diritto soggettivo ad opera degli studiosi francesi del secolo XVI e delle scuole romanistiche olandese e tedesca dei secoli XVII e XVIII³⁵.

Insomma, quel che a questo punto si può dire, seguendo la lezione di chi – come pochi tra i nostri studiosi – ha riflettuto sulle diverse sfumature dell'esclusività, è che la nozione moderna di proprietà sorse in concomitanza con il concetto di diritto soggettivo, di cui l'esclusività costituisce il tratto caratteristico più importante³⁶.

³⁴ È quanto insegnava Rodolfo Sacco ai suoi studenti pavesi nel 1967. Cfr. R. Sacco, *La proprietà*, Torino, Giappichelli, 1968, 52, 53. Di ciò ci rende anche conto Italo Birocchi che spiegando le difficoltà dell'applicazione dell'editto delle chiudende, inquadra la forza della tradizione fondata sulla comunanza delle terre e sul potere dei feudatari sulle concessioni fondiarie tra i principali ostacoli all'imposizione della proprietà perfetta in Sardegna. Vedi I. Birocchi, *Per la storia della proprietà perfetta in Sardegna. Provvedimenti normativi, orientamenti di governo e ruolo delle forze sociali dal 1839 al 1851*, Milano, Giuffrè, 1982, 37 ss.

³⁵ Così, M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* dir. da A. Ciccu, F. Messineo, L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 2011, 6.

³⁶ O.T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, Giuffrè, 1982, 175, n. 182. Vedi inoltre, a proposito del potere di cingere il fondo, U. Mattei, *La proprietà*, cit., 292. Riflessioni analoghe si riscontrano nella dottrina francese. Così, F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, Paris, Puf, 2008, 260. Conviene altresì notare che l'identificazione del termine *property right* con il concetto di diritto soggettivo è palese nella scuola di analisi economica del diritto. Sul punto è chiarificante P.G. Monateri, *Pensare il diritto civile*, Torino, Giappichelli, 1997, 180, 181.

4. A conferma di tutto ciò è necessario esaminare, seppur sommariamente, la confluenza strutturale della nozione dominicale che man mano persuase gli studiosi delle tradizioni di *common* e *civil law*.

Verso la fine del XVIII secolo William Blackstone depositava nel suo celebre trattato di diritto inglese una definizione di dominio destinata a rimanere regnante fino ai nostri giorni: «*sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe*»³⁷. Qualche decennio dopo un professore di diritto civile a Digione, Jean-Baptiste-Victor Proudhon, iniziava le pagine del suo più noto lavoro affermando: «*La propriété, comme l'indique l'étymologie du mot, consiste dans ce qui nous est propre à l'exclusion de tous les autres*»³⁸. Parallelamente a un analogo concetto perveniva Savigny precisando che la proprietà è l'illimitato ed esclusivo dominio di una persona sopra una cosa sulla quale la volontà opera ed estende il suo dominio³⁹.

In verità tali formule, nutrite dalle giustificazioni morali e utilitarie della proprietà di Grozio, Pufendorf e Locke, non fecero altro che condensare il pensiero di tutta una generazione di studiosi che videro nella proprietà fondiaria la proprietà dei beni social ed economicamente più rilevanti e nella sua appropriazione esclusivista il requisito necessario per la formazione di cittadini virtuosi in quanto possidenti⁴⁰.

Intanto, agli occhi del civilista, la più nota conseguenza di quest'insieme di elementi è stata quella di modellare il diritto di proprietà come una mera tecnica di appropriazione in forma esclusiva delle risorse materiali al punto che, indica Gambaro oggi, non è il potere di usare i beni in modo irresponsabile ciò

³⁷ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Philadelphia, J.B. Lippincott Co., 1893 [1765-1766], vol. I, Book II, 2.

³⁸ J.-B.V. Proudhon, *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Bruxelles, 1842, [Dijon, Victor Lagier, Libraire-éditeur, 1839], 2.

³⁹ F.K. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di a cura di V. Scialoja, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1886 [1840], I, 337, 367.

⁴⁰ Evidentemente, si tratta di una ricostruzione magistralmente compiuta da P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà? alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 7 ss.; ora in *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in Id., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, 648 ss. Per uno sguardo sintetico cfr. più di recente, Id., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 113-115.

che caratterizza la proprietà, ma il diritto di escludere gli altri senza doverne motivare le ragioni⁴¹.

