

# INDICE

## PREFAZIONE

### CAPITOLO I – L’ISTITUTO PROPRIETARIO

1. L’interesse pubblico nella proprietà privata e la pluralità dei modelli proprietari.
2. La molteplicità degli Statuti Proprietari e il concetto di beni pubblici.
3. Le garanzie costituzionali dell’Istituto proprietario.
4. L’Influenza del diritto comunitario ed il fondamento giuridico del potere espropriativo.

### CAPITOLO II – DIRITTO DI PROPRIETÀ E CEDU

1. L’istituto proprietario nell’art. I Prot. 1 CEDU.
  - 1.1 Il concetto di bene.
  - 1.2 La regolamentazioni dell’uso dei beni e gli obblighi dello Stato sulla tutela della proprietà.
  - 1.3 Il principio di legalità.
2. La funzione sociale della proprietà.
3. La proprietà nel diritto comunitario: Agli albori della nuova stazione dell’Istituto proprietario.

### CAPITOLO III – LA GIURISPRUDENZA DELLE GIURISDIZIONI SUPERIORI SULL’OCCUPAZIONE ACQUISITIVA

1. Le sentenze CARBONARA VENTURA E BELVEDERE ALBERGHIERA.
  - 1.1 Sezioni Unite e CtEDU, il contrasto sull’occupazione acquisitiva – alla ricerca di un’interpretazione conforme (brevi cenni).
2. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2005 sull’occupazione acquisitiva ed il

riallineamento tra Cassazione e CtEDU.

3. L'interpretazione della Cassazione conforme alla giurisprudenza della CEDU sulla prescrizione – la sent. 20543/2008.
4. Il rischio di ulteriori condanne per la Repubblica Italiana.

#### CAPITOLO IV – IL POTERE ESPROPRIATIVO: GENESI – MORTE – RESURREZIONE DELL'ISTITUTO “SANANTE”

1. Evoluzione della disciplina delle espropriazioni.
2. Giurisprudenza contrastante sul potere espropriativo: eterno scontro tra Cassazione e CtEDU. Le posizioni pretorie della Corte Costituzionale.
3. La risoluzione 3/2007 del Consiglio d'Europa sull'espropriazione indiretta.
4. Introduzione alla sentenza SCORDINO C. ITALIA..
5. L'istituto sanante nel nuovo art. 42 – *bis* del Testo Unico Espropri.

5.1 Il principio di legalità nell'art. 42-*bis* T.U.E.

6. Conclusioni provvisorie.

#### CAPITOLO V – L'INDENNIZZO ESPROPRIATIVO AL VAGLIO DELLA CEDU

1. CEDU e danno morale per lesione dell'art. I Prot. 1.
2. Le sentenze di San Martino sul danno morale.
3. Art. 42 – *bis*: le nuove frontiere del Consiglio di Stato (sent. 5844/2011);
4. CEDU e Carta di Nizza sull'indennizzo espropriativo.
5. La sentenza SCORDINO e la riforma del sistema indennitario.
6. La giurisprudenza della CEDU e le ultime dalla Corte Costituzionale sull'indennizzo in materia di fondi agricoli.

#### CONCLUSIONI – ALLA RICERCA DI UN NUOVO STATUTO PROPRIETARIO

## PREFAZIONE

Qualsiasi discorso costituzionale sulla proprietà privata rischia sempre di essere ricondotto al rapporto controverso tra proprietà come *diritto di libertà* e proprietà come *funzione sociale*.

Negli ultimi decenni, il proliferare dei beni immateriali determinato dalle nuove tecnologie, assieme al significativo modificarsi del ruolo dello Stato, sempre più regolatore di benefici e sempre meno titolare di beni, hanno determinato il prodursi di rilevanti “*nuove forme di ricchezza*”, per le quali è necessario ridefinire la stessa nozione di proprietà, prima ancora che la determinazione dei suoi limiti.

In termini pratici, la conseguenza è che, anche all’interno del nostro ordinamento, si stanno registrando sul fronte civilistico molteplici cambiamenti, che non hanno sino ad ora toccato il Codice civile, ma che, di fatto, riguardano sia l’*oggetto* del diritto (determinando di fatto un ampliamento della categoria dei *beni*), sia il *diritto* in sé (comportando in alcuni casi una sostanziale modifica delle principali attribuzioni che connotano il diritto del proprietario, dall’esclusività alla pienezza di godimento e di disposizione, dalla potenziale perpetuità all’immediatezza).

Questi “mutamenti”, per i quali si sono coniate le espressioni di “*new properties*”, e “*nuovi beni*”, non occupano più ormai il solo terreno di analisi dei giuristi privatisti ma hanno anche assunto e sempre più stanno assumendo “rilievo costituzionale” nell’ambito del dibattito sui diritti fondamentali che si va sviluppando attorno alla *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea* e alla *Convenzione europea dei diritti dell’uomo*.

In particolare, le *nuove proprietà* e i *nuovi beni* sono oggetto di un interesse crescente da parte della giurisprudenza comunitaria e contano oramai numerosissime pronunce da parte della CtEDU, tanto che si può dire siano divenute un tassello importante delle tradizioni costituzionali comuni europee in tema di proprietà.

Facendo riferimento alle principali elaborazioni teoriche, tra le nuove utilità che sfuggono alla definizione di bene classicamente intesa, si possono annoverare, da una parte, le utilità dispensate dallo Stato sotto forma di *autorizzazioni*

*amministrative ad usare risorse pubbliche* quali le riserve minerarie, le vie aeree, le aree demaniali ecc.; e ancora, pur da un'altra visuale, tutti i benefici comunque di derivazione pubblica concessi ai singoli; dall'altra parte, in una prospettiva più "usuale" per il giurista, vi si possono senz'altro ricomprendere tutti i beni c.d. dell'"informazione e della conoscenza", e dunque, i *beni della proprietà letteraria e industriale*, ma anche tutti i *nuovi* beni immateriali e ancora tutti i beni oramai solo *virtuali*.

Accanto ad essi, si potrebbero poi collocare altri beni, che rientrano invece nella nozione di bene generalmente intesa, ma che fino ad anni recenti sono rimasti esclusi dal perimetro della proprietà privata e per i quali, tuttavia, si applica un regime proprietario diverso da quello classico.

È dunque indubbio che, nei fatti, la dematerializzazione della ricchezza, il proliferare di nuovi beni quali l'informazione o l'etere, ma anche il consolidarsi di molti processi di privatizzazione, stanno spostando l'attenzione, da una parte, dalla proprietà immobiliare a quella immateriale, e dall'altra, stanno facendo emergere forme di proprietà in bilico tra statuto proprietario pubblico e privato<sup>12</sup>.

Con specifico riferimento alle *nuove proprietà* e ai *nuovi beni*, muovendosi nella cornice di quello che è oramai una sorta di "statuto europeo del diritto di proprietà", si è cercato di verificare quale sia la portata della nozione di proprietà che si può ricavare dai principi generali dell'ordinamento comunitario, adesso cristallizzati nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, e dalla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, individuando in entrambi i casi l'interpretazione che di tali norme e principi è stata fornita dalle Corti di Lussemburgo e Strasburgo, ed avendo infine cura di accennare quali siano le concrete, possibili, modalità di ingresso e operatività di tali norme e principi nel nostro ordinamento.

Difatti, per effetto di orientamenti normativi e giurisprudenziali propensi a far prevalere gli interessi pubblici su quelli del proprietario, erano andate progressivamente diminuendo le aspettative economiche di chi, privato del godimento di beni per ragioni di pubblica utilità, era stato lasciato in balia di un'amministrazione spesso incapace di gestire in modo efficace le procedure espropriative e difficilmente sanzionata per i comportamenti lassisti, comunque

tollerati o giustificati in nome di una “funzione sociale” della proprietà progressivamente snaturata rispetto alle commendevoli finalità che i padri costituenti avevano inteso attribuirle.

La stagione che è seguita alle plurime condanne subite dall’Italia innanzi alla Corte dei diritti dell’uomo per lesione del diritto al rispetto dei beni sancito dall’art. 1 Prot. n. 1 annesso alla CEDU ha così visto la “riscossa” dei proprietari, i quali avevano visto snaturato ed impoverito il loro diritto di proprietà al punto da rimanere esso stesso costantemente travolto dal sempre superiore e prioritario interesse pubblico.

La vigorosa presa di posizione della Corte europea dei diritti dell’uomo che, partendo dall’esame delle espropriazioni illegittime e giungendo ad analizzare gli espropri legittimi, ha messo a dura prova le linee portanti del sistema di protezione del diritto di proprietà forgiato nel corso degli anni dal legislatore e dai giudici nazionali, ha tuttavia generato un movimento virtuoso che è andato, lentamente ma costantemente, riallocando innanzi alle Istituzioni nazionali il compito di definire i diritti fondamentali della persona.

E tra questi, del diritto di proprietà, nell’accezione lata alla quale fa riferimento l’art 1 Prot. n. 1 annesso alla CEDU.

Il percorso argomentativo che si propone nel presente lavoro è dunque rivolto a descrivere i punti di scontro e d’incontro fra giudice di Strasburgo e Corti nazionali, anche i frutti fecondi che tale “dialogo” è stato fin qui in grado di produrre, determinando già ora un saldo positivo per la tutela del diritto di proprietà, sempre di più visto nella sua dimensione *umana*.

Attenzione particolare è stata dedicata alle ormai numerose sentenze della Corte costituzionale e della Cassazione che, facendo applicazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di proprietà, costituiscono un ulteriore sensibile esempio di quanto il *diritto vivente* non può che alimentarsi attraverso i continui rimandi ai diritti umani, di matrice costituzionale e non, in una prospettiva “nella sostanza” rivolta a superare schemi gerarchico–formali, in favore di un’impostazione assiologico–sostanziale, meglio idonea a garantire margini di tutela sempre più elevati ai bisogni delle persone.

Esce così ulteriormente avvalorata un’idea recentemente espressa dalla dottrina

che, per effetto del combinato disposto degli artt. 101 comma 2 e 117 comma 1 Cost., il giudice è soggetto alla legge a condizione che la legge sia costituzionalmente legittima, che sia conforme al diritto dell'Unione Europea ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

# CAPITOLO PRIMO

## L'ISTITUTO PROPRIETARIO

Sommario: 1. L'interesse pubblico nella proprietà privata e la pluralità dei modelli proprietari; 2. La molteplicità degli Statuti Proprietari e il concetto di beni pubblici; 3. Le garanzie costituzionali dell'istituto proprietario; 4. L'influenza del diritto comunitario ed il fondamento giuridico del potere espropriativo.

### ***1. L'interesse pubblico nella proprietà privata e la pluralità dei modelli proprietari***

La proprietà notoriamente è quell'istituto che nel proprio intimo racchiude tutte le cose delle quali l'uomo possa godere e delle quali ne usufruisce nelle proprie attività *prima facie* economiche e in seconda battuta personali.

Il concetto di proprietà unitariamente inteso, riconosciuto *illo tempore* come concetto adattabile alla più disparate situazioni giuridiche, è apparso e tutt'ora appare, come uno schema identificabile per caratteri ben definiti e uniformi. L'istituto proprietario quindi rappresenta la massima protezione da parte dell'ordinamento, dell'interesse alla menzionata utilizzazione della *res* nei diversi modi prescelti, tutelando il potere autonomo ed immediato sulla cosa stessa a livello *erga omnes*.

Nonostante questo carattere di uniformità, non è sfuggito alla dottrina il suo continuo mutamento che interessa la proprietà in generale e che tuttavia rende difficoltoso inquadrare sistematicamente l'istituto<sup>1</sup>.

Questo assunto dottrinario deriva dal fatto che la proprietà storicamente non ha subito una evoluzione unitaria. Non serve essere giuristi di chiara fama per comprendere come si sia sviluppata storicamente dal *dominium* di epoca romana caratterizzato dal carattere dell'assolutezza, alle teorie del tardo '900 sulla molteplicità degli statuti proprietari, passando per il dominio diviso medievale e per la proprietà borghese<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> GIANNINI M.S., *I beni pubblici*, Roma, 1963; PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964.

<sup>2</sup> Per mero tuziorismo si segnala che la proprietà in epoca medioevale, era espressione di una civiltà possessoria poiché in quegli anni, i rapporti a contenuto reale non rispondevano ad un preciso archetipo giuridico con cui rapportarsi in termini di validità / invalidità. I rapporti trovano la ragione del proprio riconoscimento nella loro effettività: il discrimine tra esercizio dei poteri sulla cosa e la titolarità del diritto si offusca poiché, l'ordinamento, offre al soggetto che esercita tali prerogative, l'investitura stessa della giuridicità. La dottrina del dominio diviso costituisce pertanto l'espressione di una mentalità proprietaria che rinviene il proprio cardine nelle cose e non nel soggetto. I Glossatori partendo dallo statuto della cosa, concepiscono così la proprietà come un'entità frazionabile e quindi ammettono l'esistenza di più di un proprietario insistente sulla cosa stessa. GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Il dominio e le cose: percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992. La proprietà borghese invece, era la

La mutevolezza delle discipline positive qui accennata, riflesso diretto delle dinamiche storico – sociali, determina l'articolazione delle fattispecie, la loro evoluzione con annessa creazione di nuovi modelli, comportando anche un'estrema fluidità nei rapporti a contenuto reale.

Così si è giunti alla sperimentazione delle facoltà del privato sui beni di sua proprietà e la valorizzazione della funzione sociale dell'istituto proprietario stesso con la contestuale espansione della proprietà pubblica e la conseguente centralità rinnovata di quella privata, le cui manifestazioni più marcate vengono messe in discussione con sempre maggiore enfasi<sup>3</sup>.

La molteplicità e la ricchezza delle forme dell'istituto proprietario, non si constati soltanto in base ai risultati di un'analisi condotta da una prospettiva diacronica, essendo ben possibile registrare siffatta varietà di rappresentazioni, anche in un solo contesto storico in una medesima civiltà.

Questo assunto tuttavia è una conquista recente per la scienza giuridica atteso che solo negli anni cinquanta, abbandonate le ultime incrostazioni pandettisti che, la dottrina ha svelato quanto la proprietà sia ricca di contenuti e quindi elastica. In questo modo ha posto le basi per un processo relativizzazione della stessa<sup>4</sup>.

In realtà già dall'inizio del '900 la dottrina ha cominciato ad emanciparsi da un'impostazione soggettiva dello studio della proprietà iniziando a studiare il rapporto tra uomo e *res* in maniera più oggettiva. Questo ha comportato un mutamento prospettico sul metodo e ha consentito di mettere in luce come ai numerosi interessi meritevoli di tutela corrisponda l'esistenza di una pluralità di statuti proprietari.

Siffatta chiarezza ha permesso di individuare più proprietà diversificate tra loro in modo tale che alcuni hanno addirittura ipotizzato regimi giuridici relativi alle

---

manifestazione dell'idea della signoria del singolo sul mondo esterno; quella che viene convenzionalmente indicata come proprietà moderna, è contrassegnata da un marchio rigorosamente soggettivo ed il mondo dei fenomeni, nella sua soggettività, si riduca a terreno su cui l'individuo esercita la propria sovranità mentre la proprietà diventa dimensione del soggetto agente acquisendo il carattere dell'assolutezza e dell'astrazione.

Da punto di vista ideologico, la massima espansione del proprietario veniva motivata come reazione al modello proprietario medievale in modo tale che l'assolutezza di cui si è detto, esprimesse la necessità di separare ciò che appartiene alla sfera privata e ciò che invece compete a quella pubblica. L'esito naturale di quanto affermato fu la definizione di proprietà nell'art. 436 del Codice Civile del 1865 che sui fasti del *code napoleon* recitava che la proprietà era il diritto di godere e disporre della cosa nella maniera più assoluta purché non vietato dalla legge o dai regolamenti.

<sup>3</sup> GROSSI P., *Beni pubblici e beni privati di interesse pubblico*, Relazione esposta a Pechino nell'ottobre 2005.

<sup>4</sup> I pandettisti, consideravano i giureconsulti come coloro ai quali si deve la più ampia e completa riflessione dogmatica sulla proprietà, concepita come proprietà individuale privata ed individuata in termini di proprietà romanistica. Invero, il *dominium* romano presentava contenuti molto più articolati rispetto a quel modello di proprietà individualistica seguito dai codificatori di fine Ottocento. Segnatamente al *dominium ex jure Quiritium* si affiancavano altre specie di signoria sulle cose che ben possono esser considerate come altrettante figure di proprietà sostanziale (*id est* le *possessiones* sull'*ager publicus*, sull'*ager vectigalis*, le *possessiones tributariae*). PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino 2011.



diverse tipologie di beni<sup>5</sup>.

L'orizzonte culturale nel quale si inseriscono le codificazioni ottocentesche, a partire dal *Code*, è quello che intende la proprietà come sinonimo di appartenenza individuale, sintesi di poteri esclusivi conferiti, ad un determinato soggetto, dall'ordinamento stesso. Questo vuol dire che la granitica figura della proprietà che sembrava immutabile nel tempo, ha cominciato in quegli anni, ad essere attaccata da più fronti; e proprio l'interesse pubblico ha rappresentato il terreno dal quale sono state generate le norme che hanno permesso questo sgretolamento.

Il Codice Civile del 1865 garantiva, in determinate situazioni, come per esempio nell'espropriazione per pubblica utilità, la realizzazione dell'interesse pubblico con prevalenza anche sull'istituto proprietario privatamente considerato. Va nondimeno considerato che, in quel periodo storico, la tutela accordata all'interesse pubblico nell'ambito delle relazioni proprietarie aveva comunque carattere specifico e non generale. Le finalità sociali dell'istituto proprietario, non erano ancora del tutto affermate e si susseguivano in maniera episodica e non ben delineata.

Questo stato di cose andò progressivamente mutando con l'evolversi della produzione legislativa poiché le leggi speciali, crescendo di numero e rilevanza, avevano cominciato a paralizzare l'applicazione delle disposizioni codicistiche che fino ad allora erano l'unico contorno certo del diritto proprietario<sup>6</sup>.

Difatti, nel secondo dopoguerra e soprattutto negli anni seguenti, la nuova legislazione che abbiamo definito *ut supra* speciale, ha portato l'interesse pubblico ad essere sempre più tutelato nelle relazioni proprietarie facendo sì che avesse una connotazione sempre meno episodica e sempre più generale, acquisendo un valore sistematico ed una grande varietà di articolazioni che chiameremo per brevità,

---

<sup>5</sup> Nell'opera di Pugliatti l'istituto proprietario viene esaminato ad esempio, da una prospettiva teleologica, ossia orientando l'indagine verso la ricognizione degli interessi tutelati dall'ordinamento per mettere in questo modo in evidenza, il dosaggio e al reciproca posizione di ciascuno di essi.

La proprietà individuale viene dall'autore considerata come la cellula dell'istituto proprietario la cui tutela rinviene la propria sostanza nell'interesse del singolo alla totalità delle utilizzazioni della cosa rispetto al quale si esclude ogni altro interesse. L'Autore osserva però come il paradigma si complichino nella proprietà condominiale per effetto dell'emergere dell'interesse comune espresso dalla maggioranza la cui volontà prevale sulle disparate e disaggregate tendenze degli interessi dei singoli. PUGLIATTI S., *op. cit.* nota 9. Sempre secondo il civilista, l'interesse comune trova la propria manifestazione unitaria nella proprietà collettiva del gruppo che si impone come effetto della forza di aggregazione esercitata dallo scopo comune rispetto al quale, le singole utilizzazioni della cosa, degradano a semplice mezzo coordinandosi tra loro. La proprietà collettiva (*id est* condominiale) dimostra pertanto con tutta evidenza, la duttilità dell'istituto il quale, in ragione di questa sua caratteristica si presta a ricevere l'innesto del pubblico interesse per effetto del quale l'autonomia del proprietario risulta essere condizionata se non anche orientata.

<sup>6</sup> Da una dottrina minoritaria e senza dubbio più conservatrice, venne detto che questo stato di cose deviava dalle linee classiche della proprietà ed intaccava un istituto da sempre considerato come il pilastro della cultura giuridica del tempo. PUGLIATTI S., *op. cit.* nota 9.

modelli – statuti – proprietari<sup>7</sup>.

I limiti che si vennero man mano accumulando rappresentavano le istanze più vive ed immediate dell'interesse collettivo alla cui protezione corrispondeva un sacrificio dell'interesse individuale del proprietario secondo una sintesi delle diverse esigenze che in qualche modo anticipava i contenuti dell'art. 44 Cost., in virtù del quale il legislatore è legittimato ad assoggettare la proprietà fondiaria, ad obblighi e vincoli per realizzare le due finalità del razionale sfruttamento del suolo e della creazione di equi rapporti sociali<sup>8</sup>.

In ogni caso, la tutela dell'interesse pubblico realizzata per il tramite della legislazione del tempo, non ha comportato soltanto una concentrazione dell'ambito oggettivo di efficacia dell'istituto, ma ha giustificato altresì la compromissione delle facoltà che rappresentano il contenuto del diritto in esame.

Sempre in relazione alla proprietà fondiaria, si ricordino i limiti alla facoltà di godimento imposti dai regolamenti edilizi o dai P.R.G. o dai divieti di costruire al di sotto di una certa distanza dai cimiteri. Speciali prescrizioni venivano imposte alle proprietà adiacenti a strade pubbliche per aprire canali di scolo per le acque reflue, fosse, fognature o per la costruzione di muri, fabbriche case ecc.

Riassumendo sul punto, in nome dell'interesse pubblico, le facoltà del proprietario fondiario, venivano limitate e/o paralizzate per il tempo strettamente necessario alla soddisfazione dell'interesse stesso. Circa l'espropriazione per pubblica utilità per esempio, la vecchia legge del 1865 consentiva l'introduzione nelle proprietà private per procedere alle operazioni necessarie per la formazione del piano di massima delle espropriazioni, impedendo quindi ai proprietari l'esercizio dello *jus excludendi omnes alios*.

I limiti dettati dall'interesse pubblico all'istituto proprietario nei primi del '900

---

<sup>7</sup> MILITERNI L., *Proprietà privata*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica de Il sole 24 ore*, 2012, Milano. Sul punto l'autore affermava che il mutamento del contesto storico, che era dovuto tra l'altro anche al susseguirsi di eventi bellici, si riflesse inevitabilmente sul modo di concepire il diritto di proprietà. Sempre a parere dell'autore, le ripetute requisizioni furono ritenute espressione di una nuova affermazione della sovranità dell'interesse pubblico su quello privato e quindi una conseguente *deminutio* del dominio incontrastato dell'Istituto proprietario originariamente inteso. Difatti, a titolo esemplificativo e non esaustivo, è possibile rammentare le disposizioni di legge speciale che incisero nei primi del novecento, sul regime giuridico della terra, quel bene che più di tutti, in quanto legato all'agricoltura, motore economico dell'Italia, risultava consacrato alla proprietà dei privati.

<sup>8</sup> Ad esempio l'art. 440 del Codice del 1865, che conferiva al proprietario del fondo anche la proprietà dello spazio sottostante, si andò ad affiancare tutta una serie di norme le quali attribuivano allo Stato un vero e proprio diritto sul sottosuolo archeologico, minerario ecc. con l'effetto di restringere sensibilmente i confini entro cui venivano tradizionalmente ad esplicarsi i poteri del *dominus*. Si tratta della L. 364/1909 sulle antichità e gli oggetti pertinenti alla belle arti, la quale entro il limite del proprio ambito applicativo, attribuiva l'appartenenza del sottosuolo allo Stato titolare del potere di eseguire gli scavi per intenti archeologici. Qualche anno più tardi (nel 1927) un Regio decreto, stabilì che le sostanze minerali non potessero essere estratte né le miniere potessero essere coltivate in assenza di una preventiva autorizzazione ministeriale, la quale poteva essere concessa a chi si dimostrasse in possesso della necessaria capacità tecnica ed economica, fosse o meno il proprietario del suolo. Altri esempi si rinvencono nel 1933 per la tutela delle acque pubbliche.

erano anche acclarati dai numerosi permessi che occorreva reperire dalle istituzioni (leggasi Ministero dell'educazione Nazionale o Ministero dell'Aeronautica), per lavori, scavi o per le varie dismissioni che il proprietario voleva porre in essere per consentire allo Stato l'esercizio del diritto di prelazione.

Inizia a metà del secolo scorso la tutela dell'interesse pubblico tale per cui, a fronte di una tutela che avrebbe dovuto essere molto intensa, era previsto un trasferimento coattivo dei beni stessi. Peraltro, se nello Statuto Albertino l'espropriazione per pubblica utilità era considerata implicitamente come eccezione al principio generalissimo dell'inviolabilità della proprietà privata, questa, negli anni trenta, era già uno dei normali procedimenti che la P.A. attuava per soddisfare i bisogni collettivi<sup>9</sup>.

L'interesse pubblico infine poteva determinare l'imposizione di specifici obblighi in capo al proprietario dando così vita a quella che è stata definita in termini di proprietà – funzione, intendendosi essa come il risultato di un processo di socializzazione della proprietà privata.

In ultima analisi si può quindi concludere che l'incidenza dell'interesse pubblico sul diritto di proprietà privata moltiplica indubbiamente le sembianze che tale situazione giuridica soggettiva viene ad assumere nel nostro ordinamento positivo, con riferimento a questo o a quell'oggetto del rapporto, sicché lo schema stesso della proprietà si mostra notevolmente più elastico.

Questo per dire che la nascita di queste nuove esigenze sociali e il loro recepimento legislativo nella disciplina dei beni e quindi per converso nella proprietà determinò uno spostamento degli interessi del proprietario, senza per questo intaccare la colonna portante dell'istituto proprietario nell'ordinamento giuridico. Rifletteva solamente una vasta gamma di esigenze che rasentavano la sfera politico – sociale – amministrativa.

La risultanza di queste nuove esigenze politico – sociali, si riflette nel Codice del '42 poiché il nuovo Codice, non definisce il diritto di proprietà *tout court*, bensì

---

<sup>9</sup> L'art. 29 dello Statuto Albertino recitava infatti che tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, fossero inviolabili. Tale disposizione non forniva tuttavia, alcuna indicazione prescrittiva di tipo contenutistico, preoccupandosi piuttosto, di affermare l'estraneità dello Stato di fronte all'esplicitazione di un vero e proprio diritto di libertà a cui si affidava la realizzazione della personalità individuale, alla stregua di uno strumento fornito ai singoli per attingere nella pienezza della libertà il godimento della vita, sulla base della disciplina dettata dal Codice del 1865. RESCIGNO P., "Proprietà (dir. priv.)", in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano 1988

definisce quali sono le facoltà del privato in relazione ad esso<sup>10</sup>.

Questo cambio di rotta espresso poi dal Codice del '42, serve a dimostrare come da un concetto di proprietà così rigoroso ed intangibile, si passi ad un concetto di proprietà più attento alla sua funzione sociale e al suo riconoscimento all'interno della Costituzione la quale offre sicura base legittimante della moltiplicazione degli statuti proprietari<sup>11</sup>.

Il passaggio dallo stato borghese all'odierno, ha imposto questo ricorso a discipline diverse a seconda dei casi, proprio per regolare la proprietà su particolari categorie di beni la cui utilizzazione non poteva essere rimessa esclusivamente alle scelte dei singoli, essendo necessario inserirle in una cornice normativa *ad hoc*.

I padri costituenti, sono stati mossi da una consapevolezza di fondo secondo cui anche la nozione di proprietà comunemente ed originariamente intesa, trova la sua *ratio* nella relazione tra pubblico e privato. È altresì ovvio che, in funzione del diverso modo di atteggiarsi delle due sfere giuridiche, mutano i suoi tratti essenziali. Anzi, è proprio la nozione che si rinviene nella Costituzione ad essere una e molteplice assumendo difatti una pluralità di forme in funzione dei beni o dei valori che ne possono costituire l'oggetto.

Vi torneremo successivamente, ma qui si vuole introdurre il prosieguo del presente lavoro dal punto di vista costituzionale. L'art. di riferimento della Costituzione, relativo alla proprietà è il 42 ma la Costituzione contempla anche ulteriori forme le quali dettano discipline speciali in relazione ai particolari interessi sottesi a specifici beni: proprietà fondiaria (art. 44 Cost.); proprietà dell'abitazione (combinato disposto degli artt. 42 e 47); proprietà dell'impresa (artt. 41, 43, 45, 46 Cost. in combinato disposto tra loro); proprietà di beni di interesse storico – paesaggistico (artt. 9 co.2 e 42 Cost.) ecc...

---

<sup>10</sup> Il Codice del 1865 all'art. 436 diceva: “*la proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa nella maniera più assoluta purché non se ne faccia un uso vietato dalla legge o dai regolamenti*”. L'attuale articolo 832 invece: “*il proprietario ha il diritto di godere e disporre sulle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico*”. Vi è da sottolineare che oggi come oggi si passa da una chiara enunciazione negativa di cui al Codice previgente (“*uso vietato dalla legge*”), ad una enunciazione positiva stabilita dall'art. 832 c.c. nel momento in cui dice “*obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico*”. Per mero tuziorismo, si noti che il concetto di proprietà passa da un concetto assoluto ad un concetto di pienezza.

<sup>11</sup> MILITERNI L., *Proprietà privata*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica de Il sole 24 ore*, 2012, Milano. Si cita testualmente l'autore: “*il richiamo alla funzione sociale giustifica e rende legittimi gli interventi del Legislatore che pongono limiti e che definiscono l'ambito dei poteri dei proprietari, dovendosi realizzare un'attenta ponderazione tra l'interesse individuale e quello sociale in relazione alla caratteristiche dei beni. [...] Se si attribuisce al Legislatore il potere di determinare i contenuti delle facoltà spettanti ai proprietari, si riconosce che non è più possibile una visione unitaria dell'istituto della proprietà privata: essa non ha un contenuto univoco e non possiede una struttura omogenea ma si presta a discipline differenti a seconda della natura e dei caratteri dei beni presi in considerazione, essendo in dubbio ad esempio, che le facoltà spettanti a chi è proprietario di un suolo edificabile sono differenti da quelle di chi è proprietario di un bene culturale o di pregio ambientale*”. Si guardi dello stesso avviso anche BALDASSARRE A., “*Proprietà. Diritto Costituzionale*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1992.

Oggi pertanto è opinione comune che non esista un unico diritto di proprietà ma di tanti diritti quanti sono i diversi statuti proprietari previsti dal legislatore in base alle disposizioni costituzionali. Si esige l'interesse della collettività a che l'appropriazione ed utilizzazione dei beni avvenga secondo regimi diversi in funzione della natura dei beni, della qualità dei soggetti e delle attività svolte mediante il loro utilizzo.

Conclusivamente non ha più motivo di esistere il tentativo di ricercare una formula definitoria unitaria dovendosi applicare anche all'istituto proprietario, il pluralismo giuridico che connota sempre più l'evoluzione degli ordinamenti contemporanei.

## ***2. La molteplicità degli statuti proprietari ed il concetto di beni pubblici***

Ricollegandoci a quanto affermato *sub* 1., si può tranquillamente affermare che ai nostri giorni e con le acquisizioni della scienza giuridica odierna, l'istituto proprietario non può più dirsi unico ed immutabile ma anzi, si contorna di varie dimensioni che sono più note come statuti proprietari.

Senza voler ripetere quanto fin qui declamato possiamo solo aggiungere che sotto il profilo soggettivo del diritto di proprietà, alla proprietà strettamente individuale di derivazione romanistica vista all'inizio della nostra trattazione, sono state affiancate le comunione di derivazione germanica e la proprietà collettiva. Sotto il secondo profilo, quello oggettivo, la proprietà privata è costantemente influenzata nella sua estensione e nei suoi contenuti, dall'interesse pubblico.

Si badi bene tuttavia che la varietà di articolazioni interne della proprietà privata e dei suoi atteggiamenti concreti e peculiari non costituisce un tratto esclusivo della proprietà privata stessa come abbiamo già accennato, ma anzi, la molteplicità di dimensioni e la diversità di sembianze, sono assolutamente rinvenibili anche nella proprietà pubblica come ha avuto modo di chiarire alla scienza amministrativa degli ultimi 50 anni.

Non si può prescindere a questo punto, di menzionare l'opera del Maestro Giannini, che è il culmine della teorizzazione di quanto detto e portavoce di una dottrina ormai conclamata, che ha profetizzato con largo anticipo, quella che è la scienza del diritto proprietario, moderna.

Tale dottrina ha svolto un significativo ruolo di impulso, infatti, sugli studi dedicati ai beni pubblici teorizzando che, da un lato è venuta meno la dimensione unitaria al quale comparare la proprietà pubblica e dall'altro la riconducibilità di più statuti proprietari nel diritto privato ha aperto la via alla stessa scomposizione della stessa.

In particolare, appunto il Giannini, prendendo le mosse dalla distinzione del Codice tra demanio e patrimonio disponibile, delinea una ricca varietà di tipologie dominicali che fino ad allora non erano state riconosciute e teorizzate dalla dottrina del tempo, ovvero erano ricondotte nell'alveo di un'unica proprietà pubblica.

L'illustre Maestro ritiene che questo prisma relativo alla proprietà sia una opportunità di dar vita ad un modello interpretativo più articolato e maggiormente rispondente all'effettiva realtà giuridica, dell'istituto della proprietà pubblica. Non, quindi, un'anomalia al tradizionale schema dogmatico.

Giannini, dalla sua analisi dal punto di vista giuridico – sociologico, si accorse dell'esistenza di molteplici ed articolati istituti dominicali dimostrando che dietro la locuzione “proprietà pubblica” per la cui definizione né il Codice Civile né la Costituzione fornivano risposte esaustive, si celavano variegata e complesse situazioni sostanziali non riconducibili alla proprietà individuale degli enti territoriali<sup>12</sup>.

In funzione del modo in cui il godimento e l'appartenenza sono soggettivamente distribuite, il Maestro individua quindi tre forme di proprietà pubblica: la collettiva che coincide con la maggior parte dei beni demaniali o presunti tali; la proprietà divisa anche se tale istituto viene definito desueto perché di intralcio alla libera circolazione dei beni; quella individuale che rappresenta l'ipotesi più attualmente rilevante.

In generale, il primo tipo di proprietà si distingue per il godimento diffuso delle utilità fornite dai beni, i quali competono a tutti gli appartenenti ad un determinato gruppo. Questa caratteristica è la base fissa dalla quale distinguere l'aspetto mutevole della proprietà collettiva: il contenuto del godimento. Infatti varia la

---

<sup>12</sup> Scrive infatti l'Autore: “per istituto dominicale si deve intendere ogni istituto giuridico giusta il quale un soggetto si appropria di un'utilità che gli fornisce un bene reale: comprendendosi con queste utilità anche la disposizione del bene medesimo in quanto anch'essa idonea a risolversi in un'utilità a cui il bene dà origine”. Al contrario, il concetto di proprietà pubblica viene considerato “niente più che un'espressione verbale con cui non si è riusciti a spiegare nulla” cosicché “sotto l'espressione seguita a circolare per proprio conto una più fervida e complessa realtà giuridica”. GIANNINI M.S., *op. cit.* vedi nota 4.

qualificazione della situazione giuridica soggettiva di cui i membri della comunità sono titolari rispetto alla cosa, il carattere aperto o chiuso della collettività e la sua organizzazione<sup>13</sup>.

Oggetto di proprietà collettiva sono ad esempio i beni che rendono utilità indivisibili per natura ovvero per volontà. Anche le *res communes omnium* rientrano in questo discorso perché, data la loro abbondanza, consentono utilizzazioni aperte a chiunque sebbene regolate<sup>14</sup>.

Il carattere distintivo della proprietà collettiva è pertanto costituito dal godimento delle utilità che la cosa è idonea a rendere, mentre secondario è l'elemento dell'appartenenza da cui discende il potere di disposizione della *res*.

La proprietà divisa al contrario, implica una ripartizione tra due soggetti giuridici sia dell'appartenenza che del godimento della cosa. Ciascuno di essi dispone, *pro quota*, della cosa nell'ambito delle utilità che la stessa può fornire: i due diritti sono tuttavia interagenti tra loro; può cambiare il contenuto degli stessi poiché a seconda dei casi il godimento assume diverse connotazioni, ma la loro *ratio* resta intergente.

La proprietà divisa, è caratterizzata dal profilo dell'appartenenza poiché è possibile individuare due diversi interessi che la norma intende tutelare in via immediata; come ad esempio l'enfiteusi o delle “cose d'arte” di soggetti privati<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> In base a tale tipo di carattere della collettività, si distingue da proprietà collettiva di gruppi aperti a tutti sia in senso assoluto che relativo (*res communes omnium* e proprietà collettive demaniali) e proprietà collettive di gruppi ristretti (per es. le proprietà comunitarie e domini collettivi). In particolare il primo tipo è una proprietà collettiva libera nel senso che chiunque può liberamente godere delle utilità quantitativamente illimitate, fornite dalla cosa stessa purché nel rispetto delle norme stabilite dallo Stato il quale, si pone come autorità di regolazione dei diversi usi della cosa. Le proprietà collettive demaniali sono identificate nei desueti demani comunali ed in gran parte dei beni attualmente definiti demaniali dal Codice (demanio stradale, marittimo, idrico). Rispetto a tali forme di proprietà collettiva, nonostante il godimento sia libero e regolato come quello dei beni comuni, l'ente territoriale svolge i compiti di gestore della cosa comune esercitando, a tal fine, anche potestà di tipo pubblicistico per inibire o limitare l'uso del bene o tutelarlo. Inoltre mentre le utilizzazioni delle *res communes omnium*, in quanto illimitate, non integrano situazioni giuridiche soggettive, il godimento dei beni oggetto di proprietà collettive demaniali costituisce esercizio di specifici diritti soggettivi appartenenti al gruppo dei diritti civici collettivi.

I domini collettivi sono invece proprietà collettive di gruppi che in quanto privi di soggettività possono solo esercitare poteri di godimento e non anche poteri di disposizione; mentre le proprietà comunitarie sono proprietà collettive di gruppi che costituendosi in persone giuridiche a base associativa possono godere direttamente dei beni e disporre per il tramite dell'ente esponenziale. GIANNINI M.S., *op. cit.* vedi nota 4

<sup>14</sup> Tali beni sono qualificati sempre dal Giannini come beni che offrono utilità qualitativamente limitate e quantitativamente illimitate così da non porre problemi di appartenenza e così da escludere l'insistenza su di esse di vere e proprie situazioni giuridiche soggettive. A distanza di alcuni anni, Giannini evidenzia come lo sviluppo tecnologico abbia reso nei fatti problematica la conservazione delle fruibilità generali ponendo difficoltà non tanto di carattere giuridico, quanto di tenore tecnico ed economico. GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995.

<sup>15</sup> L'enfiteusi è comunemente definita come il diritto reale di godimento che attribuisce al titolare stesso potere di godimento che spetta al proprietario, fatto salvo l'obbligo di migliorare il fondo e di pagare al condente un canone periodico. E difatti, all'enfiteuta compete il possesso del bene, il diritto sui frutti, sul tesoro e sulle utilizzazioni del sottosuolo. Al concedente spetta invece il diritto al versamento del canone periodico ed al miglioramento del fondo. Proprio in considerazione del fatto che la disciplina dell'istituto assicura all'enfiteuta un complesso di poteri molto ampio, si è lungamente discusso in dottrina, su chi sia l'effettivo “proprietario” del fondo. Secondo un'antica concezione risalente alla glossa, la fattispecie dava luogo ad una particolare forma di appartenenza nel cui ambito era possibile distinguere un dominio diretto ed eminente riconosciuto al concedente, ed un dominio utile di pertinenza dell'enfiteuta. Al primo faceva capo la sola qualità formale di proprietario ed al secondo quella effettiva, come dimostrato tra l'altro dal fatto che le imposte e gli altri pesi gravano sull'enfiteuta e non sul concedente.

Nella proprietà individuale invece, spettano ad un solo soggetto sia l'appartenenza che il godimento del bene secondo diverse gradazioni.

L'ordinamento in altre parole intende tutelare in via immediata un solo interesse, garantendo il proprietario e i terzi in relazione ai limiti imposti dall'ordinamento al primo. La sua caratteristica principale è quindi quella della titolarità della cosa da cui discende il potere del proprietario di far proprie tutte le utilità fornite dalla cosa stessa.

Segnatamente, anche gli enti pubblici sono titolari di diritti proprietari individuali secondo il diritto comune e/o secondo il diritto speciale, parlandosi nel primo caso di proprietà individuale dell'ente pubblico e nel secondo di proprietà individuale pubblica dell'ente pubblico. I beni appartenenti a questa seconda tipologia, vengono ulteriormente distinti in beni destinati a servizi dell'ente stesso come le opere di difesa nazionale, le caserme, le autostrade, le ferrovie ecc..., e beni affidati all'ente territoriale affinché siano amministrati nel modo più efficiente efficace ed economico possibile, secondo gli interessi espressi nell'art. 97 della Cost.

In ogni caso, siano essi destinati ai servizi o semplicemente in affidamento agli enti affinché vengano gestiti secondo i principi suddetti, seguendo la ricostruzione del Maestro Giannini, si contraddistinguono per la loro sottoposizione ad un vincolo di destinazione di natura aziendale o nazionale. I primi sono destinati dall'ente allo svolgimento di attività di cui lo stesso è titolare andando a comporre il compendio patrimoniale di cui lo stesso dispone per attendere ai suoi compiti istituzionali. La loro sottoposizione ad un regime giuridico speciale, si giustifica per tutelare l'ente proprietario sia rispetto ai suoi amministratori che rispetto ai creditori.

I secondi sono beni la cui utilizzazione non va a beneficio del soggetto pubblico ma della collettività quantunque siano sottratti all'uso generale e riservati a quei membri della stessa che si impegnano a garantire la migliore utilizzazione, quella

---

Secondo un diverso approccio esegetico invece, il proprietario del fondo sarebbe il concedente mentre l'enfiteuta, pur godendo di ampie facoltà sarebbe comunque titolare di un diritto reale limitato sul fondo.

La novella del 1966 ha fornito un elemento normativo in favore della tesi sulla natura meramente formale della proprietà che compete al concedente, atteso che tale riforma ha stabilito la prevalenza del diritto di affrancazione dell'enfiteuta su quello di devoluzione del concedente, con l'intento di premiare l'opera di miglioramento del fondo, posta in essere dall'enfiteuta. In particolare il legislatore ha rimosso i limiti all'esercizio del diritto di affrancazione, ha abbassato la misura del canone enfiteutico e conseguentemente del capitale di affrancazione e ha ridotto le ipotesi in cui il concedente può richiedere la devoluzione. TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2012; FAVA P., *Il contratto*, Roma, 2012.



più efficiente, efficace, economica<sup>16</sup>.

L'Autore successivamente, sempre rifiutando classificazione dogmatiche e formali, distingue tra una proprietà pubblica in senso soggettivo e una in senso oggettivo. Nella prima l'interesse al bene è un interesse strumentale; è questa la proprietà dei mezzi con cui l'ente svolge le proprie attività, esercitando diretti poteri di disposizione e di godimento sulla cosa. Si badi bene, poteri che sono propri di un soggetto privato e che quindi avvicinano questo tipo di proprietà pubblica a quella privata differenziandosi solo per la sua inerenza all'evidenza pubblica. Questo vuol naturalmente dire che l'ente deve sempre manifestare l'interesse pubblico negli atti di disposizione del bene; in tutti quegli atti che dispongono a favore di terzi delle utilità.

Nella seconda l'ente è proprietario ma non gode del bene in prima persona, ma dispone affinché altri ne godano. La fruizione si scinde dall'appartenenza spettando o alla collettività ovvero a soggetti determinati ai quali la P.A. conferisce il godimento per mezzo di provvedimenti concessori. Di questi ultimi l'ente non ha una fruizione specifica bensì li utilizza al pari di qualunque altro componente della collettività. I poteri che vengono esercitati su di essi infatti sono poteri di ordine gestionale, conservativo, di polizia<sup>17</sup>.

Sono invece beni a fruizione "aziendale" le acque interne, le miniere, le cave: in questi casi l'ente è proprietario allo scopo di organizzare lo sfruttamento della cosa in modo conforme al pubblico interesse.

### **3. *Le garanzie costituzionali dell'istituto proprietario***

La Costituzione del 1948, non fornisce alcuna definizione di proprietà privata e di proprietà pubblica. Anzi, in relazione a quest'ultima, in Assemblea Costituente ci fu chi propose di omettere nel testo definitivo della Legge Fondamentale, il contenuto della

---

<sup>16</sup> Giannini specifica altresì che essendo i beni a destinazione "aziendale" cose che non si diversificano per la loro natura da quelle che potrebbero formare oggetto di proprietà individuale privata, rispetto ad essi il vincolo di destinazione si presenta come un vincolo effettivo, nel senso che sia per la sua nascita che per la sua estinzione non è sufficiente un atto di volontà della P.A., essendo necessario in concreto verificare a quale uso il singolo bene risulti effettivamente destinato. Quanto ai beni a destinazione nazionale invece, l'effettività del vincolo di destinazione presenta un significato diverso ricollegandosi all'esistenza fisica degli stessi come prevista dalla norma e dovendosi pertanto escludere ogni rilevanza della volontà della P.A. stessa. GIANNINI M.S., *op. cit.* vedi nota 4.

<sup>17</sup> Nella sua opera citata più volte Giannini diceva testualmente in merito a questi poteri: "quando la fruizione dei beni è collettiva, l'ente pubblico è sostanzialmente un amministratore per la collettività. L'appartenenza del bene è funzionalizzata alla fruizione generale e non ha un contenuto proprio; gli appartenenti all'universo dei fruitori hanno un diritto soggettivo alla fruizione il cui esercizio peraltro è talora ristretto dall'esercizio della potestà di polizia dell'ente pubblico".

disposizione che oggi è l'art. 42 primo comma<sup>18</sup>.

Dai resoconti sui lavori preparatori della Costituzione emerge la chiara intenzione dei Padri Fondatori della Legge Fondamentale di conformare l'istituto proprietario in funzione del suo estremo rilievo economico realizzando la convergenza con la disciplina concernente la titolarità dell'impresa<sup>19</sup>.

Tale conformazione muoveva dall'esigenza di predisporre un'idonea garanzia costituzionale per la proprietà privata ora alla stregua di un vero e proprio diritto della persona inserita in una dimensione sociale, ovvero come "*proprietà privata socialmente mediata*"<sup>20</sup>.

Non soltanto nella Costituzione italiana ma anche nelle altre Carte Costituzionali del secondo dopoguerra, l'istituto proprietario opera in modo da sottrarre al potere conformativo del legislatore quel complesso di facoltà, di disposizione, di godimento che la storia e la tradizione di un ordinamento giuridico individuano come essenza del diritto stesso.

L'art. 42 della Cost. riconosce la proprietà privata non più come espressione di quell'individualismo liberale ancora presente nell'impostazione del codice civile vigente, bensì come una situazione giuridica soggettiva che deve essere colorata di significato alla luce del principio solidaristico in vista del perseguimento della funzione sociale<sup>21</sup>.

Il carattere sociale della proprietà ha lo scopo di limitare la libertà del proprietario e di ricondurre l'utilizzazione del bene verso modalità di godimento vicine all'equità e alla solidarietà e uguaglianza sociale previste rispettivamente dall'art. 2 e 3 co. 2 Cost. Questo vuol significare che la proprietà è un diritto fondato sulla Costituzione e da questa posto in relazione con altri istituti giuridici che godono della stessa tutela, tale per cui il loro contenuto è maggiormente articolato.

---

<sup>18</sup> La proposta è stata sollevata da Mortati benché l'emendamento in cui la stessa era contenuta non fu mai discusso in quanto considerato decaduto per assenza dello stesso proponente. Cfr. Assemblea Costituente seduta del 13 maggio 1947 in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, II, Roma, 1971; RODOTÀ A., *Il Terribile diritto*, Bologna, 1991.

<sup>19</sup> Il regime dei beni e quello dell'impresa rappresentano gli strumenti fondamentali di disciplina pubblica dell'economia. Il regime dei beni, confluisce in quello dell'attività imprenditoriale nel senso che l'imprenditore, il quale usi o intenda utilizzare determinati beni, vede per questa ragione disciplinata la propria attività. Tuttavia mentre fino al 1700 l'approccio indiretto di disciplina dell'attività produttiva prevaleva su quello della disciplina diretta, con la rivoluzione industriale si è avuto un ribaltamento di prospettiva. GIANNINI M.S., *op. cit.* vedi nota 4.

<sup>20</sup> *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, II, Roma, 1971. La disciplina costituzionale della proprietà privata rappresenta la sintesi tra opposte concezioni della stessa. I Cattolici intendevano assegnare alla proprietà privata un ruolo fondamentale nel contesto del sistema economico e della tutela dei diritti soggettivi parificandola alla libertà personale. I Comunisti intendevano invece assicurare il riconoscimento costituzionale della sola proprietà privata pubblica concependo ovviamente la proprietà privata come residuale. I Liberali intendevano un modello proprietario funzionale alla realizzazione di un'economia di mercato vedendo nello stesso istituto proprietario uno strumento della signoria dell'individuo nell'economia tanto sotto il profilo statico dell'utilizzazione dei beni, quanto sotto il profilo dinamico della loro cessazione. BALDASSARRE A., *Op. Cit.*, nota 19.

<sup>21</sup> BALDASSARRE A., *Op. Cit.*, nota 19; BARCELLONA P., *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Dig. Disc. Priv. – sezione civile*, XV, Torino, 1997; COSTANTINO M., *Proprietà, II, Profili generali – Diritto Civile*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1992; GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato Cicu – Messineo*, Milano, 1995; GIANNINI M.S., *op. cit.* vedi nota 4; MATTEI U., *Proprietà*, in *Dig. Civ.*, XV, Torino, 1997; MENGONI L., *Proprietà e Libertà*, in *Riv. Critica Dir. Priv.*, 1998; MOSCARINI A., *Proprietà*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica de il sole 24 ore*, 2007; SANTORO PASSARELLI F., *Proprietà privata e costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1972; RESCIGNO P., *Op. Cit.*, vedi nota 5; SALVI C., *Modelli di proprietà e principi costituzionali*, in *Riv. Critica Dir. Priv.*, 1986; SANDULLI A.M., *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1972.

Si può facilmente riscontrare quanto fin qui affermato da una breve quanto semplice analisi della collocazione dell'istituto proprietario all'interno della Carta Costituzionale la quale colloca la proprietà privata non già tra i diritti inviolabili dell'uomo, quanto tra le libertà economiche connotate da una riserva di legge che attribuisce al legislatore un ampio potere di intervento<sup>22</sup>.

Difatti, nello stato liberale i diritti a contenuto economico erano considerati il simbolo delle libertà individuali, nel mutato contesto costituzionale vengono spogliati del carattere dell'invulnerabilità per divenire oggetto di un'incisiva potestà di regolazione di fonte primaria, risultando il potere del legislatore non vincolato a specifici valori giuridici, ma indirizzato teleologicamente al perseguimento di scopi generali.

Al pari delle altre Costituzioni europee, la nostra Carta Costituzionale attribuisce autonomo riconoscimento agli istituti della proprietà, lavoro, impresa. La proprietà deve essere quindi definita come appartenenza di oggetti esterni al soggetto titolare, distinguendosi tanto dal lavoro quanto dall'impresa<sup>23</sup>.

Se si analizza la legislazione ordinaria *post* Costituzione, l'istituto proprietario è il punto focale della disciplina dei diversi beni oggetto di tal diritto e ha inoltre sconfessato la natura eccezionale generalmente attribuita dai limiti legali alle prerogative del *dominus*. Infatti, la sua funzione sociale ha rappresentato il fondamento delle locazioni immobiliari per le attività commerciali e/o artigianali (L. 1115/71), ovvero della disciplina dell'equo

---

<sup>22</sup> L'art. 42 comma 2 Cost. assegna al legislatore il compito di individuare le modalità di acquisto e di godimento e i limiti della proprietà privata al fine di realizzarne la funzione sociale e di garantire a tutti l'accesso allo *status* di proprietario. L'attitudine della disciplina proprietaria a realizzare un equilibrio tra l'interesse del proprietario e l'interesse "sociale" si rintraccia anche nelle Carte Costituzionali di altri paesi dell'Unione risultando in questo modo, l'esistenza di una tradizione costituzionale comune in materia; nel senso della trasformazione del diritto di proprietà da diritto soggettivo assoluto a diritto orientato alla sua funzione sociale appunto.

La Costituzione francese, nel recepire la *Declaration des droit de l'homme et du citoyen* del 1789 all'art.2, include la proprietà tra i diritti naturali imprescrittibili accanto alle libertà, sicurezza e resistenza all'oppressore. L'art. 17 proclama la proprietà come diritto inviolabile e sacro stabilendo che nessuno possa esserne privato salvo quando la necessità pubblica accertata, lo esiga in maniera evidente e previo indennizzo.

A ben vedere l'ascrizione della proprietà tra i diritti inviolabili risulta un'affermazione dal significato soltanto politico atteso che, l'art. 34 nel definire l'assetto dei rapporti tra Parlamento e Governo, assegna alla legge il compito di stabilire le norme concernenti i diritti civili e le garanzie fondamentali accordate ai cittadini per l'esercizio delle pubbliche libertà, le prestazioni imposte per la difesa nazionale in ordine alle loro persone e ai loro beni, nonché i principi fondamentali del regime della proprietà, dei diritti reali e delle obbligazioni civili e commerciali.

Il *Conseil Constitutionnel* ha delineato i limiti della tutela costituzionale del diritto di proprietà, la cui inviolabilità cede davanti alle necessità di tutela dell'interesse pubblico come nel caso della disciplina delle locazioni, ovvero delle delimitazioni derivanti dalle servitù pubbliche.

In modo analogo il diritto tedesco del 1949 stabilisce all'art. 14 della *Grundgesetz*, il riconoscimento della garanzia costituzionale della proprietà privata e rimette alla legge ordinaria il compito di fissarne contenuto e limiti, prevedendo altresì che la proprietà imponga degli obblighi in funzione della sua strumentalità rispetto alla soddisfazione del bene collettivo. Il medesimo bene collettivo giustifica poi l'espropriazione sulla base delle previsioni di legge che regolino modo e misura dell'indennizzo. Questa valenza solidaristica è rappresentata dall'art. 18 della stessa Costituzione tedesca poiché, lo stesso articolo, introduce la sanzione della perdita dei diritti fondamentali in caso di un loro abuso, rimettendo al Tribunale Costituzionale Federale, la decisione. Questo vale anche per il diritto di proprietà privata.

In Spagna la proprietà è disciplinata non nell'ambito dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche, bensì tra i diritti e di doveri dei cittadini funzionali alla partecipazione degli stessi alla sfera pubblica e ad un impegno di solidarietà: il diritto di proprietà è infatti collocato accanto al diritto di difendere la Nazione, pagare le tasse, contrarre matrimonio, a lavorare e ad esercitare liberamente l'impresa. L'art. 33 della Costituzione Iberica riconosce il diritto di proprietà e la sua conformazione alle esigenze della funzione sociale.

MOSCARINI A., *Proprietà*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.

<sup>23</sup> BALDASSARRE A., *Op. Cit.*, nota 19.

canone (L. 392/78)<sup>24</sup>.

Sono state ritenute illegittime dalla Corte Costituzionale, le disposizioni che nell'ambito della disciplina agraria, non prevedevano forme di rivalutazione periodica del canone, ovvero stabilivano coefficienti di moltiplicazione del reddito dominicale, del tutto irrisori. A detta della Consulta, questo è spiegato dal fatto che questi coefficienti incidono fortemente su di un diritto riconosciuto e garantito addirittura da una specifica tutela.

La sinteticità della previsione costituzionale dedicata all'istituto proprietario, è ancora più laconica in merito alla proprietà pubblica dal momento che l'art. 42 si limita a prevederne il riconoscimento senza aggiungere altri elementi di regolazione<sup>25</sup> lì dove, invece, rispetto alla proprietà privata va a stabilire quanto meno una riserva di legge rinforzata nel fine<sup>26</sup>. La *ratio* che è dietro a questo stato di cose è semplice: la Dottrina riteneva che la proprietà pubblica, è di per sé funzione sociale e non necessita pertanto di una specifica garanzia.

Una interessante lettura della norma costituzionale, è quella orientata sulla base della disciplina codicistica dei beni pubblici. Tale lettura attribuisce alla norma *de qua* un ruolo di limite all'introduzione per legge di restringimenti dell'ambito oggettivo di appropriabilità privata dei beni economici che siano ulteriori rispetto a quelli risultanti da quanto previsto dagli art. 822-830 c.c. Invero, in considerazione del principio gerarchico e della competenza, il sistema delle fonti ritiene che sono le norme costituzionali che devono avere la funzione guida circa il significato da attribuire alla disciplina dei beni e della proprietà contenuta del codice di rito<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> La regolamentazione delle locazioni di immobili urbani rappresenta la materia nella quale la funzione sociale della proprietà privata ha trovato la sua più ampia concretizzazione, avallata del resto dalla stessa Corte Costituzionale la quale ha giustificato, in molte occasioni, la scelta del legislatore di contenere, attraverso specifiche disposizioni sulla durata dei contratti o sull'entità del canone, le ragioni del proprietario a vantaggio degli interessi dei terzi privi delle possibilità finanziarie di accedere allo *status* di proprietario. La Corte si è in argomento espressa più volte ritenendo legittime le disposizioni censurate. Ad esempio, quelle che consentono al locatore proprietario di riottenere la disponibilità dell'immobile purché sia proprietario da almeno due anni e dimostri la necessità di adibire l'immobile ad uso abitativo o commerciale (sent. 58/80); ovvero la norma che non prevede il diritto del locatore di immobile adibito ad uso diverso da quello abitativo di recedere anticipatamente dal contratto in regime transitorio nel caso di mancata occupazione continuativa dell'immobile da parte del conduttore. È nel 1988 con la sentenza 1028 che la Corte ha espresso la legittimità di tutta la legge sull'equo canone atteso che la compressione del diritto di proprietà del locatore sarebbe giustificata dall'esigenza di assicurare ai conduttori un'adeguata stabilità al godimento di un bene primario.

Il medesimo criterio fin qui espresso ha altresì consentito di ritenere comprese nella previsione dell'art. 42 le norme sulle distanze nelle costruzioni (C.Cost. 120/96) ed inoltre, la giurisprudenza della Consulta, è costante ed omogenea nel considerare connaturali al diritto di proprietà i vincoli derivanti dalla normativa urbanistica ed edilizia.

<sup>25</sup> Su questo aspetto è d'uso citare ancora il Maestro Giannini nella sua opera; GIANNINI M.S., *Le basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica e diritto*, 1971.

<sup>26</sup> Si discute se la Costituzione abbia voluto inserire una riserva di legge in modo da escludere alla radice ogni concorso di atti amministrativi nella definizione concreta dell'assetto dei poteri riconosciuti ai proprietari privati. La dottrina prevalente, partendo appunto dalla funzione sociale della proprietà, la cui realizzazione comporta la realizzazione di interessi collettivi, sostiene che il regime dei beni possa essere determinato in via amministrativa. La Consulta ha affermato più volte che la natura della riserva di legge suddetta, sia relativa e non assoluta per cui il legislatore è pertanto legittimato ad affidare la definizione e la delimitazione delle facoltà di utilizzazione dei beni e degli obblighi che si accompagnano alla proprietà, all'autorità amministrativa, dovendo la legge essere quanto più precisa possibile nella perimetrazione dei poteri alla stessa autorità attribuiti. MILITERNI L., *Op. Cit.*, vedi nota 15.

<sup>27</sup> A ben vedere, codesta ricostruzione non sembra trovare adeguati riscontri nei lavori preparatori, se solo si pensa che il dibattito interno alla Terza Sottocommissione non si è affatto incentrato sulla nozione di demanio in senso stretto, ma si è sviluppato con lo sguardo rivolto verso l'evoluzione del sistema, intorno all'esigenza di stabilire il principio della permanenza delle due forme di appartenenza proprietaria nell'ambito di un'economia mista in divenire. La costante attenzione del Costituente per il futuro è ben testimoniata dall'opinione espressa dal Presidente della Terza Sottocommissione il quale riteneva il rinvio alla legge ordinaria per l'apposizione dei

A questo punto si è optato per non solo per il duplice riconoscimento della proprietà privata e di quella pubblica ma anche per la legittimazione costituzionale del ruolo dello Stato in quanto tale possibile titolare di beni economici.

L'analisi sulla proprietà pubblica non può arenarsi sulla mera previsione del solo art. 42 Cost. ma deve essere necessariamente estesa anche agli artt. 41 e 43 sull'impresa pubblica e sull'organizzazione amministrativa<sup>28</sup>.

In considerazione delle disposizioni costituzionali suddette e del modello di Stato sociale dalle stesse tratteggiato, si deve ritenere che la missione intrinseca della proprietà pubblica sia quella di consentire l'impiego di beni e risorse da destinare direttamente alla soddisfazione dei bisogni della collettività. Difatti appare riduttivo l'assunto secondo il quale il rilievo costituzionale della proprietà pubblica esaurirebbe il proprio valore nell'esaltare la funzione sociale della proprietà in generale<sup>29</sup>.

Sebbene dall'art. 42 Cost. non sia in alcun modo direttamente desumibile l'effettiva fisionomia della proprietà pubblica, si deve comunque escludere che la Costituzione lasci il legislatore ordinario libero di intervenire su tale terreno al di fuori di qualsiasi vincolo derivante dai principi. La disciplina costituzionale ha nel suo complesso contrassegnato questa forma di appartenenza di una peculiare connotazione di segno funzionale, destinandola ad assumere contenuti strettamente legati all'organizzazione ed all'azione amministrativa<sup>30</sup>.

Nella Legge fondamentale, a dimostrazione dell'interconnessione tra proprietà pubblica e funzioni amministrative, vengono sicuramente in rilievo i canoni dell'autonomia e del decentramento di cui all'art. 5 Cost., posto che, fuori da ogni dubbio, la proprietà pubblica ha lo scopo di agevolare la regione o altro ente territoriale, nell'esercizio delle funzioni che debbano essere esercitate sul bene o attraverso di esso.

In questo aiuta l'art. 97 Cost. in quanto i beni contribuiscono in modo determinante all'assetto degli uffici ed alla realizzazione del buon andamento dell'organizzazione

---

limiti alla proprietà privata consentisse di delineare un modello costituzionale aperto all'affermazione di forme di proprietà sostanzialmente diverse da quelle di oggi.

<sup>28</sup> MARINI F.S., *Proprietà pubblica: profili costituzionali*, in POLICE A. (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008.

<sup>29</sup> COCOZZA F., *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, 2003. Inoltre come ricordato dalla Consulta nella sentenza recente 31/06, i beni demaniali sono destinati a soddisfare interessi pubblici delle comunità amministrare. Il riconoscimento costituzionale della proprietà pubblica si configura come l'indicazione di strumenti a cui la Repubblica può e deve ricorrere per raggiungere fini suoi propri o adempiere gli obblighi che la Costituzione esplicitamente le assegna. RODOTÀ S., *Art. 42*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma, 1982.

<sup>30</sup> L'inerenza del bene pubblico alla funzione esercitata è stata del resto affermata nella giurisprudenza costituzionale sin dalla pronuncia 31/59 ove la Corte ha dichiarato che l'assegnazione alle regioni di beni statali deve trovare una corrispondenza in relazione alle funzioni pubbliche attribuite. Con la pronuncia 111/76 viene ribadito questo concetto con riguardo ai provvedimenti ministeriali di trasferimento del patrimonio boschivo in conseguenza della devoluzione alle regioni delle funzioni amministrative in materia di foreste. È stato quindi ribadito dalla consulta, anche in alcune sentenze successive (*ex multis* 462/95) che deve necessariamente sussistere un nesso di strumentalità tra il bene e l'erogazione di servizi o lo svolgimento di funzioni istituzionali assunte dalla P.A. CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012; CAPUTI JAMBRENGHI V., in MAZZAROLLI L. – PERICU G. – ROMANO A. – ROVERSI MONACO F.A. – SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005.

amministrativa il quale richiede che la titolarità del bene segua l'assetto della distribuzione delle funzioni amministrative<sup>31</sup>.

Questa interconnessione tra elemento materiale e funzione è rappresentata anche dall'art. 119 Cost. che attribuisce agli enti locali un patrimonio proprio qualificandolo in modo implicito come una componente essenziale dell'autonomia finanziaria loro riconosciuta. Con la Legge Costituzionale 3/2001 e l'accresciuto potere in capo agli enti locali si è contribuito a valorizzare l'importanza proprio del loro patrimonio<sup>32</sup>.

Alla luce di tutto ciò bisogna dire che la politica decentrista attuale esclude la piena corrispondenza tra proprietà e titolarità delle funzioni che su di esso fanno perno. L'appartenenza del bene ad una P.A. non esaurisce la varietà di interessi che si riannodano al bene stesso imputandosi ad enti territoriali diversi da quello proprietario<sup>33</sup>. Il disallineamento tra proprietà e titolarità delle funzioni incontra un limite anche nella necessità di dare vita ad un assetto efficace nella distribuzione territoriale delle funzioni amministrative stesse, il quale richiede comunque un adeguamento dell'amministrazione ricevente in termini di beni e risorse.

Altro problema è quando l'interesse pubblico impone al privato proprietario, *ex lege*, il massimo sacrificio della titolarità del bene stesso in occasione dell'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità al quale si dedicherà compiutamente il capitolo IV.

Questo istituto è regolato dall'art. 42 comma 3 della Costituzione che dice appunto che l'espropriazione per pubblica utilità è consentita:

a) *Nei casi previsti dalla legge.* Questa riserva di legge è comunque una riserva di legge relativa e non assoluta poiché è possibile per le fonti subordinate regolare aspetti determinati. La legge ordinaria e le altre fonti primarie regolano i titolari del potere espropriativo, l'interesse sotteso all'espropriazione, i beni che sono oggetto di espropriazione e le regole procedurali da osservare;

---

<sup>31</sup> All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione la dottrina riteneva che il nesso di strumentalità tra beni e fini pubblici, dovesse essere individuato in concreto sulla base della disciplina positiva risultando insufficiente una generica idoneità dei beni a soddisfare finalità pubbliche. NIGRO M., *Trasferimento dei beni pubblici e successione nella funzione*, in *Giur. Cost.*, 1977.

<sup>32</sup> È utile ricordare a tal proposito che l'ultimo comma dell'art. 119 Cost. nella versione *ante novella*, aveva introdotto all'interno della previsione costituzionale relativa all'autonomia finanziaria regionale, la distinzione mutuata dal c.c. tra beni demaniali e patrimoniali affidando al legislatore statale il compito di determinare le modalità per la determinazione della relativa appartenenza.

