



UNIVERSITY
OF TRENTO - Italy
Faculty of Law
Department of Legal Sciences

lawtech

Trento Law and Technology Research Group

Research Paper n. 33

Proprietà e diritto a essere inclusi

Matteo Ferrari | Novembre/2017

Property and the right to be included

Matteo Ferrari | November/2017

ISBN: 978-88-8443-761-7
COPYRIGHT © 2017 MATTEO FERRARI

This paper can be downloaded without charge at:

The Trento Law and Technology Research Group Research Papers Series
Index

<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

IRIS:

<http://hdl.handle.net/11572/186513>

Questo paper © Copyright 2017 di Matteo Ferrari è pubblicato con Creative Commons - Attribution 4.0 International licence.

Further information on this licence at:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

ABSTRACT

The article deals with the role that the right to exclude plays within property law. In the first part, it illustrates how the *jus excludendi* developed in Italian law and in common law countries and highlights its centrality in the property discourse. Then, it moves to analyze some limits that the right to exclude presents, defining them as a right to be included in a weak sense. In the last part, the article introduces the right to be included in a strong sense, using two case studies to show how it operates. Some reasons justifying a strong version of the right to be included are advanced, showing how these reasons can be relevant for discussions about the commons.

CONTENTS

1. Jus excludendi omnes alios. 1.1 The right to exclude in Italy. 1.2 The right to exclude in common law. 2. The right to be included. 2.1 Foreword. 2.2 The weak version of the right to be included. 2.3 The strong version of the right to be included. 3. The reasons justifying the right to be included. 4. Conclusions.

KEYWORDS

Property – Jus excludendi - Inclusion – Commons

About the Author

Matteo Ferrari (email: matteo.ferrari@unitn.it - Personal Web Page: <http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/people/matteo-ferrari>), PhD in Comparative Private Law, is Assistant Professor of Private Law at the University of Trento (Italy) – Faculty of Law – The Trento Law and Technology Research Group. He teaches “Private Law”, “Contract Law” and “Comparative Food Law”.

ABSTRACT

L'articolo tratta del ruolo che lo *jus excludendi* ha all'interno del diritto di proprietà. Nella prima parte si analizza il diritto di escludere all'interno dell'esperienza italiana e nordamericana, sottolineandone la centralità. Successivamente, vengono introdotte una serie di disposizioni che limitano il diritto di escludere. Tali disposizioni, relativamente frequenti, danno luogo a quello che viene definito un diritto a essere inclusi in senso debole. A quest'ultimo si contrappone un diritto a essere inclusi in senso forte, il quale costituisce un'eccezione all'interno del paradigma proprietario. Vengono offerti due casi studio in cui è presente un diritto a essere inclusi in senso forte. Nella parte finale del contributo, si ipotizzano alcune ragioni che possano spiegare la presenza di una versione forte diritto a essere inclusi e si sottolinea la sua importanza per una serie di discussioni che animano il dibattito in materia di proprietà, dalla funzione sociale ai beni comuni.

SOMMARIO

1. Lo jus excludendi omnes alios. 1.1 Il diritto di escludere nell'esperienza italiana. 1.2 Il diritto di escludere nella dottrina anglosassone. 2. Il diritto a essere inclusi. 2.1 Premessa. 2.2 Il diritto a essere inclusi in senso debole. 2.3 Il diritto a essere inclusi in senso forte. 3. Le ragioni del diritto a essere inclusi. 4. Conclusioni

PAROLE-CHIAVE

Proprietà – Jus excludendi - Inclusione – Beni comuni

NOTIZIE SULL'AUTORE

Matteo Ferrari (email: matteo.ferrari@unitn.it – Pagina personale: <http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/people/matteo-ferrari>), Dottore di ricerca in diritto private comparato, è Ricercatore t.d. di diritto private presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento e membro del Trento Law and Technology Research Group. Insegna Diritto private, Diritto dei contratti e Diritto alimentare comparato.

Proprietà e diritto a essere inclusi*

Matteo Ferrari

Lo *jus excludendi* rappresenta una sorta di regola zero del diritto di proprietà, un tratto caratterizzante implicito che, se mancante, inficia la possibilità stessa di parlare di *proprietà*¹. Ma esiste un diritto a essere inclusi? La questione può apparire eccentrica, ma merita di essere indagata se non altro perché di potenziale interesse per alcuni dibattiti di grande attualità. Il riferimento è, in primo luogo, al tema dei beni comuni, che ha suscitato vivaci discussioni anche con riferimento al carattere dell'accessibilità di una serie di risorse a determinate comunità o, talora, alla collettività complessivamente intesa². Il che sembra implicare la necessità di interrogarsi se, in che misura e con quali modalità, gli statuti di governo di tali risorse debbano avere carattere inclusivo. In secondo luogo, l'analisi della coppia di opposti esclusione-inclusione interessa non solo la letteratura giuridica municipale, ma sta occupando anche molti giuristi di area nordamericana che s'interessano di *property*. Diviene così interessante registrare lo stato di un dibattito che ferisce sulle due sponde dell'Atlantico su un tema dove le distanze

* L'articolo è stato pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 2016, 4, 525-578.

¹ In tal senso C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, 27 ("lo *jus excludendi* sembra in effetti rappresentare l'elemento strutturale essenziale della [proprietà]") e 28 ("la regolazione dei rapporti tra proprietari e non proprietari in ordine al bene è implicita nella fondazione stessa del diritto [di proprietà], con l'attribuzione al primo del potere di escludere i secondi dal godimento della cosa"). Il potere di escludere non pare prerogativa del solo diritto di proprietà, ma sembra caratterizzare altri istituti fondamentali del diritto privato, quali ad esempio la disciplina delle organizzazioni e il contratto: P. IAMICELI, *L'esclusione dal contratto*, Torino, 2012.

² Cfr., in chiave generale, U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012. In chiave critica E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Bari, 2013.

storiche, concettuali e operazionali tra le tradizioni di *common law* e di *civil law* paiono più ampie che in altri settori del diritto privato. Infine, interrogarsi sul rapporto tra inclusione ed esclusione significa porre in relazione i diversi istituti proprietari di volta in volta in gioco con i principi fissati dal secondo comma dell'art. 42 della nostra Costituzione e, in particolare, comprendere come questi, attraverso il gioco esclusione/inclusione, possano contribuire ad assicurare la funzione sociale della proprietà privata, così come la sua accessibilità.

Nella prima parte del contributo si analizzerà lo *jus excludendi*, ponendo a raffronto le riflessioni elaborate dalla dottrina italiana con il dibattito in corso nell'esperienza nordamericana. Nella seconda parte ci si concentrerà sul diritto a essere inclusi, introducendo una distinzione tra un diritto di essere inclusi in senso debole e uno in senso forte. A questa distinzione seguirà un'analisi delle ragioni per cui l'ordinamento talora prevede un diritto a essere inclusi. In chiusura, si proporranno alcune riflessioni intorno al rapporto tra diritto ad essere inclusi, proprietà e cooperazione.

1. Lo *jus excludendi omnes alios*

L'idea che la proprietà implichi l'appropriazione in via esclusiva di determinate risorse è presente³, prima ancora che in testi normativi e pronunce giurisprudenziali, nelle riflessioni di alcuni pensatori classici⁴. Non interessa qui ripercorrere gli itinerari storici che hanno indotto a legare la nozione di esclusione a quella di proprietà, né inda-

³ Quali risorse possano essere oggetto di appropriazione è questione connessa, ma diversa rispetto a quella qui affrontata: tema indagato, tra i molti, da O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982; A. GAMBARO, *I beni*, Milano, 2012 e C. SGANGA, *Dei beni in generale*, Milano, 2015. Una sofisticata ricostruzione delle coordinate teoriche entro le quali condurre il discorso sui regimi di appropriazione delle risorse è offerta da M. BARCELLONA, *Per una teoria dei beni giuridici*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988, volume II, 67.

⁴ Ciò non toglie che vi siano pensatori, altrettanto classici, che hanno guardato alla proprietà rifuggendo da una visione esclusivista, come correttamente messo in luce da M.R. MARELLA, *Per un diritto dei beni comuni*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, 9, 13-14.

gare le radici storiche della proprietà dall'angolo visuale dello *jus excludendi*⁵. È sufficiente qui sottolineare alcune relazioni concettuali che hanno condizionato il contenuto delle norme poste a presidio degli istituti proprietari moderni.

Una delle più lucide disamine di tali relazioni si deve a Crawford Macpherson⁶. Nel tentativo di identificare un filo conduttore corrente lungo il pensiero politico anglosassone tra seicento e settecento, Macpherson individua un *trait d'union* nel *possessive individualism*. L'espressione allude all'idea per cui l'uomo è tale in quanto individuo proprietario⁷; un'idea alla cui base stanno alcuni assunti interessanti per il tema che qui ci occupa. In questo contesto se ne possono evidenziare tre⁸. In primo luogo, la relazione tra individuo, libertà ed esclusione. Perché un individuo possa considerarsi libero, e quindi un essere umano, deve avere la possibilità, da esercitarsi a suo piacimento, di entrare, o non, in relazione con i terzi; tuttavia, per entrare in relazione con i terzi, è necessario che egli abbia controllo esclusivo sia della propria

⁵ Si veda anche l'analisi, in chiave di antropologia giuridica, svolta da R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, 263 ss., con riferimento ai temi dell'appartenenza, della proprietà (collettiva e individuale) e dell'accesso.

⁶ C.B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford, 1962. Un'ideale prosecuzione del percorso intrapreso da Macpherson si ha in P. BARCELONA, *L'individualismo proprietario*, Torino, 1987, 78 ss., per il quale l'epoca moderna è segnata dal soggetto proprietario: la qualità di proprietario, qualità per l'appunto del soggetto, viene poi a divenire principio di organizzazione del sistema, cioè viene a trasformarsi in sistema proprietario. Al contempo, il soggetto, da proprietario, diviene alla fine del ciclo consumatore: "questa trasformazione avviene attraverso l'inclusione della proprietà, trasformata in oggetto disponibile e riproducibile, come principio organizzativo e "ragione" e "regola" del funzionamento del sistema nel suo complesso. Il sistema funziona, cioè, da produttore, riproduttore e distruttore di oggetti destinati all'appropriazione e restituisce, alla fine del suo "ciclo vitale", un soggetto in rapporto con l'oggetto consumabile (che costituisce il fulcro del sistema). Il soggetto proprietario è trasformato in soggetto consumatore" (79-80). Si veda altresì l'analisi storica condotta da A. MOSSOFF, *What Is Property? Putting the Pieces back Together*, in 45 *Arizona Law Review* 371 (2003), 379 ss., con specifico riferimento al diritto di proprietà visto dall'angolo visuale dello *jus excludendi*.

⁷ MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism*, cit., 3.

⁸ ID., 263-264.

persona, sia degli attributi e delle risorse che attengono alla propria persona. Tale controllo esclusivo prende storicamente la forma del diritto di proprietà⁹. L'appropriazione esclusiva diviene così tratto comune di una serie di riflessioni che vanno da Hobbes a Locke¹⁰ (passando per i "Levellers" e Harrington), nonché prerequisito per l'esercizio libero del proprio volere e, in definitiva, dell'essere "umani". Una seconda relazione è quella tra individualismo possessivo ed esclusione. Abbiamo visto che l'idea di un controllo esclusivo prende storicamente la forma del diritto di proprietà; controllo che viene reso tramite una relazione, diretta, materiale e naturale, tra una cosa e un *individuo*, una relazione che si basa, quindi, su un individualismo esclusivo¹¹. Il baricentro del meccanismo appropriativo esclusivo non è tanto incentrato su un soggetto di natura collettiva, quanto sul singolo: conseguenza naturale di un pensiero in cui il punto di partenza è la libertà, intesa come libertà *individuale*. Infine, vi è la relazione tra esclusione, individualismo pos-

⁹ ID., 263: "since the freedom, and therefore the humanity, of the individual depend on his freedom to enter into self-interested relations with other individuals, and since his ability to enter into such relations depends on his having exclusive control of (rights in) his own person and capacities, and since proprietorship is the generalized form of such exclusive control, the individual is essentially the proprietor of his own person and capacities". Sulla centralità, all'interno del pensiero di Locke, della libertà nel giustificare la proprietà individuale C. SALVI, *Da Tommaso a Locke: il lungo Medioevo della proprietà privata*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2016, 23, 29 ss.

¹⁰ Per un'analisi del pensiero di Locke, con specifico riferimento al tema dello *jus excludendi*, MOSSOFF, *What Is Property?*, *cit.*, 385 ss.: "The essence of Locke's "mixing labor" argument is that an individual *exclusively owns* his life and his labor - such things are, in the Latin used by Grotius and Pufendorf, an individual's *suum* - and that labor extends this moral ownership over things appropriated from the commons. Accordingly, property is created in the world through the labor made possible by one's life and liberty-a *dominion* characterized by the *exclusive* moral claim to one's own life and liberty that is now extended over external objects in the world" (388). L'influenza del pensiero di Locke nello sviluppo del diritto d'autore quale forma di proprietà è stata decisiva, come opportunamente messo in luce da U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Roma, 2010, 95 ss.

¹¹ Cfr. O.T. SCOZZAFAVA, *La proprietà di Locke*, in ID., *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014, 113, 115: "Il tratto dell'esclusività, che caratterizza tali situazioni [proprietarie], si consuma tutto nel fatto, naturalisticamente inteso, della relazione materiale e diretta tra bene e soggetto".

sessivo e relazioni di mercato. Qui il punto di partenza è duplice: l'uomo è tale solo se è libero ed è libero solo se è proprietario, come si è visto; ciò implica che le relazioni tra esseri umani sono relazioni tra proprietari, e quindi relazioni di scambio all'interno di un mercato. La società, ma potremmo dire l'ordinamento, è raffigurata come un meccanismo teso a garantire la proprietà esclusiva dei singoli e, in subordine, la possibilità che i singoli proprietari possano entrare in relazione tra loro in modo ordinato¹². Un mercato, quindi, conformato, nel senso di regolato dall'ordinamento, in cui l'esclusività dell'appropriazione deve essere garantita in capo all'individuo pena il venir meno di uno dei tratti caratterizzanti del suo essere umano, cioè a dire il fatto di essere proprietario.

Anche nel pensiero politico-filosofico continentale troviamo riscontri all'idea dell'individualismo possessivo, seppur con accenti in parte diversi. Si possono individuare due elementi comuni: la centralità del diritto di proprietà nel definire la persona, in quanto l'uomo è tale perché proprietario¹³; la relazione tra proprietà e individuo, quale soggetto nuovo rispetto alla visione tomistica, libero e artefice delle pro-

¹² MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism*, *cit.*, 264: "Political society is a human contrivance for the protection of individual's property in his person and goods, and (therefore) for the maintenance of orderly relations of exchange between individuals regarded as proprietors of themselves".

¹³ La relazione tra proprietà e persona è ricca e complessa. P. GROSSI, *L'inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, 1980, nel delineare il passaggio dalle proprietà medioevali alla proprietà moderna, sottolinea come il punto di partenza della relazione proprietà - persona sia la libertà: ogni "soggetto umano è innanzi tutto libero, ed è tale perché vuole esserlo; la sua libertà è *facultas dominandi* [...]; una libertà che consiste – e si traduce – in un dominio di se stesso e dei propri atti e in una tendenza dominativa verso la realtà esterna" (39). Vi è quindi una proprietà esteriore, sulle cose (*dominium rerum*), e una proprietà interiore, su di sé e sui propri talenti, virtù, capacità (*dominium sui*); ciò che è interessante notare è come "la speculazione neoterica, sia pure operata da teologi e filosofi, avverta la natura strettamente proprietaria del *dominium sui* [...], perché in tal modo una proprietà viene collocata all'interno del soggetto, viene concepita come qualità intrinseca del me" (43). La proprietà diviene quindi non solo una categoria interpretativa dei rapporti esterni, ma dello stesso foro interiore dell'uomo, padrone di se stesso (41).

prie fortune¹⁴. Si tratta di elementi rilevanti nel delineare il carattere esclusivo della proprietà. L'individuo viene concepito come controllore assoluto, cioè (anche) esclusivo, delle risorse: controllo esclusivo che è prima di tutto riflesso della *potestas* dominativa del titolare, tanto ampia da arrivare al punto di consentirgli di distruggere la risorsa¹⁵. L'esclusività del controllo viene spiegata in ragione della legge di natura. Uno dei primi autori ad affermarlo è Ugo Grozio¹⁶. Il punto di partenza è rappresentato dal diritto che ogni uomo ha, per legge di natura, di usare delle risorse naturali; la trasformazione di tale diritto d'uso nel diritto di proprietà si dà perché alcune risorse non possono essere usate senza che siano consumate. In tali casi, il primo utilizzatore, di fatto, esclude la possibilità per gli utilizzatori successivi di usare della risorsa ormai esaurita. La rivalità del consumo di talune risorse, in altri termini, per Grozio costituisce un tratto caratterizzante di ciò che fonda la proprietà privata. Passaggio fondamentale nel giustificare la trasformazione del diritto d'uso in proprietà esclusiva è rappresentato dall'*occupatio*, la quale non coincide necessariamente e solo con l'apprensione fisica della cosa, ma anche con la sua trasformazione (attraverso, ad esempio, il lavoro) o col renderla riconoscibile come propria¹⁷. Tuttavia, il pensiero di Grozio non contiene ancora

¹⁴ ID., 31 ss.: "La nuova visione antropologica, che emerge ormai chiara dalle grandi dispute teologico-filosofiche del tardo Dugento e del primo Trecento, rappresenta il tentativo di isolare dal mondo e sul mondo un individuo che ha trovato la forza di affrancarsi dalla quasi-prigione dei fenomeni" (34). Un individuo, in altri termini, libero: "ma la libertà, in una analisi che è sempre più impregnata di motivi volontaristici, è anzitutto l'autodeterminazione della volontà; si identifica in una superiorità, in una potestà dominativa, in una vera e propria «*facultas dominandi*». Giacché è la libertà nel suo aspetto di *dominium* – *dominium* sopra se stesso e sulla realtà esterna – che consente al soggetto di essere «*plene in se ipso consistens*», dotato di una pienezza di sovranità al contrario del servo che è posseduto dal padrone" (37-38).

¹⁵ ID., 52.

¹⁶ S. BUCKLE, *Natural Law and the Theory of Property*, Oxford, 1991, 11-13, 29-30, 35 ss.; MOSSOFF, *What Is Property?*, *cit.*, 379 ss.

¹⁷ MOSSOFF, *What Is Property?*, *cit.*, 385 ss. nota come Pufendorf segue la linea di pensiero tracciata da Grozio, in particolare ritenendo l'atto di *occupatio* quale una delle due condizioni necessarie per aversi proprietà, l'altra consistendo nell'accordo tra gli indi-

un'affermazione del diritto di proprietà come diritto assoluto, privo di un dovere intrinseco di usare la cosa per il bene della comunità¹⁸. E, infatti, l'individualismo proprietario, nella sua forma più radicale, si affermerà solo con la fine del giusnaturalismo: fino ad allora il diritto di proprietà sarà concepito come condizionato da una serie di doveri sociali¹⁹.

Il contesto storico al cui interno, o in prossimità del quale, le riflessioni appena svolte si dipanano è altrettanto significativo. Il riferimento, scontato, è al notissimo fenomeno delle c.d. *enclosures*²⁰. A par-

vidui di rispettare i diritti altrui. Per una disamina della relazione tra *occupatio* e proprietà nel pensiero di Hegel: S. MUNZER, *A Theory of Property*, Cambridge, 1990, 68-69, il quale sottolinea la centralità dell'occupazione anche nel pensiero di Kant (130-131). L'importanza dell'*occupatio* è già evidente nell'opera di Grozio, su cui BUCKLE, *Natural Law and the Theory of Property*, *cit.*, 13-14.

¹⁸ SALVI, Da Tommaso a Locke, *cit.*, 25-26. L'idea di un diritto di proprietà non assoluto, ma condizionato dalla presenza di doveri sociali affonda le proprie radici nel pensiero tomistico, il quale distingue, sulla scorta di Aristotele, tra acquisizione dei beni e loro uso. Per Tommaso "è lecito e anzi necessario alla vita umana possedere beni propri, per tre ragioni: la gestione privata è più efficiente, assicura la certezza del diritto ed è una migliore garanzia della pace sociale"; al contempo, sotto il profilo dell'uso dei beni, "l'uomo non deve considerare le cose come esclusivamente proprie, ma "ut communes", affinché siano a disposizione della necessità di altri".

¹⁹ *Id.*, 26: "Da Tommaso fino ai giusnaturalisti compresi, il pensiero europeo affermerà contestualmente il principio della destinazione universale dei beni e il riconoscimento condizionato della proprietà privata. Con l'affermazione piena del capitalismo e la secolarizzazione del diritto, a partire dalla seconda metà del Settecento, scomparirà la dimensione religiosa, e con essa quella sociale. L'individualismo proprietario segnerà così la sua vittoria storica". Il trionfo dell'individualismo proprietario si ha, per Salvi, in Inghilterra dallo sviluppo di un ceto capitalistico, supportato da pensatori quali in primo luogo Locke; in Francia, dalla cesura rappresentata dalla Rivoluzione francese: *Id.*, 40.

²⁰ J.M. NEESON, *Commoners: Common Right, Enclosure and Social Change in England, 1700-1820*, Cambridge, 1993; W.E. TATE, *The English Village Community and the Enclosure Movements*, London, 1967; D.N. MCCLOSKEY, *The Enclosure of Open Fields: Preface to a Study of Its Impact on the Efficiency of English Agriculture in the Eighteenth Century*, in *The Journal of Economic History*, vol. 32, 1972, 15. Per una rivalutazione delle fasi storiche in cui si è realizzata l'*enclosure* J.R. WORDIE, *The Chronology of English Enclosure, 1500-1914*, in *The Economic History Review*, vol. 36, 1983, 483. Classica ormai anche l'analisi di Boyle sul c.d. *second enclosure move-*

tire dal XV secolo, per raggiungere il suo apice nel XVII e XVIII secolo, il tradizionale sistema di *open fields* subì in Inghilterra una radicale trasformazione e venne progressivamente privatizzato²¹. La delimitazione dei confini dei fondi²², la loro recinzione e gestione in forma individualistica costituirono il retroterra fattuale ed effettuale al cui interno si inserì il ripensamento degli istituti proprietari. È intuitivo comprendere come lo *jus excludendi* assuma rilievo centrale in un programma di sottrazione di terreni e risorse dall'ambito del comune a favore di quello dell'individuo: rilievo pratico, perché è attraverso l'espressione più evidente del diritto di escludere, vale a dire la recinzione, che l'individuo assume controllo esclusivo di una risorsa; ma anche rilievo teorico, perché il diritto di escludere assume a carattere intrinseco e necessario del diritto di proprietà e serve a giustificare, sul piano ideologico, il processo di appropriazione esclusiva in atto²³.

ment in relazione alle nuove forme di proprietà, con particolare riferimento alla proprietà intellettuale: J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law & Contemporary Problems*, vol. 66, 2003, 33. In dottrina si comincia a paventare una *third enclosure*: D. LAMETTI, "Cloud computing": verso un terzo "Enclosures Movement"?, in *Rivista critica del diritto privato*, 2012, 363.

²¹ Si tratta di un fenomeno che ha caratterizzato luoghi geografici diversi. Per una descrizione del processo di *enclosure* che ha avuto luogo in Inghilterra si vedano alcuni degli scritti citati nella nota precedente; per quanto riguarda gli Stati Uniti E.T. FREYFOGLE, *The Enclosure of America*, Illinois Public Law Research Paper no. 07-10, 2007, reperibile all'indirizzo: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1024846&download=yes.

²² È interessante vedere come la nozione stessa di *confine* abbia avuto un ruolo significativo, sul piano concettuale, nell'evoluzione del diritto di proprietà e, per quanto qui più direttamente ci interessa, dello *jus excludendi* ad esso inerente. Va tuttavia notato con SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, cit., 7 che "la definizione del confine del fondo non postula ancora la definizione della situazione giuridica avente il fondo ad oggetto: sia perché non esiste una categoria giuridica unitaria ed assoluta alla quale siano riconducibili tutti i poteri sul bene, sia perché è estranea alla concezione giuridica premoderna la connotazione dello *jus excludendi* come elemento fondamentale delle situazioni giuridiche di appropriazione dei beni".

