

FRANCESCO DI CIOMMO

# MANUALE DI DIRITTO PRIVATO

*Parte I*

*Terza edizione*



G. Giappichelli Editore

## Introduzione alla seconda edizione

Numerose novità legislative e molte importanti sentenze, pronunciate di recente dalla Corte Costituzionale, dalla Corte di Cassazione e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, hanno imposto, a soli tre anni dal precedente, di mettere mano ad una riedizione aggiornata di questo manuale, la cui versione completa (e cioè comprensiva della trattazione dei diritti reali e delle obbligazioni) è (si spera) oramai davvero prossima ad essere mandata in stampa.

Del resto, la rapidità con cui il diritto, e in particolare il diritto dei privati, si evolve ai nostri giorni – anche in ragione dell'intraprendenza interpretativa che, non solo in Italia, caratterizza oggi la giurisprudenza – mentre costringe gli operatori del diritto ad aggiornarsi quotidianamente, rende inevitabile l'opera di continua riscrittura dei manuali.

Dunque, nulla di nuovo rispetto a quanto già si evidenziava nelle precedenti “avvertenze” di questo manuale, che speriamo continui ad essere utile ai suoi lettori.

F.D.C.

Roma, lì 6 settembre 2019



## Introduzione

Negli ultimi venti anni, l'evoluzione dei rapporti tra consociati – dipesa dal sempre più rapido progresso tecnologico, dalla globalizzazione dei mercati e delle esperienze umane, dalla trasformazione in senso multietnico e multiculturale delle comunità in cui viviamo, dalla definitiva affermazione del fattore economico e dal coevo affievolimento di valori un tempo condivisi, nonché dalla concorrenza in essere tra i diversi Paesi in termini di efficienza e capacità di attrarre investimenti – ha inciso significativamente (né poteva essere altrimenti) sul modo di essere, sulle ragioni e sul divenire del fenomeno giuridico.

Per fermarci a considerare l'esperienza italiana (ma circostanze sostanzialmente analoghe si osservano in tutti i Paesi europei di tradizione civilistica, nonché in molti altri ordinamenti nazionali), è evidente come l'evoluzione in parola si sia tradotta, sul versante giuridico-privatistico, in primo luogo in una radicale trasformazione dei rapporti tra legislatore e giurisprudenza, visto che quest'ultima si è ormai decisamente attribuita il ruolo, e la relativa responsabilità, di interpretare ed applicare il diritto positivo in funzione evolutiva (o addirittura "*normativa*", come la stessa Cassazione ha recentemente affermato), così sopperendo al ritardo o all'inerzia delle istituzioni che, secondo la Carta costituzionale, nel nostro sistema hanno il compito di adottare le scelte di politica del diritto e tradurle in regole. Ed in secondo luogo, nella nascita di un vero e proprio nuovo sistema delle fonti del diritto, nell'ambito del quale, non solo gli atti normativi dell'Unione Europea e le consuetudini internazionali sono oggi in posizione predominante, ma anche le fonti internazionali pattizie sono ormai considerate di rango superiore rispetto alle fonti nazionali tradizionalmente definite primarie, mentre tra queste ultime la riforma dell'art. 117 Cost. del 2001 ha attribuito alla legge regionale un ruolo di assoluto rilievo che ridimensiona ulteriormente gli ambiti operativi della legge dello Stato.

L'alto livello di complessità della società, dell'ordinamento giuridico e dei rapporti tra l'una e l'altro – determinato da quanto appena accennato – ha generato un diffuso senso di smarrimento tra i giuristi in generale, e tra i privatisti in particolare, sì che nella migliore dottrina specialistica, impegnata in un

serrato dialogo a distanza con i filosofi, qualcuno ha suggerito, per fondare il diritto civile della ‘età della tecnica’ o, in altri termini, per provare a sottrarre le regole giuridiche al ‘giogo della post-modernità’, di ripartire dalle ‘*Institutiones*’ piuttosto che ‘ritornare a Parmenide’, mentre altri discorrono di ‘nichilismo giuridico’ ed altri ancora di tramonto del diritto di matrice statuale che ha operato nel corso degli ultimi due secoli.