Se è vero che il diritto di escludere è divenuto l'aspetto nodale della moderna tecnica dell'appropriazione, dovrà allora accettarsi l'ipotesi, fin troppo nota, secondo cui la concezione liberale individualista della proprietà privata rappresenta la stessa idea dell'esclusività al punto da coincidere con essa⁴².

5. Sotto il profilo comparativo giova illustrare l'affermarsi dello *ius excluendi* negli Stati Uniti.

Anzitutto, la giurisprudenza della Corte Suprema ha sistematicamente ribadito l'essenzialità del diritto di esclusione fra l'insieme di prerogative che racchiude la proprietà. Sono infatti note le pronunce che ritengono il diritto di esclusione «*one of the most treasured strands in the owner's bundle of property rights*», assumendo che esso risulti «*universally held to be a fundamental element of the property right*»⁴⁴.

Parimenti, la dottrina americana ha da sempre insistito sulla rilevanza del diritto di escludere per l'individuazione di situazioni proprietarie.

⁴¹ A. Gambaro, *La proprietà*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, 1990, 97; ora in *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* dir. da A. Ciccu, F. Messineo, L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 1995, 218. Vedi anche O.T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., 175, 194; V.L. Francario, *Potere di escludere e diritti di accesso nella proprietà fondiaria*, in *Trattato di diritto privato dir. da P. Rescigno*, 7, *La proprietà*, t. 1, Torino, Utet, 2005, 447; P. Zatti, *Manuale di diritto civile*, Vicenza, Cedam, 2015, 325-326. Però è anche vero che non poche voci della letteratura giuridica nostrana, vuoi per le particolari esigenze storiche che fondarono la proprietà ottocentesca, vuoi per chiarire il reale significato dell'istituto nei confronti della nozione di diritto soggettivo, hanno ridimensionato la rilevanza dell'esclusività come tratto caratterizzante dell'istituto proprietario. Cfr. O.T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., 180-181; M. Costantino, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, Jovene, 1967, 84, 85; P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, Jovene, 60; U. Natoli, *La proprietà*, Milano, Giuffrè, 1976, 139; L. Bigliazzi Geri *et al.*, *Diritto civile*, 2. *I diritti reali*, Torino, Utet, 1988, 58. Vedi inoltre, per il diritto francese, M. Fabre-Magnan, *Propriété, patrimoine et lien social*, in «RTD civ.», 1997, 583 ss.

⁴² A tale deduzione giunge esplicitamente la dottrina d'oltralpe. Cfr. F. Zenati-Castaing, Th. Revet, cit., 260; J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens*, 14^e ed., Paris, Puf, 1991, 124; A.M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, cit., 218-219. Tra di noi vedi L. Moccia, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, cit., 34; A. Quarta, *La polvere sotto il tappeto. Rendita fondiaria e accesso ai beni comuni dopo trent'anni di silenzio*, in «Riv. crit. dir. priv.», 31, 2, 2013, 264.

⁴³ *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 435 (1982).

⁴⁴ *Kaiser Aetna v. United States*, 444 U.S. 179-180 (1979). Vedi anche *Nollan v. Cal. Coastal Comm'n*, 483 U.S. 825, 833-834 (1987); *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374, 384 (1994). Per uno studio dettagliato sulla natura del diritto di escludere nelle pronunce della Corte Suprema nonché delle corti federali e di appello statali, vedi D.L. Callies, J.D. Breemer, *The Right to Exclude Others from Private Property: A Fundamental Constitutional Right*, in «Wash. U.J.L. & Pol'y», 3, 2000, 39-59.

Le origini di questa nozione sono piuttosto nobili. Già James Madison in un breve scritto aveva evidenziato, parafrasando Blackstone, che la proprietà consiste in «*that domination which one man claims and exercises over the external things of the world, in exclusion of every other individual*»⁴⁵. Tale concezione avrebbe trovato eco, quasi un secolo dopo, nell'essenziale contributo di Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (1881)⁴⁶. In Holmes (e in coloro che aderirono all'approccio pragmatico dell'analisi dei concetti legali) si ribadisce che l'anima della proprietà è l'esclusione poiché ritenuta l'unico elemento puramente sociale di essa. Ne deriva, in questa chiave, che la proprietà non rappresenti altro che una sigla per l'identificazione di un particolare insieme di «relazioni sociali»⁴⁷.