Dalla norma *de qua* si ricavava l'esistenza di un duplice vincolo di natura sostanziale riguardo sia all'obbligatorietà della dotazione che doveva necessariamente essere assegnata alle regioni, sia sulla sussistenza di un regime giuridico unitario dell'appartenenza su tutto il territorio nazionale. La delimitazione dei beni che lo Stato era tenuto a trasferire alle regioni con legge ordinaria, incontrava un ulteriore limite costituzionale rappresentato dal parallelismo tra potestà legislativa e amministrativa.

Nella versione *post novella* l'ultimo comma dell'art. 119 Cost. prevede espressamente che gli enti locali e le regioni abbiano un proprio patrimonio operando così un ampliamento del novero dei soggetti cui la Costituzione riconosce la legittimazione ad assumere la titolarità di beni pubblici, in armonia con il rafforzamento del principio autonomistico che la Legge 3/01 ha realizzato. CASTORINA E. – CHIARA G., in *Il codice civile – commentario – artt. 822-830*, fondato da SCHLESINGER P., Milano, 2008.

<sup>33</sup> Un'ipotesi di divaricazione tra appartenenza e funzioni amministrative si registra nel demanio idrico in quanto la proprietà compete allo Stato ai sensi dell'art. 822 c.c., mentre la gestione alle regioni e agli enti locali ai sensi della legge ordinaria. A proposito delle miniere che appartengono al patrimonio indisponibile dello Stato in base al codice di rito, i permessi di ricerca e concessione sono rilasciati dalle regioni sempre ai sensi della legge ordinaria. Le stesse possono rilasciare concessione anche riguardo al demanio della navigazione interna e del demanio marittimo che appartengono sempre allo Stato.

b) Per *motivi di interesse generale*. Tale finalità è il presupposto indefettibile del potere espropriativo. È necessario che la legge indichi le ragioni per le quali si può far luogo all'espropriazione; inoltre la legittimità della espropriazione stessa può ammettersi soltanto nell'ipotesi di effettiva sussistenza delle ragioni indicate dalla legge stessa. Il trasferimento coattivo deve risultare indispensabile per la sussistenza di bisogni pubblici che presentino dal momento attuale, quella concretezza che renda l'espropriazione della proprietà privata, necessaria<sup>34</sup>.

L'art. 834 c.c., ammette l'espropriazione per "*causa di pubblico interesse*" ma richiede che la stessa causa debba essere dichiarata legalmente<sup>35</sup>. Tale dichiarazione può essere espressa o tacita, espressa quanto un atto legislativo o amministrativo, espressamente la dichiarano; tacita quando è intrinseca negli atti amministrativi che sottendono all'espropriazione stessa. La dichiarazione di pubblica utilità delle opere private, è tendenzialmente dichiarata con atto separato<sup>36</sup>.

c) *A fronte del pagamento di un indennizzo*. La determinazione effettiva dell'indennizzo ha costituito da subito oggetto di articolato confronto, non precisando la Costituzione, che l'indennizzo, dovesse essere "giusto". La questione in Assemblea Costituente fu soggetta ad espresso dibattito. Si ritenne di non inserire l'aggettivo "giusto" ritenuto pleonastico.

Su tutti questi punti si ritornerà come detto nel Capitolo IV del presente lavoro, dove si analizzerà anche la commisurazione dell'indennizzo anche a seguito della giurisprudenza europea.

#### ***4. L'influenza del diritto comunitario ed il fondamento giuridico del potere espropriativo.***

Preliminarmente occorre affermare che al diritto comunitario della proprietà saranno dedicati i capitoli successivi; ci si permetta, tuttavia, di dare alcuni accenni a quanto sarà nel prosieguo trattato.

---

<sup>34</sup> Corte Cost. 90/66.

<sup>35</sup> CDS, Sez IV, 2460/08

<sup>36</sup> La dichiarazione di pubblica utilità delle opere pubbliche, può essere invece espressa o tacita a sua volta e non contenuta in un apposito atto amministrativo separato: nel secondo caso, peraltro non poco ricorrente, la dichiarazione discende in via automatica dall'autorizzazione data con legge all'esecuzione dell'opera ovvero, ancora, dall'approvazione del progetto ad opera della competente autorità.

Quanto alla disciplina di riferimento, l'art. 9 della legge 2359/1865 indicava le ipotesi per le quali era ritenuta obbligatoria la dichiarazione espressa. Successivamente, il R.D. 422/23, ammise che la dichiarazione potesse intervenire in forma tacita anche con riferimento alle ipotesi elencate dall'art. 9 suddetto considerando, in ogni caso, la dichiarazione implicita per tutte le opere pubbliche la cui esecuzione fosse autorizzata in via legislativa. Infine, l'art. 1 della legge 1/78, ha ritenuto implicita la dichiarazione di p.u. nell'approvazione di progetti di opere pubbliche da parte degli organi dello Stato e dei competenti enti territoriali, fermo restando la disciplina contenuta nelle leggi speciali in materia. PELLEGRINO S., *Gli atti che comportano la dichiarazione di pubblica utilità*, in GAROFOLI A. – FERRARI G., *Codice dell'espropriazione annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Roma, 2008.

Come previsto dalla nuova formulazione dell'art. 117 Cost. nella versione *post novella*, nel modellare l'istituto proprietario nelle sue molteplici e già viste declinazioni o statuti, il legislatore si trova ad essere orientato non soltanto dalla Carta Costituzionale, ma anche dal diritto comunitario ed in particolare dalla CEDU<sup>37</sup>.

Occorre rilevare che il diritto comunitario non ha inteso introdurre una nuova nozione dell'istituto proprietario ma ha sancito, all'art. 395 del TFUE secondo le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona (*ex art. 295 TCE*), il principio di neutralità rispetto alla disciplina esistente negli Stati membri, spostando implicitamente l'attenzione dall'appartenenza del bene al suo uso<sup>38</sup>.

Manca pertanto nei Trattati o in altre fonti comunitarie una disciplina organica della proprietà non risultando del resto difficile comprendere le ragioni di siffatta scelta: l'assenza di una cultura giuridica uniforme a livello europeo ha reso impossibile e rende difficile anche oggi adottare una compiuta disciplina europea sulla proprietà.

D'altronde, considerando gli obiettivi che sul piano economico l'Unione si prefigge, una normativa europea unitaria in materia presenterebbe una limitata utilità con ciò giustificandosi l'assenza di importanti segnali di unificazione legislativa o quantomeno di forti avvicinamenti tra le discipline nazionali<sup>39</sup>.

Ciò non significa che dall'ordinamento comunitario nel suo complesso non possano trarsi indicazioni o linee evolutive. Invero nonostante la dichiarata indifferenza del diritto comunitario rispetto al regime di proprietà in vigore negli Stati membri, la Corte di Giustizia ha più volte affermato che le istituzioni nazionali non possono appellarsi all'art. 295 per paralizzare l'applicazione delle norme

---

<sup>37</sup> Secondo quanto chiarito dalla Corte Costituzionale, l'art. 117 distingue i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e quelli riconducibili agli obblighi internazionali, ponendo una differenza che non è soltanto terminologica, ma anche sostanziale. Con l'adesione ai Trattati, l'Italia, cedendo quote della propria sovranità nelle materie regolamentate a livello comunitario, è entrata a far parte di un ordinamento sovranazionale le cui norme prevalgono su quelle interne con il solo limite dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

Al Contrario la CEDU, la stessa non è un organo generato in seno all'UE, ma è stato prodotto dal Consiglio d'Europa per cui non ha originato un'organizzazione sovranazionale i cui atti normativi sono immediatamente applicabili, ma si pone più limitatamente come un trattato internazionale multilaterale da cui derivano obblighi per i soli Stati contraenti; questo vuol dire che il giudice nazionale, non può disapplicare la norma interna in contrasto con le previsioni CEDU.

La Corte Costituzionale, ha precisato che le norme della CEDU, dopo la riforma 2001, sono diventate norme interposte nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto la norma nazionale che si assume rispetto ad esse difforme. Viene altresì in rilievo anche la posizione della Corte di Giustizia la quale ha costantemente annoverato tra i principi generali dell'ordinamento comunitario quelli enunciati dalla CEDU. MANGANARO F., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. Amm.*, 2008, 400.

<sup>38</sup> La disposizione deriva direttamente dalla dichiarazione di Schuman del 9 maggio del 1950, poi trasfusa nell'art. 83 del Trattato CECA. L'intento originario dell'ordinamento comunitario era pertanto quello di garantire una sua indifferenza rispetto alla proprietà delle imprese.

<sup>39</sup> TRIMARCHI M., *I beni*, in CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007.



fondamentali del Trattato.

Inoltre, nell'evoluzione dell'integrazione europea il principio di neutralità ha subito un obiettivo temperamento non solo per effetto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma anche in considerazione delle recenti sollecitazioni del diritto comunitario derivato dalla privatizzazione degli enti e degli stessi beni pubblici come conseguenza dei processi di liberalizzazione, nonché della rigorosa applicazione del divieto di aiuti di stato alle imprese e dei limiti all'indebitamento pubblico.

A ben vedere, anche nel diritto comunitario, la proprietà risulta spogliata dell'attributo dell'assolutezza e si pone come situazione giuridica soggettiva la cui concreta fisionomia assume precisi contorni per effetto del confronto e del bilanciamento con gli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, benché non si sia ancora arrivati alla definizione di un vero e proprio interesse pubblico comunitario e gli obiettivi di interesse generale che giustificano le limitazioni al diritto di proprietà da parte di atti comunitari siano individuati di volta in volta<sup>40</sup>.

Come è noto, nel comporre i diversi principi che indirettamente condizionano l'assetto della materia proprietaria, la Corte si ispira anche alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed ai trattati stipulati dagli stessi. In particolare, punto di riferimento imprescindibile della tutela accordata dalla giurisprudenza comunitaria al diritto di proprietà è costituito dall'art. I Prot. 1 addizionale alla CEDU di cui parleremo nel prosieguo del presente lavoro.

Il diritto Comunitario, delinea l'istituto proprietario, come diritto di godere, usare, disporre e lasciare in eredità i beni realizzando così un ampliamento dell'oggetto della tutela rispetto a quanto previsto dall'art. I Prot. 1 addizionale alla CEDU.

Quanto alla nozione di proprietà accolta dalla Carta, occorre infine osservare che il diritto comunitario utilizza il termine proprietà in modo assai ampio in quanto conformandosi agli approdi della giurisprudenza della CtEDU la quale, come si

---

<sup>40</sup> GARDELLA A., *Art. 295*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004. Particolarmente interessante sotto questo profilo, è anche la sentenza del 6 dicembre 2005 ove la Corte di Lussemburgo, legando la tutela della proprietà a quella della libertà di iniziativa economica, afferma esplicitamente che secondo costante giurisprudenza il diritto di proprietà così come la libertà di esercizio di un'attività economica, fa parte dei principi generali del diritto comunitario.

vedrà nel prosieguo del presente lavoro, ha finito per parificare la nozione di proprietà a quella di bene, accordando in questo modo la protezione offerta dalla CEDU anche alle cose incorporali.

Si può quindi concludere che anche l'ordinamento comunitario abbia fatto propria l'idea dell'esistenza di una pluralità di statuti proprietari. Il moltiplicarsi dei beni che possono costituire oggetto del diritto di proprietà comporta inevitabilmente la nascita di nuovi interessi giuridicamente rilevanti e di nuove modalità di tutela che poi si traducono in discipline differenziate.

Esse tuttavia impongono all'attenzione dell'interprete la problematica inerente alla identificazione dei confini dell'istituto così da poter continuare a distinguere la proprietà nel panorama delle istituzioni giuridiche soggettive tutelate.

Si può quindi parlare di vero e proprio "nuovo statuto proprietario" a livello comunitario?

## CAPITOLO SECONDO

### DIRITTO DI PROPRIETÀ E CEDU

Sommario: 1. L'istituto proprietario nell'art. 1 Prot. 1 CEDU; 1.1. Il concetto di bene; 1.2. La regolamentazione dell'uso dei beni e gli obblighi dello Stato sulla tutela della proprietà; 1.3. Il principio di legalità.; 2. La funzione sociale della proprietà; 3. La proprietà nel diritto comunitario: agli albori della nuova stagione della proprietà.

#### **1. *L'istituto proprietario nell'art. 1 Prot. 1 CEDU***

Sulla scia garantista del dopo guerra, venne conclusa a Roma nel 1950 la Convenzione europea sui diritti dell'uomo (CEDU) nella quale sono ancorati i principali diritti dell'uomo quali ad esempio il diritto alla vita, la proibizione della tortura, il diritto alla libertà ed alla sicurezza, a un equo processo, al rispetto della sfera privata, la libertà d'opinione o il divieto della discriminazione. Tuttavia, con l'andar del tempo, la Convenzione si è ulteriormente arricchita di diversi protocolli aggiuntivi, che hanno ampliato il catalogo dei diritti tutelati sulle nuove esigenze che si determinavano dal contingente (protocolli aggiuntivi n. 1, n. 4, n. 6, n. 7, n. 12 e n. 13).

Questa nascita di esigenze, ha fatto sì che nei Trattati Europei successivi al 1950 si è insistito sul rispetto dei diritti fondamentali - in particolare quelli garantiti nella CEDU - così ad esempio, nel preambolo del Trattato di Amsterdam si fa riferimento ai diritti sociali fondamentali definiti nella Carta sociale europea (Consiglio d'Europa) del 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989.

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali costituisce quindi una delle realizzazioni cardine di garanzia collettiva di sviluppo dei diritti e libertà dell'uomo. Infatti la Convenzione ha istituito un sistema di protezione collettiva di natura prevalentemente giudiziaria imperniato sulla Corte europea dei diritti dell'uomo che vincola i 46 Stati firmatari.

Uno degli aspetti fondamentali è che il sistema della Convenzione introduce una tutela oggettiva: gli Stati non agiscono come interessati di volta in volta per far valere uno dei diritti, ma nel loro insieme – e questo è chiaro nel preambolo della Convenzione – perché hanno ritenuto che la tutela dei diritti fondamentali, quelli del catalogo iniziale più i protocolli che nel tempo lo hanno integrato, è

condizione per il mantenimento della democrazia e della pace nel continente europeo ed è espressione di valori comuni.

Altro aspetto centrale della CEDU è il ruolo sussidiario della Corte Europea: ciò non vuol dire che la Corte abbia una funzione ridimensionata e subordinata all'interno del sistema, ma che gli Stati membri debbano per primi rispettare e tutelare in modo effettivo i diritti e le libertà riconosciute ed elencate nella Convenzione mediante strumenti di diritto nazionale (ciò implica la predisposizione di questi, qualora non esistano). Infatti, una delle condizioni di ricevibilità affinché un singolo individuo possa adire la Corte è l'esaurimento delle vie di ricorso interne ex art 35 CEDU<sup>41</sup>.

La Corte europea dei diritti dell'uomo è infatti l'unico organo giurisdizionale previsto ai sensi dell'art. 32 CEDU che tutela i diritti e le libertà dell'uomo ed alla quale i privati cittadini, oltre che gli Stati, possono ricorrere qualora ritengano di essere vittime di una violazione riconosciuta dalla Convenzione. Sulla base dei ricorsi diretti alla Corte si elabora una giurisprudenza internazionale che obbliga tutti gli Stati contraenti ad adeguare l'ordinamento giuridico interno nazionale, vale a dire a modificare prassi e/o normative o colmare vuoti legislativi al fine di prevenire nuove violazioni della Convenzione.

Quindi anche a livello giurisprudenziale si è manifestata questa forte attenzione alla salvaguardia dei diritti fondamentali poiché l'accresciuta importanza della loro tutela, ha permesso alle Corte europea di pronunciarsi numerose volte – spesso in contrapposizione alla giurisprudenza degli Stati membri – a garanzia degli stessi. La giurisprudenza interna degli Stati ha sempre vissuto con preoccupazione le numerose pronunce della Corte Europea sulle violazioni dei diritti fondamentali che con la sua portata spesso così contraria alla *ratio* delle giurisprudenze nazionali, coinvolge non solo le legislazioni ed i sistemi “astratti” ma anche i gangli che animano gli stessi.

Questo clima è naturalmente comprensibile se solo si pone l'attenzione al meccanismo sotteso alla protezione dei diritti fondamentali fondato sull'accennato

---

<sup>41</sup>Ad esempio, nel caso in cui la parte ricorrente si lamenti della durata di una procedura, questa deve esaurire la via di ricorso introdotta dalla legge n° 89 del 24 marzo 2001 (“legge Pinto”, introdotta proprio in funzione della predisposizione di uno strumento interno di cui si diceva) che sancisce il diritto, per ogni persona che abbia subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di una violazione del termine ragionevole di durata del processo, di ottenere un'equa soddisfazione.

principio di sussidiarietà (qui in senso lato) e quindi, sulla verifica dell'operato nazionale da parte dei giudici di Strasburgo<sup>42</sup>.

È proprio in questo clima di tutele che venne successivamente aggiunto il 18 maggio 1954, il Prot. I alla CEDU che rappresenta l'oggetto dell'odierna trattazione ed in particolar modo la tutela del diritto di proprietà – annoverato a buon diritto tra i diritti fondamentali - così come ravvisato dalla prima norma convenzionale.

Nella odierna trattazione occorre partire, per l'esame delle problematiche afferenti al concetto di proprietà, dal testo dell'articolo 1 Protocollo n.1 della

---

<sup>42</sup>Dal lungo ed appassionato dibattito che ha accompagnato l'introduzione della sussidiarietà nell'ordinamento comunitario dovrebbe essere abbastanza facile intuire come su quel piano si giochino questioni strategiche, se non addirittura decisive, del processo di integrazione europea. Da una parte il principio di sussidiarietà dovrebbe trovare applicazione sul piano orizzontale per disciplinare il rapporto tra pubblico e privato. Dall'altra, esso è esplicitamente richiamato per disciplinare il riparto delle competenze tra Unione Europea, Stati membri ed autonomie locali. Data l'importanza delle questioni in gioco può essere opportuno tornare a proporre un'analisi delle norme che hanno introdotto il principio all'interno dell'ordinamento europeo. Già con la costruzione del mercato comune, la sussidiarietà aveva trovato ingresso nell'ordinamento comunitario. Infatti, nel principio della concorrenza e nelle quattro libertà - regole cardine che hanno governato il mercato europeo e le istituzioni comunitarie fin dalle origini – potrebbe essere possibile rinvenire un'attuazione dell'interpretazione liberale dell'idea sussidiaria: un sistema che affida al mercato il compito di autodisciplinarsi e che limita l'intervento pubblico ad ipotesi ben definite in cui l'iniziativa privata appare inidonea al raggiungimento degli obiettivi posti. Al di là di questo possibile precedente 'orizzontale', è sul piano 'verticale' che la sussidiarietà si è affermata come principio cardine dell'ordinamento europeo. Secondo una consolidata dottrina, è a partire dal testo originario dell'articolo 130 R, paragrafo 4 dell'Atto Unico Europeo (ormai abrogato) che è possibile rinvenire la prima esplicita manifestazione normativa del principio di sussidiarietà. Questa norma prevedeva che, in materia ambientale, "la Comunità agisce nella misura in cui gli obiettivi possono essere realizzati a livello comunitario piuttosto che a livello dei singoli Stati membri." È con il Trattato di Maastricht, tuttavia, che la sussidiarietà diventa uno dei principi fondamentali dell'Unione Europea: un esplicito principio di costituzione materiale che dovrebbe regolamentare gli sviluppi futuri del processo di integrazione. Il nuovo 'rango' del principio emerge da più di un punto nel testo del Trattato. Innanzitutto, già nel penultimo punto del preambolo gli Stati membri si dichiarano "decisi a portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini conformemente al principio di sussidiarietà". Inoltre, per un consolidato orientamento dottrinario, è alla luce del dettato del preambolo che dovrebbe essere letto l'articolo A (oggi articolo 1 Trattato C.E.) secondo comma, secondo cui "il presente Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini". Infine, con l'articolo 3 B (oggi articolo 5 Trattato C.E.) secondo comma, dove si afferma che "la Comunità interviene, secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono, dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati al meglio a livello comunitario", l'applicazione del principio viene generalizzata per tutti i settori di "competenza non esclusiva". Naturalmente, vista la rilevanza cruciale che il Trattato attribuisce alla sussidiarietà e viste le difficoltà di inquadrare normativamente un principio così sfuggente, non sono mancati i problemi interpretativi. Ad esempio, ci si è interrogati sulla possibilità di tenere in considerazione nella valutazione sulla sufficienza dell'intervento statale la capacità di intervento delle istituzioni regionali e locali. Oppure, nel tentativo di individuare l'esatto ambito di operatività concreta del principio si è cercato di indagare sui rapporti tra l'articolo 3 B ed il principio di funzionalità ex articolo 235 del Trattato di Maastricht. O ancora ci si è interrogati a proposito dell'incidenza delle norme sulla sussidiarietà sul sistema delle competenze. Inoltre si è cercato di fare luce sul coordinamento della sussidiarietà con altri principi consolidati del diritto comunitario come quelli di proporzionalità, di attribuzione e di leale collaborazione. La sussidiarietà è certamente uno dei temi più dibattuti negli ultimi anni. Nel tentativo di ricostruirne la portata si sono, infatti, cimentati studiosi delle discipline più svariate. Per quel che riguarda l'approccio giuridico ai problemi della sussidiarietà si segnalano ALBANESE A., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. Pub.* n. 1 2002, ANTONINI L., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze* n. 1 2000, ANTONINI L., *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quaderni Costituzionali* n. 3 2002, AZZERA L., *Il sistema delle competenze*, in *Il Foro italiano* n. 1 2005, BAUDREZ M., *Un principio ispiratore di riforme: la sussidiarietà in Francia, in Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto* a cura di RINELLA A., COEN L., SCARMIGLIA R., Padova, Cedam, 1999, CAFARI PANICO R., *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, in *Rivista di diritto europeo* n. 1 1994, CARINCI F., *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *ADL* 2006 n. 6, CASAVOLA F., *Dal federalismo alla sussidiarietà: le ragioni di un principio*, *Foro Italiano* n. 4 1996, CHESSA O., *La sussidiarietà (verticale) come "precetto di ottimizzazione" e come criterio ordinatore*, in *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo* n. 4 2002, D'ATENA A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Costituzionali* n. 1 2001, D'ATENA A., *La sussidiarietà tra valori e regole in Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente* n. 2 2004, D'ATENA A., *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri in Diritto dell'Unione Europea* n. 1 2005, GIANNITI L., *I Parlamenti nazionali garanti del principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Costituzionali* n. 1, 2003, IPPOLITO F., *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tabacco*, in *Il Diritto Dell'unione Europea* n. 3 2004, LUTHER J., *Il principio di sussidiarietà: un "principio speranza" per l'ordinamento europeo?*, in *Foro Italiano* n. 4 1996, MASSA PINTO I., *Il principio di sussidiarietà nel Progetto di Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo* n. 3 2003, PANZERA C., *Il doppio volto della sussidiarietà*, n. 4 2003, PETRANGELI F., *Sussidiarietà e Parlamenti nazionali: i rischi di confusione istituzionale*, in *Quaderni Costituzionali* n. 1, 2003, PINELLI C., *Il disegno delle istituzioni politiche*, in *Il Foro Italiano* n. 1 2005, RINELLA A., *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto* a cura di RINELLA A., COEN L., SCARMIGLIA R., Padova, Cedam, 1999, STAIANO S., *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici in Federalismi.it del 9/3/2006*, STROZZI G., *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, in *Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comparato* n. 1 1993.

Convenzione: *“Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d’utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.*

*Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu’ils jugent nécessaire pour régler l’usage des biens conformément à l’intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d’autre contributions ou des amendes<sup>43</sup>”.*

Preliminarmente bisogna osservare come nell’ambito di tale articolo si distinguano tre norme: la prima, espressa nella prima frase del primo comma e che riveste un carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda, che figura nella seconda frase dello stesso comma, concerne la privazione della proprietà e la sottomette a determinate condizioni; la terza, espressa nel secondo comma, riconosce agli Stati contraenti il potere di regolamentare l’uso dei beni conformemente all’interesse generale. Su questa corrente interpretativa la stessa giurisprudenza della Corte, ha chiarito che: *“La prima è espressa nella prima frase del primo comma e riveste carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda che figura nella seconda frase dello stesso comma, concerne la privazione della proprietà e la sottomette a determinate condizioni; quanto alla terza, espressa nel secondo comma, riconosce agli Stati contraenti il potere tra gli altri di regolamentare l’uso dei beni conformemente all’interesse generale [...]. Non si tratta di regole sprovviste di rapporto tra loro. La seconda e la terza, che sono tratte da esempi particolari di violazione del diritto di proprietà, devono interpretarsi alla luce del principio consacrato nella prima<sup>44</sup>”.*

La stessa collocazione della norma, nell’ambito di un protocollo aggiuntivo anziché nel corpo stesso della Convenzione, dimostra emblematicamente quanta attenzione vi sia stata al momento dell’inserimento della disposizione, da parte dei compilatori.

Il diritto di proprietà e la sua stessa portata dogmatica, assumono in ogni ordinamento capitalistico un rilievo preponderante; il che comporta un’ovvia

---

<sup>43</sup> *“Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende”.*

<sup>44</sup> Tra le altre Corte dir. Uomo, 21 febbraio 1986, JAMES ED ALTRI C. REGNO UNITO; SPORRONG E LONNOROTH C. SVEZIA del 23 settembre 1982.

resistenza degli Stati verso norme sopranazionali che in qualche modo la disciplinino. Su questa norma si aprì un ampio dibattito influenzato da motivazioni di carattere politico ed ideologico. Inoltre, l'affermarsi sulla scena internazionale, nei Paesi dell'est europeo, del c.d. "socialismo reale" poneva molte perplessità sull'opportunità di tale operazione.

Si giunse così all'elaborazione dell'articolo 1 che costituisce una formula di compromesso fra i contrastanti orientamenti sull'istituto proprietario; il riferimento alla proprietà, che in origine si sarebbe dovuto inserire al primo comma della norma, scompare per lasciar posto ad un'espressione più generica: "*rispetto dei propri beni*".

La nozione di proprietà, risultante dall'interpretazione che la Corte di Strasburgo fa della prima frase del primo comma art.1 protocollo 1, sta progressivamente acquistando il ruolo di nozione autonoma; si sta infatti riducendo – le recenti sentenze della Corte Europea ne sono una conferma – il margine di apprezzamento lasciato agli Stati sulla portata del diritto di proprietà. Le nozioni autonome sono delle nozioni giuridiche che, separate dal diritto interno, devono interpretarsi nel contesto della Convenzione, alla luce del suo oggetto e del suo scopo; il diritto interno non è che un punto di partenza. Queste nozioni permettono agli organi di Strasburgo di determinare il campo di applicazione della Convenzione e di controllare la conformità alla Convenzione dell'interpretazione nazionale di certe nozioni di alto rilievo giuridico<sup>45</sup>.

La disposizione che qui si esamina ha universalizzato un compendio di principi valevoli per il regime proprietario sganciando il sistema di tutela della competenza esclusiva dei singoli Stati ed aprendolo a forme di controllo sovranazionale.

Una moderna dottrina si è mossa dall'individuazione nell'art. I Prot. 1 CEDU, di soglie di tutela superiori a quelle contenute nelle singole legislazioni e nelle Costituzioni degli Stati membri<sup>46</sup>. Ciò in forza del principio evolutivo e del

---

<sup>45</sup> CONDORELLI L., *La proprietà nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir. Intern.*, 1970, 175; NUNUN R., *Osservazioni sulla tutela del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. Dir. Intern.*, 1991; PADELLETTI M. L., *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, Milano, 2003; COLANCINO N., *La protezione del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, Roma, 2007.

<sup>46</sup> Oltre alla vicenda delle occupazioni illegittime va ricordata la questione parimenti delicata, delle leggi di proroga degli sfratti rispetto alla quale l'Italia è stata ripetutamente sanzionata. Cfr. Corte dir. Uomo, 21 febbraio 2002 GHIDOTTI C. ITALIA, nella quale la violazione dell'art. I Prot. 1 CEDU sotto il profilo della sproporzionalità fra ingerenza dell'amministrazione e diritto fondamentale è stata desunta dal lasso di tempo intercorso per ottenere la restituzione del bene, dall'assenza di efficaci sistemi rimediali per mettere in esecuzione la sentenza di sfratto.

principio di effettività che hanno consentito alla Corte Europea dei diritti umani, di attualizzare il contenuto di tali diritti in ragione dell'evoluzione sociale e culturale dei differenti Stati membri<sup>47</sup>.

L'interpretazione delle espressioni contenute nell'art. I Prot. 1 non deve seguire quella esistente nell'ordinamento interno. Ecco perché si parla di interpretazione autonoma; ovverosia la ricerca del significato di un'espressione contenuta nella Convenzione va cercata alla luce della stessa. Il che consente di pervenire ad un'interpretazione uniforme nei vari Paesi aderenti che fanno applicazione dei principi contenuti nella CEDU e al contempo, di impedire che un singolo Stato si sottragga agli obblighi su di esso incombenti facendo riferimento al contenuto delle disposizioni interne<sup>48</sup>.

Ma accanto a tale canone esegetico non può non sottolinearsi l'opportunità di perseguire sempre, nella lettura della disposizione, il c.d. "effetto utile" in modo da garantire che tra due possibili interpretazioni prevalga quella che dà valore ed efficacia alla disposizione piuttosto che quella rivolta ad escluderne ogni valenza. Ed in tale prospettiva che si coglie l'importanza dell'organo giurisdizionale, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, chiamato a vivificare il contenuto di un precetto contenente sicuramente norme generiche ed imprecise.

Per un'analisi completa e viscerale della norma *de qua* l'argomento delle interpretazioni autonome deve essere collegato necessariamente a quello del margine di apprezzamento. Quest'ultimo si pone rispetto a quello delle nozioni autonome in un rapporto speculare. Infatti, tanto più cresce il margine di apprezzamento che la Corte riconosce in una determinata materia ad uno Stato, tanto più diminuisce lo spazio per l'elaborazione di una nozione autonoma in campo convenzionale per la stessa materia.

Infatti, abbiamo già detto che gli organi di Strasburgo cercano di realizzare lo scopo della Convenzione e cioè la tutela dei diritti umani, avendo cura di rispettare le diversità e le peculiarità che caratterizzano gli ordinamenti interni. Per fare ciò si riconosce agli Stati il c.d. "margine di apprezzamento".

---

<sup>47</sup> DE SALVIA M., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001 che ricorda a proposito del principio evolutivo, la sentenza Tyrer: "La Convenzione è uno strumento vivo da interpretare alla luce delle condizioni di vita attuale" e la sentenza Guzzardi: "La Convenzione deve essere interpretata alla luce delle concezioni che prevalgono ai giorni nostri negli Stati Democratici".

<sup>48</sup> PADELLETTI M. L., *Op. Cit.* vedi nota 49. L'autore rileva come utili canoni interpretativi sono rappresentati oltre che dal ricorso allo scopo ed all'oggetto del trattato, anche dal rinvio pur non privo di ambiguità, ai principi comuni degli Stati contraenti sul diritto di proprietà.



La dottrina del margine di apprezzamento statale corrisponde ad un atteggiamento che può essere qualificato di *self-restraint* da parte della Corte Europea. I giudici di Strasburgo, posti di fronte ad una misura statale che sembra porsi in contrasto con la Convenzione, possono astenersi dal giudicare sulla base della constatazione che il sistema stesso della CEDU consente agli Stati di fare uso di un certo "margine di apprezzamento" in ordine alla portata delle deroghe e delle clausole di interferenza previste dalle Convenzione. In altri termini, il margine di apprezzamento è quello spazio in cui la Corte riconosce agli Stati libertà di azione e di manovra prima di dichiarare che la misura statale di deroga, di limitazione o di interferenza con una libertà garantita dalla CEDU configuri una concreta violazione della Convenzione stessa: si tratta quindi di un "confine" tra misure ammesse (in quanto interne al "margine di apprezzamento") e misure non ammesse (in quanto eccedenti tale margine e quindi costituenti violazioni della Convenzione); un confine necessariamente mobile.

Questa evoluzione interpretativa si colloca in un contesto in cui possono entrare in collisione da una parte gli obblighi assunti dagli Stati in virtù della loro adesione alla CEDU e dall'altra parte la sovranità degli Stati stessi. Il principale problema che si viene a creare è quello di conciliare un'interpretazione uniforme della Convenzione con un criterio di relatività che assicuri il rispetto delle diversità giuridiche, culturali e sociali dei paesi firmatari della stessa.

In questo ambito si colloca anche la preoccupazione di una protezione dei diritti che potrebbe assumere un carattere disomogeneo o "a carattere variabile". Si teme cioè che il riconoscimento del margine di apprezzamento possa determinare un problema di uniformità di applicazione della Convenzione stessa, con la conseguente creazione di differenze fra gli Stati. Infatti, a seconda della diversa intensità del margine di apprezzamento in ordine alla stessa materia, una stessa disposizione convenzionale potrebbe avere più o meno forza di penetrazione negli ordinamenti interni.

### **1.1. Il concetto di bene**

Da quanto fin qui esposto, è utile soffermare la nostra attenzione su un ulteriore aspetto rappresentato nell'art. 1 Prot. 1 CEDU ovvero il concetto di bene, così come

inteso a livello convenzionale<sup>49</sup>.

La parametrizzazione di tale concetto, può essere sintetizzata rilevando che tale nozione ha subito – per effetto di molteplici interventi della Corte – progressivi ampliamenti superando indirizzi dapprima inaugurati nel primo periodo di vigenza della Convenzione, dalla Commissione Europea.

Per giurisprudenza costante, la norma in esame ha sostanzialmente ad oggetto la tutela del diritto di proprietà, poiché, il diritto di disporre dei proprie beni, costituisce tradizionalmente un elemento fondamentale del diritto di proprietà<sup>50</sup>. Infatti la Corte tende in genere ad accertare l'esistenza di un bene ai sensi della norma in esame. Nonostante il concetto di bene sia diverso e più ampio, rispetto a quello di proprietà, un'analisi complessiva della giurisprudenza mostra come le due nozioni vengano generalmente considerate come equivalenti.

La nozione di bene presente nella Convenzione non comprende tuttavia solo la proprietà sui beni mobili ed immobili e la proprietà intellettuale ma copre anche le fattispecie che non sono ad essa riconducibili sul piano dell'ordinamento interno<sup>51</sup>.

Il diritto di proprietà tutelato dalla norma infatti, ha una portata autonoma ed è indipendente rispetto alle qualificazioni formali dei singoli ordinamenti nazionali. Appare per esempio irrilevante ai fini dell'applicazione della Convenzione, che il richiedente sia titolare di un diritto di proprietà secondo il diritto interno. Già nel caso *GASUS SOSIER – UND FORDERTECHNIK C. PASI BASSI*, che aveva ad oggetto l'alienazione forzata di una betoniera venduta dal ricorrente con patto di riservato dominio, la Corte aveva ritenuto irrilevante la qualificazione della riserva di proprietà quale diritto reale di garanzia piuttosto che quale diritto di proprietà; mentre nel caso *MATOS E SILVA C. PORTOGALLO*, non ha ritenuto indispensabile accertare i titoli di proprietà dei ricorrenti, ritenendo che lo sfruttamento incontestato di certi terreni fosse sufficiente a renderli titolari di un bene, ai sensi della Convenzione.

---

<sup>49</sup> “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. [...]Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni [...]”

<sup>50</sup> “Nel riconoscere a ciascuno il diritto al rispetto dei suoi beni, l'art. 1 Prot. 1 CEDU garantisce in sostanza il diritto di proprietà. I termini “beni”, “proprietà”, “uso dei beni”, in inglese “possessions” e “use of property” lo lasciano intendere chiaramente; i lavori preparatori dal canto loro lo confermano senza equivoci: i redattori non hanno cessato di alludere al “diritto di proprietà” per designare la materia dei progetti successivi da cui è scaturito l'attuale articolo”. ZAGREBELSKY V., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, Vol. 1, Giuffrè, 2006.

<sup>51</sup> Si osservi la sentenza *Maurice c. Francia* 11810/03, par. 63, CEDU, 2005, IX. Va affermato inoltre, L'art. 1 Prot. 1 non garantisce di per sé qualsiasi diritto di diventare proprietario di un bene (*ex multis* *Van del Musselle c. Belgio*, 23/11/83, par. 48, serie A n. 70; *Slivenko c. Lettonia*, 48321/99, par. 121, CEDU, 2002, II)

Anche di recente la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con sentenza del 7 luglio 2011 (AGRATI C. ITALIA), è tornata sull'argomento precisando che un ricorrente può opporre la violazione della norma *de qua* solo nella misura in cui le decisioni che il privato contesta, alludono alla sua "proprietà" come indicata nell'articolo in esame quindi in modo del tutto estensivo e coincidente con il concetto di bene da essa espresso.

Cercando di mettere un punto su quanto fin d'ora esaminato, dall'attenta analisi del dettato giurisprudenziale della Corte, è degno di nota come la stessa sia andata assimilando al concetto di "bene", quello di "proprietà" confermando l'idea che la tutela apprestata dal diritto europeo insita nella norma in esame, prescinde dalla qualificazione giuridica delle nozioni di proprietà e beni presenti nei singoli ordinamenti.

Riassumendo quindi la nozione di proprietà indicata dalla norma, concerne sia i "beni esistenti", sia i valori patrimoniali e solo in determinati casi previsti dall'ordinamento comunitario, i crediti<sup>52</sup>.

A questo punto è utile soffermare l'attenzione su questa ultima tipologia che ha rappresentato la novità dottrinale e giurisprudenziale del concetto di bene convenzionalmente inteso. Perché un credito possa essere considerato un "valore patrimoniale" rientrando nel campo di applicazione dell'articolo in esame, il titolare del credito deve dimostrare che esso ha sufficiente fondamento nel diritto interno (ad esempio che è confermato da una consolidata giurisprudenza delle Corti nazionali proprie)<sup>53</sup>. Sempre dalla lettura della giurisprudenza della Corte, un credito relativo ad una pensione ad esempio può costituire "valore patrimoniale" ai

---

<sup>52</sup> Solo per comprendere la delicatezza del tema appare utile ricordare il caso BUFFALO S.R.L. C. ITALIA nel quale la CEDU ha riconosciuto rientrando nel concetto di bene il credito al rimborso di imposte non dovute, spettante al contribuente, corrisposto con notevole ritardo dall'amministrazione pubblica. In tale occasione la Corte confermando le opinioni dottrinali volte a giustificare una nozione ampia del termine "bene" sulla base della nozione di *property* nel *common law* e dunque a ritenere tale un "interesse patrimoniale sostanziale" - PADELLETTI M. L., *Op. Cit.* vedi nota 49 -, ha affermato che l'indisponibilità prolungata di somme di denaro dovute a titolo di rimborso, ha avuto un sicuro e considerevole impatto sulla situazione finanziaria della società; proprio perché un ritardo anormalmente lungo nel pagamento di un credito ha per conseguenza l'aggravamento della perdita finanziaria del creditore e lo pone in una situazione di incertezza. Qui la lesione arrecata ai beni viene individuata nel negativo impatto finanziario causato dall'attesa dei rimborsi, idonea ad elidere il giusto equilibrio che deve sussistere tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui. CONTI R., *Diritto di proprietà e CEDU*, Exeo Edizioni, Torino, 2012. Si veda anche la sentenza IATRIDIS C. GRECIA, CEDU, 25 marzo 1999, che ha incluso nella nozione di bene, l'avviamento di uno studio professionale. Si è ritenuto che il credito professionale di un avvocato per spese di lite che una norma interna aveva dichiarato compensate, disponendo *ope legis* l'estinzione dei relativi giudizi, rientrasse nella nozione di "bene" tutelato dalla norma. Si veda anche la sentenza Corte dir. Uomo, 31 maggio 2011 MAGGIO C. ITALIA.

<sup>53</sup> Una volta che si riesce a dimostrare quanto affermato nel corpo del testo, si può cominciare a considerare il concetto di "legittimo affidamento". Per la giurisprudenza vedi nota 11.

sensi dell'art I laddove sia stato confermato da una sentenza definitiva<sup>54</sup> ed è quindi ritenuto esigibile<sup>55</sup>.

Compendia in modo esaustivo la nozione omnicomprensiva di “bene” contemplata nell'art. I Prot. 1 CEDU, quella dottrina che, riassumendo i più significativi arresti sul punto, resi dalla Corte, vi fa rientrare: 1) diritti di disposizione a titolo ereditario, 2) diritti successori, 3) diritti alla conservazione della clientela, 4) diritti al mantenimento di una licenza di vendita di bevande alcoliche, 5) diritti del locatario alla conservazione dell'avviamento commerciale, 6) diritti del proprietario alla soddisfazione di un credito maturato sotto la vigenza di una legge abrogata prima del passaggio in giudicato della sentenza con la quale il credito era stato riconosciuto, 7) crediti di natura risarcitoria relativi ad un danno accertato con sentenza nonostante la successiva entrata in vigore di una nuova legge sul regime di responsabilità, 8) interessi patrimoniali dell'acquirente alla conservazione di un quadro acquisito in violazione della legge italiana del 1939 sulla tutela del patrimonio culturale ed artistico, 9) interessi patrimoniale del proprietario di un immobile, costruito abusivamente, al risarcimento del danno procurato dalla distruzione dell'immobile stesso<sup>56</sup>.

Ovviamente, l'elenco proposto è solo titolo esemplificativo e non esaustivo e poggia le proprie fondamenta sulla valorizzazione del concetto di utilità patrimoniali volto a superare lo schema classico della proprietà incentrato sull'essere della cosa e sulle difese riconosciute al proprietario sulla cosa stessa.

Un elemento comune a tutte le fattispecie considerate dalla giurisprudenza di Strasburgo è costituito quindi dal valore patrimoniale dell'interesse fatto valere dal ricorrente, senza peraltro che venga tracciata una netta distinzione tra titolarità di un diritto *stricto sensu* e semplice interesse patrimoniale. A tale riguardo la Corte è solita ripetere come, oltre alla proprietà di beni attuali, la nozione di proprietà ai sensi della Convenzione risulti applicabile anche rispetto ad altri diritti e interessi patrimoniali.

---

<sup>54</sup> Sent. PRAVEDNAYA C. RUSSIA, 69529/2001, par. 37, CEDU, 2004; Sent. ANHEUSER BUSCH INC. C. PORTOGALLO, CEDU, par. 72; sent. HAMER C. BELGIO, CEDU, par. 75 Vedasi nota 56, sentenza MAURICE C. FRANCIA

<sup>55</sup> Sent. RAFFINERIE GRECHE STRAN E STRETIS C. GRECIA, CEDU, par. 59.

<sup>56</sup> MOSCARINI A., *Proprietà private e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006. Catalogo la cui ampiezza è confermata dalle statistiche recentemente stilate dalla CEDU (settembre 2011) dalle quali risulta che dall'epoca della sua istituzione i ricorsi che hanno riguardato la tutela del diritto proprietario nei confronti degli Stati contraenti sono stati pari al 14% dei ricorsi; percentuale che tra l'altro appare in linea con quella relativa all'Italia sempre del 14%.

L'estensione della nozione anche rispetto a fattispecie che non siano qualificate come diritti secondo l'ordinamento interno rende difficile stabilire quando un interesse patrimoniale rientri nel campo di applicazione della norma in esame. In genere la Corte fa riferimento al criterio della "legittima aspettativa" al fine di considerare un valore patrimoniale come facente parte di un patrimonio del singolo<sup>57</sup>.

Il criterio esposto ha trovato applicazione per la prima volta nel caso PINE VALLEY, che aveva ad oggetto il rilascio di un certificato relativo ad un piano di urbanizzazione di alcuni terreni in seguito considerato nullo da una sentenza della Corte Suprema Irlandese. Nel caso di specie il criterio della legittima aspettativa aveva assunto un significato analogo al principio del legittimo affidamento, operando rispetto a norme che incidevano retroattivamente sugli interessi patrimoniali del singolo.

In generale, il criterio della legittima aspettativa, attribuisce rilievo alla circostanza che il singolo possa ragionevolmente aspettarsi, in virtù di una giurisprudenza consolidata, oppure dello stato della legislazione interna, di veder concretizzato un certo valore patrimoniale. Sulla base di tale criterio la Corte, ha considerato quale bene, inteso in senso convenzionale, anche un'azione legale tesa a far valere la nullità di un contratto di mutuo stipulato dai ricorrenti, messa nel nulla da una legge successiva con effetto retroattivo.

Al contrario modificando la decisione di primo grado, la Grande Camera, nel caso KOPECKY, ha escluso che l'esistenza di una controversia genuina o di domanda sostenibile siano di per sé sufficienti a ritenere sussistente una legittima aspettativa.

Infatti, nel caso di specie sopra menzionato, dopo un'attenta disamina della giurisprudenza in materia di aspettativa legittima, la Grande Camera ha precisato come, quando l'interesse patrimoniale fatto valere dal ricorrente si sostanzia in un credito, o abbia comunque un fondamento obbligatorio, un valore patrimoniale

---

<sup>57</sup> A titolo esemplificativo si riporta un caso di scuola per aiutare la comprensione di quanto fin qui esposto che, essendo denso di contenuti, non è di immediata percezione: Tizio utilizza la villetta Alfa come casa vacanze. La stessa è edificata senza il permesso di costruire in zona sottoposta a vincolo di inedificabilità - senza peraltro che la pubblica amministrazione locale avesse, per 25 anni, contestato la violazione ed abbia incassato le imposte relative all'immobile stesso - . Ai sensi e per gli effetti dell'art. 1 Prot. 1 e della conclamata giurisprudenza CEDU, Tizio è considerato titolare del bene, se solo si considera che la norma convenzionale tutela non solo i beni attuali ma anche l'aspettativa legittima che un soggetto può avere per ottenere il riconoscimento effettivo del suo diritto di proprietà. In questa prospettiva si consideri quanto affermato nella nota n. 60 in merito all'autonoma tutelabilità dell'avviamento di un'attività professionale distinguendolo dall'attività medesima. Conforme sent. VAN MARLE E A. C. PAESI BASSI, 26 giugno 1986, CEDU; sent. TRE TRAKTORER C. SVEZIA, 7 luglio 1989, CEDU; Sent. PLALAM SPA C. ITALIA, 18.05.2010, CEDU; KLAUS ET IOURI KILADZE C. GEORGIA, 02.02.2010 CEDU; BASARBA OOD C. BULGARIA, CEDU.

attuare ai sensi della Convenzione, possa essere presunto solo in presenza di un sufficiente fondamento giuridico sul piano interno, fondamento che può anche derivare da una giurisprudenza consolidata<sup>58</sup>.

Un ulteriore criterio che sembra emergere in alcune sentenze più recenti, è inoltre costituito dal riconoscimento di fatto dell'interesse patrimoniale del singolo, che la Corte riscontra ogni qual volta le autorità dello Stato tollerino negligenzemente una certa situazione patrimoniale, omettendo di attivarsi in un tempo ragionevole. Un caso che più di ogni altro ci riguarda è stato il caso BEYELER, nel quale la Corte ha attribuito un rilievo decisivo all'atteggiamento passivo tenuto per molti anni dalle autorità italiane nei confronti della posizione del ricorrente<sup>59</sup>.

In tali casi, l'inerzia e la negligenza delle autorità statali può avere quale conseguenza quella di riportare nell'ambito della Convenzione anche interessi patrimoniali relativi a beni acquisiti dal singolo in contrasto con le norme interne dell'ordinamento di riferimento.

### ***1.2. La regolamentazione dell'uso dei beni e gli obblighi dello Stato sulla tutela della proprietà.***

A questo punto della trattazione, è utile accennare quale sia la valenza della Convenzione nell'ordinamento italiano come modello generico per introdurre l'argomento di cui al titolo del presente paragrafo.

In base all'impostazione dualista del rapporto fra ordinamento interno e normativa internazionale, l'adattamento del diritto italiano alla CEDU è avvenuto con legge ordinaria, la n. 848 del 1955.

Come è avvenuto per il Trattato istitutivo delle Comunità Europee, il ricorso alla legge ordinaria ha posto taluni problemi, riguardanti la collocazione della CEDU all'interno del sistema nazionale delle fonti. In particolare, ci si è interrogati sul valore da attribuire alla Convenzione e sulla possibilità/necessità di ancorarla ad una base legale di rango costituzionale, in considerazione della sua autorevolezza e

---

<sup>58</sup> KOPECKY C. SLOVACCHIA, 28.09.2004, CEDU, GC; DRAON C. FRANCIA, 06.10.2005; CEDU, GC, MAURICE C. FRANCIA, 06.10.2005; CEDU.

<sup>59</sup> Nel Caso ONERYILDIZ la Corte ha ritenuto che la tolleranza delle autorità avesse costituito un riconoscimento *de facto* dell'interesse patrimoniale del ricorrente su una baracca costruita in modo abusivo in prossimità di una discarica. ONERYILDIZ C. TURCHIA, 18.06.2002, CEDU, GC.

dell'importanza del suo contenuto<sup>60</sup>.

La Corte Costituzionale ha a sua volta proposto un interessante percorso giurisprudenziale, ispirato a due elementi fondamentali: l'impostazione dualista ed il ritenuto carattere programmatico delle norme CEDU, considerate vaghe formulazioni di principio. Infatti, analizzando la sua giurisprudenza dagli anni '90 è possibile analizzare le varie sfumature. Da un'iniziale concezione assimilabile alla legge ordinaria, si è passati alla concezione per cui il contenuto della CEDU spesso coincide con il disposto costituzionale o lo integra, allo scopo di una più effettiva tutela dei diritti fondamentali. Per questo, anche alla luce dell'esperienza dei paesi nordici e della soluzione già adottata nell'ordinamento tedesco, la Consulta riconosce il valore interpretativo della CEDU. L'interpretazione della normativa interna, dunque, deve essere orientata al rispetto dei diritti sanciti dalla CEDU.

L'attribuzione di valore interpretativo alla CEDU risolve in parte, nella sostanza, il problema della sua valenza rispetto a leggi interne successive. Permane tuttavia il carattere materialmente costituzionale delle disposizioni CEDU e la necessità di chiarire il suo legame con la Costituzione italiana.

Di conseguenza, in caso di ritenuto contrasto fra una normativa interna e una disposizione CEDU (così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte), si profilano i seguenti passaggi:

- a) tentativo di composizione dell'antinomia per via interpretativa, da parte di ciascun giudice interno, a mezzo di **interpretazione conforme** alla CEDU della disciplina interna;
- b) in caso di esito negativo, si procede oltre; prima però di giungere ad un giudizio di costituzionalità formalizzato, occorre controllare che il dettato della CEDU sia esso stesso conforme a Costituzione. Sarebbe infatti anacronistico utilizzare talune disposizioni quale parametro interposto di costituzionalità, senza verificare in prima istanza a monte la loro

---

<sup>60</sup> La dottrina ha proposto diverse soluzioni, individuando diverse disposizioni della Costituzione italiana capaci di dare accoglienza alla Convenzione: ad esempio il Barbera individua la corrispondenza della Costituzione con la CEDU nell'articolo 2, che impronta tutti i diritti tutelati dalla Costituzione ad un principio personalista, di valorizzazione dell'individuo. BARBERA A. FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, Il Mulino, 2012; La Pergola invece pur partendo dallo stesso articolo 2, sottolinea che il suo contenuto rappresenta un faro nella vita della Repubblica, in grado di scongiurare derive nella tutela dell'individuo e dei suoi diritti. LA PERGOLA A., *Liber Amicorum*, Ist. Polig. dello Stato, Roma, 2008. Molti autori seguono una diversa interpretazione ravvisando il legame di cui sopra con l'articolo 10 comma 1, perché molte disposizioni della CEDU coinciderebbero in realtà con norme consuetudinarie internazionali, oggetto di adattamento automatico o la disciplina applicabile agli stranieri. Altra parte della dottrina ritiene invece il collegamento con l'articolo 11 poiché ritengono che questa soluzione valevole per il Trattato CE, è ritenuta conseguentemente applicabile a tutti i trattati, *in primis* quelli riguardanti la tutela dei diritti fondamentali.

compatibilità costituzionale. In questo contesto, la Consulta ha inteso riservarsi tale controllo, nell'eventualità in cui si profili la necessità di effettuare un bilanciamento fra il vincolo derivante dalla CEDU e ulteriori interessi costituzionalmente tutelati. Viene così riproposta in questo contesto, seppur con differenze significative, la teoria dei controlimiti, propria del rapporto fra diritto comunitario e ordinamento nazionale. Una fondamentale differenza sta nel fatto che, se i controlimiti che la Consulta si riserva nel contesto comunitario sono limitati a talune ipotesi specifiche, nel caso della CEDU, potenzialmente, il bilanciamento fra obbligo internazionale e interesse costituzionale può essere azionato rispetto a tutta la Costituzione. In questo modo, viene escluso il valore incondizionatamente vincolante della giurisprudenza CtEDU, non perché la Consulta intenda sindacare l'operato della Corte, quanto perché, in un caso concreto, potrebbe ritenere eventualmente prevalenti sull'obbligo internazionale interessi costituzionalmente garantiti (es.: rispetto a tematiche sensibili come i matrimoni omosessuali o eutanasia, in presenza di sentenze che sollecitino determinate riforme, la Consulta potrebbe "alzare le barriere" ed eccepire la necessità di tutelare diversi orientamenti in auge in sede nazionale):

- c) giudizio di costituzionalità della norma interna rispetto all'art. 117 + norme CEDU interposte<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> In due pronunce di grande importanza della Corte Costituzionale viene sviluppato con ampiezza di argomentazioni il problema del ruolo delle norme della CEDU nell'ordinamento italiano.

Le sentenze n. 348 e 349 hanno escluso la riconducibilità di tali norme sia all'art. 11 Cost. che all'art. 10, primo comma, Cost.

L'art. 11 Cost., nel consentire le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali volte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni, rappresenta il fondamento costituzionale del principio per cui le norme comunitarie debbono "avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari. Questo articolo, però, non riguarda le norme della CEDU che, "pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto".

Tali valutazioni sono supportate anche dalla nuova versione dell'art. 117, primo comma, Cost., che distingue significativamente i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario da quelli riconducibili agli "obblighi internazionali": "con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione"; viceversa, la Convenzione non crea un ordinamento sopranazionale e non produce norme immediatamente applicabili negli Stati membri, ma è qualificabile come "un trattato internazionale multilaterale [...] da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omissis medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri".

La Corte ha altresì escluso le disposizioni della CEDU dall'ambito di operatività dell'art. 10, primo comma, Cost., che, con l'espressione "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute", si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano; viceversa, le norme pattizie esulano dalla portata dell'art. 10 Cost. e di questa categoria fa parte la CEDU, con la conseguente impossibilità di assumere le relative norme quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole, ovvero come norme interposte.

L'incidenza della CEDU nell'ordinamento giuridico italiano deve, oggi, essere riconsiderata alla luce del nuovo art. 117, primo comma, Cost., che condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali



rientrano quelli derivanti dalla Convenzione. Infatti, prima della sua modifica, l'inserimento delle norme internazionali pattizie nel sistema delle fonti del diritto italiano era tradizionalmente affidato alla legge di adattamento, avente normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive, con la conseguenza che esse non potevano essere assunte a parametro del giudizio di legittimità costituzionale. Inoltre, data la difficile individuazione del rango delle norme della CEDU, che, nonostante la veste formale di mere fonti di primo grado, si muovevano nel campo della tutela dei diritti fondamentali della persona, restava il problema della eventuale disparità di contenuto fra esse e una legge posteriore: incertezza che aveva spinto alcuni giudici a disapplicare direttamente le norme interne in contrasto.

Secondo le sentenze in esame, il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost. attrae le disposizioni della CEDU nella sfera di competenza della Corte, poiché gli eventuali contrasti generano questioni di legittimità costituzionale, con la conseguenza che il giudice non può disapplicare la norma ritenuta in contrasto con una norma della CEDU. La struttura dell'art. 117, primo comma, Cost. sviluppa la sua operatività solo se posta in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, intermedio fra la Costituzione e la legge ordinaria, "destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere": così, l'art. 117 diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e tra le disposizioni che integrano il parametro vanno annoverate quelle della CEDU, che hanno la funzione di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato.

A ciò si aggiunge che, rispetto agli altri trattati internazionali, la CEDU ha previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, che ha il compito di interpretare le norme della Convenzione stessa, con la conseguenza che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la ratifica della CEDU c'è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione.

Ciò non significa che le norme della CEDU, come lette dalla Corte di Strasburgo, acquistino la forza di quelle costituzionali, poiché, essendo pur sempre a livello sub-costituzionale, devono essere conformi a Costituzione: *la particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali*", con la conseguenza che, nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano.

Inoltre, dato che le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica della compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata, escludendo, peraltro, che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali.

Premesso che l'art. 10, primo comma, Cost. concerne esclusivamente i principi generali e le norme di carattere consuetudinario, mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale, e che l'art. 11 Cost. è la disposizione che ha permesso di riconoscere alle norme comunitarie efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento, i Giudici costituzionali sottolineano che le disposizioni della CEDU - rese esecutive nell'ordinamento italiano con legge ordinaria, di cui acquistano il rango - non rientrano nell'ambito di operatività né dell'art. 10 Cost., in quanto meramente convenzionali, né dell'art. 11 Cost., non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale. Neppure si può far valere la rilevanza dell'art. 11 Cost. in via indiretta, per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della Comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario: è vero, infatti, che per consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali di cui essa garantisce l'osservanza, però "il Consiglio d'Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU e l'attività interpretativa di quest'ultima da parte della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale distinta dalla Comunità europea; inoltre, "tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: in primis gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali". La stessa Corte di giustizia ha precisato di non avere competenza nei confronti di normative - quale quella del caso di specie - che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario.

Non è esatto neppure sostenere che la incompatibilità della norma interna con la norma della CEDU possa trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune, poiché, attualmente, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto di consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente.

L'art. 117, primo comma, Cost., che ha colmato una lacuna, collegandosi, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato. Ciò non significa che con tale articolo si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, come le norme CEDU, poiché esso determina l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Così, la disposizione convenzionale di volta in volta conferente, dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta", soggetta, a sua volta a verifica di compatibilità con la Costituzione: qualora il giudice dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", deve sollevare questione di costituzionalità in relazione all'art. 117, primo comma, Cost.

A ciò si debbono aggiungere le peculiarità che caratterizzano le norme della CEDU, che hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali: se l'applicazione del sistema di norme della CEDU è attribuito in prima battuta ai giudici degli Stati membri, la definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli.

Le sentenze evidenziano, poi, il differente ruolo della Corte costituzionale italiana e della Corte di Strasburgo: "l'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dei Paesi membri; viceversa, alla Consulta, qualora venga sollevata questione di costituzionalità di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con norme CEDU, "spetta accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana". Ciò non significa sindacare l'interpretazione delle disposizioni della Convenzione offerta dalla Corte di Strasburgo: anzi, in tal modo "risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un vulnus alla Costituzione stessa.

In una prospettiva verticale, pertanto, la normativa di adattamento alla CEDU viene posta un gradino sopra alle altre disposizioni legislative, ma non viene elevata allo stesso rango delle norme costituzionali.

In linea orizzontale, invece, si sollecita un previo bilanciamento fra obblighi derivanti dalla CEDU e interessi costituzionalmente tutelati, soprattutto in quei settori in cui le disposizioni della CEDU stesse lascino agli Stati un maggiore margine di apprezzamento.

Sulla base della valenza della Convenzione all'interno dell'ordinamento è utile abbozzare una prima riflessione considerando che la centralità assunta dal diritto di proprietà nella giurisprudenza e nella dottrina europeistica non tralascia di tenere in debita considerazione la rilevanza dell'istituto proprietario nelle dinamiche interne agli Stati contraenti e la sua funzionalizzazione agli interessi generali. Dottrina e giurisprudenza ritagliano, infatti, su tali questioni uno spazio significativo in favore dei singoli Stati proprio attraverso il margine di apprezzamento di cui al paragrafo 1.0 del presente capitolo.

Di tale rilevanza dell'apprezzamento riservato alle autorità nazionali rispetto alla conformazione concreta di alcuni diritti fondamentali tutelati in sede di Convenzione, si è accorta, come abbiamo menzionato nell'*incipit* del presente paragrafo, anche la nostra Corte Costituzionale che, con due famigerate pronunce (sentenza 311 e 317/2009), è tornata prepotentemente sui rapporti tra ordinamento nazionale e Convenzione Europea soffermandosi appunto sul concetto di "margine di apprezzamento da ultimo citato ed individuato come limite all'operatività della CtEDU stessa"<sup>62</sup>.

---

L'art. 117, primo comma, della Costituzione (unitamente all'art. 11, inteso quale principio fondamentale) ha condotto anche alla declaratoria di incostituzionalità (sentenza n. 269) di una disposizione contenuta in una legge della Provincia autonoma di Trento, contrastante con direttive comunitarie (norme interposte rispetto ai parametri indicati).

La disposizione prevedeva la possibilità per i proprietari di un'area gravata da vincolo preordinato all'espropriazione di realizzare direttamente le attrezzature ed i servizi pubblici per la cui attuazione è posto il vincolo espropriativo, previa convenzione con il comune diretta a disciplinare le modalità di realizzazione e di gestione dell'opera. L'illegittimità è stata motivata dalla mancata previsione dell'obbligo di procedure ad evidenza pubblica per tutti i lavori, da chiunque effettuati, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria. A tale conclusione la Corte è pervenuta osservando che le direttive comunitarie che impongono al soggetto che procede all'appalto l'adozione di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, quando l'importo dell'opera da realizzare sia pari o superiore a un certo valore, si applicano anche nel caso in cui l'opera venga realizzata da un privato.

<sup>62</sup> Nella prima decisione – la 311/2009 – il giudice delle leggi, non ravvisando alcun *vulnus* nella legge di interpretazione autentica resa dal legislatore italiano con riguardo al personale Ata proprio in ragione delle motivazioni che avevano giustificato l'intervento normativo, osservava che: "*fare salvi i motivi imperativi di interesse generale, che suggeriscono al legislatore nazionale interventi interpretativi nelle situazioni che qui rilevano non può non lasciare ai singoli Stati contraenti quanto meno una parte del compito e dell'onere di identificarli, in quanto nella posizione migliore per assolverlo, trattandosi, tra l'altro, degli interessi che sono alla base dell'esercizio del potere legislativo*". La Corte Costituzionale riteneva riservata all'ordinamento statale la: "*valutazione sistematica dei profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione Europea lascia alla competenza degli Stati membri, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento, nel caso di elaborazioni di politiche in*

La Corte implementava il concetto affermando che il margine di apprezzamento di cui sopra, può essere determinato avuto riguardo al complesso dei diritti fondamentali sui quali il legislatore, il Giudice delle leggi e quello ordinario, danno una visione ravvicinata ed integrata.

Non sfugge da un'attenta analisi del testo delle sentenze del 2009 che la Corte delle Leggi, orientandosi secondo il meccanismo di derivazione comunitaria del livello più elevato di tutela, intende ribadire una riserva a favore delle istituzioni statali che si pone come argine alla piena prevalenza delle norme CEDU nel sistema nazionale.

Questo risulta molto chiaramente dall'analisi della norma e specificamente del secondo e del terzo alinea della stessa dove viene detto testualmente che: *“Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale [...]*”

Quindi, da quanto emerge, l'art. I Prot. 1 CEDU consente agli Stati contraenti il potere di disciplinare l'uso dei beni secondo l'interesse generale, mettendo in vigore le leggi all'uopo necessarie<sup>63</sup>.

Per meglio comprendere quanto si sta affermando nel presente paragrafo, si pensi che, in sede CtEDU, si è ammessa la fondatezza della confisca e della distruzione – senza indennizzo – di materiale pornografico, considerando tali misure come una forma di regolamentazione dell'uso dei beni la quale dà luogo, da parte

---

*materia fiscale*”. È solo il caso di rammentare, a conferma della poderosa crescita delle occasioni di confronto tra Corti nazionali e Corti Europee, che successivamente alla sentenza analizzata sopra, la CEDU, nella sentenza AGRATI C. ITALIA già esaminata nel paragrafo 1., ha riconosciuto la violazione dell'art. 6 CEDU a carico delle autorità statali, andando in contrario avviso rispetto alle valutazioni espresse dalla Consulta. Difatti, la Corte di Giustizia nel 2011, con la sentenza SCATTOLON C. MIUR ha ritenuto che la riassunzione da parte dello Stato, del personale Ata già alle dipendenze degli enti locali, costituisce un trasferimento di impresa ai sensi della Direttiva 77/187.

Ancor più incisivamente, la sentenza 317/2009 della Corte Costituzionale chiamava a valutare la legittimità costituzionale della disciplina processuale penale in materia di contumacia dell'imputato ed evidenziava che: *“il richiamo al margine di apprezzamento nazionale elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea, trova la sua primaria concretizzazione nella funzione legislativa del Parlamento, ma deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistematica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Naturalmente alla Corte Europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta Costituzionale e dalla stessa Convenzione Europea”*.

<sup>63</sup> In merito all'uso dei beni, occorre precisare che il versamento di un indennizzo non appare indispensabile affinché l'ingerenza non risulti sproporzionata in tutte le ipotesi di un provvedimento che disciplini tale uso. Per mero tuziorismo si fa presente che il principio che deve essere rispettato è quello di proporzionalità e di conseguenza l'assenza di un indennizzo potrà essere indiscutibilmente considerato come uno dei metri di valutazione per appurare se la misura del sacrificio imposto al singolo appare giustificata tenuto conto dell'interesse generale perseguito.

della Corte, al solo controllo di legittimità e della finalità della restrizione apportata al diritto di proprietà<sup>64</sup>.

Nello stesso senso la normativa urbanistica e di tutela del paesaggio la quale giustifica la compromissione dello *ius aedificandi* e rende pienamente legittime le norme interne sempreché queste realizzino una corretta proporzionalità fra interesse pubblico perseguito e limitazione della proprietà privata che la norma interna persegue. In tali casi, occorre chiarire se il vincolo d'inedificabilità prodotto dalla normativa urbanistica e paesaggistica vada inquadrato tra le limitazioni del godimento all'uso del bene o piuttosto integri una espropriazione di fatto.

Nel secondo caso, il parametro da considerare dovrebbe essere quello che disciplina le ipotesi di privazione della proprietà rientranti nella seconda frase del primo alinea della norma in commento, che ricomprende non solo i provvedimenti di espropriazione formale, ma anche quelli di fatto che hanno il contenuto sostanziale dell'espropriazione pur non determinando il trasferimento della proprietà<sup>65</sup>.