²³ SCOZZAFAVA, *La proprietà di Locke*, cit., 115, riferendosi al tentativo di Locke di affermare la priorità della proprietà individuale su quella collettiva, nota: "che si tratti di una operazione ideologica ci pare senz'altro indiscutibile. Nel periodo in cui l'autore componeva il Secondo Trattato, infatti, in Inghilterra si andava concludendo un proces-

Riflessi di questi percorsi all'insegna dell'individualismo possessivo possono essere rinvenuti in autori quali Domat e Pothier. Nel pensiero del primo risalta la centralità del rapporto tra individuo e beni, "proprio in quanto all'autore non sfugge certamente che si tratta di un rapporto, connotato dal tratto dell'esclusività, vale a dire da un tratto, che più degli altri concorrerà a caratterizzare e a rendere possibile la stessa enucleazione della moderna nozione di proprietà"²⁴. In Pothier emergono con forza alcuni capisaldi: l'individualismo del diritto di proprietà, la proprietà come unica forma di appropriazione possibile, la preminenza dello *jus excludendi* nel definire il concetto stesso di proprietà²⁵. Nei medesimi anni in cui Pothier scrive, William Blackstone definisce il *right of property* come "the sole and despotic dominion"²⁶, definizione da cui traspare una visione della proprietà legata all'individuo e a forme di appropriazione esclusiva.

1.1 Il diritto di escludere nell'esperienza italiana

Il punto da cui muovere per indagare la portata del principio di esclusione all'interno del nostro ordinamento è rappresentato dall'art. 832 c.c., che, come noto, attribuisce al proprietario il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed *esclusivo*. Si tratta di

so molto importante dal punto di vista socio-economico: vale a dire la progressiva chiusura delle terre comuni, che venivano così trasformate in terre assoggettate all'appropriazione esclusiva del proprietario. Sotto tale aspetto, quindi, la riflessione del Locke assume rilievo, proprio in quanto l'autore tenta di dar fondamento naturale al processo, che si va svolgendo, mentre egli è ancora in vita".

²⁴ SCOZZAFAVA, I beni e le forme giuridiche di appartenenza, *cit.*, 212. Si deve però aggiungere che in Domat non emerge ancora chiaramente la nozione di diritto soggettivo e risulta quindi difficile la distinzione tra proprietà e possesso (212-214). Si veda altresì G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, 180-181; SALVI, Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente, *cit.*, 13-14.

²⁵ SCOZZAFAVA, I beni e le forme giuridiche di appartenenza, *cit.*, 224 ss. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, *cit.*, 187-188.

²⁶ Come noto, la frase apre il primo capitolo, *Of Property, in General*, del secondo libro, *Of the Rights of Things*, dell'opera di W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, consultabile all'indirizzo: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/blackstone_bk2ch1.asp.

un'innovazione lessicale rispetto al codice civile del 1865, il quale non faceva alcun riferimento all'esclusione. Ciò non significa che prima del 1942 lo *jus excludendi* non fosse considerato un elemento caratterizzante il diritto di proprietà; al contrario, l'assenza di riferimenti è significativa, proprio perché l'esclusione era talmente ovvia da non avere bisogno di essere esplicitata²⁷. Si tratta, in aggiunta, di un tratto che s'inscrive all'interno di un quadro di riferimenti, politico-culturali prima ancora che tecnico-giuridici, nel quale la proprietà rappresenta un assoluto, caratterizzato dalla pienezza dei poteri ad essa inerenti, ivi compreso quello di escludere²⁸.

La situazione muta in parte con la promulgazione del codice civile del 1942, ove viene inserito un esplicito riferimento all'esclusione. Tuttavia, tale riferimento non va eccessivamente enfatizzato, non solo perché non si pone quale elemento di rottura rispetto al codice previgente, dove lo *jus excludendi* è componente implicita e necessaria del diritto di proprietà, ma anche perché, scorrendo la relazione del Guardasigilli al libro terzo, si può notare come il tema dell'esclusione non sia di fatto trattato. Anzi, la relazione tiene a sottolineare come il “nuovo” diritto di proprietà si discosti dalla tradizione individualistica e as-

²⁷ Torna, in altri termini, l'idea che l'esclusione sia una sorta di regola zero rispetto alla proprietà, un tratto da dare per scontato. In tal senso F. DE MARTINO, *Beni in generale. Proprietà*, in F. DE MARTINO, R. RESTA, G. PUGLIESE, *Della proprietà (art. 810-956)*, Bologna, 1976, 147: “L'art. 436 cod. civ. 1865, nelle parole «nella maniera più assoluta», alludeva a quel carattere eminente della proprietà che l'attuale codice più correttamente designa con il termine *esclusività*: il proprietario ha diritto che tutti i terzi si astengano da qualsiasi invasione nella sfera del suo diritto”.

²⁸ Nel mettere a nudo le radici dell'art. 544 del codice civile francese, che sono le medesime dell'art. 436 del codice italiano del 1865, S. RODOTÀ, *La definizione della proprietà nella codificazione napoleonica*, in ID., *Il terribile diritto*, Bologna, 2013, 75, 105, dopo aver riportato una frase di Portalis («al cittadino appartiene la proprietà, al sovrano l'impero»), nota: “la tenace difesa dell'ampiezza dei poteri del proprietario svela così una sua più profonda motivazione: la volontà di creare un assoluto, la proprietà, in grado di limitare un altro assoluto, il potere sovrano”. Sul tema dell'assolutezza del diritto di proprietà si veda, nel medesimo volume, *Due specie di assolutezza*, 107.

soluta preesistente²⁹, tenendo conto del carattere sociale del diritto di proprietà e della necessità di apporvi limiti e obblighi³⁰. L'unico cenno espresso al diritto di escludere puntualizza come questo, in realtà, sia limitato dalla nozione di interesse. Trattando dell'art. 840 e, quindi, dell'estensione della proprietà fondiaria, la relazione specifica che “nell'affrontare il problema dei limiti della proprietà fondiaria rispetto al sottosuolo e allo spazio sovrastante, il nuovo codice (art. 840) adotta espressamente il criterio dell'interesse. È l'interesse la misura del limite entro il quale il proprietario può esercitare il suo *potere di esclusione*”³¹.

La giurisprudenza sembra dare per scontato che il diritto di proprietà comporti il diritto di escludere i terzi. I giudici, pur non dedicando grande spazio alla riflessione su cosa si debba intendere per *jus excludendi*, non mancano tuttavia di definirlo quale contenuto tipico del diritto di proprietà³², elemento immanente³³, integrale³⁴ o, ancora, insito nella posizione dominicale³⁵. Una vicenda emblematica in tal senso è

²⁹ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, 1943, 85, n. 402, consultabile presso il sito del Consiglio Nazionale Forense: <http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/pubblicazioni/collana-studi-storici-e-giuridici/articolo6388.html>.

³⁰ Id., 86, n. 406-407. S. RODOTÀ, *Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi*, in ID., *Il terribile diritto*, cit., 435, 436, nota come la novità di approccio al tema della proprietà di cui si trova traccia nella relazione del Guardasigilli abbia, in un primo momento, lasciata fredda la dottrina, la quale preferiva rimarcare la continuità tra gli approcci precedenti e le soluzioni adottate dal codice del 1942.

³¹ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, cit., 87, n. 409 (enfasi aggiunta).

³² TAR Torino, 10 maggio 2012, n. 532, in *Foro amministrativo TAR*, 2012, 1471; TAR Torino, 24 marzo 2010, n. 1576, in *Foro amministrativo TAR*, 2010, 747; TAR Brescia, 5 febbraio 2008, n. 40, in *Foro amministrativo TAR*, 2008, 398.

³³ TAR Venezia, 7 marzo 2006, n. 533, in *Il merito*, 2006, 96.

³⁴ TAR Milano, 12 giugno 1987, n. 194, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1987, I, 1065.

³⁵ Consiglio di Stato, 3 luglio 2014, n. 3346, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2014, I, 1026; TAR Parma, 18 settembre 2014, n. 353, in *Il foro amministrativo*, 2014, 2391.

decisa dalla Cassazione nel 1999³⁶. Il caso riguardava un soggetto il quale, introdottosi in un fondo non recintato, era caduto in un manufatto non segnalato e coperto da vegetazione, riportando danni alla persona; agiva così in giudizio *ex art. 2051 c.c.* per il ristoro dei danni subiti. La domanda era dapprima accolta, e poi respinta in grado di appello. Il danneggiato proponeva ricorso per cassazione, adducendo, tra i vari motivi di impugnazione, che egli aveva titolo ad entrare nel fondo di controparte sulla base di un c.d. “diritto di accesso alla natura”. Tale diritto sorgerebbe, da un lato, considerando la funzione sociale della proprietà e come questa s’inserisce nel temperamento tra l’interesse del proprietario a escludere i terzi e quello dei terzi di accedere alla proprietà altrui; dall’altro lato, dalla mancata chiusura del fondo da parte del proprietario, il quale non aveva neppure apposto cartelli idonei a manifestare la sua volontà di escludere l’accesso agli estranei.

Non interessa qui analizzare la fondatezza di un diritto generale di accesso alla natura: su questo torneremo a tempo debito. Interessa, invece, sottolineare la motivazione con cui la Cassazione respinge l’argomento addotto dal ricorrente/danneggiato. Il diritto di accesso, nella sua forma generalizzata e indiscriminata proposta, non può esistere perché, se lo si ammettesse, si finirebbe “con lo svuotare di ogni contenuto la pienezza e l’*esclusività* del diritto di godere (e di disporre) della cosa”³⁷. Ciò rivela, implicitamente, come lo *jus excludendi* rappresenti un caposaldo che può essere scalfito da limiti *ad hoc* posti dal legislatore, senza, però, arrivare al punto da comprometterne l’essenza o minarne le fondamenta³⁸. D’altro canto, già la Corte costituzionale, all’incirca vent’anni prima, aveva evocato l’inesistenza di un diritto di accesso alla natura generalizzato, ritenendo che eventuali limitazioni

³⁶ Cass. 27 agosto 1999, n. 8997, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, I, 352, con nota di F. GRITTI, *Responsabilità per danni da cosa e ambito di applicazione dell’art. 2051 cod. civ.*

³⁷ Cass. 27 agosto 1999, n. 8997, *cit.*, 354 (enfasi aggiunta).

³⁸ Tale elemento è colto anche dal commentatore della sentenza: GRITTI, *Responsabilità per danni da cosa e ambito di applicazione dell’art. 2051 cod. civ.*, *cit.*, 356.

alla facoltà di escludere del proprietario dovessero essere intese quali eccezioni rispetto alla pienezza del diritto di proprietà³⁹.

Il piano di analisi va allargato alla Costituzione che, all'interno del Titolo III dedicato ai rapporti economici, contiene alcune disposizioni in materia di proprietà. In nessuna di esse, tuttavia, troviamo elementi riferibili al carattere esclusivo del diritto di proprietà. Anzi, è possibile rinvenire, nel secondo comma dell'art. 41, un dato che sembra cozzare col principio di esclusione; si afferma infatti che la legge deve conformare la proprietà privata in modo da "renderla accessibile a tutti"⁴⁰. In realtà, il tema dell'accessibilità si presta a interpretazioni differenti. In una prima prospettiva, si potrebbe ritenere che a tutti debba essere garantito il diritto di divenire proprietari; in questa logica potrebbero ad esempio leggersi gli interventi del legislatore volti a favorire la c.d. edilizia popolare. Da un secondo punto di osservazione, l'accessibilità non avrebbe ad oggetto tanto il diritto di proprietà, quanto le risorse che si hanno in proprietà: il suo fine, quindi, non sarebbe quello di allargare il novero dei proprietari, bensì di far sì che anche i non proprietari possano - in parte - godere di risorse altrui. Infine, si può ipotizzare che il riferimento all'accessibilità consenta di superare il carattere di esclusione del diritto di proprietà, favorendo quindi un meccanismo inclusivo. Si tratta della prospettiva più affascinante, ma anche più vaga e difficile da tradurre in scenari concreti. Come nota Rodotà, "per il giurista, questo interrogativo [cioè la possibilità di allar-

³⁹ Corte cost. 25 marzo 1976, n. 57, in *Foro italiano*, 1976, I, 1794, con commento di V. MESSERINI. Si veda altresì la nota critica di R. CECCHETTI, pubblicata in *Foro italiano*, 1977, I, 588, 591, il quale ritiene che il diritto di accesso alla natura abbia fondamento costituzionale. Sul diritto di accesso alla natura in *common law* si veda K. GREY, *Pedestrian Democracy and the Geography of Hope*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 1, 2010, 45.

⁴⁰ Sulla relazione tra accessibilità alla proprietà ed esclusione cfr. RODOTÀ, Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi, *cit.*, 450-451. Il tema è affrontato anche in ID., *La rinascita della questione proprietaria*, in ID., *Il terribile diritto*, *cit.*, 31, 39 ss., ma in una prospettiva che sembra guardare alla proprietà in un'ottica duplice: "tutela offerta ad interessi che, nella scala dei valori socialmente rilevanti, si sono affiancati o hanno sopravanzato quelli proprietari; garanzia di situazioni legate al soddisfacimento delle esigenze e dei bisogni essenziali dell'individuo" (39).

gare il modello inclusivo] si converte in domande concrete intorno alla possibilità di conformare alcuni almeno tra gli statuti proprietari in modo tale da renderli disponibili proprio all'inclusione di soggetti e interessi diversi da quelli del titolare del diritto di proprietà⁴¹. È la domanda cui si cercherà di dare parziale risposta nella seconda parte di questo contributo; ma prima di allora sono necessarie altre riflessioni sul tema dello *jus excludendi*.

Manca, infatti, un ulteriore tassello, legato al ruolo che la dottrina italiana attribuisce al diritto di escludere. Per la dottrina predominante il diritto di escludere è tratto essenziale del diritto di proprietà⁴². Al riguardo è utile offrire una breve antologia. Salvi scrive: “sotto il profilo della ricostruzione dommatica dell'istituto, lo *ius excludendi* sembra in effetti rappresentare l'elemento strutturale essenziale della situazione soggettiva. Nel quadro del sistema del diritto privato ordinato dai codici civili, caratterizzato dall'attribuzione potenzialmente incondizionata del bene al proprietario, il rapporto tra il soggetto e l'oggetto della situazione rappresenta il sostrato economico di un potere che si pone come giuridico in quanto consente al titolare di escludere gli altri dalla cosa⁴³. Tre lustri più tardi, tale visione è riaffermata dal medesimo A., per il quale, con riferimento al profilo del godimento, “l'esclusività esprime in effetti un tratto strutturale essenziale della situazione proprietaria⁴⁴. Similmente, Gambaro nota: “non è quindi il potere di usare i beni in modo irresponsabile ciò che caratterizza il diritto di proprietà, ma è il diritto di escludere gli altri senza doverne moti-

⁴¹ ID., Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi, *cit.*, 451.

⁴² Riflessi di tale concezione possono essere colti anche nella manualistica: così ad es. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, 544-545; P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, Padova, 2007, 255-256.

⁴³ SALVI, Le immissioni industriali, *cit.*, 27. Più avanti lo stesso A. definisce il diritto di escludere come regola generale della disciplina della proprietà (49).

⁴⁴ C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Milano, 1994, 121, il quale aggiunge: “nell'esclusività sembrano anzi esprimersi sinteticamente i caratteri propri della forma ‘generale’ di appropriazione delle risorse materiali” (122).

vare le ragioni che conferisce ad esso la qualità dell'autonomia"⁴⁵. Per Pietro Barcellona l'esclusività "designa il carattere «squisitamente privato» dell'attribuzione dei poteri proprietari al singolo in quanto tale"⁴⁶. Rescigno qualifica l'esclusione quale essenza della proprietà⁴⁷, Bianca uno dei suoi caratteri⁴⁸, Mattei "la prima e principale delle prerogative proprietarie"⁴⁹; Scozzafava, da una prospettiva storica, ritiene che il tratto distintivo della proprietà moderna sia proprio quello dell'esclusione⁵⁰. Già alcuni anni prima, De Martino aveva ritenuto lo *jus excludendi* carattere eminente del diritto di proprietà⁵¹; e risalendo ancora più indietro nel tempo, sotto la vigenza del codice civile del 1865 vi era chi leggeva l'art. 436 e, in particolare, l'espressione ivi contenuta "nella maniera più assoluta", quale referente normativo della facoltà di escludere i terzi dal godimento e disposizione della cosa oggetto di proprietà⁵². Infine, Messinetti sottolinea lo stretto legame tra il

⁴⁵ A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, Milano, 1990, 96, il quale aggiunge: "Perciò la proprietà attribuisce il diritto di respingere invasioni che i più considererebbero gradevoli, di selezionare coloro che sono ammessi in modo idiosincratico senza doverne fornire imbarazzanti motivazioni".

⁴⁶ P. BARCELLONA (con la collaborazione di C. CAMARDI), *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 256-257.

⁴⁷ P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 2001, 128-129: "nella proprietà veramente può dirsi che il titolare realizza il suo interesse – l'interesse per cui la legge gli attribuisce il potere – traendo dalla cosa le utilità che può rendergli, attraverso il godimento del bene o col disporne. La pienezza del godimento e della disposizione gli sono garantiti per il fatto che tutti gli altri soggetti ne sono esclusi, ed è in questa «esclusione» degli altri l'essenza della proprietà".

⁴⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, volume VI - *La proprietà*, Milano, 1999, 151 e 153.

⁴⁹ U. MATTEI, *La proprietà*, Torino, 2015, 147-148, il quale più che di *jus excludendi tout court* parla di diritto al possesso esclusivo.

⁵⁰ SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, *cit.*, 197 ss.

⁵¹ DE MARTINO, *Beni in generale. Proprietà*, *cit.*, 147.

⁵² In tal senso G. PIOLA, *Proprietà*, in *Il Digesto italiano*, Torino, volume XIX, 1925, 630, 688: "inoltre dal diritto di godere e di disporre della cosa nella maniera la più assoluta consegue nel proprietario il diritto di escludere qualunque persona dal diritto di godimento e di disposizione della cosa stessa". Similmente, E. VITUCCI, *Proprietà*, in *Nuovo Digesto italiano*, Torino, volume XVII, 1939, 673, 677 nota come, da un canto, la definizione di proprietà di cui all'art. 436 non menzioni espressamente lo *jus excludendi*, ma, d'altro canto, tale definizione sia stata "completata ed integrata con la men-

concetto di bene e lo *jus excludendi*: “il concetto di bene riposa essenzialmente su un fondamento che, sia come dato giuridico sia come dato naturalistico, è costituito dal fenomeno del godimento individuale o, in altre parole, dal godimento in forma esclusiva”⁵³.

Non sono mancate voci, anche tra gli autori ricordati, che hanno operato puntualizzazioni. Salvi precisa come l’esclusione non sia un carattere immanente della proprietà, ma un elemento storicamente determinato⁵⁴, e aggiunge che ad essa si deve guardare non come principio inderogabile, ma quale elemento che può essere conformato dal legislatore; un elemento a cui, in altri termini, si possono porre limiti⁵⁵. A loro volta, i limiti dipendono dall’oggetto della proprietà e da altre circostanze. Per cui, in dipendenza di tali fattori, la facoltà di escludere potrà essere più o meno ampia⁵⁶. Anche l’esercizio del potere di escludere non è illimitato. A esso deve corrispondere un interesse al godimento del bene⁵⁷. Sempre in un’ottica di limiti, vi è poi chi pone in esponente la necessità del capitale di contenere la componente ctonia

zione espressa della esclusività del dominio” da parte del progetto di riforma del libro sulla proprietà.

⁵³ D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, 36-37, nonché 48-49, in cui l’A. aggiunge che lo schema dell’utilizzazione esclusiva è in grado di sterilizzare le “particolari caratteristiche o attitudini del bene connesse al rilievo di determinate finalità o funzioni”.

⁵⁴ SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell’ambiente*, cit., 28.

⁵⁵ C. SALVI, *La proprietà fondiaria: il bene tutelato*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, volume 7, tomo 1 – *Proprietà*, Torino, 1982, 365, 366-367. Ma già L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 58 nota che “l’esclusività infatti – e questo è particolarmente attendibile anche nel clima democratico attuale, pur sempre ispirato alla solidarietà dinamica – non è qualità a sua volta assoluta”; di seguito, l’A. elenca una serie di limiti alla facoltà di escludere i terzi.

⁵⁶ C. MAIORCA, *Chiusura del fondo*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, volume III, 1964, 212, 213: “non esiste un unico generale diritto di proprietà, ma la proprietà, e così la proprietà fondiaria, variamente si qualifica nel modo di essere dei poteri del proprietario – e così del potere di esclusione – a seconda del suo oggetto e dei più vari presupposti”.

⁵⁷ SALVI, *La proprietà fondiaria: il bene tutelato*, cit., 368-369.

dello *jus excludendi*, attraverso le briglie della funzione sociale⁵⁸. Lo *jus excludendi*, come potere idiosincratico, legittima il titolare a compiere scelte d'uso della risorsa non produttive, in tal modo *escludendo* “gli agenti dello sviluppo capitalistico, gli «imprenditori», gli artefici della combinazione dei fattori produttivi”⁵⁹: la funzione sociale rappresenta l'espedito che giustifica l'apposizione di limiti alla proprietà al fine di assicurarne la produttività. In un'ottica diversa, Costantino ha sottolineato l'estraneità dello *jus excludendi* alla relazione di proprietà e la sua inerenza, invece, alle situazioni di godimento⁶⁰; in particolare, l'esclusività è un tratto caratterizzante la proprietà solo nella misura in cui permette di appropriarsi, in modo per l'appunto esclusivo, delle utilità economiche tipiche che una certa risorsa esprime⁶¹. In un'analisi

⁵⁸ L. NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2013, 503, 508-509. La nozione di funzione sociale cui l'A. si riferisce è, evidentemente, quella elaborata dalla dottrina civilistica negli anni '30 del secolo scorso, in cui, come noto, a prevalere è una visione produttivista della proprietà, scevra di istanze solidaristiche e che tende a privilegiare il profilo dinamico dell'istituto proprietario e che emerge ad es. in E. FINZI, *Diritto della proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario*, Firenze, 1935, 158, 171-172. Si veda, per una genealogia della nozione di funzione sociale, U. MATTEI, *Una primavera di movimento per la «funzione sociale della proprietà»*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2013, 531.

⁵⁹ NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, *cit.*, 509.

⁶⁰ M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, 182-183, che giustifica tale affermazione sulla scorta del fatto che l'esercizio della facoltà di opporsi all'ingresso di terzi “dipende dal presupposto che l'ingresso costituisca molestia di fatto; e poiché in tal caso questa facoltà compete anche al possessore e al locatario, deve ritenersi che il proprietario – come titolare di qualunque altro diritto reale di godimento – abbia facoltà di opporsi all'ingresso di altri, che costituisca molestia di fatto, solo quando sia anche possessore o detentore”. Si vedano altresì O.T. SCOZZAFAVA, *Aspetti problematici del concetto di proprietà costituzionale*, in ID., *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014, 133, 147-148; S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, volume XIV, 1966, 125, 143.

⁶¹ In tal senso SCOZZAFAVA, *Aspetti problematici del concetto di proprietà costituzionale*, *cit.*, 150-151: “tale utilità [economica tipica di una determinata risorsa] rappresenta, da una parte, uno dei presupposti rilevanti, che caratterizza, dal punto di vista fattuale, il diritto di proprietà e, dall'altra, essa costituisce il punto di riferimento oggettivo dell'esclusività che, sotto il profilo formale, connota la proprietà stessa quale situazione

che ha come referente il concetto di attribuzione più che il diritto di proprietà, Mario Barcellona distingue tra tecniche di definizione del campo dell'attribuzione delle risorse e conformazione dei regimi di attribuzione, che possono essere esclusivi o non esclusivi⁶².

Parte della dottrina ha criticato l'enfasi posta sullo *jus excludendi*, revocandone più radicalmente in dubbio la centralità all'interno del diritto di proprietà. La critica più nota è probabilmente quella di Natoli, il quale bolla l'esclusività come "caratterizzazione del tutto irrilevante, che non serve a mettere in evidenza nessun aspetto peculiare del diritto di proprietà e può, anzi, indurre in errore"⁶³. Ma già Perlingieri aveva ritenuto che la caratteristica dell'esclusività "non deve ritenersi essenziale ed assoluta"⁶⁴. Le ragioni di tale giudizio sono varie⁶⁵. In primo luogo per esclusività non si può intendere che il bene debba essere riservato al godimento di un solo soggetto: frequenti sono infatti le ipotesi in cui ciò non avviene, come nei casi della comproprietà, dei diritti reali minori o di riserve di caccia a favore di terzi. In secondo luogo, l'esclusività non sarebbe altro che un riflesso della tutela normativa che vale per qualsiasi situazione giuridicamente protetta⁶⁶. Infine, se

giuridica soggettiva" (150). Sulla scorta di ciò conclude: "le considerazioni svolte consentono di precisare che il tratto dell'esclusività assume il rilievo di attributo caratterizzante il diritto di proprietà - o, più in genere, delle forme privatistiche di appropriazione delle risorse -, solo se riferito al processo di acquisizione dei frutti" (151).

⁶² BARCELLONA, Per una teoria dei beni giuridici, *cit.*, 118 e 128.