Su questa scia preme inoltre sottolineare lo sforzo di Wesley N. Hohfeld nell'approfondire sul valore sociale dell'istituto proprietario attraverso la concettualizzazione delle c.d. *jural relations*. In breve, Hohfeld osserva che la proprietà, quel «complesso aggregato di diritti (o pretese), privilegi, poteri e immunità», rispecchia l'interazione tra il proprietario e una serie indeterminata di soggetti (gli eventuali intrusi)⁴⁸. Su tale premessa i sostenitori della concezione proprietaria di *bundle of rights*, individuano nel diritto di escludere l'elemento essenziale della proprietà in quanto unico carattere in grado di riflettere il suo ruolo sociale⁴⁹.

Ciò premesso, si è aggiunto che la garanzia statale che supporta la pretesa del proprietario di governare senza ingerenza alcuna l'oggetto del suo diritto, evidenzia la situazione di privilegio (*legal advantage*) del *dominus* nei confronti dei terzi⁵⁰.

⁴⁵ J. Madison, *Property*, in *National Gazette*, Mar. 29, 1792, rist. in M. Meyer, ed., *The Mind of the Founder: Sources of the Political Thought of James Madison*, Hanover, N.H., University Press of New England, 186.

⁴⁶ «*But what are the rights of ownership? [...] The owner is allowed to exclude all, and is accountable to no one*». O.W. Holmes, Jr., *The Common Law*, New York, Dover Publications, 1991 [Boston, Little, Brown, 1881], 246.

⁴⁷ Così, A. Mossoff, *What is property? Putting the Pieces Back Together*, in «*Arizona Law Review*», 45, 2003, 395.

⁴⁸ Cfr. W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in «*Yale Law Journal*», 26, 1917, 746, 747.

⁴⁹ A. Mossoff, *What is property? Putting the Pieces Back Together*, cit., 396. Sulla rilevanza della teoria di Hohfeld nella concettualizzazione del diritto di escludere è istruttivo S. Balganes, *Demystifying the Right to Exclude: Of Property, Inviolability, and Automatic Injunctions*, in «*Harvard Journal of Law and Public Policy*», 31, 2008, 602 ss.

⁵⁰ Sul punto utilissimo è il rinvio alle classiche pagine di F. Cohen, *Dialogue on Private Property*, in «*Rutgers Law Review*», 9, 1954, 363, 370, 371. Vedi anche Id., *Property and Sovereignty*, cit., 12.

Più di recente la centralità del discorso sull'esclusione è stata accolta dai cultori dell'analisi economica del diritto.

Nel 1967 l'economista Harold Demsetz affermò che la proprietà, di qualunque regime essa sia, comporta genuinamente il diritto del titolare di escludere gli altri.

Il messaggio è chiaro: per innalzare il primato dell'appropriazione individuale, si attribuisce al diritto di escludere in capo a un soggetto la virtù di aumentare la fertilità della terra. Il singolo proprietario fondiario, precisa Demsetz, internalizza molti dei costi esterni associati alla proprietà comunale e della tutela concessa al suo potere di escludere si nutrono incentivi straordinari per utilizzare le proprie risorse in modo più efficiente⁵¹.

La sua tesi ha fatto scuola. Se il diritto di rifiutare le intrusioni non consensuali è protetto dallo Stato, spiega Posner, si incoraggia ogni proprietario a utilizzare i terreni in modo socialmente benefico. Cioè, l'agricoltore avrà incentivi per utilizzare la terra più produttivamente, massimizzando in definitiva l'uso efficiente del suo suolo⁵².

A compimento di questo percorso va ricordato, tra i molti studiosi che aderiscono alla scuola economica di Chicago, Richard Epstein, il quale mettendo a punto le sue riflessioni a proposito di *property and takings*, ha individuato nel possesso esclusivo l'elemento implicito nella concezione basilare della proprietà privata⁵³.

Insomma, assegnando al titolare il ruolo di primo guardiano all'accesso al suo bene, appare chiaro perché i beni che gli economisti descrivono come puramente privati sono quei beni il cui utilizzo è esclusivo e perché il costo per farli rispettare risulti considerevolmente più basso in confronto con i beni pubblici⁵⁴.

⁵¹ H. Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, in «The American Economic Review», 57, 2, 1967, 354, 356.

⁵² R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Austin, Aspen Publishers, 2011, 40. Vedi anche J.E. Penner, *The Idea of Property in Law*, New York, Oxford University Press, 1997, 71.