Fuori da tali contrapposizioni, può osservarsi che, in qualsiasi modo la si voglia interpretare, l’attualità impone allo studioso del diritto privato una rimediazione delle categorie tradizionali ed uno sforzo ricostruttivo che tenga conto non solo del nuovo assetto del sistema delle fonti, ma più in generale dei diversi elementi che contribuiscono a dar forma all’ordinamento, così come delle ragioni e delle vicende storiche, politiche ed economiche che spiegano perché i principali istituti si sono sviluppati nel tempo ed operano ai giorni nostri in un modo piuttosto che in un altro, ed infine dell’apporto che il diritto comparato e l’analisi economica del diritto stanno dando, e possono dare, alla continua ed efficiente elaborazione del dato normativo, tanto di carattere legislativo, quanto giurisprudenziale e dottrinale.

A chi muova alla scoperta di questa branca del sapere giuridico, in definitiva, oggi più di ieri, occorre fornire gli strumenti culturali e concettuali essenziali perché possa maturare una concreta, e dunque consapevole, capacità di orientamento tra le regole, i principi e le loro dinamiche, ermeneutiche ed applicative. Da un lato vi è, dunque, l’opportunità di recuperare il momento storico, istituzionale, sistematico ed assiologico della materia, dall’altro – in una logica non già di contrapposizione, bensì di irrinunciabile completamento – l’esigenza di valorizzare ed inquadrare, all’interno di una moderna teoria generale, il piano concreto e pratico in cui l’esperienza giuridica si svolge ai nostri giorni. Da qui il tentativo di pensare un nuovo manuale, che cerca, inoltre, di tener in conto che in molti corsi di laurea il diritto privato ormai costituisce spesso il primo (ed a volte l’unico) insegnamento giuridico con cui i discenti sono chiamati a confrontarsi.

F.D.C.

Roma, 10 ottobre 2010

*P.S. – Nell’opera di revisione del capitolo VIII particolarmente preziosi sono stati i consigli di Vincenzo Barba, cui va la mia gratitudine.*

SEZIONE I

**NOZIONI PRELIMINARI**



## CAPITOLO PRIMO

# IL DIRITTO PRIVATO NELLA TEORIA DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

### Sommario

1.1. Libertà umana e regole. – 1.2. Come funzionano le regole. – 1.3. Ordinamento giuridico, regola giuridica e diritto. – 1.4. Evoluzione degli ordinamenti giuridici, contesto sociale ed attuale crisi del diritto. – 1.5. Diritto e mercato. – 1.6. Cos'è il diritto privato (e come va studiato). – 1.6.1. La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. – 1.7. Il polimorfismo degli ordinamenti giuridici nel mondo: cenni di diritto privato comparato. – 1.7.1. *Civil law* e *common law*. – 1.8. La codificazione del diritto privato. – 1.8.1. Leggi speciali e (parziale) decodificazione del diritto privato. – 1.8.2. I tentativi di creazione di un codice civile europeo. – 1.9. Le regole di diritto privato come strumenti attributivi di ricchezza e loro caratteri. – 1.10. Il diritto processuale privato. – 1.11. Diritto internazionale privato e diritto privato internazionale. – 1.12. L'analisi economica del diritto privato. – 1.12.1. Il Teorema di Coase. – 1.12.2. Il contributo di Richard Posner. – 1.12.3. Il contributo di Guido Calabresi e Douglas Melamed. – 1.12.4. La L&E in Italia.

### 1.1. Libertà umana e regole

Quante possibilità ci sono che la vostra automobile determini un incidente stradale nell'anno in corso? Se al volante ci sono guidatori dotati di media abilità che utilizzano il mezzo senza eccessi, forse una probabilità su cento. L'eventuale sinistro può provocare un danno, a voi stessi o a terzi, il cui valore, a seconda della gravità, può oscillare dalle poche decine alle diverse migliaia di euro. Consapevoli o inconsapevoli di tale rischio, tutti i proprietari di veicoli a motore circolanti in Italia – e, dunque, anche voi se lo siete – stipulano apposite polizze assicurative in forza delle quali ogni compagnia solleva i propri clienti dal rischio in parola risarcendo, quando si verificano i sinistri, i danni cagionati dai veicoli al posto del proprietario o del conducente. Il prezzo di tali polizze, per l'assicurato, varia in ragione di una serie di parametri (luogo di residenza dell'assicurato e di immatricolazione del mezzo, valore di quest'ultima, categoria di pericolosità dell'assicurato, chilometraggio percorso nell'ultimo anno, e via dicendo), ma difficilmente scende sotto i 100 euro annui,

e normalmente è di molto sopra tale soglia. Ciò significa che, dopo aver pagato l'assicurazione per dieci anni, si sarà spesa nel complesso una bella somma di denaro.