⁶³ U. NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1976, 139.

⁶⁴ P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino, 1970, 60.

⁶⁵ *Id.*, 60; NATOLI, *La proprietà*, 139-140.

⁶⁶ Tale tutela normativa trova espressione nel principio del *neminem laedere*: a ciò replica SALVI, Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente, *cit.*, 49-50, per il quale "l'elemento peculiare dell'esclusività come struttura della proprietà privata, che la distingue dal generale riflesso della tutela normativa espressa dal principio del *neminem laedere*, sembra risiedere proprio nella sua correlazione con l'attribuzione a un soggetto di un'entità materiale, accompagnata dal potere di escludere da essa ogni ingerenza di altri soggetti. Lo *ius excludendi*, infatti, si sostanzia in una specifica forma di tutela, caratterizzata dal potere di vietare i comportamenti, e di ottenere la cessazione delle situazioni di fatto, che si concretino in un'ingerenza nel bene oggetto dell'attribuzione; in una forma quindi di tutela che si differenzia sia dal diritto

l'esclusività viene intesa come potere del titolare di ammettere i terzi al godimento, essa si risolverebbe in un'inutile replica delle facoltà di godimento e di disposizione che già spettano al proprietario.

A questa prima critica se ne aggiunge una seconda, formulata da Paolo Grossi. L'esclusività non sarebbe un tratto caratterizzante la proprietà, così come peraltro l'assolutezza; ciò perché la proprietà presenta pur sempre un grado minimo di esclusività e ragionare sulla quantità di esclusività che l'una o l'altra situazione appropriativa presenta non aiuta a distinguere tra le diverse forme di proprietà⁶⁷. Potremmo dire, reinterpretando il pensiero dell'A., che il riferimento all'esclusività costituisce, da un lato, qualcosa di scontato e, dall'altro, non aggiunge molto in termini di qualificazione.

Su un piano ancora diverso, per Maria Rosaria Marella l'individuazione della proprietà *privata* come l'unico modello che governa le relazioni tra persone e cose ha portato a dimenticare che i *property rights* possono essere collocati su di un *continuum* i cui due poli

di ottenere il riconoscimento della situazione giuridica, che dal diritto al risarcimento del danno”.

⁶⁷ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, 359, 407-408. L'angolo visuale da cui l'A. guarda al tema dell'esclusione è parzialmente diverso da quello che qui si adotta: il punto di partenza è infatti rappresentato dalla distinzione tra appartenenza medievale e appartenenza moderna. E a tal proposito Grossi commenta: “recentemente, assai recentemente, da parte di alcuni giovani civilisti italiani [l'A. cita le opere di Salvi e Scozzafava] ci si è interrogati sul discrimine essenziale fra appartenenza medievale e appartenenza moderna, incentrando l'attenzione sull'esclusività, sull'essere quest'ultima fondamentalmente un diritto esclusivo, *ius ceteros excludendi*. Più addietro, tradizionalmente, era sulla assolutezza, cioè sulla varietà ed intensità dei poteri conferiti al proprietario, che si puntava lo sguardo. A nostro avviso, siamo, nell'una e nell'altra ipotesi, di fronte a due sentieri malsicuri d'indagine: la proprietà moderna non può consistere nell'essere più assolutezza o più esclusività. Saremmo infatti ancora su un terreno meramente quantitativo, dal momento che proprietà vuol dire sempre e in ogni contesto un minimo di assolutezza ed esclusività, pena il non essere proprietà. Il dominio utile della officina medievale consiste esso pure in una certa gamma di poteri e in una certa dose di esclusività; né potrà trovarsi su questo piano il tratto di separazione dell'utilista dall'incredibilmente diverso, qualitativamente diverso, proprietario moderno”.

sono rappresentati dalla proprietà privata e da quella collettiva⁶⁸. Lungo questo *continuum* il diritto di escludere e il suo opposto, il diritto a non essere esclusi, si possono porre con diversi gradi di intensità: è questo il caso, ad esempio, dei *commons*, in cui il diritto di escludere è particolarmente affievolito, mentre il diritto di accedere alla risorsa, per converso, si struttura in modo robusto⁶⁹. Da ciò si può trarre la conseguenza che lo *jus excludendi* non è carattere che si esprime in modo costante e che, in taluni contesti, può essere marginalizzato all'interno del paradigma dominicale⁷⁰.

Critiche ancor più radicali giungono da chi ritiene non solo che lo *jus excludendi* non sia caratteristica strutturale della proprietà, ma, anzi, rovesciando i termini del discorso, sostiene che, quantomeno per talune forme di proprietà, debba valere un canone opposto, per cui l'esclusione viene espunta dal paradigma proprietario⁷¹, oppure bilan-

⁶⁸ M.R. MARELLA, *The Commons as a Legal Concept*, in *Law and Critique* (versione on-line), 2016, 13.

⁶⁹ MARELLA, *The Commons as a Legal Concept*, *cit.*, 14.

⁷⁰ Si tratta peraltro di una notazione che risente di una concezione della proprietà come *bundle of rights*: MARELLA, *The Commons as a Legal Concept*, *cit.*, 14-15: "therefore – just as the idea of the bundle of rights suggests – there is no predefined core of private property upon which the law cannot place limits or conditions according to the social function norm".

⁷¹ Dopo aver ricordato una serie di norme regionali e consuetudini che consentono l'ingresso sul fondo altrui (anche ai fini di raccolta di funghi, fiori, frutti non coltivati) L. FRANCIOSI, *Le destinazioni della proprietà a tutela del paesaggio*, Napoli, 1986, 217-218, chiosa: "è soprattutto sulla scorta delle indicazioni provenienti dalla legislazione regionale che si rende possibile l'affermazione secondo cui allo *jus excludendi* non può più riconoscersi il ruolo di caratteristica strutturale, almeno della proprietà privata destinata a tutela del paesaggio. Va rovesciata perciò l'impostazione tradizionale del tema: ad apparire come un dato «normale» della proprietà destinata a fini paesistici sarà sempre più il fatto che lo *jus excludendi* risulti in qualche modo precluso o regolamentato al fine di garantire ai terzi l'accesso al bene ambientale". Sul rapporto tra diritto di ingresso e sistema delle fonti R. SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, volume IV, 241.

ciata da un principio generale di accesso alla proprietà altrui⁷². Con riferimento a quest'ultimo profilo, si è ritenuto che le norme del codice civile che permettono l'accesso al fondo altrui non siano, come ritenuto tradizionalmente⁷³, eccezioni al principio di esclusione, ma debbano essere interpretate "estensivamente ed analogicamente sì da apparire [...] espressione di un principio generale di tutela contrapposto a quello del proprietario"⁷⁴.

Il carattere dell'esclusività, storicamente connesso ai beni materiali, è stato esteso, senza troppe esitazioni, anche ai beni immateriali⁷⁵.

⁷² G. LIOTTA, *Profili dell'accesso nel diritto privato*, Padova, 1992, 4 ss., sottolinea la tendenza espansiva di dottrina e giurisprudenza nell'interpretare tutte quelle norme che consentono l'accesso al fondo altrui, tanto da ritenere che "è proprio in relazione all'interpretazione estensiva ed analogica fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento alle descritte ipotesi di accesso al fondo che può seriamente dubitarsi della validità della tradizionale assegnazione alla proprietà dei caratteri della tutela *in rem* e dell'esclusività" (11).

⁷³ Si veda ad es. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, *cit.*, 548, che parla di eccezioni al divieto di accesso.

⁷⁴ LIOTTA, *Profili dell'accesso nel diritto privato*, *cit.*, 12. L'A. riprende più avanti nel testo il medesimo concetto, concludendo: "La verità è che le norme fin qui analizzate, che sanciscono il diritto di ingresso al fondo altrui a favore di terzi, siano poi essi proprietari ovvero non proprietari, nonché la norma contenuta nell'art. 833 cod. civ., che impone il divieto degli atti emulativi, seguono tutte, nel loro complesso, una linea comune di sviluppo che mette chiaramente in risalto l'esistenza e la concreta operatività di un principio generale specularmente opposto a quello dell'esclusività" (83). Ma contra si veda Cass. 27 agosto 1999, n. 8997, *cit.*, 353-354, per la quale non esiste un generalizzato ed indiscriminato diritto di accesso al fondo altrui, ma solo ipotesi tipiche di accesso previste dal legislatore, che derogano di volta in volta allo *jus excludendi* del proprietario.

⁷⁵ L'esempio probabilmente più notevole dell'associazione tra proprietà e beni immateriali è rappresentato dalla proprietà intellettuale. Sulla relazione tra proprietà e proprietà intellettuale, *ex multis*, G.S. ALEXANDER, E.M. PENALVER, *An introduction to property theory*, Cambridge, 2012, 183; A. JANNARELLI, "Proprietà", "immateriale", "atipicità": i nuovi scenari di tutela, in G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, 73; W. FISHER, *Theories of intellectual property*, in S. MUNZER (ed.), *New essays in the legal and political theory of property*, Cambridge, 2007, 168; L.C. BECKER, *Deserving to own intellectual property*, in 68 *Chicago-Kent Law Review* 609 (1993); J. HUGHES, *The philosophy of intellectual property*, in 77 *Georgetown Law Journal* 287 (1988). Sul progressivo allargamento della regola di esclusione a nuovi

O forse sarebbe più corretto dire che il modello proprietario, con la sua regola zero rappresentata dallo *jus excludendi*, ha rappresentato l'archetipo su cui costruire le regole di appropriazione dei beni immateriali⁷⁶. Ma il ricorso al paradigma proprietario sviluppato per i beni materiali non può non generare difficoltà quando applicato nel campo dell'immateriale. L'ontologia dei beni conta⁷⁷. Il punto di partenza è rappresentato dalla natura di per sé non rivale dei beni immateriali; il che vale a differenziarli da quelli materiali, e in special modo dalla terra⁷⁸. L'attribuzione del carattere rivale ai beni immateriali è quindi un processo artificiale⁷⁹, giustificato, tradizionalmente e con una certa dose di semplificazione⁸⁰, in base a due linee principali di pensiero. La pri-

beni immateriali si veda il volume di G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, Utet, 2010 e, in particolare, del medesimo A. l'introduzione *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, 3.

⁷⁶ A. GAMBARO, *Ontologia dei beni e jus excludendi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010, 2, consultabile all'indirizzo: http://www.comparazionediritto.civile.it/prova/files/rav_gambaro_ontologia.pdf. Traccia dell'archetipo proprietario, con specifico riferimento al diritto di escludere, si ritrova in giurisprudenza: si veda, a titolo di esempio, Cass. 11 maggio 1998, n. 4731, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, 104, in cui si parla espressamente di *jus excludendi* nel caso di diritto sul marchio registrato (105), nonché Corte Appello di Milano, 28 maggio 2003, in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, II, 310, con commento di S. CALVELLO.

⁷⁷ GAMBARO, *Ontologia dei beni e jus excludendi*, *cit.*, *passim*. COSTANTINO, Contributo alla teoria della proprietà, *cit.*, 129 ss. ritiene che i beni immateriali possano essere oggetto di proprietà privata non tanto perché rappresentino prodotto della personalità dell'autore, quanto perché "lo scopo della legge [...] appare quello di riconoscere al soggetto titolare del diritto sull'opera dell'ingegno o sull'invenzione industriale il potere di decidere quale debba essere la destinazione economica del bene. Per questa ragione, non per le caratteristiche formali del diritto, si può parlare di struttura e funzione della proprietà privata" (138).

⁷⁸ O, più correttamente, la terra coltivata. Come nota GAMBARO, *Ontologia dei beni e jus excludendi*, *cit.*, 6, è solo quando la terra viene destinata ad uso agricolo che si pone il problema di un'appartenenza esclusiva; prima l'appartenenza si esprimeva come riserva di alcune utilità particolari (animali cacciati, raccolta di frutti selvatici).

⁷⁹ MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, *cit.*, 58.

⁸⁰ Si pensi ad esempio alla connessione tra diritto di proprietà e sviluppo della personalità presente in Hegel, non menzionato nel testo e su cui J.L. SCHROEDER, *Unnatural*

ma, di natura filosofico-morale, utilizza l'argomento lockiano per cui i frutti del lavoro svolto dall'uomo sono di sua proprietà quale conseguenza del fatto che ogni uomo è prima di tutto proprietario di sé e delle proprie energie. La seconda, di stampo gius-economico, ritiene che attribuire un titolo di proprietà a chi produce beni immateriali incentivi la produzione di nuovi beni immateriali, a beneficio della società nel suo complesso⁸¹. Quale che sia la giustificazione corretta per estendere il concetto di proprietà ai beni immateriali, ove mai ve ne fosse una, si tratta di un'estensione che appare ormai un dato di fatto acquisito e che, al contempo, pone ancora una volta in esponente il potere di esclusione.

1.2 Il diritto di escludere nella dottrina anglosassone

Il dibattito circa la centralità dello *jus excludendi* per il diritto di proprietà non è un tratto caratteristico della sola esperienza italiana. In tempi relativamente recenti, numerosi studiosi appartenenti all'area di *common law* si sono interrogati in merito alla possibilità di individuare un minimo comune denominatore a tutte le forme di proprietà, utile a definire cosa si possa ritenere proprietà e cosa invece non lo sia. Il dibattito ha radici lontane. William Blackstone, che ha coniato una delle più celebri definizioni di proprietà in *common law*, ha in realtà offerto nei suoi *Commentaries on the Laws of England* due definizioni. Da un lato, la proprietà viene indicata come "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 uni-

rights: Hegel and intellectual property, in 60 *University of Miami Law Review* 453 (2006).

⁸¹ Per una rivisitazione, sofisticata e affascinante, dell'argomento gius-economico si veda H.E. SMITH, *Intellectual property as property: delineating entitlements in information*, in 116 *Yale Law Journal* 1742 (2006-2007): l'A. ritiene che l'associazione tra proprietà e beni immateriali, in particolare nella forma della proprietà intellettuale, miri non tanto a risolvere un problema di allocazione di tali beni, quanto ad abbassare i costi transattivi necessari per estrarre utilità da tale tipologia di beni.

verse”⁸²; dall’altro, la proprietà consiste “in the free use, enjoyment, and disposal of all his acquisitions, without any control or diminution, save only by the laws of the land”⁸³. Come notato da Thomas Merrill, nell’opera di Blackstone è possibile rinvenire *in nuce* due concezioni di proprietà: la prima, monista, in cui il diritto di escludere i terzi rappresenta il nucleo duro di tale diritto; la seconda, pluralista, in cui il diritto di proprietà è costituito da diverse facoltà che, nel loro insieme, contribuiscono a definire il diritto in questione⁸⁴. All’interno di quest’ultima concezione si pone la riflessione di Tony Honoré, il quale ha individuato undici elementi che caratterizzerebbero la forma più piena di *property*: seppur non sempre presenti in tutte le forme di proprietà che gli ordinamenti di *common law* conoscono, essi rappresenterebbero lo *standard* di riferimento, cui eventualmente sottrarre alcuni attribuiti in ragione della singola forma proprietaria che viene in rilievo⁸⁵.

In ogni caso, in entrambe le ipotesi sopra ricordate si ritiene di poter individuare un nucleo minimo che invariabilmente contraddistingue il diritto di proprietà, a prescindere dal fatto che tale nucleo sia composto di un unico elemento o di molteplici facoltà. A questa visione se ne contrappone un’altra, ove il diritto di proprietà viene concepito come un fascio di facoltà che possono essere liberamente scomposte e ricomposte, senza che alcuna di esse sia necessaria per l’esistenza del diritto stesso. È la nota idea, frutto del *legal realism* e della *analytical jurisprudence* statunitensi di inizio ‘900⁸⁶, per cui la proprietà consiste-

⁸² W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, *cit.*, Libro secondo, Capitolo primo, 2.

⁸³ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, *cit.*, Libro primo, Capitolo primo, 134.

⁸⁴ T.W. MERRILL, *Property and the Right to Exclude*, in 77 *Nebraska Law Review* 730 (1998), 734 ss.; l’A. nota come, curiosamente, nella seconda definizione di proprietà non compaia il diritto di escludere (736).

⁸⁵ T. HONORÉ, *Ownership*, in A.G. Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 1961, 107.

⁸⁶ Per una contestualizzazione storica del dibattito sulla proprietà all’interno della *analytical jurisprudence* si veda J.W. SINGER, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, in 1982 *Wisconsin Law Review* 975 (1982).

rebbe in un *bundle of rights*⁸⁷; l'opera di Hohfeld viene indicata come quella che, più di ogni altra, ha posto le basi di questa concezione⁸⁸. Autori successivi hanno sviluppato il pensiero di Hohfeld, giungendo a descrivere il diritto di proprietà come un contenitore vuoto, che il legislatore è libero di riempire dei contenuti che ritiene opportuni⁸⁹. In altri termini, la proprietà non sarebbe altro che una convenzione sociale, priva di qualsiasi contenuto trascendente, che il legislatore può plasmare come meglio crede⁹⁰; una visione così apertamente nominalista da portare, per alcuni, alla disintegrazione del diritto di proprietà⁹¹. Quali che siano le sue conseguenze ultime, la metafora del *bundle of rights* pare rappresentare l'approccio prevalente all'interno non solo delle università nordamericane⁹², ma anche dell'*American Law Institute*⁹³ e delle *opinions* delle corti d'oltreatlantico. La Corte Suprema statuniten-

⁸⁷ J. PENNER, *The "Bundle of Rights" Picture of Property*, in 43 *UCLA Law Review* 711 (1996), 712 ss; A. DI ROBILANT, *Property: A Bundle of Sticks or a Tree*, in 66 *Vanderbilt Law Review* 869 (2013), 878.

⁸⁸ W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in 26 *Yale Law Journal* 710 (1917).

⁸⁹ MERRILL, *Property and the Right to Exclude*, *cit.*, 738.

⁹⁰ H. DAGAN, *Property. Value and Institutions*, Oxford, 2011, 10-11.

⁹¹ T.C. GREY, *The Disintegration of Property*, in R. PENNOCK, J. CHAPMAN (eds.), *Nomos XXII: Property*, 1980, 69, il quale ritiene che le concezioni del diritto di proprietà siano così numerose e diverse da far dubitare che il termine stesso *proprietà* sia di qualche utilità. La disgregazione della proprietà non sarebbe il frutto di pressioni esterne, ma l'esito ultimo di un processo tutto interno allo sviluppo di un'economia di libero mercato (74 ss.). Una parziale risposta a questa visione si ha in Jeremy Waldron, il quale, nel famoso saggio *What is Private Property?* (pubblicato in *Oxford Journal of Legal Studies*, 5, 313, 1985), ritiene che si debba distinguere tra il *concept* di proprietà, che consisterebbe nell'idea astratta per cui il titolare può decidere il destino della risorsa su cui ha un diritto di proprietà, e le sue *conceptions*, che consisterebbero nelle diverse forme particolari che la proprietà assume in specifici contesti sociali, storici ed economici. Scopo dell'A. è quello di salvare la nozione di proprietà dal rischio di disgregazione, al contempo tenendo in debita considerazione le diverse forme che il diritto di proprietà sembra assumere.

⁹² PENNER, *The "Bundle of Rights" Picture of Property*, *cit.*, 714 ritiene che la metafora del *bundle of rights* sia prevalente anche nel Regno Unito.

⁹³ Il *Restatement of Property*, pubblicato nel 1936 a cura dell'*American Law Institute*, riflette una concezione del diritto di proprietà modellata sul fascio di diritti.

se ha in più occasioni evocato tale metafora, accreditandone ulteriormente il predominio⁹⁴. Dall'angolo visuale particolare che qui si assume, è da notare come lo *jus excludendi* rappresenti una facoltà che può essere presente, ovvero assente, nel fascio di facoltà che costituisce il diritto di proprietà⁹⁵. Il che equivale a dire che il diritto di escludere non è l'elemento ultimo e indefettibile che caratterizza la proprietà: di proprietà si può parlare anche quando l'esclusione manchi.

Questa visione è stata aspramente contestata, in tempi relativamente recenti, da un numero crescente di autori che vedono nel *right to exclude* la condizione minima e necessaria per potersi parlare di proprietà. La critica alla visione del *bundle of rights* è diretta e radicale, al punto che la riscoperta dello *jus excludendi* quale regola zero dell'istituto proprietario può essere prima di tutto letta come reazione all'approccio nominalista imputato all'*analytical jurisprudence* di inizio novecento. Già nel 1954 Felix Cohen sembrava vedere nello *jus excludendi* il nucleo duro del diritto di proprietà⁹⁶; ma è soprattutto a partire dalla metà degli anni '90 dello scorso secolo che un numero crescente di autori ha posto il diritto di escludere al centro del discorso proprietario. In un famoso libro pubblicato nel 1997, James Penner ha definito il diritto di proprietà come “*a right to exclude others from things which is grounded by the interest we have in the use of things*”⁹⁷,

⁹⁴ A titolo esemplificativo si vedano *United States v. Craft*, 535 U.S. 274 (2002); *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374 (1994); *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419 (1982); *Andrus v. Allard*, 444 U.S. 51 (1979); *Kaiser Aetna v. United States*, 444 U.S. 164 (1979).

⁹⁵ MERRILL, *Property and the Right to Exclude*, *cit.*, 737.

⁹⁶ F.S. COHEN, *Dialogue on Private Property*, in 9 *Rutgers Law Review* 356 (1954), 374. Per MERRILL, *Property and the Right to Exclude*, *cit.*, 735, Cohen avrebbe posto lo *jus excludendi* quale unico elemento presente in tutte le definizioni e forme di proprietà; *contra*, L. KATZ, *Exclusion and Exclusivity in Property Law*, in 58 *University of Toronto Law Journal* 275 (2008), 284, ritiene che Cohen non si riferisse tanto al diritto di escludere, quanto al fatto che il titolare del diritto di proprietà può ricorrere alla forza dello stato per dare applicazione al proprio diritto.

⁹⁷ J. PENNER, *The Idea of Property in Law*, Oxford, 1997, 71 (enfasi nell'originale). In un libro di un anno precedente, J. HARRIS, *Property and Justice*, Oxford, 1996 definisce il diritto di proprietà come quel diritto protetto tramite *trespassory rules*, vale a dire un

sottolineando come il diritto di escludere sia funzionale ad assicurare l'autonomia degli individui.

Ma una delle più decise prese di posizione è quella adottata da Merrill in un saggio del 1998, ove l'A. afferma con forza la centralità del *right to exclude*. Questo rappresenterebbe la *conditio sine qua non* del diritto di proprietà: "Give someone the right to exclude others from a valued resource, i.e., a resource that is scarce relative to the human demand for it, and you give them property. Deny someone the exclusion right and they do not have property"⁹⁸. La primazia del diritto di escludere affonderebbe le sue radici in tre argomenti. Il primo sarebbe di ordine logico: partendo dallo *jus excludendi* sarebbe possibile individuare tutta una serie ulteriori di attributi che caratterizzano comunemente il diritto di proprietà, quali ad esempio la facoltà di usare il bene, di trasformarlo e di trasmetterlo, sia *inter vivos* sia *mortis causa*⁹⁹. Il processo inverso non sarebbe invece possibile¹⁰⁰. Il secondo argomento è di tipo storico: per Merrill vi sono numerose prove che "the right to exclude is the first right to emerge in primitive property rights systems"¹⁰¹. Infine, vi è un argomento di natura induttiva. Merrill si chiede se il diritto di escludere sia invariabilmente associato a quegli istituti definiti come *property rights* negli ordinamenti moderni: la risposta è naturalmente positiva¹⁰². In un'analisi che spazia dalla proprietà privata individuale a quella pubblica, passando per forme di *communal property* e di *new properties*, il filo rosso che accomuna le diverse forme proprietarie sarebbe rappresentato dallo *jus excludendi*. Quest'ultimo non

diritto difeso tramite un tipo di rimedi che protegge da aggressioni esterne e che, quindi e per converso, sembra porre il diritto di escludere al centro dell'attenzione.

⁹⁸ MERRILL, *Property and the Right to Exclude*, *cit.*, 730.

⁹⁹ *Id.*, 740 ss.

¹⁰⁰ *Id.*, 744-745.

¹⁰¹ *Id.*, 745 ss. In particolare, la prima forma di diritto reale che storicamente si sarebbe affermata è quella del diritto di usufrutto, il quale non sarebbe altro che un diritto, con durata limitata, volto a escludere terzi dall'interferire con particolari usi di una risorsa (746-747).

¹⁰² *Id.*, 747 ss. L'A. ammette che il tentativo di riportare entro i confini della proprietà, e quindi del *right to exclude*, taluni istituti, in particolare nel caso di *new properties*, sia una forzatura (752).

andrebbe, in ogni caso, rappresentato come un qualcosa di assoluto: esso può essere limitato o qualificato in vario modo, senza tuttavia mai scomparire completamente pena il venir meno della stessa proprietà¹⁰³.