Alla luce di tutto ciò il problema è quello di valutare quale possa essere la linea di demarcazione, di non immediata percezione, fra ciò che la giurisprudenza europea fa ricadere nelle misure privative (l'espropriazione di cui si parlerà in seguito), per le quali si pone il problema dell'indennizzo della privazione e ciò che rappresenta una limitazione al godimento del bene rispetto alla quale non si pone problemi di indennizzo ma piuttosto di proporzionalità fra interesse pubblico e sacrificio privato<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Nella sentenza *HANDYSIDE C. REGNO UNITO*, è stato giustamente osservato che: “*la confisca e la distruzione dello Schoolbook hanno definitivamente privato il ricorrente della proprietà di taluni beni. Esse erano tuttavia autorizzate dal secondo comma dal secondo comma dell’art. 1 Prot. 1 interpretato alla luce del principio di diritto, comune agli Stati contraenti, ai sensi del quale le cose il cui uso è stato regolarmente giudicato illecito e pericoloso per l’interesse generale vengono confiscate per essere distrutte*”.

<sup>65</sup> PADELLETTI M.L., *Art. 1 Prot. n.1*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell’uomo*, Padova, 2001.

<sup>66</sup> BUONOMO F., *Op. cit.* vedi nota 66. La Corte ha ritenuto che nei casi fino a questo punto trattati, caratterizzati dalla protezione dei vincoli di inedificabilità durata per alcuni decenni, non poteva assumersi l’esistenza di una espropriazione di fatto. Il diritto di proprietà non ha perduto la sua originaria consistenza in quanto il proprietario non aveva perso né l’accesso al terreno, né il dominio pur mantenendo in via di principio la facoltà di alienare l’immobile. Da tutto ciò i giudici di Strasburgo non hanno tratto l’automatica applicabilità del regime previsto in tema di regolamentazione dell’uso dei beni secondo l’articolo 1 Prot. 1, sottolineando che tali misure erano comunque rivolte all’espropriazione dei terreni e non alla regolamentazione del loro uso. Gli stessi hanno concluso che la situazione denunciata rientra nel principio di rispetto dei beni di cui alla norma *de qua* con l’ulteriore corollario che il rispetto di tale principio impone di verificare se è stato mantenuto un giusto equilibrio tra le esigenze dell’interesse generale della comunità ed i dettami della salvaguardia dei diritti fondamentali dell’individuo.

Per quanto se ne parlerà più delicatamente nel prosieguo della presente opera occorre qui soffermarci brevemente su di una importantissima sentenza della CEDU, che ha meglio chiarito quanto spiegato sommariamente nel presente paragrafo. Si parla della Sentenza *SCORDINO* del 2004. Nella stessa si ritiene che le limitazioni imposte ai fondi proprietari in merito a vincoli di inedificabilità assoluta preordinati all’espropriazione apposti dal P.R.G. si erano protratte almeno per 29 anni e che durante tale periodo i proprietari erano stati lasciati in una situazione di incertezza totale circa le sorti delle loro proprietà. I giudici ritennero quindi che si era verificata una ingiusta e sproporzionata compressione del diritto di proprietà in favore dell’interesse pubblico.

Considerata come la misura più drastica tra le ipotesi di ingerenza nel rispetto dei beni, la privazione della proprietà può essere infatti giustificata solo per la realizzazione di un interesse pubblico che sia superiore al rispetto del diritto individuale. La Corte in un noto caso giurisprudenziale ha infatti precisato come il rispetto della pubblica utilità non implichi necessariamente la messa a disposizione a favore della collettività del bene espropriato. In questa prospettiva la nozione di pubblica utilità assume un significato analogo all'interesse generale – nozione utilizzata nel comma 2 dell'articolo -.

Nella giurisprudenza di Strasburgo non emergono differenze sostanziali tra il modo di definire la pubblica utilità e il rispetto dell'interesse generale. Per giurisprudenza consolidata la nozione di pubblica utilità è da considerarsi autonoma rispetto agli ordinamenti interni. Nonostante la sua autonomia, tale nozione non può essere enucleata sulla base della sola Convenzione europea né esiste una nozione comune agli ordinamenti degli Stati contraenti.

Il concetto di pubblica utilità è infatti strettamente connesso con i valori politici, sociali, economici o di altro tipo che caratterizzano ogni singolo ordinamento. Un contenuto uniforme da attribuire a tale nozione presupporrebbe pertanto la possibilità di enucleare valori uniformi nell'ambito dei singoli Stati ma una simile

---

Dato che la Corte Costituzionale Italiana aveva riconosciuto il diritto di ottenere in indennizzo per la reiterazione dei vincoli espropriativi o di inedificabilità protattasi per oltre 5 anni (Corte Cost. 179/99 con nota di GRECO G., *la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 2000) aveva espressamente riconosciuto il diritto ad ottenere un indennizzo in caso di reiterazione del vincolo preordinato all'esproprio o di inedificabilità da commisurare al pregiudizio patito, senza precisare le modalità di liquidazione dello stesso e i criteri attraverso i quali parametrare tale ristoro, la Corte di Strasburgo ha anzitutto riconosciuto l'ammissibilità della domanda ritenendo che malgrado i principi affermati dalla Consulta nell'ordinamento interno non esiste un meccanismo accessibile che può soddisfare in modo sufficiente la pretesa avanzata dai proprietari.

Tale affermazione è stata aspramente criticata in dottrina (BENINI L., *nota a Corte Dir. Uomo*, 15 luglio 2004, in *Foro It.*, 2005) avendo il t.u.e. previsto che l'indennizzo, in attesa di una riorganizzazione complessiva della materia dei vincoli e del loro impatto l'istituto proprietario è dovuto alla reiterazione del vincolo sia esso preordinato all'esproprio o comunque sostanzialmente espropriativo. In tale prospettiva, l'art. 39 t.u.e. appronterebbe un congegno in cui sono stabiliti termini più che ragionevoli per l'esame della domanda di pagamento ed è garantita una tutela giurisdizionale celere – parificata a quella prevista in tema di determinazione dell'indennizzo espropriativo. Il che in realtà sembra costituire il massimo sforzo che il legislatore interno ha compiuto sulla via dell'effettività della tutela dominicale e che la Corte non ha comunque ritenuto sufficiente.

La stessa ha inoltre ritenuto che l'imposizione del vincolo preordinato all'esproprio non aveva prodotto un totale annichilimento del diritto proprietario con le forme di un'espropriazione larvata o di fatto. Il proprietario infatti non era stato privato della facoltà di accesso al terreno né del dominio dello stesso e in via di principio è persistita la possibilità di vendere il terreno anche se resa più difficoltosa.

Esclusa così l'applicabilità della seconda parte del primo comma del secondo paragrafo dell'art. 1 Prot. 1 CEDU, restava alla Corte di valutare il rispetto della norma enunciata nella prima frase del primo alinea dell'articolo stesso e dunque di ricercare se fosse stato mantenuto un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità ed i dettami della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo.

I giudici sovranazionali pur ribadendo che l'autorità preposta al governo del territorio dispone di un amplissimo margine di discrezionalità nelle scelte urbanistiche, ha quindi ritenuto che durante tutto il periodo interessato i proprietari erano rimasti in una situazione di incertezza assoluta quanto alla sorte della proprietà e che l'esistenza in quel contesto temporale, di vincoli di inedificabilità aveva impedito il pieno godimento del diritto di proprietà, accentuando i danni patiti dai proprietari e riducendo considerevolmente le chances di vendere il terreno. Tale situazione alla quale andava aggiunta l'assenza nella legislazione nazionale, di una procedura interna efficace per ottenere un indennizzo, hanno indotto la Corte a considerare che i proprietari avevano dovuto sopportare un peso eccezionale e sproporzionato che aveva rotto il giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale a tutela del diritto al ripristino dei beni, liquidando all'unanimità il pregiudizio patito dagli Scordino per danni patrimoniali e per danni non patrimoniali oltre a spese processuali. Il che ha rotto l'equilibrio fra il legittimo perseguimento di interessi generali ed il rispetto della proprietà privata fino al punto da ritenere risarcibile il c.d. margine di franchigia dell'obbligo di indennizzo relativo alla legittima durata quinquennale del vincolo preordinato all'esproprio.

possibilità appare attualmente prematura.

Proprio in relazione al requisito della pubblica utilità connessa con l'interesse generale, la Corte ha sviluppato ed applicato la teoria del margine di apprezzamento statale, che trova in genere applicazione ogni qual volta la Convenzione faccia salvo il potere dello Stato di regolamentare, limitandola, una libertà protetta dalla Convenzione stessa.

Sul presupposto dell'ampia latitudine di apprezzamento che spetta agli Stati contraenti in merito agli obiettivi di politica economica e sociale da realizzare, tale dottrina considera che suo compito degli Stati quello di pronunciarsi in primo luogo sull'esistenza di un problema di interesse generale e sulle misure da prendere per risolverlo.

La libertà del legislatore nazionale, nel condurre la propria politica economica e sociale, impedisce peraltro alla Corte di sostituire la propria valutazione di merito a quella del legislatore nazionale e ne limita di fatto il controllo ai casi in cui il comportamento delle autorità nazionali si riveli manifestamente sprovvisto di base ragionevole.

In tal prospettiva il limite costituito dalla pubblica utilità si sostanzia in una garanzia di razionalità piuttosto che di contenuto ed è destinato a trovare attuazione solo nelle ipotesi di provvedimenti palesemente arbitrari, oppure in caso di sviamento di potere. Per tali motivi non è frequente che la Corte rilevi la violazione di tale principio<sup>67</sup>.

Ecco perché, alla luce della considerazione in senso ampio del concetto di pubblica utilità, la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha progressivamente valorizzato l'obbligo dello Stato contraente di essere quanto più possibile diligente nella tutela dei diritti fondamentali tutelati in sede di Convenzione.

Questa tutela, che per facilità espositiva si chiamerà "sovranazionale", dei diritti fondamentali è caratterizzata dal cosiddetto canone di effettività e spiega la caratteristica generale di tali diritti nella dimensione della CEDU che è appunto quella che impone allo Stato contraente non solo un dovere di protezione dei diritti,

---

<sup>67</sup> Un esempio è costituito dal caso DANGEVILLE in cui il ricorrente contestava alle autorità francesi il rifiuto di restituire delle imposte sul valore aggiunto, indebitamente riscosse sulla base delle direttive comunitarie. DANGEVILLE C. FRANCIA, 16.04.2002. Anche nel caso ZWIERZYNSKY la Corte ha ritenuto che il rifiuto delle autorità polacche di restituire un immobile in esecuzione di una sentenza passata in giudicato, non fosse giustificato da un fine di pubblica utilità. ZWIERZYNSKY C. POLONIA, 19.06.2001 CEDU.

ma anche un obbligo “positivo” di protezione<sup>68</sup>.

In dottrina ed in giurisprudenza si è quindi considerato che la Convenzione non garantisce solo una serie di “*libertà da*” - per effetto delle quali sullo Stato contraente incombe un generale divieto di ingerenza – ma anche corrispondenti “*libertà di*” che lo Stato ha l’obbligo di assicurare attraverso condotte positive.

Significative sul punto appaiono le pronunce comunitarie sul diritto alla vita e alla tutela dominicale appunto. Proprio in un famoso caso che riguardava lo Stato turco è stato tratteggiato in modo chiaro che anche rispetto al diritto di proprietà esiste un obbligo dello Stato di garantire l’effettivo esercizio del diritto<sup>69</sup>. I Giudici di Strasburgo hanno sottolineato inoltre, che il diritto al rispetto dei beni non è riconosciuto in astratto al proprietario ma impone allo Stato un vero e proprio obbligo di protezione del diritto da attuare secondo un margine di apprezzamento variabile<sup>70</sup>. Si aggiunga che tale obbligo andrà calibrato in relazione agli interessi in gioco considerando la natura non assoluta del diritto di proprietà che agli occhi della Corte gode di una protezione non sempre parificabile a quella del diritto alla vita.

Incombe quindi sullo Stato contraente l’obbligo di adottare le misure più appropriate per salvaguardare l’esistenza dei propri cittadini. Il che si sostanzia nell’adozione di misure legislative ed amministrative capaci di rappresentare un significativo deterrente alla minaccia del diritto al godimento totale del proprio diritto dominicale.

---

<sup>68</sup> Si riporta per mero tuziorismo, un estratto della sentenza della CEDU che coinvolge lo Stato Croato: “*the essential object of article 1 Prot. No.1 is to protect individuals against unjustified interference by the State with the peaceful enjoyment of their possessions. However, by virtue of article 1 of the Convention, each Contracting Party shall secure to everyone within its jurisdiction the rights and freedom defined in Convention. The discharge of this general duty may entail positive obligations inherent in ensuring the effective exercise of the rights guaranteed by the Convention. In the context of article 1 Prot. No. 1, those positive obligations may require the State to take a measures necessary to protect the right of property particularly where there is a direct link between the measures which an applicant may legitimately expect from the authorities and the effective enjoyment of his possessions*”.

<sup>69</sup> Nel Caso esposto nel corpo del testo, risalente al 2002 la Corte: “*reiterates the key importance of the right enshrined in Article 1 Prot. No. 1 and considers that the real and effective exercise of that right does not depend merely on the State’s duty not to interfere but may require positive measures of protection. In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the Community and the interests of the individual, the search for which is inherent throughout the Convention. This obligation will inevitably arise, inter alia, where there is a direct link between the measures which an applicant may legitimately expect from authorities and his enjoyment of his possessions*”.

<sup>70</sup> Tale concetto è stato recentemente sviluppato nella sentenza CEDU PAUDICIO C. ITALIA. Con tale pronuncia la Corte ha condannato la Repubblica Italiana per violazione dell’articolo fino a qui esaminato poiché attraverso i suoi organi amministrativi non aveva dato esecuzione ad un ordine di demolizione di un immobile abusivo dal giudice penale vulnerando le aspettative del proprietario di un bene limitrofo che lamentava una perdita di valore del proprio cespite per effetto dell’abuso edilizio.

Le autorità interne non avendo dato esecuzione al giudicato penale che prevedeva la demolizione, avevano leso il principio che impone allo Stato di non adottare alcuna ingerenza illegale. La necessità di riaffermare il principio di preminenza del diritto obbliga lo Stato contraente a dare esecuzione alle sentenze che intendono offrire una tutela al diritto fondamentale garantito nell’articolo 1 della Convenzione.

È lo stesso testo comunitario che afferma che non basta che una pronuncia giurisprudenziale affermi l’esistenza del diritto, ma occorre che gli organi statali si adoperino in modo che il diritto medesimo, sia concretamente tutelato.

### **1.3. Il principio di legalità.**

Conseguentemente a quanto fin qui accennato in merito alle privazioni della proprietà è il requisito che ricorre sempre nella lettera della norma che è appunto quello della legalità che risulta da una prima e sommaria analisi, il baricentro della tutela dominicale. La norma infatti recita: “*Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie [...]*”

Espressione del principio di legalità sottostante a tutte le disposizioni della Convenzione, che postula sia l'esistenza di norme di diritto interno sia la conformità a tali norme, del provvedimento concreto. La nozione di legge deve essere considerata in senso sostanziale come comprensiva del diritto di origine sia legislativo sia giurisprudenziale. Esso presuppone quindi non solo un complesso di norme di diritto nazionale ma anche la conformità del provvedimento o della condotta alla legge medesima.

Nel caso SUD FONDI la Corte ha sottolineato come la giurisprudenza rappresenti nella tradizione giuridica europea una fonte del diritto che contribuisce alla sua evoluzione, nel caso di specie il diritto penale. Nella stessa decisione la Corte ha espresso tuttavia l'esigenza che il risultato dell'interpretazione giudiziale appaia coerente con la sostanza del reato e sia ragionevolmente prevedibile.

Questa asserzione in merito all'interpretazione giurisprudenziale che deve consentire al singolo la possibilità di prevedere le conseguenze del proprio comportamento è stata riaffermata anche in un'altra sentenza relativa al caso LELAS.

Il ricorso riguardava un militare che dopo aver svolto attività di sminamento nei territori liberati della Croazia non aveva ricevuto la diaria dovuta per l'attività svolta nonostante le ripetute assicurazioni provenienti dal superiore gerarchico. Nel processo interno seguito alla vicenda il ricorrente si era quindi visto considerare prescritto il credito maturato, in virtù di un'interpretazione che considerava privo di competenza in materia il superiore gerarchico cui si era rivolto il militare. Nella propria sentenza la Corte ha ritenuto in contrasto con il principio di legalità il comportamento del Governo Croato poiché l'interpretazione data dal Tribunale interno al diritto nazionale, che aveva avuto come conseguenza di considerare prescritto il credito del ricorrente, non aveva rispettato il requisito della



prevedibilità.

Quindi il principio di legalità richiede non solo l'esistenza di una legge, ma anche la cosiddetta qualità della legge; ciò implica l'esistenza di norme che siano sufficientemente accessibili, precise e prevedibili. La legge deve essere cioè conoscibile e sufficientemente comprensibile anche con l'assistenza di esperti in materia. Inoltre, la sua formulazione deve consentire al cittadino di poter prevedere le conseguenze del proprio comportamento.

Tale principio ha la funzione di proteggere il singolo nei confronti di eventuali abusi o provvedimenti arbitrari. Nonostante l'esistenza di una legge in senso formale non può dirsi pertanto rispettato il principio di legalità quando la legge appaia eccessivamente rigida, oppure quando attribuisca agli organi competenti una discrezionalità tale da rendere il proprio comportamento imprevedibile, senza peraltro offrire idonee garanzie processuali per la protezione del singolo contro l'arbitrio<sup>71</sup>.

Il principio di legalità implica inoltre l'esigenza che le decisioni giurisprudenziali siano adeguatamente motivate, anche se non appare indispensabile che esse forniscano una risposta dettagliata ad ogni argomento<sup>72</sup>.

Prima delle note sentenze CARBONARA VENTURA E BELVEDERE ALBERGHIERA C. ITALIA del maggio 2000, la CtEDU assumeva un atteggiamento cautelativo circa la possibilità di sindacare sulla legalità del provvedimento. Per lungo tempo il controllo di merito alla legalità del provvedimento è stato esercitato in modo estremamente blando, in base alla considerazione che la Corte non costituisce l'ultima istanza rispetto ai giudici nazionali e gode pertanto di una competenza più limitata nel verificare il rispetto del diritto interno<sup>73</sup>.

Quanto detto ha permesso la rottura tra il sistema di tutela della proprietà previsto dal diritto interno e il sistema di tutela del diritto garantito dalla CEDU, soprattutto quando si è andati alla ricerca di interpretazioni chiaramente improntate alla teoria dell'effetto utile nelle quali si è data prevalenza al diritto fondamentale rispetto a quello degli organi statali.

---

<sup>71</sup> Si veda la sentenza HENTRICH C. FRANCIA, 22.09.1994 CEDU; DRUZSTEVNI ZALOZNA PRIA C. REPUBBLICA CECA, 31.07.2008, CEDU.

<sup>72</sup> Si veda il caso KUSHOGLU C. BULGARIA, 10.08.2007, CEDU.

<sup>73</sup> Principio già ampiamente espresso nella nota sentenza HAKANSSON AT STURESSON C. SVEZIA del 1990. Anzi, ancora prima dell'istituzione della Corte, la Commissione Europea aveva mostrato l'intento di cancellare l'efficacia precettiva della norma *de qua* in ossequio ad una politica che tendeva a salvaguardare la sovranità degli Stati contraenti. CONDORELLI L., *Op. Cit.*, vedi nota 49.

Con la sentenza IATRIDIS C. GRECIA, mutando la prospettiva che riconduceva il principio di legalità alla mera garanzia dell'adeguatezza del risarcimento e del giusto bilanciamento tra interesse pubblico e diritto di proprietà, era pervenuta ad un'interpretazione più rigorosa e garantista per le ragioni proprietarie del principio di legalità fino ad ammettere il contrasto con l'art. I Prot. 1 CEDU, di ogni ingerenza illegale sul diritto dominicale<sup>74</sup>. Per cui, dal caso suddetto si forma il pensiero che gli Stati contraenti hanno il dovere di piegarsi alle sentenze rese nei propri confronti.

Successivamente, il principio è stato ribadito affermando che il protocollo esige che un'ingerenza della Pubblica Amministrazione nel godimento del diritto al rispetto dei beni sia legittima ed autorizza la privazione di proprietà solo nelle condizioni previste dalla legge. È sempre la Corte quindi che chiarisce che la preminenza del diritto, inerisce all'insieme degli articoli della Convenzione stessa<sup>75</sup> sicché, la questione del rispetto del giusto equilibrio fra interesse generale della comunità ed il rispetto dei diritti umani fondamentali diventa rilevante solo quando si è stabilito che l'interferenza soddisfa il requisito della legalità e non risulta arbitraria.

Infatti il rispetto del principio di legalità ha assunto un particolare rilievo con riferimento all'istituto dell'occupazione acquisitiva o accessione invertita<sup>76</sup>. Proprio a partire dai casi CARBONARA VENTURA E BELVEDERE ALBERGHIERA C. ITALIA, la giurisprudenza ha riaffermato costantemente la contrarietà rispetto al principio di legalità, di un istituto, quello dell'occupazione acquisitiva di cui si parlerà ampiamente in seguito, che consente alla P.A. di trarre vantaggio dal proprio comportamento illegittimo. Infatti le pronunce della Corte hanno riguardato per lo più ipotesi relative all'occupazione acquisitiva e a quella usurpativa. Più in generale, il discredito dei giudici di Strasburgo di è appalesato su qualunque ipotesi di espropriazione che consenta all'autorità pubblica di acquisire la proprietà di beni

---

<sup>74</sup> BUONOMO F., *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, Milano 2004. In quella occasione il gestore di un cinema all'aperto, sfrattato dall'amministrazione, era stato giudizialmente autorizzato a rientrare nel godimento del bene senza ruscirci per l'opposizione del proprietario (Min. Finanze). La Corte ritenne che il rifiuto di restituire il bene aveva integrato un violazione dell'art. I Prot. 1 affermando per la prima volta il principio che: "un'ingerenza illegale nel diritto al rispetto dei beni comporta di per sé una violazione dell'art. I Prot. 1 indipendentemente dalle questioni relative alle modalità ed all'adeguatezza del risarcimento e quindi all'esigenza di un bilanciamento tra l'interesse pubblico e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, esigenza che rileva unicamente a fronte di un ingerenza legale". BULTRINI A., *Occupazione appropriativa: l'intervento dirompente della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Corr. Giur.*, 2001.

<sup>75</sup> Sent. MALAMA C. GRECIA, 1 marzo 2001, CEDU; sent. AMUUR C. FRANCIA, 25 giugno 1996, CEDU; in dottrina si guardi DE SALVIA M., *La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, Napoli, 2001.

<sup>76</sup> Ampiamente CONTI R., *L'occupazione acquisitiva – tutela della proprietà e diritti umani* - in *Giurisprudenza Europea*, 2009.

privati nel disprezzo delle regole formali previste per l'espropriazione.

Da quanto detto si rileva che qualsiasi privazione o limitazione del diritto proprietario e quindi del godimento dei beni, deve necessariamente avere una base legale. La Corte difatti, pur talvolta ribadendo che spetta alle autorità nazionali l'accertamento della costituzionalità di un provvedimento ablatorio della proprietà, ha approfondito il controllo sostanziale del contenuto delle leggi che era sembrato, a primo acchito, non necessario ogni qual volta si fosse presentato tale provvedimento limitativo della proprietà<sup>77</sup> di cui in seguito si parlerà ampiamente.

## **2. La funzione sociale della proprietà.**

La tutela della proprietà è un argomento sul quale si è aperto un vivace dibattito tra i sostenitori di una più incisiva penetrazione nell'ordinamento italiano del sistema normativo costituito dalla CEDU e gli oppositori di tale orientamento dottrinale.

A tal proposito assume un ruolo centrale il concetto di "funzione sociale"<sup>78</sup> della proprietà, che costituisce il fulcro centrale su cui si è svolta tutta la giurisprudenza costituzionale sull'espropriazione.

Dalla sentenza nr. 55 del 1968, sull'incostituzionalità dei vincoli al diritto di proprietà di contenuto espropriativo senza indennizzo, alla sentenza n. 5 del 1980, che si è espressa sugli stessi temi dichiarando l'incostituzionalità della legge n. 10 del 1977, passando per la sentenza n. 283 del 1993, che ha confermato la legittimità costituzionale dell'art. 5- bis D.l. 333/1992, fino alla sentenza n. 179 del 1999,

---

<sup>77</sup> Nella sentenza della CEDU JAHN C. GERMANIA, la Corte ha affermato: "The Court does not consider this interpretation to have been arbitrary. It reiterates in that connection that it is in the first place for the domestic authorities, notably the courts, to interpret and apply the domestic law and to decide on issues of constitutionality". In dottrina si veda FALLETTI E., *Il diritto di proprietà in Germania*, in *La proprietà e di diritti reali minori*, a cura di CONTI R., Milano, 2009.

<sup>78</sup> Il tratto comune delle carte fondamentali posteriori al secondo conflitto mondiale può rintracciarsi nell'ampia elencazione di diritti sociali. Sul punto si veda PERGOLES F., *Orientamenti sociali delle costituzioni contemporanee*, Firenze, 1946. L'autore testimonia lo spirito con cui le costituzioni degli stati che avevano vissuto la seconda guerra mondiale e l'esperienza totalitaria stavano assumendo in maniera formale e solenne l'impegno alla tutela dei diritti sociali e del benessere di tutti i consociati e osserva che "i diritti individuali s'impennano soprattutto sull'idea di libertà; quelli sociali sull'idea di sicurezza e di giustizia sociale. I primi impongono allo stato un dovere di astensione e di rispetto delle prerogative della persona; i secondi esigono una condotta attiva e cioè di prestazioni da parte dello Stato o di altri soggetti. Entrambi i tipi partono tuttavia da uno stesso punto e convergono verso una stessa, ultima finalità: l'uomo". Si veda, inoltre, MONCERI F., *Servizi pubblici ed istanze sociali nella costituzione economica europea*, Edizioni ETS, Milano, 2010, il quale osserva come negli anni post bellici si assisteva alla dichiarazione dei diritti sociali nelle carte fondamentali degli stati, l'attuazione dei quali s'inseriva tra gli obiettivi principali degli ordinamenti costituzionali, ma anche, contemporaneamente, alla destrutturazione in senso sovranazionale del binomio diritti fondamentali/identità nazionale con conseguente depotenziamento della struttura dello stato nazionale così come concepito sin dall'approvazione dei Trattati di Vestfalia. In particolare, l'autore osserva "Quasi che il riconoscimento solenne dei diritti sociali si accingesse a rendere evidente l'insufficienza dello stato nazionale a realizzare compiutamente e in ogni direzione principi sociali ispirati ad un'universalità che, pur relativa in quanto a teorizzazione, richiede una dimensione non circoscritta entro a priori territoriali. Nonostante tale insufficienza, gli "orientamenti sociali" contenuti nelle costituzioni, lungi dal sublimare principi acquisiti e diffusi, costituivano pur sempre lo strumento attraverso il quale, in maniera dinamica, il legislatore e i giudici avrebbero reso effettivo, sotto il controllo e l'impulso di corti o tribunali costituzionali, il principio dell'uguaglianza formale attraverso la realizzazione del suo postulato assiologico: l'equivalenza delle condizioni di partenza dei consociati".

sull'illegittimità della reiterazione dei vincoli urbanistici senza previsione di indennizzo, i giudici costituzionali si sono dovuti confrontare con il concetto di "funzione sociale" della proprietà e, pur mantenendo un'apparente coerenza interpretativa, così come manifestata dal ricorrente utilizzo di nozioni come "serio ristoro", sono arrivati a conclusioni di volta in volta diverse sull'effettivo punto di equilibrio tra tutela della proprietà ed esigenze solidaristiche, con conseguenze pratiche di enorme portata.

In sostanza, la "funzione sociale" ha costituito la valvola di sfogo per l'ingresso nell'ordinamento giuridico italiano di pressanti istanze di carattere sociale, economico e finanziario che ben poco hanno a che vedere con lo schematismo, talvolta arido, del diritto. Come tutte le valvole di sfogo, quindi, la "funzione sociale" ex art. 42 c. 2 Cost., con corollario del c. 3, è stata caratterizzata da una fortissima elasticità, che ha consentito di piegarla alle contingenti esigenze del momento.

Ne costituiscono esempio alcune argomentazioni della sentenza Costituzionale n. 283 del 1993, nella parte in cui richiamano esplicitamente congiunturali problematiche economiche. Non si tratta, come sostengono diversi commentatori, di un'anomalia, bensì di una fase di un percorso dialettico in cui sembra, al momento, prevalere la tutela dominicale, in una fase che è stata inaugurata dalla sentenza n. 179 del 1999, nella quale è stata riscontrata "una rinnovata attenzione per le libertà individuali", dovuta, però, "alla maggiore stabilità finanziaria"<sup>79</sup>.

Si tratta ora di verificare se nel sistema normativo CEDU possiamo rinvenire una clausola altrettanto elastica come quella della "funzione sociale".

Il punto di partenza è, ovviamente, l'art. 1 del Primo protocollo addizionale alla CEDU. Secondo l'interpretazione recepita dalla *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell'Uomo, nella sentenza Scordino del marzo 2004 (di cui si parlerà ampiamente in seguito), "*una misura che costituisce interferenza nel diritto al rispetto dei beni deve trovare il "giusto equilibrio" tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le esigenze imperative di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo*".

---

<sup>79</sup> LICCIARDELLO S., *Autonomie e uso del territorio*, in *L'uso del territorio*, Milano, 2004.

Ne è conseguita una distinzione, come quella tra espropri isolati e quelli conseguenti a misure di riforma economica o di giustizia sociale, avente importanti ricadute in termini di misura dell'indennizzo, che sembra richiamare lo schema di alcune bipartizioni tipiche della giurisprudenza italiana, come quella tra vincoli conformativi e vincoli espropriativi, dove rileva l'inserimento del bene in previsioni pianificatorie urbanistiche di carattere generale finalizzate alla realizzazione di scopi di pubblica utilità<sup>80</sup>.

Tuttavia l'analogia tra la disposizione del I protocollo addizionale alla CEDU e l'art. 42 Cost. non si traduce in una vera e propria identità concettuale. Non si rinviene, infatti, nella Costituzione quella perentorietà dell'art. 1 CEDU che pone in primo piano la tutela della proprietà, regola rispetto alla quale le acquisizioni per pubblica utilità costituiscono invece eccezioni vincolate nei modi.

L'art. 42, c. 3, della Carta costituzionale, al contrario, non può essere letto indipendentemente dall'art. 42 c. 2, che finalizza la disciplina della proprietà privata "allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti".

Se la tutela della proprietà privata nel sistema CEDU è prioritaria, nella Costituzione italiana è invece palesemente recessiva rispetto alle esigenze solidaristiche. Non si spiega, altrimenti, come per oltre 15 anni abbia potuto operare l'art. 5-*bis* del D.L. 333/1992, disposizione che, secondo quanto ormai riconosciuto anche dalla Consulta, garantiva un indennizzo completamente sganciato dal valore venale del bene.

Quindi l'art. 42 Cost. è una di quelle fondamentali norme che garantiscono l'evoluzione del diritto consentendone l'adeguamento alle mutevoli esigenze sociali, alla pari, ad esempio, dell'art. 2043 c.c. che, in ambito civilistico, ha consentito l'ingresso e la garanzia di sempre nuove istanze di tutela risarcitoria.

L'art. 1 del Protocollo addizionale non sembra poter avere la stessa funzione, così come si desume dalla pesante censura rivolta all'art. 5-*bis* prima dalla Corte europea e poi, di conseguenza, dalla Corte costituzionale. Ne è anche riprova l'eccezionalità delle condizioni che, secondo la Corte europea, giustificerebbero

---

<sup>80</sup> Corte Cost., 29 maggio 1968, n. 55

una diminuzione dell'indennizzo, come ad esempio la riunificazione delle due Germanie<sup>81</sup>”.

In termini critici rispetto all'enfatizzazione del diritto di proprietà si pongono autorevoli orientamenti dottrinali che notano come “*l'originario interesse oppositivo ceda sempre più il passo a nuovi interessi pretensivi e partecipativi*”<sup>82</sup>”.

E' facile prevedere che il percorso imboccato dalla Corte costituzionale e dal legislatore, con le nuove disposizioni sull'indennizzo inserite nella legge finanziaria, sia tutt'altro che irreversibile e che, con ogni probabilità, potranno esservi dei sostanziali mutamenti di indirizzo in occasione di nuove, non auspicabili ma altrettanto non inevitabili, difficoltà congiunturali economiche che impongano limiti all'entità del ristoro dovuto a procedimenti ablatori .

Nel qual caso, si dovrebbe necessariamente far ricorso all'art. 42 Cost., che in un'ottica di bilanciamento, richiamata dalle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007 – le cosiddette sentenze gemelle –, prevarrebbe necessariamente sull'art. 117 Cost. e sulla “norma interposta” di cui all'art. 1 CEDU.

In effetti, questa potrebbe essere la finalità del procedimento bifasico del giudizio di costituzionalità, comprensivo del vaglio della norma interposta rispetto a tutto lo spettro delle disposizioni costituzionali, individuato dalle citate sentenze nonché dell'evocazione dello strumento della denuncia del Trattato in caso di esito negativo dello scrutinio di costituzionalità della norma pattizia<sup>83</sup> .

Il livello giurisdizionale, sia pure nella sua massima espressione confinante con il livello politico, cede quindi il passo a quest'ultimo nello stesso momento in cui dichiara l'incostituzionalità dell'art. 5- bis. D'altronde, la consapevolezza di possibili criticità nel rapporto tra normativa sovranazionale e Carta fondamentale non era mancata in quella pregressa giurisprudenza costituzionale che aveva già individuato lo strumento della dichiarazione di incostituzionalità della legge interna

---

<sup>81</sup> Appare perfettamente in linea con queste considerazioni la dottrina secondo la quale “*la garanzia costituzionale della proprietà... è espressione di un bilanciamento ispirato a principi completamente diversi da quelli che, invece, è dato cogliere nell'art. 1, Prot. 1, della Cedu e nella relativa giurisprudenza della Corte europea. Non solo il legame che l'art. 42 instaura con il principio di uguaglianza sostanziale, ma la sua generale conformazione di garanzia di istituto faticano a riscontrarsi nella norma convenzionale, orientata ad un assetto maggiormente oppositivo, di cui è infatti prova l'esiguità e l'eccezionalità dei limiti che la Corte EDU pone al suo godimento* REPETTO G., *Diritti fondamentali e sovranità nello stato costituzionale chiuso. Prime osservazioni critiche sulla sentenza n. 349 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, Febbraio 2008.

<sup>82</sup> GIACCHETTI S., *Problemi esistenziali della giurisdizione amministrativa*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>83</sup> La Corte costituzionale, infatti sottolinea che “*diversamente da quanto è accaduto per altre disposizioni della CEDU o dei Protocolli (ad esempio, in occasione della ratifica del Protocollo n. 4), non vi è stata alcuna riserva o denuncia da parte dell'Italia relativamente alla disposizione in questione e alla competenza della Corte di Strasburgo*”.

di adesione al Trattato internazionale in caso di violazione dei principi fondamentali e dei diritti inalienabili della persona<sup>84</sup>.

Sulla problematica appena focalizzata, la posizione della dottrina non è univoca. Un avveduto orientamento dottrinale - con specifico riferimento alla sentenze della Corte Europea del 2000 sui casi BELVEDERE ALBERGHIERA S.R.L. E CARBONARA E VENTURA - sostiene che *“Le richiamate decisioni della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sollecitano a riconsiderare la proprietà nella sua più attuale dimensione personalistica e sociale oltre che economica. Il che conduce per un verso a collocare il diritto di proprietà nel novero dei diritti umani e per altro verso a legittimarne una funzione sociale, in linea con la previsione dell’art. 2 Cost. dove libertà e solidarietà non confliggono, ma sono compenetrati”*<sup>85</sup>.

La Corte costituzionale invece, in un passaggio conclusivo di una delle due sentenze gemelle, valorizzando le istanze solidaristiche poste a base dell’art. 42 Cost., evidenzia che *“livelli troppo elevati di spesa per l’espropriazione di aree edificabili destinate ad essere utilizzate per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero essere di freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell’iniziativa economica privata”*.

Si tratta di riflessioni ancora non sufficientemente sviluppate dalla dottrina, perlopiù presa dall’invocare immediate applicazioni dei dettami della CEDU, ma che tuttavia emergono nelle argomentazioni di alcuni commentatori che hanno sostenuto che *“quello disciplinato dalla CEDU è molto più simile ad un vero e proprio diritto inviolabile di quanto non sia la corrispondente garanzia contenuta nella Costituzione. Ed è anche superfluo sottolineare che una simile differenza risale non a differenti strategie di riconoscimento e tutela del diritto di proprietà, ma a diverse premesse di ordine storico-culturale, che affondano le loro radici*

---

<sup>84</sup> CARINGELLA S., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005 che richiama Corte cost., nn. 170/1984, 389/1989, 168/1991, 509/95

<sup>85</sup> LICCIARDELLO S., *Espropriazioni e giurisdizione*, Milano, 2007. Qualche riflessione sull’argomento comincia ad affiorare anche nella giurisprudenza di legittimità, come emerge da una recente pronuncia della Corte di Cassazione, che così si esprime: *“la concezione liberale del diritto di proprietà che fa da sfondo all’interpretazione resa dalla Corte dei diritti sull’art. 1, I prot. add. (si veda, oltre alle sentenze Scordino del 29.7.2004 e 17.5.2005 anche l’altra sentenza, sempre in causa Scordino, del 15.7.2004, sulla reiterazione dei vincoli urbanistici) non appare perfettamente in linea con il disegno dell’Assemblea costituente (nell’art. 42, ma anche, più in generale, nell’art. 41 Cost.), di mediare le facoltà dominicali (e imprenditoriali) con l’utilità pubblica”*. Cass., Sez. I, ord. 20 maggio 2006, nr. 11887

*nella profonda eterogeneità delle culture giuridiche europee e, in esse, alla assoluta peculiarità del caso italiano”.*

L'indagine compiuta fin qui impone di aprire una finestra più specifica sul diritto dell'Unione europea, anche solo per verificare in che modo si atteggia rispetto al diritto di proprietà la funzione sociale della quale più volte ha parlato la Corte di Giustizia.

Per far ciò occorre muovere dall'unico dato giuridico esistente - art. 345 TFUE (ex art. 295 Tr.CE) - laddove afferma l'intangibilità del “*regime di proprietà esistente negli Stati membri*”. Tale disposizione, ad una prima lettura, sembrerebbe lasciare totalmente fuori dall'ambito eurounitario la tutela del diritto dominicale. Ma così non è stato, ad eccezione di qualche opinione dissenziente, se si guarda al diritto vivente della Corte di giustizia che nella sua quotidiana opera di individuazione dei non scritti principi generali del diritto comunitario vi ha incluso anche il diritto di proprietà.

Essa ha inizialmente chiarito che nell'ordinamento giuridico comunitario il diritto di proprietà “*è tutelato alla stregua dei principi comuni alle Costituzioni degli stati membri recepiti nel protocollo addizionale alla convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo*<sup>86</sup>”.

È stato inoltre precisato, nel medesimo contesto, che tale diritto, come i restanti diritti fondamentali, costituisce parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima s'ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito.

Inoltre, proprio nella sentenza HAUER C. CONSIGLIO E COMMISSIONE, il giudice comunitario, interpretando l'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU, ha riconosciuto in esso l'esistenza di un diritto ad un giusto indennizzo nel caso di espropriazione o privazione della proprietà pur ritenendo che i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti vanno applicati soltanto agli stranieri - in linea con quanto affermato dagli organi giurisdizionali previsti nella CEDU -.

---

<sup>86</sup> Corte giust. 13 dicembre 1979, causa 44/79, HAUER. Per un esame delle pronunzie rese dalla Corte di giustizia su ipotesi di violazione del diritto di proprietà v. DANIELE G., *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea di Salvaguardia*, in Jus, 1999.



Si è quindi ulteriormente specificato che il Trattato CE riconosce l'intangibilità del regime di proprietà esistente negli Stati membri - art. 295 come modificato dal Trattato di Amsterdam<sup>87</sup> - e che il diritto di proprietà rientra fra i principi generali del diritto comunitario.

Il che vale quanto dire che ogni autorità nazionale e quindi anche i giudici degli ordinamenti interni è tenuta ad applicare il diritto interno in conformità ai principi supremi del diritto comunitario. La peculiarità che sembra comunque emergere nel riconoscimento del diritto di proprietà a livello eurounitario è, per un verso, la matrice non esclusivamente convenzionale di tale diritto.

In questo senso il rinvio alla CEDU ed al suo protocollo non appare esaustivo, se appunto si considera l'attenzione che il giudice di Lussemburgo ha riservato anche ai principi comuni alle Costituzioni, pur mai direttamente esaminate. Opzione che consente quindi alla Corte di sottrarsi ai *dicta* di Strasburgo e che, d'altra parte, consente di accentuare il ruolo creativo del giudice di Lussemburgo.

D'altra parte, va sottolineato che il costante richiamo, operato dalla Corte di giustizia, alle limitazioni che l'ordinamento dell'Unione deve prevedere in vista del perseguimento di altri interessi concorrenti, è esso stesso dimostrazione di quanto la Corte di giustizia abbia prestato attenzione alle tradizioni costituzionali dei paesi membri<sup>88</sup>.

In questa prospettiva, non (completamente) presente, come si è visto, nella disciplina contenuta nell'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU, si chiarisce che i diritti fondamentali non risultano essere prerogative assolute, ma vanno considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società.

Ciò rende possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune dei mercati, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudichi la sostanza stessa di tali diritti<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Corte giust. 3 dicembre 1998 in causa C-368/96, THE QUEEN, in [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int). V. anche Corte giust. 28 aprile 1998 in C-200/96, METRONOME MUSIK, in *Raccolta*, 1998, pag. I-1953, punto 21.

<sup>88</sup> Sulla critica all'operato della Corte di giustizia che si sarebbe ispirata alle tradizioni costituzionali di alcuni ordinamenti interni - nella sentenza HAUER vennero richiamati i sistemi di tutela italiano, tedesco e irlandese - al fine di trarre le indicazioni più opportune per la singola decisione v. FRIGO G., *op. cit.*,

<sup>89</sup> Corte giust. 13 luglio 1989, causa 5/88, WACHAUF; Corte giust. 10 gennaio 1992, causa C-177/90, KÜHN, e 15 aprile 1997, causa C-22/94, *Irish FARMERS ASSOCIATION*.

Tale affermazione si ritrova nella sentenza NOLD allorché si precisa che “*i diritti così garantiti, lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela*”.

Ed in modo analogo si è espresso il Tribunale di 1° grado nella causa HAUER, precisando che il diritto di proprietà deve essere “*considerato alla luce della sua funzione sociale*” sicché la Comunità può apportare al diritto stesso, restrizioni nell’ambito di una sua organizzazione comune di mercato con il limite che esse rispondano a tali scopi ed obiettivi senza costituire un intervento sproporzionato o inaccettabile.

Ed ancora tale ultima sentenza aveva ammesso che il diritto di proprietà non costituisce una prerogativa assoluta e può invece, data la sua funzione sociale, essere sensibilmente limitato, fermo restando che tali limitazioni non devono costituire, tenuto conto dello scopo perseguito dall’autorità che le prescrive, “*un intervento inaccettabile e sproporzionato rispetto ai fini perseguiti nelle prerogative del proprietario, tale da ledere addirittura la sostanza del diritto di proprietà*”.

Questi principi sono stati ribaditi a proposito delle limitazioni all’esercizio di attività imprenditoriali imposti a livello comunitario<sup>90</sup>. D’altra parte, la comparsa d’interessi di natura generale che restringono il contenuto dei diritti fondamentali deve ritenersi ormai una costante delle pronunzie della Corte di Lussemburgo.

Sul punto, può ricordarsi la vicenda che ha visto contrapposti la Comunità europea ed un imprenditore al quale la risoluzione del Consiglio 8 agosto 1990 n. 2340 aveva impedito di proseguire i rapporti commerciali con Iraq e Kuwait. L’imprenditore aveva infatti accusato la Comunità di avere posto in essere una condotta equiparabile ad un’espropriazione<sup>91</sup>.

Il giudice di prima istanza<sup>92</sup> aveva respinto le domande, rilevando che non poteva ritenersi applicabile l’art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU, non vertendosi in ipotesi di

---

<sup>90</sup> Conclusioni presentate dall’Avv. Generale il 5 aprile 2005 nella causa C-154/04 *The Queen Alliance for Natural Health NUTRILINK LTD C. SECRETARY OF STATE FOR HEALTH*. In quell’occasione è stato rammentato che i diritti fondamentali, pur facendo parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce il rispetto, non costituiscono tuttavia prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale. Ciò consente l’adozione di restrizioni a tali diritti, purchè esse rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti in questione.

<sup>91</sup> Le autorità irachene, infatti, avevano congelato i beni dei soggetti che facevano parte degli Stati che avevano adottato quella risoluzione.

<sup>92</sup> Trib. Un. Eu., 28 aprile 1998, causa T-184/95, DORSCH CONSULT INGENIEURGESELLSCHAFT MBH C. CONSIGLIO, in *Racc.*, 1998, II, 670.

privazione diretta della proprietà, ed in ogni caso riconoscendo l'esistenza di un interesse generale della comunità alla pace ed alla sicurezza internazionali che giustificava il sacrificio agli interessi individuali imposto. Indirizzo poi confermato dalla Corte di giustizia in sede di impugnazione.

Analoghi principi sono stati di recente espressi dalla *Grande Chambre* della Corte di giustizia — sent. 3 settembre 2008, cause riunite C - 402/05 P e C - 415/05 P, YASSIN ABDULLAH KADI E ALTRI C. CONSIGLIO — che, chiamata a verificare nuovamente se la misura di congelamento prevista dal regolamento CE — reso in attuazione di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite — che imponeva il congelamento dei beni a persone ed organizzazioni accusate di far parte di reti terroristiche un intervento sproporzionato, ha ritenuto che tale misura cautelare, non privando tali persone della loro proprietà ma pur imponendo una restrizione considerevole all'esercizio del diritto di proprietà era proporzionata, sussistendo un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. In questa direzione sono state evidenziate le finalità del regolamento attuativo, a livello comunitario, delle misure restrittive stabilite dal Consiglio di sicurezza nei confronti di terroristi e delle organizzazioni allo stesso legate che, contrastando le minacce alla pace e alla sicurezza internazionali derivanti dagli atti terroristici, rendevano adeguata e proporzionata la misura del congelamento di capitali.

Malgrado ciò la Corte ha ritenuto che la misura del congelamento dei beni ledesse in modo ingiustificato il diritto di proprietà come tutelato dalla CEDU — art. 1 Prot. n. 1 —. Secondo il giudice comunitario esiste un requisito “intrinseco” dell'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU, rappresentato dalla necessità che le procedure applicabili forniscano alla persona interessata un'occasione adeguata di esporre le proprie ragioni alle autorità competenti.

Non può tuttavia sottacersi che il ricorso alla funzione sociale della proprietà sia risultato, per ciò che riguarda la proprietà comunitaria, strumentale alla salvaguardia delle libertà economiche riconosciute nei Trattati e specificamente connesse agli sviluppi economici del mercato interno. In questa prospettiva, le similitudini con il sistema costituzionale della funzione sociale — ed in definitiva anche con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla nozione di interesse generale e di

pubblica utilità — della proprietà si attenuano profondamente.

Nel diritto eurounitario, pertanto, ad assumere valenza pregnante sono gli obiettivi mercantilistici, già tratteggiati nel Preambolo al Trattato istitutivo della Comunità europea.

Assai diverso è, dunque, il fine che giustifica la limitazione delle facoltà proprietarie rispetto ai più “nobili” intenti della Carta costituzionale italiana e della CEDU. La situazione non muta in modo rilevante per effetto dell’art. 17 della Carta di Nizza che, occupandosi del diritto di proprietà all’interno del titolo dedicato alle libertà, ricalca le linee fondamentali della norma in esame.

In esso non compare alcun specifico richiamo al parametro della funzione sociale ed in occasione del varo definitivo dell’art. 17 della Carta dei diritti fondamentali per il quale nemmeno venne accolto l’emendamento che intendeva specificare che le limitazioni al diritto di proprietà possono essere solo quelle che il legislatore fissa nell’interesse generale e per assicurare la funzione sociale. Circostanza che non è certo idonea ad incrinare la persistenza della funzione sociale, nel peculiare significato appena espresso, anche per la proprietà comunitaria.

### ***3. La proprietà nel diritto comunitario. Agli albori della nuova stagione dell’Istituto proprietario.***

L’indagine compiuta fin qui, impone di aprire una finestra sul diritto comunitario, anche solo per verificare in che modo si atteggia rispetto al diritto proprietario la funzione sociale della quale più volte ha parlato la Corte di Giustizia.

Occorre prendere le mosse dall’unico dato giuridico esistente, l’art. 345 TFUE (ex art. 295 Tr. CE), laddove afferma l’intangibilità del regime di proprietà esistente negli Stati membri.

Ad una lettura preliminare dell’articolo *de quo* sembra che lo stesso lasci totalmente fuori dall’ambito comunitario la tutela del diritto dominicale. Ma così non è, ad eccezione di qualche opinione dissenziente, se si guarda al diritto vivente della Corte di Giustizia che nella sua quotidiana opera di individuazione dei non

scritti principi generali del diritto europeo, vi ha incluso anche il diritto di proprietà.

La Corte di Giustizia ha chiarito inizialmente che nell'ordinamento giuridico comunitario, l'istituto proprietario “è tutelato alla stregua dei principi comuni alle Costituzioni degli Stati membri recepiti dal protocollo addizionale alla Convenzione Europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo”<sup>93</sup>.

È stato inoltre precisato, nel medesimo contesto, che tale diritto come i restanti diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi generali del diritto cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza e che a tal fine quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito.

Inoltre, proprio nella sentenza HAUER il giudice comunitario, interpretando l'art. I Prot. 1 alla CEDU, ha riconosciuto in esso l'esistenza di un diritto ad un giusto indennizzo nel caso di espropriazione o privazione della proprietà pur ritenendo che i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti vanno applicati soltanto agli stranieri, in linea con quanto affermato dagli organi giurisdizionali previsti nella CEDU.

Si è quindi, ulteriormente specificato che il Trattato CE riconosce l'intangibilità del regime di proprietà esistente negli Stati membri e che il diritto di proprietà rientra fra i principi generali del diritto comunitario<sup>94</sup>.

Con questo si vuole dire appunto che ogni autorità nazionale e di conseguenza le Corti interne agli Stati, è tenuta ad applicare il diritto interno in conformità ai principi supremi del diritto comunitario.

La peculiarità che sembra comunque emergere nel riconoscimento del diritto di proprietà a livello europeo è per un verso la matrice non esclusivamente convenzionale di tale diritto. In questo senso il rinvio alla CEDU ed al suo protocollo addizionale non appaiono esaustivi, se appunto si considera l'attenzione che il giudice di Lussemburgo ha riservato anche ai principi comuni alle

---

<sup>93</sup> Corte di Giustizia, 13 dicembre 1979, causa 44/79, HAUER. Per un esame delle pronunce rese dalla Corte di Giustizia su ipotesi di violazione del diritto di proprietà, si veda DANIELE L., *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione Europea di Salvaguardia*, in *Jus*, 1999.

<sup>94</sup> Corte Giust. 3 dicembre 1998, causa C-368/96, THE QUEEN in [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int); anche Corte Giust. 28 aprile 1998 in C-200/96, METRONOME MUSIK, in *Raccolta*, 1998.

Costituzioni pur mai direttamente esaminate. Opzione questa che consente alla Corte di Giustizia di sottrarsi ai *dicta* di Strasburgo e che d'altra parte consente di accentuare il ruolo creativo del giudice di Lussemburgo<sup>95</sup>.

D'altra parte va sottolineato che il costante richiamo operato dalla Corte di Giustizia, alle limitazioni che l'ordinamento comunitario deve prevedere in vista del perseguimento di altri interessi concorrenti, è esso stesso dimostrazione di quanto la Corte abbia prestato attenzione alle tradizioni costituzionali degli Stati.

In questa prospettiva, nella disciplina contenuta nell'art. 1 Prot. 1 CEDU, si chiarisce che i diritti fondamentali non risultano essere prerogative assolute ma vanno considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. Ciò rende possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune dei mercati purchè dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudichi la sostanza stessa di tali diritti<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Bilancia L., *I diritti fondamentali come conquiste sovranazionali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 3/2003.

<sup>96</sup> Tale affermazione si ritrova peraltro nella sentenza *Nold/Commissione* allorchè si precisa: "*i diritti così garantiti lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto di tutela*". Ed in modo analogo si è espresso il Tribunale di I grado nella causa *HAUER C. CONSIGLIO E COMMISSIONE*, precisando che il diritto di proprietà deve essere considerato: "*alla luce della sua funzione sociale*" sicchè la Comunità può apportare al diritto stesso restrizioni nell'ambito di una sua organizzazione comune di mercato con il limite che esse rispondano a tali scopi ed obiettivi senza costituire in intervento sproporzionato o inaccettabile. *Trib. Un. Eu.*, 14 luglio 1998, causa T-119/95.

Inoltre, tale sentenza *HAUER*, aveva ammesso che il diritto di proprietà non costituisce una prerogativa assoluta e può invece, data la sua funzione sociale, essere sensibilmente limitato, fermo restando che tali limitazioni non devono costituire, tenuto conto dello scopo perseguito dall'autorità che le prescrive, un intervento inaccettabile e sproporzionato rispetto ai fini perseguiti nelle prerogative del proprietario, tale da ledere addirittura la sostanza del diritto di proprietà. Ciò ha consentito alla Corte di Giustizia di riconoscere che l'assenza di indennizzo in caso di distruzione o abbattimento dei pesci si inserisce nell'ambito di misure volte al contrasto di malattie contagiose una volta che esse siano individuate all'interno dell'azienda. In tale prospettiva, la possibilità che il focolaio potesse estendersi rapidamente aveva indotto il legislatore comunitario con la Dir. 93/53 a prevedere la distruzione e l'abbattimento immediato di tutti i pesci senza indennizzo. Tali misure, secondo la Corte furono giustificate da un obiettivo d'interesse generale della Comunità ed erano sproporzionate rispetto all'obiettivo perseguito senza così pregiudicare la sostanza stessa del diritto di proprietà. Osservava l'Avvocato Generale Michio, nelle sue conclusioni relative allo stesso procedimento, che "*la limitazione del diritto di proprietà subita da queste imprese consisteva nell'obbligo, da una parte, di interrompere mediante un abbattimento sistematico, l'ingrassamento dei pesci presenti nei loro impianti e, dall'altra, di distruggere quelli che non potevano essere commercializzati a causa del loro stato sanitario o dalle dimensioni insufficienti*".

Questi principi esposti sono stati ribaditi anche a proposito delle limitazioni all'esercizio di attività imprenditoriali imposte a livello comunitario. In una sentenza del 2005 è stato rammentato che i diritti fondamentali, pur facendo parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte di Giustizia garantisce il rispetto, non costituiscono tuttavia prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale. Ciò consente l'adozione di restrizioni a tali diritti, purchè esse rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti in questione.

Sul punto può ricordarsi la vicenda che ha visto contrapposti la Comunità Europea ed un imprenditore al quale la risoluzione del Consiglio 2340/90 aveva impedito di proseguire i rapporti commerciali con Iraq e Kuwait. L'imprenditore aveva infatti accusato la Comunità di avere posto in essere una condotta equiparabile ad un'espropriazione. Il giudice di prima istanza aveva respinto le domande rilevando che non poteva ritenersi applicabile l'art. 1 Prot. 1 CEDU non vertendosi in ipotesi di privazione diretta della proprietà, ed in ogni caso riconoscendo l'esistenza di un interesse generale della Comunità alla pace ed alla sicurezza internazionali, che giustificava il sacrificio agli interessi individuali imposto. Indirizzo poi confermato dalla Corte di giustizia in sede di impugnazione. *Trib. Un. Eu.*, 28 aprile 1998, Causa T-184/95; Corte Giust., 15 giugno 2000, causa C-237/98.

Ed ancora, analoghi principi sono stati di recente espressi dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia con la sentenza C-402/05, C-415/05 *YASSIN ABDULLAH KADI E ALTRI C. CONSIGLIO* che, chiamata a verificare nuovamente se la misura del congelamento prevista dal regolamento CE, reso in attuazione di risoluzioni ONU, che imponeva il congelamento dei beni a persone ed organizzazioni accusate di far parte di reti terroristiche, ha ritenuto che tale misura cautelare non privando tali persone della loro proprietà ma imponendo una restrizione considerevole al suo esercizio, era proporzionata sussistendo un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati

Non può tuttavia sottacersi che il ricorso alla funzione sociale della proprietà sia risultato, per ciò che riguarda la proprietà in sede di diritto comunitario, strumentale alla salvaguardia delle libertà economiche riconosciute nei Trattati e specificamente connesse agli sviluppi economici del mercato interno.

Al termine di questa riflessione sulla funzione sociale dell'istituto proprietario, appare evidente come si sia così aperta una nuova stagione che, fondata sul riconoscimento della giurisprudenza CtEDU come parametro interpretativo e integrativo dello stesso art. 42 Cost., ha cominciato a produrre, a partire dalle sentenze gemelle di cui al precedente paragrafo, frutti più "democratici".

Orbene, è più che evidente come il più recente formante giurisprudenziale della CtEDU ha consentito un controllo più stringente delle legislazioni dei Paesi aderenti in modo che la garanzia offerta dallo strumento convenzionale ha finito con l'atteggiarsi come superiore rispetto a quella dispensata dal giudice costituzionale e dai giudici nazionali, attribuendo alla tutela proprietaria una specifica valenza di tutela dell'individuo, attraverso una proiezione dinamica che guarda alle utilità economiche attribuite alla persona e che impone tutele risarcitorie delle sofferenze prodotte dalla lesione della proprietà.

In questa prospettiva, la mancata previsione del rinvio espresso alla funzione sociale all'interno della CEDU potrebbe dunque far pensare all'assenza di una prospettiva solidaristica<sup>97</sup> che la Convenzione non ha volutamente sviluppato, ad essa non competendo.

Ma è proprio lo sviluppo prodotto dalle decisioni del giudice di Strasburgo nell'ordinamento italiano, nel quale "vige" l'art. 42 comma 2 Cost. ed il riferimento "forte" alla funzione sociale, a dimostrare come tale silenzio non intende certo escludere l'esercizio di un potere conformativo della proprietà da parte degli Stati al fine di garantirne la funzione sociale.

A ben considerare, il sostrato del diritto di proprietà avuto presente dai *conditores* del Protocollo n.1 alla CEDU sembra a tratti assai vicino ad una concezione giusnaturalistica che intravede nella proprietà non un mezzo per raggiungere determinati fini, ma piuttosto un diritto soggettivo "pre-statuale": una

---

e lo scopo perseguito. Malgrado ciò la Corte ha ritenuto che la misura del congelamento dei bei ledesse in modo ingiustificato il diritto di proprietà come tutelato in sede CEDU.

<sup>97</sup> Salvi C., *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2009.

sorta di diritto naturale innato che costituisce elemento essenziale della dignità umana e che, come tale, rappresenta un valore fondamentale della persona.

Ciò, tuttavia, non significa che la disposizione sovranazionale sia ritornata ad una concezione del diritto dominicale come prerogativa assoluta ed inviolabile che non si concilierebbe, del resto, con l'attuale statuto proprietario previsto dalla Costituzione nazionale. Nè è necessario innalzare la funzione sociale a principio supremo dell'ordine costituzionale per paralizzare gli effetti della giurisprudenza di Strasburgo.

Ma vuol dire che tali limitazioni, determinabili dai singoli ordinamenti secondo un margine di discrezionalità anche ampio, non possono dirsi immuni da un controllo di razionalità e proporzionalità che la CEDU impone sia al giudice di Strasburgo che a quello nazionale, chiamato a dare attuazione diretta a quei diritti ivi tutelati.

In questo senso il principio, più volte affermato dalla Cassazione, secondo il quale il legislatore interno può limitare, nell'esercizio della discrezionalità che gli compete, il diritto di proprietà previsto dall'art. 42 Cost. per assicurarne la funzione sociale, trova un necessario correttivo proprio nella parte in cui si postula l'assoluta libertà del legislatore di perseguire fini ed interessi generali.

In tale prospettiva, il contenuto non perfettamente circoscritto della funzione sociale contenuto nella Costituzione italiana trova probabilmente un suo limite esterno nella norma sovranazionale. Se dunque deve ammettersi una piena osmosi del diritto fondamentale con gli interessi pubblici concorrenti previsti dall'ordinamento nazionale, dovrebbe parimenti riconoscersi un sindacato del giudice di Strasburgo e con esso del giudice nazionale sulla congruità di tali interessi, sulle modalità con le quali l'ordinamento interno li persegue e sul rispetto dei canoni previsti dall'art. I Prot. n. 1 alla CEDU.



# CAPITOLO TERZO

## LA GIURISPRUDENZA DELLE GIURISDIZIONI SUPERIORI

### SULL'OCCUPAZIONE ACQUISITIVA

Sommario: 1. Le sentenze CARBONARA VENTURA E BELVEDERE ALBERGHIERA; 1.1. Sezioni Unite e CtEDU, il contrasto sull'occupazione acquisitiva – alla ricerca di un'interpretazione conforme (breve cenni); 2. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2005 sull'occupazione acquisitiva e il riallineamento tra Cassazione e CtEDU; 3. L'interpretazione della Cassazione conforme alla giurisprudenza CtEDU sulla prescrizione – la sentenza 20543/2008; 4. Il rischio di ulteriori condanne per l'Italia.

#### **1. Le sentenze CARBONARA VENTURA E BELVEDERE ALBERGHIERA.**

A questo punto della trattazione si è cercato di soffermare l'attenzione del lettore sugli elementi più rilevanti delle sentenze CtEDU che sono andate progressivamente evidenziando un *vulnus* sistematico dei meccanismi di protezione del proprietario rispetto all'agire espropriativo posto in essere tanto illecitamente che nell'orbita di un regolare procedimento espropriativo.

In definitiva se la particolare avversione della CtEDU per le condotte arbitrarie degli Stati contraenti e per le forme di ristoro parziale del pregiudizio del proprietario espropriato illegittimamente, sembravano offrire alla Repubblica Italiana la possibilità di trovare delle vie di fuga che non ponessero in discussione l'architettura dell'art. 42 della Costituzione, la questione relativa alla congruità dell'indennizzo sembrava potenzialmente idonea a fare emergere in tutta la sua problematicità le diversità contenutistiche tra la tutela apprestata dalla Carta Costituzionale all'istituto proprietario e quella di matrice convenzionale correlata del parametro della funzione sociale che invece campeggia nell'articolo della Costituzione<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> PACE A., *Costituzione Europea e autonomia contrattuale. Indicazioni e appunti*. L'autore, nel ricordare la disposizione del Trattato sulla Costituzione Europea dedicata al diritto di proprietà, ne sottolinea la maggiore portata: "Significato e portata che sono certamente garantisti per il soggetto privato, più della nostra Costituzione e della giurisprudenza formata nel nostro ordinamento. Si pensi ad esempio alle vicende della c.d. accessione invertita escogitata, come è noto, dalla Corte di Cassazione che la Corte di Strasburgo ha ritenuto illegittima appunto perché non aveva un fondamento legale. Ne si obietti che è proprio la maggior garanzia per il proprietario privato, ciò che costituisce un *vulnus* alla funzione sociale presa in considerazione dalla nostra Costituzione. Una siffatta obiezione sarebbe infondata perché, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, la proprietà privata, pur nella diversità delle forme, non ha mai preso, sotto un profilo strutturale, i caratteri tipici del diritto soggettivo, la valutazione della funzione sociale essendo sempre rimasta a livello della conformazione legislativa. D'altra parte l'art. III-425 lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistenziale negli Stati membri e quindi non interferisce sulle varie conformazioni normative operate dai legislatori nazionali". A fomentare le paure d'altra parte, contribuiva la considerazione che l'estensione del concetto di bene operata a livello sovranazionale aveva finito con l'avvicinare notevolmente l'articolo oggetto del presente lavoro, al valore che venne dato all'istituto proprietario che le Dichiarazioni universali dei diritti dell'Uomo susseguites nel periodo della Rivoluzione Francese erano andate scolpendo, insistendo tanto sull'inerenza della proprietà alla tutela della persona, quanto sulla non necessaria correlazione tra materialità del bene e proprietario. In questa direzione appariva quasi scontato richiamare l'art. 17 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del Cittadino approvata dall'Assemblea Nazionale il 26 agosto 1789 (*la proprietà essendo un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato salvo quando la necessità pubblica, legalmente contestata, lo esiga in maniera evidente e previa una giusta indennità*),

Da quanto fin qui affermato si comprendono i due sistemi di protezione dell'istituto proprietario spesso in contrapposizione tra loro, l'uno comunitario più vicino alle istanze private, l'altro, quello degli Stati contraenti, palesemente volto alla salvaguardia del diritto di proprietà della funzione sociale teso alla soddisfazione di interessi generali<sup>99</sup>.

La giurisprudenza Costituzionale sembrava voler rimarcare la differenza fra il diritto di proprietà ed i diritti inviolabili dell'uomo costituzionalmente garantiti che erano da considerare assolutamente intangibili anche da parte dell'amministrazione.

La giurisprudenza italiana ha inizialmente vissuto con preoccupazione i numerosi pronunciamenti della Corte di Strasburgo sulle violazioni dell'art. I Prot. 1 CEDU che con la loro portata così contraria alla *ratio* della giurisprudenza nazionale, coinvolgevano non solo le legislazioni ed i sistemi "astratti" ma anche i gangli che animavano gli stessi. Questo clima era naturalmente comprensibile se solo si pone l'attenzione al meccanismo sotteso alla protezione dei diritti fondamentali convenzionali fondato sul principio di sussidiarietà già ampiamente analizzato nel precedente cap. 2, e quindi sulla verifica dell'operato nazionale da parte dei giudici di Strasburgo<sup>100</sup>.