⁵³ R. Epstein, *Takings: private property and the power of eminent domain*, Cambridge (MA)-London, Harvard University press, 1985, 63; ora in, *Weak and Strong Conceptions of Property An Essay in Memory of Jim Harris*, in T. Endicott et al. (eds.), *Properties of Law: Essays in Honour of Jim Harris*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 97.

⁵⁴ R. Cooter et al., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, il Mulino, 1999, 121, 122. Cfr. inoltre T.W. Merrill, H.E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics*, in «Yale Law Journal», 111, 2001, 389.

Nella letteratura contemporanea la tendenza che si viene delineando si collega ad una corrente che attribuisce al diritto di esclusione il tratto più caratteristico della proprietà⁵⁵. La proprietà – si precisa – è il diritto di escludere gli altri dalle cose basato sull'interesse che si ha sull'uso di esse⁵⁶. Gli aderenti a questa tesi, nota come *exclusion theory* o *boundary approach*, osservano che la proprietà privata premia i proprietari che ricavano informazione sull'uso più produttivo delle risorse. Ciò si ottiene attraverso lo stabilimento di confini materiali e il conferimento di ampi poteri di controllo sull'accesso e sull'uso dell'oggetto.

Da questa considerazione deriva la rilevanza concessa al potere materiale di esclusione e a un effettivo sistema di azioni a difesa della proprietà⁵⁷.

In concreto, un'emblematica affermazione del diritto di escludere tramite l'utilizzo dei rimedi della *law of torts* si ricava da una decisione della Corte suprema di Wisconsin del 1997⁵⁸.

La vicenda è particolarmente semplice: l'azienda Steenberg Homes doveva consegnare una casa mobile a un cliente in una zona rurale. Sfortunatamente per Harvey e Lois Jacque, una coppia di anziani pensionati possessori di 170 acri adiacenti, il percorso più facile per la consegna era il loro terreno. Di fronte alla scelta di seguire un piccolo sentiero ricoperto da sette piedi di neve, contenente una curva stretta che avrebbe comportato a Steenberg Homes difficili manovre, l'alternativa più conveniente consisteva in tagliare dritto i terreni agricoli ghiacciati dei Jacque. La ditta chiese ripetutamente ai coniugi il permesso di attraversare la loro terra, offrendo persino il pagamento di un corrispettivo, che i Jacques rifiutarono affermando che non si trattava di una questione di soldi. Dopo aver tentato invano di trasportare la casa mobile percorrendo la stradina, la ditta decise di attraversare il campo dei Jacque, nonostante le loro irre-

⁵⁵ Cfr. J.E. Penner, *The Idea of Property in Law*, cit., 103; T.W. Merrill, *Property and the Right to Exclude*, in «Nebraska Law Rev», 77, 1998, 730; H.E. Smith, *Exclusion Versus Governance*, in «J. Legal Stud.», 31, 2002, 453. I lineamenti generali di questa corrente possono essere chiariti confrontando: L. Katz, *Exclusion and Exclusivity in Property Law*, in *University of Toronto Law Journal* 58, 2008, 277 ss.; H. Dagan, *Property. Values and Institutions*, New York, Oxford University Press, 2011, 37 ss.; G.S. Alexander, E.M. Peñalver, *An Introduction to Property Theory*, New York, Cambridge University Press, 2012, 136 ss.

⁵⁶ J.E. Penner, *The Idea of Property in Law*, cit., 71.

⁵⁷ G.S. Alexander, E.M. Peñalver, *An Introduction to Property Theory*, cit., 136.

⁵⁸ *Jacque v. Steenberg Homes, Inc.*, 209 Wis.2d 605, 563 N.W.2d (1997).

movibili proteste. I Jacque, di conseguenza, agirono in giudizio per *intentional trespass*. Durante il processo gli attori ammisero che non furono danneggiati, chiedendo simbolicamente a titolo di «*financial damages*» \$1. Ciò nonostante domandarono per sanzionare il comportamento della controparte \$100.000 a titolo di danni punitivi. La Suprema Corte del Wisconsin, precisando che da tempo riconosce l'«*[e]very person[']s constitutional right to the exclusive enjoyment of his own property for any purpose which does not invade the rights of another person*», condannò il convenuto per il suo «comportamento sfacciato» al pagamento della somma richiesta al fine di scoraggiare atteggiamenti futuri simili.