Stando così le cose, il guidatore prudente e assennato, ad esempio colui che nel decennio precedente non ha avuto nessun incidente ovvero ha avuto soltanto piccoli sinistri, potrebbe pensare, del tutto razionalmente, che non gli convenga stipulare per gli anni a venire la polizza assicurativa, visto che questa per lui costituisce un cospicuo costo certo, senza alcuna certezza di beneficio giacché egli potrebbe non avere sinistri nel periodo di copertura assicurativa, o comunque potrebbe trattarsi di incidenti con danni di esigua entità. Perché, allora, accade che tutti i proprietari di veicoli a motore effettivamente circolanti stipolino le polizze? Semplice: perché nell'ordinamento giuridico italiano vi sono precise regole che vietano la circolazione dei veicoli a motore sprovvisti di assicurazione, così rendendo la stipulazione della relativa polizza doverosa.

Una domanda a questo punto può sorgere spontanea: perché l'ordinamento giuridico impone a tutti i consociati un tale dovere, peraltro prescindendo dalla reale pericolosità dei singoli conducenti, e comunque obbligando ogni proprietario di un mezzo a motore – e quindi anche noi – a concludere il contratto di assicurazione ed a sostenerne il conseguente costo? In altre parole, perché le regole giuridiche limitano, ed anzi elidono totalmente, la libertà del singolo di decidere se assicurarsi o meno, posto che, di primo acchito, sembrerebbe che proprio e soltanto il proprietario del mezzo può compiere la scelta per lui più efficiente in relazione alle proprie condizioni economiche, alla propria prudenza e propensione al rischio, all'utilizzazione che lui o altri fanno del suo automezzo, ecc.? Forse che tali regole sono poste nell'interesse delle compagnie assicurative ed a pregiudizio dei proprietari? Per rispondere a queste domande, e dunque per comprendere la *ratio* del dovere giuridico in parola – e da qui, più in generale, cominciare a ricavare il senso dell'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico – giova svolgere le considerazioni che seguono.

In un immaginario mondo privo di regole giuridiche – nel quale, tuttavia, chiunque cagiona un danno ad altri avverte il dovere, quanto meno morale, di risarcirlo (dovere che, come vedremo, costituisce all'interno di ogni ordinamento giuridico un preciso obbligo) – la scelta del guidatore prudente ed assennato di non stipulare l'assicurazione sarebbe non solo ammessa, ma anche probabilmente condivisa, in quanto ragionevole, dai conoscenti del guidatore, per cui egli non avrebbe nemmeno ostacoli etici o sociali ad adottare tale decisione. Potrebbe, tuttavia, accadere che quel guidatore, malgrado la proverbiale prudenza, un bel giorno si distraesse al volante, per cui il suo automezzo provoca un sinistro con danni a terzi di notevole entità, di cui egli dovrà rispondere con il proprio patrimonio personale, con conseguente esborso di una somma

di molto maggiore rispetto a quella che avrebbe corrisposto negli anni all'assicurazione a titolo di prezzo della polizza (anche detto, premio). A questo punto, il nostro guidatore, piangendo sul fatidico latte versato, probabilmente penserà che avrebbe fatto meglio a continuare ad assicurarsi, ma sarà troppo tardi. Certo, è possibile che, a fronte di un soggetto prudente a cui capita una volta di distrarsi, ce ne siano altri dieci che, invece, vuoi perché guidano poco, vuoi perché sono più fortunati, mai nella vita incorrono in distrazioni che provocano danni ingenti; su questa evidenza, del resto, si basa l'organizzazione stessa del meccanismo assicurativo e del rapporto tra compagnie, clienti e terzi. Ma il punto è: come distinguere *a priori* l'un conducente dagli altri? E soprattutto, come può il singolo conducente capire in anticipo se egli sarà o meno tra i dieci, sì da decidere in modo conveniente – *rectius* efficiente – per lui se assicurarsi o meno? Ed ancora – nel nostro immaginario mondo senza regole giuridiche, ma nel quale esiste il dovere morale di risarcire i danni causati a terzi – la scelta di non stipulare l'assicurazione, comportando il risparmio immediato e certo del costo della polizza, probabilmente sarebbe adottata anche da conducenti meno assennati e prudenti, o perché inconsapevoli della propria avventatezza, o perché sprezzanti del pericolo per sé e per gli altri, o infine perché incuranti dell'eventuale giudizio critico, o addirittura riprovevole, dei propri conoscenti nei confronti di tale scelta.