A rimanere coinvolta da tale clima di discredito, in primo luogo, è la giurisprudenza nazionale proprio per il meccanismo della sussidiarietà e proprio perché nell'ottica della CtEDU e del suo diritto vivente il momento giudiziario della verifica della violazione a livello interno dovrebbe rappresentare il principale filtro alla commissione di violazioni rilevanti quali sono quelle che seguono all'aggressione di un diritto umano. E' altresì ovvio che quando tale filtro non raggiunge i risultati sperati, l'accertamento della violazione suona come una sconfitta dello Stato e delle Istituzioni giudiziarie, attribuendo la responsabilità ad

---

l'art.1 (*lo scopo della società e la felicità comune. Il governo è istituito per garantire all'uomo il godimento dei suoi naturali ed imprescrittibili diritti*) e l'art. 16 (*il diritto di proprietà è il diritto che appartiene ad ogni cittadino di godere e disporre a suo piacimento dei suoi beni, dei suoi redditi, del frutto dei suoi lavori e della sua iniziativa*) della Dichiarazione del 1793 nonché l'art. 5 della successiva Dichiarazione del 1795 (*la proprietà è il diritto di godere e di disporre dei propri beni, delle proprie rendite, del frutto del proprio lavoro e della propria attività*).

<sup>99</sup> COMBA M., *I diritti civili. Verso una nuova funzione della proprietà privata*, in *Diritto e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di ZAGREBELSKY G., Bari, 2002. Si veda anche Corte Costituzionale 108/96. Ciò che pareva cogliere la giurisprudenza italiana, in specie la sentenza 6173/2004 nell'affermare che: "*il diritto protetto dall'art. I Prot. 1 CEDU, ossia il pacifico godimento dei propri beni, se ben può ascriversi a contenuto implicito anche delle garanzie costituzionali del diritto di proprietà e della libertà di iniziativa economica, trova negli artt. 41 e 42 Cost. una protezione condizionata dai limiti dell'utilità o della funzione sociale e si colloca, quindi in posizione recessiva rispetto ad interessi sovraordinati*".

<sup>100</sup> La conseguenza di tale meccanismo era dunque tale da porre lo Stato autore di una violazione, nell'assai scomoda posizione di condannato rispetto al singolo soggetto con tutta la carica di negatività e discredito che una condanna comporta verso gli artefici della violazione medesima.

essi di non aver posto in essere tutti quei meccanismi capaci di annullare gli effetti dannosi del comportamento violativo dei diritti.

Quanto affermato fin d'ora, è accaduto in Italia, per quel che riguarda le espropriazioni illecite. Su questo argomento infatti, a tutela dell'istituto proprietario sono stati numerosi i *dicta* della CtEDU (uno degli ultimi risale al 2007) successivamente alle sentenze del 2000 CARBONARA VENTURA E BELVEDERE ALBERGHIERA<sup>101</sup>.

In tali sentenze, la Corte, nell'accogliere il ricorso, ha evidenziato che per essere compatibile con l'articolo 1 del Protocollo n.1 un'ingerenza nel diritto di proprietà deve essere operata "*a causa di utilità pubblica*" e "*nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali di diritto internazionale*". L'ingerenza deve predisporre un "giusto equilibrio" tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo<sup>102</sup>.

Inoltre, la Corte precisava che l'articolo oggetto del presente lavoro, esige innanzitutto e soprattutto che un'ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto al rispetto dei beni deve essere legale. La preminenza del diritto, inoltre, implica il dovere dello Stato o di un'autorità pubblica di piegarsi ad un giudizio o ad

---

<sup>101</sup> La sentenza BELVEDERE ALBERGHIERA C. ITALIA (ricorso n. 31524/96) del 30 maggio 2000 si caratterizza, unitamente alla coeva sentenza CARBONARA VENTURA C. ITALIA (ricorso n. 24638/94), per aver affermato il principio che l'espropriazione indiretta, così come enucleata dalla giurisprudenza italiana, viola il principio di legalità, affermato dall'art. I Prot.1 CEDU. Si riporta per tuziorismo espositivo il fatto di una delle due sentenze coeve, in particolare della sentenza Belvedere Alberghiera per non annoiare la lettura del presente lavoro.

Nell'anno 1987 il comune di Monte Argentario approvò il progetto di costruzione di una strada che doveva realizzarsi sul terreno della società Belvedere Alberghiera. La società ricorrente adì il TAR della Toscana, contestando sia l'illegittimità della procedura d'esproprio sia l'ordinanza di occupazione del terreno. Il TAR accolse il ricorso annullando la decisione del Comune e tutti gli atti conseguenti, poiché ritenne che il provvedimento di esproprio era stato adottato senza preventivi accertamenti tecnici, e quindi "*non atto a realizzare un interesse pubblico*". A seguito di ciò, la Belvedere Alberghiera s.r.l. chiese al Comune la restituzione del terreno occupato illegittimamente e a fronte dell'inerzia della pubblica amministrazione diede avvio, sempre di fronte al TAR, al giudizio di ottemperanza. Il giudice adito rigettò il ricorso poiché per il principio dell'espropriazione indiretta (occupazione acquisitiva) il richiedente non era più il proprietario del terreno che doveva ritenersi appartenente oramai al Comune di Monte Argentario. A causa del completamento dei lavori di costruzione della strada la restituzione del terreno era, peraltro, divenuta impossibile. L'illegalità di questo trasferimento di proprietà dava tuttavia il diritto all'interessata di richiedere il risarcimento dei danni davanti alle giurisdizioni civili. La richiedente propose appello davanti al Consiglio di Stato adducendo che l'Amministrazione aveva ultimato i lavori dopo la sentenza di condanna del TAR, per cui l'applicazione del principio dell'espropriazione indiretta svuotava di sostanza la decisione giudiziale. In tal modo l'Amministrazione era libera di agire in modo [illegale](#) al solo scopo di acquistare la proprietà di un terreno. Il Consiglio di Stato in seduta plenaria respinse il ricorso dell'appellante poiché ritenne che alla data della sentenza i lavori erano quasi ultimati, salvo opere di minore importanza. Di conseguenza, già poteva ritenersi che la proprietà del terreno era trasferita a favore dell'Amministrazione e la restituzione era divenuta impossibile, in virtù del principio dell'espropriazione indiretta. Di qui il ricorso alla Corte Europea. La società richiedente lamentava, anzitutto, il fatto che il principio dell'espropriazione indiretta era stato applicato nonostante che una sentenza del TAR avesse dichiarato illegittimo il provvedimento di esproprio. In ogni caso, doveva ritenersi, a detta della ricorrente, che ogni espropriazione indiretta è contraria al principio di legalità per i seguenti motivi: *a)* l'amministrazione diventa proprietaria di un terreno in seguito ad un comportamento illegale; *b)* l'individuo non può beneficiare delle garanzie procedurali previste in caso di espropriazione formale; *c)* il principio dell'espropriazione indiretta non è enunciato dalle disposizioni legislative bensì è un istituto di creazione giurisprudenziale.

Contro tali argomentazioni il Governo oppose che l'applicazione del principio dell'espropriazione indiretta era ormai da considerarsi costante ed unanime presso i giudici nazionali. Pertanto, il terreno non poteva più essere restituito all'interessata, essendo la sua destinazione diventata pubblica in modo irreversibile. L'illegalità che esisteva fino al momento del completamento dei lavori dava tuttavia all'interessata il diritto di chiedere un risarcimento per equivalenza, ossia dei danni-interessi, da richiedere davanti al giudice competente.

<sup>102</sup> Come già precisato nella sentenza del 23 settembre 1982 SPORRONG E LÖNNROTH C. SVEZIA citata.

una sentenza resa a loro carico.

La Corte, ha ribadito questo principio, in tutte e due le sentenze in oggetto ed ha sottolineato che l'espropriazione indiretta può condurre ad applicazioni contraddittorie con risultati imprevedibili o arbitrari privando, così, gli interessati di una protezione efficace dei loro diritti e, di conseguenza, è incompatibile con il principio di legalità, che postula, invece, l'esistenza di norme di diritto interno sufficientemente accessibili, precise e prevedibili<sup>103</sup>.

I giudici di Strasburgo hanno evidenziato l'incompatibilità di tale istituto con il principio di legalità poiché permette all'amministrazione di trarre beneficio da una situazione illegale e per l'effetto della quale l'individuo si trova davanti al fatto compiuto. Pertanto la Corte concludeva riconoscendo la non conformità dell'istituto dell'occupazione acquisitiva di creazione giurisprudenziale con l'art. 1 Prot.1<sup>104</sup>.

Si può correttamente affermare quindi che, il cambio di prospettiva della Corte, si manifestò con preponderanza allorché nell'esaminare le vicende poste al suo vaglio, la stessa esaminò direttamente ed esplicitamente il fenomeno dell'espropriazione indiretta, esteriorizzando ciò che le due sentenze di cui al presente paragrafo avevano palesato in maniera molto chiara.

Ecco che nell'incedere motivazionale apparve netto il passaggio da un esame

---

<sup>103</sup> In proposito, la Corte ha posto in luce anche l'ondivaga giurisprudenza italiana, la quale solo con la sentenza della Corte di Cassazione n. 1464 del 16 febbraio 1983, ha consacrato il principio dell'espropriazione indiretta (accessione invertita od occupazione acquisitiva). In virtù di tale principio, il potere pubblico acquista ab origine la proprietà di un terreno senza procedere ad un'espropriazione formale quando, dopo l'occupazione ed a prescindere dalla legalità di questa, il lavoro pubblico è stato realizzato. Quando l'occupazione è *ab initio* senza titolo, il trasferimento di proprietà ha luogo nel momento in cui il terreno viene trasformato irreversibilmente dal lavoro pubblico. Quando l'occupazione del terreno è stata inizialmente autorizzata, invece, il trasferimento di proprietà ha luogo alla scadenza del periodo di occupazione autorizzata. La Corte di Cassazione, nella medesima sentenza precisa ancora, che, nei casi di espropriazione indiretta, l'interessato ha diritto ad un risarcimento integrale, poiché l'acquisizione del terreno è avvenuta senza titolo. Tuttavia, questo risarcimento non è versato automaticamente, ma incombe sull'interessato l'onere di richiedere i danni-interessi. Inoltre, il diritto al risarcimento prevede un termine di prescrizione di cinque anni, che comincia a decorrere dal momento della trasformazione irreversibile del terreno.

<sup>104</sup> Con una sentenza successiva dell'11 dicembre 2003 la Corte ha poi statuito sul *quantum* del risarcimento, data l'impossibilità della *restituito in integrum* del terreno. Il criterio di calcolo, secondo la Corte deve riflettere l'illegittimità dello spossamento, per cui l'indennizzo viene calcolato sul valore attuale del bene, a cui si deve aggiungere una somma relativa al mancato godimento del terreno dal momento in cui le autorità hanno preso possesso del terreno. Tale sentenza di così elevata importanza ha dato la stura ad una serie di prese di posizione a livello nazionale: la Cassazione a Sezioni Unite in due sentenze (la n.5902 e la n. 6853 del 2003) ebbe così a ritenere che la disciplina dettata dall'art. 1 protocollo n.1 e la disciplina interna non si pongono in contrasto tra di loro e che, sul punto della violazione del principio di legalità, nel diritto italiano l'istituto dell'occupazione "appropriativa" si colloca ormai in un contesto di regole "sufficientemente accessibili, precise e prevedibili", che lo rendono compatibile con la normativa convenzionale. Del resto, per il Supremo Collegio, sul piano patrimoniale il soggetto che ha subito l'occupazione "appropriativa" ottiene, a titolo risarcitorio, un importo maggiore dell'indennità che avrebbe ricevuto in sede di espropriazione, sicché sarebbe anche salvaguardato quel bilanciamento di interessi, che la Corte europea tende a tutelare.

Nel contempo però, da un lato, è intervenuto il Consiglio di Stato, il quale dopo avere affermato nella decisione dell'11 maggio 2005 che la realizzazione dell'opera pubblica non costituisce di per sé un valido motivo alla impossibilità della restituzione, dovendo la P.A. dimostrare il perdurare dell'interesse pubblico, con una successiva sentenza della IV Sezione 21 maggio 2007 n. 2582, sempre il Consiglio di Stato dichiarò che "non può ritenersi vigente l'istituto giurisprudenziale dell'occupazione espropriativa per contrasto con la Convenzione"; dall'altro, la Corte Costituzionale, con le due ormai famose sentenze gemelle del 24 ottobre 2007 dichiarò l'illegittimità delle norme degli art. 5 bis, comma 1-2 e 7 bis del D.L.333/1992 e dell'art. 37 del D.Lgs. 327 del 2001, sull'indennità di esproprio, ritenendo la non congruità del risarcimento per l'occupazione appropriativa, anche se previsto in misura -ma solo leggermente- superiore all'indennità per l'espropriazione e, così, componendo finalmente il conflitto con la CEDU.

individuale della condotta dell'espropriante, originariamente compiuto nel caso CARBONARA VENTURA, alla ricostruzione di un fenomeno assurdo ormai nelle stesse parole della Corte al rango di espropriazione indiretta<sup>105</sup>.

La Corte Europea dei diritti dell'Uomo tornava a ribadire che l'ingerenza sul diritto dominicale, per essere conforme all'art. I Prot. 1, deve operare non solo per causa di pubblica utilità ma anche essere adottata alle condizioni previste dalla legge e mantenere un giusto equilibrio fra le esigenze di interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali.

Che la prospettiva prescelta dalla Corte fosse quella generale, dunque protesa ad una verifica del sistema interno relativo all'espropriazione indiretta, si colse ancora appieno quando la Corte dichiarò di non volere arrestare l'indagine al mero fatto che il giusto equilibrio di cui si è già ampiamente accennato, presupponeva un'ingerenza legale e non poteva trovare applicazione in caso di aggressione illegale.

Operando in tal modo i giudici di Strasburgo sembrano voler prendere ancora più di petto l'esame della Repubblica Italiana dopo le sentenze in commento del maggio del 2000, le quali furono richiamate a dimostrazione che le stesse non avevano voluto offrire alcuna ancora di salvezza dell'occupazione acquisitiva<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> È dunque in questa prospettiva che i Giudici di Strasburgo riconoscevano alla sentenza di Cassazione nel *SCORDINO* l'effetto di privare la proprietà del bene alla stregua della seconda frase dell'art. I Prot. 1 CEDU.

<sup>106</sup> L'occupazione appropriativa, così come l'occupazione usurpativa sono fattispecie di creazione giurisprudenziale connesse con aspetti patologici della procedura di espropriazione. La costruzione della fattispecie dell'occupazione appropriativa si deve alle Sezioni Unite della Suprema Corte che, con sentenza n. 1464 del 1983, hanno organicamente definito l'occupazione appropriativa come un nuovo modo di acquisto della proprietà, secondo un criterio inverso rispetto all'accessione (c.d. accessione invertita), per effetto del quale la proprietà del fondo sorge in capo al soggetto che vi ha realizzato l'opera salvo il risarcimento del danno nella misura del valore venale del fondo in favore del relativo proprietario.

L'occupazione appropriativa, secondo l'indirizzo della Suprema Corte di Cassazione, presuppone la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera da realizzare sul fondo privato e si perfeziona allorché l'opera stessa viene realizzata con la conseguente irreversibile trasformazione del fondo in assenza del relativo valido ed efficace decreto di esproprio; esso, ove emesso successivamente all'irreversibile trasformazione del fondo sarebbe "*inutiliter datum*".

Ne consegue l'obbligo di risarcimento del danno a carico della PA nella misura del valore venale del fondo e nel termine prescrizione di cinque anni. Secondo la Suprema Corte, l'irreversibile trasformazione del fondo si verifica allorché l'opera dichiarata di pubblica utilità, anche se non ancora ultimata, sia emersa come bene strutturalmente e fisicamente nuovo. Il termine di prescrizione del diritto risarcitorio decorre dall'irreversibile trasformazione del fondo (in tal senso si vedano, tra le più recenti, Cass. Civ. Sez I, 11 luglio 2008, n 19229 e Cass Civ , Sez I, 29 maggio 2008, n 14350).

L'istituto dell'occupazione appropriativa ha ricevuto, nel 1995, l'avallo della Corte Costituzionale che, con la pronuncia n 188 del 23 maggio 1995, ha affermato come l'effetto, *latu sensu*, traslativo del diritto di proprietà sul bene si verifica per effetto, non già dell'illecito aquiliano, ma per effetto di un dato fattuale derivante dall'inutilizzabilità del bene da parte del privato. Distinta ma connessa alla questione inerente l'inquadramento giuridico dell'istituto dell'occupazione appropriativa, è la questione inerente il risarcimento dovuto al privato.

A fronte dell'iniziale riconoscimento della spettanza di un risarcimento integrale e pari al valore venale del bene, infatti, a seguito della pronuncia della Consulta del 1995, il Legislatore è intervenuto con l'art. 1 comma 65 della L. n. 549 del 1995 stabilendo una simmetria tra il risarcimento del danno dovuto per occupazione appropriativa e indennizzo spettante in caso di legittima procedura ablatoria.

Tale norma è stata dichiarata incostituzionale con sentenza n 369 del 1996 in quanto assimila situazioni giuridiche profondamente diverse. Successivamente, il Legislatore è intervenuto con l'art. 3 comma 65 della L. n. 662 del 1996 stabilendo che, per le occupazioni illegittime di suoli edificabili per cause di pubblica utilità intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, nella liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità espropriativa prevista per i fondi edificabili ma senza la compressione del 40% e con la maggiorazione del 10%. Per le espropriazioni successive nonché per quelle aventi ad oggetto fondi non edificabili o edificati il risarcimento era dovuto, invece, nella misura del valore venale del bene.

La Corte tutela la proprietà contro le ripetute violazioni del diritto di proprietà, contro un sistema, il nostro, che aveva annichilito la proprietà senza che a livello interno si riuscisse a comprendere che dietro al *dominium* vi sono le persone alle quali occorre offrire una tutela a fronte di uno sbilanciamento grave realizzato in favore di un interesse pubblico che non può in alcun modo svuotare di contenuti l'istituto proprietario.

### **1.1. Sezioni Unite e CtEDU, il contrasto sull'occupazione acquisitiva – alla ricerca di un'interpretazione conforme (brevi cenni).**

A fronte di questo sviluppo della giurisprudenza comunitaria, si confermava un atteggiamento di chiusura da parte della giurisprudenza nostrana, soprattutto di quella delle Sezioni Unite. Tant'è vero che alcune sentenze della Corte di

---

Tale criterio di risarcimento del danno è confluito nell'art. 55 del T.U. n. 327 del 2001 in materia espropriativa. A seguito di una serie di interventi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che ha variamente censurato la disciplina inerente l'indennità espropriativa, l'istituto dell'occupazione acquisitiva e quello, connesso, relativo all'ammontare del danno risarcibile, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 349 del 2007 ha dichiarato incostituzionale, con riferimento all'art. 117, 1° comma Cost con riferimento all'art. 6 ed all'art. 1 del protocollo addizionale della CEDU, il regime risarcitorio di cui all'art. 55 del TU nella parte in cui esclude un ristoro integrale del danno (in una misura che non può essere diversa dal valore venale del fondo) in caso di occupazione appropriativa. In aderenza alle indicazioni della Consulta, il Legislatore è intervenuto, con l'art. 2, comma 89 della L. n. 244 del 2007 modificando l'art. 55 del TU che, ora, prevede: "*Nel caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza di valido ed efficace provvedimento di esproprio alla data del 30 settembre 1996, il risarcimento è dovuto nella misura del valore venale del bene*".

A seguito di tale ulteriore assetto normativo, nonostante voci critiche in merito ad imprecisioni del testo (in particolare si censura il riferimento ai soli suoli edificabili, l'asimmetria rispetto alla nuova disciplina dell'indennità d'esproprio che potrebbe eccedere l'ammontare del risarcimento per occupazione appropriativa in caso di cessione volontaria, il mancato riferimento in via generale al risarcimento del danno e l'effetto potenzialmente pregiudizievole della sua limitazione al valore venale del bene), si ritiene che, per ogni ipotesi di occupazione appropriativa (anche ove riguardante fondi non edificabili o fondi edificati), sia dovuto il risarcimento del danno nella misura del valore venale del bene.

L'occupazione usurpativa si caratterizza, secondo quanto chiarito dalla Consulta (Corte Cost. sent. n. 191 del 2006), per il fatto che manca la dichiarazione di pubblica utilità (secondo taluni, ma l'opinione non è unanime anche a seguito di annullamento successivo o di inefficacia sopravvenuta della dichiarazione). In ipotesi di occupazione usurpativa il privato avrà diritto al conseguire la restituzione del fondo, oltre al risarcimento del danno. Potrà naturalmente scegliere di abdicare al diritto di proprietà chiedendo solo il risarcimento del danno. Con riferimento ad esso, l'illiceità permanente della condotta della PA comporta che il termine di prescrizione non decorra, come nell'occupazione appropriativa, dal momento dell'irreversibile trasformazione del suolo ma dal momento della cessazione della permanenza. Con riferimento all'ammontare del risarcimento, in tali fattispecie, non hanno trovato mai applicazione le norme riduttive dianzi esaminate, essendo dovuto il risarcimento corrispondente all'intero valore del suolo.

Le fattispecie dell'occupazione usurpativa e dell'occupazione appropriativa sono, oggi, contemplate e disciplinate dall'art. 43 del D.P.R. n. del 8 giugno 2001 (il Testo unico sull'espropriazione per pubblica utilità) che le identifica con il fatto dell'irreversibile trasformazione del suolo in assenza di un valido provvedimento di esproprio o di una valida dichiarazione di pubblica utilità. In tali casi, al privato spetta il risarcimento del danno e la PA potrà acquisire il suolo mediante uno specifico atto unilaterale di acquisizione sanante da trascrivere nei registri immobiliari. Il risarcimento è dovuto nella misura del valore del fondo dichiarato di pubblica utilità e degli interessi moratori su detto valore dal momento dell'illegittima occupazione del fondo.

A condizione di concedere il risarcimento del danno e di adottare il provvedimento d'acquisizione sanante, la PA potrà paralizzare anche l'azione restitutoria svolta dal privato.

Per converso, secondo quanto statuito dal Consiglio di Stato, pur in presenza di un irreversibile trasformazione del suolo, in difetto del provvedimento d'acquisizione sanante, al privato spetta anche la tutela restitutoria (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 2005), sino a che la PA non adotti un provvedimento di acquisizione sanante.

Con riferimento alle fattispecie delineate, si sono poste notevoli questioni in materia di riparto di giurisdizione con riferimento alla portata dell'art. 53 del TU che devolve alla giurisdizione esclusiva del GA le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti della PA nell'ambito della procedura di esproprio. A seguito dell'intervento della Consulta n. 204 del 2004 con la declaratoria, con riferimento all'art. 34 del D.Lgs. n. 80 del 1998, dell'illegittimità della devoluzione alla cognizione esclusiva del GA delle questioni inerenti i comportamenti della PA, si è posta la questione se la portata di tale intervento fosse da estendere all'art. 53 del TU ed entro quali limiti. Con la successiva pronuncia n. 191 del 2006 la Corte Costituzionale ha dichiarato, con riferimento all'art. 53 del TU, che solo con riferimento ai comportamenti che non siano espressione neppure mediata dell'esercizio del potere autoritativo, la previsione di giurisdizione esclusiva è illegittima. All'esito di tale pronuncia chiarificatrice, il Giudici amministrativi hanno sostenuto ricorrere la giurisdizione del GA in tutte le fattispecie precedentemente ricondotte nell'alveo dell'occupazione appropriativa e dell'occupazione usurpativa con esclusione dei casi di mancanza assoluta della dichiarazione di pubblica utilità o di eccedenza dai limiti territoriali individuati con la localizzazione contenuta nel PRG.

Cassazione nel 2003 e precisamente i nn. 5902 – 6853 – 7503, sono state emblematiche dell'interpretazione “non conforme” alla giurisprudenza CtEDU maturata nell'anno 2000 sull'occupazione acquisitiva<sup>107</sup>.

La lettura delle sentenze anzidette sostanzialmente disegnate sulle tesi espresse da una parte della dottrina, dimostrava apertamente che il giudice di legittimità non si era mai posto nella condizione mentale di modificare i suoi granitici convincimenti<sup>108</sup>. Veniva infatti sostenuto che i famosi casi del 2000, per quanto vincolanti solo nel caso concreto deciso, erano ottimi spunti interpretativi autorevoli al fine di assicurare una tutela dei diritti CEDU dai quali non si può prescindere.

La Cassazione, ometteva di prendere in considerazione la sentenza BELVEDERE ALBERGHIERA sostenendo che si trattasse di un caso di occupazione usurpativa esaurita in assenza di dichiarazione di pubblica utilità per il quale la giurisprudenza di legittimità aveva offerto soluzioni conformi con la giurisprudenza europea .

La sentenza CARBONARA VENTURA, sempre secondo il giudice di legittimità, era stata resa in una vicenda in cui i proprietari si erano visti opporre la prescrizione quinquennale che aveva paralizzato la domanda risarcitoria connessa ad una condotta di occupazione acquisitiva.

Secondo la Cassazione, la presente controversia era sorta anteriormente alla giurisprudenza che aveva chiarito la natura illecita del comportamento che dava luogo all'effetto estintivo – acquisitivo e con essa il carattere istantaneo del pregiudizio ed il termine quinquennale per l'esercizio del relativo diritto risarcitorio e che per ciò stesso i rilievi del giudice comunitario avevano perso ogni consistenza. La Cassazione era andata anche oltre dicendo che l'istituto dell'occupazione acquisitiva “*si colloca in un contesto di regole sufficientemente accessibili, precise e prevedibili che lo rendono compatibile con la normativa convenzionale*”.

A norma del giudice di legittimità, il privato, in caso di occupazione usurpativa, può ottenere piena tutela fino alla *restitutio in integrum*, o in alternativa il risarcimento del danno.

Questa linea interpretativa della Cassazione ebbe un notevole proselito negli anni successivi, con sentenze che, pur arricchendo di contenuti i dettami delle tre

---

<sup>107</sup> Con le note sentenze di cui al paragrafo 3 del presente capitolo. Si veda Comunque CONTI R., *Sezioni Unite ed occupazione acquisitiva: un amore finito male*, in *Urb. App.*, 2003.

<sup>108</sup> BENINI L., *L'occupazione appropriativa è dura da epurare*, in *Foro It.*, 2002.

sentenze del 2003 ricordate, sostanzialmente mantenevano viva l'idea che l'occupazione appropriativa fosse pienamente rispettosa sia della Convenzione, sia della Costituzione.

Tuttavia, all'asprezza di alcuni passaggi argomentativi rivolti nei confronti della pervicacia degli attacchi all'istituto e all'apparato giurisdizionale che lo aveva nel tempo forgiato, fa da contrappeso il costruito argomentativo della Corte nel quale i toni diventavano decisamente meno perentori volti a giustificare l'operato giurisprudenziale interno della Cassazione, al quale veniva attribuito il merito di avere compiuto lo sforzo massimo per allineare l'istituto dalla salvaguardia dei diritti umani.

Sostanzialmente la Corte ritenne che l'occupazione appropriativa deve nettamente distinguersi da quella usurpativa, fenomeno quest'ultimo dal quale non scaturisce l'effetto estintivo acquisitivo se non nel caso di espressa domanda abdicativa del privato cui consegue una tutela massima in punto di risarcimento danni<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> Nella giurisprudenza di legittimità si è andata infatti sedimentando una differenza ontologica tra occupazione acquisitiva ed occupazione usurpativa, peraltro ribadita dalla giurisprudenza costituzionale tra cui si cita uno degli ultimi arresti, la sent. n. 293/2010. La prima è delimitata dalla dichiarazione di pubblica utilità in quanto: a) costituisce il principale momento di collegamento tra l'astratta configurazione legislativa del potere ablativo e la concreta possibilità del suo nascere, assolvendo alla funzione di creare per i beni su cui incide, il vincolo di indisponibilità e di porre l'amministrazione espropriante in grado di svolgere il procedimento ablativo; b) attribuisce al nuovo compendio fondo – opera che in conseguenza di essa viene realizzato, la connotazione propria dei beni demaniali o patrimoniali indisponibili, a seconda della sua corrispondenza tipologica con una delle fattispecie individuate dal codice civile; perciò rendendo tale qualificazione irreversibile anche sotto il profilo giuridico ed indisponibile per la stessa P.A. espropriante; c) conclude in tale momento della materiale irreversibilità del fondo l'illecito in cui l'apprensione dell'immobile non sia assistita da uno dei titoli ablativi menzionati, escludendo che dal suo verificarsi ed esaurirsi vi sia più anti-giuridicità da far cessare come è carattere essenziale dell'illecito permanente; d) costituisce la garanzia prima e fondamentale del cittadino e nel contempo la ragione giustificatrice del suo sacrificio nel bilanciamento degli interessi del proprietario alla restituzione dell'immobile ed in quello pubblico al mantenimento dell'opera pubblica per la funzione sociale della proprietà. Si è quindi andata sedimentando una costruzione giurisprudenziale dell'occupazione appropriativa secondo la quale l'illecito istantaneo prodotto dalla radicale trasformazione del fondo in tanto può dare luogo all'effetto estintivo – acquisitivo in quanto fosse stato preceduto dalla dichiarazione di pubblica utilità espressa, implicita, o disposta ex lege, che costituisce il baluardo insuperabile da cui desumere la destinazione del bene a finalità di pubblico interesse. Il muro di sbarramento rappresentato dall'esistenza di siffatto atto edificatorio non può essere ritenuto che non può esserci alcun acquisto del bene in favore della pubblica amministrazione, ove la dichiarazione di pubblica utilità fosse mancata *ab origine* o fosse stata annullata dal giudice amministrativo, o resa in carenza di potere. Ed è proprio su queste basi che alla fine degli anni '90, la Cassazione ha ritenuto che la proposizione dell'azione risarcitoria da parte del privato colpito da un intervento manipolativo posto in essere dalla P.A. in assenza di dichiarazione di pubblica utilità, pur non potendo produrre effetti estintivi – acquisitivi tradizionalmente ricondotti all'esistenza di una dichiarazione, implicava l'abdicazione del diritto dominicale ormai irrimediabilmente compromesso in seguito alla realizzazione dell'opera attuata in totale carenza di potere ed il conseguente diritto ad ottenere l'integrale risarcimento del danno per la perdita di proprietà.

È poi la stessa giurisprudenza di legittimità ad affermare che accanto alla presenza della d.p.u. è necessaria ed ineludibile l'irreversibile destinazione del bene al soddisfacimento della finalità pubblica individuata dalla d.p.u., di guisa che la stessa radicale trasformazione del fondo diventa elemento indefettibile tutte le volte in cui anche la diversa destinazione del cespite alle finalità pubbliche è dimostrativa di tale asservimento definitivo del bene alle finalità pubblicistiche fissate dalla dichiarazione di pubblica utilità stessa. Con ciò confermando il precedente orientamento secondo il quale l'effetto acquisitivo può determinarsi anche in presenza di opere la cui realizzazione prescinda, almeno in parte da iniziative di tipo edificatorio fino a ricomprendervi le ipotesi di assenza di una profonda modifica materiale del fondo e purchè si sia verificata una diversa collocazione del bene nella realtà giuridica in relazione alla natura dell'opera realizzanda dell'immobile destinate a pertinenza dell'opera pubblica, fino al punto di accettare il rischio che il proprietario tratto in inganno dalla mancata trasformazione, potesse fare affidamento sul carattere permanente dell'illecito.

In giurisprudenza: Cass., 1 dicembre 2001, n. 15710; Cass. SS. UU., 11 novembre 1998, n. 11351 in *Foro Italiano*, 1999; Cass., 11 aprile, 1995, n. 4167 in *Giust. Civ.*, 1995; CDS, Sez. IV, n. 433/87; Cass. 4477/92; Cass. SS.UU., 12841/95; Cass. SS.UU., n. 1907/97, in *Corr. Giur.*, 1997 con nota di CARBONE, *l'arte del giudicare: un nuovo alt alle esperienze illecite, - impedendo il decorso della prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno per la perdita di proprietà. Principi, quesiti, ribaditi di recente da Cass. 1 agosto 2008, 20985; Cass. SS.UU. n. 11963/2011; Cass. 8 maggio 1004, n. 8777.*



Inoltre, mentre la giurisprudenza della Cassazione e quella della Corte Costituzionale, nel lavoro di interpretazione iniziato già nella seconda metà del 1900, sono riuscite, anche per effetto di interventi settoriali del legislatore, a canonizzare un istituto che dovrebbe salvaguardare le prerogative proprietarie, la giurisprudenza della Corte, non può legittimare l'idea che l'occupazione appropriativa si ponga in contrasto con l'istituto proprietario.

Le famose sentenze del 2000 di cui al paragrafo 3, non potevano indurre a concepire l'illiceità permanente dell'occupazione e quindi il diritto del proprietario alla restituzione, proprio perché, esistendo la dichiarazione di pubblica utilità, non poteva ovviamente palesarsi un illecito permanente come quello usurpativo.

In quelle sentenze, la violazione dell'art. I Prot. 1 CEDU non scaturiva dal mancato rispetto di una procedura tipica, ma dall'assenza di chiarezza del legislatore italiano proprio per il succedersi di sentenze troppo spesso in contraddizione<sup>110</sup>.

Anche la regolamentazione degli effetti dell'occupazione appropriativa, introdotta con il comma 7 *bis* dell'art. 5 *bis* della legge 359/92 s.m.i., non risulta in contrasto con i canoni costituzionali e sovranazionali. Né pertinente deve ritenersi l'assunto del ricorrente volto ad ipotizzare una forte ingiustizia da parte degli organi legislativi laddove avevano quantificato il risarcimento del danno nella misura ridotta prevista in tale norma posto che si sosteneva che il giudice non potesse essere vincolato dalla volontà del legislatore.

La sentenza della Cassazione 11096/04, riproponendo alcuni assunti espressi dalle Sezioni Unite nelle sentenze del 2003 citate all'inizio, invece di cogliere il messaggio comunitario espresso nei due famosi arresti BELVEDERE ALBERGHIERA E CARONARA VENTURA, riteneva ancora di voler individuare una conferma degli esiti dell'elaborazione della Cassazione sul tema dell'istituto delle occupazioni illegittime. L'affermazione si completava con quella che la minore illiceità sottesa

---

Su queste basi la sentenza 5513 della Cassazione, nel 2000 ha ritenuto che nell'ipotesi in cui avvenuta l'occupazione della proprietà privata per eseguire ricerche archeologiche, ed in funzione di successiva espropriazione a fini di conservazione e valorizzazione delle testimonianze rinvenute, non appropriativa non solo per l'irreversibilità delle trasformazioni materiali apportate durante l'occupazione, quanto per la preponderanza del *publicum* sulla proprietà privata in seguito all'emergere delle testimonianze storico culturali che determinano la nascita di esigenze di conservazione tutela e valorizzazione.

<sup>110</sup> È proprio nel caso BELVEDERE ALBERGHIERA che si manifesta l'errata applicazione da parte del Consiglio di Stato dei principi in tema di dichiarazione di pubblica utilità. È proprio la Corte Europea dei diritti umani che giustificò l'esattezza degli approdi giurisprudenziali della Cassazione, posto che, il caso suddetto inquadrandosi nella fattispecie usurpativa, giustificava, a differenza della sentenza coeva, la tutela restitutoria o quella piena.

all'occupazione appropriativa non consentiva di ritenere sussistente in tali casi il diritto alla restituzione del bene. Era questo secondo la sentenza del 2004 del giudice di legittimità, il senso della lettura delle sentenze CtEDU del 30 maggio del 2000.

Solo sulla base del quadro giurisprudenziale nostrano e comunitario in combinato disposto è ora possibile esaminare la posizione espressa nell'ordinanza 11887/2006 della Prima Sezione civile della Cassazione, con la quale la stessa ha rimesso alla Consulta la valutazione circa la compatibilità del comma 7 *bis* dell'art. 5 *bis* della legge 359/92 s.m.i. con gli artt. 111 e 117 Cost. nella parte in cui prevede la possibilità di applicare retroattivamente i nuovi criteri risarcitori ai giudizi iniziati ante 1996.

La Cassazione ha espressamente escluso di poter procedere ad un'interpretazione conforme della normativa interna al diritto convenzionale, riconoscendo il contrasto della normativa interna con il canone dell'art. 111 Cost. La Corte Costituzionale si è discostata dai principi espressi dalla stessa Cassazione nella pronuncia del 2004, laddove il Giudice di legittimità esaminando un motivo di ricorso fondato proprio sull'asserito straripamento di potere da parte del potere giudiziario, aveva recisamente escluso tale possibilità parimenti escludendo la possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale.

Nulla veniva invece stabilito dal giudice di legittimità in merito ai dubbi di sostanza in ordine alla compatibilità dell'occupazione acquisitiva con i canoni convenzionali che pure avevano costituito una delle ragioni fondanti delle plurime condanne dell'Italia davanti alla CtEDU.

Era pertanto parso che la Corte di Cassazione non fosse affatto incline a modificare la sua giurisprudenza ormai consolidata sull'istituto dell'occupazione acquisitiva, come sarebbe stato confermato dalla giurisprudenza della Cassazione successiva alle “sentenze gemelle” delle Corte Costituzionale.

## ***2. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2005 sull'occupazione acquisitiva ed il riallineamento tra Cassazione e CtEDU.***

Una delle prime prove di dialogo fra le Corti interne sull'impatto prodotto nell'ordinamento dall'istituto dell'occupazione acquisitiva è stata quella in tema di

prescrizione che, nella ricostruzione dogmatica dell'istituto appropriativo, coniato a livello interno doveva essere quinquennale, termine per contro non tollerato dalla Corte di Strasburgo.

All'indomani delle decisioni rese dalla CtEDU sul tema della persistente esistenza, sul versante sostanziale, dell'occupazione acquisitiva e malgrado il diverso avviso espresso dalle SS.UU. della Cassazione nelle tre già ricordate decisioni del 2003, l'unica possibilità per evitare nuovi moniti da parte della Corte dei diritti umani sembrò quella di operare un mutamento di rotta in ordine alle coordinate dell'istituto proprio in ragione dei mutamenti normativi intervenuti *medio tempore*, che avevano inteso elidere l'effetto della prescrizione quinquennale, garantendo al proprietario defraudato un risarcimento del danno sempre agganciato al valore (quasi) integrale del bene.

Sembrò<sup>111</sup> quindi, che la linea tracciata dai Giudici di Strasburgo imponeva al giudice nazionale di tenere presente quali sono i parametri, anche tratti dalla giurisprudenza della CtEDU, che impediscono una collisione con la tutela accordata nell'ordinamento interno, prediligendo una soluzione che assicuri una tutela equivalente o superiore - in relazione al carattere pur sempre minimale della tutela contenuta nella CEDU - scartando le opzioni che, invece, avrebbero potuto creare contrasto con la Convenzione ed i suoi protocolli<sup>112</sup>.

Si sottolineò che ad essere chiamato in causa non era solo il potere legislativo dello Stato firmatario, ma anche gli altri poteri, proprio perché, nella vicenda dell'occupazione appropriativa, il contrasto che ha dato luogo alle sentenze di cui si è detto non nasceva, tanto, dall'applicazione di un precetto normativo, ma piuttosto da un principio giurisprudenziale assunto - grazie alla CtEDU - a vero e proprio diritto vivente.

La riconosciuta violazione dei canoni scolpiti dall'art. I Prot. n. 1 alla CEDU, per quel che riguardava il termine di prescrizione, non derivava, infatti, né da una legge interna né da una carenza legislativa. Di tal che la violazione riscontrata non

---

<sup>111</sup> CONTI R., *Op. Cit.*

<sup>112</sup> BULTRINI A., *Condanne dell'Italia per la durata eccessiva dei processi: prima, timida reazione del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Doc. giust.*, 2000, 65. Rileva sul punto ESPOSITO V., *Le radici della crisi italiana sul giusto processo*, in *Doc. giust.*, 2000, 15, che se l'obbligo di salvaguardare i diritti dell'uomo incombe "sullo Stato unitariamente considerato - che ne assume la responsabilità internazionale per il corretto adempimento - lo stesso obbligo grava sull'organo (o sugli organi) che è tenuto a tale adempimento all'interno dello Stato e ciò non solo perché tale organo costituisce la manifestazione concreta dell'agire dello Stato nel singolo caso, ma soprattutto perché, stante la già accennata peculiarità degli effetti della Convenzione, lo stesso è il destinatario diretto della prescrizione convenzionale".

richiedeva l'adozione di una legge destinata a modificare norme preesistenti, nascendo piuttosto l'illecito dall'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità.

Secondo i Giudici di Strasburgo non è conforme alla CEDU un sistema che garantisca alla pubblica amministrazione che ha agito illegalmente l'acquisto della proprietà, retrocedendo il diritto del proprietario a mero diritto risarcitorio soggetto ad un breve termine di prescrizione che non può essere individuato con certezza dal proprietario. Appariva riduttivo ipotizzare, come pure aveva fatto la Relazione dell'Ufficio del Massimario del 24 ottobre 2005 - che poi sarebbe stata seguita da Cass. n. 11887/2006 -, un semplice *revirement* in punto di *quantum* risarcitorio.

In verità, già prima dell'intervento del giudice costituzionale con le "sentenze gemelle", il Consiglio di Stato, confermando la posizione assunta in sede consultiva<sup>113</sup>, si era posto in posizione divergente rispetto alla giurisprudenza di legittimità.

Rivisitando i principi fino a quel momento espressi a proposito della tutela restitutoria correlata a condotte di occupazione illegittima l'Adunanza Plenaria<sup>114</sup> del Supremo Consesso, dava atto che alla base di tale *revirement* giurisprudenziale aveva ipotizzato "*una spinta evolutiva che innesta le sue radici nel diritto comune europeo, enucleabile dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo chiamata a garantire tali diritti, nel contesto della progressiva integrazione tra ordinamento interno, comunitario e della Convenzione*".

Dopo avere ricordato che la giurisprudenza amministrativa più risalente aveva coniato l'istituto dell'espropriazione in sanatoria, rivolto ad assicurare ad opere pubbliche realizzate in virtù di occupazione d'urgenza scaduta o di occupazione abusiva la possibilità di sanatoria in forza di un decreto di espropriazione emesso *ex post*, dotato di efficacia retroattiva<sup>115</sup>, veniva ricordato che la Corte di Cassazione era stata indotta ad elaborare un istituto volto a contemperare i problemi legati alla perdita della proprietà con il riconoscimento di un'adeguata riparazione sul piano economico del proprietario. Ecco che con una inversione della fattispecie civilistica

---

<sup>113</sup> Cons. Stato, parere 9 aprile 2003, e Cons. Stato, Ad. gen. 1° marzo 2001 n. 2.

<sup>114</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n.2.

<sup>115</sup> Cons. Stato, IV, 17 gennaio 1978 n. 14 e 19 dicembre 1975 n. 1327.

dell'accessione, intesa come modo di acquisto della proprietà era stata elaborata la figura pretoria dell'occupazione appropriativa costellata da “*non pochi punti d'incertezza in diritto*”<sup>116</sup> e connotata da “*aspetti problematici anche con riferimento alla individuazione del momento in cui l'opera pubblica possa ritenersi realizzata*”, per effetto dei quali era intervenuta la Corte dei diritti umani, individuando taluni punti di contrasto con l'art. I del primo protocollo alla CEDU.

Portando alle estreme conseguenze detto ragionamento il Cons. Stato con sentenza n. 2582/07<sup>117</sup> si è espressamente indirizzato verso il superamento del termine di prescrizione quinquennale in materia di occupazione acquisitiva ed ha quindi annullato la decisione del giudice del primo grado che, ritenendo prescritta l'azione risarcitoria, aveva disatteso le domande e le aspettative del proprietario, spogliato del dominio e privato, anche, del diritto al risarcimento del danno.

È stata pertanto l'affermazione che la giurisprudenza formatasi sull'occupazione acquisitiva si è basata su principi più volte affermati *praeter legem*, in contrasto con la giurisprudenza della CtEDU a destare l'attenzione della dottrina, soprattutto se tale affermazione si coniuga con l'altra che attribuisce alla Convenzione “*una diretta rilevanza nell'ordinamento interno*” e, quindi, con la conclusione per cui “*il testo e la ratio dell'art. 43.(T.U.E.) non consentono di ritenere sussistente un termine quinquennale, decorrente dalla trasformazione irreversibile dell'area o dalla realizzazione dell'opera, decorso il quale si verificherebbe la prescrizione della pretesa risarcitoria*”.

Tale approdo era tale da restituire certezza al proprietario defraudato da una condotta *praeter legem* dell'occupante, elidendo il pericolo di un'acquisizione gratuita della proprietà scaturita da una condotta lesiva di un diritto fondamentale quale è, appunto, quello di proprietà.

A fronte di tale posizione la Corte di Cassazione si trovava in serio imbarazzo, talvolta non sembrando affatto intenzionata a modificare le coordinate dell'istituto dell'occupazione acquisitiva.

dal Presupponendo il principio che in caso di lesione del diritto dominicale correlato al mancato rispetto del principio di legalità per i casi di occupazione

---

<sup>116</sup> Si pensi solo alla tematica del rapporto tra risarcimento e indennizzo e ai problemi inerenti alla prescrizione.

<sup>117</sup> A commento della sentenza CONTI R., *L'occupazione acquisitiva epurata dal Consiglio di Stato*, in *Urb. App.*, 2007, 10, 1247.

acquisitiva non può garantirsi, stando almeno al diritto vivente della Cassazione, il diritto alla restituzione del bene, ciò significa un netto diaframma fra la protezione offerta dalla CtEDU al proprietario illecitamente defraudato e quella garantita a livello interno che aveva marginalizzato il tentativo di considerare ipotesi di minore illegalità quella dell'occupazione acquisitiva rispetto a quella usurpativa, patrocinata espressamente dalla sentenza dei Giudici di Piazza Cavour nella sentenza 11096/2004.

Tale prospettiva si radicava con un'altra sentenza degli stessi giudici togati, la n. 3033/2005. Questa pronuncia è la base di partenza per comprendere il salto che successivamente la Cassazione compirà, a distanza di circa tre anni con la sentenza n. 20543/08.

Nella sentenza del 2005, infatti, a fronte di due pronunzie dei giudici di merito che avevano disatteso la domanda correlata all'occupazione acquisitiva di un fondo sotto il profilo dell'intervenuto decorso del termine di prescrizione, la Cassazione era stata chiamata a misurarsi su uno specifico ricorso con il quale i ricorrenti censuravano *“la sentenza impugnata per non aver fatto decorrere la prescrizione dall'entrata in vigore della l. 458/1988, che per la prima volta ha riconosciuto l'occupazione appropriativa, o dalla sentenza 27 dicembre 1991 n. 486 della Corte costituzionale, che ne ha esteso l'ambito di applicazione, dovendosi anche tener conto delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ritenuto contrario al principio di legalità un meccanismo che permetta all'autorità di trarre beneficio da un fatto illecito ad essa ascrivibile, tanto più in base a norme non particolarmente chiare”*.

Tale doglianza veniva rigettata osservandosi, in particolare, che *“la L. n. 458/1988 ha operato una ricognizione dell'istituto dell'occupazione appropriativa, già applicato nella prassi giurisprudenziale, con riguardo al settore dell'edilizia residenziale.”*

Aggiungeva ancora Cass. n. 3033/2005 che l'unico tratto di novità apportato da tale disposizione riguardava l'operatività dell'istituto anche a favore dei concessionari privati - per i quali il termine di prescrizione del risarcimento decorreva dall'entrata in vigore della legge - e non quello dell'acquisizione a favore della mano pubblica, *“[...] ipotesi per la quale non vi sono ragioni per derogare al*

*principio vigente ancor prima dell'emanazione della l. n. 458/1988, della decorrenza della prescrizione dal fatto illecito, o dalla scadenza dell'occupazione legittima".*

Si rilevava, ancora, che nella vicenda concreta - in cui la prescrizione era maturata alla metà degli anni '80 - non potevano esservi incertezze sulla regolamentazione dell'occupazione appropriativa. E ciò perché “[...] *non si può certo dire, con riferimento alla metà degli anni '80, in cui è maturata la prescrizione del diritto risarcitorio degli attuali ricorrenti, che il proprietario non potesse avere sentore della perdita del proprio diritto, per effetto del comportamento illecito dell'amministrazione, alla luce dei principi già enunciati da Cass. 1464/1983*”.

Era sempre Cass. n. 3033/2005 a fugare i dubbi in ordine al possibile contrasto dell'occupazione acquisitiva con i *dicta* di Strasburgo, ribadendo le posizioni a suo tempo espresse da Cass. n. 11096/2004.

### ***3. L'interpretazione della Cassazione conforme alla giurisprudenza CtEDU sulla prescrizione – la sentenza 20543/2008.***

Con la sentenza del 28 luglio 2008 n. 20543 la Cassazione ha costituito nella giurisprudenza di legittimità il *leading case* sulla via della risistemazione del sistema correlato alle occupazioni illegittime per effetto delle “sentenze gemelle” della Consulta ed in particolare la n. 349/2007 attraverso l'art. 2 commi 89 e 90 della legge n. 244/2007.

Ciò la Cassazione ha fatto nel tentativo di recuperare per il passato una tutela in linea con i principi della CEDU, dovendosi applicare “*i dettami della giurisprudenza europea, alla ricerca di uno spartiacque temporale dopo il quale la disciplina dell'occupazione appropriativa può dirsi connotata da regole chiare, precise, ed accessibili*”.

Questo spartiacque dal quale poteva dunque farsi decorrere il termine di prescrizione quinquennale, dapprima individuato nella sentenza n. 1464/1983, viene da Cass. n. 20543/2008 spostato in avanti, localizzando il momento di emersione certa dell'istituto occupazione appropriativa al momento dell'entrata in vigore della legge n. 458 del 1988. Norma quest'ultima che, costituendo il tassello mancante alla

laboriosa costruzione giurisprudenziale dell'istituto, ha dato piena e formale legittimazione ad un istituto compatibile con l'art. 42 Cost. *“in quanto applicazione concreta della funzione sociale”*.

Ne consegue, allora, che la decorrenza della prescrizione dell'azione risarcitoria non può essere agganciata all'irreversibile trasformazione del fondo o alla scadenza dell'occupazione legittima, ma va fatta coincidere, per le fattispecie consumatesi anteriormente, dalla data di vigenza della legge n. 458/1988. Solo da quel momento il proprietario interessato da occupazioni illegittime avrebbe potuto consapevolmente reagire agli abusi della p.a.

Peculiari appaiono gli sforzi della sentenza n. 20543/2008<sup>118</sup> rivolti a superare la settorialità di tale disposizione - già messa in evidenza dalle Sezioni Unite attraverso una valorizzazione data dalla Corte Cost. con sent. n. 486/1991 che ne aveva ampliato la portata -.

Secondo i giudici di legittimità l'intervento normativo, sia pur indiretto e settoriale, era *“pur sempre idoneo a far emergere l'istituto dall'indistinto dell'elaborazione giurisprudenziale, per rendere certe ed applicabili le regole che vi erano connesse”*.

Tale compendio motivazionale serve dunque per un verso alla Corte per sganciare il decorso della prescrizione dal momento della consumazione dell'illecito quanto alle fattispecie di occupazione acquisitiva prodottesi anteriormente alla legge n. 458 del 1988, salvando peraltro il carattere istantaneo.

Certo, si mette in evidenza la discontinuità, invero palese, fra la soluzione espressa e quella propugnata in identica vicenda, dalla citata sentenza della Cassazione n. 3033/2005 che era stata posta di fronte alla medesima questione e l'aveva risolta affidandosi alle Sezioni Unite del 2003 ancorché il senso ed il significato delle pronunzie di Strasburgo era già stato messo in evidenza in maniera inequivocabile.

Agevole sarebbe, ancora, stigmatizzare l'incongruità dell'impianto motivazionale, ove esso si pone alla ricerca del parametro della certezza del diritto, disconoscendo quanto affermato in modo assai elaborato dai precedenti già citati e

---

<sup>118</sup> alla quale si sono successivamente uniformate Cass. n. 22407 del 05 settembre 2008, Cass. 12863 del 26 maggio 2010 e Cass. 22 aprile 2010 n. 9620.



recuperandolo, alla fine, attraverso una legge destinata a fissare il contributo statale negli oneri comunali relativi agli espropri.

Non appare utile sottolineare, ancora una volta, il ben diverso spessore attribuito dalla Corte di Strasburgo al significato di legalità che pure è accennato dalla sentenza appena menzionata, bastando solo ricordare che la giurisprudenza di Strasburgo aveva già avuto modo di considerare l'impatto prodotto dalla L. n. 458/1988<sup>119</sup> non attribuendole affatto quegli assunti che invece la sentenza della Cassazione nella sentenza n. 20543/08 le riconosce.

Occorre ancora sottolineare come la Cassazione abbia scartato la tesi dell'illecito permanente - espressamente posta a base della doglianza del proprietario - per salvare comunque la costruzione di un istituto edificato su strutture vacillanti, mantenendo una differenziazione dall'occupazione usurpativa che solo a livello di riparto di giurisdizione la stessa Cassazione continua ad affermare.

Preme, piuttosto, dare atto alla Corte di Cassazione di avere finalmente intrapreso la strada dell'interpretazione conforme alla CEDU. È infatti questo il dato più qualificante della sentenza, indiscutibilmente proteso ad operare un nuovo bilanciamento fra gli interessi del proprietario e quelli dell'amministrazione pubblica proprio in ragione della riconosciuta miglior tutela del proprietario offerta dalla giurisdizione sovranazionale<sup>120</sup>.

Così facendo la giurisprudenza di legittimità si allinea a Strasburgo, elidendo gli effetti perversi creati dalla costruzione giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva. E ciò si realizza facendo ricorso al canone dell'interpretazione conforme, confermando l'idea che rispetto al problema prescrizione solo l'opera giurisprudenziale avrebbe potuto ricondurre ad equità il sistema.

Non è importante approfondire la linearità della strada prescelta, piuttosto dovendosi soffermare sul messaggio che la sentenza 20543/2008 contiene. Un messaggio rivolto agli operatori ed ai giudici, indiscutibilmente proteso a fissare i paletti dell'opera ermeneutica del giudice stesso, ormai dinamicamente indirizzata

---

<sup>119</sup> Sent. PASCULLI C. ITALIA del 17 maggio 2005, § 85.

<sup>120</sup> Sirinvia a CONTI R., *L'espropriazione e il giudice, fra "principi" e "bilanciamento" dei diritti fondamentali*, introduzione svolta all'incontro di studio organizzato dai Referenti decentrati per la formazione della magistratura del C.S.M. su *Il giudice e le Carte dei diritti fondamentali: diritti, doveri e responsabilità*, svoltosi presso la Corte d'Appello di Palermo il 18 gennaio 2008, in *Pol. dir.*, n. 3, settembre 2008.

alla individuazione, nella congerie di strumenti normativi interni e sopranazionali, delle soglie di tutela che meglio garantiscono i diritti fondamentali attraverso delicate e complesse operazioni di bilanciamento.

Ecco che dalle ceneri di un istituto nato per evitare che l'*interitus rei* ricadesse sul privato e non sulla P.A. che aveva realizzato l'opera pubblica andata però distrutta<sup>121</sup> e che intendeva tutelare in modo pieno il proprietario del bene irreversibilmente modificato - garantendo un ristoro del pregiudizio integrale per i suoli non edificatori e comunque maggiore dell'indennizzo espropriativo, per quelli edificatori - la sentenza in commento ha avuto la capacità di allontanarsi dal proprio *diritto vivente* senza compiutamente smentirsi confermando, ancora una volta, il ruolo centrale del giudice in un ordinamento multilivello qual è quello che va delineandosi nel terzo millennio.

È il punto cruciale costituito dalla persistente obbligatorietà di un termine di prescrizione quinquennale, sia pur alleggerito quanto alla decorrenza iniziale, che dunque continua a rappresentare un'ombra assai grave per l'intera costruzione dell'occupazione acquisitiva<sup>122</sup>, alla quale i pur commendevoli tentativi di sistemazione anche di recenti espressi da autorevole dottrina<sup>123</sup> non sembrano in condizione di offrire soluzioni compatibili con la giurisprudenza di Strasburgo, soprattutto se si guarda ad alcuni aspetti, tuttora oscuri, della giurisprudenza in tema di irreversibile trasformazione, dai quali è davvero singolare desumere che il proprietario sia realmente in condizione di potere determinare il *dies a quo* della prescrizione<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> CARBONE V., *La "nuova" indennità quoad effectum di esproprio si applica ai rapporti in corso*, in *Corr.giur.*, 1995, 42; CARBONE V., *Espropri illeciti, risarcimenti dimezzati*, *ibidem*, 1996, 139 sub nota 22; id. e *ibidem*, *vOccupazioni illegittime, un nuovo round*, 1997, 135 sub nota 14; da ultimo, id., *Epicedio per il "fatto illecito" da occupazione appropriativa?*, *Danno e resp.*, 2001, 10, 901.

<sup>122</sup> Sul punto si veda CONTI R., *Op. Cit.*

<sup>123</sup> BILE F., *Interpretare e giudicare: tecnica e valori in tre vicende esemplari*, *cit.*, 135, sembra ipotizzare un'estensione alle vicende dell'occupazione acquisitiva della giurisprudenza che ha spostato in avanti la decorrenza del termine di prescrizione "dalla verifica del fatto alla manifestazione del danno, e chiarendo che il danno si manifesta all'esterno quando diviene "oggettivamente percepibile e riconoscibile" anche in relazione alla sua rilevanza giuridica".

<sup>124</sup> Il giudice di legittimità muove dal convincimento che "[...] vertendosi in tema di espropriazione, qualora l'ente espropriante non abbia emanato il decreto di occupazione d'urgenza immettendosi, nel contempo, nel possesso di fatto dell'immobile, l'occupazione si palesa ab origine illegittima, trasformandosi in espropriazione sostanziale (cosiddetta "occupazione acquisitiva") dal momento in cui il bene, perduta la sua connotazione originaria, risulti irreversibilmente inserito nel nuovo contesto dell'opera pubblica. Tale, irreversibile trasformazione dell'immobile (che integra gli estremi dell'illecito per distruzione dell'identità originaria della "res") non coincide, quo ad tempus, nè con l'inizio nè con l'ultimazione dei lavori, ma si colloca in un momento intermedio, quello, cioè, in cui l'opera venga a delinearci nei suoi connotati ormai definitivi e nelle sue previste caratteristiche, evidenziando, per l'effetto la non ripristinabilità dello status quo ante, se non attraverso nuovi interventi (altrettanto) eversivi della fisionomia attualmente assunta dal bene, e, quindi, allorché si tratti (come nella specie) di una strada, non appena di essa si sostanzia l'astratta idoneità ad essere percorsa come tale per avere ormai assunto i connotati minimi propri, nonostante la mancanza di opere accessorie che ne rendano l'uso più agevole e sicuro e ne consentano, in concreto, l'effettiva apertura al traffico" - cfr. Cass. n. 14050/2008 -. Il problema prescrizione, d'altra parte, risulta ancora attuale se si considera la vicenda esaminata da Cass. n. 14134/2011, nella quale il proprietario è stato privato della proprietà senza ottenere alcunché e sulla base della ritenuta prescrizione quinquennale, malgrado il Sostituto Procuratore generale avesse chiesto l'annullamento della sentenza resa dalla Corte di appello di Lecce sostenendo "[...] l'influenza da attribuire allo jus

D'altra parte, l'attualità della questione nasce dal fatto che la Cassazione continua ad escludere di potere qualificare l'illecito perpetrato in danno del proprietario sotto lo stigma dell'illecito permanente, invece giustificando l'applicazione del termine di prescrizione quinquennale sulla base delle regole generali vigenti, senza però considerare che, secondo i *dicta* di Strasburgo, è stato il deficit di chiarezza, accessibilità e prevedibilità della giurisprudenza e della legislazione a giustificare le condanne italiane anche per la ragione che doveva essere il proprietario ad attivarsi per ottenere il riconoscimento del diritto.

Così facendo la Corte di Cassazione ribadiva, pertanto, la piena liceità dell'istituto e la sua piena conformità alla CEDU, non avvedendosi che il giudice europeo continua a ribadire, nei confronti dei Paesi contraenti, la contrarietà delle espropriazioni di fatto all'art. I Prot. n. 1 alla CEDU<sup>125</sup>.

#### **4. Il rischio di ulteriori condanne per la Repubblica Italiana.**

Lo scenario tratteggiato, che vede ancor'oggi - come già nel recente passato - nettamente contrapposti la Cassazione<sup>126</sup> ed in Consiglio di Stato<sup>127</sup> sulla stessa configurabilità dell'occupazione acquisitiva - e più recentemente sull'art. 43 T.U.E. - non pare affatto tranquillizzante, essendo tuttora emersa una netta divaricazione fra la posizione espressa dalla Cassazione rispetto a quella del Consiglio di Stato.

---

*superveniens, quale integrato dalle sopravvenute sentenze CtEDU in tema di espropriazione indiretta, comprensiva dell'ipotesi di c.d. occupazione acquisitiva*".

<sup>125</sup> Di recente, sent. 27 maggio 2010, SARICA E DILAVER C.TURCHIA, CtEDU.

<sup>126</sup> Fra le ultime, Cass. n.1362/2011: "[...] Il fenomeno della cosiddetta occupazione acquisitiva o appropriativa presenta, in sintesi, i seguenti caratteri: a) la trasformazione irreversibile del fondo, con destinazione ad opera pubblica o ad uso pubblico, determina l'acquisizione della proprietà alla mano pubblica; b) il fenomeno, in assenza di formale decreto di esproprio, ha il carattere dell'illiceità, che si consuma alla scadenza del periodo di occupazione autorizzata (e, quindi, legittima) se nel frattempo l'opera pubblica è stata realizzata, c) l'acquisto a favore della p.a. si determina soltanto qualora l'opera sia funzionale ad una destinazione pubblicistica e ciò avviene solo per effetto di una dichiarazione di pubblica utilità formale (cfr, tra le altre, cass. 2003-6853). Ove la fattispecie estintiva -acquisitiva della proprietà dell'area occupata si perfezioni alla scadenza del termine di occupazione legittima, il proprietario del bene occupato, oltre al diritto all'indennità per il periodo di occupazione autorizzata, consegue il diritto al risarcimento del danno da occupazione appropriativa, ma non anche al risarcimento del danno da occupazione illegittima per il periodo successivo a tale evento, in cui è ormai venuto meno il suo diritto dominicale sul bene".

<sup>127</sup> Cons. Stato, 2 settembre 2011 n. 4970: "[...] Questa Sezione ha già precisato (Consiglio di Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, nr. 290) che l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica non fa venire meno l'obbligo dell'amministrazione di restituire al privato il bene illegittimamente appreso. Ciò sulla base di un superamento dell'interpretazione che riconnetteva alla costruzione dell'opera pubblica all'irreversibile trasformazione effetti preclusivi o limitativi della tutela in forma specifica del privato operata in relazione al diritto comune europeo. Partendo dall'esame della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, deve ritenersi che il quadro normativo e giurisprudenziale nazionale previgente non fosse aderente alla Convenzione europea e, in particolare, al Protocollo addizionale n. 1 (sentenza 30 maggio 2000, ric. 31524/96, Società Belvedere Alberghiera). Nella sentenza citata, la Corte ha ritenuto che la realizzazione dell'opera pubblica non fosse impedimento alla restituzione dell'area illegittimamente espropriata, e ciò indipendentemente dalle modalità - occupazione acquisitiva o usurpativa - di acquisizione del terreno. Per tali ragioni, il proprietario del fondo illegittimamente occupato dall'amministrazione, ottenuta la declaratoria di illegittimità dell'occupazione e all'annullamento dei relativi provvedimenti, può legittimamente domandare nel giudizio di ottemperanza sia il risarcimento, sia la restituzione del fondo che la sua riduzione in pristino. La realizzazione dell'opera pubblica sul fondo illegittimamente occupato è in sé un mero fatto, non in grado di assurgere a titolo dell'acquisto, come tale inidoneo a determinare il trasferimento della proprietà, per cui solo il formale atto di acquisizione dell'amministrazione può essere in grado di limitare il diritto alla restituzione, non potendo rinvenirsi atti estintivi (rinunziativi o abdicativi, che dir si voglia) della proprietà in altri comportamenti, fatti o contegni. Ne discende che, tranne che l'amministrazione intenda comunque acquisire il bene seguendo i sistemi che di seguito saranno evidenziati, è suo obbligo primario procedere alla restituzione della proprietà illegittimamente detenuta".

Tale situazione conferma la distanza, ormai siderale, fra il concetto nostrano di legalità e quello omologo patrocinato dalle giurisdizioni sovranazionali al quale il giudice interno avrebbe il dovere di conformarsi<sup>128</sup>.

Ed infatti, il rispetto del principio di legalità come espresso dalla CEDU ed individuato nei suoi precisi confini dal giudice di Strasburgo<sup>129</sup> fa sì che le ingerenze nell'esercizio dei diritti e delle libertà tutelate dalla CEDU siano autorizzate purchè queste siano chiare, accessibili<sup>130</sup> e prevedibili<sup>131</sup>.

Il corollario di quanto si è detto è dunque che l'esistenza di precedenti giurisprudenziali contraddittori in ordine alle limitazioni di un diritto fondamentale non possono che condurre a risultati imprevedibili o arbitrari e dunque privare gli interessati da una protezione efficace ed effettiva dei loro diritti, anzi offrendo soluzioni giuridiche diverse alle medesime questioni.

La Corte europea dei diritti umani nel caso BEIAN C. ROMANIA non ha infatti mancato di osservare che a fronte dell'assoluta fisiologia connessa alla diversità di orientamenti giurisprudenziali fra le corti di merito e quella di legittimità, non è tollerabile che vi siano marcate diversità di vedute all'interno dell'organo che ha il compito di dare uniformità alla giurisprudenza.

Nell'affermare tale principio la Corte ha sostenuto che, ferma restando l'autonomia del giudice nazionale rispetto all'interpretazione del diritto interno, risulta contrario al diritto di accesso alla giustizia sancito dall'art. 6 CEDU il contegno del giudice di legittimità che dà luogo ad indirizzi giurisprudenziali contrastanti, stigmatizzando come la Corte suprema sia venuta meno ad uno dei compiti alla stessa assegnato - appunto la composizione dei conflitti fra diverse opinioni -.

Principi ribaditi con riguardo alla diversità di trattamento ritenuta per casi identici da un giudice di appello come nel caso SANTOS PINO C. PORTOGALLO - ed in termini generali dalla *Grande Chambre* della Corte dei diritti umani in una vicenda che riassume in modo straordinariamente chiaro il senso della

---

<sup>128</sup> CONTI R., *Op. Cit.*

<sup>129</sup> Sulla portata vincolante della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nell'ordinamento interno anche al di fuori della vicenda che ha originato la decisione si rinvia a CONTI R., SCORDINO C. ITALIA (*pen*)ultimo atto: la scure—non definitiva—di Strasburgo sull'indennità di esproprio, in *Corr. giur.* 2004, 12, 1583.