Nella cultura statunitense la *ratio* di una prospettiva di questo tipo si risolve nella radicata metafora «*a man's home is his castle*»⁵⁹, dove *castle* è comunemente inteso come «dominio dispotico». Questa metafora richiama infatti alla mente l'immagine di «mura impenetrabili», all'interno delle quali il titolare gode di un robusto e perfino assoluto diritto di escludere. Come risulta evidente, il successo di tale formula, profondamente ancorata nella coscienza popolare americana, gioca un ruolo importante nel momento di proteggere la proprietà privata contro ogni attacco, compresi quelli derivati dell'espropriazione per utilità pubblica⁶⁰.

6. Qualunque sia il contesto in cui lo si analizzi, lo *ius excludendi alios* non rappresenta un diritto assoluto, presentando importanti eccezioni che col tempo si sono affiancate alla regola.

Eppure conviene osservare che la tradizionale rilevanza concessa all'attributo dell'esclusività si è manifestata nel relegare ai margini della disciplina ogni situazione che attribuisca il diritto di entrare nel fondo altrui.

A conferma di ciò potrà servire un'analisi succinta dei diritti di accesso.

Innanzitutto, si riconosce che in certe circostanze non si avrà il potere di escludere di fronte all'interesse del cacciatore (art. 842 c.c.) a causa della rilevanza sociale – anche se ormai di-

⁵⁹ Utilizzata per la prima volta da Sir Edward Coke nel suo *Third Part of the Institutes of the Laws of England* (1644).

⁶⁰ Per dettagli si vedano le riflessioni di E.M. Peñalver, *Property Metaphors and Kelo v. New London: Two Views of the Castle*, in «*Fordham L. Rev.*», 74, 2006, 2974; J.W. Singer, *The Ownership Society and the Takings of Property: Castles, Investments, and Just Obligations*, in «*Harv. Envtl. L. Rev.*», 30, 2006, 309 ss.

scussa – dell'attività venatoria quale esercitazione di una disciplina sportivo-agonistica⁶¹.

Ma se è vero che l'esercizio della caccia conferisce un diritto di accesso al fondo, rientrando nell'ambito dei diritti soggettivi⁶², converrà pure rilevare che questa scelta, effetto dell'ideazione di un diritto già qualificato come assoluto, è stata rivista dalla legislazione nazionale e comunitaria più recente, che sancisce, in linea di principio, un divieto – revocabile – di caccia⁶³.

Simile esame è stato compiuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per il territorio francese.

Il caso concerneva tre agricoltori che si lamentavano di dover permettere (come effetto del sistema introdotto dalla legge 64-696 del 10 luglio 1964) l'esercizio della caccia sui loro fondi, malgrado la contrarietà di tale pratica ai loro principi. La Corte, rinforzando il diritto di escludere sulle convinzioni morali dei proprietari, ha statuito che obbligare i piccoli proprietari a tollerare che terzi cacciatori facciano dei loro terreni un uso totalmente contrario ai loro principi costituisce un'imposizione non proporzionata che non si giustifica sotto il profilo del secondo comma dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale onere rompe il giusto equilibrio che deve regnare tra la salvaguardia del diritto di proprietà e le esigenze di interesse generale⁶⁴.

Oggi, dunque, quel che può ritenersi certo, vuoi per proteggere la fauna e l'ecosistema, vuoi per salvaguardare le intime convinzioni del proprietario, è che l'eccezione alla regola dell'accesso al fondo per attività venatoria risulta indebolita.

Evidentemente, non solo i cacciatori possono vantare il diritto di accesso ai fondi altrui.

Con la finalità di vietare i comportamenti irrazionali nell'esercizio dello *ius excluendi*, i diversi sistemi, con maggiore o

⁶¹ Cfr. G. Liotta, *Profili dell'accesso nel diritto privato*, Padova, Cedam, 1992, 78.

⁶² C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. VI, *La proprietà*, Milano, Giuffrè, 1999, 220.

⁶³ Su cui vedi A. Tommasini, *Il regime degli accessi ai fondi altrui*, in «Riv. dir. agr.», 4, 2012, 606 ss.

⁶⁴ Corte EDU, 29 aprile 1999, *Chassagnou et al. c. France*, cause 25088/94, 28331/95 e 28443/95, par. 85. Ad analogo risultato si arriva anche in *Schneider c. Luxembourg*, causa 2113/04, Corte EDU, 10 luglio 2007. Si noti però che la Corte EDU ha recentemente sostenuto la dottrina contraria in un simile caso concernente piccoli proprietari agricoli tedeschi sulla base dell'equo bilancio degli interessi privati/pubblici, garantito dalla legge germanica, in contrasto con il lacunoso sistema francese. Cfr. Corte EDU, 26 giugno 2012, *Herrmann c. Germany*, causa 9300/07.

minore rigore sistemologico, attenuano il diritto esclusivo del proprietario nel rispetto dell'interesse riconosciuto ai terzi.