Le regole giuridiche, imponendo il dovere giuridico di stipulare una polizza per ogni mezzo a motore circolante, semplicemente tolgono ad ogni singolo proprietario la possibilità di scegliere se assicurarsi o meno, indipendentemente dalle sue convinzioni circa l'abilità e la prudenza proprie o altrui alla guida, ed indipendentemente anche dalla sua propensione al rischio, da pressioni sociali e da considerazioni etiche o morali. Ciò determina le condizioni per il funzionamento di un sistema di **assicurazione obbligatoria** sulla base del quale vengono attualmente gestiti, in Italia come in ogni altro Paese evoluto, i pregiudizi derivanti dalla circolazione stradale senza che sul singolo proprietario incomba il rischio di dover risarcire con il proprio patrimonio personale, nell'ipotesi di sinistro, danni per lui molto ingenti.

Alla luce di tali ultime considerazioni, l'ordinamento giuridico sembra svolgere un ruolo paternalistico, e cioè appare avere come scopo la tutela del potenziale danneggiante dal rischio che lo stesso scelga, per miopia, avarizia, baldanza o quant'altro, di non assicurarsi, e ciò alla lunga si traduca, o rischi di tradursi, per lui in uno svantaggio economico. Se così fosse, a questo punto risulterebbe rafforzato l'interrogativo, prima cennato, relativamente all'opportunità o meno di consentire alle regole giuridiche di comprimere la libertà del singolo fino ad imporre a quest'ultimo, asseritamente nel suo interesse, la stipula del contratto di assicurazione; laddove, peraltro, come si vedrà più avanti, la scelta di concludere o meno un contratto rappresenta per definizione una li-

bera determinazione volitiva del soggetto. Non è questo, tuttavia, lo scopo delle regole giuridiche in parola e, più in generale, non è questo il ruolo che l'ordinamento giuridico in quanto tale è chiamato a svolgere nel contesto sociale in cui opera. Il senso della dialettica tra diritto e libertà individuale va, dunque, cercato in un'ottica diversa.

Sempre restando nell'ambito dell'esemplificazione relativa alla circolazione dei mezzi a motore, per cogliere a pieno tale senso occorre guardare il fatto storico o potenziale del sinistro stradale dalla diversa prospettiva del terzo che subisce il danno derivante da sinistro, sia questi il conducente di altro mezzo a motore, ovvero un pedone, ovvero il proprietario di beni con i quali potrebbe realizzarsi la collisione, ovvero ancora un soggetto che, ad esempio, avesse il diritto di ottenere una prestazione da chi, a causa del danno subito durante il sinistro stradale, non fosse più in grado di adempiere al proprio obbligo. In quest'ottica, se pure continuiamo a fingere che il danneggiante, in ossequio all'asserito cennato dovere morale, sia pronto a riconoscere il proprio errore e l'entità dell'altrui danno, e quindi a risarcire quest'ultimo, e se pure vogliamo credere che il fatto non si presti ad interpretazioni diverse in termini di responsabilità, sicché davvero non vi sono dubbi che l'autoveicolo del nostro uomo ha causato il danno al terzo, resta un problema non da poco che potrebbe, in concreto, impedire al danneggiato di accedere all'agognato risarcimento: il danneggiante potrebbe non avere un patrimonio personale sufficiente a pagare quanto necessario a risarcire l'intero danno. Se poi vogliamo complicare l'esempio, rendendolo peraltro più corrispondente a ciò che accade normalmente nella realtà, allora dobbiamo considerare altresì che – anche nell'ipotetico mondo in cui gli uomini si comportano in ossequio a doveri morali – raramente il conducente, pur in buona fede, sarà disposto a riconoscere la propria responsabilità senza obiettare alcunché a sua scusante, soprattutto se pensa di dover essere lui, in conseguenza di tale ammissione, a pagare quanto necessario a risarcire il danno provocato.