La tesi che pone il diritto di escludere al centro del proscenio è stata ulteriormente sviluppata negli anni successivi da una frazione significativa della *property scholarship* nordamericana. Henry Smith ha giustificato tale centralità ricorrendo ad argomenti propri dell'analisi economica del diritto¹⁰⁴. In particolare, lo *jus excludendi* permetterebbe di diminuire i costi informativi che caratterizzano i rapporti tra individui relativamente a risorse scarse¹⁰⁵, in tal modo promuovendo un utilizzo più efficiente delle risorse¹⁰⁶. In un saggio successivo, Smith, insieme con Merrill, ha arricchito la sua visione iniziale, ritenendo che il diritto di proprietà costituisca anche un *moral right*, in cui ancora una volta il diritto di escludere gioca un ruolo centrale¹⁰⁷. Anche Shyam Balganesh ritiene che il *right to exclude* sia un elemento distintivo della

¹⁰³ ID., 753: “in arguing that the right to exclude others is essential to the institution of property, I am not suggesting anything about how extensive or unqualified this right must or should be. It is often observed, on behalf of the majority of property law scholars who are resolute nominalists, that the right to exclude is «not absolute». [T]he thesis here is not that property requires a certain quantum of exclusion rights. It is simply that to the extent one has the right to exclude, then one has property; conversely, to the extent one does not have exclusion rights, one does not have property.”

¹⁰⁴ H.E. SMITH, *Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, in 31 *Journal of Legal Studies* S453 (2002).

¹⁰⁵ ID., *passim*.

¹⁰⁶ Si tratta di un argomento che si ricollega, come esplicitato dallo stesso A., a quello sviluppato da H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, in 57 *American Economic Review* 347 (1967).

¹⁰⁷ T.W. MERRILL, H.E. SMITH, *The Morality of Property*, in 48 *William & Mary Law Review* 1849 (2007). Per gli A., il fatto che il diritto di proprietà sia permeato di un significato morale deriva dalla considerazione per cui esso è un diritto *in rem* e, come tale, richiede che sia compreso e rispettato da un rilevante numero di persone. Si tratta di un risultato che non può essere raggiunto per il solo tramite del diritto o dell'auto-tutela: il riconoscimento della proprietà come *moral right* è quindi il meccanismo più efficace per garantire la sua natura reale.

proprietà, tanto quanto l'atto del promettere lo è per il *contract law*¹⁰⁸. In particolare, esso non sarebbe altro che il correlativo dell'obbligo che tutti i consociati hanno di astenersi dall'ingerirsi in beni altrui; a sua volta, tale obbligo deriverebbe dal principio di inviolabilità, secondo il quale “certain entities (things and persons) are considered off-limits, by default, to everyone”¹⁰⁹. Infine, Larissa Katz ha distinto tra *exclusion* ed *exclusivity*: la prima corrisponderebbe al potere del proprietario di escludere i terzi dall'ingresso nei, o godimento dei, propri beni; la seconda consisterebbe nel potere che il proprietario ha di determinare autonomamente, vale a dire senza ingerenze esterne, l'agenda di godimento dei propri beni¹¹⁰. Per l'A. il *right to exclude* andrebbe inteso in questo secondo senso: lo *jus excludendi* non costituirebbe il cuore del diritto di proprietà, bensì semplicemente il riflesso di un potere più ampio, questo sì caratterizzante in senso proprio la proprietà, vale a dire il potere di determinare il destino di una risorsa (*agenda-setting authority*)¹¹¹.

Non sono mancate critiche all'idea per cui lo *jus excludendi* sarebbe il cuore del diritto di proprietà¹¹². Ad esempio Stern ritiene che sia più corretto parlare di esclusività che di esclusione, con ciò sottolineando come il vero tratto distintivo della proprietà sia il principio di *mutual exclusivity*, in base al quale “a valid property right precludes the

¹⁰⁸ S. BALGANESH, *Demystifying the Right to Exclude: Of Property, Inviolability, and Automatic Injunctions*, in 31 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 593 (2008), 618 ss.

¹⁰⁹ *Id.*, 620.

¹¹⁰ KATZ, *Exclusion and Exclusivity in Property Law*, *cit.*

¹¹¹ *Id.*, 289 ss.: “the exclusivity of ownership does not describe the essence of ownership. There are many exclusive positions that are not ownership positions [...] What is distinctive about the exclusive position that owners occupy? Ownership’s defining characteristic is that it is the special authority to set the agenda for a resource. The exclusivity of ownership is just one aspect of ownership’s character as a position of agenda-setting authority” (290).

¹¹² Un tipo di critica che non verrà considerata in questo contesto è quella che si concentra sugli aspetti metodologici, su cui E.R. CLAEYS, *Exclusion and Private Law Theory: A Comment on Property as the Law of Things*, in 125 *Harvard Law Review* 133 (2012); con particolare riferimento allo *jus excludendi* si veda p. 142 ss.

possibility of any other property right that contradicts it”¹¹³. Per Mossoff la facoltà di escludere è una condizione necessaria, ma non sufficiente del diritto di proprietà¹¹⁴: ad essa si devono aggiungere quelli che l’A. chiama *possessory rights*, vale a dire le facoltà di acquisire, utilizzare e disporre di una risorsa¹¹⁵. In questa visione lo *jus excludendi* diviene un aggettivo che qualifica i *possessory rights* appena ricordati, similmente a quanto è possibile rinvenire nella definizione offerta dall’art. 832 del nostro codice civile¹¹⁶. In altri termini, “the right to exclude is only a secondary or derivative right within the concept of property. [It] lacks substantive meaning by itself and only serves to emphasize the social function that a right to property - that all political rights - must ultimately serve”¹¹⁷. In un recente articolo, Daniel Kelly ha sostenuto che troppa enfasi è stata posta sul *right to exclude* come meccanismo in grado di promuovere l’utilizzo efficiente delle risorse¹¹⁸. In realtà il diritto di proprietà conosce svariati meccanismi volti ad includere; essi sarebbero finalizzati a realizzare un efficiente sfruttamento delle risorse tanto quanto lo *jus excludendi*¹¹⁹. Infine, alcuni autori hanno mosso un attacco frontale al diritto di escludere. Gregory Alexander ritiene che considerare il diritto di escludere il cuore della proprietà sia ingannevole in ragione delle tante eccezioni cui tale principio va incontro¹²⁰; Hanoch Dagan definisce il *right to exclude* “a rather modest

¹¹³ J.Y. STERN, *The Essential Structure of Property Law*, 2016, reperibile all’indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2646765, 12: “The mutual exclusivity principle holds that a property system does not generate multiple valid entitlements with mutually exclusive content”.

¹¹⁴ A. MOSSOFF, *The False Promise of the Right to Exclude*, in 8 *Econ Journal Watch* 255 (2011).

¹¹⁵ *Id.*, 390 ss.

¹¹⁶ *Id.*, 390-391.

¹¹⁷ *Id.*, 393.

¹¹⁸ D.B. KELLY, *The Right to Include*, in 63 *Emory Law Journal* 857 (2014).

¹¹⁹ *Id.*, 882 ss.

¹²⁰ In particolare, i proprietari sarebbero tenuti ad una serie di obbligazioni verso i terzi tali da compromettere la visione tradizionale che pone lo *jus excludendi* al centro del discorso proprietario: G.S. ALEXANDER, *The Social-Obligation Norm in American Property Law*, in 94 *Cornell Law Review* 745, in particolare 747-748.

truism, which hardly yields any practical implications”¹²¹. Sebbene non si possa negare che un minimo livello di esclusione sia presente in tutti i paradigmi proprietari, ciò che conta veramente per Dagan sono i limiti cui questa va incontro, il contesto entro cui opera, i valori che la caratterizzano.

2. Il diritto a essere inclusi

Le critiche, espresse sia dalla dottrina municipale, sia da quella anglosassone, non si sono limitate a revocare in dubbio la centralità dello *jus excludendi* nel definire il diritto di proprietà, ma hanno in taluni casi sostenuto l’idea che vi possa essere un diritto a essere inclusi suscettibile di assumere diverse espressioni. È su questo secondo aspetto che vale la pena concentrare ora l’attenzione, precisando che l’indagine distinguerà due tipi di diritto ad essere inclusi, l’uno inteso in senso debole, l’altro in senso forte.

2.1 Premessa

Prima di procedere alla disamina dei casi in cui il nostro ordinamento ammette un diritto a essere inclusi, è opportuno porre alcuni brevi premesse per ridurre il rischio di fraintendimenti circa il discorso che si svilupperà. La prima di queste riguarda il rapporto tra inclusione ed esclusione¹²². Esso non consiste in un *aut aut*, bensì in un rapporto di coesistenza. In altri termini, non s’intende negare che nel concetto di proprietà sia insita una certa quantità di *jus excludendi*; tutti i paradigmi proprietari contemplano il potere, più o meno lato, del titolare di escludere i terzi (o, quantomeno, alcuni terzi). Ma l’enfasi posta sul potere di esclusione ha avuto l’effetto di porre in secondo piano la componente inclusiva, che pure è presente in alcuni statuti proprietari. Lo *jus excludendi* ha così rappresentato il vicino ingombrante del diritto di essere

¹²¹ DAGAN, Property. Value and Institutions, *cit.*, 37.

¹²² Sui rapporti tra inclusione ed esclusione nel diritto di proprietà S. RODOTÀ, *Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi*, in ID., *Il terribile diritto*, Bologna, III ed., 2013, 435, 448 ss.

inclusi, marginalizzandone l'importanza e relegandolo a un ruolo subalterno¹²³. La coesistenza cui si è fatto cenno implica la possibilità che in taluni paradigmi dominicali siano compresenti un potere di escludere e un obbligo di includere: una compresenza che, come si vedrà, varia nella sua formulazione in dipendenza dello specifico paradigma che viene in rilievo.

La seconda premessa fa propria la riflessione, condivisa da larga parte della dottrina italiana, circa la pluralità degli statuti proprietari¹²⁴. La prospettiva adottata non guarda quindi alla proprietà come un

¹²³ Si veda ad es. LIOTTA, *Profili dell'accesso nel diritto privato*, cit., 6, il quale ritiene che “il modo di intendere l'esclusività nella proprietà fondiaria, come figura dal contenuto indeterminato e onnicomprensivo, si esprime in primo luogo ed emblematicamente nel relegare ai margini della disciplina la norma di codice che attribuisce al vicino il diritto di entrare nel fondo altrui per costruire o riparare l'opera propria o comune”.

¹²⁴ È sufficiente qui ricordare gli scritti di L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, I, Parigi, 1938, 839, nonché ID. *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, in *Mélanges juridiques dédiés à Monsieur le Professeur Sugiyama*, Tokio, 1940, 95; di F. VASSALLI, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in ID., *Studi giuridici*, Milano, 1960, II, 329, 330-331 (l'articolo riprodotto risale al 1938); infine, di S. PUGLIATTI che, come noto, è l'A. che ha espresso con maggiore forza e coerenza l'idea di una pluralità di statuti proprietari: *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 145, 148 ss. Ma un cenno alla possibilità di “varie «proprietà» esistenti nell'ordine giuridico positivo” si trova anche nelle conclusioni del lavoro di C. MAIORCA, *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria*, Torino, 1934, 122. Una differenziazione tra la posizione di Josserand e Vassalli, da un lato, e quella di Pugliatti, dall'altro, viene operata da RODOTÀ, *Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi*, cit., 438-439, il quale nota come solo i primi cerchino di salvare una concezione unitaria del diritto di proprietà, facendo leva sulla sua plasticità. Per O.T. SCOZZAFAVA, *La proprietà*, in ID., *Studi sulla proprietà*, Giappichelli, Torino, 2014, 273, 276, traccia della pluralità degli statuti proprietari sarebbe riscontrabile anche nel codice civile: “[...] il nuovo codice sembra aver recepito quelle tendenze che [...] avevano evidenziato il carattere non più unitario del diritto di proprietà. Il corpo normativo che disciplina il diritto di proprietà, infatti, si apre con una serie di disposizioni generali, per poi regolare la proprietà fondiaria, la proprietà edilizia e così via”. *Contra*, a favore di un concetto unitario di proprietà F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, 1976, 145; G. PESCATORE, *Considerazioni sul «diritto» di proprietà*, in AA.VV., *Studi giuridici in onore di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, II, 1257, 1267-1268. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela*

monolite, quanto come una categoria concettuale al cui interno si collocano svariati modelli dominicali, parzialmente diversi l'uno dall'altro e ciascuno con caratteristiche sue proprie. Si tratta di un'indicazione importante perché funzionale a spiegare come i rapporti tra inclusione ed esclusione possano variare in dipendenza del modello che di volta in volta viene in gioco¹²⁵. Lungi dal poter fare un discorso in chiave gene-

dell'ambiente, *cit.*, 23 ss. analizza i “connotati strutturali essenziali” della proprietà “in quanto essa viene fondata positivamente come forma di appropriazione dei beni tendenzialmente unica – oltre che unitaria -, in contrapposizione alla molteplicità di forme di appropriazione conosciute dai sistemi giuridici premoderni”. Assume una posizione più sfumata COSTANTINO, Contributo alla teoria della proprietà, *cit.*, 31-33, il quale, pur riconoscendo la validità della posizione di Pugliatti, non rinuncia a “tentare la qualificazione del fenomeno attraverso la considerazione unitaria del sistema” (33). Un'interessante disamina in chiave storico-comparatistica delle diverse concezioni, moniste o pluraliste, del diritto di proprietà è offerta da DI ROBILANT, Property: A Bundle of Sticks or a Tree, *cit.* L'idea che esista una pluralità, finita e tipica, di modelli dominicali non è estranea neppure all'area di *common law*, come emerge nel pensiero di T.W. MERRILL, H.E. SMITH, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, in 110 *Yale Law Journal* 1 (2000); nonché di DAGAN, Property. Value and Institutions, *cit.*, *passim*; R. EPSTEIN, *Property Rights in Water, Spectrum, and Minerals*, in 86 *Colorado Law Review* 389 (2015). In chiave diacronica, per GROSSI, L'inaugurazione della proprietà moderna, *cit.*, 50-51, la proprietà moderna è nel segno dell'unitarietà a differenza di quella medievale, plurima; RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*, in ID., *Il terribile diritto*, *cit.*, 127, 133-134 avverte che i frequenti interventi della legislazione speciale in materia di proprietà, da cui viene fatta poi discendere la pluralità degli statuti proprietari, non sono in grado di compromettere, quantomeno in una prima fase storica, la visione del diritto di proprietà come diritto unico, coerente e monolitico. Un'originale interpretazione delle ragioni che hanno portato alla frammentazione della proprietà in una pluralità di statuti proprietari è contenuta in BARCELONA (con la collaborazione di C. CAMARDI), *Diritto privato e società moderna*, *cit.*, 298-299, per il quale “La metamorfosi della proprietà da espressione dell'autonomia individuale a principio di funzionamento del sistema comporta, infatti, accanto e in ragione della dominanza del principio dell'autonomia dell'economico, la formazione di una serie di sottosistemi deputati, attraverso la disciplina specifica di alcune categorie di beni, alla correzione delle contraddizioni che l'espansione del calcolo economico produce nel tessuto sociale”.

¹²⁵ Mi pare andare in questo senso la riflessione di NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, *cit.*, 523 ss. a proposito della nozione di beni comuni che emerge dalla Commissione Rodotà: l'A., riferendosi alle diverse forme di proprietà su cui il legislatore può intervenire al fine di assicurarne una fruizione collet-

rale, è quindi necessario guardare alle singole epifanie della proprietà per comprendere le diverse forme che il rapporto tra inclusione ed esclusione può concretamente assumere. Anche in questo caso è bene aggiungere due ulteriori precisazioni. In primo luogo, il fatto che si abbiano più statuti proprietari non significa necessariamente aderire a una visione della proprietà intesa come *bundle of rights*. Gli statuti proprietari non possono essere decostruiti e ricostruiti a proprio piacimento, ma devono rispettare forme e contenuti stabiliti dal legislatore. In altri termini, nonostante vi siano più statuti proprietari, il loro numero è finito e il loro contenuto tipico. In secondo luogo, la pluralità dei tipi proprietari permette di tutelare differenti valori¹²⁶. Le specifiche regole che caratterizzano i vari modelli dominicali, e, in particolare, il peculiare mix di inclusione ed esclusione loro propri, variano in dipendenza degli interessi e dei valori che l'ordinamento intende promuovere. Quanto si scrive assumerà rilievo centrale nel prosieguo dello scritto, poiché fornirà un importante contributo per comprendere le ragioni per cui il no-

tiva, parla di modelli di proprietà "ad esclusività attenuata" e iscrive tale sua riflessione all'interno della "intuizione pugliattiana del pluralismo dei regimi di appartenenza".

¹²⁶ L'idea per cui vi sia una connessione tra pluralità degli statuti proprietari e tutela di valori diversi è esplicita in una serie di scritti di Hanoch Dagan, ora raccolti in *Property, Value and Institutions*, *cit.* Vale la pena illustrare brevemente il percorso argomentativo che porta l'A. a tale conclusione. Per Dagan il diritto avrebbe creato e standardizzato una serie di istituti proprietari con lo scopo di gestire e promuovere determinate tipologie di interrelazioni sociali. Tali istituti servirebbero a fornire agli esseri umani schemi di *default* ottimali per governare tipi di relazione che hanno a che fare con una qualche categoria di beni (materiali o immateriali); al contempo, la possibilità di utilizzare tali schemi creerebbe nei potenziali fruitori delle aspettative, protette per il tramite di un insieme di regole che prendono la forma del singolo statuto dominicale di volta in volta in rilievo. La tutela delle aspettative non forma la ragione ultima che giustifica l'esistenza di uno statuto proprietario: gli esseri umani hanno infatti diverse aspettative e solo alcune di esse sono tutelate. Per Dagan la ragione ultima deve essere invece individuata nella promozione di determinati e specifici *human values*: ogni istituto proprietario è finalizzato a favorire e realizzare un *set* di valori racchiuso nel complesso di regole che lo costituiscono. I valori non rappresentano solo la *ratio* del singolo statuto proprietario, ma offrono anche una pietra di paragone per valutarne l'efficacia nel realizzare i valori voluti.

stro ordinamento contempla in talune ipotesi paradigmi proprietari inclusivi (o, *rectius*, che prevedono una dimensione inclusiva forte).

Con specifico riferimento alla dialettica tra esclusione e inclusione, è possibile individuare due gruppi di statuti proprietari. In primo luogo, vi sono statuti che ammettono limitazioni allo *jus excludendi* confinate alla facoltà di godimento: in tali ipotesi si parlerà di un diritto a essere inclusi in senso debole. In secondo luogo, si hanno statuti che prevedono il diritto a essere inclusi quale limitazione alla facoltà di disposizione: in questo caso si parlerà di un diritto a essere inclusi in senso forte. La terminologia utilizzata è indicativa: il riferimento, infatti, è a un diritto a *essere inclusi*, non a *includere*. La ragione dell'uso del passivo è legata al fatto che si vuole assumere la prospettiva della persona che viene inclusa nello schema proprietario, e non del proprietario che vede 'invasa' la propria situazione proprietaria. Questo per evitare l'ambiguità che può celarsi nell'uso della forma verbale attiva, attraverso cui si potrebbe alludere ad un atto intenzionale del proprietario che consente all'ingresso del terzo nella propria sfera proprietaria. L'attenzione si concentrerà così su quelle forme d'inclusione che il proprietario deve sopportare perché gli sono imposte dall'ordinamento¹²⁷.

Infine, merita di essere affrontata una possibile obiezione, tranciante rispetto al discorso che qui si sta conducendo, consistente nel ritenere che gli statuti dominicali che prevedono il diritto a essere inclusi non siano in realtà riconducibili all'interno del *genus* della proprietà¹²⁸.

¹²⁷ KELLY, *The Right to Include*, *cit.*, 866 ss. distingue tra inclusione volontaria e inclusione che prescinde dalla volontà del proprietario. La seconda non sarebbe nulla di più che una riproposizione del vecchio discorso sui limiti della proprietà: poiché il diritto di proprietà non è assoluto, l'ordinamento può stabilire che il proprietario non possa, in presenza di determinate condizioni, opporsi ad invasioni del proprio diritto di proprietà. Per l'A., molto più interessanti sarebbero i casi di inclusione volontaria, in cui cioè il titolare consente a che un terzo invada la propria sfera dominicale: sia perché raramente presi in considerazione dalle corti e dottrina nordamericane, sia perché tesi a realizzare forme di cooperazione che promuovono interazioni utili dal punto di vista sociale.

¹²⁸ Come si vedrà nel proseguito trattando della disciplina delle indicazioni geografiche quale forma di proprietà intellettuale, alcuni A. hanno ritenuto che esse non possano essere considerate una forma di proprietà: in tal senso, ad es., A. VANZETTI, V. DI

A tale obiezione si può rispondere con due rilievi. Il primo è che essa tipicamente aderisce a una concezione monista di proprietà, in cui vi sarebbe un nucleo dominicale minimo, tipicamente individuato nello *jus excludendi*, che non tollererebbe la compresenza di un diritto ad essere inclusi. Giocoforza, la presenza di un diritto a essere inclusi all'interno di un certo istituto dovrebbe portare a espungere tale istituto dal paradigma proprietario. Ma una delle premesse del nostro ragionamento è esattamente nel senso opposto, perché si muove dall'assunto che esistano una pluralità di istituti dominicali. Il secondo rilievo consiste nel fatto che il diritto a essere inclusi cui si fa riferimento è da intendersi in senso forte. Nessuno dubita, infatti, che il diritto di proprietà sia compatibile con limitazioni che, a determinate condizioni, consentono a terzi di invadere la sfera proprietaria altrui, come vedremo meglio a breve. Più problematica, invece, l'ipotesi del diritto a essere inclusi in senso forte: qui l'inclusione è elemento costitutivo del paradigma proprietario. Anche in questo caso l'obiezione non pare insuperabile per due ordini di ragioni. Da un lato, da un punto di vista logico, prima che pratico, è possibile immaginare la coesistenza del diritto a escludere alcuni terzi con il diritto di alcuni terzi a essere inclusi. Dall'altro lato, si è in precedenza espressamente riconosciuto come un minimo di esclusione connoti tutti gli statuti proprietari: ciò significa che anche negli statuti proprietari in cui è possibile rinvenire un diritto ad essere inclusi in senso forte è al contempo presente una certa quantità di *jus excludendi* che consente di ricondurli all'interno dell'alveo dominicale.

2.2 Il diritto a essere inclusi in senso debole

La forma più semplice che può assumere il diritto a essere inclusi, e talmente consolidata da apparire oggi scontata, consiste nelle diverse limitazioni che la proprietà può subire al fine di consentire a

CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2012, 369; C. LE GOFFIC, *La protection des indications géographiques*, Parigi, 2010, 235 ss., per la quale “En définitive, aucun modèle de propriété ne peut être appliqué aux appellations d'origine” (257).

terzi di accedervi¹²⁹. Gli esempi sono molteplici e attengono a istituti diversi. Alcune di tali limitazioni assumono la veste dei diritti *in re aliena*, incidendo sulla proprietà fondiaria: è il caso, ad esempio, delle servitù legali¹³⁰. Altre, pur non assumendo al rango di diritti soggettivi, consentono ai terzi di svolgere attività nel fondo altrui quando siano condotte a una tale altezza o profondità che il proprietario non ha interesse a escluderle¹³¹. Altre, ancora, regolano i rapporti tra vicini, imponendo ad esempio di tollerare le immissioni che rispettino il limite della normale tollerabilità provenienti da fondi contigui¹³². Infine, alcune li-

¹²⁹ NATOLI, La proprietà, *cit.*, 140, il quale nota come la regolamentazione dello *jus excludendi* rappresenti la parte più cospicua delle norme codicistiche dedicate alla disciplina generale della proprietà fondiaria. SALVI, Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente, *cit.*, 206 parla anche di "conformazione dello *jus excludendi* del proprietario fondiario, in correlazione con le forme di utilizzazione in atto di fondi diversi («vicini»)".

¹³⁰ BARASSI, Proprietà e comproprietà, *cit.*, 59; SALVI, Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente, *cit.*, 29 ss. nota come la ricostruzione delle servitù quali diritti soggettivi debba essere letta all'interno della logica liberale dei codici che tale ricostruzione hanno operato: "[...] ogni restrizione al potere 'assoluto' del proprietario deve essere posta da una norma che contestualmente costituisce una corrispondente situazione soggettiva, in capo al soggetto-Stato nei rapporti di diritto pubblico, ad un altro proprietario nei rapporti di diritto privato. Ad ogni restrizione, quindi, corrisponde un diritto soggettivo avente come contenuto la pretesa al rispetto della restrizione. Questo risultato è raggiunto, riconducendo i diversi rapporti alla categoria unificante della servitù legale".