Questi, in effetti, hanno diritto ad accedere al fondo altrui per particolari necessità e sul proprietario grava l'onere di consentire tale accesso (artt. 843, 896 3° comma, 924, 925 1° comma c.c.). Tuttavia, come si ricava dalla casistica del diritto codificato (ad. es. artt. 682 c.c. francese, 943 c.c. cileno), si tratta di situazioni limitate ai conflitti della vita relazionale di vicinato, che consentono al proprietario o all'amministratore di una cosa di entrare transitoriamente per realizzare atti relativi all'utilizzazione del proprio oggetto. D'altronde in società moderne, il sempre più stretto raggio di attuazione di tali vicende, delinea per certi versi una loro anacronistica valutazione⁶⁵.

Di maggior interesse, a ragione della sua potenziale portata pratica, è la deroga al potere di esclusione concessa nel diritto tedesco (§ 904 BGB) e nei sistemi *common law* consistente nell'ingresso ai predi altrui per evitare un danno maggiore, valutato come grave o imminente, di fronte ad eventi catastrofi naturali o alla fuga da aggressori, tra le altre⁶⁶.

Nel nostro ordinamento tali fattispecie sono racchiuse nell'esimente dello stato di necessità compresa nell'art. 54 del c.p. a cui certa giurisprudenza, sulla base di un'inconsueta interpretazione costituzionale della norma, aveva ampliato la sua operatività ai casi di occupazione abusiva di immobile a scopo abitativo.

Da questo punto di vista è possibile ipotizzare che oggi, in tempi di forti crisi causata dal sistema finanziario, la necessità economica che spinge all'occupazione abitativa può essere tanto grave come una catastrofe naturale, consentendo pertanto un'operatività molto più vasta dell'esimente.

Eppure siffatti giudizi non risultano condivisi dalla più recente giurisprudenza della Cassazione, che schierandosi a favore della tutela della sicurezza della proprietà e dell'ordine pubblico, ha confermato la tendenza che riconosce lo stato di necessità solo in circostanze inusuali ed estreme come, per l'appunto, nei casi di disastri naturali⁶⁷.

⁶⁵ In tal senso L. Bigliuzzi Geri *et al.*, *Diritto civile*, cit., 75.

⁶⁶ Vedi, per i sistemi di *common law*: *Southwark London Borough Council v. Williams* [1971] Ch 734 (UK); *Ploof v. Putnam*, 81 Vt. 471, 71 A. 188 (1908); *Vincent v. Lake Erie Transportation. Co.*, 109 Minn. 456, 124 N.W. 221 (1910). Utile, inoltre, sarà la lettura del § 197 del Restatement (Second) of Torts (1965).

⁶⁷ Su cui cfr. di recente, con acuti accenni critici, A. Quarta, *Il fenomeno delle occupazioni abusive tra tutela penale e tutela civile della proprietà*, in Pol. dir., XLIV,

A consentire la ristretta applicazione dei diritti di accesso vi è la tesi che riproduce il collegamento tra proprietà e libertà.

A ben vedere, le fattispecie avanzate, studiate dalla prospettiva delle deroghe al principio di assoluta libertà del *dominus*, anziché dal punto di vista di coloro che vantano il diritto di ingresso, si ascrivono al mondo delle eccezioni, che come tali non ammetterebbero un'interpretazione né evolutiva né analogica della disciplina.

Si dirà – e con ragione, seguendo l'osservazione di Sacco – che il costume potrebbe obbligare a mettere in discussione la liceità di una gamma di diritti di accesso alla natura (come l'accesso ai fondi altrui per raccolta funghi, tartufi o la pratica dello sci) i quali attenuerebbero lo *ius excluendi alios*⁶⁸. Ma in realtà sembra ancora oggi dominare il criterio inverso secondo cui al di fuori delle situazioni in cui la legge riconosce il diritto di accesso ai terzi, il proprietario possa sempre impedire l'ingresso nel proprio fondo motivato dall'esistenza di un suo interesse meritevole di tutela⁶⁹.