In considerazione di ciò, ragionando su ciò che potrebbe accadere ad ognuno di noi, guidatore o non guidatore che sia, soprattutto se ci mettiamo nei panni del terzo malcapitato che rimane coinvolto nell'incidente e subisce un danno ingente, la scelta di non stipulare l'assicurazione, che il singolo, più o meno prudente, avrebbe modo di compiere in un mondo senza regole giuridiche – scelta che sino a qualche istante fa poteva sembrarci costituire una sacrosanta manifestazione della libertà individuale – non ci appare più così razionale, condivisibile e tantomeno auspicabile nell'ottica dell'interesse collettivo e, più in particolare dell'interesse di ciascun consociato a vedersi garantito il risarcimento dei danni nel caso in cui venga coinvolto, senza colpa, in un sinistro stradale causato da altri.

Con tutta probabilità, a questo punto, buona parte dei lettori, se non tutti,

avranno cambiato la propria opinione iniziale e saranno dell'idea che le regole giuridiche che impediscono al singolo questa scelta, imponendo l'assicurazione obbligatoria, siano – quantomeno per come se n'è parlato in questa sede – opportune e da condividere proprio perché contribuiscono a garantire ad ogni consociato l'integrale tutela risarcitoria nei confronti dei danni derivanti dalla circolazione stradale.

Lasciando l'esempio della circolazione stradale, e recuperando il carattere più generale della riflessione che si va proponendo in apertura del manuale, deve osservarsi che l'eventuale cambiamento di opinione del lettore, circa la opportunità o meno delle regole giuridiche sull'assicurazione obbligatoria, in definitiva si deve ad una semplicissima operazione di geometria logica. In altre parole, è bastato ampliare il raggio della riflessione, per mutarne i risultati. Se, infatti, ci si ferma a considerare il **singolo individuo** come entità a sé stante, ogni regola – sicuramente giuridica, ma finanche morale, ovvero etica, di costume, religiosa, ludica o quant'altro – che impone o vieta qualcosa, sarà immancabilmente avvertita come odiosa ed ingiusta in quanto essa verrà intesa, come minimo, quale strumento atto a limitare artificialmente la libertà di azione insita nella stessa natura umana. Per tale via si contesterà alla regola di comprimere dall'esterno l'area dell'agire e del fare dell'uomo rispetto al suo perimetro naturale costituito dall'intera gamma delle possibilità fisiche, intellettuali e spirituali, così deprimendo potenza e creatività del singolo e, al fine, dell'intera società. In questa prospettiva, la regola in sé – come detto, non solo la regola giuridica – sembra addirittura porsi come un ostacolo nel cammino dell'uomo che muove alla ricerca della felicità.

Quando, però, si passa a considerare che l'uomo non è una monade autosufficiente che può realizzare la sua felicità, e vivere la sua vita, isolatamente – bensì un animale sociale, e cioè un essere che ha necessariamente bisogno di condividere, partecipare, interagire con altri uomini che vivono nella sua stessa **comunità**, nonché con i beni e le cose che pure sono presenti nello spazio abitato da tale comunità – le regole che impediscono ad ogni singolo consociato di porre in essere comportamenti dannosi per gli altri, ovvero facilitano i rapporti intersoggettivi, consentono la valorizzazione delle risorse, anticipano o risolvono le liti, preservano la pace sociale, determinano i modi di governo della comunità, ecc., ci appaiono in una luce diversa. Più avanti vedremo che le uniche regole davvero in grado di perseguire questi obiettivi, in quanto dotate di effettiva cogenza, e cioè capacità di farsi rispettare da tutti, sono le regole giuridiche.

In questa nuova ottica, ci sembra, ed in vero è, inevitabile che la convivenza umana sia disciplinata da regole, ed in particolare da regole giuridiche.

## Il concetto di libertà individuale

Non solo i giuristi, ma anche i filosofi, i sociologi, gli antropologi, i teologi, gli economisti e più in generale tutti gli studiosi di scienze sociali, si pongono da sempre il problema di definire e qualificare il concetto di libertà individuale, intesa per tale la libertà del singolo uomo. Tema, questo, altro e diverso rispetto a quello della libertà delle comunità, o società, in cui l'uomo vive (a cui è dedicato il prossimo box), che non è la risultanza della somma delle singole libertà individuali. Ovviamente le due forme di libertà sono strettamente collegate l'una all'altra, quanto meno perché se una società non è libera, anche i singoli consociati che la formano, nessuno escluso, non saranno garantiti nella propria libertà individuale.