<sup>130</sup> *Ex multiis*, Corte dir. uomo, 2 agosto 1984, MALONE C. REGNO UNITO.

<sup>131</sup> Corte dir.uomo, 22 settembre 1994, HENTRICH C. FRANCIA; Corte dir. uomo, 8 luglio 1986, LITHGOW; Corte dir. uomo, 30 maggio 2000, BELVEDERE ALBERGHIERA C. ITALIA E CARBONARA E VENTURA C. ITALIA.

giurisprudenza di Strasburgo in materia - Corte dir. uomo 20 ottobre 2011, NEJDET ,SAHIN E PERIHAN ,SAHIN C. TURCHIA -<sup>132</sup> .

Orbene, la situazione appena tratteggiata fra Cassazione e Consiglio di Stato, pur dipanandosi fra diversi organi giurisdizionali, sembra paradossale - utilizzando la stessa espressione di Corte dir. uomo, 20 gennaio 2009, SUD FONDI C. ITALIA - se si considera che la Corte di Cassazione è l'organo chiamato a garantire l'uniformità della giurisdizione mentre il Consiglio di Stato è l'organo giurisdizionale investito della giurisdizione sulle vicende sussumibili nell'alveo dell'occupazione acquisitiva ad opera delle stesse Sezioni Unite della Cassazione.

Le diversità di vedute fra i due organi giurisdizionali sul significato stesso da attribuire alla giurisprudenza della CtEDU e lo scambio di reciproche accuse in ordine alle responsabilità per quanto accaduto - addebitate dal giudice amministrativo alla Cassazione per avere forgiato l'istituto dell'occupazione acquisitiva e, specularmente, dalla Cassazione al Consiglio di Stato per avere

---

<sup>132</sup> cfr. sent.: “[...] *the court has already acknowledged that the possibility of conflicting court decisions is an inherent trait of any judicial system which is based on a network of trial and appeal courts with authority over the area of their territorial jurisdiction. such divergences may also arise within the same court. that, in itself, cannot be considered contrary to the convention* (see SANTOS PINTO V. PORTUGAL, no. 39005/04, § 41, 20 may 2008). 52. *the court has been called upon a number of times to examine cases concerning conflicting court decisions* (see, among other authorities, ZIELINSKI AND PRADAL AND GONZALEZ AND OTHERS V. FRANCE [GC], nos. 24846/94 and 34165/96 to 34173/96, echr 1999 – vii; PADURARU V. ROMANIA, no. 63252/00, echr 2005–xii (extracts); BEIAN V. ROMANIA (no. 1), no. 30658/05, echr 2007–xiii (extracts); and IORDAN IORDANOV AND OTHERS V. BULGARIA, no. 23530/02, 2 july 2009), and has thus had an opportunity to pronounce judgment on the conditions in which conflicting decisions of domestic supreme courts were in breach of the fair trial requirement enshrined in article 6 § 1 of the convention (see PEREZ ARIAS V. SPAIN, no. 32978/03, § 25, 28 june 2007; beian (no. 1), cited above, §§ 34–40; STEFAN AND ,STEF V. ROMANIA, nos. 24428/03 and 26977/03, §§ 33–36, 27 january 2009; IORDAN IORDANOV AND OTHERS, cited above, §§ 48–49; and SCHWARZKOPF AND TAUSSIK V. THE CZECH REPUBLIC (dec.), no. 42162/02, 2 december 2008). 53. *in so doing it has explained the criteria that guided its assessment, which consist in establishing whether “profound and long-standing differences” exist in the case-law of a supreme court, whether the domestic law provides for machinery for overcoming these inconsistencies, whether that machinery has been applied and, if appropriate, to what effect* (see IORDAN IORDANOV AND OTHERS, cited above, §§ 49–50). 54. *the court has also been called upon to pronounce judgment on conflicting decisions that may be made within a single court of appeal* (see TUDOR TUDOR V. ROMANIA, no. 21911/03, 24 march 2009) or by different district courts ruling at last instance (see ,STEFANIC A AND OTHERS V. ROMANIA, no. 38155/02, 2 november 2010). *in addition to the “profound and long-standing” nature of the divergences in issue, the legal uncertainty resulting from the inconsistency in the practice of the courts concerned and the lack of machinery for resolving the conflicting decisions were also considered to be in breach of the right to a fair trial* (see TUDOR TUDOR, cited above, §§ 30–32, and ,STEFANIC A AND OTHERS, cited above, §§ 37–38). 55. *in this regard the court has reiterated on many occasions the importance of setting mechanisms in place to ensure consistency in court practice and uniformity of the courts’ case-law* (see SCHWARZKOPF AND TAUSSIK, cited above). *it has likewise declared that it is the states’ responsibility to organise their legal systems in such a way as to avoid the adoption of discordant judgments* (see VRIONI AND OTHERS V. ALBANIA, no. 2141/03, § 58, 24 march 2009; MULLAI AND OTHERS V. ALBANIA, no. 9074/07, § 86, 23 march 2010; and BREZOVEC V. CROATIA, no. 13488/07, § 66, 29 march 2011). 56. *its assessment of the circumstances brought before it for examination has also always been based on the principle of legal certainty which is implicit in all the articles of the convention and constitutes one of the fundamental aspects of the rule of law* (see, amongst other authorities, beian (no. 1), cited above, § 39; IORDAN IORDANOV AND OTHERS, cited above, § 47; and ,STEFANIC A AND OTHERS, cited above, § 31). *indeed, uncertainty — be it legal, administrative or arising from practices applied by the authorities—is a factor that must be taken into consideration when examining the conduct of the state* (see PADURARU, cited above, § 92; beian (no. 1), cited above, § 33; and ,STEFANIC A AND OTHERS, cited above, § 32). 57. *in this regard the court also reiterates that the right to a fair trial must be interpreted in the light of the preamble to the convention, which declares the rule of law to be part of the common heritage of the contracting states. now, one of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty* (see BRUMARESCU V. ROMANIA [GC], no. 28342/95, § 61, echr 1999–vii), *which, inter alia, guarantees a certain stability in legal situations and contributes to public confidence in the courts* (see, *mutatis mutandis*, ,STEFANIC A AND OTHERS, cited above, § 38). *the persistence of conflicting court decisions, on the other hand, can create a state of legal uncertainty likely to reduce public confidence in the judicial system, whereas such confidence is clearly one of the essential components of a state based on the rule of law* (see PADURARU, cited above, § 98; VINČIĆ AND OTHERS V. SERBIA, nos. 44698/06 and others, § 56, 1 december 2009; and ,STEFANIC A AND OTHERS, cited above, § 38) 58. *the court points out, however, that the requirements of legal certainty and the protection of the legitimate confidence of the public do not confer an acquired right to consistency of case-law* (see UNÉDIC V. FRANCE, no. 20153/04, § 74, 18 december 2008). *case-law development is not, in itself, contrary to the proper administration of justice since a failure to maintain a dynamic and evolutive approach would risk hindering reform or improvement* (see ATANASOVSKI V. “THE FORMER YUGOSLAV REPUBLIC OF MACEDONIA”, no. 36815/03, § 38, 14 january 2010) ».

interpretato l'art. 43 T.U.E. in modo contrastante con la CtEDU ed il suo diritto vivente - denotano un'incomunicabilità di base tra le due giurisdizioni che finisce, alla lunga, per rappresentare un grave *vulnus* al sistema di tutela giurisdizionale dei diritti.

Accade così che il giudice dotato di giurisdizione per il contenzioso successivo all'entrata in vigore delle nuove regole sul riparto di giurisdizione (L. n. 205/2000) affermi il venir meno dell'occupazione acquisitiva che la Cassazione, giudicando ancor'oggi su vicende non incise dalle regole del riparto, non solo ritiene pienamente valida ed efficace, ma individua come unico meccanismo capace di offrire un corretto bilanciamento fra i contrastanti interessi coinvolti, in tal modo offrendo una risposta giudiziaria totalmente diversa da quella resa dal giudice amministrativo che, nello stesso contesto temporale, riconosce il diritto alla restituzione del bene in favore del proprietario ritenendo irrilevante l'occupazione acquisitiva, a suo dire scomparsa dall'ordinamento per effetto delle condanne di Strasburgo.

Quanto ciò finisca col produrre una rottura insanabile con il canone dell'art. 6 CEDU si lascia ad una valutazione libera<sup>133</sup>. E di ciò è consapevole la dottrina,

---

<sup>133</sup> Le conclusioni esposte nel testo non sembrano incrinare dalla presa di posizione della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nelle vicende ricordate. In quel caso, all'attenzione della Corte venne rimessa la vicenda in cui un soggetto aveva infruttuosamente evocato innanzi all'Alta Corte amministrativa militare un ricorso volto al riconoscimento di un diritto pensionistico che altri soggetti, coinvolti nel medesimo sinistro, avevano chiesto ed ottenuto innanzi all'Alta Corte amministrativa ordinaria turca. Decidendo sul ricorso nel quale i ricorrenti avevano invocato il diritto ad un processo equo sul presupposto che la possibilità che uno stesso fatto possa dare luogo a diversi apprezzamenti da parte delle autorità giudiziarie interne il giudice europeo, con una decisione adottata a maggioranza (10 a favore e sette contrari) non ritenne l'esistenza della prospettata violazione, rilevando che un semplice conflitto di giurisprudenza non è sufficiente in sé a determinare una violazione dell'articolo 6 CEDU, soprattutto quando il sistema nel quale operano una giurisdizione amministrativa ordinaria a competenza generale ed altra giurisdizione amministrativa militare con competenze speciali non prevede che le due giurisdizioni siano sottoposte ad una gerarchia giudiziaria comune e dunque ad un meccanismo di controllo verticale. Secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, assicurare la coerenza del diritto può richiedere tempo, e periodi di contrasti giurisprudenziali possono essere tollerati senza mettere a rischio la certezza del diritto. Nel caso concreto le corti supreme turche avevano la possibilità di risolvere le divergenze, sia decidendo di adottare un approccio comune, sia rispettando gli ambiti di competenza a ciascuna riservati, astenendosi dal pronunciarsi sullo stesso oggetto. È estremamente importante osservare come la Corte di Strasburgo sottolinei di non essere un tribunale di ultima istanza destinato a risolvere le controversie di cui sono investiti i giudici interni e di non avere alcun potere di intervenire di fronte a decisioni contraddittorie rese dagli stessi, soprattutto quando le decisioni rese nei confronti dei ricorrenti erano state motivate né potevano ritenersi irragionevoli. Per queste ragioni la responsabilità della coerenza della giurisprudenza dei giudici nazionali è rimessa essenzialmente agli organi interni, mentre il sindacato della Corte europea in tale tipo di vicende deve ritenersi eccezionale. Tale conclusione, decisamente avversata dall'opinione dissidente resa dai giudici BRATZA, CASADEVALL, VAJIĆ, SPIELMANN, ROZAKIS KOVLER E MIJOVIĆ — i quali non hanno mancato di evidenziare come il rilevato contrasto fra le decisioni rese dai due organi giurisdizionali era tale da mettere a repentaglio il principio di legalità all'interno del Paese ove si era verificato il contrasto : “*We emphasise that, as is pointed out in paragraph 57 of the judgment, the right to a fair trial must be interpreted in the light of the Preamble to the Convention, which declares the rule of law to be part of the common heritage of the Contracting States. One of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty (see BRUMĂRESCU V. ROMANIA [GC], no. 28342/95, § 61, ECHR 1999 VII), which, inter alia, guarantees a certain stability in legal situations and contributes to public confidence in the courts (see, mutatis mutandis, STEFĂNICĂ AND OTHERS, no. 38155/02, § 38, 2 November 2010). The persistence of conflicting court decisions can, on the contrary, create a state of legal uncertainty likely to reduce public confidence in the judicial system, a confidence which is clearly one of the essential components of a State based on the rule of law (see PĂDURĂRU V. ROMANIA, no. 63252/00, § 98, ECHR 2005 XII (extracts); VINCIĆ AND OTHERS V. SERBIA, nos. 44698/06 and others, § 56, 1 December 2009; and STEFĂNICĂ AND OTHERS, cited above, § 38) 5. It is true that the principle of the independence of the courts relied on by the Government (paragraph 43 of the judgment) and the resulting autonomy enjoyed by the courts in their decision-making may explain why different interpretations can be made of the same texts at different levels of the court system. In our opinion, however, such interpretations must not have the effect of placing the public in a situation of legal uncertainty where the outcome of a case is dependent on a mechanism incapable of guaranteeing consistency in court decisions. The ability of the domestic legal system to*

allorchè di recente sembra anticipare un mutamento di posizione della Cassazione sul tema<sup>134</sup>.

Con un importante sentenza che ha riguardato il nostro paese - GUISSO GALLISAY del 2009 -, si può dimostrare come la giurisdizione nazionale sia sempre di più e progressivamente destinata a subire le decisioni delle giurisdizioni sovranazionali, ma anche a diventare l'artefice principale nel sistema di tutela dei diritti fondamentali.

Il punto è allora di capire qual'è o quale dovrebbe essere l'atteggiamento giusto per far germinare da tale situazione frutti virtuosi per la protezione dei diritti umani.

Il tema, lo si comprende, è quello del dialogo fra il giudice europeo e quello nazionale<sup>135</sup>.

In aggiunta a quanto già sopra accennato, va detto che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo aveva riconosciuto che spetta alle autorità nazionali di interpretare e applicare il diritto nazionale in senso conforme ai principi della convenzione.

Agli stessi è sì riservato in via prioritaria il sindacato ermeneutico sul diritto nazionale, purchè questo si compia in consonanza con i dettami della CEDU. È in definitiva questo il senso finale del principio di sussidiarietà che anima i rapporti fra giudice nazionale e Corte europea.

Orbene, la Grande Camera, nella sentenza del dicembre 2009, ha ben presente il

---

*maintain stability in legal situations and consistency in court decisions is decisive in preserving public confidence in the administration of justice. [...] It is our opinion that this inconsistency of approach over the jurisdiction of the courts to examine substantially identical legal issues arising out of an identical event (in this case a plane crash in which a number of people died) is fundamentally problematic with respect to Article 6 of the Convention.*"- non sembra affatto elidere il deficit di ragionevolezza che caratterizza le vicende esaminate nel testo. Ciò sembra confermato dalla posizione assunta in tema di pregiudizialità amministrativa dalla Corte di Cassazione - Cass.S.U. 23 dicembre 2008, n. 30254 - rispetto al sindacato riservato alle Sezioni Unite sulle questioni attinenti i ricorsi proposti contro le decisioni del Consiglio di Stato in tema di giurisdizione che sembrerebbe riconoscere alla Corte di Cassazione, quanto meno in via indiretta, una posizione nomofilattica anche nei confronti del giudice amministrativo. Situazione che potrebbe, dunque, giustificare un intervento del giudice di Strasburgo di segno contrario rispetto a quello espresso a maggioranza dalla Grande Camera.

<sup>134</sup> SALVAGO S., (Prima) *declaratoria di incostituzionalità per la c.d. "acquisizione (coattiva) sanante"*: "[...] Non sembra neppure che si possa ripristinare il regime dell'occupazione acquisitiva non solo e non tanto perché il testo unico ha mostrato inequivocabilmente di volerla sopprimere dall'epoca della sua entrata in vigore, anche attraverso la norma dichiarata espressamente transitoria dell'art. 55; ma soprattutto perché oggi non sarebbe più possibile una interpretazione della normativa pubblicistica e privatistica del settore nei termini recepiti dalla nota Cass., sez. un., 26 febbraio 1983 n. 1464 e poi avallati dalla Corte costituzionale: impedendolo la giurisprudenza della Corte europea che ha dichiarato ripetutamente incompatibile con la Convenzione ogni tipologia di espropriazione indiretta, nel cui ambito rientra anche quella illegittima c.d. «appropriativa»; e quindi il canone ermeneutico più volte enunciato dalla Consulta che tra possibili diverse interpretazioni il giudice è tenuto a privilegiare quella conforme ai precetti della CEDU".

<sup>135</sup> Sul "dialogo" tra le Corti v. PERLINGIERI S., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Quad. della Rass. dir. pubbl. eur., Napoli 2008; FONTANELLI D. MARTINICO F., *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del "dialogo nascosto" fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2/2008, 351 ss.; BIGNAMI S., *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in Giur. cost., 1/2008, 595 ss.; LUPO A., *Pluralità delle fonti ed unitarietà dell'ordinamento*, in Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo: il giudice alla ricerca della soluzione, a cura di FALLETTI E PICCONE, Bari, 2012. POLLICINO C., *New Emerging Judicial Dynamics of the Relationship Between National and the European Courts after the Enlargement of Europe*, in corso di stampa in Yearbook of European Law; SCARABBA M., *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008. V. anche, volendo, CONTI R., *Il "dialogo" fra giudice nazionale e Corte di Strasburgo sull'istanza di prelievo nel giudizio amministrativo*, in Corr.giur., 2009, n. 11, 1484.

tema delle ricadute delle proprie pronunzie sulla giurisdizione nazionale italiana, avendo dato atto delle sentenze nelle quali la stessa aveva preso direttamente in considerazione la CtEDU.

In questa prospettiva, il cambio di orientamento operato dalla Corte europea viene espressamente rivolto ai giudici italiani ai quali, per questo motivo, si chiede di operare in modo conforme al nuovo indirizzo.

Occorre chiedersi in che termini questo dialogo fra ordinamenti possa funzionare. Esso, in assenza di un meccanismo di rinvio pregiudiziale del tipo di quello previsto nel sistema del diritto comunitario fra giudice nazionale e Corte di Giustizia, soffre certamente di quell'asimmetria di base correlata al meccanismo operativo che individua un ruolo di ultima istanza della Corte di Strasburgo, chiamata ad intervenire quando nessun'altro rimedio interno è possibile sperimentare a tutela di un diritto fondamentale.

Malgrado questo, il dialogo sembra atteggiarsi in termini di direzione sinergica dei due dialoganti verso un obiettivo comune, ritenuto da entrambi fondamentale ed appunto correlato al rispetto dei diritti CEDU, al quale tanto il giudice nazionale che la Corte contribuiscono senza essere imbrigliati da legami gerarchici.

Anche il caso *GUIO GALLISAY*, consapevole dell'assenza di canali formali di collegamento, sperimenta forme di cooperazione informali che, pur non modificando il sistema dei rapporti, sembrano improntate a quell'esigenza di effettività e concretezza che, indiscutibilmente, caratterizza la giurisprudenza CtEDU, promuovendo una tutela concreta dei diritti fondamentali. Per un verso emerge la consapevolezza, da parte del giudice sovranazionale, che la protezione dei diritti umani non può non passare attraverso l'opera del giudice nazionale il quale, però, ha l'obbligo di procedere ad un'applicazione della normativa interna che non vada ad incidere, penalizzandola, sui diritti fondamentali di matrice sovra statale.

Per altro verso, dalla sentenza resa dal giudice europeo esce maggiormente confermata la rilevanza della giurisprudenza nazionale nella costruzione del diritto vivente della Corte dei diritti umani. Il *revirement* giurisprudenziale della Corte europea, a ben considerare è risultato decisivo per rimodulare, in termini generali e non, con esclusivo riferimento alla vicenda italiana, il meccanismo di



quantificazione dell'*equo* soddisfacimento in caso di violazione dell'art. I Prot. n. 1 alla CEDU perpetrato da altri Stati.

Sul punto si pensi all'ancora più recente CtEDU, 28 settembre 2010, SCHEMBRI C. MALTA, (ric. n. 42583/06), nella quale il giudice di Strasburgo ha autenticamente interpretato la portata della sentenza GUIISO GALLISAY, riconoscendone una valenza sistemica ed endoprocessuale assai rilevante.

Così la Corte di Strasburgo, quale corte che si basa sul precedente<sup>136</sup>, ha colto l'occasione offertagli dal cambio di giurisprudenza inaugurato dalla sentenza del 21 ottobre 2008 per riaffermare taluni principi inviolabili per la stessa Corte europea, quali appunto quelli della sussidiarietà e centralità della giurisdizione nazionale nel processo di riconoscimento dei diritti fondamentali.

In questa prospettiva, allora, si può spiegare il riferimento ad alcuni capisaldi della costruzione dell'occupazione acquisitiva che la Corte europea pare consapevolmente utilizzare proprio per modificare la propria giurisprudenza sul tema delle conseguenze dannose correlate alla lesione di un diritto umano. Il richiamo alle argomentazioni sopra ricordate sembra essere il segno virtuoso del dialogo, quasi che la Corte di Strasburgo, dopo avere inizialmente sconfessato un sistema nazionale nel quale anche l'articolazione giudiziaria aveva contribuito alla perpetuazione delle violazioni ai diritti CEDU, non ha timore di fondare il proprio *revirement* su parte delle motivazioni che aveva essa stessa in precedenza stigmatizzato all'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU, in fondo riconoscendo che la totale equiparazione fra occupazione acquisitiva ed usurpativa affermata nella precedenti decisioni si fondava su postulati instabili e difficilmente sostenibili a livello interno.

Quanto appena detto, peraltro, non può affatto significare che il giudice europeo abbia deciso di riconoscere piena compatibilità convenzionale all'istituto dell'occupazione acquisitiva per come esso si è andato delineando dopo gli interventi della Corte costituzionale del 2007.

Una lettura della sentenza GUIISO GALLISAY nei termini appena segnalati non sembra affatto convincente. E di ciò sembra persuasa pure autorevole dottrina che, anzi, ha da ultimo finito con l'ipotizzare un ricorso più generalizzato alla

---

<sup>136</sup> GUAZZAROTTI G., *Uso e valore del precedente CtEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune posteriore alla svolta del 2007*, in *diritti-cedu.unipg.it*; ZAGREBELSKY G., *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo. Fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in *L'integrazione attraverso i diritti*, a cura di FALLETTI e PICCONE Roma, 2011, 185.

restituzione dei fondi al proprietario illegittimamente colpito da condotte manipolative del fondo<sup>137</sup>.

Per escludere una simile ipotesi ermeneutica è sufficiente evidenziare che la sentenza da ultimo ricordata è intervenuta direttamente solo sulla quantificazione del ristoro del pregiudizio sofferto dal proprietario colpito dall'occupazione acquisitiva (art. 43 t.u. espropriazione prima della sua caducazione ad opera della Corte costituzionale), ritenendo di potere valorizzare, quanto al *dies a quo*, il momento dell'irreversibile trasformazione.

Essa tuttavia non ha inteso affermare che l'istituto dell'occupazione acquisitiva sia divenuto compatibile con il quadro dei principi scolpiti dall'art. I Prot. n. 1 alla CEDU per il solo fatto di consentire al proprietario il risarcimento del danno parametrato al valore del bene. La soluzione alla quale è giunta la Corte europea si fonda, come si è detto, sull'esame del complesso delle condotte poste in essere dallo Stato italiano, fra le quali un posto preminente occupa comunque la decisione del legislatore interno di introdurre un meccanismo normativo capace di eliminare la violazione perpetuata per effetto delle condotte di occupazione acquisitiva.

Proprio il meccanismo che sterilizza i problemi della prescrizione, limitati ma non elisi dai recenti interventi del giudice di legittimità sopra ricordati, attraverso l'introduzione di un istituto (art.43 T.U.E. prima e poi l'art. 42 *bis* di cui si parlerà *infra*) che obbliga l'occupante a riconoscere il pregiudizio al proprietario senza che questi sia costretto lui ad adire l'autorità giudiziaria è la migliore dimostrazione che il cambio di prospettiva della Corte europea non può consentire al legislatore interno di ritornare al sistema dell'occupazione acquisitiva, smarcandosi da uno

---

<sup>137</sup> SALVAGO S., (Prima) declaratoria di incostituzionalità per la c.d. "acquisizione (coattiva) sanante", op. cit.: "Si può soltanto auspicare l'estensione alle ipotesi di realizzazione dell'opera pubblica in procedure ablativo non portate a compimento con l'adozione del decreto di esproprio, del noto principio elaborato dalle sezioni unite per quelle usurpative (assenza giuridica di dichiarazione di pubblica utilità) che ove il proprietario danneggiato (al quale soltanto spetta in ogni caso la scelta della tutela da invocare) abbia interesse a richiedere il controvalore dell'immobile e comunque il risarcimento del danno sofferto per la sua irreversibile trasformazione nell'opera pubblica preventivata, il suo disinteresse per la titolarità del bene e l'accoglimento della domanda ne precludano comunque la restituzione. In ogni altro caso, invece, tornano necessariamente ad espandersi le regole vincolanti per tutti gli altri soggetti dell'ordinamento in ogni fattispecie di occupazione senza titolo di fondi alieni, fra cui quelle degli art. 2043 e 2058 c.c. messe fuori gioco dall'art. 43 del testo unico e riproposte dalla stessa Corte costituzionale, laddove ha osservato che il legislatore ben avrebbe potuto "espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei". E d'altra parte, come abbiamo più volte rilevato in passato, è proprio questa la strada già tracciata dalla Cedu, secondo la quale "Lo Stato italiano dovrebbe, innanzi tutto, adottare misure tendenti a prevenire ogni occupazione fuori norma di terreni, sia che si tratti d'occupazione senza titolo fin dall'inizio o d'occupazione inizialmente autorizzata e diventata senza titolo successiva mente [...] Infine, in tutti i casi in cui un terreno è già stato oggetto d'occupazione senza titolo ed è stato trasformato pur in mancanza di un decreto d'espropriazione, lo Stato italiano dovrebbe eliminare gli ostacoli giuridici che impediscono sistematicamente e per principio la restituzione del terreno". Con la conseguenza che in mancanza della formale conclusione della procedura ablativa, l'alternativa praticabile è soltanto la restituzione del bene; cui può derogarsi non già per effetto di valutazioni di interessi contrapposti affidate al giudice amministrativo a favore dell'interesse pubblico al mantenimento dell'opera, ma esclusivamente in ipotesi, eccezionali e imprevedibili, costituenti veri e propri casi-limite in cui la restituzione non è più materialmente attuabile: e quindi "impossibile per ragioni plausibili in concreto".

strumento normativo che regoli gli effetti della condotta manipolativa. A meno di affermare che il proprietario ha comunque diritto alla restituzione del bene - e dunque di riconoscere che l'occupazione acquisitiva non ha più ragione di esistere nell'ordinamento positivo dopo Strasburgo -.

É dunque il recupero di legalità che il giudice europeo ha inteso ricostruire per effetto degli interventi adottati a livello interno e condividere, nella convinzione che il capitolo espropriazioni indirette potesse definitivamente chiudersi.

Pensare, allora, che la vicenda possa chiudersi con il ritorno all'occupazione acquisitiva a valore pieno per il proprietario significa, probabilmente, non adeguatamente intendere il peso ed il significato della Corte dopo Strasburgo, pronta a riprendere in mano la "barra" della legalità non appena dovesse cogliere che gli strumenti nazionali, più che riportare il sistema alla legalità, abbiano inteso perpetuare, sia pur con forme meno perniciose, comportamenti non improntati al rispetto del diritto di proprietà per come sancito dall'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU.

## CAPITOLO QUARTO

### IL POTERE ESPROPRIATIVO: GENESI – MORTE – RESURREZIONE DELL'ISTITUTO “SANANTE”

Sommario: 1. Evoluzione della disciplina delle espropriazioni; 2. Giurisprudenza contrastante sul potere espropriativo: eterno scontro tra Cassazione e CtEDU; 3. La risoluzione 3/2007 del Consiglio d'Europa sull'espropriazione indiretta; 4. Introduzione alla sentenza SCORDINO; 5. L'istituto sanante nel nuovo art. 42 – *bis* del Testo Unico; 5.1 Il Principio di Legalità nell'art. 42-*bis* T.U.E. 6. Conclusioni provvisorie.

#### **1. *Evoluzione della disciplina delle espropriazioni.***

Avevamo concluso il precedente capitolo terzo, con la considerazione che l'importanza del lavoro della CtEDU risiede proprio nel fatto di controllare che gli strumenti nazionali siano sempre più adeguati e rispondenti al dettato Convenzionale.

Riprendendo le fila del discorso interrotto nel precedente capitolo, occorre osservare infatti che nel sistema normativo italiano antecedente a quello innovato con l'entrata in vigore del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (a decorrere dal 30 giugno 2003), l'espropriazione per pubblica utilità presupponeva un provvedimento dichiarativo della pubblica utilità dell'opera alla quale era finalizzata, nonché la fissazione dei termini per l'inizio ed il termine dei lavori (secondo quanto emergente soprattutto dalle previsioni degli artt. 9 e 13 della cosiddetta legge fondamentale in materia di espropriazione per p.u. n. 2359 del 25 giugno 1865).

Nelle ipotesi di indifferibilità ed urgenza, l'espropriazione definitiva veniva, peraltro, preceduta dall'emissione di un provvedimento di occupazione (appunto “d'urgenza”<sup>138</sup>, richiamato nell'art. 71, comma secondo, della stessa legge n. 2359/1865) in funzione del soddisfacimento dell'esigenza di accelerare l'esecuzione dell'opera pubblica mediante l'intervento dell'anticipata immissione, da parte della P.A., nel possesso dell'immobile destinato a tale finalità.

Nella sua impostazione di fondo, quindi, la predetta legge fondamentale del 1865 individuava un sostanziale “punto di equilibrio” tra le due esigenze basilari alle quali avrebbe dovuto essere improntato il procedimento espropriativo, ovvero

---

<sup>138</sup> Le altre forme principali di occupazione previste erano quelle temporanee, l'una contemplata dall'art. 64, concepita come direttamente strumentale alla predisposizione dei lavori, e l'altra prevista nello stesso art. 71, al comma 1°, ma configurata in considerazione della posizione naturale del fondo rispetto all'opera pubblica da realizzare.

quella della garanzia (e, quindi, della tutela della proprietà privata) e quella della celerità (alla quale si sarebbe dovuta ispirare l'azione della P.A. espropriante)<sup>139</sup>.

Nello sviluppo della successiva legislazione, soprattutto di quella prodottasi a decorrere dagli anni settanta del secolo scorso<sup>140</sup>, si era, però, assistito all'avvio di un percorso distorsivo del meccanismo procedimentale fisiologico espropriativo poiché l'istituto dell'occupazione d'urgenza da strumento eccezionale era stato elevato al rango di strumento ordinariamente utilizzato nell'ambito di siffatto procedimento ablatorio in funzione della valutazione in termini di prevalenza della necessità della P.A. di dar corso al più sollecito inizio dell'opera pubblica attraverso una immediata apprensione della disponibilità materiale degli immobili privati interessati.

In particolare, fu soprattutto con la importante L. 22 ottobre 1971, n. 865 (cosiddetta "legge sulla casa") - e in dipendenza del suo vasto ambito di applicabilità come individuato nel suo art. 9 - che questa deviazione (pur nel rafforzamento delle garanzie partecipative) cominciò ad evidenziarsi mediante la previsione della concentrazione in un'unica fase della dichiarazione di pubblica utilità e della identificazione dei beni da espropriare e tale tendenza raggiunse il suo culmine nella disciplina (sulle opere pubbliche) introdotta dalla L. 3 gennaio 1978, n. 1, il cui articolo iniziale incise profondamente sull'istituto della dichiarazione di pubblica utilità, la quale venne ricollegata - unitamente alla dichiarazione di indifferibilità ed urgenza delle opere pubbliche - automaticamente all'approvazione dei progetti delle opere stesse da parte dei competenti organi statali, regionali e degli altri enti territoriali. Si era così giunti ad un'accentuazione massima delle fasi procedimentali, con un sostanziale ridimensionamento delle garanzie partecipative del privato proprietario in virtù della legittimazione normativa di una sorta di saldatura tra il momento pianificatorio e quello espropriativo.

In tal senso i più acuti indirizzi scientifici hanno sostenuto che, nel quadro

---

<sup>139</sup> In questo senso ANDREIS M., *sub art. 43 T.U. n. 327/2001*, in *La nuova disciplina dell'espropriazione - Commentario al d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327* (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità) a cura di PITERÀ F., Torino, 2004.; sull'argomento, in generale, relativo al quadro normativo individuato dalla L. n. 2359 del 1865 e ai successivi sviluppi legislativi, anche, SATURNO A., *sub art. 43 T.U. n. 327/2001*, in *L'espropriazione per pubblica utilità - Commentario al T.U. n. 327/2001*, a cura di SATURNO A. e STANZIONE P., Milano, 2002, 402 e segg., nonché MARUOTTI L., *sub art. 43 T.U. n. 327/2001*, in *L'espropriazione per pubblica utilità - Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 come modificato dal d. lgs. 302/2002*, a cura di CARINGELLA - DE MARZO - DE NICTOLIS - MARUOTTI, Milano, 2003, II ed., 575 e segg.

<sup>140</sup> Ma già con la legge n. 167 del 1962 (art. 9) il legislatore aveva previsto l'equivalenza dell'approvazione dei progetti di opere pubbliche alla dichiarazione di pubblica utilità e di urgenza e indifferibilità delle opere.

normativo venutosi così a configurare, l'approvazione di uno strumento urbanistico o di un progetto di opera pubblica implicante finalità pianificatorie assumeva un ruolo ben definito nel corso del procedimento espropriativo, connotandosi quale presupposto per la valutazione dell'interesse pubblico all'esecuzione dell'opera e, quindi, per la produzione dell'effetto ablatorio che a tale realizzazione era strumentale.

Nell'impianto normativo conseguito alla riferita produzione legislativa risaltava, inoltre, la peculiarità della contestualità tra la dichiarazione (implicita) di pubblica utilità e quella di indifferibilità ed urgenza dell'opera, dalla quale derivava la immediata applicabilità dell'istituto dell'occupazione d'urgenza, preordinata, appunto, al risultato dell'espropriazione finale.

Così strutturato per grandi linee il procedimento espropriativo, con la evidenziata compressione e concentrazione della fase relativa alla dichiarazione di pubblica utilità, non fu difficile riscontrare che ben presto, al momento dell'impatto applicativo, si erano venute a verificare alcune situazioni patologiche che sfociavano nell'accertamento dell'occupazione *sine titulo*<sup>141</sup> da parte della P.A., come nel caso dell'inizio dell'esecuzione dell'opera pubblica in virtù di anticipato spossessamento (legale) dell'area a sfavore del privato, con successiva ultimazione dell'opera, senza, però, l'intervento della legittima conclusione del procedimento espropriativo nei termini di legge con l'adozione del provvedimento definitivo traslativo della proprietà in capo all'Amministrazione espropriante (verso il riconoscimento della dovuta indennità in favore del privato espropriato).

A fronte di questa - non rara - eventualità, il privato aveva pensato all'attivazione dell'esperimento dell'azione di restituzione dei fondi assoggettati illegittimamente alla procedura espropriativa, affiancandola a quella risarcitoria (quando non si accontentava in via esclusiva dell'esercizio di quest'ultima, anche in funzione sostitutiva dell'altra).

---

<sup>141</sup> Altre ipotesi riconducibili a questa situazione sono state pacificamente individuate, a titolo esemplificativo, nella sopravvenuta scadenza del termine di efficacia del provvedimento di occupazione d'urgenza, nella carenza *ab origine* di un valido provvedimento di occupazione, nella persistente occupazione a seguito di annullamento del decreto di espropriazione da parte del giudice amministrativo oppure nel caso della disapplicazione di quest'ultimo provvedimento da parte del giudice ordinario sul presupposto della rilevazione della carenza di potere in concreto in capo alla P.A.

Ricorrendo uno dei casi di occupazione non titolata, la giurisprudenza<sup>142</sup> aveva, fin dall'inizio, fatto ricorso all'applicazione del principio della specialità del diritto pubblico rispetto alle ordinarie regole del diritto comune, così escludendo l'operatività della disciplina dell'accessione e ravvisando la problematicità dell'attuazione della tutela restitutoria (anche successivamente all'entrata in vigore del codice civile del 1942), dal momento che l'art. 4 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, impediva ai giudici ordinari di annullare *principaliter* gli atti amministrativi e tale divieto veniva esteso, in via interpretativa, a tutti gli ordini implicanti un *facere* nei confronti della P.A.

Sulla scorta di questo inquadramento, gli indirizzi giurisprudenziali in argomento ritennero che al privato andasse riconosciuta la sola azione risarcitoria rapportata ai danni subiti in conseguenza della perdita delle utilità ritraibili dalla sua proprietà incisa dall'espropriazione illegittimamente attuata, il cui illecito era da qualificarsi come permanente con non assoggettabilità di detta azione al termine di prescrizione quinquennale.

Non si escludeva, peraltro, che la P.A. potesse divenire proprietaria dell'area illegittimamente occupata per effetto di una condotta "sanante" susseguente, concretantesi nell'adozione di un rituale provvedimento di espropriazione, idoneo a reincanalare nell'ambito della legittimità la pregressa disposta occupazione d'urgenza, pervenendosi addirittura al riconoscimento della possibilità, qualora fosse stato emanato il decreto di esproprio in sanatoria anteriormente all'emanazione della sentenza di condanna all'integrale risarcimento del danno, della conversione della domanda risarcitoria - in virtù di un assunto principio di economia processuale - in opposizione alla stima<sup>143</sup>.

Sulle basi di quanto fin qui accennato, il legislatore interno ha ritenuto di dover risolvere in via definitiva la questione che ruotava attorno alle occupazioni illegittime. Ciò il Governo fece all'interno del T.U. sull'espropriazione, avvalendosi

---

<sup>142</sup> Per un panorama di massima sugli orientamenti giurisprudenziali in materia nel periodo in questione v., ad es., ORIANI R., *Occupazione d'urgenza, costruzione dell'opera pubblica, decreto di espropriazione tardivo, tutela giurisdizionale del proprietario; contributo ad uno studio interdisciplinare*, in *Foro it.*, 1982, V, 205 e segg.

<sup>143</sup> Con l'effetto che al privato, intervenendo il richiamato atto autoritativo in sanatoria, spettava il diritto al risarcimento del danno per il periodo di occupazione senza titolo ed all'indennità di espropriazione per la perdita definitiva del bene. Sulla figura della riferita conversione di domande (da risarcitoria in opposizione alla stima) v., soprattutto, Cass., SS.UU., 22 luglio 1960, n. 2087, in *Riv. giur. edil.*, 1960, I, 605, con nota di SANDULLI A. M., e Cass. 30 dicembre 1968, n. 4086, in *Giust. civ.*, 1969, I, 613. Sul riconoscimento, in ogni caso, della sola tutela risarcitoria v., tra le più recenti fino alla svolta avutasi con la sentenza delle Sezioni unite n. 1464 del 1983, Cass. 18 novembre 1977, n. 5054; Cass. 22 luglio 1978, n. 3668; Cass. 6 giugno 1979, n. 3204.

della delega conferitagli dall'art. 7, comma 2 della legge n. 50/1999 che lo abilitava ad operare il riordino delle norme concernenti l'urbanistica e l'espropriazione mediante l'emanazione di testi unici riguardanti materie e settori omogenei comprendenti, in un unico contesto e con le opportune evidenziazioni, le disposizioni legislative e regolamentari.

É dunque in un contesto di riordino normativo delle procedure espropriative e delle altre procedure connesse, giusta l'ulteriore delega conferita al Governo dall'art. 1, comma 4, lett. f ) della legge n. 340/2000 modificativa del n. 18 all'allegato n. 1 della legge n. 59/1997, che il legislatore delegato, avvalendosi dello schema di "Testo Unico delegato all'Adunanza Generale", introduceva l'art. 43 sotto la rubrica "Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico".

Nella redazione dello schema del T.U., l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato aveva tentato di offrire una giustificazione razionale della norma che per la prima volta andava a regolare gli effetti - e non le mere conseguenze di natura economica - della realizzazione dell'opera per effetto di un'occupazione illegittima.

Venivano così ricordati il mutamento di indirizzo della Corte di Cassazione del 1983 e le notevoli discussioni circa i presupposti applicativi dell'acquisto a titolo originario dell'area resisi necessari per realizzare l'opera pubblica e la compatibilità dell'istituto col principio di legalità, sancito dagli artt. 42 e 97 Cost.

E poiché la Corte Europea dei diritti dell'uomo aveva acclarato che l'istituto in quanto tale, si poneva in contrasto con l'art. 1, Prot. n. 1 CEDU, secondo l'Adunanza Generale appariva essenziale una riforma dell'istituto mediante il riordino della materia<sup>144</sup>, dovendosi l'ordinamento adeguare ai principi costituzionali ed a quelli generali del diritto internazionale sulla tutela della proprietà<sup>145</sup>.

Nelle intenzioni del Consiglio di Stato l'art. 43 mirava dunque ad eliminare la figura, sorta nella prassi giurisprudenziale, della occupazione appropriativa nonché quella della occupazione usurpativa, attribuendo all'Amministrazione "*il potere di*

---

<sup>144</sup> Nel parere accompagnatorio allo schema del T.U. — Cons. Stato Ad. gen. 29 marzo 2001 n. 4, in [www.giust.it](http://www.giust.it) si fa riferimento alla sentenza BELVEDERE ALBERGHIERA, Corte Europea dei diritti dell'uomo (30 maggio 2000, ric. 31524/96). L'Adunanza Generale non mostra dunque di avere avuto conoscenza dell'altra decisione, resa in pari data, CARBONARA VENTURA, nella quale la Corte di Strasburgo affrontò il tema della prescrizione quinquennale.

<sup>145</sup> Cfr. punto 29. 4 cpv. 2 parere accompagnatorio Ad. Gen. Cons. Stato, 29 marzo 2001 n. 4, *cit.*



*emanare un atto di acquisizione dell'area al suo patrimonio indisponibile (con la peculiarità che non viene meno il diritto al risarcimento del danno), in base ad una valutazione discrezionale, sindacabile in sede giurisdizionale”.*

Ciò si raccordava ad una profonda modifica del procedimento espropriativo dal quale veniva espunta la fase dell'occupazione d'urgenza preliminare all'acquisizione del bene, in un'ottica protesa ad ottenere il dominio sul bene che, una volta acquisito al patrimonio dell'espropriante - e solo allora -, poteva essere oggetto degli interventi di trasformazione.

Il proprietario, d'altra parte, aveva diritto di ottenere, contestualmente all'adozione dell'atto, la liquidazione del risarcimento del danno pari al valore del bene.

Il primo comma dell'art. 43 T.U.E. autorizzava dunque l'autorità pubblica che utilizzava un bene immobile per scopi di interesse pubblico modificato<sup>146</sup> in assenza di valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, ad emanare un atto amministrativo che, valutati gli interessi in conflitto, producesse l'effetto di acquisire il cespite al suo patrimonio indisponibile e contestualmente contenesse la liquidazione del risarcimento dei danni subiti dal proprietario.

Il provvedimento di acquisizione *ex art. 43 comma 2° T.U.E.* determinava la misura del risarcimento del danno e ne disponeva il pagamento entro il termine di trenta giorni, comportandone il passaggio. Sempre il comma 2 dell'art. 43 T.U.E. ammetteva il ricorso all'atto di acquisizione coattiva, oltre che in caso di annullamento del provvedimento dichiarativo della pubblica utilità o ablatorio, anche in ipotesi di annullamento del vincolo preordinato all'esproprio, mentre l'art. 43 3° comma T.U.E. disponeva che *“Qualora sia impugnato uno dei provvedimenti indicati nei commi 1 e 2 ovvero sia esercitata una azione volta alla restituzione di un bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, l'amministrazione che ne ha*

---

<sup>146</sup> Commentando l'utilizzo di tale espressione era già stato sottolineato in CONTI R., *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani, cit.*, come “[...] nel suo significato lessicale evoca una “parziale” trasformazione subita da un bene nel suo modo di essere, a prima lettura sembrerebbe notevolmente discostarsi dalla nozione di “irreversibile trasformazione” che la giurisprudenza della Cassazione aveva inizialmente coniato. E non v'è dubbio che il legislatore abbia preso le distanze da tale nozione originaria, se si pensa che il meccanismo acquisitivo è stato espressamente previsto anche per le servitù che, ontologicamente, non comportano l'irreversibile trasformazione né potevano dar luogo, secondo il diritto vivente della Cassazione, al fenomeno dell'apprensione sine titulo. È vero, peraltro, che se il concetto di modifica venisse inteso nel significato assunto in tema di edilizia ai fini del rilascio della concessione, si finirebbe per creare un monstrum giuridico”. Analogamente SALVAGO S., *(Prima) declaratoria di incostituzionalità per la c.d. “acquisizione (coattiva) sanante”*, cit..

*interesse o chi utilizza il bene può chiedere che il giudice amministrativo, nel caso di fondatezza del ricorso o della domanda, disponga la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo”.*

All’indomani del varo dell’art.43 T.U.E. la dottrina più attenta<sup>147</sup>, provò ad interrogarsi, non certo in una prospettiva persecutoria nei confronti del giudice ordinario ed invece conciliante verso quello amministrativo, sulla congruità di tale disposizione, evidenziando non secondari problemi di costituzionalità rispetto alle modalità prescelte per introdurre un meccanismo destinato a scardinare il precedente sistema all’interno di un decreto legislativo strettamente condizionato dai principi fissati nella legge delega<sup>148</sup>, ma anche possibili vizi di sostanza della neonata acquisizione sanante.

Quel che apparve subito chiara era la difficoltà di capire se il tentativo di dare sistemazione giuridica alla vicenda delle occupazioni illecite che aveva spinto il Consiglio di Stato a formulare l’ipotesi poi recepita nel T.U.E. si fosse mosso sui binari costituzionali che lo stesso T.U.E. aveva espressamente affermato di volere perseguire (v. art. 2, comma 1, T.U.E.).

In senso positivo militavano talune ragioni. Infatti, l’introduzione di una previsione normativa che sanciva la possibilità di acquisire l’opera illecitamente realizzata sembrava soddisfare in pieno il requisito di legalità scolpito nel comma 3 dell’art. 42 Cost. ed anzi forniva concreta risposta alla richiesta di eliminare le storture di un sistema nel quale era venuto a crearsi un nuovo modo di acquisto della proprietà per effetto di una giurisprudenza pretoria non agganciata a dati positivi.

Riconoscere che l’effetto traslativo non si produceva per effetto dell’illecito, che tale restava ai fini risarcitori, sebbene agganciato all’adozione di un provvedimento amministrativo, nella ricorrenza di esigenze pubblicistiche specificamente individuate, poteva in effetti considerarsi mezzo di legalizzazione delle occupazioni abusive, preservando al contempo gli interessi economici dei privati – destinatari di un risarcimento pari al valore venale ben diverso da quello

---

<sup>147</sup> DE MARZO L., *Commento all’art. 43*, in CARINGELLA A., DE MARZO L., DE NICTOLIS S., MARUOTTI C., *L’espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2003, 612 ss.; MARUOTTI C., *Art. 43, Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di pubblica utilità*, ibidem, 577 ss.

<sup>148</sup> CONTI R., *L’occupazione acquisitiva*, cit., 593 ss.

riconosciuto al proprietario espropriato legittimamente - e ponendo fine ad un'epoca in cui la generalità ed astrattezza del comando legislativo era stata soppiantata da uno *ius dicere* giurisprudenziale sganciato da sicuri parametri normativi, necessariamente casistico, non uniforme ed anche, per certi aspetti, penalizzante per le ragioni proprietarie che finivano con l'essere frustrate da un meccanismo della prescrizione talmente incerto da mettere la pubblica amministrazione in condizione di acquisire gratuitamente la proprietà.

Anzi, la tanto attesa risposta normativa avrebbe potuto non solo introdurre elementi di legalità sostanziale prima affidati dalla giurisprudenza alla dichiarazione di p.u., ma anche finalmente chiarire che il trasferimento coattivo della proprietà può essere stabilito *ex post*, sanando retroattivamente situazioni di illegittima occupazione di beni di proprietà privata.

Del resto, il sindacato giurisdizionale riconosciuto al privato sul provvedimento di acquisizione avrebbe forse potuto consentire non solo di eliminare le determinazioni viziate, ma anche di ottenere la restituzione dell'opera - in caso di rigetto della domanda di esclusione della restituzione proposta dalla P.A. - e l'integrale risarcimento del danno - in caso di caducazione dell'atto di acquisizione - in favore del privato, così perseguendo un equo bilanciamento fra istanze pubblicistiche e privatistiche.

Né poteva dirsi con assoluta certezza che il meccanismo introdotto ha caratteristiche "*manifestamente illegali*" rispetto al diritto interno, avendo l'ordinamento apprestato un sistema di tutela giurisdizionale in favore del proprietario defraudato.

Inoltre, l'art. 43 T.U.E. risolveva in maniera definitiva la *querelle* con la CEDU, essendosi per l'appunto uniformato al Prot. n. 1 alla CEDU, nella parte in cui prevedeva che l'ingerenza dello Stato sulla proprietà privata può avvenire per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge.

Ciò si sarebbe potuto desumere dalla possibilità di disporre l'acquisizione del bene in quanto questo risulti concretamente destinato a scopi di interesse pubblico ed alle condizioni normativamente prestabilite dalla medesima disposizione.

D'altra parte, se la Corte europea aveva espresso riserve sulla compatibilità con il principio di legalità del meccanismo dell'occupazione appropriativa che in modo

generale permetteva all'amministrazione di trarre beneficio da una situazione illegale ponendo l'individuo di fronte al fatto compiuto, il sistema di acquisizione per atto dell'autorità introdotto dall'art. 43 T.U.E. escludeva la generalizzazione degli acquisti, riportando la vicenda sul binario della legalità per effetto di un atto amministrativo che, volta per volta, poneva il proprietario non solo in condizione di approntare una tutela adeguata al proprio diritto, ma anche di individuare con precisione il momento traslativo del dominio.

In tal modo l'ordinamento nazionale avrebbe quindi adottato norme sufficientemente accessibili, precise e prevedibili, prestando adesione al principio di legalità espresso dalla Corte di Strasburgo.

Il legislatore delegato avrebbe poi dato esauriente risposta anche al giudice delle leggi, approntando una disciplina che salvaguardava adeguatamente la sfera proprietaria, differenziandola adeguatamente da quella prevista per il procedimento espropriativo destinato a divenire, quando fosse andato a regime il sistema che impediva l'occupazione d'urgenza anteriore all'ablazione, l'unico modello di acquisizione alla mano pubblica della proprietà privata.

Non mancavano, tuttavia, aspetti oscuri della disposizione surricordata. Le perplessità rispetto alla compatibilità costituzionale di una previsione normativa sembravano emergere dalla presa d'atto che l'art. 43, muovendo dal carattere illecito dell'agire della P.A. pretendeva, attraverso una valutazione *ex post* dell'amministrazione, di paralizzare la posizione dominicale del privato, incisa dall'illecita trasformazione del bene, sterilizzando le garanzie procedurali spettanti al proprietario legittimamente espropriato unitamente alla possibilità di ri-espansione del diritto ed anche equiparando condotte spurie quali continuavano ad essere quelle sorrette da una valida dichiarazione di p.u. da quelle assolutamente arbitrarie.

E tali perplessità parvero alla dottrina ancor più avvertite allorchè il meccanismo partecipativo dell'interessato divenne - a partire dagli artt. 7 e 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241 - un autentico ganglio vitale dell'azione della P.A., anche in vista del corretto perseguimento degli interessi pubblici, soprattutto all'interno del procedimento espropriativo e di occupazione per il quale ultimo, lo

stesso Consiglio di Stato<sup>149</sup>, era andato riconoscendo, proprio in ragione delle prioritarie esigenze di trasparenza e democraticità, la necessità della comunicazione preventiva dell'avvio del procedimento anche quando la dichiarazione di pubblica utilità era un effetto implicito dell'approvazione del progetto dell'opera pubblica.

Ancora, perplessità nascevano rispetto alla possibilità riconosciuta all'Autorità Giudiziaria Amministrativa di potere paralizzare l'azione possessoria e reale - tradizionalmente caratterizzate in termini di assolutezza anche quanto alle forme di tutela - per effetto della liquidazione del risarcimento del danno per equivalente per il fatto che l'amministrazione avesse chiesto in giudizio di bloccare la restituzione.

In ciò la previsione normativa si discostava radicalmente dal diritto vivente della Cassazione che aveva unanimemente e pacificamente ritenuto che *“a favore di chi ha agito per la tutela reale non può essere pronunciata decisione di condanna “per equivalente”, giacché la tutela del diritto reale è assoluta ed esige la rimozione del fatto lesivo”*.

A pesare sull'art. 43, d'altra parte, era pure la reintroduzione dell'occupazione d'urgenza<sup>150</sup> che il T.U.E. aveva inizialmente escluso.

Se all'indomani del varo del T.U.E. poteva sostenersi che una lettura sistematica delle norme del d.lgs. n. 327/2001 lasciava chiaramente trasparire la volontà dello stesso legislatore di eliminare in radice la causa che aveva prodotto il proliferare dei fenomeni occupatori illeciti, elidendo a monte la possibilità della P.A. di occupare il fondo prima di essere divenuta proprietaria dell'area e dimostrando l'intenzione - seria - di non perpetrare fenomeni caratterizzati da un notevole tasso di abusività in danno dei diritti dominicali, l'aver, successivamente e frettolosamente, reintrodotta l'occupazione d'urgenza con l'art. 22 *bis* T.U.E. destava notevoli perplessità, poiché l'art. 43 T.U.E. veniva ad assumere un volto di stabilità in qualche modo inquietante.

La coerenza interna del meccanismo introdotto dall'art. 43 T.U.E., strettamente correlata al venir meno della procedura di apprensione del bene in epoca anteriore al passaggio della proprietà del bene in capo all'espropriante, subiva così un colpo non indifferente.

---

<sup>149</sup> Ad. Plen. N. 14/1999.

<sup>150</sup> Art. 22 *bis* introdotto dal d.lgs. n. 302 del 2002.

## **2. Giurisprudenza contrastante sul potere espropriativo: eterno scontro tra Cassazione e CtEDU. Le posizioni pretorie della Corte Costituzionale.**

In presenza di una tendenza al consolidamento dell'orientamento che propugnava l'inammissibilità dell'azione di rivendicazione in favore del privato proprietario dell'immobile interessato, con la fondamentale sentenza n. 1464 del 26 febbraio 1983<sup>151</sup> le Sezioni Unite abbracciarono una diversa ed innovativa prospettiva che introduceva nell'elaborazione giurisprudenziale, l'istituto della c.d. "occupazione acquisitiva" (a volte più comunemente appropriativa), asserendo che la destinazione irreversibile del suolo privato illegittimamente occupato ai fini della costruzione dell'opera pubblica comportava l'acquisto a titolo originario da parte dell'ente pubblico costruttore della proprietà del suolo e la contestuale estinzione del diritto di proprietà del privato: questa ricostruzione<sup>152</sup> - ricondotta al fenomeno ribattezzato della c.d. "accessione invertita" (o, anche, per alcuni, definibile come "espropriazione sostanziale") - consentiva, secondo le Sezioni Unite, di superare, per un verso, le incongruenze cui dava luogo la permanenza in capo al privato della titolarità della proprietà separata definitivamente dalla possibilità effettiva di godimento e, per altro verso, attestava la rilevanza del decreto sopravvenuto di espropriazione e, quindi, permetteva di sormontare tutti i problemi connessi alla "conversione" in opposizione alla stima della originaria azione risarcitoria<sup>153</sup>.

Con tale indirizzo, stabilizzatosi nel tempo<sup>154</sup>, la giurisprudenza aveva, in sostanza, ritenuto che, allorquando l'occupazione di un immobile da parte della P.A. fosse stata qualificabile come illegittima perché non assistita da un valido titolo, l'edificazione sul fondo stesso di un'opera pubblica che importasse una trasformazione così radicale da determinare la perdita, in forma irreversibile, dei

<sup>151</sup> Edita, tra le altre riviste, in *Foro it.* 1983, I, 1983, 626 e segg., con nota di ORIANI M; in *Giust. civ.* 1983, I, 707 e segg., con nota di MASTROCINQUE O.; in *Riv. amm.* 1983, 337, con nota di PALLOTTINO A.

<sup>152</sup> È importante rilevare come la dottrina più perspicace (v., ad es., SALVAGO S., *Occupazione acquisitiva nelle espropriazioni per p.u.*, Milano, 1997, 120 e segg.; CARBONE V., *Espropri illeciti, risarcimenti dimezzati*, in *Corr. giur.* 1996, 139 e segg.) aveva evidenziato che, in effetti, l'occupazione acquisitiva esisteva sicuramente nella realtà giuridica quantomeno dall'epoca della L. n. 2359 del 1865, sottolineando che la dottrina e la giurisprudenza ne avevano soltanto ritardato il riconoscimento formale a causa di un malinteso senso di difesa della proprietà privata e dei suoi modi tradizionali di acquisto, ricorrendo alle più contorte e contrastanti costruzioni giuridiche quali erano quelle che ammettevano, da un lato, che la compressione del diritto dominicale potesse egualmente conseguire ad un'apprensione illecita del terreno privato e protrarsi *sine die*, mentre, dall'altro, escludevano, appellandosi al quadro normativo della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, che il proprietario del suolo avesse la facoltà di ottenerne la restituzione, previa rimozione dell'opera, così assegnandogli la proprietà meramente nominale e catastale dell'immobile.

<sup>153</sup> Dall'affermazione di tali principi le Sezioni unite avevano fatto derivare la trasformazione dell'illecito permanente in illecito istantaneo e l'applicabilità del termine di prescrizione quinquennale per l'esercizio dell'azione risarcitoria.

<sup>154</sup> Smentito solo da Cass., sez. II, 18 aprile 1987, n. 3872, in *Foro it.* 1987, I, 1727, e in *Corr. giur.* 1987, 642 (annotata da CARBONE V., *Una clamorosa riproposta in tema di occupazione espropriativa*) che aveva ripreso il concetto della c.d. elasticità del diritto di proprietà e riaffermato il principio di legalità espresso dal secondo comma dell'art. 42 Cost.

caratteri e della destinazione propria dell'immobile, avrebbe prodotto l'acquisto a titolo originario della proprietà del suolo occupato senza titolo, secondo i principi tipici - ma, come detto, applicati all'inverso - dell'accessione. La ragione giustificativa del nuovo orientamento era incentrato, ancora una volta, sull'asserita prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato.

Tuttavia, nella sentenza n. 1464 del 1983, era rimasto in ombra l'aspetto relativo alla essenziale valorizzazione - per l'iscrizione dell'occupazione appropriativa nell'ambito del fenomeno espropriativo - della preventiva necessità della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera pubblica e, perciò, con la successiva sentenza n. 3940 del 10 giugno 1988<sup>155</sup>, le stesse Sezioni Unite ridefinirono la figura dell'occupazione acquisitiva, ponendo in luce come la stessa non si riferisse indeterminatamente e genericamente ad ogni occupazione senza titolo da parte della P.A., bensì ad un fenomeno specifico *“caratterizzato quale suo indefettibile punto di partenza da una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera e quale suo indefettibile punto di arrivo dalla realizzazione dell'opera stessa”*, trovando, quindi, il suo presupposto necessario in una valida e corretta dichiarazione di pubblica utilità, quale provvedimento, non inficiato da vizi, che sanciva la valutazione della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato.

Nella stessa sentenza - accanto al riconoscimento dell'essenzialità, ai fini del perfezionamento della fattispecie estintivo-acquisitiva riconducibile all'occupazione appropriativa<sup>156</sup>, della preesistenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità - si rinviene, per la prima volta, in un'ottica di contrapposizione, il riferimento al fenomeno della c.d. *“occupazione usurpativa”*<sup>157</sup>, che si sarebbe, invece, venuto a realizzare nel caso in cui l'occupazione di un'area, o genericamente di un immobile privato, fosse avvenuta senza la preventiva dichiarazione di pubblica utilità, oppure

---

<sup>155</sup> Con la quale (edita in Foro it. 1988, I, 2242 e segg.) fu risolto il contrasto sollevato proprio con la richiamata sentenza della II sezione n. 3872 del 1987. In particolare, con la sentenza n. 3940 del 1988 fu, a chiare lettere, sottolineato che solo l'esistenza della dichiarazione di p.u. costituiva *“la garanzia prima e fondamentale del cittadino e la pietra angolare su cui deve poggiare, per legge, l'espropriazione per pubblico interesse”*.

<sup>156</sup> Sulle cui complessive problematiche v., anche, più recentemente, con i primi importanti riferimenti anche alle nuove questioni indotte dalla successiva entrata in vigore dell'art. 43 T.U. n. 327 del 2001, BENINI S., *L'occupazione appropriativa è proprio da epurare?*, in Foro it. 2002, I, 2591 e segg., in nota a Cass., sez. I, 29 agosto 2002, n. 12650.

<sup>157</sup> Isolato dogmaticamente e sistematicamente inquadrato soprattutto nell'importante successiva sentenza delle stesse Sezioni unite n. 1907 del 4 marzo 1997, in Foro it. 1997, I, 721, con nota di ANNUNZIATA D., con la quale si provvide a completare la tutela del privato prevedendo la possibilità per il titolare del diritto dominicale di avvalersi, in alternativa con le azioni restitutorie, di un'azione di risarcimento del danno per perdita definitiva del bene, ponendo in essere un meccanismo abdicatorio del diritto reale del tutto analogo a quello previsto in altre ipotesi rilevanti sul piano privatistico, quali quelle di cui all'art. 1070 cod. civ. o quelle contemplate dagli artt. 1104 o 550 cod. civ., così consentendo anche al privato di ottenere l'equivalente del valore del bene in conseguenza di una libera scelta. Nella stessa sentenza, peraltro, si ribadiva che *“il fenomeno dell'occupazione appropriativa può essere giustificato solo nella misura in cui all'attività di costruzione sia attribuito un vincolo di rispondenza in concreto a fini pubblici mediante una dichiarazione di p.u.”*.

quando questa fosse stata viziata o fosse decaduta per intervenuta scadenza<sup>158</sup> e, perciò, senza che il fenomeno ablatorio avesse avuto un valido collegamento con l'esplicazione in concreto della pubblica funzione indirizzata all'ottenimento della finalità espropriativa. In quest'ultima fattispecie, dunque, la carenza di potere espropriativo avrebbe determinato la non qualificabilità in termini di opera di pubblica utilità di quanto realizzato sul fondo del privato e, pertanto, avrebbe comportato l'esclusione della perdita del diritto dominicale da parte del proprietario. In altri termini, l'inoperatività in tal caso dell'istituto dell'occupazione appropriativa, in assenza dell'ineludibile presupposto del riconoscimento, da parte degli organi competenti, della pubblica utilità dell'opera, avrebbe dovuto comportare la conseguenza che il privato, durante l'illegittima occupazione, potesse fruire dei rimedi reipersecutori a tutela della proprietà non perduta.

Sulla scia di questo inquadramento, la successiva giurisprudenza si era venuta assestando, rimarcando come l'acquisto a favore della P.A. del fondo occupato si determinava solamente se l'opera era funzionale ad una destinazione pubblicistica e che ciò avveniva solo per effetto di una pubblica utilità formale o connessa ad atto amministrativo che, per legge, producesse una tale conseguenza, precisando che la mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, o perché mai formalmente dichiarata o conseguente ad un successivo annullamento o alla scadenza dei relativi termini, non comportava il succitato acquisto, escludendo che, in tal caso, si potesse concretizzare la fattispecie dell'occupazione appropriativa, configurandosi, piuttosto, quella dell'occupazione usurpativa.

Il fenomeno della cosiddetta occupazione appropriativa veniva a presentare, in sintesi, i seguenti caratteri:

a) la trasformazione irreversibile del fondo, con destinazione ad opera pubblica o ad uso pubblico, determinava l'acquisizione della proprietà da parte della P.A.;

---

<sup>158</sup> Risultano incanalate nella stessa direzione anche Cass., SS.UU., 3 ottobre 1989, n. 3963, in Giust. civ. 1990, I, 370; Cass., SS.UU., 13 aprile 1992, n. 4477, in Resp. civ. e prev. 1993, 582; Cass., sez. I, 18 febbraio 2000, n. 1814, in Foro it.. 2000, I, 1857 e segg., con nota di SALVAGO S., L'occupazione "usurpativa" non può essere espropriazione, nella quale viene oculatamente rimarcata la mera apparenza dell'analogia tra i due istituti dell'occupazione appropriativa e di quella usurpativa, poiché solo la prima appartiene alla materia delle espropriazioni per p.u., tant'è che tutti i profili di costituzionalità (riproposti attualmente con le ordinanze della Corte di cassazione nn. 11887, 12810 e 22357 del 2006) che l'hanno riguardata sono stati sollevati e risolti in base ai precetti contenuti nell'art. 42 Cost. e che il 6° comma dell'art. 5 bis della L. n. 359 del 1992 la considera(va) uno dei modi normali di definizione del procedimento ablatorio accanto alla cessione volontaria ed al decreto di esproprio; diversamente, l'occupazione usurpativa esula da tale materia e rientra fra i comuni fatti illeciti disciplinati dall'art. 2043 cod. civ., in cui non è ravvisabile l'espressione di alcuna funzione amministrativa.



b) il fenomeno, in assenza di formale decreto di esproprio, aveva il carattere dell'illiceità, che si consumava alla scadenza del periodo di occupazione autorizzata (e, quindi, legittima) se nel frattempo l'opera pubblica era stata realizzata, oppure al momento della trasformazione qualora l'ingerenza nella proprietà privata avesse già carattere abusivo o se essa acquistasse tale carattere perché la trasformazione medesima avveniva dopo la scadenza del periodo di occupazione legittima;

c) l'acquisto a favore della P.A. si determinava soltanto qualora l'opera fosse funzionale ad una destinazione pubblicistica e ciò avveniva solo per effetto di una dichiarazione di pubblica utilità formale o connessa ad un atto amministrativo che, per legge, producesse tale effetto, con conseguente esclusione dall'ambito applicativo dell'istituto dei comportamenti della P.A. non collegati ad alcuna utilità pubblica formalmente dichiarata (cosiddetta occupazione usurpativa), o per mancanza “*ab inizio*” della dichiarazione di pubblica utilità o perché questa era venuta meno in seguito ad annullamento dell'atto in cui essa era contenuta o per scadenza dei relativi termini (in tal caso non si produceva l'effetto acquisitivo a favore della P.A. ed il proprietario poteva chiedere la restituzione del fondo occupato e, se a tanto non aveva interesse e quindi vi rinunciava, poteva avanzare domanda di risarcimento del danno, che avrebbe dovuto essere liquidato in misura integrale);

d) il soggetto che aveva subito l'ablazione di fatto, per ottenere il risarcimento del danno, aveva l'onere di proporre domanda in sede giudiziale entro il termine di prescrizione quinquennale (art. 2947 cod. civ.), la cui decorrenza era ancorata alla data di scadenza dell'occupazione legittima, se l'opera pubblica era realizzata nel corso di tale occupazione, oppure al momento dell'irreversibile trasformazione del fondo, se essa era avvenuta dopo quella scadenza (o in assenza di decreto di occupazione d'urgenza, ma sempre nell'ambito di valida dichiarazione di pubblica utilità).