Invero, questo il sistema di limitate deroghe al divieto di accesso è stato confermato dalla Corte costituzionale che, chiamata a pronunciarsi sull'incostituzionalità dell'art. 842, ha rafforzato la validità dell'eccezione all'esclusività derivata dall'attività venatoria, senza però ampliare il raggio di attuazione della norma ad altre attività, come quelle culturali, scientifiche ed artistiche, determinate dall'accesso al fondo altrui per lo studio e fotografia degli animali vaganti⁷⁰.

1-2, 2013, 187-190. Tale restrittiva interpretazione si reitera peraltro nelle pronunce delle corti statunitensi e inglesi. Vedi E.M. Peñalver, S.K. Katyal, *Property Outlaws. How Squatters, Pirates and Protesters Improve the Law of Ownership*, New Haven-London, Yale University Press, 2010, 153-156.

⁶⁸ R. Sacco, *La proprietà*, cit., 52 ss., 66, 67; ora in, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, Napoli, Jovene, 1972, 241 ss. Si constaterà, d'altronde, che la lezione di Sacco ha aperto la strada a una fiorente dottrina: cfr. S. Basile, N. Assino, *La proprietà fondiaria e il diritto di accesso alla natura*, in «Giust. cost.», 1976, 697 ss.; P. Lisi, *Caccia e pesca*, in «Comm. del cod. civ.» dir da E. Gabrielli, Torino, Utet, 2009, 502; F. Valguarnera, *Accesso alla natura*, cit.; anche recepita nella più reputata manualistica, cfr. A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2013, 274; V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014, 205. Sulla scia dell'interpretazione evolutiva delle eccezioni allo *ius excluendi* vedi anche G. Liotta, *Profili dell'accesso nel diritto privato*, cit., 82-83; C. Salvi, *Potere di escludere e funzione sociale*, in *Trattato di diritto privato dir. da P. Rescigno*, 7, *La proprietà*, t. 1, Torino, Utet, 1982, 381 ss.

⁶⁹ Cfr. C. Salvi, *Potere di escludere e funzione sociale*, cit., 380-381.

⁷⁰ Corte cost., 25 marzo 1976, n. 57, in «Foro it.», 1976, I, c., 1794 ss., con nota di Masserini. Vedi inoltre, S. Basile, N. Assino, *La proprietà fondiaria e il diritto di accesso alla natura*, cit.; A. Gambaro, *Costo della caccia e funzione sociale*

Più di recente un simile criterio è stato adottato per respingere l'esistenza di un diritto di «accesso alla natura» dal momento che un tale «generalizzato e indiscriminato diritto» finirebbe «con lo svuotare di ogni contenuto la pienezza e l'esclusività del diritto di godere (e di disporre) della cosa»⁷¹.

7. Il discorso fin qui svolto consente di giungere ad alcune conclusioni.

L'itinerario storico tracciato ha eretto fino ai nostri giorni il diritto di escludere quale necessaria caratteristica del diritto di proprietà, consegnando ad essa il compito di vero nesso tra l'aver e la libertà. Così intesa, la proprietà si è esplicitata nel semplice e generale dovere di *keep off*, ossia, nel dovere di mantenersi fuori dei confini della cosa senza però tenere in conto né il contesto in cui l'esclusione opera né la consapevolezza del proprietario sulla pretesa dei terzi.

La ragione di una siffatta concessione risulta a questo punto evidente: il riconoscimento del diritto di escludere concretizza, portando qui una espressione di Waldron, the «*realm of private freedom*», area dove ogni persona può prendere decisioni su cosa fare e come fare, giustificandole, se mai, solo a se stesso⁷². Senza dubbio, il diritto di un soggetto di espellere i terzi dalla propria terra rappresenta una decisione usualmente libera, ed egli, come è stato fissato dalla Corte europea di diritti umani, non deve giustificare la sua condotta né osservare alcuna ragionevolezza⁷³.

Intanto, le eccezioni alla regola dell'esclusione rimangono limitate perché il punto di vista dal quale si è tradizionalmente esaminato il rapporto uomo-cosa è quello del *dominus*.

Giova tuttavia osservare il problema da una diversa angolazione.

Certamente, la proprietà impostata sulla centralità del soggetto propone in ogni contesto un regime di esclusione reciproco tra gli uomini, ma la base morale di tale rapporto non

della proprietà, in «Resp. civ. e prev.», 1976, 599 ss.; R. Cecchetti, *Accesso alla natura e accesso alla proprietà*, in «Foro it.», 1977, 3, 590 ss.;

⁷¹ Corte cost., 27 agosto 1999, n. 8997, in «Nuov. giur. civ. comm.», 2000, I, 352, non a caso già riportata, in apertura del suo volume, da F. Valguarnera, *Accesso alla natura*, cit., XIV.