Nell'accezione più comune e semplice, il concetto di libertà individuale indica l'essere libero, la condizione di chi non è prigioniero e non ha restrizioni, non è confinato o impedito. Intesa in senso più ampio, e forse più proprio, la libertà è la facoltà dell'uomo di agire e di pensare in piena autonomia, e cioè la condizione di chi può agire secondo le proprie scelte, in certi casi grazie ad un potere specifico riconosciutogli dalla legge.

In questo senso più ampio, all'interno di una comunità organizzata, e dunque di un sistema di regole, la libertà può essere definita in termini di non-interferenza di un potere esterno sull'agire e sul pensare umano (*libertà negativa*) ovvero, alternativamente, come libertà riconosciuta dalla società, e dunque da qualche potere esterno, di fare determinate cose (*libertà positiva*). Le due forme di libertà possono, e di fatto ciò accade normalmente, convivere all'interno della stessa società. A prescindere dalla forma di libertà che di volta in volta si viene a configurare, tra gli studiosi di scienze sociali vi è oggi sostanziale concordia nell'osservare che chi compie un'azione è libero se può scegliere di compierla o meno, e tale scelta è consapevole, spontanea e contingente, e cioè non imposta da qualcuno o qualcosa, né coatta da necessità assolute.

Più complesso è il discorso sulla libertà condotto nell'ambito filosofico. Non potendo in questa sede trattare il tema con la opportuna completezza, ci si limita a svolgere le poche note che seguono, in quanto, in definitiva, funzionali al discorso che si sta compiendo sul rapporto tra libertà umana e regole.

Nella filosofia classica, significativa è sul punto la posizione degli 'stoici', secondo i quali l'uomo non è libero, in quanto condizionato dalle leggi della natura, sicché tutto accade secondo necessità ed è già prestabilito. A questa impostazione si contrappone la teoria cartesiana a tenore della quale l'uomo è ontologicamente ed indefettibilmente libero in quanto essere pensante, e cioè in quanto essere formato sia di *res extensa* (fisicità) che di *res cogitans* (intelletto), al contrario, ad esempio, degli animali a cui non si riconosce capacità elaborativa e che, in quanto formati solo da *res extensa*, si ritiene agiscano sempre meccanicamente.

Nel diciottesimo secolo, Immanuel Kant, nella 'Dialettica trascendentale' inserita nella 'Critica della ragion pratica', elabora la libertà come problema metafisico costantemente irrisolto, ed evidenzia come non sia possibile razionalizzare la libertà, spiegarla e, soprattutto, dimostrarla, in quanto tesi ed antitesi circa l'esistenza della libertà umana sono entrambe possibili. La natura di essere fenomenico, che conosce e si relaziona con la realtà necessariamente attraverso i sensi, infatti, rende – secondo Kant – l'uomo soggetto alla legge di causa-effetto, e cioè non libero; tuttavia l'uomo può, obbedendo alla legge morale, liberarsi dal giogo delle passioni e dei sensi, così riconquistando spazi di libertà. Per Kant,

dunque, la libertà è un postulato dell'essere umano, la cui mancanza metterebbe in crisi la stessa concezione di morale e l'operatività del diritto, perché se l'uomo non è libero di scegliere ed agire non gli può essere imputata alcuna responsabilità per le sue azioni o omissioni, né sul piano giuridico, né tantomeno morale.

Un altro esempio, in vero più semplice di quello proposto in precedenza in relazione all'assicurazione obbligatoria, può essere utile a cogliere la portata di questo discorso sul rapporto tra regole e libertà umana.

L'ordinamento giuridico italiano – così come la maggior parte degli ordinamenti giuridici nazionali attualmente vigenti – può impedirci, in una bella giornata di sole, di andare a passeggiare nel giardino più rigoglioso e fiorito della città, se questo è oggetto di proprietà privata e se il proprietario ha in qualche modo manifestato, ad esempio con segnaletica e cartelli inequivoci, la volontà che nessuno entri nel giardino, anche non recintato. L'impedimento operante sul piano del diritto vale anche se noi siamo animati dalle migliori intenzioni ed anche se in quel momento il proprietario del giardino non c'è, e quindi non disturberemmo nessuno, né violeremmo qualche precetto religioso, morale o etico, e finanche se della cosa il proprietario non possa accorgersi mai in quanto il nostro passaggio non lascia traccia alcuna. La nostra libertà di fare qualunque cosa per godere pienamente di una giornata di sole viene, dunque, limitata dall'esistenza di una regola giuridica a tenore della quale la **proprietà privata** non può essere violata, indipendentemente dalla presenza del legittimo titolare e dalla concretezza o meno della possibilità per il terzo di arrecare un danno ai beni. In ossequio al diritto di proprietà, i terzi devono astenersi da qualsiasi atto possa interferire con il godimento del diritto del proprietario, per godimento intendendosi anche la facoltà (*ius excludendi alios*) che ha il proprietario di impedire a tutti gli altri consociati di usufruire del proprio bene anche in sua assenza.