Occorre a questo punto ricordare, anche solo per sommi capi, le risposte fornite dal diritto vivente sulla portata dell'art. 43, potendo tale esame tornare utile quando si parlerà dell'art. 42 *bis* T.U.E.

La scelta del legislatore delegato di voltare (*rectius* stralciare) la pagina scritta dal giudice di legittimità sul fenomeno “occupazioni illegittime” non poteva essere

ponderata senza verificare l'attuazione concreta del nuovo istituto e la lettura che le Corti ne avrebbero dato. Occorre accennare all'atteggiamento del "diritto vivente" nazionale rispetto all'art. 43, registrando sul punto risposte profondamente diverse da parte del giudice di legittimità rispetto a quelle espresse dal giudice amministrativo.

Ed invero, la Cassazione irrigidiva notevolmente le sue posizioni e non mancava di rivolgere i suoi strali contro l'art. 43 t.u. espropriazione, contestandone la compatibilità col quadro costituzionale e convenzionale.

Paradigmatica della scelta di contrasto della giurisprudenza di legittimità all'art.43 T.U.E. è Cass. n. 18239 del 15/09/2005, alla quale vanno aggiunte Cass. n. 2746 del 05/02/2008, Cass. S.U. n. 26732 del 19/12/2007<sup>159</sup> e, da ultimo, Cass.n. 20543 del 2008.

Di tutt'altro avviso è stato, invece, il giudice amministrativo che, in estrema sintesi, ha messo in atto una strategia interpretativa volta a ridurre i possibili attriti tra normativa interna e CEDU, cimentandosi ripetutamente in operazioni ermeneutiche volte a ridurre l'ambito di operatività dell'art. 43 cit.

In questa direzione, le *guidelines* interpretative fissate dall'Adunanza Plenaria n. 2/2005 del Consiglio di Stato e dalle sentenze nn. 934/2005 e 440–442/2006 del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana hanno, per un verso, bandito dall'ordinamento giuridico l'occupazione acquisitiva, riconoscendo che l'unico rimedio per impedire la restituzione dell'area al proprietario in caso di illegittimità della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica è per l'appunto costituito - tralasciando l'espropriazione o la via negoziale - dall'emanazione di un provvedimento di acquisizione ex art. 43. Ma l'adozione di tale provvedimento ha natura eccezionale e non può risolversi "in una mera

---

<sup>159</sup> Cfr. Cass. S.U. n.26732/2007: "[...] Pare estranea alla controversia in esame l'avvenuta emissione postuma dell'atto di acquisizione. Tanto per cominciare, l'attribuzione ad essa di un effetto legalmente acquisitivo della proprietà del bene appare quanto meno dubbia: sia perché alla scelta abdicativa della proprietà, da parte del privato "usurato" nel momento in cui egli si sia determinato all'azione risarcitoria, consegue la perdita della proprietà (Cass. 30 gennaio 2001, n. 1266; 28 marzo 2001, n. 4451; 12 dicembre 2001, n. 15687), di modo che l'eventuale acquisto di essa da parte dell'autorità avviene per occupazione di una *res nullius* (Cass. 18 febbraio 2000, n. 1814), e a tale momento, anteriore al formale atto di acquisizione, andrebbe fatto risalire, sia perché, comunque, l'acquisizione potrebbe esser avvenuta in precedenza, per usucapione ventennale. . . La giustificazione alla tesi dell'applicabilità retroattiva dell'art. 43, t.u., spesso relazionata all'esigenza di radiare dall'ordinamento un monstrum, quello dell'occupazione appropriativa, occasione di reiterate condanne dello Stato italiano da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, non può peraltro far dimenticare che nel precludere la restituzione di un bene occupato in assoluta via di fatto, l'istituto dell'acquisizione sanante mal si concilia con i principi di cui all'art. 1, all. 1, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come la stessa Corte di Strasburgo non ha mancato di sottolineare (Corte europea dei diritti dell'uomo 17 maggio 2005, SCORDINO C. ITALIA). Il che anzi potrebbe indurre a qualche dubbio di legittimità costituzionale del nuovo istituto, alla luce della riconosciuta natura delle disposizioni della Convenzione, come norme interposte nel sindacato di legittimità (sentenza n. 348 del 2007)."

alternativa alla procedura ordinaria”, spettando al giudice amministrativo il potere - dovere di arginare l’utilizzo di tale modalità di acquisto del bene - che tuttavia si applica alle procedure in corso - operando un sindacato particolarmente rigoroso sulla ricorrenza dei presupposti applicativi.

I principi espressi dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull’art. 43 T.U.E. sono stati così sintetizzati: 1) l’art. 43 *cit.* è l’unico rimedio previsto dall’ordinamento per evitare la restituzione dell’area utilizzata senza un valido ed efficace provvedimento di espropriazione o di dichiarazione di pubblica utilità, cioè senza un valido ed efficace titolo legale di apprensione del bene, per cui in tale situazione non possono trovare applicazione le preclusioni fondate sull’eccessiva onerosità *ex art.* 2058 cc o sul pregiudizio derivante all’economia nazionale *ex art.* 2933 cc;

2) tale rimedio non può più essere attuato dopo il passaggio in decisione della controversia giurisdizionale, avente ad oggetto la domanda di restituzione del bene, fatta sempre salva la possibilità di addivenire ad una transazione della lite tra le parti;

3) detta disposizione non contrasta con la CEDU, così come interpretata dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, in quanto: *a)* l’acquisto del bene avviene in virtù di un provvedimento previsto dalla legge e con efficacia *ex nunc*; *b)* l’esercizio discrezionale del potere di acquisizione è sindacabile da parte del Giudice Amministrativo, *c)* è in ogni caso assicurato il risarcimento del danno; *d)* in assenza del provvedimento di acquisizione (o di suo annullamento giurisdizionale) “la restituzione dell’area non può essere impedita, se non per scelta autonoma del privato che rinunci alla restituzione”;

4) l’art. 43 DPR n. 327/2001 si applica anche alle espropriazioni, la cui dichiarazione di pubblica utilità è stata adottata prima del 30 giugno 2003, poiché la ratio dell’art. 57, comma 1, D.P.R. n. 327/2001, secondo il quale le disposizioni del D.P.R. n. 327/2001 si applicano soltanto ai progetti la cui dichiarazione di pubblica utilità è intervenuta dopo il 30 giugno 2003, è quella di evitare che i procedimenti espropriativi iniziati sotto il vigore della precedente disciplina normativa possano essere regolamentati nelle fasi successive dalla nuova normativa, mentre l’art. 43 disciplina per la prima volta le fattispecie delle occupazioni acquisitive ed

usurpative, prevedendo la neutralizzazione della domanda di restituzione del bene soltanto con l'adozione del predetto provvedimento di acquisizione del bene al patrimonio indisponibile con corresponsione del risarcimento del danno, per cui risulta evidente che tale nuovo istituto giuridico non può non trovare applicazione anche nei confronti delle vicende espropriative anteriori al 30 giugno 2003, per le quali continuano a rimanere in vigore le precedenti norme.

Nella ricostruzione dell'istituto dell'espropriazione acquisitiva non possono essere trascurati gli interventi diretti a valutare la conformità di tale istituto con i parametri fondamentali dell'ordinamento interno (e, quindi, con i correlativi principi costituzionali).

Già con la sentenza n. 188 del 23 maggio 1995, il giudice delle leggi, per ritenere conforme alla Costituzione il modo di acquisto della proprietà originato dall'affermata accessione invertita aveva dovuto rielaborare la problematica in questione isolando al suo interno due diversi momenti operandone una netta separazione.

In particolare, la Corte Costituzionale aveva scisso, in proposito, la fase dello spossessamento con radicale ed irreversibile trasformazione del bene (ovvero il momento della configurazione del fatto illecito correlato all'atto della realizzazione dell'opera pubblica) da quella consequenziale relativa alla non restituibilità dell'area di sedime sulla quale essa insisteva e su cui si era venuta ad innestare in modo irreversibile (e, quindi, relativa al momento del fatto casualmente generatore dell'acquisto dell'opera di pubblica utilità, edificata a vantaggio della collettività).

Sulla scorta di tali premesse, i giudici della Consulta erano giunti ad escludere la fondatezza dei dubbi di costituzionalità sollevati, in particolar modo, in relazione al principio che non consentiva la produzione di effetti positivi a mezzo di atto illecito a favore dell'autore dell'illecito stesso.

Successivamente, la stessa Corte Costituzionale, con la sentenza 4 febbraio 2000, n. 24<sup>160</sup>, aveva chiarito che l'istituto dell'occupazione appropriativa, ritenuto

---

<sup>160</sup> In Giur. cost. 2000, 171; in Giust. civ. 2000, I, 965 e 1631, con nota di DE SANTIS S.; in Corr. giur. 2000, 540; in Giur. it. 2000, I, 1, 827 e 1717, con nota di FERIOLI E., e in Urb. e app. 2000, 379, con nota di LIGUORI A. Con questa sentenza il giudice delle leggi aveva dichiarato infondata, con riferimento all'art. 3 cost. - in relazione all'art. 938 cod. civ. - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, bis comma 7 bis, d.l. 11 luglio 1992 n. 333, conv. con modificazioni in l. 8 agosto 1992 n. 359, introdotto dall'art. 3, comma 65 l. 23 dicembre 1996 n. 662, nella parte in cui, nel disciplinare gli effetti della c.d. accessione invertita, prevede la corresponsione in favore del soggetto privato della proprietà del suolo ad opera della P.A. in seguito alla costruzione sullo stesso di un'opera di pubblica utilità, di una somma corrispondente alla indennità di esproprio (senza abbattimento del 40%), maggiorata del 10%, pressoché pari al valore

applicabile alla P.A., non aveva, in realtà, alcunché in comune con la fattispecie disciplinata dall'art. 938 cod. civ., risultando completamente diversi la *ratio* e l'interesse tutelato, ragion per cui il fondamento giustificativo dell'accessione invertita in favore della P.A. si sarebbe dovuto considerare insito, piuttosto, nella funzione sociale della proprietà, resa attuale e concreta dalla dichiarazione di pubblica utilità, per il cui assolvimento poteva ritenersi giustificato il sacrificio del privato.

Anche alla luce dell'approccio che con esso aveva avuto la giurisprudenza costituzionale, rimane, tuttavia, confermato che, in effetti, all'istituto dell'occupazione acquisitiva risultava conferita una chiara connotazione rimediale, poiché concepito in funzione di evitare la perdita di un'area che avrebbe potuto essere legittimamente appresa e di un'opera che avrebbe potuto essere altrettanto legittimamente costruita alla semplice condizione della tempestiva emanazione del decreto di esproprio.

Secondo la ricostruzione della giurisprudenza, in fondo, la P.A., diventata detentrica senza titolo dell'area di proprietà privata, avrebbe dovuto essere, in linea di principio, obbligata alla restituzione della stessa e, tuttavia, l'intrapreso procedimento ablatorio attualizzava la funzione sociale della proprietà, legittimandone il sacrificio, sicché, nell'ipotesi in cui il bene fosse già stato utilizzato per l'esecuzione delle opere destinate in modo permanente al soddisfacimento di un pubblico interesse, il privato non avrebbe potuto chiedere al giudice ordinario la restituzione del fondo, bensì solo il risarcimento del danno, perdendo la proprietà sull'immobile in favore della P.A., che, perciò, in virtù di questa manifestazione invertita dell'accessione, l'acquisiva (in questo senso, perciò, da parte di alcuni, si era fatto ricorso alla definizione di “espropriazione sostanziale”, in via alternativa a quella di “occupazione appropriativa o acquisitiva”).

---

dimezzato del bene (per la discriminazione, ritenuta irragionevole, che si verificherebbe rispetto alla previsione di cui all'art. 938 c.c., che, con riferimento alla occupazione, nella costruzione di un edificio da parte di un proprietario su una porzione di fondo attiguo, prevede invece la corresponsione al proprietario del suolo del doppio del valore della superficie occupata, oltre al risarcimento del danno), in quanto il termine di comparazione invocato non è suscettibile di essere utilizzato, trattandosi di ipotesi di accessione palesemente non comparabili perché completamente diverse, sia sotto il profilo dei soggetti, che dei presupposti di applicabilità e della natura delle norme.

### **3. La risoluzione 3/2007 del Consiglio d'Europa sull'espropriazione indiretta.**

È subito apparso chiaro che la verifica in ordine alla congruità dell'art. 43 T.U.E. non potesse compiersi solo con la lente del quadro normativo interno, piuttosto dovendo tale disposizione rispondere alle ripetute condanne di Strasburgo, evidentemente dimostrative dell'esistenza di un problema "di sistema", al quale occorreva dare definitiva risposta, in linea con la protezione dell'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU accordata a livello sovranazionale dalla Corte "caso per caso".

È allora necessario ripercorrere le prese di posizione espresse a livello sovranazionale sull'art. 43 e sui possibili rimedi che l'Italia avrebbe dovuto adottare per eliminare gli effetti della violazione acclarata ai sensi dell'art. 46 sotto il controllo del Comitato dei Ministri.

L'analisi che sarà di seguito svolta appare infatti ineludibile per compiere la futura verifica di compatibilità dell'art. 42 *bis* T.U.E. che l'art. 43 ha sostituito con i canoni convenzionali<sup>161</sup>.

Del resto, il problema degli effetti delle pronunzie del Giudice di Strasburgo è talmente avvertito a livello europeo da avere suscitato l'adozione di una Raccomandazione - (R 2000, 2) 19 gennaio 2000 - con la quale il Comitato dei Ministri ha incoraggiato i singoli Stati firmatari della CEDU ad "*examiner leurs systèm juridiques nationaux en vue du rèexamen d'une affaire, y compris la rèouverture d'un procèdure, dans les cas où la Cour a constatè une violation de la Convention*".<sup>162</sup>

È infatti chiaro ai giudici di Strasburgo che "*lo Stato convenuto, riconosciuto responsabile di una violazione della Convenzione o dei suoi protocolli, è chiamato non soltanto a versare agli interessati le somme accordate a titolo di equa soddisfazione, ma anche a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali da adottare nel suo ordinamento*

---

<sup>161</sup> V., sul punto, Risoluzione Comitato dei Ministri, Risoluzione (2004) 71, 8 dicembre 2004 nel procedimento—in tema di dovere di dichiarare l'iscrizione a liste della massoneria per un dipendente pubblico—relativo alla sentenza Corte dir. uomo, 12 dicembre 2001, GRANDE ORIENTE D'ITALIA DI PALAZZO GIUSTINIANI C. ITALIA: " *Recalling that the obligation for all member states to abide by the judgments of the Court includes the obligation promptly to adopt general measures effectively to prevent new violations similar to those found in the Court's judgments, as well as individual measures to put an end to the violations found and to erase their consequences as far as possible* ". Sempre in ordine all'esecuzione di decisioni rese in danno dell'Italia si può visionare la Risoluzione del Comitato dei Ministri (2004) 72 dell'8 dicembre 2004 relativa al procedimento definito da Corte dir. Uomo, 28 luglio 1999, IMMOBILIARE SAFFI C. ITALIA, ove si legge: " *Recalling that the obligation of all states to abide by the judgments of the European Court of Human Rights in accordance with Article 46, paragraph 1, of the Convention involves an obligation to adopt individual measures to erase the consequences of the violations of the applicants' rights, as well as general measures to prevent the recurrence of violations similar to those found by the Court* ".

<sup>162</sup> RANDAZZO F., *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

*giuridico interno al fine di mettere fine alla violazione constatata dalla Corte e di eliminarne per quanto possibile le conseguenze”<sup>163</sup>.*

Nel medesimo contesto è stato poi chiarito che lo Stato, sempre sotto il controllo del Comitato dei ministri, è libero di scegliere le modalità con cui adempiere tale obbligo a condizione che queste restino compatibili con le conclusioni della Corte.

Venendo quindi all’esame delle vicende originate per effetto delle note pronunzie del Maggio 2000 sul tema dell’occupazione illegittima, occorre partire dai documenti che gli organi istituzionali del Comitato dei Ministri presso il Consiglio d’Europa hanno adottato negli anni appena trascorsi, ove fu stigmatizzata la vicenda dell’acquisizione illegittima dei fondi occupati, operando un’interpretazione autentica del significato delle due sentenze del maggio 2000<sup>164</sup>.

In occasione di tali documenti, resi in preparazione della riunione del Comitato dei Ministri in programma dell’ottobre 2005 sullo stato di esecuzione delle principali decisioni della Corte dei diritti umani, sono stati espressamente considerati i casi BELVEDERE ALBERGHIERA E CARBONARA E VENTURA tra quelli involgenti problemi di ordine generale, sottolineando, ancora una volta, i ritardi delle autorità nazionali nel dare attuazione alle sentenze della Corte di Strasburgo<sup>165</sup>.

Esaminati in particolare gli esiti delle due vicende, si era già allora sottolineato come le modifiche prodotte dal t.u. espropriazione potevano non essere considerate sufficienti, riponendo maggiore fiducia nella possibilità che il legislatore interno si fosse orientato verso un aggravamento della posizione degli amministratori responsabili delle occupazioni illegittime e della relativa trasformazione dell’area, anche ipotizzando la modifica del sistema, introdotto dal T.U.E. (art. 43), in punto di esclusione della restituzione senza limiti di tempo<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> Corte dir. uomo, 13 luglio 2000, SCOZZARI C. ITALIA, par. 249.

<sup>164</sup> Committee on Legal Affairs and Human Rights, Implementation of judgments of the European Court of Human Rights, Court judgments pending before the Committee of Ministers for control of execution for more than five years or otherwise raising important issues, 9 giugno 2005; Committee on Legal Affairs and Human Rights, Implementation of judgments of the European Court of Human Rights, 20 luglio 2005, in <http://www.coe.int/T/E/Human-rights/execution/01-Introduction/PA-MemoIntro-Ejdoc35%5B1%5D.pdf>.

<sup>165</sup> “... c) Non-compliance with domestic judicial decisions, notably as regards respect of legal deadlines and enforcement of eviction of tenants, as well as retroactive legislative validation of the state’s illegal acts, notably in the fields of expropriation and town planning ”

<sup>166</sup> “... on the measures envisaged to ensure for the future that illegal occupations are prevented and repressed. Measures which could be considered include: the introduction of a system of coercive fines or of punitive damages; the reinforcement of the responsibility of the civil servants in case of illegal occupation; the annulment, at least in certain cases, of the absolute right of the administration to veto the reinstatement and restitution of the land; — on the interim measures envisaged while waiting for the adoption of the above; — on the conclusions of a seminar organised by the Supreme Judicial Council on 4–5 ottobre 2004 as well as on the specific measures taken to

Per offrire delle chiavi di lettura corrette della Risoluzione interinale adottata dal Comitato dei Ministri presso il Consiglio d'Europa nel corso della riunione n. 987 del 14 febbraio 2007 sul tema dell'espropriazione indiretta occorre considerare che la stessa fu accompagnata dalla posizione espressa dal Governo italiano, al cui interno venne esaminata la giurisprudenza del giudice amministrativo sull'art. 43 T.U.E. si inizierà col dire che il titolo della Risoluzione - "*Violations systématiques par l'Italie du droit de propriété par le biais des "expropriations indirectes"*" nella versione francese e "*Systemic violations of the right to the peaceful enjoyment of possessions through "indirect expropriation" by Italy*" in quella inglese — offre, ulteriormente, una chiave di lettura autentica della giurisprudenza di Strasburgo sul fenomeno di cui da anni ormai si discute, confermando l'opinione che avevamo iniziato ad esprimere fin dall'anno 2004, affermando che già la presa di posizione del giudice di Strasburgo espressa con le sentenze CARBONARA E VENTURA E BELVEDERE ALBERGHIERA del maggio 2000 era ricognitiva di una violazione strutturale o "di sistema" ascrivibile all'ordinamento nazionale e non il frutto di episodica aggressione del diritto di proprietà, giustificata in modo arbitrario dalle autorità giudiziarie interne.

Il passo è estremamente importante, se solo si considera che un gran numero di decisioni della Corte di Cassazione rese in materia dopo l'anno 2000 - e fra queste le storiche sentenze delle Sezioni Unite del 2003 che avevano riscontrato la piena conformità del sistema interno ai canoni di Strasburgo - erano andate cadendo sotto la scure di quegli stessi giudici europei.

Ciò aveva di fatto stravolto il ruolo stesso della Corte europea, sommersa di ricorsi concernenti lo stesso tema e divenuta una sorta di quarto grado di giudizio per tutti quei proprietari che si vedevano riconoscere una tutela interna differenziata - *in peius* - rispetto a quella offerta dalla normativa sovranazionale ed attuata dal giudice di Strasburgo.

Dalla lettura della Risoluzione n. 3/2007 si evidenzia chiaramente come la soluzione finale, certamente orientata a concedere all'Italia un'apertura di credito estesa per un lasso di tempo abbastanza significativo è stata nettamente - e

---

*draw the attention of the Constitutional Court, the Court of Cassation, the Council of State and local and regional authorities to the requirements of the Convention relating to the issues raised by the European Court in respect of expropriation."*



favorevolmente - condizionata dalle dichiarazioni rese dal Governo italiano.

In questa prospettiva, veniva considerata positivamente non solo l'introduzione di un meccanismo normativo rivolto ad elidere, a monte, gli effetti dell'occupazione acquisitiva - appunto l'art. 43 T.U.E.<sup>167</sup> secondo l'interpretazione autentica fornita nel parere allo schema di testo unico redatto dal Consiglio di Stato - ma anche l'intervento legislativo volto a scoraggiare i comportamenti delle amministrazioni locali che hanno dato causa alle violazioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo - l. n. 296/2006 (art. 1 comma 1217)<sup>168</sup> -.

Senza esitazioni, venne poi espresso dal Comitato dei Ministri un pubblico riconoscimento alla giurisprudenza del giudice amministrativo, nel quale campeggia la ben nota sent. n. 2/2005 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Tale riconoscimento suonava, inequivocabilmente, come ulteriore condanna definitiva del fenomeno dell'occupazione acquisitiva, laddove viene espressamente sancito il diritto del proprietario alla restituzione del fondo in assenza dell'atto di acquisizione sanante ex art. 43 T.U.E.

Ad ogni buon conto, le decisioni appena ricordate sembravano rappresentare, per lo stesso Comitato dei Ministri, una sorta di modello virtuoso da seguire per raggiungere sul controverso art. 43 T.U.E. risultati interpretativi conformi alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo<sup>169</sup>.

In definitiva, la lettura complessiva della Risoluzione, pur mostrando una certa discontinuità con le precedenti prese di posizione degli altri organi istituzionali europei che si erano occupati della vicenda, contiene alcuni punti fermi capaci di orientare le future decisioni degli organi giurisdizionali interni, e forse del legislatore, tornando utile anche nello screening che si andrà a compiere sull'art. 42 *bis* T.U.E.

---

<sup>167</sup> Cfr. Risol. 2(207) cit: "Avendo notato, con interesse, che in seguito alle prime sentenze in materia, l'Italia ha adottato, con decreto presidenziale n. 327 dell'8 giugno 2001, un " Testo Unico " generale sull'esproprio che ai sensi del suo articolo 43 autorizza l'amministrazione ad emettere un atto formale di acquisizione con effetti validi per il futuro e che riconoscano l'illegalità di una situazione passata"

<sup>168</sup> Art.1 comma 1217 l. n. 296/2006: Lo Stato ha altresì diritto di rivalersi sulle regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati, i quali si siano resi responsabili di violazioni delle disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, e dei relativi Protocolli addizionali, degli oneri finanziari sostenuti per dare esecuzione alle sentenze di condanna rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato in conseguenza delle suddette violazioni.

<sup>169</sup> Ed è fin troppo evidente che il Comitato sembra soprattutto rivolgersi alla giurisdizione amministrativa, espressamente indicata — nell'appendice I — come principale interlocutore sui problemi esegetici nascenti dall'art. 43, dopo che la Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 191/2006, aveva radicato innanzi a quella giurisdizione il contenzioso in materia di comportamenti riconducibili comunque all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione.

#### 4. *Introduzione alla sentenza SCORDINO C. ITALIA.*

Appena un mese dopo la pubblicazione della Risoluzione del Comitato dei Ministri, la Corte dei diritti umani fu chiamata a quantificare l'equa soddisfazione nell'ambito di un procedimento che nel maggio 2005 aveva già visto l'adozione di una sentenza di condanna dell'Italia per una vicenda inquadrabile nell'occupazione acquisitiva - Corte dir. uomo 17 maggio 2005, SCORDINO C. ITALIA - Corte dir. uomo, 6 marzo 2007, SCORDINO C. ITALIA (ric. 43662/98) -.

La sentenza, consente di focalizzare alcuni punti fermi nella giurisprudenza di Strasburgo che possono così sintetizzarsi: *a)* natura strutturale della violazione riferibile all'Italia per avere perpetuato il sistema dell'espropriazione indiretta; *b)* obblighi dello Stato di adottare misure individuali e generali per elidere gli effetti della violazione strutturale ed individuazione concreta degli strumenti suggeriti all'Italia; *c)* conseguenze patrimoniali della violazione reiterata del diritto di proprietà e riconoscibilità di un pregiudizio da mancata protezione del diritto di proprietà non ottenibile innanzi alle giurisdizioni nazionali<sup>170</sup>.

Per quel che qui importa, è utile esaminare brevemente alcuni passaggi motivazionali della decisione. Colpisce, anzitutto, il riferimento duplice (§ 11 e 15 sent.) operato alle *defaillance structurelle* prodotte dall'ordinamento giuridico per effetto dell'occupazione illegittima, ormai apprezzato come fenomeno che colpiva la "categoria" di persone private arbitrariamente del diritto dominicale per effetto dell'agire illecito della pubblica amministrazione.

La Corte, infatti, benché fosse stata investita della decisione degli aspetti patrimoniali che riguardano il danneggiato e lo Stato danneggiante si poneva, dichiaratamente, in una prospettiva "collettiva", di categoria<sup>171</sup>, guardando al pregiudizio subito non tanto e solo dal proprietario che ha promosso il ricorso, ma anche da tutti quei proprietari che già si trovavano nella stessa posizione dei ricorrenti o che, comunque, potevano in futuro trovarsi in situazioni analoghe.

---

<sup>170</sup> La sentenza segue una precedente decisione, resa il 17 maggio 2005 e divenuta definitiva il 12 ottobre successivo, con la quale la Corte dei diritti umani aveva riconosciuto la violazione dell'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU a carico dell'Italia accogliendo il ricorso promosso da alcuni proprietari i quali, colpiti da una condotta di irreversibile trasformazione di alcune aree, si erano visti riconoscere il risarcimento del danno in misura pari a poco più di 264.000.000 delle vecchie lire - oltre accessori - dopo che, nel corso del procedimento, era entrato in vigore il comma 7 bis dell'art. 5 bis della legge n.359/1992 - ritenuto applicabile alla fattispecie e capace, come è noto, di ridurre in maniera drastica il risarcimento del danno spettante per i casi di c.d. occupazione acquisitiva -.

<sup>171</sup> V. § 14 sent.: "...la Corte ha constatato nella specie deriva da una situazione che riguarda un grande numero di persone, cioè la categoria dei privati interessati dall'occupazione senza titolo di un terreno, e che sono suscettibili di perdere il loro bene mediante una decisione giudiziaria che ratifica il comportamento illegale delle autorità ai sensi dell'espropriazione indiretta."

È stata la Corte a ricordare — § 11 — che ai sensi dell'articolo 46 le Alte Parti contraenti si impegnano ad uniformarsi alle sentenze definitive emesse dalla Corte nelle controversie in cui sono parte in causa, con la sorveglianza del Comitato dei Ministri sull'esecuzione di tali sentenze.

Ed è stato ancora quel giudice a ricordare che “...quando la Corte accerta una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme accordate a titolo di equa soddisfazione di cui all'articolo 41, ma anche di scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, eventualmente, individuali da integrare nel suo ordinamento giuridico interno allo scopo di mettere fine alla violazione accertata dalla Corte e di annullarne le conseguenze per quanto possibile”.

Nella scelta di tali misure, prosegue la Corte, “... lo Stato convenuto rimane libero, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, di scegliere i mezzi per assolvere al suo obbligo giuridico relativamente all'articolo 46 della Convenzione, purché tali mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte”.

Il carattere sistemico delle violazioni italiane si coglie, nitidamente, non solo nel punto 11 della sentenza ma, soprattutto, quando essa prendeva atto di un fenomeno su larga scala, caratterizzato da numerosissime sentenze della Corte europea che già si sono occupate del medesimo problema.

Anzi, tale circostanza veniva indicata come potenzialmente capace di aggravare la responsabilità dello Stato proprio in ragione della minaccia all'effettività della tutela della CEDU nel suo complesso che la reiterazione di simili comportamenti mette seriamente a repentaglio - v. in particolare § 14 sent. - in fondo svilendo il ruolo riservato al giudice europeo.

Il discorso poteva comprendersi nel suo pieno significato solo soffermandosi sulla (drammatica) situazione in cui versava la Corte europea, sommersa dai ricorsi proposti nei confronti dell'Italia. La medesima particolare attenzione per gli aspetti generali del fenomeno si coglieva allorché la Corte si prendeva cura di precisare quale tipo di misure, di ordine generale, lo Stato fosse tenuto ad adottare per eliminare le conseguenze dannose della violazione accertata ai sensi dell'art. 46 CEDU.

E benché la Corte sia ben consapevole che alla stessa non spettava di individuare le appropriate misure di riparazione affinché lo Stato convenuto ottemperasse ai suoi obblighi relativamente all'articolo 46 della Convenzione, era lo stesso giudice a riconoscere che *“in considerazione della situazione di carattere strutturale da lei accertata, ... si impongono indubbiamente misure generali a livello nazionale, misure che devono tener conto dell'alto numero di persone coinvolte”*.

Tali misure dovevano *“ ... essere tali da rimediare alla falla strutturale da cui deriva l'accertamento della violazione da parte della Corte, in modo che il sistema messo in piedi dalla Convenzione non sia compromesso da un elevato numero di ricorsi derivanti dalla stessa causa”* . Le stesse, aggiunge la Corte, *“... devono perciò includere un meccanismo che offra alle parti lese un risarcimento per la violazione della Convenzione accertata nella presente sentenza relativamente ai ricorrenti. In proposito, la Corte vuole facilitare la soppressione rapida e efficace di un malfunzionamento constatato nel sistema nazionale di protezione dei diritti dell'uomo. Una volta identificata tale mancanza, spetta alle autorità nazionali, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, prendere, retroattivamente se necessario le misure di riforma necessarie conformemente al principio di sussidiarietà della Convenzione, affinché la Corte non abbia a reiterare la sua constatazione di violazione in una lunga serie di casi comparabili”*.

Era a questo punto che la Corte, nella prospettiva di “aiutare” lo Stato convenuto ad ottemperare ai suoi obblighi ai sensi dell'articolo 46, si sforzava di *“... indicare il tipo di misure che lo Stato italiano potrebbe prendere per mettere fine alla situazione strutturale constatata nella fattispecie”*.

In termini molto nitidi la Corte chiariva che *“...lo Stato dovrebbe, prima di tutto, prendere misure che abbiano l'obiettivo di evitare qualsiasi occupazione non a norma di terreni, sia che si tratti di occupazione sine titulo fin dall'inizio, ovvero che si tratti di occupazione inizialmente autorizzata e diventata successivamente sine titulo”*.

Secondo la Corte la posizione del proprietario rispetto ai fatti di occupazione usurpativa o acquisitiva è assolutamente sovrapponibile, meritando il proprietario piena tutela in entrambi i casi e dunque imponendo di autorizzare l'occupazione di

un terreno soltanto quando è accertato che il progetto e le decisioni di esproprio sono stati approvati nel rispetto delle norme fissate e che essi sono dotati di una linea finanziaria che possa garantire un indennizzo rapido e adeguato dell'interessato. Inoltre, lo Stato convenuto era "tenuto" a scoraggiare le pratiche non conformi alle norme degli espropri in buona e dovuta forma, adottando misure dissuasive e cercando di individuare le responsabilità degli autori di tali pratiche.

Ma il punto più qualificante delle misure consigliate dalla Corte di Strasburgo era certamente rappresentato dall'invito all'Italia a che essa si prodigasse, nei casi di occupazione alla quale non era seguita l'adozione del decreto di espropriazione, per eliminare gli ostacoli che impediscono sistematicamente la restituzione dell'area al privato.

In tutti i casi in cui un terreno è già stato oggetto di occupazione *sine titulo* ed è stato trasformato senza il decreto di esproprio, lo Stato convenuto avrebbe dovuto sopprimere gli ostacoli giuridici che impediscono la restituzione del terreno sistematicamente e per principio.

Solo quando la restituzione di un terreno risulta impossibile per motivi plausibili in concreto, lo Stato convenuto avrebbe dovuto garantire il pagamento di una somma corrispondente al valore che avrebbe la restituzione in natura. Solo in via residuale, pertanto, lo Stato avrebbe dovuto prendere misure di bilancio adeguate al fine di concedere il risarcimento per le perdite subite e che non sarebbero compensate dalla restituzione in natura o dal pagamento sostitutivo.

Il principio della *restituito in integrum* affermato in maniera vigorosa dalla Corte dei diritti dell'uomo per le ipotesi di riconosciuta violazione di un diritto garantito dalla CEDU, ormai divenuto *liet motiv* della più recente giurisprudenza di Strasburgo, veniva così riaffermato<sup>172</sup>.

Si trattava del primo affondo *versus* la giurisprudenza della Corte di Cassazione che, continuando a ritenere la piena legittimità dell'istituto dell'occupazione acquisitiva con le regole costituzionali, si era limitata, con la ricordata ordinanza n.

---

<sup>172</sup> V. di recente Corte dir. uomo, Grande Camera, 29 marzo 2006, SCORDINO C. ITALIA, p. 247: Gli Stati contraenti parti in una causa sono in linea di principio liberi di scegliere i mezzi da utilizzare per conformarsi ad una sentenza della Corte che abbia accertato una violazione. Tale potere di apprezzamento delle modalità di esecuzione di una sentenza traduce la libertà di scelta associata all'obbligo primordiale imposto dalla Convenzione agli Stati contraenti: assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà garantiti (art. 1). Se la natura della violazione permette una restitutio in integrum, spetta allo Stato convenuto attuarla, poiché la Corte non ha né la competenza né la possibilità pratica di realizzarla essa stessa. Se, invece, il diritto nazionale non permette o permette solo in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze della violazione, l'art. 41 abilita la Corte ad accordare, se del caso, alla parte danneggiata la soddisfazione che le sembra appropriata.

11887/2006, a sollevare questione di costituzionalità della norma sull'ammontare del risarcimento spettante al proprietario, ma non certo a porre in discussione la "bontà" delle coordinate di fondo dell'istituto dell'occupazione acquisitiva – tra le quali, come è noto, campeggia l'effetto estintivo/acquisitivo in ragione della pregressa sussistenza della dichiarazione di pubblica utilità.

E che il bersaglio fosse (anche) la giurisprudenza italiana si coglieva, in modo ancor più netto, nei punti 27 e 29 della motivazione, allorché si accusavano le giurisdizioni nazionali di avere adottato, nei confronti dell'istituto dell'espropriazione indiretta, un comportamento quasi "notarile", volto a prendere atto della situazione illegale che si stava perpetuando a carico del proprietario ed a certificare il passaggio della proprietà dal *dominus* all'occupante abusivo, per di più offrendo un ristoro del danno ben inferiore alla riparazione integrale del pregiudizio subito.

Ed ancor più grave era poi il rimprovero alle Corti interne di avere esse stesse contribuito a perpetuare una situazione d'illegalità, in tal modo venendo meno all'obbligo di regolarizzare la situazione denunciata dal proprietario.

Ora, il richiamo della Corte ai principi che erano già stati espressi nella sentenza sull'*an* del 17 maggio 2005 intendeva volutamente approfondire lo iato fra giudice sovranazionale e giurisdizioni interne, chiamando addirittura in reità il giudice domestico per non avere fatto ciò che, invece, rientrava nelle sue prerogative.

Le considerazioni appena espresse consentono, così, di spiegare la presa di posizione del giudice europeo sulla necessità di garantire al proprietario la restituzione del fondo piena in caso di aggressione illecita della proprietà.

Solo l'accertamento "in concreto" di un ostacolo che renda impossibile la restituzione può giustificare, agli occhi della Corte, la surrogazione del diritto dominicale con l'integrale risarcimento del danno pari al valore venale del bene.

Ciò che confortava l'intendimento di chi profilava l'incompatibilità della tutela apprestata a Strasburgo con quanto fin qui ritenuto dalla Corte di Cassazione che, in tema di occupazione acquisitiva, aveva fatto derivare l'acquisto della proprietà come conseguenza dell'irreversibile trasformazione del suolo.

I principi professati dalla Corte risultavano, così, distonici rispetto al diritto vivente, alla stregua del quale, almeno per i fatti di occupazione acquisitiva,

l'obbligo della *restitutio in integrum* si attua imponendo all'autore del danno di rimettere il patrimonio del danneggiato nello stato in cui si sarebbe venuto a trovare qualora il fatto colposo non si fosse verificato e dunque escludendo il diritto alla restituzione.

##### **5. *L'istituto sanante nel nuovo art. 42 – bis del Testo Unico Espropri.***

Occorre ora brevemente ripercorrere l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale resa dal Tar Campania 9 ottobre 2008 - sez. Napoli - in ordine all'art. 43 T.U.E. riflettendosi tale analisi sull'art. 42 *bis* adottato dal legislatore dopo la caducazione dell'art. 43 ad opera di Corte cost. n. 293/2010.

Il giudice campano aveva per un verso ipotizzato che l'interpretazione della disposizione appena ricordata espressa dalle Corti amministrative - *ex plurimis* Cons. Stato, Ad. Plen. n. 2/2005, - nel consentire che l'atto di acquisizione sanante intervenga successivamente alla declaratoria giurisdizionale di restituzione dell'area - anche se irreversibilmente trasformata - al legittimo proprietario in dipendenza dell'accertata illegittimità della procedura ablatoria, avrebbe finito con l'intaccare l'intangibilità del giudicato, vulnerando uno dei principi fondamentali dell'ordinamento, scolpito dall'art. 2909 c.c.

D'altro lato, dubbi venivano espressi in ordine alla concreta utilizzazione che le Amministrazioni avevano fatto dell'art. 43, facendolo assurgere a momento "ordinario" dell'azione amministrativa concernente l'acquisizione al patrimonio pubblico di aree destinate alla realizzazione di opere di pubblica utilità, in tal modo stravolgendo il sistema fissato in via generale dallo stesso testo unico e dunque legittimando operazioni elusive degli obblighi procedurali dell'instaurazione del contraddittorio.

Non mancavano, ancora, riferimenti espliciti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che avrebbe individuato nello strumento introdotto nel testo unico il rischio di operazione arbitrarie in danno del proprietario sostanzialmente sovrapponibili a quelle che avevano caratterizzato la stagione giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva - e di quella usurpativa -.

Quanto al par. 8 dell'ordinanza di rimessione, esso era stato invece dedicato ai possibili vizi dell'art. 43 per eccesso di delega e dunque al contrasto della

disposizione con l'art. 76 Cost. per violazione dei principi guida fissati nella legge delega n. 59/1999.

Così riassunti i termini dell'ordinanza di rimessione, i primi due profili non ci sembrarono fondarsi su argomentazioni idonee a sostenere l'incostituzionalità della disposizione "incriminata".

La Corte costituzionale italiana ha infatti ripetutamente affermato che le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali - Corte cost. 2003 n. 301 -.

Principio ulteriormente chiarito quando si è riconosciuto che eventuali residue incertezze di lettura sono destinate a dissolversi una volta che si sia adottato, quale canone ermeneutico preminente, il principio di supremazia costituzionale che impone all'interprete di optare, fra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che rende la disposizione conforme a Costituzione<sup>173</sup>.

In modo ancora più chiaro, è stato poi sottolineato da Corte cost. n. 190/2000 che l'interpretazione conforme a Costituzione deve essere privilegiata per evitare il vizio di incostituzionalità della norma interpretata.

Se dunque il giudice è abilitato a sollevare la questione di legittimità costituzionale solo dopo avere accertato che è impossibile seguire un'interpretazione costituzionalmente corretta, ne sarebbe conseguita l'inammissibilità delle questioni che non si danno carico di chiarire se sia possibile offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata dalla norma.

In altri termini, nulla avrebbe impedito al giudice remittente di considerare l'illegittimità dell'atto di acquisizione sanante adottato dall'amministrazione nel corso del giudizio di ottemperanza come richiesto dai ricorrenti nel secondo ricorso, proprio per le ragioni esposte a sostegno del lamentato vizio di costituzionalità.

Senza che ciò imponesse una declaratoria generale d'incostituzionalità della norma. Del resto, il rischio di reiterazione di un atto illegittimo all'infinito prospettato dal giudice remittente non sembrava essere causa giustificativa della

---

<sup>173</sup> Corte cost. n. 198/2003: la questione è dichiarata inammissibile (o manifestamente inammissibile) qualora il giudice rimettente non abbia tentato l'interpretazione conforme (Corte cost. n. 279/2003), anche se si sia richiamato a un diritto vivente contrario, dal quale abbia ritenuto di non poter prescindere (Corte cost. n. 229/2003), tanto più quando un'interpretazione idonea a fugare il dubbio di costituzionalità fosse rintracciabile nella giurisprudenza (Corte cost. 2003 n. 348), specie in quella della Cassazione (Corte cost. nn. 19, 107, 244/2003).



caducazione della norma, se appunto si muoveva dal presupposto che l'utilizzo di tale strumento da parte dell'Amministrazione sia scorretto - come pare ritenere lo stesso giudice remittente -.

Ed analoghe considerazioni ci sembrarono dovere valere in ordine al lamentato vizio concernente l'uso "a cuor leggero" che le amministrazioni avrebbero fatto dell'art. 43, ancora una volta potendo il giudicante uniformarsi alle letture *secundum constitutionem* che pure erano state ipotizzate all'indomani del varo dell'art. 43 T.U.E. proprio per ovviare a risultati interpretativi astrattamente consentiti dall'ampia formula letterale utilizzata nella redazione della disposizione appena evocata.

Quanto alla questione della compatibilità dell'art. 43 con la CEDU, il giudice remittente si è come detto orientato a richiamare le pronunzie della Corte dei diritti umani che avrebbero affermato il contrasto della disposizione con l'art. 1 Prot. n. 1 annesso alla CEDU.

Tale conclusione sembrava evocare quanto più volte affermato, *incidenter tantum*, dalla Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite - Cass. S.U. 26732 del 19 dicembre 2007, e Cass. 20543/2008, - secondo la quale l'art. 43 *cit.*, nel precludere la restituzione di un bene occupato in assoluta via di fatto, mal si concilia con i principi di cui all'art. 1, all. 1, alla CEDU, come la stessa Corte di Strasburgo non ha mancato di sottolineare (Corte europea dei diritti dell'uomo 17 maggio 2005, SCORDINO C. ITALIA).

Proprio tali elementi, per il giudice di legittimità, erano apparsi tali da indurre a qualche dubbio di legittimità costituzionale del nuovo istituto, alla luce della riconosciuta natura delle disposizioni della CEDU, come norme interposte nel sindacato di legittimità (sentenza n. 348 del 2007).

E tuttavia, già osservammo che siffatto prospettato vizio non trovava, all'epoca dell'ordinanza di rimessione, solida conferma nella giurisprudenza di Strasburgo che non si era mai occupata *ex professo* dell'art. 43 t.u. espropriazione, semmai affrontando in termini generali le difese del Governo italiano che, all'interno di procedimento ove erano in discussione vicende sussumibili nell'alveo dell'occupazione acquisitiva o usurpativa, non era condizionato dall'applicazione concreta dell'atto di acquisizione sanante per paralizzare il diritto dominicale del

proprietario.

Se era dunque indiscutibilmente corretto l'assunto di partenza del giudice remittente, alla stregua del quale l'ordinamento interno deve conformarsi alla CEDU ed al diritto vivente che promana dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, meno convincente sembrava la conclusione dell'ordinanza di rimessione, correlata ad un'accertata violazione - da parte dell'art. 43 *cit.*, - dei parametri convenzionali.

Sembrava, del resto, problematica un'accelerazione della Corte costituzionale sul punto tale da giungere alla caducazione interna della norma sulla base di un *obiter dictum* del giudice di Strasburgo.

Del resto, è appena il caso di rammentare che nell'ipotetico sindacato di conformità della norma nazionale ai parametri CEDU – fin qui mai compiuto - la Corte di Strasburgo, ove fosse stata chiamata a scrutinare tale norma non avrebbe certo ommesso di considerare il complessivo impianto normativo introdotto dall'art. 43, le motivazioni che lo avevano originato, la tipologia di tutela (risarcitoria) offerta al proprietario tanto nella fase procedimentale che in quella “sostanziale” e, soprattutto, l'interpretazione che della norma avevano dato i giudici chiamati ad applicarla - ed in questo senso particolarmente rilevante risultava proprio la Risoluzione del Comitato dei Ministri che pure il rimettente evocava, nell'ambito della quale non si è mancato di sottolineare anche tale ultimo aspetto -.

Restava poi la spinosa questione di rito relativa alla conformità dell'art. 43 *cit.*, ai paletti fissati dal legislatore delegante al Governo che ha poi varato il T.U.E. in seno alla legge n. 50/1999.

Appariva in ogni caso evidente che la Corte delle leggi fosse stata finalmente chiamata ad affrontare uno dei temi che più avevano arrovellato gli interpreti a partire dal varo del T.U.E. e sul quale, peraltro, erano stati prospettati ulteriori vizi di costituzionalità con riguardo all'equiparazione dei fatti di occupazione acquisitiva a quelli c.d. usurpativi - privi a monte di valida dichiarazione di p.u. - ed ancora in ordine alle modalità operative della c.d. acquisizione sanante giudiziaria disciplinata dal comma 3 dell'art. 43 T.U.E.<sup>174</sup>

---

<sup>174</sup> La “caduta” dell'art.43 t.u. espropriazione per eccesso di delega certificata da Corte cost. n. 293/20104, sulla base di coordinate ha fatto nascere il sospetto, esaminando la motivazione della sentenza, che il giudice delle leggi abbia sfruttato l'occasione per “lanciare” al legislatore alcuni moniti in ordine alla futura riproposizione della medesima disposizione con le forme della legge ordinaria. In questa prospettiva la Corte costituzionale, oltre a sottolineare il superamento dei limiti fissati dalla legge delega realizzato attraverso

L'art. 42–bis t.u. espropriazione introdotto dall'art. 34 del d.l. 6 luglio 2011 n. 98 convertito dalla l. n. 111/2011<sup>175</sup> ha riprodotto, con talune rilevanti modifiche,

l'introduzione di un "novum" che si discostava definitivamente dalle linee giurisprudenziali fino a quel momento fissate, non mancava di sottolineare che la scelta di campo operata dal legislatore delegato, azzerando le differenze fra gli effetti prodotti dalle occupazioni appropriate e da quelle usurpative, prevedendo una forma generalizzata di sanatoria - peraltro con efficacia retroattiva - e determinando una generale sanatoria delle condotte illecite fra loro disomogenee, introducendo l'acquisizione per il diritto di servitù e discostandosi profondamente dalle coordinate fissate "dalla giurisprudenza di legittimità" in punto di momento dal quale determinare il trasferimento della proprietà, non si era per nulla attenuto alle coordinate fissate dalla legge delega.

Nè il riferimento alla necessità di uniformarsi alla giurisprudenza CEDU resa in materia di espropriazione indiretta poteva giustificare l'introduzione dell'art. 43, non tanto per la mancata indicazione, all'interno dei criteri direttivi di cui al più volte citato art. 7 della legge n. 50 del 1999 di tale giustificazione, quanto per fatti correlati al contenuto "intrinseco" dell'art. 43 che non era sufficiente di per sé a risolvere il grave *vulnus* al principio di legalità acclarato dalla Corte dei diritti dell'Uomo.

Il giudice delle leggi, pur chiarendo che non era la sede per sciogliere il "legittimo dubbio quanto all'idoneità della scelta realizzata con la norma di garantire il rispetto dei principi della CEDU", non mancava di ricordare che il legislatore avrebbe potuto conseguire l'obiettivo di garantire il rispetto dei principi fissati dalla CEDU disciplinando in modi diversi la materia, ed anche espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei.

E neppure è mancato da parte del giudice costituzionale il richiamo alla Corte di Strasburgo, la quale, infatti, sia pure incidentalmente, ha precisato che l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da "azioni illegali", e ciò sia allorché essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge - con espresso riferimento all'articolo 43 del t.u. qui censurato -, in quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo "buona e debita forma". La posizione espressa dalla Corte costituzionale sembrava così integrare un invito non tanto celato al legislatore a rivedere le coordinate di base dell'istituto dell'acquisizione sanante introdotto dall'art. 43. Critiche, peraltro, solo in parte persuasive, né tutte rispondenti alla genesi del fenomeno delle espropriazioni indirette. È nel vero, sicuramente, il giudice costituzionale allorché si mostra persuaso del fatto che un intervento legislativo per riportare il sistema sui binari della legalità è ineludibile, fino al punto di riconoscere al legislatore la possibilità di elidere per legge l'istituto dell'occupazione acquisitiva, in armonia con altre legislazioni. Tale passaggio sembra costituire la dimostrazione più chiara che il sistema dell'occupazione acquisitiva non può trovare tutela nel sistema a meno di perpetuare ulteriori violazioni del parametro convenzionale. Meno persuasivo, per converso, risulta il riferimento generalizzato alla contrarietà dell'art. 43 alla giurisprudenza della CEDU. E non perché tale operazione fosse preclusa al giudice costituzionale che, anzi, così facendo, mostra in modo esemplare quale sia - allo stato il ruolo del giudice interno nel sistema di protezione dei diritti fondamentali. Le perplessità riguardano, semmai, la valorizzazione di precedenti della Corte europea che, come già ci è capitato di evidenziare, non avevano riguardato l'istituto dell'acquisizione sanante introdotto con l'art. 43 1° comma T.U.E., piuttosto soffermandosi sul potere conferito al giudice (amministrativo) di impedire la restituzione del bene in caso di richiesta di esclusione della restituzione da parte del soggetto a tanto legittimato (comma 3 art. 43). Né è apparso pienamente esaustivo il riferimento alla giurisprudenza di legittimità per delineare le coordinate dell'occupazione acquisitiva ed usurpativa quasi che debba iscriversi "solo" a quella giurisdizione la paternità dei due istituti, se si pensa all' ruolo secondario giocato dalla giurisprudenza costituzionale, che aveva pienamente giustificato quell'operato giurisprudenziale - cfr. Corte. cost. Nn. 185/1995, n. 369/1996; 191/2006; 204/2004 -.

<sup>175</sup> L'art. 34 d.l. 6 luglio 2011 n. 98 conv. nella l. 111/2011 ha introdotto l'art. 42 bis (Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico) così recita: "1. Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene. 2. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti di cui al primo periodo del presente comma, se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira. In tali casi, le somme eventualmente già erogate al proprietario a titolo di indennizzo, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo. 3. Salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale di cui al comma 1 è determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle espropria disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7. Per il periodo di occupazione senza titolo è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma 4. Il provvedimento di acquisizione, recante l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio, è specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione; nell'atto è liquidato l'indennizzo di cui al comma 1 e ne è disposto il pagamento entro il termine di trenta giorni. L'atto è notificato al proprietario e comporta il passaggio del diritto di proprietà sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute ai sensi del comma 1, ovvero del loro deposito effettuato ai sensi dell'articolo 20, comma 14; è soggetto a trascrizione presso la conservatoria dei registri immobiliari a cura dell'amministrazione procedente ed è trasmesso in copia all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2. 5. Se le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 4 sono applicate quando un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata, ovvero quando si tratta di terreno destinato a essere attribuito per finalità di interesse pubblico in uso speciale a soggetti privati, il provvedimento è di competenza dell'autorità che ha occupato il terreno e la liquidazione forfetaria dell'indennizzo per il pregiudizio non patrimoniale è pari al venti per cento del valore venale del bene. 6. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando è imposta una servitù e il bene continua a essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale; in tal caso l'autorità amministrativa, con oneri a carico dei soggetti beneficiari, può procedere all'eventuale acquisizione del diritto di servitù al patrimonio dei soggetti, privati o pubblici, titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze o che svolgono servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua o energia. 7. L'autorità che emana il provvedimento di acquisizione di cui al presente articolo ne dà comunicazione, entro trenta giorni, alla Corte dei conti mediante trasmissione di copia integrale. 8. Le disposizioni del presente articolo trovano altresì applicazione ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato, ma deve essere comunque

l'art. 43 dichiarato incostituzionale, per ragioni collegate all'eccesso di delega, da Corte cost. n. 293/2010.

È proprio l'esame della disposizione<sup>8</sup> che, per un verso, mostra come sia in corso un crescente ed ormai ineludibile confronto fra le Autorità nazionali ed il diritto vivente sul tema della tutela del diritto di proprietà.

La riproposizione del meccanismo della procedura espropriativa sanante nei suoi tratti essenziali già descritti con l'art. 43 T.U.E. non elide alcuni interrogativi di base che pure la dottrina, nei primi commenti a caldo, ha continuato a sottolineare.

Sul versante della verifica di convenzionalità della disposizione appena evocata rispetto ai canoni CEDU, sembra necessario sottolineare che la stessa, per un verso, elide i dubbi sollevati in ordine al 3° comma dell'art. 43 ed al meccanismo che consentiva all'amministrazione di chiedere al giudice amministrativo la condanna al risarcimento del danno con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo qualora fosse impugnato uno dei provvedimenti indicati nei commi 1 e 2.

Si tratta, a ben considerare, di una scelta saggia, che il legislatore sembra avere operato non solo in ossequio alle accuse mosse dalla giurisprudenza di Strasburgo della quale si è già dato conto - sent. SCIARROTTA C. ITALIA 12 gennaio 2006 - ma più in generale al senso di profonda ingiustizia che detto comma evocava in pregiudizio del proprietario. La precisazione che l'atto di acquisizione è destinato a non operare retroattivamente sembra, in apparenza, costituire una risposta ad uno dei rilievi espressi dalla Corte costituzionale incidente sul regime transitorio; tale prospettiva, tuttavia trova nel comma 8 dello stesso art. 42 bis un potente antidoto, rendendo chiaro che la retroattività di cui parla il primo comma dell'art. 42 bis fa riferimento all'epoca alla quale si deve ritenere operante il provvedimento di acquisizione - escludendosi in altri termini gli effetti *ex tunc* risalenti all'irreversibile trasformazione - e restando invece confermata dal legislatore la possibilità di utilizzare il provvedimento *ex tunc*, anche "ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato".

Il legislatore ordinario ha quindi reiterato il meccanismo sanante, agganciandolo

---

*rinnovata la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione; in tal caso, le somme già erogate al proprietario, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo.*"

questa volta ad una valutazione amministrativa più stringente rispetto a quella espressa dall'art. 43, dovendosi valutare le “attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico”, comparandole con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione. Formula, quest'ultima, che appare ridondante e che, in ogni caso, nulla aggiunge al diritto vivente formatosi sull'art.43 T.U.E. ad opera del Consiglio di Stato e sulla quale occorrerà comunque soffermarsi tra poco.

Come merita attenzione il possibile *vulnus* rappresentato dall'accostamento delle ipotesi di totale assenza - iniziale o sopravvenuta per effetto dell'annullamento del provvedimento di vincolo preordinato ad esproprio - della dichiarazione di p.u. a quelle di occupazione assistita da valida dichiarazione di p.u., soprattutto ai fini della quantificazione del valore del bene, per le stesse ragioni già rassegnate esaminando l'art. 43 T.U.E.

Resta solo da aggiungere che l'art. 42–*bis* si è dato carico di regolare gli effetti prodottisi in ragione di un'eventuale pregressa adozione del provvedimento di acquisizione sanante reso nel vigore dell'art. 43 T.U.E. o di altro provvedimento ablatorio caducato, inoltre prevedendo che la liquidazione dell'indennizzo spettante al proprietario mediante pagamento avvenga entro il termine di trenta giorni dall'emanazione dell'atto che, previa notifica, comporta il passaggio del diritto di proprietà sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute ai sensi del comma 1, ovvero del loro deposito effettuato ai sensi dell'articolo 20, comma 14.

Poco v'è da dire, infine, sulla possibilità che l'art. 42 *bis* operi anche per le servitù, visto che la previsione è palesemente distonica, come già lo era l'art. 43 T.U.E., rispetto alla granitica giurisprudenza di legittimità che aveva escluso la possibilità di costituzione di tale diritto reale minore per effetto della condotta di asservimento illecita, mentre merita un cenno l'introduzione, all'ultimo comma dell'art. 42–*bis*, dell'obbligo di chi adotta l'atto di trasmetterlo alla Corte dei Conti.

Tale disposizione, in effetti, sembra volere contribuire a controbilanciare l'azione amministrativa volta all'adozione del provvedimento di acquisizione, costituendo misura dissuasiva destinata a marginalizzare l'uso dello strumento da parte di chi coloro che potrebbero rispondere del danno erariale; ipotesi,

quest'ultima tutta da verificare in concreto per effetto del parametro della colpa grave che, ad essere concreti, difficilmente potrà riscontrarsi nei confronti degli amministratori per effetto di un quadro normativo e giurisprudenziale assai frastagliato sviluppatosi nel corso degli ultimi lustri.

### **5.1 Il principio di legalità nell'art. 42-bis T.U.E.**

Rispetto alla scelta legislativa operata con l'art. 42-bis, potrebbero permanere delle perplessità rispetto alla compatibilità costituzionale di una previsione normativa che, analogamente a quanto aveva fatto l'art. 43 T.U.E. muovendo dal carattere illecito dell'agire della p.a. pretenderebbe, attraverso una valutazione *ex post* dell'amministrazione, di paralizzare la posizione dominicale del privato, incisa dall'illecita modificazione del bene, impedendone le garanzie procedurali spettanti al proprietario legittimamente espropriato unitamente alla possibilità di riespansione del diritto.

Sul punto, sembra utile rinviare alle riflessioni già qui espresse a proposito dell'art. 43 T.U.E.

Potrebbe allora sembrare che il messaggio reiterato dal legislatore con l'art. 42-bis ad operatori e pratici sia quello che le valutazioni in ordine alla convenienza dell'opera progettata, alla congruità o meno delle sue caratteristiche strutturali, tipologiche e topografiche, al rispetto delle norme tecniche costruttive dell'opera, alla salvaguardia della incolumità pubblica, alla tutela delle bellezze naturali, artistiche e ambientali eventualmente esistenti possano essere liberamente tralasciate dalla p.a. che intende acquisire un'area per asservirla a scopi di pubblico interesse, una volta che l'indennizzo è parificato a quello previsto per l'ipotesi di espropriazione ritualmente conclusa.

Ora, permane l'interrogativo se sia possibile che la p.a. possa recuperare le fasi procedurali che ontologicamente avrebbero dovuto precedere la realizzazione dell'opera attraverso un'attività di sanatoria che passa attraverso l'ammissione di un'attività illecita perpetrata in danno del privato e che, secondo l'art. 42-bis T.U.E. può addirittura coprire - come già aveva fatto l'art. 43 - le ipotesi di occupazione non precedute da dichiarazione di p.u. - o segnate da una dichiarazione di p.u. annullata *ex tunc* o dall'assenza dell'atto da cui sorge il vincolo preordinato

all'esproprio - depurando l'illecito al punto da fare nascere da questo un acquisto della proprietà legittimo.

L'art. 42-*bis* avrebbe così pericolosamente omesso di considerare che nei procedimenti disciplinati dall'intero Testo Unico la p.a. deve ispirarsi, secondo quanto sancisce l'art. 2, comma 2 dello stesso T.U.E. - che *in parte qua* mutua appunto i canoni scolpiti dall'art. 2 della legge n. 241/1990 - ai principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Rimarrebbe, in definitiva, anche per l'art. 42-*bis*, il *punctum crucis* rappresentato dal potere di sanatoria che nelle intenzioni del legislatore sarebbe capace di purificare la condotta manipolativa della p.a., sia essa o meno assistita da dichiarazione di p.u. e che agli occhi della Corte costituzionale non sembra apparire risolutivo per riportare l'ordinamento interno sui binari di legalità fissati dalla Corte europea di Strasburgo, se è vero che Corte cost. n. 293/2010 non aveva mancato di affermare che ben avrebbe potuto il legislatore espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei.

L'equiparazione operata dall'art. 42-*bis*, nel senso che il provvedimento di acquisizione può essere utilmente sperimentato in entrambe le ipotesi, nasce dalla circostanza che secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato l'istituto dell'occupazione acquisitiva, per effetto della giurisprudenza CtEDU, non ha più campo nell'ordinamento interno, tanto da far sorgere l'obbligo dell'amministrazione alla restituzione del fondo<sup>176</sup>.

Tale prospettiva legislativa non è per converso in alcun modo condivisa dalla giurisprudenza di legittimità<sup>177</sup> e, par di capire, dalla stessa Corte costituzionale, stando al tenore della sentenza n. 293/2010 appena evocata.

---

<sup>176</sup> Cfr., da ultimo, Cons. Stato, 2 settembre 2011 n. 4970, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>177</sup> Anzi, colpisce la recente pronuncia resa dalle Sezioni Unite della Cassazione civile che sembra totalmente disinteressarsi dei "cataclismi" prodotti sull'istituto dell'occupazione acquisitiva di cui si discute a partire dall'anno 2000 per effetto delle pronunzie della Corte dei diritti umani, fino al punto da ignorarli completamente - v. Cass. S.U., n. 11963/2011: "... alla luce dei consolidati principi vigenti in materia, l'affermata irreversibile (parziale) trasformazione del fondo abbia determinato l'acquisto della proprietà del bene (nei limiti della parte trasformata) da parte della Pubblica Amministrazione che aveva dato corso al processo espropriativo. Peraltro da detta premessa non discende automaticamente (come ha viceversa ritenuto il Tribunale Superiore delle Acque) il rigetto della domanda restitutoria a suo tempo formulata dalla ricorrente. Ed infatti la Falivene, invocando la restituzione del bene oggetto del procedimento espropriativo, ha sostanzialmente esercitato, nella sua qualità di danneggiato, la richiesta di reintegrazione in forma specifica del pregiudizio subito, con ciò esercitando il diritto riconosciuto dall'art. 2058 c.c., comma 1. È ben vero che in tali ipotesi (quelle cioè in cui, a seguito di dichiarazione di pubblica utilità, sia intervenuta l'irreversibile trasformazione del fondo) l'eventuale domanda di risarcimento in forma specifica formulata dal proprietario del terreno interessato è ordinariamente destinata ad un esito negativo, dovendo trovare prioritario soddisfacimento l'interesse posto a base della realizzazione dell'opera pubblica. - Conf. Cass. n. 556 del 15 gennaio 2010. -"

E ciò sulla base di un ragionamento, non espresso, che porterebbe a ritenere ormai risolti i problemi di “legalità” ripetutamente posti dal giudice europeo per il solo fatto che il proprietario, illecitamente defraudato, gode del valore venale del bene.

La Corte costituzionale aveva, in passato, espressamente riconosciuto che la dichiarazione di pubblica utilità e la fissazione dei termini ivi previsti dall’art. 13 della legge 25 giugno 1865, n. 2359 - ora profondamente modificato dall’art. 13 T.U.E. - costituiscono regole indefettibili per ogni forma di procedimento espropriativo.

Sarebbe quindi estremamente complicato giustificare l’equiparazione delle ipotesi dell’occupazione appropriativa ai fatti meramente usurpativi ai fini dell’operatività del meccanismo di acquisizione introdotto dall’art. 42–bis.

Sul punto, è sufficiente ricordare che Corte cost. n. 148/1999 ritenne inammissibile una delle ordinanze di rimessione relative all’art. 3, comma 65, legge n. 662/1996 sotto il profilo che la fattispecie sarebbe palesemente non inscrivibile tra le occupazioni appropriate, atteso il pacifico intervenuto annullamento in sede giurisdizionale della dichiarazione di pubblica utilità poiché secondo un indirizzo giurisprudenziale (Cass., Sez. I, 16 luglio 1997, n. 6515), condiviso dalla Corte, le norme sul risarcimento in caso di occupazione appropriativa si applicano alle sole occupazioni illegittime dei suoli per causa di pubblica utilità, per cui in mancanza di valida dichiarazione di pubblica utilità (cui viene equiparata la dichiarazione annullata perché illegittima) si è al di fuori delle ipotesi contemplate per il risarcimento dalla norma denunciata.

Ciò la Consulta fece muovendo dal presupposto, ribadito nella successiva sentenza n. 24/2000, che la disciplina introdotta dall’art. 3, comma 65, legge n. 662/1996 era applicabile nei soli casi di “*occupazioni illegittime dei suoli per causa di pubblica utilità*” e non estensibile all’ipotesi in cui fosse mancata una “*valida dichiarazione di pubblica utilità (cui viene equiparata la dichiarazione annullata perché illegittima)*” per la quale non era revocabile in dubbio la possibilità del privato di azionare la tutela reale.

Ed allora, l’eliminazione della tutela dominicale reale anche per i fatti usurpativi potrebbe rappresentare un insostenibile sacrificio per il fondo



abusivamente utilizzato dalla p.a. se la stessa si disegna come modello di acquisizione del bene alla mano pubblica, addirittura realizzando l'effetto traslativo in maniera decisamente più cruenta rispetto alle ipotesi che la giurisprudenza di legittimità riconosceva essere capaci di determinare l'effetto estintivo acquisitivo in caso di assenza di valida dichiarazione di p.u. - rinuncia abdicativa del proprietario.

L'analisi dell'art. 42-*bis* non può tuttavia prescindere da una verifica che prenda a parametro della legittimità dell'operato legislativo non solo i canoni costituzionali, ma anche i precetti cui lo Stato italiano, aderendo alla Convenzione sui diritti dell'Uomo in qualità di membro della comunità internazionale, deve necessariamente uniformarsi a qualsiasi livello - giurisprudenziale o legislativo che dir si voglia - esso operi.

In effetti, la Corte di Strasburgo ha già ritenuto che spetta alla discrezionalità del legislatore nazionale il compito di indicare i connotati dell'utilità pubblica e dell'interesse generale, pur rilevando che la disciplina positiva deve essere provvista di base "ragionevole".