⁷² J. Waldron, *The Right of Private Property*, Oxford, Clarendon Press, 1988, 295.

⁷³ Corte EDU, 6 maggio 2003, *Appleby and Others c. the United Kingdom*, causa 44306/98, in «Raccolta» 2003-VI, 192, par. 22.

deve cercarsi tanto nei diritti concessi al titolare quanto nei doveri imposti ai non proprietari, sui quali pesa l'obbligo di astenersi dall'uso del bene altrui⁷⁴.

Detto altrimenti: chiudendo il suo fondo, il proprietario guadagna libertà e potere sul suo appezzamento, ma ciò avviene in detrimento della libertà altrui sui beni ormai sottratti all'uso comune⁷⁵. Nulla di tutto questo sembra sfuggire all'attenta messa a punto di Durkheim, quando osservò che il diritto di proprietà «*consiste essentiellement dans le droit de retirer une chose de l'usage commun*» e che conseguentemente «*se définit beaucoup plus par un côté négatif que par un contenu positif, par les exclusives qu'il implique que par les attributions qu'il confère*»⁷⁶.

Ma se tutto ciò è vero, una rigida attuazione di questa logica risulta quanto meno discutibile.

Domandiamoci: è lecito l'esercizio assoluto e non cooperativo del diritto di escludere? Quale sarebbe il beneficio sociale di tale concessione? Deve la società sopportare il costo delle scelte egoistiche del proprietario?⁷⁷

Per chi osservi il fenomeno proprietario dalla consueta prospettiva individualista tali domande sembreranno a risposta ormai scontata. Beninteso, si dirà, la teoria dell'abuso del diritto – attraverso però una modesta interpretazione della disciplina degli atti emulativi – risolve da tempo i conflitti fra vicini privilegiando l'interesse dominicale all'uso, finanche astratto, del bene.

Tuttavia, una simile semplificazione non può essere concessa all'attento studioso del momento storico in cui opera. A colui che sa di trovarsi in un periodo di transizione segnato dalla presenza sempre più pressante della società quale fautrice e conduttrice di soluzioni giuridiche. Dunque, se il messaggio del nostro tempo consiste nel recuperare la fattualità del diritto, «con il risultato corposo della riscoperta della complessità giuri-

⁷⁴ Vedi T.W. Merrill, H.E. Smith, *The Morality of Property*, in «Wm. & Mary L. Rev.», 48, 2007, 1849 ss.

⁷⁵ Lo nota oggi E.T. Freyfogle, *On private property. Finding Common Ground on the Ownership of Land*, Boston, Ma., Beacon Press, 2007, 7. Tra di noi, simile puntualizzazione fu avanzata da D. Donati, *Stato e territorio*, Atheneum, Roma, 1924, 139-140.

⁷⁶ E. Durkheim, *Leçons de sociologie*, Paris, Puf, 4^e ed., 2003, 171-172. Evidentemente, una siffatta formula si comprende meglio alla luce delle teorie di Pufendorf e Locke. Per dettagli vedi S. Buckle, *Natural Law and the Theory of Property*, cit., 93 ss., 185 ss.

⁷⁷ A una prima risposta si adeguano le osservazioni di E.T. Freyfogle, *On private property*, cit., 57 ss. nonché di A. Quarta, *Cose derelitte*, cit.

dica e di un aperto pluralismo giuridico»⁷⁸, si avvertirà il ruolo sempre più indispensabile dell'interprete nel valutare la pluralità di interessi che si contrappongono sull'uso delle risorse in proprietà privata.

Proprio oggi, in un'epoca in cui «la centralità del momento interpretativo si sposa con la rottura delle vecchie categorie»⁷⁹, e quando dalle forme di inclusione di interessi diversi da quello del *dominus* si delineano modelli di godimento delle risorse ben lontani dall'appropriazione privante, appare doverosa la ricerca di nuove opzioni interpretative che rendano effettiva la dimensione relazionale e sociale della proprietà «al fine di comprendere quali comportamenti idiosincratici siano divenuti inaccettabili perché capaci di generare vere e proprie sperequazioni sociali»⁸⁰.

⁷⁸ P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 127.

⁷⁹ N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, cit., 221.

⁸⁰ Così, U. Mattei, *La proprietà*, cit., 275.