¹³¹ *Contra* NATOLI, La proprietà, *cit.*, 140-141, il quale ritiene che il secondo comma dell'art. 840 c.c. "valga, piuttosto, a segnare certi limiti di estensione (determinati dall'esistenza di un apprezzabile interesse all'utilizzazione della *res*), al di là dei quali il diritto più non esiste, sicché sarebbe assurdo parlare di un *ius admittendi vel excludendi* del proprietario (del suolo)". Si veda anche l'art. 842 c.c., che impone al proprietario di tollerare l'intrusione nel proprio fondo di chi vi entri per l'esercizio della caccia.

¹³² SALVI, Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente, *cit.*, 209 distingue, quanto alla tecnica legislativa utilizzata, l'ipotesi delle immissioni da quelle di cui agli artt. 842 e 843 c.c. (ma si potrebbe forse aggiungere all'elenco anche l'art. 840 c.c.). Mentre "l'espressione usata dall'art. 844 per definire la condotta regolata («il proprietario di un fondo non può impedire») attiene al contenuto del potere giuridico e non ad una situazione di soggezione nei confronti di ingerenze aliene sul fondo", le ingerenze in parola sono invece riscontrabili "nelle fattispecie degli artt. 842 e 843, nelle quali il fondo costituisce oggetto di un'attività qualificata dall'inerenza a un

mitazioni alla proprietà fondiaria assumono la forma degli usi civici¹³³ o di vere e proprie consuetudini, che permettono la raccolta di, ad esempio, fiori o piante su fondi altrui¹³⁴. Ma vi sono anche casi di limitazioni relative, ad esempio, alla proprietà intellettuale, come nelle ipotesi di licenze obbligatorie di brevetti¹³⁵, o il diritto di copia quale limitazione del diritto d'autore¹³⁶.

V'è poi chi ha superato la dinamica proprietà-limite, individuando nell'accesso un vero e proprio principio generale¹³⁷. In partico-

potere specificamente tutelato dalle norme citate. Il proprietario di un fondo è tenuto a consentire che altri vi entri, qualora ricorrano le condizioni di cui agli artt. 842 e 843; non è invece tenuto a consentire che altri vi immetta fumo, ecc.: può, ad es., dotare il fondo di espedienti che consentano di evitare («impedire») l'immissione».

¹³³ L. FRANCIARIO, *Potere di escludere e diritti di accesso nella proprietà fondiaria*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 7: Proprietà, Tomo I, Torino, 2005, 446, 452 ss., in partic. 455.

¹³⁴ D'obbligo il richiamo a SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, *cit.*; ma si veda anche NATOLI, *La proprietà*, *cit.*, 143-144 e FRANCIARIO, *Le destinazioni della proprietà a tutela del paesaggio*, *cit.*, 204 ss. Tali A. sottolineano i peculiari problemi che consuetudini limitative dello *jus excludendi* pongono con riferimento alla teoria delle fonti.

¹³⁵ Artt. 70 ss. del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, Codice della proprietà industriale: G. FLORIDIA, *Le licenze disciplinate dalla legge*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2012, 277 ss.

¹³⁶ Artt. 65 e ss. della L. 22 aprile 1941, n. 633, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio: L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2012, 1534 ss. P. AUTERI, *Il contenuto del diritto d'autore*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, *cit.*, 597, 629 ritiene che il diritto di copia di cui all'art. 68, così come la riproduzione privata ad uso personale, non siano limitazioni in senso proprio, quanto "limiti naturali del diritto di esclusiva", pur se formalmente ricompresi nel Capo V intitolato *Eccezioni e limitazioni*.

¹³⁷ LIOTTA, *Profili dell'accesso nel diritto privato*, *cit.* Ma già R. CECCHETTI, *Accesso alla natura e accesso alla proprietà*, in *Il foro italiano*, 1976, I, 588, 590-591 (nota a commento di Corte cost. 25 marzo 1976, n. 57) e S. BASILE, N. ASSINI, *La proprietà fondiaria e il «diritto d'accesso alla natura»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, 697 avevano affermato l'esistenza di un diritto di accesso alla natura, seppur con argomenti in parte diversi. Più sfumata la posizione di FRANCIARIO, *Potere di escludere e diritti di accesso nella proprietà fondiaria*, *cit.*, 457, il quale, pur richiamando la posi-

lare, analizzando le fattispecie contenute nel codice civile che consentono l'accesso al fondo, si è concluso che “[è] proprio in relazione alla interpretazione estensiva ed analogica fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento alle descritte ipotesi di accesso al fondo che può seriamente dubitarsi della validità della tradizionale assegnazione alla proprietà dei caratteri della tutela *in rem* e dell'esclusività”¹³⁸. A ciò si è poi aggiunta la considerazione per cui l'art. 833 c.c. assumerebbe particolare rilievo con riferimento al diritto di accesso, fungendo da parametro generale che riguarderebbe “anche il diritto, per l'appunto di qualsivoglia terzo, di accedere alla proprietà altrui”¹³⁹. La conclusione cui si giunge è già stata anticipata: “l'accesso al fondo altrui non può più essere configurato come una pura e semplice eccezione al principio dell'esclusività”, bensì costituisce “un principio generale specularmente opposto a quello dell'esclusività”¹⁴⁰.

La dialettica tra eccezione e principio generale appena evocata s'interseca con l'analisi della natura del diritto ad essere inclusi in senso debole. Ci si può infatti chiedere se esso debba essere qualificato quale limite esterno, ed eccezionale, rispetto allo *jus excludendi* ovvero quale contenuto del diritto di proprietà. Si tratta di una questione che si innesta nel dibattito, più generale, sulla natura del limite con riferimento al diritto di proprietà¹⁴¹. Il contributo della pandettistica è stato note-

zione di Liotta, non vi aderisce espressamente ed anzi titola il proprio contributo, significativamente, *diritti di accesso*, quasi a voler significare l'inesistenza di un diritto di accesso quale principio generale. Si ricordi infine Cass. 27 agosto 1999, n. 8997, *cit.*, con cui la Cassazione ha escluso l'esistenza di un diritto di accesso alla natura.

¹³⁸ LIOTTA, Profili dell'accesso nel diritto privato, *cit.*, 11. L'assunto sembra condiviso da FRANCIOSI, Le destinazioni della proprietà a tutela del paesaggio, *cit.*, 218, con la duplice precisazione che l'A. limita tale affermazione al solo *jus excludendi* e alla sola proprietà destinata a fini paesistici.

¹³⁹ LIOTTA, Profili dell'accesso nel diritto privato, *cit.*, 14.

¹⁴⁰ ID., 83. Diversa la posizione di FRANCIOSI, Le destinazioni della proprietà a tutela del paesaggio, *cit.*, 218 ss. il quale non ritiene che si possa parlare di un diritto di accesso alla natura incondizionato, in quanto mancherebbe nel nostro ordinamento un espresso riconoscimento in tal senso.

¹⁴¹ Sul rapporto proprietà – limite, osservato dal punto di vista dell'identificabilità o meno di un contenuto minimo essenziale del diritto di proprietà, si vedano le pagine di A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Napoli, 1990, 29 ss. Per una lettura giur-

vole a tal riguardo, poiché ha definito il limite non quale elemento esterno al diritto di proprietà, bensì parametro che, dall'interno, contribuisce a definirne i contenuti¹⁴². In aggiunta, il limite non è qualcosa che esiste in natura, e che dipende ad esempio dalle caratteristiche del bene oggetto di proprietà, quanto piuttosto l'effetto di una scelta giuridica, che sottrae una o più facoltà al proprietario. Si tratta di una prospettiva che è stata fatta propria dal nostro codice civile¹⁴³, e che avva-

economica della nozione di limite, quale strumento tramite il quale internalizzare le esternalità negative che il diritto di proprietà genera si veda MATTEI, *La proprietà, cit., passim*.

¹⁴² SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente, cit.*, 39 ss., il quale nota però come tale concezione comporti anche contraddizioni (42). Questa è anche la posizione assunta da L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1988, 427, 444 nel delineare i rapporti tra proprietà e funzione sociale: "La determinazione dei limiti della proprietà destinati ad assicurarne la funzione sociale è essa stessa determinazione del contenuto del diritto". Ma già in tali termini, nella vigenza del codice civile del 1865, MAIORCA, *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria, cit.*, 112-113: "Si parla di *limitazioni della proprietà stabilite dalla legge*. Noi precisiamo che non di «limitazioni» della proprietà si deve parlare, ma di «limiti». Infatti la proprietà, come situazione giuridica, non risulta da quelle limitata, bensì definita, delimitata" (enfasi nell'originale). *Contra* DE MARTINO, *Della proprietà, cit.*, 145: "Finalità sociali, obblighi imposti specificamente al proprietario dalla legge, limiti nell'interesse pubblico, qualunque possa essere la loro ampiezza, sono sempre estranei al contenuto del diritto e non possono assurgere a caratterizzarlo".

¹⁴³ N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, 8-9, il quale nota che "l'art. 832 cod. civ., con la menzione dei limiti, si riferisce all'ambito normativo del diritto, alla fisionomia che la legge delinea per le singole proprietà", aggiungendo che in tal caso "limite sta per *delimitazione*" (enfasi nell'originale); SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente, cit.*, 43. Una prospettiva diversa è adottata da BARCELLONA (con la collaborazione di C. CAMARDI), *Diritto privato e società moderna, cit.*, 257 ss., per il quale la disciplina dei limiti della proprietà va letta alla luce del contrasto che si può generare tra proprietà immobiliare e "proprietà implicata nel processo di produzione e nella creazione del profitto": "Il mercato presuppone la proprietà privata, il carattere privato del processo economico produttivo, ma il principio proprietario si realizza pienamente solo attraverso la mediazione del mercato e dei rapporti di scambio: scambio e mercato costituiscono in questa logica l'unico mezzo per l'appropriazione della ricchezza. Proprietà privata e mercato quindi si implicano reciprocamente. Ma la proprietà si esprime anche come monopolio privato della risorsa terra che spesso dà vita a situazioni di «rendita» e a veri e propri ostacoli alla produttivi-

lora la tesi per cui il diritto ad essere inclusi in senso debole costituisce contenuto del diritto di proprietà¹⁴⁴. Con una precisazione che deriva da una delle premesse già formulate: il diritto a essere inclusi in senso debole, nelle diverse modalità che può assumere, contribuisce a definire i diversi modelli dominicali che rientrano nel *genus* proprietà. In altri termini, l'idea che il diritto a essere inclusi sia elemento interno al paradigma proprietario deve essere comunque letto, e declinato, nella prospettiva della pluralità degli istituti proprietari¹⁴⁵.

A tal fine, può essere opportuno analizzare con un maggior grado di dettaglio due casi di diritto a essere inclusi in senso debole, per meglio comprendere come tale diritto possa concretamente atteggiarsi. Si è scelto di esaminare due casi appartenenti ad aree diverse: il primo attiene alla proprietà fondiaria e riguarda l'accesso al fondo; il secondo alla "proprietà letteraria" e concerne il potere di copia.

Come noto, l'art. 843 c.c. prevede due distinte ipotesi di accesso al fondo. Il primo comma stabilisce che il proprietario deve consentire l'accesso o il passaggio nel proprio fondo al vicino che abbia necessità di costruire o riparare un muro o altra opera, propria o comune; il secondo comma che il proprietario deve ugualmente concedere l'accesso a chi intenda recuperare la cosa o l'animale che si trovi accidentalmente nel fondo altrui. Seppure la struttura delle due norme sia simile, vi sono significative differenze. Nella prima ipotesi, se l'accesso o il passaggio causano un danno, il danneggiante sarà tenuto a corri-

vità dell'impresa. In questa situazione è da leggere la disciplina codicistica dei limiti e degli obblighi al pieno godimento" (259).

¹⁴⁴ Sembra invece accedere ad una concezione dell'accesso come limite esterno al diritto di proprietà Cass. 27 agosto 1999, n. 8997, *cit.*, 354.

¹⁴⁵ "Il problema giuridico della proprietà riguarda i *limiti della esclusione dei terzi*: limiti, volontari o non volontari, assoluti o relativi, che tolgono a date ingerenze nel bene il carattere dell'illiceità. Dire che taluno è proprietario di un bene significa individuare, in concreto, un sistema di norme delimitatrici" (enfasi nell'originale): IRTI, *Proprietà e impresa*, *cit.*, 105. Se il diritto ad essere inclusi è limite del diritto di proprietà e il limite contribuisce a definire il contenuto del diritto, il diverso atteggiarsi del diritto ad essere inclusi contribuirà a individuare diversi sistemi di norme delimitatrici, vale a dire diverse forme proprietarie.

spondere un'indennità¹⁴⁶; in aggiunta, la norma consente l'accesso al solo vicino. Nella seconda ipotesi, l'accesso è consentito a qualsiasi terzo, ma il proprietario può evitare l'invasione della propria sfera proprietaria consegnando la cosa o l'animale smarriti. Confinando la nostra analisi alla fattispecie di cui al primo comma, che più ha interessato giurisprudenza e dottrina, l'obbligo di consentire l'accesso a terzi confinanti rappresenterebbe un'obbligazione *propter rem*¹⁴⁷; una soluzione avversata da chi ha ritenuto che parlare di obbligazione e non di limitazione legale della proprietà rappresenti un "tentativo di continuare a salvare, ad ogni costo, la tradizionale assolutezza della «signoria» del proprietario"¹⁴⁸. L'esercizio del diritto di accesso è subordinato alla presenza del duplice requisito della necessità e proporzionalità¹⁴⁹: col

¹⁴⁶ Si è discusso se l'indennità possa essere corrisposta a prescindere dalla presenza di danni, quale preventiva liquidazione del danno, o se invece sia richiesta la presenza di danni, da liquidarsi in via equitativa: sul punto si veda Cass. 27 gennaio 2009, n. 1908, in *Giustizia civile*, 2010, I, 2339.

¹⁴⁷ A. CARRATO, *L'accesso al fondo di proprietà altrui: presupposti e limiti di applicabilità*, in *Il corriere giuridico*, 2011, 1701, 1705; I. CIMATTI, *Risarcimento dei danni per il ritardo nell'accesso al fondo del vicino*, in *Giustizia civile*, 2010, I, 2340, 2340-2341; M. DE TILLA, *La valutazione dei contrapposti interessi per l'accesso al fondo altrui ex art. 843 c.c.*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2009, I, 418. In giurisprudenza, Cassazione 27 febbraio 1995, n. 2274, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 1995, II, 148; Cass. 22 ottobre 1998, n. 10474, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1999, I, 244; Cass. 30 agosto 2004, n. 17383, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005, I, 466 (s.m.); Cass. 27 gennaio 2009, *cit.*

¹⁴⁸ NATOLI, *La proprietà*, *cit.*, 144. Nel medesimo senso, più recentemente, R. TRIOLA, *Osservazioni sull'art. 843 c.c.*, nota a Cassazione 27 febbraio 1995, n. 2274, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 1995, II, 148. Sembra voler salvare la signoria assoluta del proprietario anche Cass. 29 novembre 1974, n. 3909, in *Foro italiano*, 1975, I, 2584, 2587-2587, in cui il diritto di accedere al fondo altrui *ex art. 843 c.c.* viene definito come limitazione del diritto di proprietà "nella quale è connaturato l'estremo della reciprocità e che, sotto tale aspetto, non può essere vist[o] come una riduzione del diritto, perché all'obbligo di subire l'accesso nel proprio fondo corrisponde il diritto di poter accedere nel fondo vicino".

¹⁴⁹ Cass. 29 novembre 1974, n. 3909, *cit.*, 2587; Cass. 22 ottobre 1998, n. 10474, *cit.*, 248; Cass. 26 novembre 2008, n. 28234, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2009, I, 416.

primo s'intende la necessità dell'accesso o passaggio¹⁵⁰, nel senso che tale accesso non deve essere conseguibile *aliunde*¹⁵¹; col secondo ci si riferisce al fatto che si deve in ogni caso compiere una attenta valutazione dello stato dei luoghi e dell'entità delle limitazioni di godimento che si impongono consentendo l'accesso¹⁵². A questi due requisiti si aggiunge quello della temporaneità: la limitazione allo *jus excludendi* derivante dalla concessione del diritto di accesso ha, infatti, natura intrinsecamente temporanea, in quanto strettamente ed esclusivamente finalizzata al compimento dei lavori previsti¹⁵³.

Ciò che qui più importa sottolineare sono gli interessi che la norma mira a tutelare. Si tratta, infatti, di un diritto di accesso teso a comporre interessi di natura proprietari; in altri termini, quello che si viene a creare è un conflitto tra due soggetti, entrambi proprietari¹⁵⁴.

¹⁵⁰ La necessità non va quindi riferita all'opera da eseguirsi: Cass. 26 novembre 2008, n. 28234, *cit.* Questione diversa è cosa si debba intendere per accesso o passaggio: la giurisprudenza ha dato un'interpretazione estensiva dei due termini, ricomprendendovi anche depositi temporanei di materiali necessari per il compimento dell'opera prevista o la demolizione (salvo successiva ricostruzione) di piccoli manufatti esistenti sul fondo rispetto al quale viene consentito l'accesso. Aderiscono a tale soluzione LIOTTA, Profili dell'accesso nel diritto privato, *cit.*, 7 ss.; DE TILLA, La valutazione dei contrapposti interessi per l'accesso al fondo altrui ex art. 843 c.c., *cit.*, 419; CIMATTI, Risarcimento dei danni per il ritardo nell'accesso al fondo del vicino, *cit.*, 2343. *Contra* DE MARTINO, Della proprietà, *cit.*, 195. Altra questione ancora è se il vicino possa agire in autotutela, entrando nel fondo anche senza l'assenso del proprietario: escludono tale possibilità DE TILLA, La valutazione dei contrapposti interessi per l'accesso al fondo altrui ex art. 843 c.c., *cit.*, 419; CIMATTI, Risarcimento dei danni per il ritardo nell'accesso al fondo del vicino, *cit.*, 2344.

¹⁵¹ G. MANERA, *Sul significato e sull'estensione dell'accesso e del passaggio previsti dall'art. 843, 1° comma, c.c.*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, 11; DE MARTINO, Della proprietà, *cit.*, 196 ss.; DE TILLA, La valutazione dei contrapposti interessi per l'accesso al fondo altrui ex art. 843 c.c., *cit.*, 418-419; CIMATTI, Risarcimento dei danni per il ritardo nell'accesso al fondo del vicino, *cit.*, 2342-2343.

¹⁵² CARRATO, L'accesso al fondo di proprietà altrui: presupposti e limiti di applicabilità, *cit.*, 1704.

¹⁵³ CIMATTI, Risarcimento dei danni per il ritardo nell'accesso al fondo del vicino, *cit.*, 2342-2343.

¹⁵⁴ Spunti in tal senso sono contenuti in Cass. 4 marzo 1968, n. 693, in *Foro italiano*, 1968, I, 902, 903, ove i giudici giustificano la limitazione del diritto del proprietario del

Tale composizione deve essere letta, per parte della dottrina, alla luce della funzione sociale della proprietà, al fine di meglio giustificare la limitazione dello *jus excludendi*¹⁵⁵.

Il caso del diritto di copia di opere letterarie si colloca su un piano diverso¹⁵⁶. Qui non si dà un conflitto tra due proprietari, ma tra un proprietario e un non proprietario che vuole accedere alle risorse (o, quantomeno, a parte di esse) di cui il primo è titolare. A ciò si aggiungono due ulteriori fattori: la natura del bene oggetto di proprietà, cioè un bene immateriale e non rivale; la natura non temporanea della limitazione, che sembra invece da qualificarsi come intrinseca alla stessa proprietà letteraria. Non si ha, quindi, una composizione tra diritti omogenei, quanto il contemperamento tra il diritto di esclusiva insito

fondo con la “coesistenza della proprietà” e “il soddisfacimento dei diritti concorrenti che spettano al vicino”; e in Cass. 29 novembre 1974, n. 3909, *cit.*, 2586, la quale parla di “coesistenza delle proprietà” e di “soddisfacimento di diritti concorrenti”. Nel commentare la sentenza G. BRANCA sembra aderire a tale visione, ritenendo che l’art. 843 componga due interessi privati paritetici (2585). COSTANTINO, Contributo alla teoria della proprietà, *cit.*, 181, afferma che le previsioni contenute nel terzo comma dell’art. 843, così come negli artt. 924 e 925 c.c., risolverebbero un conflitto di diritti e non di interessi. La ragione di tale affermazione risiederebbe nel fatto che la norma affronta un problema che “riguarda l’appartenenza del diritto di proprietà sulle api [o sulla cosa o animale abbandonati sul fondo altrui], dato che il comportamento del proprietario potrebbe significare *derelictio*”, con tutto ciò che questo comporta in termini di acquisto della proprietà.

¹⁵⁵ Significativa in tal senso Cass. 29 novembre 1974, n. 3909, *cit.*, 2587, in cui si richiama espressamente la funzione sociale della proprietà ex art. 42 Cost. e si parla di un diritto di proprietà che deve essere visto “nel suo dinamismo funzionale a sfondo sociale”; si veda altresì MANERA, Sul significato e sull’estensione dell’accesso e del passaggio previsti dall’art. 843, 1° comma, c.c., *cit.* Critico BRANCA, nella nota a Cass. 3909/1974, *cit.*, 2585, il quale chiosa che la funzione sociale, intesa come interesse collettivo, non c’entra, in quanto a scontrarsi, nell’art. 843, sono “due egoismi, due interessi privati”.

¹⁵⁶ G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2015, 252 ss.; UBERTAZZI, Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza, *cit.*, 1546 ss.; AUTERI, Il contenuto del diritto d’autore, *cit.*, 627 ss.; V.M. DE SANCTIS, *Manuale del nuovo diritto d’autore*, Napoli, 2012, 112 ss.

nel diritto d'autore e la promozione del sapere pubblico, reso possibile (anche) dall'accesso alla conoscenza¹⁵⁷.

L'analisi delle norme contenute nella legge 633 del 1941 avvalorata quanto si scrive¹⁵⁸. Gli artt. 65 e seguenti, inseriti in un Capo riferito, significativamente, a *eccezioni e limitazioni*, non prevedono un bilanciamento, da svolgersi caso per caso, tra interessi affini, ma configurano un diritto il cui contenuto è già, per sua natura, conformato dal potere di copia. Di qui l'assenza di riferimenti a requisiti quali la necessità e temporaneità, invece presenti nell'art. 843. Anche la proporzionalità, che pure è presa in considerazione da alcune delle norme in materia di riproduzione di opere letterarie, assume la veste di una percentuale pre-determinata¹⁵⁹.

L'idea che esista un diritto a essere inclusi, inteso in senso debole e quale limitazione del diritto di proprietà, è presente anche in una porzione significativa della letteratura di *common law*¹⁶⁰. Ad esempio, Dagan analizza tre esempi (*public accommodations law, fair use e fair housing*) in cui l'ordinamento statunitense prevede un diritto di accesso a favore di terzi non proprietari¹⁶¹; Alexander il caso dell'accesso pubblico a spiagge private come limitazione del *right to exclude*¹⁶²; Sigmon il diritto che chi pratica la caccia ha di entrare nei fondi altrui¹⁶³; Hynes il diritto dei terzi di accedere ai fondi altrui per fini ricreativi¹⁶⁴; Singer

¹⁵⁷ Si vedano sul punto le riflessioni a compasso allargato di GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, *cit.*, 254 ss.

¹⁵⁸ L. 22 aprile 1941, n. 633, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio.

¹⁵⁹ Cfr. art. 68, co. 3, l. 633/1941.

¹⁶⁰ Per una serie di riferimenti sia giurisprudenziali che dottrinali si veda KELLY, *The Right to Include*, *cit.*, 866-867.

¹⁶¹ DAGAN, *Property. Value and Institutions*, *cit.*, 48 ss.

¹⁶² In particolare, il contributo analizza come la *public trust doctrine* sia stata utilizzata come grimaldello per consentire l'accesso pubblico a spiagge altrimenti di proprietà di singoli soggetti privati: G.S. ALEXANDER, *The Social-Obligation Norm in American Property Law*, in 94 *Cornell Law Review* 745 (2009), 801.

¹⁶³ M.R. SIGMON, *Hunting and Posting on Private Land in America*, in 54 *Duke Law Journal* 549 (2004).

¹⁶⁴ R.M. HYNES, *Notice and the Right to Exclude*, in 45 *Arizona State Law Journal* 949 (2013).

le limitazione allo *jus excludendi* previste in base al *public accommodations law*¹⁶⁵.