Anzi, recentemente quel Giudice ha avuto modo di ribadire che le autorità nazionali sono, in linea di principio, meglio in grado del giudice internazionale di determinare quello che è di "pubblica utilità", ricordando non solo che tale ultima espressione, contenuta nella seconda previsione enunciata dall'art. 1 del Prot. n. 1 alla CEDU "è una nozione di per sé molto ampia", ma anche specificando che l'adozione di norme sulla privazione della proprietà implica ordinariamente l'esame di questioni politiche, economiche e sociali rispetto alle quali il legislatore dispone "di grande libertà" che la stessa Corte dei diritti dell'uomo è tenuta a rispettare salvo se le sue determinazioni si rivelino manifestamente prive di ragionevolezza.

Ma per verificare la "legalità convenzionale" dell'art. 42-*bis* bisogna individuare con precisione il concetto di "legalità" focalizzato dalla Corte europea rispetto alle vicende delle espropriazioni indirette italiane.

Orbene, la giurisprudenza di Strasburgo ha professato un principio unico di legalità "europea", nel quale fare convivere i paesi di *common law* con quelli di *civil law*. In tale contesto il termine "previsto dalla legge" non si limita a rinviare al diritto interno, ma riguarda anche la qualità della legge.

Il che significa, secondo la Corte di Strasburgo, che la legge, per essere tale,

deve essere accessibile al cittadino, formulata con sufficiente precisione e di natura tale per cui quel cittadino, sulla base di appropriati consigli, sia in grado di prevedere in misura ragionevole le conseguenze che potrebbero derivare da un determinato atto<sup>178</sup>.

In questo senso, la giurisprudenza della Corte dei diritti umani ha riconosciuto la preminenza del diritto.

Se sono vere le superiori premesse, non potrebbe risultare peregrino che la c.d. “utilizzo senza titolo” riprodotta dall’art. 42–bis intende cancellare i dubbi prospettati sotto il profilo del rispetto del principio di legalità, in quanto disciplina positivamente dettata che aggancia il trasferimento del bene ad un provvedimento amministrativo dell’amministrazione, sgravando il proprietario dall’azione individuale volta ad elidere la situazione illegale<sup>179</sup>.

E poco importa che tale disciplina sia foriera di questioni e problemi di non minore spessore di quelli suscitati dall’*affaire* occupazione appropriativa. Si tratta, infatti, di una disposizione precettiva avente il rango di legge ordinaria rispetto alla quale, all’atto della sua entrata in vigore, l’autorità giudiziaria chiamata ad applicarla potrà sperimentare i rimedi volti a valutarne la compatibilità costituzionale o comunque a sottoporre il tracciato normativo a quell’opera interpretativa che costituisce l’in sé dell’attività giurisdizionale e che, sola, consente di individuare il precetto che c’è in ogni norma.

Anche se rispetto a tale visione il contenuto discrezionale riservato all’amministrazione circa l’an e l’eccezionalità che al provvedimento si è inteso attribuire finirebbero col muoversi in controtendenza rispetto a tale esigenza di

---

<sup>178</sup> V. § 66 sent. MALONE, “The expressions in question were, however, also taken to include requirements over and above compliance with the domestic law. Two of these requirements were explained in the following terms: “Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as ‘law’ unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able—if need be with appropriate advice—to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.” (Sunday Times judgment, p. 31, par. 49; Silver and Others judgment, p. 33, par. 87 and 88”.

<sup>179</sup> V., infatti, di recente, ancora Corte dir. uomo, 27 maggio 2010, SARICA E DILAVER C. TURCHIA, in cui si insiste sui connotati dell’espropriazione di fatto e sulla circostanza che il proprietario è chiamato ad affrontare dei costi giudiziari per ottenere la tutela della proprietà: “. . . 43. Dans ce contexte, la Cour observe d’abord que la pratique de l’expropriation de fait permet à l’administration d’occuper un bien immobilier et d’en transformer irréversiblement la destination, de telle sorte qu’il soit finalement considéré comme acquis au patrimoine public sans qu’il y ait eu le moindre acte formel et déclaratoire du transfert de propriété. En l’absence d’un tel acte, le seul élément qui permette de légitimer le transfert du bien occupé et de garantir rétroactivement une certaine sécurité juridique est le jugement du tribunal saisi qui ordonne le transfert de propriété après avoir constaté l’illégalité de l’occupation dénoncée et alloué aux demandeurs des dommages et intérêts, dits “indemnité d’expropriation de fait”. Cette pratique a pour effet de contraindre les intéressés — qui demeurent formellement propriétaires de leurs biens sur le plan juridique — à ester en justice contre l’administration qui, jusqu’alors, n’a jamais eu à justifier son acte par un quelconque motif d’utilité publique puisque la réalité d’un tel motif ne peut faire l’objet que d’une appréciation a posteriori par les tribunaux. Autrement dit, le constat d’une expropriation de fait tend dans tous les cas à entériner juridiquement une situation irrégulière volontairement créée par l’administration et à permettre à celle-ci de tirer bénéfice de son comportement illegal”.

certezza, lasciando i proprietari in una situazione d'incertezza tutte le volte in cui l'amministrazione abbia ritenuto di non adottare simile provvedimento, facendo tornare lo spettro rappresentato dai problemi sorti in epoca antecedente alle sentenze del maggio 2000 rese dalla CtEDU.

Non è detto, allora, che il meccanismo "legalizzato" dal legislatore, riconnesso ad un atto amministrativo dal quale sia possibile, volta per volta, inferire l'esistenza di un interesse pubblico dell'opera realizzata, debba suscitare nei giudici europei la reazione che invece diede il là alle sentenze BELVEDERE ALBERGHIERA E CARBONARA E VENTURA.

Ciò è ancor più vero se si considera che i parametri certi che occorre utilizzare per valutare la conformità dell'art. 42-bis all'art. 1 del primo Protocollo alla CEDU sono, come si è visto, anche quelli dell'accessibilità e precisione delle norme di diritto interno.

Sotto tale profilo l'intervento legislativo apparirebbe dotato, come lo era l'art. 43, di una portata razionalizzante e per di più in linea con il principio della proporzionalità dell'ingerenza che la Corte di Strasburgo ha più volte richiamato proprio a proposito delle limitazioni al diritto dominicale.

Questo, del resto, era stato il giudizio espresso dal Comitato dei Ministri nel febbraio 2007 sull'art. 43 T.U.E. con la Risoluzione più volte ricordata, cogliendo in tale disposizione uno sforzo costruttivo dell'ordinamento interno verso la soluzione definitiva del problema espropriazioni indirette, per di più approfondito con il riconoscimento del valore pieno del bene al momento dell'adozione del provvedimento e di un danno non patrimoniale che, al di là delle questioni che saranno esposte, rappresenta un ulteriore riconoscimento di una posta patrimoniale in favore del proprietario colpito da un atto originariamente illegale, in piena sintonia con le pronunzie della CtEDU.

E proprio le considerazioni appena sopra espresse a proposito della sentenza GUISSO GALLISAY potrebbero inequivocabilmente dimostrare che l'attivazione di meccanismi di adeguamento del sistema interno alla CEDU siano visti con estremo favore e, potremmo dire, con comprensione, dalla Corte di Strasburgo.

Ciò per la consapevolezza, radicata nella giurisprudenza di Strasburgo, che sono lo Stato italiano e le sue Istituzioni a meglio potere ponderare le misure che

risultino, in relazione al quadro normativo interno, considerato nel suo complesso, rispondenti ai diritti di matrice CEDU.

È forse per tali ragioni che i giudici europei difficilmente potranno reiterare condanne a carico dell'Italia dopo la riedizione di una disposizione normativa che intende ispirarsi, comunque, a canoni di certezza e prevedibilità, pur con tutte le permanenti aporie già evidenziate. Non sarebbe allora possibile concludere, con assoluta certezza, che il meccanismo (re)introdotta dall'art. 42-bis ha caratteristiche "manifestamente illegali" rispetto al diritto interno, avendo l'ordinamento apprestato un sistema di tutela giurisdizionale in favore del proprietario defraudato.

E ciò anche perchè sarebbe difficile spiegare i giudizi positivi espressi dalla stessa Corte europea - Corte dir. Uomo 22 giugno 2006, UCCI C. ITALIA - e nella Risoluzione del febbraio 2007 del Comitato dei Ministri, a favore di Ad. Plen. n. 2/2005 e dell'art. 43 T.U.E.

Del resto, gli esiti imprevedibili ed arbitrari richiamati da Corte cost. n. 293/2010 erano stati dalla CtEDU - sent. SCIARROTTA C. ITALIA 12 gennaio 2006 - ipotizzati prioritariamente, quanto al 3° comma dell'art. 43 T.U.E., con esclusivo riferimento ai casi di assenza di dichiarazione di p.u. Il che lasciava ritenere che il giudizio finale sulla compatibilità dell'art. 43 T.U.E. con le norme della CEDU sarebbe stato ancora di là da venire - ed ormai divenuto impossibile per effetto della caducazione della stessa disposizione -.

Ed anche l'equiparazione fra condotte acquisitive ed usurpative potrebbe, in tale ottica, trovare giustificazione in relazione al sistema indennitario/risarcitorio previsto, destinato a coprire integralmente le voci di danno, pur sacrificando il diritto alla restituzione del bene garantito al proprietario "usurato".

## **6. Conclusioni provvisorie**

Volendo esprimere qualche breve considerazione sulla posizione espressa dalla Corte europea, sembrano emergere delle linee di fondo che solo in parte parevano confidare sulla portata salvifica dell'art. 43 T.U.E.

Tale disposizione, infatti, stando ai suggerimenti espressi dalla Corte, non si dimostrava essere misura idonea ad elidere gli effetti negativi prodotti dall'espropriazione indiretta. In questo senso non si riscontra una piena armonia con

quanto divisato dalla Risoluzione n. 3/2007 del Comitato dei Ministri che, come si è appena sopra osservato, sembrava invece caratterizzata da una visione “quarantatrecentrica”, tutta orientata a valorizzare gli effetti positivi della disposizione introdotta dal nuovo testo unico.

Merita semmai di essere evidenziato che le misure suggerite all’Italia per le ipotesi di espropriazione indiretta dalla CtEDU costituiscono principi ormai radicatisi nella giurisprudenza europea che li ha nuovamente utilizzati anche nei confronti di altri Paesi ove il fenomeno dell’espropriazione di fatto aveva assunto i tratti della violazione sistematica dell’art.1 Prot. n.1 alla CEDU<sup>180</sup>.

V’è tuttavia da dire che la Corte europea, al di là dei suggerimenti, riconosce al Comitato dei Ministri il ruolo di soggetto titolato a verificare, ai sensi dell’art.46, la conformità delle misure generali e singolari disposte dallo Stato in caso di accertata violazione del diritto CEDU. Il che, in definitiva, rende chiaro che la dimensione del controllo è solo in parte giurisdizionale e massimamente “politica”.

In questa prospettiva si comprende, forse, meglio la posizione espressa dal Comitato dei Ministri in seno alla Risoluzione del febbraio 2007 sulla vicenda delle espropriazioni indirette, sicuramente più benevola nei confronti della posizione espressa dal Governo italiano.

L’indagine invece compiuta “a prima lettura” dell’art. 42–bis T.U.E. rende le riflessioni qui svolte sicuramente suscettibili di futuri *revirement*, le stesse semmai risultando utili per un inquadramento di base delle questioni che ruotano attorno a

---

<sup>180</sup> Cfr., da ultimo, Corte dir. uomo 27 maggio 2010 SARICA E DILAVER C.TURCHIA, §56: “... A cet égard, la Cour rappelle qu’aux termes de cette disposition, les Hautes Parties contractantes s’engagent à se conformer aux arrêts définitifs rendus par elle dans les litiges auxquels elles sont parties, le Comité des Ministres étant chargé d’en surveiller l’exécution. Il en découle notamment que, lorsque la Cour constate une violation, l’Etat défendeur a l’obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l’article 41 de la Convention, mais aussi de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à intégrer dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d’en effacer autant que possible les conséquences. L’Etat défendeur demeure libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s’acquitter de son obligation juridique au regard de l’article 46 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l’arrêt de la Cour (SCOZZARI ET GIUNTA C. ITALIE [GC], nos 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII, et BRONIEWSKI C. POLOGNE [GC], no 31443/96, § 192, CEDH 2004 — V). 57. En outre, il résulte de la Convention, et notamment de son article 1, qu’en ratifiant la Convention, les Etats contractants s’engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci (MAESTRI C. ITALIE [GC], no 39748/98, § 47, CEDH 2004-I). 58. Bien qu’en principe, il n’appartienne pas à la Cour de définir quelles peuvent être les mesures de redressement appropriées pour que l’Etat défendeur s’acquitte de ses obligations au regard de l’article 46 de la Convention, eu égard à la situation de caractère structurel qu’elle constate, la Cour observe que des mesures générales au niveau national s’imposent sans aucun doute dans le cadre de l’exécution du présent arrêt, mesures qui doivent prendre en considération les nombreuses personnes touchées. 59. Pour remplir ses obligations au titre de l’article 46 de la Convention, la Cour estime que l’Etat devrait, avant tout, prendre des mesures visant à prévenir toute occupation illégale de biens immobiliers, qu’il s’agisse d’occupation sans titre depuis le début ou d’occupation initialement autorisée et devenue sans titre par la suite. 60. Dans cette optique, il serait concevable de n’autoriser l’occupation de tels biens que lorsqu’il est établi que le projet et les décisions d’expropriation ont été adoptés dans le respect des règles fixées par la loi et qu’ils sont assortis d’une ligne budgétaire apte à garantir une indemnisation rapide et adéquate des intéressés. 61. En outre, l’Etat défendeur devrait décourager les pratiques non conformes aux règles des expropriations en bonne et due forme, en adoptant des dispositions dissuasives et en recherchant le cas échéant, les responsabilités des auteurs de telles pratiques”.

tale disposizione.

Nell'art. 42-*bis*, sembrano convivere istanze razionalizzanti e profili che lasciano tuttora fortemente perplessi. Rappresentazione, quella proposta dall'art. 42-*bis* T.U.E., destinata, per com'è, a perpetuare discussioni ed opinioni contrastanti che non sembrano avere come stella polare la protezione equa e ragionevole del diritto di proprietà illecitamente aggredito.

In questa prospettiva, l'ipotesi caldeggiata di recente in dottrina di elidere radicalmente la possibilità di acquisto sulla base di un comportamento illecito non è priva di fascino, ma anche di ulteriori gravi problemi.

In realtà, la difficoltà di esprimere un giudizio definitivo sull'art.42- *bis* sta tutta nell'individuare i parametri di riferimento sui quali compiere la verifica - di convenzionalità o costituzionalità -.

Ed infatti, se si guarda alla conformità della disposizione con l'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU occorre muovere dall'esame della giurisprudenza della Corte europea che si è susseguita e della Risoluzione del Comitato dei Ministri del febbraio 2007.

Ora, se è vero che la lettura di tale giurisprudenza trova, ancora oggi, opinioni nettamente discordanti, le *guidelines* sopra espresse conducono a ritenere che la finalità primaria che il legislatore italiano avrebbe dovuto seguire per eliminare il ripetersi di violazioni della norma convenzionale era quella di elidere gli effetti di un generalizzato fenomeno che determinava lo spossamento senza indennizzo del proprietario per effetto di un esproprio iniziato illegittimamente e mai definito.

In questa prospettiva veniva chiesta l'adozione di un meccanismo che avesse al contempo valenza dissuasiva rispetto ad ipotesi di violazioni future e che pure consentisse al proprietario di ottenere automaticamente il ristoro del pregiudizio sofferto. Il tutto nell'ambito di un margine di apprezzamento che consentiva all'Italia di operare pur sotto il controllo del Comitato dei Ministri.

Maggiormente benevola sembrava essere la posizione espressa dal Comitato dei Ministri nel febbraio del 2007, come si è detto apertamente orientata verso una visione *quarantrecentrica* del sistema di protezione del proprietario e benevolmente disposta verso l'attuazione che dell'art. 43 aveva dato il giudice amministrativo italiano.

Ora, non è agevole immaginare quale potrà essere la posizione della Corte

europea sull'art. 42–bis, se si considera che sulla stessa peserà sicuramente il giudizio espresso da Corte cost. n. 293/2010 che ha appunto eliso l'art. 43 esprimendo delle indicazioni che certamente non potranno essere tralasciate dal giudice di Strasburgo.

E tuttavia sembra di così dover concludere: a) l'art. 42–bis, replicando il contenuto dell'art. 43 T.U.E. 1° comma, avrebbe dovuto risolvere i problemi emersi innanzi alla giurisprudenza di Strasburgo che, ad eccezione di pochi casi - sent. BELVEDERE ALBERGHIERA - erano tutti sussumibili nello stigma dell'occupazione acquisitiva.

L'adozione di un meccanismo di sanatoria dell'illecita occupazione, esteso non solo ai casi di occupazione sostenuta da valida dichiarazione di p.u., ma anche a quelli radicalmente illeciti è andato oltre le condanne pronunziate dalla giurisprudenza europea che, nell'auspicare la soluzione dei problemi tanti per i casi di usurpativa che di acquisitiva, aveva comunque suggerito il meccanismo della restituzione del bene al proprietario.

Da ciò consegue che il meccanismo di cui all'art. 42–bis esorbita, sotto questo aspetto, dalle finalità e dai suggerimenti indicati dalle istanze sovranazionali e finisce col rappresentare, per le ipotesi di occupazione usurpativa, un arretramento di tutela che si pone in contrasto tanto con la giurisprudenza di Strasburgo (si veda la Sent. SCORDINO) che con la giurisprudenza di legittimità e costituzionale la quale, proprio per l'influsso prodotto dalla giurisprudenza di Strasburgo, era andata escludendo la possibilità di restituire il bene per i casi di occupazione usurpativa<sup>181</sup>;

---

<sup>181</sup> Inizialmente, secondo Cass. n. 15710/2001 “*la tutela reale e cautelare apprestata nei confronti del proprietario usurpato si atteggiava in maniera identica a quella di qualsiasi soggetto dell'ordinamento*”. Si aggiungeva, tuttavia, che la realizzazione di tale tutela “*potrebbe trovare ostacolo soltanto nell'eccessiva onerosità della reintegrazione in forma specifica (art. 2058, 2° comma c.c.), nonché nel pregiudizio arrecato dalla distruzione dell'opera all'economia nazionale (art. 2933, 2° comma c.c.)*”, poi affermando che proprio per queste ragioni era stato coniato il meccanismo dell'occupazione usurpativa con abdicazione del diritto dominicale ormai irrimediabilmente compromesso dall'attività manipolativa. Tale affermazione, già espressa da Cass. S.U. n. 3963/89, veniva ribadita, senza soluzione di continuità, da Cass. S.U. n. 1907/1997 e, più di recente, da Cass. n. 1814/2000, la quale confermava che il fenomeno dell'occupazione usurpativa era conseguenza del fatto che l'ordinamento “*non sembra sancire l'obbligatorietà della reintegrazione in forma specifica*”, aggiungendo che “*è proprio l'impossibilità della restituzione per superiori ragioni di economia pubblica il fondamento della negata riconsegna del bene, nella ricostruzione dell'istituto operata dalla giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 1996, n. 874*”. Tale orientamento si dimostrava estremamente punitivo per il proprietario e manifestamente rivolto a tutelare la parte pubblica, in spregio al pacifico orientamento giurisprudenziale (da ultimo Cass. n. 11734/2003) che impedisce il ricorso all'art. 2058 c.c. in caso di azioni intese a fare valere un diritto reale, tanto da far sorgere più di un dubbio in ordine alla sua conformità con l'ordinamento sovranazionale. Solo di recente la Cassazione Cass. n. 19075/2004, probabilmente spinta dalle sentenze della Corte dei diritti umani, chiamata a decidere una doglianza con la quale la p.a. si doleva della statuizione del giudice di merito che aveva accolto la domanda di restituzione di un fondo in una vicenda sussumibile nell'occupazione usurpativa, ha dichiarato inammissibile la domanda, avanzata per la prima volta in Cassazione, diretta ad ottenere l'applicazione dell'art. 2058 c.c., peraltro aggiungendo che “*tale articolo non trova applicazione nei confronti dei diritti reali, la cui tutela assoluta non può avere ristoro diverso dal ripristino dello stato originario (Cass. civ. 6 luglio 1966 n. 1766)*”. Successivamente, a rendere evidente il *revirement*, hanno contribuito Cass. S.U. 10978/2004, Cass. n. 18239/2005 e Cass. n. 28214/2008. A tali risultati giunge, oggi, la giurisprudenza amministrativa che ha riconosciuto il diritto alla restituzione o comunque ne ha ammesso l'esistenza — cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 29 gennaio 2010, n. 7741; TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 11 gennaio 2011, n. 29; TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 14 gennaio 2011, n. 65; TAR

b) affermare che l'art. 42–bis costituisce un meccanismo realmente dissuasivo rispetto al perpetuarsi di fenomeni di occupazione illecita è estremamente arduo.

Non v'è dubbio, infatti, che esso rappresenta un passo avanti verso la razionalizzazione del sistema, per come si è andato dicendo. Tuttavia l'art. 42–bis sembra delineare un meccanismo alternativo alla procedura ablatoria destinato a perpetuare ulteriori comportamenti illeciti della P.A. Questo non consentirebbe di superare il vaglio di convenzionalità, ancorchè l'accentuazione dei profili risarcitori (o indennitari, per usare l'espressione del legislatore del 2011) a carico di chi si avvale dell'art. 42–bis non sia revocabile in dubbio.

Rimane, in ogni caso, un dubbio di sistema già serpeggiato in precedenza che potrebbe condizionare le sorti dell'istituto di recente fattura, correlato al ruolo ricoperto dall'art. 42–bis rispetto alla precedente giurisprudenza e legislazione.

La Corte europea, a dire il vero, nella sentenza *GUIZO GALLISAY* era partita dal presupposto che l'art. 43 T.U.E. avesse “[...] *sostituito, a partire dalla sua entrata in vigore, tutta quanta la legislazione e la giurisprudenza precedente in materia di espropriazione*”.

Se così dovesse intendersi il nuovo intervento legislativo - che ha sanato il vizio di delega che aveva condotto all'eliminazione dell'art. 43 dal panorama normativo preso in considerazione dal giudice di Strasburgo - da ciò deriverebbero come conseguenze, per un verso, l'eliminazione dal mondo giuridico dell'occupazione acquisitiva - con la riespansione del diritto del titolare del diritto ad ottenere la restituzione del bene o in alternativa il risarcimento pieno<sup>182</sup> - e, probabilmente con il venire meno, della stessa possibilità della c.d. rinuncia abdicativa per i casi di occupazione c.d. usurpativa, ormai resa impossibile dalla previsione normativa che correla il trasferimento del bene alla determinazione amministrativa di cui all'art. 42–bis.

Strada, quest'ultima, che sembra oggi essere percorsa dal giudice

---

Campania, Napoli, Sez. V, 18 gennaio 2011, n. 261; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 1° febbraio 2011, n. 66; TAR Campania, Napoli, Sez. V, 11 febbraio 2011, n. 886; TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 15 marzo 2011, n. 615; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 5 aprile 2011, n. 880; TAR Veneto, Venezia, Sez. I, 21 giugno 2011, n. 1063; TAR Puglia, Bari, Sez. III, 9 luglio 2011, n. 1058 e TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 13 luglio 2011, n. 1040 - V., sul punto, ANTONIOLI M., *L'art. 42–bis d.P.R. 327/2001*.

<sup>182</sup> Ma così non è parso, ancora di recente, a Cons. Stato 2 novembre 2011 n. 5844 che ha invece liquidato il danno da occupazione acquisitiva anche successivamente all'intervento del legislatore del 2011.



amministrativo<sup>183</sup>.

Quanto tale soluzione risulti appagante per le sorti del proprietario è difficile dire, allo stato.

Rimane, tuttavia, la sensazione che l'art. 42–bis, più che recidere il fenomeno delle occupazioni illecite, abbia previsto un meccanismo destinato a sanarle.

Non sembra allora revocabile in dubbio come l'intervento giudiziario, comunque chiamato ad operare in caso di assenza di provvedimento *ex art. 42–bis*, dovrebbe offrire al proprietario quelle nicchie di tutela che la giurisprudenza di Strasburgo è andata progressivamente fissando in favore del proprietario, individuando i profili di maggiore gravità - in termini di conseguenze risarcitorie - per le condotte totalmente sganciate da una procedura ablatoria, rispetto alle quali dovrà essere senza infingimenti garantita una tutela che si muova sul binario restituzione/risarcimento del valore pieno della proprietà.

---

<sup>183</sup> Tar Campania, sez. Salerno, 7 novembre 2011, n. 1762: “osserva tuttavia il Collegio che in nessun caso, neppure a fronte della sopravvenuta irreversibile trasformazione del suolo per effetto della realizzazione dell'opera pubblica e nonostante l'espressa domanda in tal senso di parte ricorrente, è possibile giungere ad una condanna puramente risarcitoria a carico dell'amministrazione, poiché una tale pronuncia postula l'avvenuto trasferimento della proprietà del bene per fatto illecito dalla sfera giuridica del ricorrente, originario proprietario, a quella della P.A. che se ne è illecitamente impossessata: esito, questo (comunque sia ricostruito in diritto: rinuncia abdicativa implicita nella domanda solo risarcitoria, ovvero accessione invertita), vietato dal primo protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. T.A.R. Calabria–Catanzaro, Sez. I, 1 luglio 2010, n. 1418). Donde la necessità di un passaggio intermedio, finalizzato all'acquisto della proprietà del bene da parte dell'ente espropriante (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5830; T.A.R. Campania–Salerno, Sez. II, 14 gennaio 2011, n. 43; T.A.R. Campania–Napoli, Sez. V, 5 giugno 2009, n. 3124). Tale passaggio, allo stato della legislazione vigente, è costituito senz'altro dall'art. 42–bis D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 (utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico), introdotto dall'art. 34 del decreto legge 6 luglio 2011 n. 98” “[...] Ed allora, affinché possa essere soddisfatto l'interesse primario della parte lesa, volto al risarcimento del danno da perdita del bene, deve imporsi all'amministrazione, in persona del dirigente che sarà all'uopo designato dal sindaco, di rinnovare, entro novanta giorni dalla notificazione della presente sentenza a cura dei ricorrenti, la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico all'eventuale acquisizione dei fondi per cui è causa, adottando, all'esito di essa, un provvedimento col quale gli stessi, in tutto od in parte, siano alternativamente: a) acquisiti non retroattivamente al patrimonio indisponibile comunale; b) restituiti in tutto od in parte ai legittimi proprietari, previo ripristino dello stato di fatto esistente al momento dell'apprensione, entro novanta giorni”.

## CAPITOLO QUINTO

### L'INDENNIZZO ESPROPRIATIVO AL VAGLIO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

Sommario: 1. CEDU e danno morale per lesione dell'art. I Prot. 1; 2. Le sentenze di San Martino sul danno morale; 3. Art. 42 *-bis*: le nuove frontiere del Consiglio di Stato (sent. 5844/2011); 4. CEDU e Carta di Nizza sull'indennizzo espropriativo; 5. La sentenza SCORDINO e la riforma del sistema indennitario; 6. La Giurisprudenza CEDU e le ultime dalla Corte Costituzionale sull'indennizzo in materia di fondi agricoli.

#### **1. CEDU e danno morale per lesione dell'art. I Prot. 1.**

Uno degli aspetti marcatamente innovativi dell'art. 42-*bis* del Testo Unico sulle Espropriazioni rispetto all'art. 43 del medesimo documento normativo è rappresentato dall'introduzione, in favore del proprietario destinatario di un provvedimento di acquisizione sanante, di un pregiudizio non patrimoniale liquidato nella misura fissa del 10% o del 20% a seconda della finalità per la quale viene utilizzato il bene.

Prima di passare all'analisi della disposizione di nuovo conio, sembra necessario inquadrare il tema dell'ammissibilità, in caso di lesione della proprietà, di un diritto al risarcimento del danno non patrimoniale da lesione della proprietà.

Ed invero, la natura "economica" del diritto di proprietà e la stessa collocazione di tale diritto nella parte della Costituzione riservata ai rapporti economici non ha mai fatto dubitare la dottrina italiana sul fatto che la lesione di tale prerogativa è insuscettibile di arrecare un pregiudizio non patrimoniale al proprietario ingiustamente aggredito.

A questa posizione ha fatto eco la giurisprudenza costituzionale e di legittimità che, ancorchè commendevolmente impegnata da anni nel riconoscimento pieno del valore persona danneggiata da una condotta illecita, si è sempre "fermata" ad una considerazione del diritto di proprietà come qualcosa che si riconduce alla persona ma non è parte della stessa. Questa posizione si scontra con la diversa considerazione del diritto di proprietà all'interno della CEDU per le considerazioni già espresse che costituiscono la base sulla quale il giudice di Strasburgo ha riconosciuto il danno non patrimoniale ai soggetti che si sono allo stesso rivolti lamentando la violazione del diritto tutelato dall'art. I Prot. n. 1 alla CEDU.

Ed invero, la Corte dei diritti umani - già con i casi BELVEDERE ALBERGHIERA E CARBONARA E VENTURA definiti alla fine del 2003 - ha sempre più spesso riconosciuto, in caso di lesione del diritto di proprietà tutelato dall'art. I Prot. n. 1 alla CEDU, il danno morale patito dai proprietari. In particolare, nella vicenda CARBONARA E VENTURA la Corte ha ritenuto che la violazione della CEDU ha comportato per i ricorrenti *“un sicuro danno morale, risultante da un senso di impotenza e di frustrazione di fronte allo spossessamento illegale dei loro beni”*<sup>184</sup>.

Nel caso BELVEDERE ALBERGHIERA del 30 ottobre 2003, il giudice sovranazionale ha ritenuto che il proprietario, ancorché persona giuridica, aveva subito, attraverso il suo titolare, gli amministratori ed i soci, inconvenienti considerevoli in relazione alla gestione dell'albergo posto in zona limitrofa ai terreni interessati dall'illecito spossessamento, quantificando in via equitativa il danno morale in euro 25.000.

I casi testé ricordati appaiono in linea con gli approdi del giudice di Strasburgo. È noto, infatti, che la CEDU, richiamando il principio fondamentale di effettività, ha più volte ritenuto che l'efficacia del diritto garantito dall'art. 6 CEDU *“esige che una riparazione pecuniaria anche per il danno morale possa essere riconosciuta anche ad una società commerciale. Il pregiudizio non patrimoniale può infatti comportare, per codesta società, elementi più o meno “oggettivi” o “soggettivi”, fra i quali occorre riconoscere la reputazione dell'impresa, ed anche l'incertezza nella pianificazione delle decisioni da assumere, i disturbi cagionati alla gestione dell'impresa stessa, le cui conseguenze non si prestano ad un preciso calcolo, ed infine, sia pure in minima misura, l'angoscia e i fastidi patiti dai componenti degli organi di direzione della società”*<sup>185</sup>.

Orbene, le decisioni appena ricordate rese in punto di danno non patrimoniale non rappresentano una novità nella giurisprudenza della Corte dei diritti umani. Già nel caso ZUBANI quel giudice, decidendo separatamente la domanda di equa soddisfazione avanzata *ex art. 41 CEDU*<sup>186</sup>, aveva riconosciuto ai proprietari la complessiva somma di £.1.000.000.000 per i danni, patrimoniali e non patrimoniali,

---

<sup>184</sup> Ed in accoglimento integrale della domanda dei ricorrenti ha liquidato euro 50.000 a ciascuno dei due proprietari e dunque un importo complessivo di euro 200.000.

<sup>185</sup> Corte dir. uomo 6 settembre 2000, COMINGERSOLL S.A. C. PORTOGALLO. Tali principi sono stati ora recepiti dalla Cassazione Italiana nella sentenza 18 febbraio 2005 n. 3396.

<sup>186</sup> Corte dir. uomo, 16 giugno 1999, ZUBANI C. ITALIA.

subiti per effetto della violazione dell'art. I Prot. n. 1 alla CEDU, ritenendo in quell'occasione meritevole di ristoro la frustrazione e l'ansia provocate per effetto della perdita del dominio - almeno di regola quanto all'espropriazione - che aveva costretto i proprietari a defatiganti giudizi protratti per circa 18 anni e definiti con il riconoscimento di un risarcimento del danno ancora non integralmente corrisposto dall'occupante abusivo.

Né può tacersi, limitando l'indagine alle vicende che hanno visto coinvolta l'Italia per violazione dell'art. I Prot. n. 1 alla CEDU, il caso BEYELER<sup>187</sup> e le liquidazioni dei danni morali operate in favore dei proprietari ai quali non è stata garantita la forza pubblica per liberare l'immobile abusivamente occupato<sup>188</sup>.

Non può revocarsi in dubbio che la posizione della Corte di Strasburgo, pur espressa con riferimento a violazioni accertate a carico dello Stato nei confronti di un soggetto privato - e dunque non con precipuo riferimento a controversie fra privati - si muove in un'ottica protesa ad elidere completamente gli effetti pregiudizievoli prodotti dalla violazione di un diritto umano fondamentale, soprattutto quando la violazione ha prodotto la perdita secca del diritto per effetto di una condotta *contra legem*, anzi addirittura mostrando una prospettiva dichiaratamente sanzionatoria laddove giunge a monetizzare detto pregiudizio anche nel caso CARBONARA E VENTURA - integrante un'ipotesi di occupazione appropriativa costituente minore illegalità rispetto a quella connessa alla condotta usurpativa -.

## **2. Le sentenze di San Martino sul danno morale.**

Si diceva che sul versante interno, il tema del riconoscimento del danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà, a fronte di una tendenza ad implementare le forme di tutela risarcitoria non patrimoniale correlate alla lesione di valori costituzionali, non ha trovato voci di conferma, anzi subendo un netto arresto per effetto delle 4 sentenze c.d. di San Martino del 2008.

Cass. S.U. n. 26972/2008<sup>189</sup> - come le altre tre coeve sentenze - ha infatti

---

<sup>187</sup> Corte dir. uomo, 28 maggio 2002, BEYELER C. ITALIA, *cit.*

<sup>188</sup> Corte dir. uomo 30 maggio 2000, A.O. C. ITALIA. L'ultima più rilevante conferma può individuarsi nella sentenza GUISSO GALLISAY C. ITALIA del 22 dicembre 2009 resa dalla Grande Camera, della quale si è già detto nei capitoli precedenti della presente opera.

<sup>189</sup> Si veda sul punto FILIPPI G, *Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale: per le Sezioni Unite questo matrimonio non s'ha da fare*, in *La responsabilità civile*, 2009, 61.

ribadito che *“Il danno non patrimoniale di cui parla, nella rubrica e nel testo, l’art. 2059 c.c., si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica”*.

Ed è la stessa pronunzia ad avere ritenuto, in un passaggio motivazionale successivo, che *“[...] Nell’ipotesi in cui il fatto illecito si configuri [...] come reato, è risarcibile il danno non patrimoniale, sofferto dalla persona offesa e dagli ulteriori eventuali danneggiati [...], nella sua più ampia accezione di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica”*.

Nè secondo le Sezioni Unite i diritti garantiti dalla CEDU possono essere inquadrati tra gli interessi inerenti la persona aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili *“poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell’art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all’efficacia del diritto comunitario nell’ordinamento interno”*<sup>190</sup>.

Orbene, malgrado tale posizione espressa dalle Sezioni Unite, non sembra peregrino ipotizzare, in una rinnovata visione dei rapporti fra l’art. 2059 c.c. ed i diritti inerenti alla persona riconosciuti dalle Carte dei diritti, che anche la lesione del diritto dominicale – tutelato oltre che dalla CEDU anche a livello costituzionale – ripercuotendosi negativamente sulla persona umana, impone il risarcimento del danno non patrimoniale<sup>191</sup>.

Ed infatti, come già ci era capitato di sostenere nel 2006, una volta che il diritto vivente ha riconosciuto la risarcibilità dei valori costituzionali incidenti sulla persona umana, non pare potersi revocare in dubbio che la proprietà, in quanto diritto tutelato a livello costituzionale, è in grado di produrre, in caso di lesione, significative lesioni non inferiori a quelle correlate alla tutela di altri valori costituzionali inerenti la persona che pure albergano nella Carta costituzionale.

Non sembrano potere paralizzare tale conclusione gli arresti giurisprudenziali di diverso tenore. Se è infatti vero che Cass. 8827/03 (e la coeva Cass. n. 8828/2003) - dalla quale ha preso inizio la nuova stagione del danno non patrimoniale - ha

---

<sup>190</sup> Corte cost. n. 348/2007.

<sup>191</sup> Si veda sul punto, da ultimo, SCIARRINO F., *Proprietà, danno patrimoniale e non*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di CONTI R., Milano, 2009, 693 ss.

riconosciuto detto danno per gli interessi protetti di rilievo costituzionale non connotati da rilevanza economica, richiamando Corte cost. n. 88/1979 che si era peraltro espressa in termini meno tassativi sul punto<sup>192</sup>, non è meno vero che la posizione espressa dalla ricordata giurisprudenza in quell'occasione costituiva un mero *obiter dictum*, essendo la vicenda concreta esaminata dalla Corte afferente al danno da morte del congiunto e non alla volontà di negare piena tutela risarcitoria ai diritti costituzionalmente protetti aventi natura economica.

Del resto, già la Cassazione penale ha avuto modo di ritenere che “*il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona*”, aggiungendo che una lettura costituzionalmente orientata della medesima disposizione impone di ritenere inoperante il limite posto da tale norma “*se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti*” ed in particolare i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. Ed è ben chiaro che tale presa di posizione sembra giustamente superare la limitazione agli interessi non aventi natura economica cui fece riferimento il Giudice di legittimità nelle decisioni del 2003.

Tanto è sufficiente per ritenere possibile la liquidazione del danno non patrimoniale per lesione del diritto di proprietà<sup>193</sup>.

Occorre tuttavia farsi carico di spiegare se il diritto di proprietà inerisce alla persona umana. Ed infatti, è pressoché radicata nella dottrina italiana l'idea che il diritto di proprietà non è stato considerato dal legislatore costituente un diritto umano fondamentale.

Tale opinione è stata condizionata dal ritenuto abbandono della teoria giusnaturalistica della proprietà che la Costituzione avrebbe realizzato proprio introducendo il limite della funzione sociale<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> Si veda, infatti, il p. 2 della motivazione: “[...] Ciò deriva dalla protezione primaria accordata dalla Costituzione al diritto alla salute come a tutte le altre posizioni soggettive a contenuto essenzialmente non patrimoniale, direttamente tutelate”. Più opportunamente, infatti, Corte cost. n. 233/2003, che pure ha inteso dare continuità all'indirizzo espresso dalla Cassazione da ultimo ricordata, non ha mancato di eliminare l'inciso relativo alla non economicità del valore, precisando piuttosto che “[...] In due recentissime pronunce (Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828), che hanno l'indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, viene, infatti, prospettata, con ricchezza di argomentazioni - nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale - un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona”.

<sup>193</sup> Si veda COLELLA E., *Verso un diritto comune delle libertà in Europa, Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano*, 135.

<sup>194</sup> cfr. BALDASSARRE M., *Proprietà*, in *Enc. giur.*, Roma, XXV, 10 “Il carattere primario attribuito alla “garanzia di istituto” delle norme costituzionali sulla proprietà privata corrisponde alla espunzione di quest'ultima dai diritti inviolabili della persona umana, a sua volte conseguente al riconoscimento, nelle moderne società capitalistiche e nelle attuali democrazie pluralistiche a vocazione “sociale”, del carattere dinamico e “plastico” della proprietà privata come principio ispiratore e formativo dell'ordinamento

Anzi, proprio la presenza di detto limite, sul quale si tornerà in prosieguo, ha fatto addirittura ritenere che il riconoscimento della proprietà operato dalla Costituzione è funzionale alla garanzia di alcuni valori fondamentali che trovano nella clausola della funzione sociale il loro pieno riconoscimento.

Tale clausola, che il legislatore costituente avrebbe volutamente ommesso di determinare, finisce con l'assumere una valenza polemica verso la proprietà privata, tale da legittimare l'intervento del legislatore al fine di limitare la libertà dei proprietari e di ricondurre l'utilizzazione della proprietà privata verso modalità di godimento e finalità corrispondenti all'equità e alla giustizia sociale.

Potrebbe, allora, dubitarsi del fatto stesso che la proprietà costituisca un bene afferente la persona umana e che proprio l'inserimento, all'interno della Costituzione, della norma a tutela della proprietà nell'ambito dei rapporti economici denoterebbe, se correlata al riferimento espresso alla funzione sociale, la rottura piena tra persona e diritto dominicale. Del resto, a tale scopo, potrebbe risultare agevole il richiamo ai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, nel corso dei quali cadde la formulazione del diritto di proprietà nella quale veniva sancito uno stretto connubio fra libertà proprietà e persona umana<sup>195</sup>.

Ed ancora, prevedibile risulterebbe il richiamo alla versione finale dell'art. 42 Cost. che, frutto del disaccordo di fondo, all'interno dell'Assemblea, circa la natura della proprietà, avrebbe finito col fare prevalere la volontà di specificare che il

---

*economico - sociale... Si tratta di un carattere che ormai ha reso incompatibile e disfunzionale la ricomprendimento della proprietà privata all'interno dei "valori della personalità" (c.d. diritti fondamentali assoluti), ai quali inerisce una essenziale connotazione di incondizionatezza e di primari età e che, pertanto, non sono assimilabili, nella loro fondamentale assolutezza assiologia, alle relativizzazioni tipiche della "garanzia di istituto".* Un esempio limpido dell'ideologia prevalente può rinvenirsi nelle pagine di Aldo Maria Sandulli che, nel nemmeno lontano 1972, rilevava come, tramontata da un pezzo l'era liberale fondata sul connubio inscindibile "libertà-proprietà", quest'ultima non poteva più considerarsi un'integrazione o addirittura una proiezione e un attributo della personalità. Essa, infatti, a differenza di altre libertà e diritti inseriti nella Costituzione, non veniva definita come un diritto "inviolabile". Del resto, continuava Sandulli, essa non rientra tra quei "diritti dell'uomo" che globalmente la Costituzione definisce, nell'art. 2, "inviolabili", volendo in tal modo significare che (pur senza che ne sia intangibile — come per le libertà e i diritti fondamentali di cui si è fatto cenno — il contenuto e la disciplina) ne viene garantita la preservazione nei confronti della stessa potestà di revisione costituzionale, sul presupposto dell'esigenza della loro simultanea e complessiva presenza nel sistema. Per ulteriormente approfondire la differenza ontologica fra proprietà e diritti umani Sandulli precisava, inoltre, che i diritti "dell'uomo", cui il ricordato precetto della Costituzione si riferisce, sono infatti quelli, strettamente inerenti alla persona umana, attinenti a manifestazioni dirette, a modi di essere e di operare dell'uomo come tale, mentre già nell'ordine sociale e giuridico preesistente alla costituzione repubblicana la proprietà (il riconoscimento dottrinale della cui "funzione sociale", risaliva agli anni trenta) aveva perduto quel carattere di stretta inerenza alla persona, di attributo della stessa, che gli era stato annesso artificiosamente in passato. Trovava così spiegazione, secondo l'illustre Autore, il fatto che il diritto di proprietà non rientrava fra i diritti inviolabili a differenza del diritto al lavoro, pur contenuto nello stesso titolo ("rapporti economici") e che lo stesso aveva perso per strada la formula utilizzata nello Statuto Albertino secondo la quale "tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili".

<sup>195</sup> A tale prospettiva è sufficiente aggiungere che già in sede di lavori dell'Assemblea costituente, la 1<sup>a</sup> sottocommissione, concludendo i suoi lavori, approvava un testo della disposizione costituzionale in cui si precisava che "la proprietà privata, frutto di lavoro e del risparmio, viene riconosciuta al fine di garantire la libertà e lo sviluppo della persona e della sua famiglia", anche se tale versione non fu quella definitivamente trasfusa nell'art. 42 Cost. Ma sul punto v. RODOTÀ S., *Commento all'art. 42, in Rapporti economici, Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA F., Bologna, 1982. In effetti, il testo proposto dalla I sottocommissione venne edulcorato al punto da eliminare il collegamento tra proprietà e libertà come anche tra proprietà ed affermazione della persona, tanto che fu l'On. Taviani a modificare l'originaria proposta presentando un testo dal quale scomparvero del tutto i riferimenti alla libertà ed alla affermazione della persona.

diritto di proprietà è prerogativa riconosciuta dallo Stato il quale può piegarne e plasmarne il contenuto in forza del perseguimento della funzione sociale.

Ma già in dottrina si è messo in evidenza come non siano particolarmente chiari i passaggi che condussero alla versione finale dell'art. 42 Cost. E d'altra parte, proprio l'esame della giurisprudenza costituzionale in ordine al contenuto dell'art. 42 Cost. non può che confermare come si sia andato nel tempo inspessendo il contenuto naturale e sostanziale del diritto di proprietà, fino al punto da riconoscere che il legislatore non ha campo libero nel ridurre le prerogative proprietarie<sup>196</sup>.

L'acme di tale processo deve individuarsi proprio nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 che hanno stravolto il sistema indennitario/risarcitorio, riconoscendo al proprietario colpito da un atto ablatorio privato del dominio l'integrale ristoro commisurato al valore venale del bene, fosse o meno tale atto assistito da garanzie legali.

Si tratta di un passaggio fondamentale verso l'umanizzazione del diritto di proprietà, al quale si riconosce la capacità di resistere in pieno all'azione amministrativa pur se finalizzata al perseguimento di finalità di natura pubblica, fino al punto da obbligare l'amministrazione a ristorare, in via generale, l'integrale pregiudizio sofferto "dal proprietario".

Rimane allora ancor più confermato, che la funzionalizzazione della proprietà non incrina in alcun modo la natura intrinseca del diritto di proprietà meritevole, laddove riconosciuto, di una tutela piena ed effettiva in quanto inerente alla persona del titolare. In tale prospettiva, la *querelle* in ordine al ruolo della proprietà ed alla sua collocazione sistematica fra istanze liberiste o collettiviste, ove ancora ritenuta attuale, risulterebbe inconferente rispetto al tema che riguarda la tutela del riconoscimento del danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà.

Non è, infatti, in discussione il compito della legislazione ordinaria di conformare la proprietà alle esigenze della collettività, quanto quello di garantire, a chi è proprietario, mezzi di tutela efficaci e pieni.

---

<sup>196</sup> Ed è noto che il culmine di tale tendenza è stato raggiunto da Corte cost. n. 5/1980 allorchè, affrontando il tema della inerente dello *jus aedificandi* al diritto di proprietà, i giudici costituzionali ebbero a precisare che l'indennizzo espropriativo doveva essere riferito al valore del bene determinato dalle sue caratteristiche essenziali e dalla destinazione economica perché solo in tal modo l'indennità stessa può costituire un serio ristoro per l'espropriato. In tal modo, in definitiva, si è andato riconoscendo un contenuto essenziale del diritto di proprietà e dunque caldeggiando espressamente il carattere fondamentale del diritto di proprietà e così avvicinandolo, come ha rilevato Rodotà, all'art. 19 2° comma del Grundgesetz tedesco.



È infatti approfondendo i rapporti fra le tutele apprestate al diritto di proprietà che la conclusione sopra prospettata risulta confermata. In astratto, sarebbe infatti possibile obiettare che il danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà trova ingresso nell'ordinamento sovranazionale ed ha una sua giustificazione in quanto nel contesto della CEDU - e dunque della giurisprudenza di Strasburgo - il diritto dominicale muove da una dimensione essenzialmente giusnaturalistica<sup>197</sup> che non si addice affatto alla costruzione costituzionalmente orientata ed interna del diritto dominicale, ove, come si è visto, campeggia la funzione sociale della proprietà<sup>198</sup>.

Anzi, non si è mancato di evidenziare la netta dicotomia esistente fra la Costituzione economica italiana e la prospettiva europea, incarnata non solo dall'art. I Prot. n. 1 alla CEDU e dal suo diritto vivente, ma anche dall'art. 17 della Carta di Nizza, anch'esso esplicitamente proteso ad inquadrare la proprietà nelle libertà<sup>199</sup>, fino al punto da ipotizzare un'impennata di orgoglio da parte dell'Italia, sulla scia della presa di posizione della Corte costituzionale tedesca nella sentenza resa il 30 giugno 2009 sul *Lisbon Treaty*.

E tuttavia, è necessario ribadire quanto già esposto in precedenza circa il fatto che tale concezione giusnaturalistica non affonda affatto nella CEDU e che, anzi, è proprio tale strumento convenzionale a garantire le limitazioni del diritto dominicale per ragioni di interesse pubblico. Solo che siffatte limitazioni, l'individuazione delle quali è peraltro riservata ai singoli Stati, in tanto si giustificano in quanto rispettino il canone della legalità<sup>200</sup>.

Si può allora osservare che la pacifica risarcibilità della lesione non patrimoniale del diritto al rispetto dei beni operata ripetutamente dalla CEDU si struttura attorno ad un valore che non si distingue affatto da quello già inserito all'interno del reticolo costituzionale, con ovvie conseguenze a proposito dell'agevole conformizzazione della tutela apprestata nell'un sistema rispetto a

---

<sup>197</sup> MENGONI T., *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427 ricorda come fu Hegel a identificare la proprietà con un diritto fondamentale della personalità, precisando nel Grundlinien che la proprietà "appare come mezzo riguardo al bisogno; ma dal punto di vista della libertà, essa è la sua prima forma di esistenza, e quindi è per se stessa essenzialmente fine".

<sup>198</sup> Si veda di recente, per un'analisi comparata del problema, RAMACCIONI D., *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione dei modelli*, in *Eur. dir. privato*, 2010, 3, 861 ss.

<sup>199</sup> SALVI A., *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?* cit., 426 ss.; RAMACCIONI D., *op. cit.*, 426.

<sup>200</sup> Da ciò consegue che la lesione del diritto al rispetto dei beni - che nel nostro sistema si è manifestata prevalentemente attraverso il fenomeno delle occupazioni illegittime - sta fuori dal tema delle limitazioni legali.

quella pozione che tale protezione garantisce. Ché se, diversamente, tale contrasto dovesse sussistere, l'unico modo per dare omogeneità al sistema dovrebbe essere quello di interpretare la norma interna alla luce del diritto sovranazionale, rimettendo alla Corte costituzionale la soluzione del dissidio se il canone ermeneutico dovesse ritenersi non idoneo ad eliminare il divario esistente.

È questo, infatti, il senso della c.d. *multilevel governante* di cui si va sempre più spesso parlando. D'altra parte, debole sembra l'argomento volto a sminuire la valenza del diritto di proprietà all'interno dello stesso sistema della CEDU, sottolineando all'uopo che la disposizione in tema di proprietà non trova campo nella Convenzione europea, ma solo nel Protocollo n. 1<sup>201</sup>.

Fatti tali chiarimenti, v'è dunque da ritenere che l'assetto del diritto di proprietà che la Corte dei diritti umani è riuscito nel tempo ad offrire è certamente superiore a quello garantito dal diritto interno. In questa prospettiva, la capacità espansiva del diritto della CEDU e della sua giurisprudenza non può non irradiarsi sul diritto interno.

E ciò, lo si ribadisce, è ben al di fuori dalla tematica proprietà/inviolabilità attenendo, piuttosto, alla pregnante tutela che un diritto riconosciuto dalla CEDU deve possedere in caso di lesione. Del resto, non v'è chi non veda come il riconoscimento del danno morale operato dalla Corte EDU nell'ambito della lesione del diritto dominicale non si discosta affatto dalle liquidazioni di analoghi pregiudizi operati da quello stesso Giudice per tutti gli altri diritti fondamentali riconosciuti dalla CtEDU e dai suoi protocolli che, in linea di principio, meritano una reintegrazione totale, come del resto ha insegnato la vicenda relativa all'irragionevole durata del processo, in cui peraltro il giudice di legittimità, sulla scia di Strasburgo, ritiene liquidabile detto pregiudizio sulla base della mera allegazione.

Anche a voler opinare che il diritto di proprietà come tutelato dalla Costituzione non sarebbe un diritto fondamentale dell'uomo, non sembra allora potersi revocare in dubbio che la successiva introduzione della CEDU e della Carta dei diritti

---

<sup>201</sup> Così opinando, si ometterebbe di considerare che, in realtà, il diritto di proprietà è l'unico diritto patrimoniale riconosciuto dalla Convenzione europea - proprio a conferma del suo carattere *sui generis* - e che l'omesso inserimento nel corpo della Convenzione fu prodotto dal mancato iniziale accordo tra gli Stati aderenti circa l'inserzione di tale diritto fra quelli da tutelare, ma non certo da fattori che ponevano in discussione la centralità della proprietà rispetto all'uomo.

fondamentali di Nizza, includendo il diritto di proprietà fra i diritti umani fondamentali e la necessità di riconoscere una tutela piena alle lesioni ad essa perpetuate, non possa che incidere sull'interpretazione della norma costituzionale.

Non resta, allora, che procedere ad una lettura della disposizione costituzionale in linea con l'evoluzione dei principi maturata a livello internazionale, senza giungere ad ipotizzare operazioni di disapplicazione della disposizione costituzionale, - non utile e necessaria nel caso di specie - ma semmai sfruttando il canone dell'interpretazione convenzionalmente orientata che proprio la Corte costituzionale ha inaugurato nelle note sentenze gemelle del 2007<sup>202</sup>.

### **3. Art. 42 –bis: le nuove frontiere del Consiglio di Stato (sent. 5844/2011).**

È dunque venuto il momento di esaminare l'art. 42–bis T.U.E. rispetto al riconoscimento del diritto del proprietario ad un indennizzo per il pregiudizio non patrimoniale.

Comprendere il significato di tale previsione non è affatto agevole, se solo si considera che il legislatore, per quanto si è andato dicendo, ha qualificato come “indennizzo” il *quantum* spettante al proprietario attinto dall'atto di acquisizione sanante.

---

<sup>202</sup> Può qui dirsi che le (prime) sentenze gemelle della Corte costituzionale hanno portato a compimento l'opera di unificazione delle interpretazioni alle quali il giudice nazionale è tenuto, già accennata in Corte cost. n. 388/1999, nella quale, pur dichiarandosi che “spetta al legislatore dare ad essa [CEDU] attuazione”, si affermava che le norme della CEDU hanno un ruolo significativo nel processo decisionale della Corte costituzionale tanto da richiedere un certo coordinamento, fino al punto di ritenere che i diritti umani contemplati dalla Costituzione e dalla CEDU, “al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione”. In tali decisioni, ed in particolare in Corte cost. n. 349/2007, è stato confermato che “il giudice” è tenuto ad interpretare in modo conforme il diritto interno alla Convenzione “[...] *Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme*”. Passaggio ulteriormente ribadito quando la Corte riconosce che “[...] *L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione*”. L'attribuzione di “giudice comune della Convenzione” operata in quella sede finisce con rappresentare conferma di quell'impostazione dottrina che aveva intravisto nell'art. 117 1° comma Cost. - che costituisce nella visione della Corte costituzionale l'architrave sulla quale poggiano i rapporti fra ordinamento interno e CEDU - la formalizzazione dell'obbligo di interpretazione conforme. L'impossibilità di pervenire a livello interpretativo ad un risultato compatibile con la CEDU apriva le porte al sindacato di costituzionalità. Senza volere enfatizzare il significato della posizione assunta dalla Corte, non può non sottolinearsi l'importanza di tale affermazione. Il giudice delle leggi prende atto del fatto che il tema dei diritti umani non può essere riservato alla legislazione costituzionale e non del nostro Paese, ma richiede, necessariamente un approccio sovranazionale. Fissare la regola dell'interpretazione convenzionalmente orientata si dimostra, quindi, affermazione dotata di particolare rilevanza. Il limite all'interpretazione era dunque rappresentato dal testo della legge interna. Leggendo le prime sentenze gemelle, forte era la tentazione di cogliere nelle pur evidenti aperture del giudice costituzionale un paletto inossidabile che impediva al giudice comune di oltrepassare il feticcio della lettera della legge. A tale aporia ovviava, però, prontamente Corte cost. n. 311/2009, chiarendo che “*Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica*”. Va poi ricordato come Corte cost. n. 239/2009 abbia rilevato che “*in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa*”. Ciò in quanto “*al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, egli deve investire questa Corte delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.*”. Sul “giudice dei tre cappelli” rispetto all'opera d'interpretazione del diritto interno costituzionalmente eurounitariamente e convenzionalmente orientata, diffusamente CONTI R., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit., 185 ss.

È infatti indiscutibile che nelle intenzioni del legislatore vi fosse la necessità di adeguare il sistema di protezione del proprietario colpito da un'occupazione abusiva ai *dicta* di Strasburgo che, costantemente e fino alla sentenza GUISSO GALLISAY del 2009, avevano professato l'esistenza di un pregiudizio morale in danno del proprietario.

Epperò la qualifica in termini d'indennizzo - utilizzata per qualificare tanto il ristoro del pregiudizio correlato alla perdita della proprietà che per specificare il pregiudizio non patrimoniale - sembra spiazzare le intenzioni stesse del legislatore, apparendo quanto mai strano che l'indennizzo forfetariamente determinato sia stato previsto per l'atto di acquisizione sanante e non per le ipotesi d'illecito non definite attraverso l'adozione di tale atto, rispetto alle quali più si avverte l'esistenza di un turbamento a carico del proprietario illecitamente privato della proprietà o anche solo del godimento dell'immobile.

L'aporia appena evidenziata è stata, peraltro, di recente superata da Cons. Stato 2 novembre 2011 n. 5844 che, occupandosi di un procedimento nel quale si discuteva del risarcimento del danno spettante ai proprietari di un'area irreversibilmente trasformata in costanza del termine di dichiarazione di pubblica utilità, ha affermato che “[...] *devono essere valutati “i danni morali” richiesti dall’appellante sulla base del nuovo art. 42-bis del T.U. Espropriazione n. 327/2001, introdotto dall’art. 34 della cd. “Manovra economica 2011” (D. L. 6 luglio 2011, n. 98), il quale, reintroducendo l’istituto dell’acquisizione sanante, prevede anche che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, anche con riferimento ai fatti antecedenti (comma 8 del predetto art. 42-bis)*”.

Secondo il giudice amministrativo ancora, “[...] *Il riferimento al danno non patrimoniale in tale disposizione costituisce disposizione innovativa, che impone la necessità di opportuna considerazione anche in sede di risarcimento del danno per illecita occupazione; danno patrimoniale che il Collegio ritiene di poter equitativamente determinare, ai sensi dell’art. 1226 c.c., in complessivi euro 50.000,00, atteso anche il valore complessivo del risarcimento*”.

Nella pronunzia ora ricordata si coglie, in maniera chiara, il tentativo di razionalizzare il contenuto dispositivo dell'art. 42-bis, estendendone la portata

(almeno in punto di danno non patrimoniale) a vicende ulteriori rispetto a quelle ivi disciplinate, in definitiva confermando che proprio da tale disposizione è possibile muovere per una riconsiderazione complessiva del danno non patrimoniale da lesione della proprietà senza che occorra rivolgersi al giudice costituzionale ovvero attendere ulteriori interventi del legislatore.

Ed infatti, in disparte i connotati marcatamente punitivi che assume il riconoscimento del danno non patrimoniale nell'art. 42-*bis* - se si guarda al raddoppio di tale posta per fatti che trascendono completamente dalla sfera personale del proprietario, attenendo per converso alla tipologia dell'intervento manipolativo alla stregua del comma 5 dell'art. 42-*bis* che appunto si rivolge alle utilizzazioni aventi finalità di edilizia residenziale pubblica - e, per altro verso, l'assenza di elementi che, all'interno del precetto normativo, consentano di realmente parametrare sul danneggiato il ristoro del pregiudizio eventualmente - ma non obbligatoriamente, come invece ritiene l'art. 42-*bis* - patito dal proprietario<sup>203</sup>, rimane forte il convincimento che la riconformazione della proprietà ai canoni di Strasburgo si delinea attraverso passaggi tesi a garantire nicchie di tutela maggiore al proprietario, secondo un virtuoso meccanismo di confronto che consente di fare emergere, all'interno dell'ordinamento e senza che sia necessario battere percorsi accidentati, la migliore tutela possibile in favore del titolare del diritto di proprietà.

Sembra così di poter dire che l'introduzione di un indennizzo per pregiudizio non patrimoniale per le sole ipotesi contemplate dall'art. 42-*bis* - e non anche per le altre fattispecie di ablazione illecita per le quali, a ben considerare, non si comprende l'esclusione del danno non patrimoniale - non sembra radicarsi su ragioni capaci di resistere ad un vaglio di ragionevolezza, se si considera la genesi dell'art. 42- *bis* ed i nessi di collegamento che vengono a costituirsi fra condotte lecite ed illecite di apprensione del bene alla mano pubblica (salvo a condividere l'assunto del Consiglio di Stato appena ricordato).

---

<sup>203</sup> In questo penso molto acuta era stata l'intuizione di LORO M., *Ipotesi di un nuovo articolo 43 basato sull'usucapione*, in [www.esproprio.it](http://www.esproprio.it), 3 novembre 2010, ove l'Autore, nel proporre un'ipotesi di acquisizione coattiva sanante, di natura ricognitoria e non costitutiva del diritto, sembra precorritrice dell'introduzione dell'indennizzo non patrimoniale, peraltro giustamente prevedendo la possibilità di una diversa valutazione equitativa del giudice: "[...] Esso è composto dal valore del bene o del diritto minore al momento della richiesta risarcitoria che sarebbe stato erogato ai proprietari in caso di esproprio regolare, comprensivo dei benefici per l'accettazione dell'indennità provvisoria, maggiorato del 10% a titolo di ristoro del danno morale, salvo diversa valutazione equitativa del giudice, sommato ad un dodicesimo annuo per il periodo dell'occupazione illegittima, del bene, ferma restando l'obbligazione all'indennità per l'eventuale periodo di occupazione legittima". Il punto è giustamente sottolineato da ANTONIOL R., *L'articolo 42-bis dpr n. 327/2001. La nuova acquisizione sanate coattiva*.

Né la forfetizzazione del danno sembra tollerabile nel sistema interno che ha, per converso, fondato sul meccanismo della personalizzazione del pregiudizio e su quello della piena allegazione e prova (anche solo presuntiva) del pregiudizio da parte del danneggiato<sup>204</sup> le travi portanti del sistema di quantificazione del pregiudizio non patrimoniale.

E del resto, fa veramente pensare che il pregiudizio non patrimoniale valga di più in ragione della natura dell'utilizzazione, se è vero che lo stesso art. 42-bis comma 5 t.u. espropriazione si prende cura di precisare che l'utilizzazione per finalità di edilizia residenziale pubblica implica un danno forfetario doppio a quello previsto per le utilizzazioni di fondi per finalità diverse.

Malgrado le critiche appena espresse, non pare potersi revocare in dubbio che l'introduzione del pregiudizio non patrimoniale da lesione della proprietà per mano del legislatore conferma inequivocabilmente che si sia intrapresa una via destinata a realizzare lo sdoganamento del danno non patrimoniale da lesione della proprietà attraverso un processo che l'art. 42-bis sembra avere soltanto abbozzato in modo peraltro discutibile e che certamente richiederà futuri e più nitidi interventi del legislatore e, soprattutto, dei giudici, come ha già mostrato di saper fare il Consiglio di Stato nella pronuncia da ultimo ricordata.

È peraltro vero che tale posta attiva contribuisce a completare il *quantum* spettante al proprietario destinatario dell'atto di acquisizione, fornendo ancora una volta una freccia all'arco di chi scommette sulla "bontà" dell'art. 42-bis.

#### **4. CEDU e Carta di Nizza sull'indennizzo espropriativo.**

In linea con le coordinate di base già esposte, mette conto rilevare il percorso che ha condotto il legislatore italiano a modificare radicalmente il sistema di indennizzo espropriativo.

Per far ciò è necessario muovere dalle pronunzie della Corte dei diritti

---

<sup>204</sup> Si veda da ultimo, Cass. 19 agosto 2011, n. 17427, per cui "[...] Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno — conseguenza, che deve essere allegato e provato, non potendosi accogliere la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso, parlando di "danno evento" ovvero che il danno sarebbe in re ipsa, perchè la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo". Analogo principio è espresso a proposito del danno non patrimoniale da lesione del diritto alla ragionevole durata del processo - cfr. Cass. n. 2144/2009 -. È, del resto, costante, il riferimento che la Cassazione, nel solco di Corte cost. n. 184/1986, alla necessità di personalizzazione del danno non patrimoniale - v. Cass. 30 giugno 2011 n. 14402; Cass. 7 giugno 2011 n. 12408; Cass. 21 aprile 2011 n. 9238; Cass. 2 luglio 2010 n. 15738; Cass. 24 maggio 2010 n. 12593; Cass. 8 aprile 2010 n. 8360; Cass. 24 febbraio 2010 n. 4484; Cass. 18 febbraio 2010 n. 3906; Cass. 16 febbraio 2010 n. 3581; Cass. 13 maggio 2009 n. 11048; Cass. 18 dicembre 2008 n. 29191; Cass. 28 novembre 2008 n. 28423; Cass. S.U.11 dicembre 2008 n. 26972; Cass. 25 maggio 2007 n. 12247; Cass. 29 marzo 2007 n. 7740; Cass. 2 febbraio 2007 n. 2311; Cass. 11 gennaio 2007 n. 392 -.

dell'uomo, al fine di misurarne, in chiave comparativa, la portata rispetto ai canoni interni.

Sul punto, si ricorderà che il principio di proporzionalità insito nell'art. I Prot. n. 1 *cit.*, è stato nel tempo considerato dalla giurisprudenza di Strasburgo con riferimento all'esistenza di un "ragionevole" indennizzo spettante in caso di perdita della proprietà.

È stata la Corte dei diritti dell'uomo, con la sua giurisprudenza, ad individuare progressivamente alcuni canoni generali in materia. In prima approssimazione, il giudice di Strasburgo ha per un verso escluso, se non per ipotesi eccezionali, che la proprietà possa essere espropriata senza indennizzo<sup>205</sup>.

In linea con tale affermazione, si è poi ritenuto che il pagamento di un indennizzo ragionevole all'espropriato garantisca il giusto equilibrio fra i contrapposti interessi, poiché mancando completamente ogni forma di ristoro - e sempreché non si versi in ipotesi eccezionali - la protezione accordata dalla norma sovranazionale finirebbe con l'essere illusoria ed inefficace.

Il riferimento, infatti, alla ragionevolezza sembrava dimostrare l'ampio margine di apprezzamento ancora una volta riservato ai singoli Stati nella quantificazione del ristoro, tanto da far dire in dottrina che il criterio della "ragionevolezza" può assumere dei contorni talmente elastici da consentire alla Corte un atteggiamento di estrema flessibilità al momento di valutare la congruità dell'indennizzo.