Una tutela così forte del diritto di proprietà – e, se vogliamo, anche così anticipata rispetto al momento della sua eventuale aggressione da parte di terzi – si spiega in quanto la proprietà privata rappresenta un vero e proprio fondamento della nostra società prima ancora che del nostro ordinamento giuridico. Ed infatti, se ognuno di noi dovesse impiegare il suo tempo ad occuparsi materialmente dei suoi beni al fine di evitare l'occupazione o l'apprensione degli stessi da parte di altri consociati, le nostre migliori risorse sarebbero rivolte alla conservazione di ciò che abbiamo, piuttosto che all'incremento dei nostri beni ed all'arricchimento personale in termini culturali, morali, economici e spirituali; il che andrebbe a sicuro detrimento delle possibilità di progresso e di sviluppo dell'intera società. Dunque, la tutela forte garantita dall'ordinamento giuridico al diritto di proprietà limita la libertà di ogni consociato di godere a pieno dei beni con cui entra in contatto, ed in qualche modo impedisce anche il più in-

tenso sfruttamento degli stessi (basti pensare al fatto che tante case di proprietà privata non sono abitate, nel mentre persone non abbienti vivono in rifugi di fortuna), ma è giustificata nell'ottica di assicurare a tutti i consociati condizioni di sicurezza personale e patrimoniale, ed in questo senso contribuisce a garantire l'ordine sociale e a determinare i presupposti per il progresso e lo sviluppo dell'umanità.

In assenza di regole che limitano la libertà e depotenziano l'egoismo conaturato nell'essere uomo (da cui il concetto filosofico di *homo homini lupus*), prevarrebbe nella comunità la ragione del più forte o del più sanguinario, ed in ogni caso i conflitti sociali sarebbero tali da distruggere in radice l'idea stessa di pacifica convivenza, pregiudicando altresì la possibilità per i singoli individui di vivere bene e di utilizzare e valorizzare al meglio le proprie potenzialità e le risorse disponibili.

In ragione di ciò, ogni membro della comunità accetta, più o meno consapevolmente, le limitazioni della propria libertà determinate dalle regole, a patto e condizione che lo stesso valga per gli altri consociati e che, dunque – per tornare all'esempio proposto sopra – la rinuncia ad entrare senza autorizzazione nel giardino altrui, valga la certezza che i propri beni sono tutelati allo stesso modo nei confronti di chiunque volesse occuparli o appropriarsene illecitamente. Thomas Hobbes, nel celeberrimo *'Leviatano'* (1651), a tal proposito, ha parlato di **'contratto sociale'**, evidenziando come ogni consociato, quando decide di aderire ad una data società e dunque si impegna a rispettarne le regole, rinuncia ad una parte della sua libertà ma riceve in cambio garanzia di sicurezza, e dunque in definitiva certezza di poter effettivamente esprimere, senza rischi, ed anzi all'interno di un sistema organizzato di tutele, il segmento di libertà non oggetto di rinuncia. Sul tema fondamentale, tra le altre, si rivela la riflessione di Jean Jacques Rousseau, condensata nell'opera *'Contratto sociale'*, pubblicata nel 1762.

In questo senso è evidente come non vi sia, e non vi possa essere, vera **libertà** per l'uomo, né per la società in cui egli vive, senza regole che presidiano e difendono l'esercizio di tale libertà, pur fatalmente restringendone l'ambito di operatività. Nella limitazione reciproca della libertà assoluta dei consociati è, dunque, il segreto del mantenimento dell'**ordine sociale**. La libertà di ogni singolo individuo può essere illimitata solo sino a quando non interferisce con la libertà di uno o più altri consociati; viceversa, nel momento in cui tale interferenza si verifica, le libertà individuali coinvolte devono essere limitate dall'intervento regolatorio, che così facendo le rende tra loro compatibili.