A conclusione della disamina del diritto di essere inclusi in senso debole è possibile formulare tre osservazioni. La prima è che, al netto della discussione sul concetto di limite prima brevemente illustrata, l'impressione è che il diritto di essere inclusi sia per lo più percepito come un limite che, dall'esterno, comprime il diritto di proprietà. La stessa idea di elasticità, che per molta dottrina sarebbe elemento caratterizzante il diritto di proprietà, implica un diritto pieno e assoluto che tollera, sì, restrizioni, ma che torna alla sua primigenia conformazione una volta cessate tali restrizioni¹⁶⁶. La seconda osservazione è che le limitazioni fin qui analizzate incidono sulle facoltà di godimento spettanti al proprietario, consentendo a terzi di utilizzare un bene non rientrando nella propria sfera dominicale¹⁶⁷. La terza, e ultima, consiste nel fatto che un discorso che si focalizzi unicamente sul diritto a essere inclusi in senso debole è oggi scontato. Che il diritto di proprietà non sia assoluto, e possa quindi subire limitazioni, non è affermazione particolarmente originale. Da qui l'opportunità di volgere l'attenzione alla possibilità di configurare un diritto a essere inclusi in senso forte che, non limitandosi ad intervenire sulla facoltà di godimento, incida sulla stessa facoltà di disposizione.

2.3 Il diritto a essere inclusi in senso forte

¹⁶⁵ J.W. SINGER, *No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property*, in 90 *Northwestern University Law Review* 1283 (1996).

¹⁶⁶ Sull'elasticità del diritto di proprietà TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 547-548; M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2010, 347-348. In chiave critica, SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, cit., 40, nota 60.

¹⁶⁷ In tal senso sembra anche il pensiero di SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, cit., 49, il quale parla di "regola generale per la quale il rapporto tra il proprietario e gli altri soggetti privati interessati è definito sulla base del potere del primo di escludere i secondi dal *godimento* del bene" (enfasi aggiunta). Se il riferimento è qui da intendersi alla facoltà di godimento, distinta da quella di disposizione, si può argomentare, *a contrario*, che compressioni del potere di escludere consentono a terzi di godere del bene.

Il diritto a essere inclusi in senso forte costituisce un paradigma significativamente più radicale di inclusione rispetto a quello analizzato nella sezione precedente. Come anticipato, non si tratta di un diritto del terzo di godere di un bene altrui, concedendogli una qualche forma di accesso all'uso della risorsa, quanto della possibilità che il terzo divenga co-titolare della risorsa stessa. A venire in rilievo è quindi il diritto di disporre del proprietario: mentre normalmente egli può decidere, idiosincriticamente, se ammettere o meno il terzo come co-titolare¹⁶⁸, in taluni casi deve rendere partecipe il terzo del proprio diritto di proprietà. Tale obbligo dà luogo ad una compressione dello *jus excludendi*¹⁶⁹, nella sua dimensione di presidio a protezione delle libere scelte dispositive del proprietario¹⁷⁰. Deve essere aggiunta un'importante precisazione: il diritto a essere inclusi di cui si discorre non opera in modo generalizzato, ma solo in presenza di determinate condizioni che consentono ad alcuni terzi di divenire co-titolari a prescindere dalla volontà del titolare. Ciò equivale a dire che non tutti i terzi possono divenire co-titolari, ma solo quelli tra essi che soddisfano precise condizioni. La conseguenza che se ne può trarre è che lo *jus excludendi* non viene completamente obliterato: il proprietario può continuare a escludere quei terzi che non abbiano le caratteristiche richieste per divenire co-titolari. Si tratta della riproposizione, da un angolo visuale parzialmente diverso, di quanto si è in precedenza già notato, cioè la compresenza di diritto di escludere e diritto ad essere inclusi in senso forte.

Ma quali sono i casi in cui il nostro ordinamento contempla un diritto a essere inclusi in senso forte? Se ne possono individuare due. Il

¹⁶⁸ KELLY, *The Right to Include*, *cit.*, 868 ss.

¹⁶⁹ Qui il termine obbligo non deve essere inteso quale obbligazione, ma quale limite alle possibilità giuridiche del proprietario (nel caso di specie: di escludere i terzi); esso diviene, quindi, elemento di definizione della proprietà: IRTI, *Proprietà e impresa*, *cit.*, 43-44.

¹⁷⁰ La libertà di compiere scelte idiosincriche, insita nel diritto di proprietà, è sottolineata in GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, *cit.*, 96 ss.; per l'A. tale elemento consente alla proprietà "di divenire veicolo, l'unico giuridicamente disponibile perché è il solo che le nostre civiltà abbiano compiutamente elaborato, per consentire le manifestazioni della libertà individuale in tutto il suo infinito atteggiarsi" (98).

primo riguarda alcune forme di proprietà collettiva che prevedono che terzi, trascorso un certo periodo di tempo e/o in presenza di altri requisiti, possano divenire membri della collettività proprietaria. Un esempio pratico può aiutare. La Comunità delle Regole di Spinale e Manez è una proprietà collettiva, formalmente definita come “comunanza agraria”, appartenente a tre comuni situati nella Provincia di Trento, Preore, Ragoli e Montagne¹⁷¹. I membri della Comunità sono chiamati regolieri e, come tali, sono titolari di una serie di diritti di godimenti specificati all’art. 2, lett. b) dello Statuto. Parte dei proventi che derivano dallo sfruttamento delle risorse di proprietà della Comunità vengono utilizzati per la conservazione e gestione delle risorse stesse, mentre un’altra parte è devoluta, sotto forma di contributi, ai tre comuni su cui la Comunità insiste, finanziando in tal modo il loro bilancio ordinario¹⁷². I regolieri sono organizzati in famiglie, chiamate fuochi, al cui interno viene nominato un rappresentante, capo-fuoco o capo-famiglia¹⁷³, che rappresenta la famiglia nelle operazioni elettorali; il fuoco costituisce l’unità sulla base della quale ripartire i benefici che derivano dalla qualità di regoliere¹⁷⁴. La gestione delle risorse avviene attraverso

¹⁷¹ Così si esprime l’art. 1 dello Statuto della Comunità delle Regole di Spinale e Manez (d’ora innanzi: Statuto). I tre comuni sono stati recentemente unificati in un unico comune, il comune di Tre Ville. Tutti i documenti citati relativi alla Comunità sono reperibili sul sito: <http://www.regolespinalemanez.it>. Sulla storia della Comunità *Le Regole di Spinale e Manez*, Ragoli, 2 vv., 1977 e 1985; P. NERVI, *Le Regole di Spinale e Manez, tra passato e presente, guardando al futuro*, Ragoli, 2011; A. PINALLI, A. PISCEL, *Le comunanze agrarie di Spinale e Manez: vicende storiche, consuetudini, statuti*, Rovereto, 1926; A. GREYTER (a cura di), *Dalla memoria al futuro: Regole di Spinale e Manez: dalla gestione collettiva ultracentenaria agli insegnamenti per il domani*, Tione, 2015.

¹⁷² Art. 2, rispettivamente lett. a) e c) dello Statuto. A ciò si aggiunga che, ai sensi dell’art. 3, l’assemblea generale può stabilire fondi a fini sociali, di cultura, assistenza, sviluppo industriale, agricolo, edilizio, turistico ed economico. Sulla gestione delle proprietà collettive P. NERVI, *La gestione patrimoniale dei domini collettivi*, Trento, 2001.

¹⁷³ Chi siano da considerarsi capifamiglia è stabilito all’art. 6, seconda parte dello Statuto. L’art. 8 dello Statuto prevede l’esistenza di una c.d. Anagrafe di Regola, in cui vengono registrati i regolieri e i capifuoco, nonché i soggetti che, pur non essendo ancora regolieri, stanno maturando il diritto ad esserlo.

¹⁷⁴ Si vedano gli artt. 6, prima parte e 7 dello Statuto.

un'Assemblea generale, al cui interno viene nominato un Comitato amministrativo che contempla anche un Presidente e un Vice-presidente¹⁷⁵.

Ciò che qui interessa è come si ottiene la qualifica di regoliere¹⁷⁶. Sono previsti due meccanismi. Possono diventare regolieri i cittadini oriundi, purché residenti nel territorio di uno tre Comuni su cui insiste la Comunità; o, ancora, “i nuovi cittadini che da altra sede trasferiscono la loro residenza anagrafica nel territorio di uno dei tre Comuni, dopo una permanenza continuativa di almeno 30 anni”¹⁷⁷. Una volta che uno di questi requisiti sia maturato, non è consentito rifiutare all'avente diritto lo status di regoliere: in altri termini, il terzo ha diritto a essere incluso all'interno del paradigma proprietario collettivo. Il potere di disposizione facente capo agli organi rappresentativi della Comunità, che normalmente dovrebbe consentire loro di decidere chi può entrare nella compagine proprietaria o meno, viene quindi compresso in presenza dei presupposti prima indicati.

Si tratta di un caso peculiare, poiché riguarda un'ipotesi di proprietà collettiva. In effetti, qui la logica proprietaria è portata al limite: il regoliere non è titolare di una quota della proprietà (collettiva), bensì si può ritenere si trovi in una certa posizione proprietaria, che comporta poteri di gestione e da cui può trarre determinati benefici. Non è questo

¹⁷⁵ Artt. 9 ss. dello Statuto.

¹⁷⁶ La delineazione di criteri tramite i quali consentire o meno l'ingresso di nuovi membri in una comunità cui fa capo una proprietà collettiva è indicata come questione estremamente delicata da V. CERULLI IRELLI, *Organismi di gestione di proprietà comunitarie nella realtà italiana: profili pubblicistici*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Proprietà di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, Padova, 1990, 185, 193-194 ed è oggetto di studio anche da parte di G.C. DE MARTIN, *I regimi regolieri cadornini tra diritto anteriore vivente e ordinamento vigente*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Proprietà di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, Padova, 1990, 195, 210 ss.

¹⁷⁷ Art. 4 dello Statuto; i soggetti che stanno maturando il periodo di 30 anni necessario per divenire regolieri vengono inseriti in una apposita sezione dell'Anagrafe di Regola. L'art. 2, lett. b) del Regolamento allo Statuto sembra precisare quanto disposto con riferimento ai cittadini oriundi *ex art. 4* dello Statuto, precisando che acquistano lo stato di regoliere “i figli naturali, riconosciuti da Regoliere o legittimati, o dichiarati tali da sentenza, o adottati, o affiliati da Regoliere”.

il luogo per trattare della complessa questione circa la natura delle proprietà collettive¹⁷⁸. Basti però ricordare le parole di Salvatore Pugliatti, per il quale l'assenza di titolari non può divenire il pretesto per negare la natura dominicale delle proprietà collettive. Una conclusione di questo tipo rifletterebbe quello che l'A. bolla come "pregiudizio romanistico, che suggerisce il dilemma: proprietà della singola persona fisica (o condominio di diritto romano) o proprietà della persona giuridica"¹⁷⁹, aggiungendo poi come nelle proprietà collettive "la proprietà spetta ai componenti il gruppo, come collettività; cioè, non spetta ai singoli come tali, né alla totalità personificata"¹⁸⁰.

Il secondo esempio riguarda l'ambito della proprietà intellettuale e, in particolare, le c.d. indicazioni geografiche¹⁸¹. Con queste ultime s'intende un gruppo di segni distintivi che indicano l'origine territoriale di un prodotto, da cui possono dipendere particolari caratteristiche qualitative. L'ordinamento italiano conosce tre forme di indicazioni geografiche: le Denominazioni di Origine Protette (DOP), le Indicazioni

¹⁷⁸ Sul tema si vedano le sempre attuali riflessioni di PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, *cit.*, e la sapiente ricostruzione storico-giuridica di P. GROSSI, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977. In realtà, sotto l'ombrello dell'espressione proprietà collettiva sono ricompresi modelli dominicali, in misura più o meno ampia, diversi: si veda ad es. il regime proprietario della partecipazione agraria di Cento, descritto in F. PIRONTI, *Nuda proprietà della partecipazione agraria di Cento ed usufrutto dei partecipi*, in *Rivista di diritto agrario*, 2006, II, 148.

¹⁷⁹ PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, *cit.*, 223.

¹⁸⁰ PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, *cit.*, 192. Critico rispetto a tale posizione O.T. SCOZZAFAVA, *I "beni comuni"*, in *Jus civile*, 2016, 3, 30, 33.

¹⁸¹ Per recenti contributi dottrinali che esplorano la disciplina delle indicazioni geografiche si vedano A. BORRONI, *La protezione delle tipicità agroalimentari. Uno studio di diritto comparato*, Napoli, 2012; I. TRAPÈ, *I segni del territorio. Profili giuridici delle indicazioni di origine dei prodotti agroalimentari tra competitività, interessi dei consumatori e sviluppo rurale*, Milano, 2012. Sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a M. FERRARI, *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche*, Napoli, 2015.

Geografiche Protette (IGP)¹⁸² e i marchi geografici collettivi¹⁸³. Non è qui dato analizzare in dettaglio i meccanismi di registrazione e funzionamento dei tre istituti. È sufficiente ricordare che la registrazione è normalmente promossa da un'associazione di produttori o da un ente pubblico; che il segno ha ad oggetto un nome geografico, con ciò contravvenendo al principio generale che vieta la registrazione di nomi geografici come segni distintivi¹⁸⁴; che la registrazione crea un diritto di esclusiva all'utilizzo del nome geografico registrato; che deve essere accluso un regolamento tecnico di produzione (in DOP e IGP: disciplinare di produzione; nei marchi geografici collettivi: regolamento d'uso); che i singoli produttori che vogliono utilizzare il segno devono conformare le proprie attività produttive a quanto stabilito nel regolamento tecnico di produzione.

¹⁸² DOP e IGP sono oggi regolate dal Reg. 1151/2012 del 21 novembre 2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari; esse sono altresì contemplate, seppur in maniera scarna, nel d. lgs. 30 del 10 febbraio 2005, Codice della proprietà industriale, artt. 29-30. Le DOP e IGP che riguardano i prodotti vitivinicoli sono disciplinate agli artt. 93 e ss. del Reg. 1308/2013 del 17 dicembre 2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli; a livello municipale dal d.lgs. 61/2010 dell'8 aprile 2010, Tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche dei vini.

¹⁸³ La cui registrazione è prevista da: art. 2570 c.c.; art. 11 del d. lgs. 30 del 10 febbraio 2005, Codice della proprietà industriale; art. 66, co. 2 del Reg. 207/2009 del 26 febbraio 2009 sul marchio comunitario.

¹⁸⁴ Nell'ordinamento comunitario il divieto di registrazione di marchi contenenti esclusivamente riferimenti geografici è contenuto nell'art. 3.1, lett. c) della Dir. 2008/95/CE del 22 ottobre 2008 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa; nonché nell'art. 7.1, lett. c) del Reg. 207/2009 del 26 febbraio 2009 sul marchio comunitario. Nell'ordinamento italiano, l'art. 13, co. 1, lett. b) del d. lgs. 30 del 10 febbraio 2005, Codice della proprietà industriale, prevede il divieto di registrare marchi che siano costituiti esclusivamente da indicazioni geografiche: si tratta di disposizione che applica quanto previsto nella direttiva di armonizzazione del 2008. In giurisprudenza, *ex multis*, si veda il caso che ha interessato il marchio "Fratelli Carli – Produttori olio di oliva – Imperia, Oneglia", in cui il segno è stato dichiarato ingannevole quanto alla reale origine geografica del prodotto: Tribunale Torino 26 novembre 2004, in *Giurisprudenza commerciale* 2007, II, 490; nonché l'ordinanza del Tribunale di Bari con cui è stata dichiarata la contrarietà del marchio "Le terre di Federico" a quanto previsto dall'art. 13 del Codice della proprietà industriale: Tribunale Bari 18 maggio 2006, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* 2007, 759.

Oltre al fatto che DOP e IGP possono essere utilizzate solo per i prodotti agroalimentari, mentre i marchi geografici collettivi per qualsiasi prodotto o servizio, vi è un'altra importante differenza che attiene alla matrice proprietaria sottesa a questi tipi di proprietà intellettuale¹⁸⁵. DOP e IGP rappresentano segni distintivi in cui manca l'identificazione precisa di un titolare: infatti, le associazioni dei produttori promuovono la registrazione del segno, ma non ne divengono proprietarie¹⁸⁶. In questo senso, DOP e IGP possono essere assimilate alle proprietà collettive, pur riguardando un bene immateriale: una proprietà diffusa tra i produttori che, rispettando il disciplinare di produzione, sono legittimati a utilizzare il segno distintivo. I marchi geografici collettivi, al contrario, sono segni distintivi in cui è presente un titolare: l'associazione di produttori che promuove la registrazione diviene anche proprietaria del marchio. Sebbene, quindi, sia possibile accomunare funzionalmente i tre segni distintivi sotto l'ombrello delle indicazioni geografiche, dal punto di vista del paradigma proprietario essi hanno natura diversa: collettiva DOP e IGP, individuale i marchi geografici collettivi.

Anche le indicazioni geografiche incorporano un diritto a essere inclusi in senso forte. Si tratta di un'affermazione sicuramente vera nel caso di DOP e IGP. Per capire come questo si atteggi, si deve illustrare brevemente come DOP e IGP sono gestite, in assenza di un proprietario specificamente individuato¹⁸⁷. Nell'ordinamento italiano, la gestione di DOP e IGP avviene per il tramite di consorzi volontari di tutela che, vale la pena ribadirlo, non sono proprietari del segno, ma semplicemente svolgono alcune attività di gestione, rappresentando i soggetti operanti nel territorio di riferimento¹⁸⁸: sono questi ultimi ad

¹⁸⁵ FERRARI, La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche, *cit.*, 139 ss.

¹⁸⁶ In giurisprudenza si veda Trib. Saluzzo, 5 gennaio 2001, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, 318.

¹⁸⁷ FERRARI, La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche, *cit.*, 162 ss.

¹⁸⁸ Con riferimento al ruolo dei consorzi volontari nella gestione di DOP e IGP per i prodotti vitivinicoli si rinvia all'art. 17 del d.lgs. 61/2010; per gli altri prodotti agroalimentari all'art. 53, co. 15 della l. 128/1998 del 24 aprile 1998. Si veda altresì l'art. 45 del Reg. 1151/2012 che tratta del ruolo dei gruppi nella gestione di DOP e IGP. I poteri di gestione di DOP e IGP sono particolarmente forti nel caso dei consorzi di tutela c.d.

essere i reali proprietari del segno, quale collettività. La divaricazione tra operatori-proprietari e consorzi può essere colta nel fatto che un produttore può utilizzare legittimamente una DOP o IGP pur non essendo membro del consorzio. Al contempo ciascun produttore ha diritto di aderire al consorzio¹⁸⁹. L'adesione al consorzio è semplice condizione per partecipare ai processi deliberativi che concernono la gestione di DOP e IGP, ma non incide sulla qualifica di proprietario. Ne consegue che il diritto di essere inclusi si atteggia in modo, per così dire, disgiunto nel caso di DOP e IGP: assume forma diretta con riferimento al potere di uso, poiché il semplice rispetto del disciplinare di produzione connesso a una DOP o IGP dà diritto all'operatore di utilizzare la DOP o IGP stessa; assume, invece, una forma indiretta con riferimento al potere di disposizione, poiché l'operatore può esercitare tale potere solo aderendo ad un consorzio¹⁹⁰. In ogni caso, assumendo la prospettiva della collettività titolare del segno geografico, questa non può esercitare il proprio *jus excludendi* nei confronti di quei soggetti che, rispettando il disciplinare di produzione, entrano nella compagine proprietaria.

Il diritto a essere inclusi in senso forte è più sfumato nel caso dei marchi geografici collettivi. A prima vista sembrano esistere chiare indicazioni a favore dell'esistenza di un tale diritto: ad esempio l'art. 67, par. 2 del reg. 207/2009 stabilisce che un'associazione proprietaria di un marchio geografico collettivo “*deve* autorizzare le persone i cui prodotti o servizi provengano dalla zona geografica in questione a diventare membri dell'associazione titolare del marchio”¹⁹¹. Tuttavia a

erga omnes operanti in campo vitivinicolo, in quanto le loro deliberazioni vincolano anche i non aderenti: ID., 168 ss.

¹⁸⁹ Per quanto riguarda l'adesione ai consorzi di tutela operanti nel settore vitivinicolo si veda l'art. 17, co. 3, lett. b) del d. lgs. 61/2010 (ora art. 41 del nuovo Testo unico della vite e del vino); con riferimento all'adesione ai consorzi di tutela operanti negli altri settori agroalimentari si veda l'art. 2, co. 1, lett. b) del D.M. 16 dicembre 2010, Disposizioni generali in materia di costituzione e riconoscimento dei Consorzi di tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche dei vini.

¹⁹⁰ L'esercizio del potere di gestione sarà poi mediato dai meccanismi rappresentativi propri del consorzio stesso.

¹⁹¹ Enfasi aggiunta. A un medesimo risultato giunge M. RICOLFI, *Marchi di servizio, non registrati e collettivi*, in AUTERI et al., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e*

ben vedere la norma si riferisce al diritto di divenire membri dell'associazione proprietaria del marchio, non al diritto di divenire comproprietari del marchio. Non pare ragionevole sostenere che, divenendo membri dell'associazione e acquisendo non solo la possibilità di usare il segno distintivo, ma anche di gestirlo (seppur attraverso meccanismi rappresentativi¹⁹²), si divenga, conseguentemente, comproprietari del segno geografico. Sarebbe come sostenere che, poiché titolare di quote di una società che ha in proprietà una serie di immobili, un azionista sia anche comproprietario di quegli immobili. Per altro verso, si deve riconoscere che il caso dei marchi geografici collettivi è parzialmente diverso. Per un produttore, infatti, l'unico modo non solo di utilizzare, ma anche di partecipare alla gestione di un marchio geografico è quello di *a*) divenire membro dell'associazione che ne è titolare, e *b*) usare il marchio collettivo: come a dire che l'ordinamento non lascia altra scelta ai produttori che operano in un certo territorio che costituirsi in forma associativa nel momento in cui vogliono divenire titolari di un segno distintivo geografico. La peculiarità segnalata non sembra tuttavia in grado di superare l'obiezione che si è prima indicata: il marchio geografico collettivo è costruito sul calco del modello proprietario individuale e la scelta di indicare un soggetto (l'associazione) quale titolare è tranciante rispetto a possibili configurazioni di un diritto ad essere inclusi quali comproprietari del segno. La dimensione inclusiva non riguarda quindi tanto il paradigma proprietario, quanto quello associativo.

concorrenza, *cit.*, 158, 168 interpretando l'art. 11 del d. lgs. 30 del 10 febbraio 2005, Codice della proprietà industriale, il quale di per sé non prevede espressamente un diritto di chi opera nel territorio a divenire membro dell'associazione titolare del segno.

¹⁹² Al riguardo va tenuto presente che la norma impone che lo statuto dei gruppi titolari di un marchio collettivo non solo debba assicurare la possibilità di divenire membri a tutti gli operatori del territorio, ma anche che non sia contrario all'ordine pubblico o al buon costume: artt. 67-68 reg. 207/2009. Il complesso di queste disposizioni sembra indicare che i gruppi in parola non debbano operare secondo criteri discriminatori, garantendo una sufficiente rappresentatività e meccanismi interni di gestione democratici. Si veda al riguardo M. LIBERTINI, *Indicazioni geografiche e segni distintivi*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1996, 1033, 1041.

Se si aderisce alla visione per cui le indicazioni geografiche rientrano a pieno titolo nel novero della proprietà intellettuale¹⁹³, nonostante alcune opinioni critiche¹⁹⁴, o contrarie¹⁹⁵, si deve notare come es-

¹⁹³ Il problema si pone in modo particolare per DOP e IGP, stante l'assenza di un titolare chiaramente individuabile. Per quanto riguarda il formante legislativo si veda, sul piano della normativa internazionale, gli artt. da 22 a 24 dell'accordo TRIPS, che individuano nelle *geographical indications* una delle manifestazioni dell'*intellectual property*; con riferimento alla normativa comunitaria il considerando 56 del reg. 1151/2012, il quale definisce DOP e IGP come appartenenti ad un sistema che conferisce diritti di proprietà intellettuale, mentre l'art. 43 richiama le norme "che disciplinano la proprietà intellettuale, in particolare quelle relative alle denominazioni di origine e indicazioni geografiche"; a livello municipale l'art. 1 del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, Codice della proprietà industriale il quale, nell'elencare i diritti di proprietà industriale, include anche indicazioni geografiche e denominazioni di origine. La giurisprudenza conferma il dato positivo: in tal senso Corte Costituzionale n. 368 del 14 novembre 2008, in *Foro italiano*, 2009, I, 5; Corte Costituzionale n. 171 del 14 luglio 1971, in *Foro italiano*, 1971, I, 2470; Corte di giustizia delle Comunità europee 18 novembre 2003 (C-216/01), in *Raccolta* 2003, I, 13617; Corte di giustizia delle Comunità europee 16 maggio 2000 (C-388/95), in *Raccolta* 2000, I, 3123; Corte di giustizia delle Comunità europee 4 marzo 1999 (C-87/97), in *Raccolta* 1999, I, 1301; Corte di giustizia delle Comunità europee 10 novembre 1992 (C-3/91), in *Raccolta* 1992, I, 5529. Infine, la dottrina prevalente ritiene che le indicazioni geografiche siano una forma di proprietà intellettuale: RICOLFI, *Marchi di servizio, non registrati e collettivi*, *cit.*, 172; BORRONI, *La protezione delle tipicità agroalimentari*, *cit.*, 399-400; TRAPÈ, *I segni del territorio*, *cit.*, 406; A. NERVI, *Le denominazioni di origine protetta ed i marchi: spunti per una ricostruzione sistematica*, in *Rivista del diritto commerciale* 1996, 961, 984; UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, *cit.*, 38; A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, *Il diritto dei mercati dei prodotti agricoli nell'ordinamento internazionale*, Torino, 2010, 87-88; I. CANFORA, *La tutela delle indicazioni geografiche di qualità ai margini della normativa comunitaria sulle denominazioni di origine e indicazioni geografiche protette*, in G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, 361, 366.

¹⁹⁴ S. STERN, *Are GIs IP?*, in *European intellectual property review* 2007, 39; K. RAUSTIALA, S. MUNZER, *The global struggle over geographical indications*, in 18 *European journal of international law* 337 (2007); D. MARIE-VIVIEN, *La protection des indications géographiques. France, Europe, Inde*, Versailles, 2012, 205, ritiene che, pur rientrando nella proprietà intellettuale, le indicazioni geografiche non siano oggetto di un diritto di proprietà, bensì di utilizzo.

¹⁹⁵ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, *cit.*, 369; LE GOFFIC, *La protection des indications géographiques*, *cit.*, 235 ss.

se rappresentino un ulteriore esempio di paradigma dominicale che ammette un diritto ad essere inclusi in senso forte, quantomeno nel caso di DOP e IGP.

Si noti anche che il diritto a essere inclusi non può essere ridotto, nei casi analizzati in precedenza, a un semplice diritto d'uso: una soluzione di questo tipo varrebbe a ricondurlo nell'area del diritto ad essere inclusi in senso debole. Tale possibilità è preclusa per due ragioni. Dal lato passivo, chi è già proprietario è limitato non solo nel suo potere di godere della risorsa, ma anche di disporre di essa, poiché è costretto a subire l'ingresso di terzi nella compagine proprietaria. Dal lato attivo, chi entra nella compagine proprietaria acquisisce non solo il potere di godere della risorsa, ma anche di gestirla, seppur attraverso meccanismi partecipativo-rappresentativi. Più precisamente, va notato come il diritto di essere inclusi in senso forte incida sul potere di disporre in modo asimmetrico. Alle limitazioni della facoltà di disporre che il titolare subisce non corrisponde un'attribuzione simmetrica della facoltà di disporre ai terzi inclusi. Questi ultimi, più che disporre direttamente, possono partecipare alla gestione della risorsa; partecipazione che, secondo i meccanismi partecipativi previsti, può poi portare ad atti di disposizione.

Su altro piano, il potere di disporre subisce limitazioni più generalizzate: nel caso delle proprietà collettive, riguardino esse beni materiali o immateriali, il potere di disporre nasce, per così dire, incompleto. In particolare, un elemento che caratterizza tali paradigmi è l'inalienabilità delle risorse oggetto di proprietà. In taluni casi l'inalienabilità è principio assoluto: è questo il caso di DOP e IGP, segni che non possono essere in alcun caso alienati. In altri casi, si tratta di un principio di massima, che può subire alcune parziali deroghe: un esempio è offerto dalla Legge che riconosce la Comunità delle Regole di Spinale e Manez, la quale, all'art. 1, stabilisce che i beni immobili appartenenti alla Comunità sono "inalienabili, indivisibili e vincolati in perpetuo alla loro destinazione, salva la possibilità di modeste alienazioni e permuta, giustificate da particolari motivi di interesse pubblico,

da autorizzarsi dalla Giunta Provinciale”¹⁹⁶. È scontato precisare che l’inalienabilità non comporta la completa elisione del potere di disposizione¹⁹⁷: sui beni immobili della Comunità delle Regole di Spinale e Manez possono essere costituiti diritti reali minori, così come tali beni possono essere dati in locazione o comodato¹⁹⁸. Nel caso di DOP e IGP, i consorzi possono disporre in parte del segno, concedendone l’uso

¹⁹⁶ Legge Provinciale 28 ottobre 1960, n. 12, Ordinamento delle Regole di Spinale e Manez. Controverso è se le proprietà collettive siano o meno espropriabili. L’orientamento tradizionale, sia giurisprudenziale che dottrinale, le riteneva non espropriabili se non previa c.d. sdemanializzazione: si veda il caso riportato da A. GERMANÒ, *Sull’espropriabilità delle terre regoliere*, in *Rivista di diritto agrario*, 2009, II, 226, che ha interessato una serie di Regole del territorio bellunese; nonché in generale, sulla non espropriabilità delle proprietà collettive V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Torino, Utet, 1987, 273, 300. Ma una recentissima sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni unite ha ritenuto che le proprietà collettive, in quanto proprietà privata, possono essere espropriate per motivi di interesse generale: Cass., sez. un. 11 aprile 2016, n. 7021, in *Rivista di diritto agrario*, 2016, II, 103, con nota critica di A. GERMANÒ, *Alla ricerca della certezza del diritto tra la forza della storia e la funzione normativa dei giudici. Una non persuasiva sentenza della Sezioni unite sulla proprietà regoliera*.

¹⁹⁷ Per una notazione simile, riferita però alla discussione sui beni comuni, M. GRANIERI, *Analisi economica dei beni comuni: una rilettura critica e una proposta*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2013, 403, 428: “Occorre, invece, che sul fronte del sapere giuridico si dia un contributo costruttivo che vada oltre la pretesa di una assoluta indisponibilità dei beni comuni (quella, semmai, resta il punto di partenza), proprio in ragione della dimensione costituzionale dei valori connessi e della contiguità con il tema dei diritti umani”.

¹⁹⁸ Al riguardo si veda ad es., con riferimento alla Regola bellunese di Lozzo, Trib. Belluno 1 settembre 2014, in *Foro italiano*, 2015, I, 312, in cui si è affermata la possibilità di costituire un diritto di superficie sui beni appartenenti ad una proprietà collettiva.

all'interno della denominazione di prodotti composti¹⁹⁹, e, per parte della dottrina, stipulando anche contratti di *merchandising*²⁰⁰.

Una precisazione finale merita di essere spesa sui rapporti tra inclusione in senso forte, natura collettiva della proprietà e rappresentanza. Come si è a più riprese notato, la natura collettiva delle proprietà di cui si discorre impone che gli “inclusi” partecipino alla gestione dei beni collettivi per il tramite dei meccanismi rappresentativo-deliberativi all'uopo previsti. Non vi è nulla, però, che assicuri che tali meccanismi siano democratici o non discriminatori. Infatti, non mancano esempi in senso contrario²⁰¹.

Il caso della Comunità delle Regole di Spinale e Manez pare più virtuoso di quello di altre proprietà collettive, perché i meccanismi di rappresentanza previsti non discriminano tra soggetti in ragione del loro sesso, primogenitura o altro. Non si tratta, tuttavia, neppure in questo caso di una forma di rappresentanza perfettamente democratica: l'elettorato attivo è, infatti, confinato al solo capo fuoco, e non a tutti i regolieri. Si potrebbero così avere discriminazioni nei casi di dissenso tra le decisioni elettorali del capo fuoco e le preferenze degli altri ap-

¹⁹⁹ Art. 1, co.1, lett. c) 1), d. lgs. 19 novembre 2004, n. 297. Si tratta del caso in cui il nome di un prodotto, che contiene tra gli ingredienti un alimento protetto da DOP o IGP, riporta il riferimento alla DOP o IGP stessa: ad es. “ravioli con prosciutto di Parma” o “tortelli al Gorgonzola”. Si veda M. MINELLI, *L'uso di prodotti DOP e IGP come componenti*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2014, 1, 43; V. RUBINO, *La protezione delle denominazioni geografiche dei prodotti alimentari nell'Unione Europea dopo il Regolamento 1151/2012*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2013, 4, 11 ss.

²⁰⁰ A. CONTINI, *La tutela delle denominazioni di origine*, in C. GALLI (a cura di), *Codice della proprietà industriale: la riforma 2010*, Milano, 2010, 40, 43-44; FERRARI, *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche*, *cit.*, 176 ss.

²⁰¹ Si veda ad es. il caso riportato da A. GERMANÒ, *Sul diritto delle donne nell'ordinamento delle Regole*, in *Rivista di diritto agrario*, 2015, II, 292. Sul problema dei rapporti tra chiusura del godimento di una proprietà collettiva e discriminazione CERULLI IRELLI, *Organismi di gestione di proprietà comunitarie nella realtà italiana: profili pubblicistici*, *cit.*, 194; DE MARTIN, *I regimi regolieri cadorini tra diritto anteriore vivente e ordinamento vigente*, *cit.*, 212 ss.

partenenti al fuoco, i quali non possono altrimenti esprimere la propria voce, essendogli preclusa la possibilità di partecipare al voto²⁰².

Anche nel caso delle DOP e IGP il meccanismo rappresentativo sembra presentare delle fallacie. Al di là del problema dei costi che vi possono essere associati, la scelta dell'istituto del consorzio *obbligatorio*, in luogo di quello volontario, sembra assicurare un maggior grado di rappresentatività di tutti gli operatori del territorio (e non solo di quelli che decidono di iscriversi al consorzio)²⁰³.

Ma a ben vedere un problema di non discriminazione si pone con riferimento non solo all'aspetto gestorio, ma ancora prima relativamente allo stesso meccanismo inclusivo. Nella Comunità delle Regole di Spinale e Manez i terzi non oriundi sono soggetti a requisiti più stringenti prima di poter divenire compartecipi della proprietà collettiva rispetto a quelli previsti per chi invece oriundo lo è. La scelta può forse in parte essere giustificata dalla necessità di evitare comportamenti strategici di terzi che, non interessati a partecipare realmente alla vita della comunità locale, trasferiscono la residenza al solo fine di godere dei benefici che deriva dalla posizione di regoliere²⁰⁴. Tuttavia, quello del *free-riding* è un rischio che interessa anche l'oriundo, che può artatamente mantenere la residenza nel territorio, pur svolgendo la propria

²⁰² Questione diversa è l'individuazione del soggetto capofuoco. Il Regolamento allo Statuto, all'art. 9, stabilisce che capofuoco è l'intestatario della scheda anagrafica del Comune: di fatto, quindi, si rinvia ad un atto esterno. Questa è disciplinata dal DPR 30 maggio 1989, n. 223, art. 21, il quale prevede che la scheda "deve essere intestata alla persona indicata all'atto della dichiarazione di costituzione della famiglia" e che "[i]n caso di mancata indicazione dell'intestatario o di disaccordo sulla sua designazione, sia al momento della costituzione della famiglia, sia all'atto del cambiamento dell'intestatario stesso, l'ufficiale di anagrafe provvederà d'ufficio intestando la scheda al componente più anziano".

²⁰³ A margine, è da notarsi come tale scelta sia stata compiuta nel 2006 in Francia: L642-21, *Code rural et de la pêche maritime*, su cui MARIE-VIVIEN, *La protection des indications géographiques*, *cit.*, 212; e nel 2015 in Spagna: art. 17, lett. d), Ley 6 of May 2015, su cui cfr. M. GÓMEZ LOZANO, *Denominaciones de orgine y otras indicaciones geográficas*, Cizur Menor, 2004, 54 ss.

²⁰⁴ Sul costo sociale dell'inclusione in termini di *strategic behaviour* KELLY, *The Right to Include*, *cit.*, 879-880.

vita altrove²⁰⁵. La ragione ultima sembra quindi da ricercare nell'intenzione di garantire una certa continuità familiare alla Comunità, accordando preferenza agli oriundi. Di là dalla perfettibilità dei meccanismi inclusivi e/o partecipativi esistenti, ciò che emerge è come inclusione e democraticità non vadano necessariamente di pari passo.

3. *Le ragioni del diritto a essere inclusi*

Le ragioni che possono spiegare la presenza in taluni casi di un diritto a essere inclusi sono varie. Per quanto riguarda il diritto ad essere inclusi in senso debole, limitazioni al diritto di proprietà sono state giustificate facendo riferimento alla necessità di comporre conflitti tra proprietari, al fatto che la proprietà deve prendere in considerazione anche interessi pubblici, alla funzione sociale della proprietà. Si tratta di argomenti noti, che non ha quindi senso ripercorrere in questa sede.

Maggiore attenzione deve essere invece dedicata alle giustificazioni che possono essere portate a sostegno di un diritto a essere inclusi in senso forte. Per provare a gettare un po' di luce su un quesito che s'intreccia con vicissitudini storiche specifiche ed istituti giuridici arcaici²⁰⁶, un utile punto di partenza può essere rappresentato dalle caratteristiche della risorsa protetta dal paradigma proprietario collettivo. Con questo non si vuol dire che la risorsa, essendo collettiva, impone un paradigma proprietario collettivo, pena il ridurre il ragionamento a una tautologia. Al contrario, la questione richiede di indagare perché una data risorsa sia stata strutturata come collettiva e perché, poi, si sia adottato un regime proprietario collettivo. Al netto delle peculiarità storiche proprie di ciascuna proprietà collettiva, una delle caratteristiche che sembrano emergere in modo costante è rappresentata dalla difficol-

²⁰⁵ A tal fine, lo Statuto, all'art. 4, prevede che si possa godere dei benefici che derivano dallo status di regoliere solo se si dimora nel territorio dei tre Comuni "per non meno di quattro mesi consecutivi nell'anno solare".

²⁰⁶ Il riferimento è alla comunione di derivazione germanica, su cui PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, *cit.*, 192-193. Con specifico riferimento alle proprietà collettive PIRONTI, *Nuda proprietà della partecipazione agraria di Cento ed usufrutto dei partecipi*, *cit.*, 149.

tà di gestire un territorio o una risorsa, vuoi per le sue caratteristiche geo-morfologiche, vuoi per il tipo di impegno richiesto per poter far divenire tale risorsa fruttuosa.

Si pensi, in primo luogo, al territorio che caratterizza la Comunità delle Regole di Spinale e Manez: montuoso, accidentato e in cui il tipo di agricoltura praticata era essenzialmente di sussistenza. I caratteri dei luoghi non favorivano l'appropriazione individualistica: nell'ottica del singolo, i costi di sfruttamento e di gestione sarebbero risultati probabilmente superiori ai benefici che era possibile trarre²⁰⁷. Vengono così poste regole tese ad assicurare una gestione aggregata di una serie di risorse: si pensi al caso degli alpeggi, che potevano essere sfruttati solo nella stagione estiva e che imponevano costi che il singolo difficilmente avrebbe potuto sostenere (ad esempio, per la costruzione delle malghe)²⁰⁸. D'altro canto, quei medesimi luoghi non erano completamente privi di utilità che potevano essere fatte proprie dai singoli membri della comunità: è questo il caso della legna o di altri materiali da costruzione (pietre, sabbia) che l'ambiente circostante poteva offrire. Si viene a creare così un complesso sistema di regole, alcune improntate, in una logica di cooperazione, a sfruttare in chiave aggregata risorse altrimenti non sfruttabili; altre, invece, finalizzate a coordinare l'accesso ad alcune delle risorse presenti in un certo territorio.

In un contesto caratterizzato dai fattori ambientali e sociali appena ricordati, la previsione di un diritto ad essere inclusi diviene fun-

²⁰⁷ Il solo costo di delimitare gli appezzamenti di terreno situati in zone impervie da attribuirsi in proprietà individuale, così come l'eventuale e successivo problema del monitorare che terzi non sconfinino nelle proprietà attribuite ai singoli individui (ad es. attraverso la recinzione degli appezzamenti), poteva essere superiore ai benefici conseguibili dallo sfruttamento dell'appezzamento stesso.

²⁰⁸ Ciò non toglie che vi possano essere altri archetipi utili a spiegare la dimensione collettiva di alcune risorse e dei regimi di appropriazione che le contraddistinguono: sembra questa la conclusione cui giunge A. SCIAUDONE, *Agricoltura, persona, beni*, in *Rivista di diritto agrario*, 2016, I, 147, in un saggio che indaga i nessi tra beni comuni e agricoltura e in cui viene posto in esponente "la relazione tra il soggetto e il territorio al quale il soggetto appartiene" (180). Sulla relazione tra territorio e agricoltura, con particolare riferimento ai segni del territorio, F. ALBISINNI, *Il territorio come regola? Segni del territorio e mercato*, in *Il diritto dell'agricoltura*, 1999, 153.

zionale a garantire la cooperazione tra gli individui appartenenti ad una certa comunità, al fine di consentire l'utilizzazione di risorse sfruttando economie di scala non conseguibili sul piano individuale. In altre parole, il diritto ad essere inclusi è il meccanismo attraverso il quale raggiungere una dimensione sufficiente allo sfruttamento di alcune delle risorse cui si faceva cenno. Si pensi alla produzione di formaggio: in una società in cui ogni nucleo familiare possedeva un numero esiguo di vacche da latte, sarebbe stato impossibile per ogni singolo nucleo produrre una quantità di latte sufficiente a produrre autonomamente formaggio in un periodo di tempo utile. D'altro canto, non era possibile conservare e accumulare il latte fino al punto in cui si fosse raggiunta la quantità minima richiesta: di qui l'opportunità di gestire in chiave collettiva il processo produttivo, suddividendo poi tra i membri i prodotti²⁰⁹.

Al raggiungimento di economie di scala si aggiunge un'ulteriore funzione, rappresentata dalla condivisione del rischio²¹⁰. Ancora una volta, la produzione di formaggio negli alpeggi rappresenta un esempio interessante: anche ammettendo il caso in cui il singolo avesse un numero sufficiente di animali da produrre formaggio in autonomia, il rischio che in ogni caso i propri animali, ad esempio per ragioni di malattia, non producessero latte a sufficienza era così diffuso da far apparire preferibile condividere il processo produttivo. Ma la condivisione del rischio può funzionare solo se la collettività che si fa carico di tale rischio ha dimensioni tali da poter assorbire le ricadute negative che si creano nel caso in cui il rischio si inveri: il meccanismo

²⁰⁹ Anche il mantenimento delle vacche in alpeggio può essere letto attraverso la logica delle economie di scala. I costi di occupare nei mesi estivi un membro del nucleo familiare per accudire i pochi animali che quel nucleo possedeva sopravanzavano i benefici: meglio allora ricorrere ad una gestione collettiva, che permettesse di condividere anche questo costo.

²¹⁰ Con specifico riferimento ai rapporti tra inclusione e *risk-spreading* KELLY, *The Right to Include*, *cit.*, 875-876. In generale, sulle interrelazioni tra caratteristiche delle risorse in proprietà, condivisione del rischio e collettività in chiave storica, R.C. ELLICKSON, C.D. THORLAND, *Ancient Land Law: Mesopotamia, Egypt, Israel*, in 71 *Chicago-Kent Law Review* 321 (1995), 350 ss.

inclusivo è volto anche ad assicurare il conseguimento di tali ordini di grandezza.

Al contempo, sono introdotte norme che mirano a coordinare il rapporto tra i singoli membri della comunità, onde evitare che la cooperazione divenga presto scontro. Dimensione collettivo-cooperativa e dimensione individuale sono funzionali l'una rispetto all'altra: una cooperazione che duri nel tempo e sia efficace può essere assicurata solo se i rapporti tra i singoli sono chiaramente delineati.

Cosa succede oggi in cui le antiche esigenze agro-silvo-colturali non sono più presenti? Lungi dal rappresentare un relitto della storia, la Comunità delle Regole di Spinale e Manez ha mantenuto la logica di cooperazione e d'inclusione che l'ha storicamente caratterizzata, adattandola al mutato contesto storico-sociale. Si è, infatti, passati dallo sfruttamento agro-silvo-colturale allo sfruttamento turistico: seppur alcune attività di sfruttamento pastorale e forestale del territorio continuino a permanere, il nucleo di attività più significative dal punto di vista economico ruota oggi attorno al terzo settore. La collocazione del territorio in una zona a forte vocazione turistica²¹¹, sia estiva sia invernale, ha infatti permesso alla Comunità di continuare a prosperare. Si noti che la conservazione della logica cooperativa e inclusiva non appare necessitata: lo sfruttamento a fini turistici delle risorse non richiede necessariamente una gestione collettiva o economie di scala simili a quelle menzionate in precedenza. Più che il frutto di una scelta consapevole, sembra ragionevole supporre si tratti di una soluzione che si è conservata in parte per un fenomeno di *path-dependency* socio-culturale, in parte in ragione dei limiti giuridici posti dallo Statuto, che, come si ricorderà, qualifica i beni della Comunità come “inalienabili, indivisibili e vincolati in perpetuo alla loro destinazione”.

Nel caso delle indicazioni geografiche, la natura immateriale della risorsa oggetto di proprietà impone di condurre un discorso parzialmente diverso. Si possono avanzare due ragioni che spieghino la presenza di un diritto ad essere inclusi. La prima, probabilmente più in-

²¹¹ Si tratta, infatti, di aree in cui si trovano rinomate località sciistiche ed escursionistiche, quali le Dolomiti di Brenta e Madonna di Campiglio.

tuitiva, vede nel diritto ad essere inclusi un meccanismo finalizzato ad evitare la creazione di cartelli o monopoli restrittivi della concorrenza²¹². Si tratta di un argomento che forse prova troppo: non è ben chiaro quali considerazioni di tutela della concorrenza differenzino le indicazioni geografiche da altri diritti di proprietà intellettuale a tal punto da far sì che nelle prime sia previsto un diritto ad essere inclusi in senso forte, mentre negli altri tutt'al più un diritto ad essere inclusi in senso debole.

La seconda ragione si basa sulla considerazione per cui, nel caso delle indicazioni geografiche, le difficoltà di sfruttamento individualistico della risorsa non dipendono da caratteristiche naturali, immanenti alla risorsa; piuttosto, è la stessa risorsa che, per assumere significato economico, richiede di essere gestita e sfruttata in chiave collettiva. Le indicazioni geografiche sono, infatti, uno strumento utile a penetrare mercati diversi da quello da cui il prodotto origina: fino a che il prodotto rimane confinato in una dimensione locale, non vi è necessità di dotarlo di un'indicazione geografica. Nel momento in cui si intende, invece, far circolare tale prodotto al di fuori del suo territorio di origine, è necessario raggiungere economie di scala che permettano di penetrare nei mercati 'stranieri'. In mercati quali quelli agroalimentari, in cui, da un lato, si hanno la grandissima parte delle indicazioni geografiche e, dall'altro lato, la produzione è frazionata tra una miriade di piccoli produttori, raggiungere tali ordini di grandezza su base individuale può essere molto difficile, se non impossibile. Proiettare il riferimento geografico in una dimensione collettiva può facilitare la cooperazione tra gli operatori della zona, consentendo loro di sviluppare una reputazione

²¹² A. PEUKERT, *Individual, Multiple and Collective Ownership of Intellectual Property Rights – Which Impact on Exclusivity?*, in A. KUR, V. MIZARAS (eds.), *The Structure of Intellectual Property Law*, Cheltenham, 2011, 195, 216-217: “To sum up, there is a correlation between the competitive impact of collective marks and geographical indications and the right of third parties to access the associations and groups that are exclusively entitled to protection and use. The purpose of this access right is to prevent a situation where trademark law supports the formation of cartels”.

collettiva utile a conquistare i mercati²¹³. L'analisi storica conferma questa considerazione: l'emersione delle indicazioni geografiche è collegata alla necessità di proteggere il valore e la reputazione di un'indicazione sviluppatasi in mercati diversi da quelli di origine²¹⁴.

Il diritto a essere inclusi può quindi essere letto come un meccanismo che facilita il raggiungimento delle economie di scala necessarie a riempire di significato economico le indicazioni geografiche, fornendo incentivi alle parti a cooperare in tale direzione. In aggiunta, una volta conquistati i mercati sorge la necessità di evitare fenomeni di *free-riding*, per cui i terzi, pur non rispettando il livello qualitativo richiesto dal disciplinare di produzione, sfruttano la reputazione sviluppata a livello collettivo. Prevedere strategie d'inclusione in luogo di altre maggiormente incentrate sull'esclusione ha l'effetto di incentivare gli operatori a partecipare alla gestione della risorsa, rispettando le regole del gioco. Il monopolio insito nella creazione di un'indicazione geografica, analizzato dalla prospettiva del diritto di essere inclusi, può essere così letto come elemento finalizzato a promuovere la cooperazione tra operatori di una medesima area geografica non solo a fronte di *free-riders* esterni, cioè che non operano in tale area, ma anche di *free-riders* interni, cioè che, pur operando nell'area geografica cui l'indicazione si riferisce, cercano di 'barare' sulla qualità, impiegando l'indicazione sui propri prodotti senza rispettare il disciplinare di produzione. L'elemento cooperativo insito nelle indicazioni geografiche deve essere, in altri termini, difeso sia da aggressioni esterne, sia da aggressioni interne: queste ultime sono particolarmente pericolose, perché minano alla base stessa il paradigma cooperativo.

4. Conclusioni

Il diritto di proprietà non si limita solo a escludere; può anche presentare una dimensione inclusiva che in taluni casi si spinge fino al

²¹³ Al riguardo, sia consentito il rinvio a M. FERRARI, *The Narratives of Geographical Indications*, in *International Journal of Law in Context*, 10:2, 2014, 222.

²¹⁴ D. GANGJEE, *Relocating the Law of Geographical Indications*, Cambridge, 2012.

punto da conformare il diritto di disporre del titolare, sottraendogli, a fronte di determinate condizioni, la possibilità di respingere l'intrusione di terzi che vogliano divenire co-titolari della risorsa oggetto di proprietà. L'analisi della coppia esclusione/inclusione pone in evidenza un primo dato: quando si parla di *jus excludendi* normalmente ci si riferisce ad ipotesi in cui l'esclusione opera con riferimento alla facoltà di godimento e, simmetricamente, l'inclusione comprime tale facoltà. Come notato, l'ordinamento contempla con relativa frequenza fattispecie in cui il proprietario vede costretta la propria facoltà di godere di un bene: un fenomeno che viene genericamente ricondotto all'interno del discorso, compiutamente sviluppato, sui limiti ovvero sulla conformazione del diritto di proprietà. Limitazioni della facoltà di disporre sono invece più rare, forse perché tali limitazioni incidono su un substrato del diritto di proprietà radicato più profondamente. Esse paiono, infatti, colpire il potere che il proprietario ha di determinare in modo idiosincratico l'agenda della propria risorsa, da cui la facoltà di godimento sembra in una certa misura dipendere. La distinzione tra i profili del godimento e i profili dispositivi consente di delineare meglio, in chiave analitica, il diverso atteggiarsi di esclusione ed inclusione, sottolineando le complesse interazioni che questi due poli possono generare.

Il secondo dato da mettere in luce è che il diritto ad essere inclusi in senso forte non costituisce un'ipotesi comune: al contrario, esso rappresenta un paradigma eccentrico, che caratterizza solo alcune forme di proprietà collettiva. Seppur eccentrico, non si è, comunque, in presenza di un paradigma irrilevante. In primo luogo, si è mostrato come anche in quei casi in cui la proprietà collettiva sembra un relitto della storia, in realtà vi è stata la capacità di rinnovarne le funzioni, modernizzandola. Non si tratta di una soluzione che si può applicare a tutte le proprietà collettive: ciò nonostante, essa indica la possibilità di rivitalizzare istituti che la storia sembra aver marginalizzato. In secondo luogo, è possibile immaginare nuove forme di proprietà collettiva che riguardino l'immateriale: il caso delle indicazioni geografiche è particolarmente significativo al riguardo, anche alla luce dell'importanza economica che esse assumono. Esse offrono un interessante esempio di

come sia possibile gestire in chiave collettiva un diritto di proprietà intellettuale, difendendolo da aggressioni interne ed esterne e, al contempo, consentendo a terzi titolati di accedervi.

Dal punto di vista funzionale, il legame tra diritto a essere inclusi in senso forte e cooperazione indica come anche il diritto di proprietà possa rappresentare un luogo ove implementare meccanismi collaborativi di lunga durata volti a coordinare le attività di una pluralità di soggetti²¹⁵. L'idea di cooperazione è normalmente associata alla nozione di contratto: specie nel caso di c.d. *relational contracts*²¹⁶, il contratto è invocato quale strumento più efficace per facilitare la collaborazione tra soggetti terzi. Ciò è vero a tal punto che il tema della cooperazione è indicato come criterio distintivo tra diritti reali e diritti di obbligazione²¹⁷. Se questo è corretto nella maggior parte dei casi, le ipotesi di diritto a essere inclusi in senso forte che si sono analizzati rappresentano anche sotto questo profilo un'anomalia²¹⁸. Gli istituti proprietari in parola, infatti, creano legami tra soggetti diversi, che vivono o operano in un certo territorio, al fine di coordinarne le attività e spingerli a cooperare, pur lasciando loro un certo grado di autonomia. Così, nel caso

²¹⁵ Una prospettiva parzialmente diversa è adottata da A. NERVI, *Beni comuni e ruolo del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, I, 180, per il quale la proprietà non è sempre capace di coordinare in modo adeguato i diversi attori ed interessi che possono venire in rilievo quando si parla di beni comuni, ragion per cui è necessario ricorrere al contratto.

²¹⁶ I.R. MACNEIL, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980 e ID., *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian MacNeil*, London, 2001.

²¹⁷ Dalla prospettiva delle forme di tutela, e richiamando altresì l'insegnamento di Betti, A. DI MAJO, *L'obbligazione protettiva*, in *Europa e diritto privato*, 2015, 1, 1-2 distingue tra regole di proprietà e regole di responsabilità: "Le une fanno riferimento all'idea della «appartenenza» (di cose e/o entità del mondo sensibile), le altre alla idea della «cooperazione»" (enfasi nell'originale). Lo stesso DI MAJO, voce *Obbligazione (Teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, 10 ss. ammette l'esistenza di zone di confine tra obbligazioni e diritti reali.

²¹⁸ Già PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, *cit.*, 172, richiamando l'insegnamento di Bonfante, nota come il condominio e le proprietà collettive siano caratterizzati da norme che derivano da fonti diverse: alcune, più arcaiche, attengono alla teoria della proprietà, altre alla teoria delle obbligazioni.

delle indicazioni geografiche i singoli operatori sono vincolati l'un l'altro dal rispetto del disciplinare e dalla gestione operata dal consorzio, ma al contempo mantengono un notevole grado di autonomia, potendo competere gli uni con gli altri. In tal senso, le indicazioni geografiche rappresentano un paradigma in cui cooperazione e competizione vivono l'una a fianco dell'altra.

L'ulteriore domanda che è legittimo porsi è perché ricorrere in taluni casi ad un istituto proprietario per promuovere la cooperazione tra soggetti diversi. Qui si può solo abbozzare una risposta, traendo spunto da un elemento sottolineato in precedenza. Questo è rappresentato dalla notazione per cui, nei casi analizzati, vi è la necessità di raggiungere determinati ordini di grandezza al fine di sfruttare (*tout court* o in modo più efficace) una certa risorsa: il diritto ad essere inclusi sarebbe teso a permettere il raggiungimento e mantenimento di tale risultato, incentivando la cooperazione tra le parti. Il numero potenzialmente alto di soggetti candidati all'ammissione nel paradigma proprietario collettivo implica significativi costi transattivi nel coordinare l'inclusione di tali soggetti²¹⁹. Ricorrere al contratto può risultare difficile, se non impossibile, a causa dei rischi di comportamento strategico che possono presentarsi. I potenziali contraenti potrebbero posporre il momento in cui aderire al contratto, nella speranza di riuscire ad ottenere benefici ulteriori durante le trattative; oppure potrebbero agire da *free-riders*, sfruttano a costo zero gli investimenti realizzati da chi è già parte del contratto. Una possibile strategia per evitare parte di questi costi può essere quella di creare un diritto *in rem*. Infatti, mentre ricorrere al contratto richiederebbe enormi sforzi nel coordinare innumere-

²¹⁹ La giustificazione che qui si offre prende a punto di riferimento i titolari del diritto di proprietà, cioè guarda alla dimensione interna della proprietà. In questo senso si distingue dalle ragioni usualmente impiegate per giustificare l'esistenza di diritti *in rem*, le quali guardano alla dimensione per così esterna della proprietà, cioè a dire ai rapporti tra titolare e terzi non titolari. In tal senso ad es. T. MERRILL, H. SMITH, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, in 110 *Yale Law Journal* 1 (2000), 8: "When property rights are created, third parties must expend time and resources to determine the attributes of these rights, both to avoid violating them and to acquire them from present holders".

voli contraenti, la proprietà può raggiungere il medesimo risultato imponendo ai co-titolari di rispettare determinate condizioni, fissate nel disciplinare di produzione e/o nello statuto, al fine di cooperare nell'utilizzazione e gestione di una risorsa da cui sarebbero altrimenti esclusi. In altri termini, il rispetto del disciplinare di produzione o delle condizioni fissate nello statuto è funzionalmente analogo all'adempimento di obbligazioni contrattuali, ma è al contempo condizione di accesso alla gestione e utilizzo della risorsa.

Su un diverso piano, non si può negare che il diritto ad essere inclusi in senso forte comprime lo *jus excludendi*, che è ritenuto dai più il cuore della proprietà. Ci si può allora chiedere, con Maria Rosaria Marella²²⁰, se questa neutralizzazione dello *jus excludendi* non rechi con sé la necessità di parlare di un qualcosa che ormai è oltre la proprietà. Se cioè la torsione impressa all'istituto proprietario dal diritto ad essere inclusi in senso forte non comporti, nei casi in cui esso è previsto, il superamento della forma storicamente data di proprietà che noi conosciamo, incentrata sull'esclusione. La risposta che giunge dall'analisi dei casi di diritto ad essere inclusi in senso forte offre alcune indicazioni stimolanti, suggerendo percorsi di studio attenti ai rapporti tra esclusione ed inclusione in cui la seconda non soppianta, ma si affianca allo *jus excludendi*. In questo senso si può provvisoriamente concludere che il diritto di proprietà, quale forma astratta che ricomprende al suo interno statuti differenziati, tollera la presenza di un diritto ad essere inclusi in senso forte, senza per questo venire meno. Allo stesso tempo, qualora il diritto ad essere inclusi dovesse soppiantare completamente lo *jus excludendi*, l'interprete si troverebbe di fronte ad un'ipotesi in cui la forma proprietà è da considerarsi ormai superata²²¹.

Ci si può infine chiedere se, oltre a porre in luce sul piano analitico le diverse sfaccettature che il diritto di proprietà può presentare,

²²⁰ M.R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2013, 551, 568.

²²¹ Si tratta di una conclusione che coincide con quella espressa da MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, *cit.*, 568, seppure con riferimento ad un uso strategico della funzione sociale che neutralizzi “pressoché integralmente quello che costituisce il cuore del diritto di proprietà, lo *jus excludendi alios*”.

l'analisi dei casi in cui la proprietà contempla un diritto ad essere inclusi offra un'indicazione di politica del diritto o una chiave interpretativa del sistema dominicale esistente. La risposta corretta parte coincidere con la prima opzione. Non costituisce una chiave di interpretazione del sistema esistente perché questo sembra ancora, nella maggior parte dei casi, saldamento ancorato ad un paradigma esclusivo, rispetto al quale il diritto ad essere inclusi in senso forte rappresenta un'eccezione. Ciò nonostante, si tratta di un'eccezione che offre alcune indicazioni in termini di politica del diritto cui ispirarsi nel prendere parte ai dibattiti cui si è fatto cenno nella parte iniziale del contributo. L'individuazione di forme di gestione dei beni comuni²²², e la valorizzazione della funzione sociale della proprietà passano anche per il tramite di una rimediatazione dei profili inclusivi presenti nel diritto di proprietà. Tale rimediatazione può trarre spunto dalla considerazione per cui è possibile realizzare forme di cooperazione anche attraverso istituti proprietari in cui la presenza di un diritto ad essere inclusi in senso forte costituisce un volano che moltiplica la dimensione cooperativa, specie a fronte di risorse che richiedono economie di scala per un loro efficace utilizzo.

Ma può spingersi anche oltre, valorizzando, ad esempio, il ruolo che le formazioni sociali intermedie possono svolgere nel realizzare l'aspirazione, ricompresa nel secondo comma dell'art. 42, di rendere la proprietà accessibile a tutti. Una disposizione sovente oscurata dalla più ben nota funzione sociale²²³, ma rispetto alla quale la dottrina più atten-

²²² MARELLA, Per un diritto dei beni comuni, *cit.*, 24-25 individua nella gestione un problema centrale nel delineare un possibile statuto giuridico dei beni comuni. In chiave critica rispetto allo spostamento della discussione dalla fruizione dei beni comuni alla loro gestione L. NIVARRA, *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2016, 43, 48-49.

²²³ S. RODOTÀ, *Rapporti economici – Sub art. 42*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, tomo II, Bologna, 1982, 161-162. M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, 443, 471, ritiene che l'enunciato "renderla accessibile a tutti" non sia stato, a ragione, preso in considerazione dalla dottrina "poiché esso non è che un'iterazione applicata alla materia della proprietà del principio detto di eguaglianza sostanziale, dell'art. 3^o Cost., in quanto impegno per il legislatore di rimuovere ostacoli economici allo sviluppo della persona umana, nella specie, facilitando l'accesso alla proprietà".

ta non ha mancato di interrogarsi²²⁴. Da un lato, le Regole di Spinale e Manez e la disciplina di DOP e IGP rappresentano due esempi in cui l'inclusione è mediata dalla comunità: quest'ultima diviene lo strumento attraverso cui l'individuo può partecipare alla vita economica (DOP/IGP) o godere di utilità a cui altrimenti non avrebbe accesso per ragioni di economie di scala (proprietà collettive). Dall'altro lato, accessibilità e inclusione presentano indubbe affinità; la seconda può essere intesa quale mezzo per raggiungere la prima²²⁵.

²²⁴ P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Rivista di diritto civile*, 1972, I, 1, 39, ipotizza di poter cogliere “nella generale accessibilità il carattere nuovo, di schietta impronta sociale, della norma sulla proprietà”; PERLINGIERI, Introduzione alla problematica della «proprietà», *cit.*, 25-26, vede in tale enunciazione un riflesso della visione solidaristica della proprietà “attuabile mediante l'imposizione di una serie di limiti al diritto di proprietà”; RODOTÀ, *Rapporti economici* – Sub art. 42, *cit.*, 157 ss. ritiene che la clausola dell'accessibilità sia formula ricca di significati che spaziano dall'appropriazione privata dei beni al coordinamento tra godimento individuale e collettivo. Per una ricostruzione del dibattito svoltosi negli anni '70 G. CARAPEZZA FIGLIA, *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, 1061, 1077-1078. Più recentemente, all'interno di una riflessione incentrata sui beni comuni, S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, 311, 314, nota come “la riflessione più recente, tuttavia, ha progressivamente fatto emergere una nozione di accesso che non è necessariamente e strumentalmente collegata all'acquisizione di un titolo di proprietà”. Per MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, *cit.*, 566-567, la funzione sociale deve essere utilizzata (anche) in chiave strategica, valorizzando in particolare il riferimento all'accesso contenuto nel secondo comma dell'art 42 Cost. L'A. propone così un'interpretazione della funzione sociale che incorpora al suo interno il tema dell'accesso: “è questa un'interpretazione della funzione sociale più promettente, in quanto attacca direttamente la logica proprietaria, distinguendo accesso, uso e proprietà e contrapponendo i primi alla seconda. [...] L'accesso deve essere riconosciuto indipendentemente dalla titolarità ove ciò serva a garantire l'interesse all'uso del bene oltre le forme dell'appartenenza esclusiva”.

²²⁵ Il dibattito più recente pare sottolineare il concetto di accesso, il che probabilmente riflette i cambiamenti che si sono avuti in campo proprietario: L. MOCCIA, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in A. GARILLI, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. III: *Proprietà e rapporti obbligatori*, Torino, 2009, 553, in partic. 560-561. L'impressione è che vi siano due declinazioni del concetto di accesso. Una, economicista, in cui l'accesso è un valore di mercato, per cui oggi ciò che più im-

L'indagine dei rapporti tra accessibilità ed inclusione permette di svolgere due ulteriori considerazioni²²⁶. In primo luogo, l'accesso alla proprietà diviene, nei casi esaminati, accesso alla comunità, per il cui tramite si acquisisce uno *status* proprietario; il che implica il problema di definire i criteri di selezione tra chi ha diritto ad accedere a quella comunità e chi, invece, è destinato a rimanerne escluso. Un problema che non necessariamente si pone in contrasto con il dettato dell'art. 42 Cost., il quale di per sé parla di accessibilità *a tutti*, se è vero che "il riferimento all'accessibilità debba essere inteso nel senso della ammissibilità, o addirittura della necessità, di una disciplina selettiva delle condizioni per l'accessibilità stessa"²²⁷. In secondo luogo, se è vero che lo studio degli aspetti inclusivi insiti in alcuni statuti proprietari può contribuire a valorizzare il dettato costituzionale, è altrettanto vero che questo può a sua volta offrire indicazioni utili a rendere i criteri selettivi di accesso alla comunità più rispettosi di valori centrali nella disciplina costituzionale della proprietà, quali il principio di eguaglianza sostanziale o la funzione sociale²²⁸: un diritto ad essere inclusi in senso forte

porta è avere accesso ad una risorsa più che esserne proprietari: si veda l'analisi critica di J. RIFKIN, *L'era dell'accesso: la rivoluzione della new economy*, Milano 2001. L'altra visione, legata più all'idea di condivisione, è quella fatta propria da una serie di movimenti (ad esempio in materia di c.d. *open access*), in cui l'accesso non è un valore di scambio di mercato, ma un valore *tout court* che può essere inserito anche in dinamiche di mercato, ma che mantiene una sua ragione d'essere a prescindere dal mercato, se non, in taluni contesti, in antagonismo rispetto ad esso. Queste due visioni si traducono, a parere di chi scrive, ancora una volta in diritto ad essere inclusi in senso debole (il diritto di accesso in senso economicista) o un diritto ad essere inclusi in senso forte (il diritto di accesso come valore in sé).

²²⁶ Per RODOTÀ, Beni comuni: una strategia globale contro lo *human divide*, *cit.*, 317 l'accesso è divenuto tema autonomo: "Si è venuta così generalizzando una attenzione per l'accesso che, da situazione strumentale in situazione determinate (accesso ai documenti amministrativi, ai dati personali), si è progressivamente reso autonomo, individuando una modalità dell'agire, da riconoscere come un diritto necessario per definire la posizione della persona nel contesto in cui vive. L'accesso, inteso come diritto fondamentale della persona, si configura come tramite necessario tra diritti e beni, sottratto all'ipoteca proprietaria".

²²⁷ RODOTÀ, *Rapporti economici* – Sub art. 42, *cit.*, 163.

²²⁸ *Ibidem*.

costituzionalmente orientato in modo da costituire strumento che permetta una più piena realizzazione dell'individuo.

The Trento Lawtech Research Paper Series is published since Fall 2010

1. **Giovanni Pascuzzi**, L'insegnamento del diritto comparato nelle università italiane (aggiornamento dati: dicembre 2009) - The Teaching of Comparative Law in Italian Universities (data updated: December 2009), Trento Law and Technology Research Group Research Papers, October 2010.

2. **Roberto Caso**, Alle origini del copyright e del diritto d'autore: spunti in chiave di diritto e tecnologia - The Origins of Copyright and Droit d'Auteur: Some Insights in the Law and Technology Perspective, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2010.

3. **Umberto Izzo, Paolo Guarda**, Sanità elettronica, tutela dei dati personali e digital divide generazionale: ruolo e criticità giuridica della delega alla gestione dei servizi di sanità elettronica da parte dell'interessato - E-health, Data Protection and Generational Digital Divide: Empowering the Interested Party with the Faculty of Nominating a Trusted Person Acting as a Proxy when Processing Personal Health Data within an Electronic PHR, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2010.

4. **Rossana Ducato**, "Lost in Legislation": il diritto multilivello delle biobanche di ricerca nel sistema delle fonti del diritto (convenzioni internazionali, leggi europee, nazionali e regionali, softlaw) - "Lost in legislation": The Multilevel Governance of Research Biobanks and the Sources of Law (International Conventions, European, National and Regional legislations, Softlaw), Trento Law and Technology Research Group

Research Papers; December 2010.

5. **Giuseppe Bellantuono**, The Regulatory Anticommons of Green Infrastructures, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; February 2011.

6. **Francesco Planchenstainer**, La regolamentazione dell'acqua destinata ad impiego alimentare: analisi storico comparativa dei differenti approcci sviluppati negli USA e nella UE - The Regulation Of Water For Nutritional Use: A Comparative and Historical Analysis of the Different Approaches Developed in US and EU Law, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; April 2011.

7. **Roberto Caso, Giovanni Pascuzzi**, Valutazione dei prodotti scientifici nell'area giuridica e ruolo delle tecnologie digitali - Evaluation of Scientific Products in the Legal Field and the Role of Digital Technologies, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; May 2011.

8. **Paolo Guarda**, L'Open Access per la dottrina giuridica e gli Open Archives: verso un futuro migliore? - Open Access to legal scholarship and Open Archives: toward a Better Future?, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2011.

9. **Thomas Margoni**, Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet - Exceptions and Limitations to Copyright Law in the Internet, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; January 2012.

10. **Roberto Caso**, Plagio, diritto d'autore e rivoluzioni tecnologiche - Plagiarism, copyright and technological

revolutions. Trento Law and Technology Research Group Research Papers; February 2012.

11. **Giovanni Pascuzzi**, Diventare avvocati e riuscire ad esserlo: insegnare l'etica delle professioni forensi attraverso le trame narrative - How to become lawyers and able to do so: teaching the ethics of the legal profession through narrative, Trento Law and Technology Research Group. Research Papers; July 2012.

12 **Umberto Izzo**, IL 'Contratto sulla neve' preso sul serio: due modelli di contratto (per la fruizione delle aree sciabili e per l'insegnamento sciistico) - Taking the 'Contract on the Snow' Seriously: Two Model Contracts (For Accessing and Using the Ski Area, and For the Teaching of Skiing), Trento Law and Technology Research Group Research Paper; 2012.

13. **Francesco Planchestainer**, "They Collected What Was Left of the Scraps": Food Surplus as an Opportunity and Its Legal Incentives, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; Febraury 2013.

14. **Roberto Caso**, I libri nella "tempesta perfetta": dal copyright al controllo delle informazioni digitali - Books into the "perfect storm": from copyright to the control of information, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; March 2013.

15. **Andrea Rossato**, Beni comuni digitali come fenomeno spontaneo - Digital Commons as a Spontaneous Phenomenon, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; May 2013.

16. **Roberto Caso**, Scientific knowledge unchained: verso una policy dell'università italiana sull'Open Access - Scientific knowledge unchained: towards an Open Access policy for Italian universities, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; May 2013

17. **Valentina Moscon**, Copyright, contratto e accesso alla conoscenza: un'analisi comparata - Copyright, contract and access to knowledge: a comparative analysis, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; December 2013

18. **Roberto Caso**, La via legislativa all'Open Access: prospettive comparate - The legislative road to Open Access: comparative perspectives, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; January 2014

19. **Roberto Caso**, Misure tecnologiche di protezione: cinquanta (e più) sfumature di grigio della Corte di giustizia europea, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; March 2014

20. **Federica Giovanella**, Enforcement del diritto d'autore nell'ambito di Internet vs. protezione dei dati personali: bilanciamento tra diritti fondamentali e contesto culturale, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; April 2014

21. **Umberto Izzo, Rossana Ducato**, The Privacy of Minors within Patient-Centered eHealth Systems, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; June 2014

22. **Roberto Caso, Rossana Ducato**, Intellectual Property, Open Science and Research Biobanks, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; October 2014

23. **Paolo Guarda**, Telemedicine and Application Scenarios: Common Privacy and Security Requirements in the European Union Context, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; July 2015

24. **Roberto Caso, Rossana Ducato**, Open Bioinformation in the Life Sciences as a Gatekeeper for Innovation and Development, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; December 2015

25. **Roberto Caso**, Il diritto non abita più qui: la crisi degli studi giuridici tra dati e domande, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; February 2016

26. **Roberto Caso, Giulia Dore**, Copyright as Monopoly: the Italian Fire under the Ashes, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; February 2016

27. **Thomas Margoni, Roberto Caso, Rossana Ducato, Paolo Guarda, Valentina Moscon**, Open Access, Open Science, Open Society, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; March 2016

28. **Roberto Caso**, La scienza aperta contro la mercificazione della ricerca accademica?, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; April 2016

29. **Giovanni Pascuzzi**, Cosa intendiamo per «metodo casistico»? Trento Law and Technology Research Group Research Papers; December 2016

30. **Roberto Caso**, Una valutazione (della ricerca) dal volto umano: la missione impossibile di Andrea Bonaccorsi, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; March 2017

31. **Giovanni Pascuzzi**, Has comparative law in Italy lost its driving force?, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; March 2017

32. **Roberto Caso**, Scienza aperta, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; August 2017