L'unico limite che risultava incontestabilmente emergere dal diritto vivente del giudice europeo era rappresentato dall'impossibilità di accampare, fra le circostanze eccezionali idonee a ridurre fino ad annientarlo detto indennizzo, le conseguenze finanziarie enormi che sarebbero derivate dal pagamento del ristoro, avendo la Corte sempre negato la possibilità di giustificare una legislazione avente efficacia retroattiva fondata su ragioni di bilancio.

Per il resto, sembrava pacifico che proprio l'esistenza dell'obiettivo della

---

<sup>205</sup> Corte dir. uomo, 30 giugno 2005, JAHAN C. GERMANIA, *cit.*, p. 94: "[...] the Court has already found that the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference and a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 of Protocol No. 1 only in exceptional circumstances (see *The Holy Monasteries*, cited above, p. 35, § 71; *The Former King of Greece*, cited above, § 89; and *Zvolský and Zvolská*, cited above, § 70)" Corte dir. uomo, 9 dicembre 1994, LES SAINTS MONASTÈRES C. GRECIA., *cit.*, § 70; Corte dir. uomo, 21 febbraio 1986, JAMES C. REGNO UNITO, *cit.*, par. 54. Cfr. Corte dir. uomo, 9 dicembre 1994, LES SAINTS MONASTÈRES C. GRECIA, *cit.*, ove sono state ritenute condizioni eccezionali le modalità di acquisizione ed utilizzazione del patrimonio ecclesiastico nonché la dipendenza dallo Stato greco della Chiesa ortodossa - cfr. PADELLETTI L., *Commento sub art. 1 Prot. n. 1 CEDU*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 815.

pubblica utilità sotteso alla privazione della proprietà legittimamente compiuta potesse giustificare un indennizzo non uguale al valore integrale del bene, soprattutto se la privazione del dominio fosse connessa a progetti di nazionalizzazione<sup>206</sup> e non a singoli provvedimenti di esproprio.

Peraltro, la Corte dei diritti umani aveva tradizionalmente riservato particolare attenzione alle concrete modalità di pagamento dell'indennizzo richiedendo, anche in assenza di un'espressa previsione sul punto, che l'indennizzo fosse corrisposto in un tempo ragionevole.

La giurisprudenza della Corte europea in materia d'indennizzo espropriativo ha più volte sottolineato come accanto al canone del c.d. margine di apprezzamento spettante ai singoli Stati nell'individuazione del "ragionevole indennizzo" dovuto al proprietario occorre considerare, allo stesso tempo, il rispetto del principio di proporzionalità della misura riduttiva, proprio al fine di evitare che nella situazione concreta l'applicazione del diritto interno vulneri le prerogative proprietarie<sup>207</sup>.

In questa prospettiva la Corte è pervenuta all'accertamento della violazione a carico dello Stato per avere indennizzato il proprietario colpito da un'espropriazione legittima con un valore uguale a quello del fondo espropriato, ritenendo che, nella situazione concreta, quell'indennizzo, pur parametrato all'integrale ristoro del pregiudizio patito per effetto dell'atto ablatorio, non poteva comunque apparire adeguato al caso concreto, dovendo il proprietario - privato del fondo sul quale esercitava l'attività agricola - sopportare un peso superiore per riprendere l'attività originariamente espletata.

---

<sup>206</sup> Si veda sul punto PADELLETTI L., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 220 e 228, ove si dà atto che nel diritto internazionale proprio le nazionalizzazioni, hanno progressivamente ridotto il principio del pagamento integrale dell'esproprio. Corte dir.uomo, 8 luglio 1986, Lithgow, cit. V. Corte dir. uomo, 16 novembre 2004, BRUNCRONA C. FINLANDIA, "*In this connection, the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference that cannot be justified under Article 1 of Protocol No. 1. This provision does not, however, guarantee a right to full compensation in all circumstances, since legitimate objectives of "public interest" may call for less than reimbursement of the full market value*".

<sup>207</sup> Corte dir. uomo 11 aprile 2002, LALLEMENT C. FRANCIA e le persuasive considerazioni su tale sentenza espresse da PADELLETTI L., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 240 ss. Nel caso sopra ricordato, ampiamente esaminato dalla dottrina, la vicenda, originata in Francia, aveva riguardato un compendio immobiliare adibito da un agricoltore francese alla produzione del latte. Va detto che il sistema transalpino di tutela prevede in tali casi il pagamento del valore venale dei beni espropriati al quale si "aggiunge", in caso di esproprio parziale, il riconoscimento di un'ulteriore somma per il mancato guadagno connesso al periodo necessario alla riorganizzazione dell'attività agricola oltre al pagamento delle spese necessarie per tale riorganizzazione. Come ulteriore possibilità il sistema francese riconosce al proprietario la facoltà di cedere "l'intera azienda" allo Stato nel caso in cui l'esproprio determinava una frammentazione di tale rilevanza da impedire la prosecuzione dell'attività imprenditoriale. Ora, nel rivolgersi alla Corte di Strasburgo il proprietario lamentava che l'importo riconosciuto dall'autorità francese a titolo di indennizzo, pur superiore al prezzo di mercato, non era stato sufficiente a ristorarlo in maniera integrale, non avendo trovato nella zona terreni che gli permettessero di svolgere analoga attività. La Corte dei diritti umani aveva accolto il ricorso, rilevando che l'indennizzo liquidato non era in grado di coprire, nel caso concreto, la perdita specifica rappresentata dallo "strumento di lavoro", dovendo l'indennizzo espressamente ristorare qualunque utilità che il bene ablato contemplava.



In questa circostanza, la Corte dei diritti umani osservò, in particolare, che la CEDU intende proteggere diritti non teorici o illusori, ma concreti ed efficaci<sup>208</sup>, pure chiarendo che *“l’oggetto e lo scopo della Convenzione, come strumento per la protezione degli esseri umani, chiamati a comprendere e applicare le sue disposizioni in modo che le richieste e rende efficace”*.

Tali premesse sono state necessarie per ritenere che, nel caso di specie, l’indennizzo riconosciuto al proprietario fosse in concreto idoneo a ristorare il predetto del pregiudizio sofferto alla propria azienda, privata di un fondo che risultava essenziale per la vita stessa dell’attività imprenditoriale.

Come perspicuamente colto dalla dottrina che più approfonditamente si è occupata di tale ultima pronuncia, non può sottacersi che tale precedente, pur senza tralasciarne le peculiarità correlate alla vicenda concreta, è espressivo di principi assolutamente generali che, appunto, sono direttamente ed univocamente orientati a garantire al proprietario espropriato un indennizzo rapportato al valore complessivo delle utilità che il bene ablatto rappresentava in concreto per il proprietario stesso<sup>209</sup>.

Una conferma delle considerazioni appena espresse sembra costituita da altro precedente della corte europea, ancora una volta relativo ad un esproprio operato da un’ autorità amministrativa francese.

Nel caso concreto il provvedimento ablatorio aveva riguardato un’ area inedificabile, un edificio industriale, nonché un appartamento ed il proprietario si era visto riconoscere solo il valore di tali cespiti, ma non un ulteriore indennizzo in relazione al pregiudizio rappresentato dalla perdita dell’affitto relativo all’edificio industriale ed all’area già concessa ad una società che l’aveva adibito a parcheggio capannone ed all’appartamento - anch’esso già concesso in locazione -.

Il giudice nazionale aveva infatti rigettato tale ulteriore voce di danno, sottolineando che secondo il diritto interno il proprietario espropriato non poteva

---

<sup>208</sup> cfr. Corte dir. uomo, 13 maggio 1980, ARTICO C. ITALIA, § 33; Corte dir. uomo 19 dicembre 1989, KAMASINSKI C. AUSTRIA, § 65, v. Corte dir. uomo R. MD. Svizzera, 26 settembre 1997, § 52, e Corte dir. uomo REGNO DEL PARTITO COMUNISTA DELLA TURCHIA E A. CONTRO LA TURCHIA, 30 gennaio 1998, Rapporti 1998-1, § 33.

<sup>209</sup> In definitiva, quel che la Corte europea intende affermare, in maniera univoca, è la protezione effettiva e concreta del proprietario allorchè questi viene privato non tanto del valore astratto del bene quanto quello rappresentato dalla sua destinazione effettiva. In questa direzione, che non sembra soddisfatta dalla semplice valutazione dell’astratta destinazione economica del bene, viene valorizzato il fatto che il bene costituisca “strumento di lavoro” del proprietario attraverso il quale lo stesso ottiene il proprio sostentamento. In tale prospettiva si comprende come il proprietario, nel caso LALLEMENT, possa e debba pretendere un indennizzo addirittura maggiore di quello già liquidatogli che, come si è visto, era ben superiore al valore del terreno. E ciò perché il *quantum* liquidato dall’autorità giudiziaria interna non era stato comunque ritenuto tale da eguagliare la perdita subita per il mancato utilizzo del bene che, in concreto, aveva per l’azienda agricola ubicata in area adiacente una valenza economica assolutamente prevalente solo li potendosi esercitare l’attività di trasformazione del latte.

ottenere l'integrale riparazione delle perdite prodotte dall'espropriazione.

Orbene, Corte dir. uomo 25 aprile 2006, ROUX C. FRANCIA ha escluso che nell'operato del giudice francese risultasse evidente una violazione dell'art. I Prot. n. 1 CEDU. La Corte ha ricordato che in caso d'interferenza con il diritto al rispetto della proprietà, l'atto ablatorio - e le conseguenze patrimoniali dallo stesso prodotte - deve garantire un "giusto equilibrio" tra le esigenze di interesse generale della comunità e le prescrizioni per la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona. Da ciò consegue il diritto dell'espropriato a conseguire un indennizzo ragionevole, non necessariamente correlato al pieno valore di mercato del bene, sul punto spettando agli Stati un ampio margine di apprezzamento.

Secondo il giudice di Strasburgo, nel caso di specie le decisioni del giudice nazionali dovevano ritenersi immuni da vizi. Nè, prosegue la Corte, i ricorrenti avevano provato che le proprietà espropriate erano un "strumento di lavoro" colpito dall' "esproprio" appunto richiamando, a contrario, il caso LALLEMENT C. FRANCIA, di cui si è detto.

Orbene, il composito esame dei precedenti della Corte EDU appena ricordati conferma che l'art. I Prot. n. 1 alla CEDU offre al proprietario una tutela assai accentuata al diritto del proprietario in caso di ablazione, ancorchè legittima, di un bene. Protezione che comprende il bene in una dimensione affatto statica ed anzi dinamica, volta in tal modo a cogliere l'effettiva utilità che il proprietario del bene poteva cogliere nel caso concreto, tanto da dover essere presa in considerazione l'utilizzazione del bene quale strumento di lavoro in caso di esproprio.

Dimensione dinamica e piena del diritto di proprietà che finisce col condizionare il regime stesso dell'indennizzabilità delle aree espropriande o sottoposte a vincoli incidenti sul contenuto della proprietà.

Estremamente importante si rivela la recente sentenza del CGA in tema di indennizzabilità del vincolo a verde pubblico. L'estremo Consesso siciliano superando un precedente orientamento del Consiglio di Stato e della Cassazione, è giunto a considerare la natura espropriativa di tale vincolo, riconoscendo la rilevanza della CEDU e la sua pervasiva portata quanto al contenuto dello stesso parametro costituito dall'art.42 Cost.

Muovendo testualmente dalla natura di diritto fondamentale dell'uomo della

proprietà e riconoscendo che è rimesso all'interprete il delicato compito di distinguere, volta per volta, tra i vincoli conformativi ed i vincoli espropriativi, il CGA ha affermato che tale attività va svolta assumendo a costante parametro di riferimento il contenuto minimo essenziale del diritto dominicale, ormai condizionato dalla matrice sovranazionale che ad esso consegue dalla CEDU e dal riconoscimento del valore di mercato in caso di espropriazione legittima. Da qui la conclusione *“che se l'ente pubblico vuol destinare un'area a uso pubblico (generale) deve procurarne l'espropriazione, non potendo altrimenti costringere il proprietario a comprimere il suo godimento al di là del contenuto minimo essenziale della proprietà. Ciò implica natura ineluttabilmente espropriativa, essendo esso preordinato all'esproprio, del vincolo consistente nella destinazione di un'area privata a “verde pubblico” (nella specie “attrezzato”, cioè che ovviamente avverrà a cura e spese del soggetto pubblico espropriante, o di soggetti concessionari).”*

Occorre a questo punto aprire una breve - e necessaria - parentesi sul diritto dell'Unione europea che, con il ricordato art. 17, ha espressamente riconosciuto in favore del proprietario colpito da un provvedimento ablatorio il diritto ad una giusta indennità.

La presenza, all'interno delle fonti normative di una disposizione - posta, dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona, sullo stesso piano dei Trattati dell'Unione europea quanto a vincolatività - che descrive il contenuto del diritto di proprietà e che impegna tutti gli Stati dell'Unione europea a rispettarla non può essere dunque tralasciata all'atto di individuare la base giuridica sulla quale il proprietario può fare affidamento.

E proprio i circuiti di legalità che ormai collegano le Carte dei diritti fondamentali, nazionali e sovranazionali, i loro reciproci rinvii e le continue dinamiche di cooperazione - diretta o indiretta - fra le Corti impongono di tenere in debito conto anche tale parametro normativo, se proprio si considera che esso tende a fare emergere uno statuto proprietario condiviso dalle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi europei.

Occorre allora ricordare che l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali ricalca le linee fondamentali dell'art. I del protocollo aggiuntivo alla CEDU, tuttavia

prevedendo due rilevanti innovazioni sul versante della tutela del proprietario colpito da un atto ablatorio, riconoscendo esplicitamente per un verso il diritto del proprietario alla giusta indennità e, per altro verso, garantendo effettività al ristoro che dovrà essere versato “in tempo utile”.

Dette modifiche risultano solo apparentemente di basso profilo. Le stesse, in realtà, segnano ulteriormente un’accentuazione verso i profili di “protezione” che descrivono il contenuto minimo del diritto dominicale, lasciando ai margini gli aspetti collegati ad esigenze di natura pubblicistica e/o solidaristica, ulteriormente accentuando un processo che sembrava già essere stato messo in moto dal “giusnaturalistico” art. I Prot. n. 1 alla CEDU.

Sempre muovendo dal dato testuale dell’art. 17, si noterà che rispetto al “diritto al rispetto dei propri beni” previsto dal par.1 del primo protocollo alla CEDU si è introdotto il riferimento al diritto “*di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità*” . Inoltre, al concetto di pubblica utilità che giustifica la privazione della proprietà nell’art. I Prot. n. 1 alla CEDU si giustappone quello di pubblico interesse dell’art.17 dove pure scompare il riferimento al rispetto dei principi generali del diritto internazionale che invece costituiva uno degli elementi portanti dei casi di privazione della proprietà nella disposizione CEDU.

##### **5. *La sentenza SCORDINO e la riforma del sistema indennitario.***

Possiamo a questo punto tornare alla giurisprudenza di Strasburgo sull’indennizzo espropriativo spettante al proprietario. Nella sentenza del 29 marzo 2006 SCORDINO C. ITALIA del 29 marzo 2006 la Grande Sezione ha ribadito, nella sostanza, le conclusioni espresse già all’unanimità dai giudici della Camera che aveva adottato la precedente pronuncia del Luglio 2004 resa fra le stesse parti, fornendo un’interpretazione autentica dei principi espressi in passato in ordine alla misura che l’indennizzo spettante al proprietario attinto da un’espropriazione legittima deve avere per essere in linea con l’art. I Prot. n. 1 alla CEDU.

È stato così ribadito che se il principio del ristoro pieno del valore del bene può subire delle limitazioni nei casi di espropriazione, ciò risulta tollerato quando si adottano misure di riforma economica o misure tendenti a conseguire una maggior

giustizia sociale o quando sono operati cambiamenti fondamentali del sistema quali la transizione dalla monarchia alla repubblica o in caso di adozione di leggi nell'eccezionale contesto della riunificazione della Germania.

Facendo applicazione di tali principi la Corte ha stigmatizzato come nel caso concreto, nel quale si faceva questione di un'espropriazione non agganciata a particolari processi economici e/o politici, la quantificazione dell'indennizzo in misura pari a circa il 50 per cento del valore venale - per di più destinato alla falcidia dell'ulteriore 20% per effetto del carico tributario - aveva prodotto un peso eccessivo e sproporzionato che non poteva essere in alcun modo giustificato in nome del pubblico interesse sotteso alla procedura ablatoria. Doveva pertanto conseguire che la mancanza di un legittimo scopo di pubblica utilità non poteva giustificare un ristoro inferiore al valore di mercato<sup>210</sup>.

Da qui la conclusione che il proprietario era stato sottoposto ad un carico sproporzionato, ottenendo per un'espropriazione che non era rivolta al perseguimento di obiettivi di pubblica utilità un importo di gran lunga inferiore al valore del bene. Emergeva, così, la preoccupazione principale della Corte di Strasburgo orientata ad impedire, nell'ordinamento italiano, l'introduzione in modo indiscriminato di una disciplina fortemente riduttiva dell'indennizzo senza per nulla agganciare tale sistema alla particolare tipologia di esproprio che, sola, avrebbe potuto giustificare lo scostamento dal valore commerciale del bene.

Questa prospettiva di sistema era evidentemente correlata alle numerose cause che pendevano innanzi alla Corte di Strasburgo sullo stesso tema. È per tale ragione che la CEDU esplicita la sua convinzione circa il carattere strutturale della violazione connessa all'introduzione dell'art. 5-bis l. n. 359/1992<sup>211</sup>.

L'affondo più duro mosso al giudice nazionale si consumava nel punto 230 della sentenza SCORDINO, allorché la Corte affermava che *“l'esistenza e la natura sistemica di tale problema non sono state riconosciute dalle autorità giudiziarie italiane”*. L'attenuante che il giudice di Strasburgo riconosceva alla Corte

---

<sup>210</sup> Secondo il giudice di Strasburgo l'applicazione dei criteri contenuti nell'art. 5-bis l. n. 359/1992 rendeva irrilevante, ai fini dell'indennizzo, la tipologia dei lavori di pubblica utilità cui era preordinato l'esproprio. Anzi, era emerso inconfutabilmente che l'espropriazione in oggetto non era stata compiuta “nel quadro di un processo di riforma economica, sociale o politica.

<sup>211</sup> La Corte, inserendosi in un filone giurisprudenziale in cui era stato delineato il ruolo delle c.d. causa pilota - sent. BRONIEWSKI C. POLONIA<sup>29</sup>, SEJDOVIC C. ITALIA E HUTTEN-CZAPSKA C. POLONIA - riconosce che la violazione del diritto del ricorrente trae origine da un problema diffuso causato da una disfunzione dell'ordinamento italiano che ha colpito e potrebbe continuare a colpire in futuro, un gran numero di persone” — p. 229 —.

costituzionale, per avere nelle sue pronunzie (n. 223/1983; n. 283 e n. 442 del 1993) comunque individuato un problema strutturale di fondo cui avrebbe dovuto provvedere il legislatore, non arrivava ad essere una circostanza esimente di responsabilità.

Andare alla ricerca delle ragioni che hanno condotto il legislatore del 2007 a riempire, in tutta fretta, un vuoto normativo che avrebbe determinato la reviviscenza del criterio del valore venale in materia d'indennizzo di immobili edificabili impone di individuare con completezza i suggerimenti che, nemmeno scopertamente, erano giunti dalle istanze sovranazionali e nazionali al fine di eliminare la frattura strutturale emersa fra il sistema di tutela interna offerto al proprietario espropriato e quello garantito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

In questa prospettiva, utile sembra un'analisi che proceda, in modo concomitante, all'esame delle indicazioni fornite dalla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo e da Corte cost. n. 348/2007, anche al fine di constatare che la disarmonia di fondo che aveva caratterizzato la fase iniziale del rapporto fra tali organi giurisdizionali si è tramutata, da ultimo, in sostanziale armonia, confermando riflessioni in altra parte del volume proposte.

Va dunque rammentato che tra le misure di ordine generale che, secondo la Corte di Strasburgo, lo Stato avrebbe dovuto adottare per eliminare la violazione all'art. I Prot. n. 1 prodotta dall'art. 5-bis l. n. 359/1992 - ed anche dall'art. 37 T.U.E. - la Corte europea, con un occhio alle decine di cause che sono già state proposte per i medesimi motivi nei confronti dell'Italia, propose un coacervo di misure riparatorie proprio in ragione del carattere strutturale della violazione, del gran numero di persone coinvolte e dell'esistenza stessa del sistema introdotto dalla Convenzione che sarebbe risultato compromesso da un gran numero di ricorsi originati dalla stessa causa.

Quel Giudice, mosso dal desiderio di *“agevolare la rapida ed effettiva eliminazione della disfunzione constatata nel sistema nazionale di tutela dei diritti umani”* consigliò alle autorità nazionali di assumere tali misure riparatorie in modo da eliminare il contenzioso pendente e potenziale: misure legislative, amministrative e di bilancio che avrebbero dovuto garantire il diritto del proprietario ad un indennizzo *“che abbia un rapporto ragionevole con il valore dei*

*beni espropriati*” e che fosse “*effettivamente e rapidamente tutelato*”.

Esaminando ora i suggerimenti indirizzati al legislatore dalla Corte costituzionale all’atto di dichiarare l’incostituzionalità del criterio indennitario di cui all’art. 5–bis l. n. 39/1992 - e dell’art. 37 T.U.E. - il giudice costituzionale ha sottolineato alcuni passaggi delle sentenze di Strasburgo per consigliare al legislatore un’accorta modifica dei criteri indennitari in materia di aree edificabili, in modo da tenere in considerazione la portata sociale delle finalità pubbliche che si vogliono perseguire.

La Consulta ha tenuto infatti a riaffermare che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l’indennità di espropriazione al valore di mercato del bene abitato. Ciò perché livelli troppo elevati di spesa per l’espropriazione di aree edificabili destinate ad essere utilizzate per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero rappresentare un freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell’iniziativa economica privata.

Se nemmeno può tralasciarsi di considerare il rilievo che nell’ordinamento costituzionale ha la funzione sociale della proprietà, prosegue la Corte, ne dovrebbe derivare una legislazione che, pur ineludibilmente garantendo al proprietario che subisce un’espropriazione isolata un ristoro - sempre agganciato al valore di mercato del bene quale emerge dal suo potenziale sfruttamento non in astratto, ma secondo le norme ed i vincoli degli strumenti urbanistici vigenti nei diversi territori - più consistente rispetto a quello di chi è interessato da piani di esproprio volti a rendere possibili interventi programmati di riforma economica o migliori condizioni di giustizia sociale preveda soluzioni diverse - pur agganciate al parametro del valore venale - per i procedimenti ablatori finalizzati ad attuare importanti bisogni collettivi.

È questa la soluzione che avrebbe dovuto traghettare il sistema interno verso quel giusto mezzo capace al contempo di rispondere ai richiami di Strasburgo e di porsi come misura costituzionalmente corretta. Del resto, prosegue la Corte, ricordando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, criteri di calcolo fissi e indifferenziati rischiano di trattare allo stesso modo situazioni diverse rispetto alle

quali, invece, “*il bilanciamento deve essere operato dal legislatore avuto riguardo alla portata sociale delle finalità pubbliche che si vogliono perseguire, pur sempre definite e classificate dalla legge in via generale.*”

## **6. La Giurisprudenza CtEDU e le ultime dalla Corte Costituzionale sull'indennizzo in materia di fondi agricoli.**

Tanto si è detto e scritto, soprattutto, alcuni lustri fa, sull'indennizzo in tema di fondi agricoli<sup>212</sup>.

A dire il vero, infatti, l'ondata di interesse per la categoria dei suoli agricoli era fortemente scemato allorchè, per effetto del fantomatico art. 5-bis l. n. 359/1992, si era introdotto e sedimentato un sistema che confezionava, all'interno del *genus* delle aree agricole, tutto ciò che non poteva inserirsi nella categoria delle aree edificabili, escludendosi radicalmente l'ammissibilità di un *tertium genus* capace di dare riconoscimento ad utilità e valori diversi da quelli collegati ai prodotti del fondo sul quale era impedita l'edificazione al di fuori di limitate e marginali ipotesi<sup>213</sup>.

Per tal motivo anche le aree prive di vocazione edificatoria dovevano essere valutate secondo i parametri fissati per le aree agricole<sup>214</sup>.

Per la Cassazione, anzi, l'art. 16, commi 4 e 5, della legge 22 ottobre 1971, n. 865, richiamato dall'art. 5-bis l. n. 359/1992, nel disporre che le indennità di espropriazione per le aree esterne ai centri edificati devono essere determinate in conformità ai valori agricoli medi, secondo i tipi di coltura effettivamente praticati, stabilisce dei parametri di valutazione diretti, oggettivi e concreti, in quanto riferiti ai terreni non edificabili, che si contrappongono a quelli previsti per i terreni edificabili - cfr. Cass. n. 17672/2009 -.

---

<sup>212</sup> VIGNALE G., *L'espropriazione per pubblica utilità e le ultime leggi di modifica*, Napoli, 1994, 293 ss. BENINI D., *L'edificabilità dei fondi e l'incidenza dei vincoli urbanistici*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato a Roma dal CSM il 5 ottobre 2004 sul tema *Profili applicativi del t.u. in materia di espropriazione*, in [www.csm.it](http://www.csm.it).

<sup>213</sup> Cfr. Cass. n. 18314/2007 che indica il criterio generale di valutazione stabilito dall'art 39 della legge fondamentale n. 2359 del 1865 nelle sole ipotesi in cui il terreno agricolo o comunque non edificabile venga appreso ed irreversibilmente trasformato dall'amministrazione espropriante pur in mancanza di un titolo legittimo, per effetto della c.d. occupazione espropriativa, ovvero nelle ipotesi in cui trattasi di area (legalmente già) edificata ovvero di immobile destinato a cava, escluso dall'abito di applicazione dell'art. 5-bis d.l. 11 luglio 1992, n. 333, conv. in legge, con modificazioni, dalla l. 8 agosto 1992, n. 359.

<sup>214</sup> In questa prospettiva, l'indirizzo ormai pietrificato del giudice di legittimità riteneva che “*per stabilire l'edificabilità di un suolo espropriato a fini indennitari debbono essere presenti entrambi i requisiti richiesti da tale norma, e cioè la edificabilità “di fatto” e quella legale sicché i suoli che non siano dotati di entrambi i requisiti, ancorché suscettibili di utilizzazione non strettamente agricola, debbono essere sempre valutati secondo parametri omogenei a quelli utilizzati per i terreni agricoli; non è infatti più possibile affermare, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 261/97 sul tema, la esistenza, nell'ordinamento, di un “tertium genus” di terreni, diversi dalle aree edificabili e dalle aree agricole, alle quali debbono dunque essere parificati tutti i suoli non dotati della edificabilità “di diritto”, atteso il carattere soltanto residuale della c.d. edificabilità di fatto*” (cfr. Cass. n. 17672/2009; Cass. 18314/2007; Corte Cost. 261/1997).



Il riferimento al valore agricolo medio, d'altra parte, si considerò come pur sempre agganciato al valore reale del fondo e, dunque, pienamente in linea con le indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale.

All'indomani del terremoto prodotto sul sistema degli indennizzi espropriativi in materia di aree edificabili dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo che può ormai storicamente indicarsi come "fase Scordino" in ragione della fenomenale portata di Corte dir. uomo 29 marzo 2006, SCORDINO C. ITALIA si era cominciato a prospettare un effetto di rimbalzo di tale giurisprudenza sul regime indennitario delle aree agricole, soprattutto rispetto a quelle che venivano ad esse equiparate, pur non essendo destinate materialmente ad attività agricole. Era con riferimento a tale compendio di beni che più direttamente si poneva l'attenzione rispetto ad un sistema indennitario che si distaccava con evidenza dall'effettivo e reale valore del bene.

La Cassazione, tuttavia, si mostrò fin troppo prudente rispetto alla praticabilità di tale opzione già prima di dover riconoscere che quella giurisprudenza europea aveva prodotto effetti devastanti proprio sul tema degli indennizzi di aree edificabili. Scorrendo la giurisprudenza di legittimità ci si accorge, infatti, di quanto il giudice di legittimità abbia praticato, con forza, la teoria dei *distinguishing* per sedimentarsi, alla fine, su una soluzione consapevolmente rivolta ad anestezizzare gli effetti della giurisprudenza di Strasburgo rispetto ai suoli agricoli legittimamente espropriati, malgrado un atteggiamento, di segno contrario, rivolto a valorizzare le pronunzie di Strasburgo soprattutto in un'opera di conformizzazione alla CEDU del sistema di quantificazione del risarcimento del danno da occupazione acquisitiva.

In questa prospettiva, Cass. n. 13199/2006 non aveva difficoltà a sostenere che *"Sono prive di pregio le doglianze mosse dai ricorrenti [...], giacché [...] il dedotto contrasto del sistema indennitario con i principi professati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (da ultimo la Grande Chambre, con sentenza 29 marzo 2006), riguarda il criterio di determinazione dell'indennizzo per le aree edificabili, di cui alla L. n. 359 del 1992, art. 5-bis, comma 1 e 2. Non anche l'indennizzo per i suoli non edificabili, per i quali l'applicabilità delle norme di cui al tit. 2<sup>a</sup> della L. n. 865 del 1971, è stata ritenuta conforme all'art.42 Cost. (Corte cost. n. 355 del 1985), e non risulta oggetto di condanne da parte della Corte di Strasburgo"*.

Tale indirizzo veniva confermato anche dopo la rimessione alla Corte costituzionale della questione relativa alla legittimità del sistema indennitario per le aree edificabili - Cass. n.12810/2006 - per effetto del quale il fantomatico art.5-*bis* sarebbe stato parzialmente caducato da Corte cost. n.348/2007.

Ed infatti, Cass. n. 5219/2007 affermava senza tentennamenti che i tentativi dei proprietari di aree agricole di far capo ad un valore di mercato “reale” attraverso il rinvio alle statuizioni contenute nella sentenza SCORDINO erano “*privi di rilevanza alcuna, posto che tanto la decisione “Scordino” quanto la recente ordinanza 11887/06 di questa Sezione (recante denuncia di irragionevolezza e violazione dell’art. 6 CEDU della applicazione della sopravvenuta regola di cui alla L. n. 359 del 1992, art. 5-bis, comma 7-bis alle controversie pendenti sul risarcimento delle pregresse occupazioni appropriative) non afferiscono certo agli indennizzi da esproprio od asservimento delle aree agricole (che, ieri come oggi, vengono regolati sulla base del rinvio alla L. n. 865 del 1971, art. 16) e sono pertanto richiami privi della benché minima pertinenza”*”.

Era poi Cass. 14 luglio 2009, n. 16414 a ritenere che la scelta del legislatore di suddividere le aree in due sole categorie, costituite la prima da quelle edificabili, e l’altra da tutte le rimanenti, non solo era pienamente conforme alla giurisprudenza costituzionale (Corte cost. n.261/1007) ma lasciava intatta la possibilità di ottenere un indennizzo comunque agganciato al concreto pregiudizio sofferto dall’ablazione dell’area per effetto di meccanismi differenziati che a loro volta tengono conto di una serie di elementi (titolo secondo della L. 22 ottobre 1971, n. 865 per la parte ancora in vigore), le cui applicazioni non restano comunque sottratte al sindacato giurisdizionale sugli atti dell’amministrazione e al potere di disapplicazione del giudice ordinario.

Cass. S.U. n. 22753/2009 ribadiva la bontà delle argomentazioni spese dai precedenti arresti giurisprudenziali - in particolare Cass. n. 16414/2009 -. Chiamate infatti a scrutinare il motivo di ricorso teso a sostenere l’incostituzionalità del criterio di determinazione della indennità di espropriazione mediante il riferimento al valore agricolo medio per violazione dell’art. 42 Cost., dell’art. 117 Cost., comma 1, e dell’art. 3 Cost. per essere il criterio del valore agricolo medio, seguito dalla sentenza per determinare la giusta indennità, contrastante con il principio per il

quale la stessa indennità deve essere pari al valore di mercato del bene ablato, affermato dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 348 e 349 del 2007, con riferimento ai terreni aventi vocazione edificatoria, le S.U. ribadivano le considerazioni recentemente già svolte sulla questione specifica da Cass. n. 16414/2009, ritenendole attuali “*tenuto presente che le pronunce di costituzionalità invocate dai ricorrenti (C. cost. 24 ottobre 2007 nn. 348 e 349) sono state rese con riguardo alla eventualità siano oggetto di espropriazione aree edificabili*”<sup>215</sup>.

È in questo contesto che si inseriscono le ordinanze di rimessione che alcune Corti di appello avevano indirizzato alla Corte costituzionale, sottolineando l'irrazionalità del meccanismo normativo che sganciava la quantificazione dell'indennizzo espropriativo per le aree non edificabili non coltivate dal valore reale del bene.

Corte cost. n. 181/2011, dopo avere chiarito che in relazione al “diritto vivente” la questione di legittimità costituzionale doveva intendersi rivolta non solo nei confronti dell'art. 16 commi quinto e sesto della l. n. 865, ma anche del successivo art. 15, primo comma, secondo periodo come modificato dalla l. 10/1977, che con la prima costituiva un *unicum* inscindibile e complementare, ha quindi rilevato che la giurisprudenza della Corte europea relativa all'indennizzo espropriativo, pur riguardando aree edificabili, non per questo non doveva applicarsi anche ai suoli agricoli ed a quelli non suscettibili di classificazione edificatoria, riferendosi l'art. I del primo protocollo della CEDU con previsione chiaramente generale ai beni, senza operare distinzioni in ragione della *qualitas rei*.

Anzi, secondo la Corte “*non è ravvisabile alcun motivo idoneo a giustificare [...] un trattamento differenziato, in presenza di un evento espropriativo, tra i suoli di cui si tratta (edificabili, da un lato, agricoli o non suscettibili di classificazione edificatoria, dall'altro)*”, risultando quale tratto comune dell'indennizzo espropriativo il “valore di mercato (o venale) del bene ablato”. Tale punto di riferimento, proseguono i giudici costituzionali, “[...] non può variare secondo la natura del bene, perché in tal modo verrebbe meno l'ancoraggio al dato della

---

<sup>215</sup> Il diritto vivente della Cassazione era quindi univocamente orientato a ritenere non solo “[...] conforme alla Carta costituzionale, la distinzione dei suoli in sole due categorie (quella dei terreni edificati e quella dei terreni agricoli)”, ma anche “[...] che per i terreni agricoli la norma positiva, lungi dal prevedere un indennizzo (in caso di espropriazione) irrisorio e in alcun modo ancorato ai valori di mercato, non solo detta una puntuale disciplina diretta all'annuale adeguamento dei valori agricoli medi, ma prevede — altresì — che detti valori siano impugnati nelle competenti sedi allorché erroneamente attribuiti”.

*realtà postulato come necessario per pervenire alla determinazione di una giusta indennità”.*

Per tal motivo la disomogeneità fra aree edificabili e quelle agricole o non edificabili non elide, anche per i suoli agricoli o non edificabili *“l’esigenza che l’indennità si ponga in rapporto ragionevole con il valore del bene”.*

I precedenti “giudicati” - per quanto tale dizione possa utilizzarsi con riguardo alle sentenze di rigetto delle questioni di costituzionalità - della Corte costituzionale che avevano ritenuto pienamente conforme il quadro normativo con l’art. 42 Cost. non costituiscono ostacolo all’accoglimento della questione sollevata sulla base di un parametro costituzionale diverso entrato in vigore con la riforma del Titolo V della Costituzione, successiva alle sentenze appena evocata.

Secondo la Corte, il valore tabellare medio prescinde dall’area oggetto del procedimento espropriativo, ignorando ogni dato valutativo inerente ai requisiti specifici del bene, tralasciando di considerare *“le caratteristiche di posizione del suolo, il valore intrinseco del terreno (che non si limita alle colture in esso praticate, ma consegue anche alla presenza di elementi come l’acqua, l’energia elettrica, l’esposizione), la maggiore o minore perizia nella conduzione del fondo e quant’altro può incidere sul valore venale di esso”.*

L’astrattezza del criterio valutativo elude il ragionevole legame con il valore di mercato, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il “serio ristoro” richiesto dalla giurisprudenza consolidata della Corte Costituzionale.

Per questo motivo, a giudizio della Corte, l’assenza di un riferimento al valore di mercato del bene ablatto impone la caducazione del quadro normativo esistente, pur ricordando Corte cost. n. 181/2011 che il legislatore - al di fuori delle espropriazioni c.d. isolate - potrebbe adottare dei correttivi in diminuzione, in guisa da garantire il “giusto equilibrio” tra l’interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui, ma non completamente elidere il riferimento di base a detto valore di mercato. Da qui l’incostituzionalità delle disposizioni già ricordate per contrasto con l’art.117 1^ comma Cost. e con l’art.42 Cost.59.

D’altra parte, la perdurante efficacia dell’art. 40 comma 1 DPR *ult.cit.* potrebbe

essere ancora interpretata in modo da giustificare una perdurante valenza del principio che esclude per le aree utilizzate o utilizzabili per attività extra agricole l'incidenza della loro possibile o effettiva utilizzazione per attività diverse da quelle agricole. Il che, a dire il vero, snaturerebbe gli effetti e, probabilmente, la ratio della sentenza n. 181/2011.

## CONCLUSIONI

### ALLA RICERCA DI UN NUOVO STATUTO PROPRIETARIO.

Arrivati a questo punto è possibile concludere che, per il sistema convenzionale e per l'ordinamento comunitario, le nuove proprietà e i nuovi beni sono tutt'altro che una suggestione teorica, e si possono invece ritenere "codificati" tanto dalla Carta dei diritti fondamentali quanto dalla CEDU, come interpretate dalla giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo<sup>216</sup>.

Rimangono ora da "valutare" le concrete modalità relative all'ingresso, per via europea e comunitaria, delle nuove proprietà e dei nuovi beni, nel nostro ordinamento e le relative conseguenze in termini di vincolatività e (diretta) applicabilità per gli operatori, a partire dai giudici comuni, "primi chiamati" nella "gestione" di questo sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali.

Come si è premesso, sull'ingresso nel nostro ordinamento delle norme convenzionali e comunitarie in tema di diritti fondamentali e dunque di proprietà, giocano un ruolo essenziale non solo le sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale (a cui sono seguite le pronunce 39/2008, 311 e 317/2009 e 187, 196/2010, e, soprattutto, in chiave ricognitiva, 80/2011), ma anche l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e, in particolare, la radicale modifica dell'art. 6 TUE.

È dunque necessario dare conto di tutti questi sviluppi poiché il loro susseguirsi ha avuto, ma sarebbe più corretto dire, sta avendo, un impatto molto concreto anche sul diverso grado di vincolatività (in senso ampio) all'interno del nostro ordinamento, da una parte, delle norme della Carta di Nizza, ora Carta dei diritti

---

<sup>216</sup> E ciò a fronte, come si è già accennato, di una giurisprudenza costituzionale che non ha saputo dedicare ai nuovi beni altro che l'insufficiente attenzione rappresentata dalle sentenze 20/1978 e 42/1986. Nella sentenza 20/1978, la Corte, nella declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni che vietavano la brevettabilità dei medicinali (nella ricostruzione della Corte si afferma che il divieto origina dalla l. 782/1855 e che il relatore di allora, On.le Luigi Carlo Farini, ritenne di giustificare la limitazione "sulla opportunità di evitare che ciarlatani, speziali e —segretisti||| profittassero dell'attestato di privativa per smerciare prodotti non utili alla salute, e, meno coerentemente, sulla intenzione di rinviare la disciplina della materia ad un "codice sanitario ed igienico" che già si stava approntando"), si pone il problema della categoria di appartenenza dei beni immateriali, e pur affermando che "la peculiarità della categoria dei beni immateriali, suscettibili di simultaneo e plurimo godimento (del resto lo stato di *res communis omnium* è quello definitivo di tutte le invenzioni, siano esse brevettabili o meno) sconsiglia ogni meccanica inserzione negli schemi della proprietà privata o pubblica ex art. 42, primo comma, Cost.", ammette che "per taluni aspetti l'assimilazione è possibile: così per l'espropriazione dei diritti di brevetto, prevista dagli artt. 60 e ss. del r.d. n. 1127 del 1939". L'ammissione ha naturalmente un suo rilievo, ma è certamente insufficiente a fondare considerazioni di valore teorico generale. Nella sentenza 42/1986, la Corte, pur rigettando la questione, afferma, in chiusura della sentenza, prima della motivazione, che: "L'art. 42 comma secondo e terzo, lungi dal porre in dubbio la legittimità della norma impugnata, ne fornisce giustificazione perché anche la titolarità e il godimento dei beni immateriali vanno armonizzati con l'interesse sociale, la cui sussistenza nel caso di specie non compete a questa Corte verificare". Le poche sentenze successive in tema di proprietà industriale (ad es., 236/1996 e 175/2005) segnano invece una marcia indietro e testimoniano tutte della esclusiva riconducibilità dei beni immateriali al valore costituzionale della libertà di iniziativa economica, piuttosto che al diritto di proprietà privata. È giusto darne conto, se non altro, come si diceva, a testimonianza di un'attenzione mancata. Gli esiti di questa giurisprudenza sono però scarsamente servibili sia per l'esiguità del loro contenuto teorico sia per la portata contraddittoria che esprimono

fondamentali dell'Unione Europea, che dopo Lisbona, acquistano valore precettivo e non possono più considerarsi come mero canone interpretativo e, dall'altra parte, delle norme della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, la cui portata, almeno come parametro di riferimento nell'interpretazione dei diritti fondamentali, è destinata ad accrescersi a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e ancor di più lo sarà con l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU.

Ora, per quanto riguarda la generale efficacia delle norme di natura convenzionale, tra cui quelle CEDU, la Corte Costituzionale ha più volte ricordato la “forza giuridica” da riconoscere alle norme internazionali relative ai diritti fondamentali della persona, osservando che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione, non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'articolo 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona, ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'opera di interpretazione a cui sono chiamati in prima istanza i giudici che devono garantire la tutela di tali diritti<sup>217</sup>.

In particolare, poi, come si è già precedentemente osservato, la Consulta, nelle sentenze c.d. gemelle 348 e 349 del 2007, ha affrontato, ma, come si vedrà, non risolto, il nodo del “valore” delle norme della CEDU e della conseguente collocazione delle stesse nel nostro sistema delle fonti<sup>218</sup>.

Precisamente, essa ha affermato che “*il bilanciamento del diritto [...] svolto in passato con riferimento ad altri parametri costituzionali deve essere ora operato*

---

<sup>217</sup> POLACCHINI F., *Cedu e diritto dell'unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

<sup>218</sup> Con la pronuncia della Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, si è deciso che: “È incostituzionale l'art. 5 bis, primo e secondo comma, del d.l. 11 luglio 1992, n. 333, conv. con modif., nella l. 8 agosto 1992, n. 359, nella parte in cui stabilisce un criterio di calcolo dell'indennità di esproprio che non è in —ragionevole legame// con il valore di mercato dell'immobile espropriato”. Con la pronuncia della Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349, si è deciso che: “L'art. 117, primo comma, Cost., condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali, fra i quali rientrano quelli derivanti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui norme pertanto, così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, costituiscono fonte integratrice del parametro di costituzionalità introdotto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la loro violazione da parte di una legge statale o regionale comporta che tale legge deve essere dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, sempre che la norma della convenzione non risulti a sua volta in contrasto con una norma costituzionale”. Pertanto, “È incostituzionale l'art. 5 bis, comma 7 bis, d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, in l. 8 agosto 1992, n. 359, introdotto dall'art. 3, comma 65, l. 23 dicembre 1996, n. 662, nella parte in cui non prevede, per il caso di occupazione acquisitiva, il ristoro integrale del danno subito dal proprietario dell'immobile”. Sui commenti alle due sentenze, cfr., tra i molti, BULTRINI A., *Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 171 ss.; ANGELINI F., *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. un. eur.*, 2008, p. 503 ss.; BARTOLONI E., *Un nuovo orientamento della Corte costituzionale sui rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento italiano?*, in *Dir. un. eur.*, 2008, p. 521 ss.

*tenendo conto della rilevanza degli obblighi internazionali assunti dallo Stato, e cioè dalla regola stabilita dal (...) protocollo addizionale, così come attualmente interpretato dalla Corte europea”.*

La CEDU passa così da criterio interpretativo non vincolante del parametro costituzionale a fonte “costituzionale” vera e propria. Con un “accorgimento”: spetterà alla Consulta, se del caso, verificare se le norme CEDU “*garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana*”; infatti, a differenza che per il diritto UE, quello di fonte CEDU, è norma di diritto internazionale pattizio, il cui ingresso nel nostro ordinamento avviene *ex art. 117, primo comma, Cost.*, e va pertanto sottoposto ad uno “*scrutinio di costituzionalità [che] non può limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma deve estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali*”.

La conseguenza è che le norme CEDU “*rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale*” (sent. 348/07), pur tuttavia, esse costituiscono un vero e proprio parametro (interposto) di valutazione della costituzionalità delle leggi.

Potendosi, forse sostenere, al limite, che le norme CEDU sono solo “provvisoriamente” sub-costituzionali, essendo oggetto di una “prova di resistenza” con la Costituzione (con ogni norma della Costituzione), all’esito della quale, se la prova è superata, il loro *status*, per il contenuto che esse esprimono che ha ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali, diventerebbe di vera e propria norma costituzionale (*rectius, integrerebbe e aggiornerebbe* la norma costituzionale di riferimento), e le norme di legge ordinaria vi si dovrebbero a quel punto necessariamente conformare.

Operativamente, sulla base di queste considerazioni, la Corte costituzionale ha individuato un compito ben preciso che spetta al giudice comune espletare: laddove sia ravvisabile un possibile contrasto tra norma statale e disposizione internazionale, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., il giudice ha il dovere di verificare se tale contrasto non sia in realtà risolvibile in via interpretativa. È, infatti, obbligo del giudice comune interpretare la normativa interna in linea con il diritto internazionale, cercare l’interpretazione conforme a tale diritto e, solo ove ciò non sia possibile, rivolgersi



alla Corte.

La valorizzazione del potere interpretativo dei giudici nella giurisprudenza costituzionale è tale che, nella sentenza n. 239 del 2009, la Corte si spinge fino al punto di ritenere che l'esperimento del tentativo d'interpretazione conforme alla Convenzione sia una condizione necessaria per la valida instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale, ripetendo lo schema che ormai da anni è utilizzato a proposito del dovere di interpretazione conforme a Costituzione. Per superare il vaglio di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, quindi, il giudice deve dimostrare che il tenore testuale della norma interna si oppone all'assegnazione a tale legge di un significato compatibile con la norma convenzionale.

È necessario tenere a mente un tale passaggio perché nella interpretazione delle norme che riguardano i *nuovi beni* e le *nuove proprietà* l'operatività di questa prescrizione si gioca sulla possibilità di utilizzare efficacemente le categorie dell'interpretazione analogica, o comunque estensiva, che, in virtù del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, anche la dottrina più autorevole tenderebbe invece a negare.

Peraltro, come la stessa Corte costituzionale esplicitamente sottolinea, in relazione alla Convenzione, il giudice nazionale non ha soltanto il dovere di interpretare il diritto interno in modo conforme a quello internazionale, ma deve fare ciò tenuto conto della norma convenzionale come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

In particolare, la Corte precisa che tali norme vivono nell'interpretazione che viene data loro dalla Corte europea, nel senso che la loro "peculiarità", nell'ambito della categoria delle norme internazionali pattizie che fungono da norme interposte, "*consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi*".

Su tutti gli organi giurisdizionali nazionali, Corte costituzionale compresa, ciascuno nell'esercizio delle proprie competenze, graverebbe dunque un vincolo interpretativo assoluto e incondizionato alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per la determinazione dell'esatto contenuto del vincolo internazionale.

Appare dunque chiaro che il testo della Convenzione europea vive attraverso le pronunce della CtEDU che lo animano e riempiono di senso e di significato. E, in effetti, se si riporta alla mente la giurisprudenza della Corte EDU sulle *nuove proprietà* e i *nuovi beni*, non si può non convenire che, seppure il testo dell'art. 1 del primo protocollo addizionale non offra alcuno spunto per ricomprendere la categoria delle utilità patrimoniali non corporali nel novero degli oggetti di proprietà, una tale conclusione sia oramai un dato talmente acquisito da potersi dire imprescindibile del significato di quella disposizione della Convenzione.

E ciò trova ulteriore conferma nella giurisprudenza dei giudici comuni: è raro, infatti, che nella motivazione di un provvedimento giurisdizionale un articolo della Convenzione non accompagnato dal riferimento all'orientamento della CtEDU valga da solo a supportare un'interpretazione conforme alla Convenzione della legge interna o la proposizione di una questione di legittimità costituzionale.

Peraltro, la posizione della Corte costituzionale in merito al vincolo ermeneutico gravante sul giudice interno rispetto alla giurisprudenza della CtEDU risulta confermata anche dalle più recenti sentenze nn. 187 e 196 del 2010, di cui può essere utile richiamare alcuni passaggi.

Nella prima delle due pronunce, avente proprio ad oggetto una delle possibili conformazioni della proprietà ai sensi della Convenzione, la Corte costituzionale, dopo aver richiamato e ripercorso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo pertinente alla disposizione che veniva in rilievo nel caso di specie, afferma che: “*Lo scrutinio di legittimità costituzionale andrà dunque condotto alla luce dei segnalati approdi ermeneutici, cui la Corte di Strasburgo è pervenuta nel ricostruire la portata del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione, assunto dall'odierno rimettente a parametro interposto, unitamente all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale, che la stessa giurisprudenza europea ha ritenuto raccordato, in tema di prestazioni previdenziali, al principio inanzi indicato (in particolare, sul punto, la citata decisione di ricevibilità nella causa Stec ed altri contro Regno Unito)*”.

Nella sentenza n. 196/2010 la Corte afferma che “*dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli articoli 6 e 7 della Cedu, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di*

*carattere punitivo – afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*”, vale a dire che proprio dalla giurisprudenza della CtEDU si ricava il principio di diritto applicabile al caso concreto, ovvero l'effettivo contenuto della norma invocata.

Le affermazioni contenute nelle sentenze del 2010 sono indicative di come progressivamente il ruolo della Corte di Strasburgo sia cambiato, non tanto nelle modalità di azione, che si concretizzano nell'accertamento e nella condanna delle violazioni della Convenzione, quanto nel significato sempre maggiore assunto, almeno a detta della Corte costituzionale, dalla sua *attività interpretativa*. Come è noto, non esiste per la CEDU un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE), che permetta al giudice di rivolgersi alla Corte qualora abbia un dubbio interpretativo, ma la prassi ha determinato nel tempo un legame altrettanto forte, che permette al giudice comune, evidentemente con uno sforzo interpretativo, di trarre dalla giurisprudenza della Corte (quasi) lo stesso risultato che si potrebbe ottenere per il tramite di un rinvio pregiudiziale. E questa prassi oggi non solo è espressamente riconosciuta dalla Corte costituzionale, ma è dalla stessa configurata come un procedimento obbligato.

Sul piano sostanziale della tutela dei diritti, e in particolare del diritto di proprietà, si può affermare che, per questa via, è la stessa nozione costituzionale di proprietà ad essere di fatto *integrata e aggiornata* con il concetto di proprietà proprio della CEDU, così come fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ed è evidente, come si è già avuto modo di accennare, che una tale integrazione è destinata ad andare via via aumentando, anche a seguito dell'inclusione della Carta di Nizza, ora Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea – la cui nozione di proprietà è in gran parte mutuata proprio dalla giurisprudenza CEDU – all'interno dei trattati istitutivi delle comunità europee.

Se così è, con riferimento alle *nuove proprietà* e ai *nuovi beni*, per i quali la giurisprudenza di Strasburgo ha effettivamente svolto una funzione non solo interpretativa ma creativa del diritto, si potrebbe concludere che si sta sviluppando un filone di tutela i cui effetti nel nostro ordinamento, dove la connotazione feticista della proprietà è la regola, rischiano a questo punto di essere molto rilevanti. Come si vedrà nel successivo e conclusivo capitolo, molte di quelle che in questa ricerca si

sono definite *proprietà nascoste* sono, per il tramite delle norme comunitarie e convenzionali, ora destinate a divenire *proprietà* a tutti gli effetti, con le conseguenze in tema di applicazione delle garanzie minime di istituto che sono immaginabili.

Se come si è già accennato quindi, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009, ha avuto tra i suoi effetti immediati quello di attribuire alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea il medesimo valore giuridico dei Trattati (nuovo art. 6, primo comma, TUE), così da rendere le sue disposizioni direttamente operanti nel nostro ordinamento con il grado e la forza delle norme comunitarie (e cioè, ai sensi dell'art. 11 della Costituzione).

Non altrettanto può invece dirsi per la Convenzione.

Il Trattato, modificando anche il secondo e terzo comma dell'art. 6 TUE, ha infatti, da una parte, fissato l'obbligo di adesione dell'Unione alla Convenzione e, dall'altra parte, riaffermato che le norme CEDU “*fanno parte*” del diritto dell'Unione in quanto principi generali, così lasciando intendere che, in via immediata, le norme CEDU hanno comunque valore di norme di principio, mentre, all'atto dell'adesione, entreranno a tutti gli effetti a far parte dell'ordinamento comunitario.

Se a questo si aggiunge poi che la Carta dei diritti fondamentali, nel suo *Preambolo*, fa propri i diritti derivanti dalla Convenzione come interpretati dalla Corte di Strasburgo e che, comunque, la Convenzione è ancora a tutti gli effetti fonte di diritto internazionale pattizio, ne risulta che non è affatto immediato stabilire, oggi, quale sia il rango delle norme CEDU all'interno del nostro ordinamento, e, in definitiva, se, a seguito della sovrapposizione di tutte queste disposizioni, nessuna delle quali sembra compiutamente dialogare con l'altra, possa ancora considerarsi attuale la soluzione “*faticosamente*” prospettata dalla Corte costituzionale nelle sentenze 348 e 349 del 2007, secondo cui tali norme, rispetto alla Costituzione, sarebbero “*semplicemente*” norme interposte.

Una prima controversa risposta a questi interrogativi – di cui è interessante dare conto perché viene dai giudici comuni nella loro qualità di primi interpreti delle norme CEDU, e soprattutto delle norme interne *come interpretabili* alla luce delle norme convenzionali – è ascrivibile a due pronunce, rispettivamente, del T.A.R.

Lazio del maggio 2010 e del Consiglio di Stato del mese di marzo sempre del 2010.

In particolare, a giudizio del T.A.R. non si può non tenere conto della profonda novità costituita dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – e in particolare del nuovo art. 6, secondo e terzo comma, TUE – e si dovrà ora considerare che “[I]e norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione [...] in forza del diritto comunitario [...]”.

Per l'effetto, sempre secondo il T.A.R. citato, “*Si aprono quindi inedite prospettive per la interpretazione conformativa, ovvero per la possibile disapplicazione, da parte del giudice nazionale, delle norme nazionali, statali o regionali, che evidenzino un contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, a maggior ragione quando (...) la Corte di Strasburgo si sia già pronunciata sulla questione*”.

E una rilevante conseguenza sarà che “*ciò [i.e., interpretazione conformativa o disapplicazione, a seconda del caso] potrà avvenire in via generale per tutti i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, e non più, come è finora avvenuto, solo nei casi in cui un diritto fondamentale della Convenzione abbia acquisito una specifica rilevanza nel diritto dell'Unione mediante il recepimento in una norma comunitaria, ovvero mediante il suo impiego, quale principio generale, in una decisione della Corte di Lussemburgo*”.

La conclusione che ne sembra discendere è che la disposizione di cui al nuovo art. 6, terzo comma, TUE, indipendentemente dall'adesione dell'Unione alla CEDU, ha determinato, di fatto, la “comunitarizzazione”, sia pure a livello di principi generali di diritto dell'Unione europea, delle disposizioni della CEDU. In questo modo, le norme della Convenzione assumerebbero una diretta ed immediata efficacia all'interno dell'ordinamento nazionale, e ciò anche senza il limite che il diritto fondamentale sancito dalla Convenzione abbia acquisito una specifica rilevanza nel diritto dell'Unione mediante il recepimento in una norma comunitaria, ovvero mediante il suo impiego, quale principio generale, in una decisione della Corte di Lussemburgo.

Anche il Consiglio di Stato, in una sentenza di poco successiva, sembrava aver aderito a una tale ricostruzione. In un passo delle motivazioni si può infatti leggere che “*in questa fase del giudizio la sezione deve fare applicazione dei principi sulla*

*effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall'art. 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009)''.*

Il meccanismo operativo, come si può ricavare dalle motivazioni citate, è dunque quello del richiamo in via diretta delle norme CEDU interessate, accanto alle norme costituzionali di riferimento (senza la necessità di operare una verifica, come nel sistema delle sentenze 348 e 349, circa la conformità di tali principi a tutte le altre norme costituzionali), e della diretta applicazione di tali norme nell'ordinamento interno, come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Un tale orientamento, certamente affascinante per le prospettive di interpretazione evolutiva dei diritti fondamentali che offrirebbe – soprattutto nel senso di rendere pressoché certa, a quel punto, l'effettività del principio del “massimo standard di tutela”, dando al giudice comune la possibilità di scegliere, cumulativamente o alternativamente, tra Costituzione, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e CEDU – è invece molto discutibile sul piano della teoria delle fonti, e, di fatto, è oramai superato dalla nota sentenza della Corte costituzionale 80/2011, secondo cui, dopo Lisbona: *“la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea deriva (o deriverà) da tre fonti distinte: in primo luogo, dalla Carta dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza), che l'Unione «riconosce» e che «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; in secondo luogo, dalla CEDU, come conseguenza dell'adesione ad essa dell'Unione; infine, dai «principi generali», che – secondo lo schema del previgente art. 6, paragrafo 2, del Trattato – comprendono i diritti sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”*, ma, come precisato dalla Consulta, continuando la Carta, la CEDU, come richiamata, e i principi generali dell'ordinamento comunitario, ad avere rilievo nell'ordinamento interno unicamente con riferimento alle materie di competenza dell'Unione, e continuando la CEDU, al di fuori del contesto comunitario, ad entrare nel nostro ordinamento con le regole dell'art. 117 Cost., e quindi come norma interposta.

Ora, senza voler prendere posizione rispetto a questo complesso quadro di disciplina dei rapporti tra ordinamento interno, ordinamento comunitario, e sistema CEDU, da una parte, e tra tali ordinamenti in combinato disposto tra loro, dall'altra, e rispetto agli effettivi mutamenti che in questo contesto il Trattato di Lisbona ha determinato – prospettiva questa che esulerebbe dal perimetro della ricerca e implicherebbe di porsi su di uno stretto piano di *teoria delle fonti* – è invece interessante notare che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, almeno su di un piano di *teoria dell'interpretazione*, in cui rileva maggiormente la prospettiva assiologica dei diritti, che non quella astratta-formale dei rapporti interordinamentali, ha in effetti reso (ancora più) evidente che il campo dei diritti fondamentali, e dell'interpretazione di tali diritti, è sfuggente alle barriere tra ordinamenti, e così, ad esempio, la messa a punto dei rapporti tra CEDU e diritto dell'Unione precede e condiziona il modo di essere dei rapporti tra CEDU e diritto interno e, sempre rimanendo sul piano dell'interpretazione, il riparto delle competenze stabilito dai Trattati e ribadito dalla Carta, non appare più così netto, soprattutto tenendo presente che, in un sistema così fatto, è in aumento, ed è destinato ad aumentare il meccanismo dei richiami “circolari” che le giurisprudenze si fanno a vicenda.

E dunque, nella prospettiva che si è appena accennata, anche a voler rimanere prudentemente ancorati alle conclusioni della sentenza della Corte costituzionale 80/2011 (che esclude l'applicabilità in via diretta delle norme convenzionali e ribadisce invece che tali norme vanno considerate alla stregua di parametro interposto e dunque aventi rango “sub-costituzionale”), ciò che risulta è comunque un quadro di stretta connessione, se non a livello astratto-formale di *norme*, certamente tra i *diritti* dei diversi ordinamenti, “*tanto nella fase ascendente (di giustificazione delle argomentazioni portate a sostegno del dispositivo), quanto nella fase discendente (del precipitato della decisione sul ruolo dei giudici comuni nell'attuazione delle sentenze e del disposto convenzionale)*”.

Per la precisione, il grado di connessione dei diritti nella fase “*ascendente*” si va consolidando, da una parte, nel senso che per la Corte costituzionale l'esclusione della idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale considerato è dalla stessa Corte ormai ritenuta eventualità “*eccezionale*”, e,

dall'altra parte, nel senso che, nello specifico, la Corte, nei giudizi di costituzionalità in cui la norma convenzionale è norma interposta, ha mostrato di esercitare un *self restraint* generalmente molto meno intenso rispetto ai casi in cui, anche su questioni simili, si era trovata a dover decidere in autonomia.

L'integrazione poi si va intensificando nella fase "*discendente*" nel senso che i giudici comuni sono sempre più portati a esercitare il ruolo di "*giudice comune della Convenzione europea*" a ciò legittimati dalla stessa Corte costituzionale secondo cui, non solo "*il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la praticabilità di un'interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica*", ma deve verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile "*attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo*".

A prescindere dunque dalle conseguenze (o non conseguenze rispetto alla CEDU) che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona reca con sé da un punto di vista di teoria delle fonti, ciò che si sta invece verificando è che, anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le fonti europee e comunitarie in materia di diritti fondamentali stanno andando assumendo la natura di canone interpretativo (sempre più) vincolante sia per i giudici comuni chiamati in prima battuta ad uniformare le norme di diritto interno, sia per i giudici costituzionali, e quello che in effetti si va verificando sembrerebbe un processo di integrazione e aggiornamento continuo degli stessi precetti costituzionali sui diritti fondamentali.

Tornando ora a volgere lo sguardo alla materia delle nuove proprietà e dei nuovi beni è forse possibile immaginare che, l'ampia nozione di bene ricavabile dalle norme europee (comunitarie e CEDU) sul diritto di proprietà (come interpretate dalle rispettive corti) di cui abbiamo dato conto, consolidi quella prassi giurisprudenziale che anche all'interno del nostro ordinamento, è portata ad ammettere che si possa in taluni casi derogare alla stretta applicazione del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, nel tentativo di ricomporre un sistema, quello della proprietà, che, in definitiva, come è stato ricordato, per continuare ad avere un senso, anche nell'era dell'immateriale, dovrà pur sempre avere la funzione di distinguere e regolare le "cose" che appartengono a qualcuno, sia esso soggetto



pubblico o privato, individuale o collettivo, dalle “cose” che non possono invece appartenere a nessuno, come l’aria, l’acqua del mare, il sole.

Nelle conclusioni qui rassegnate si è tentato, con riferimento a casi concreti, di sperimentare la possibile tenuta di un simile esito, di verificare cioè se e in che modo, in presenza di una lacuna normativa del sistema, che attiene alle *nuove proprietà* e ai *nuovi beni* nella nozione che se ne è data nella presente ricerca, il giudice possa provare ad utilizzare l’interpretazione dell’art. 1 Primo protocollo datane dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per tentare di ricavare la norma mancante o incompleta dell’ordinamento interno.

Non resta, allora, che attendere i successivi sviluppi, ancora una volta certi che i circuiti di legalità che pongono i diritti fondamentali al centro del sistema continueranno a produrre risultati sempre più fecondi per la protezione dei valori fondamentali e della proprietà secondo scansioni e modalità ancora tutte da decifrare.

## BIBLIOGRAFIA

- AHRENS H., *Filosofia della storia della proprietà*, in appendice al *Corso di diritto naturale o di filosofia del diritto*, trad. it. della sec. ed., 1846, 219 ss.;
- ALESSI R., *I mezzi dell'azione amministrativa*, Bologna, 1957; ALLEGRETTI U., *Commento all'art. 119 Cost.*, in *Le Regioni, le Province, i Comuni, Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna – Roma, 1985, 335 ss.;
- ALPA G. (e. BESSONE M.), *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Padova, 2004;
- ALPA G., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993;
- AMIRANTE C., *I diritti umani fra legislazione e giurisdizione*, in *La protezione*;
- AMOROSINO S., *I beni autostradali*, in AA.VV., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego. Annuario 2003 AIPDA*, Milano, 2004, 47 ss.;
- ANGELINI F., *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 503 ss.;
- ANNUNZIATA M., *Dubbi e incertezze sull'assetto della proprietà nell'occupazione seguita da costruzione di opere pubbliche — Riv. giur. edilizia*, 1987, fasc. I, 821;
- ANTONIOL M., *L'articolo 42-bis dpr n. 327/2001. La nuova acquisizione sanate coattiva*, Padova, 2011;
- ARE M., *Beni immateriali*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 244 ss.;
- ARRIGONI R., *Patrimonio S.p.A. e Infrastrutture S.p.a.: nuovi modelli di partecipazione pubblica*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2002, VII, 587 ss.;
- ARSÌ M., *I beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Tratt. dir. amm. Dir. amm spec.*, II, Milano 2003, 1759 ss.;
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960;

- AULETTA G., *Azienda, opere dell'ingegno e invenzioni industriali – Concorrenza*, volume del *Commentario al Codice civile*, a cura V. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1958;
- BALDASSARRE A., *Proprietà (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 1 ss.;
- BALDASSARRE A., *Proprietà— Enc. giur.*, Roma, XXV, 1991, 10.
- BALDASSARRE A., *Proprietà. I. Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1992;
- BALUCANI L., *Patrimonio dello Stato e degli enti pubblici*, in *Nov. Dig. It.*, Appendice V, Torino, 1984;
- BANI E., *Le strutture per la gestione delle dismissioni immobiliari dello Stato e per la “valorizzazione” del patrimonio pubblico*, in G. COLOMBINI (a cura di), *La nozione flessibile di proprietà pubblica*, Milano, 2008, 155 ss.;
- BARCELLONA M., *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, 607 ss.;
- BARCELLONA P., *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Dig. Disc. Priv. – sezione civile*, XV, Torino, 1997;
- BARCELLONA P., *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XV, Torino, 1997, 456 ss.;
- BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Milano, 2004;
- BARTOLINI A., *Le acque tra beni pubblici e pubblici servizi*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 225 ss.;
- BARTOLOMEI F., *L'espropriazione nel diritto pubblico*, Milano, 1966;
- BARTOLONI E., *Un nuovo orientamento della Corte costituzionale sui rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento italiano?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 521 ss.;
- BELFIORE G., *L'Espropriazione fra costituzione e CEDU*, in *All'incrocio*;
- BELLANTUONO D.– COSTANTINO M. – PARDOLESI R., *I beni in generale*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol VII,

II ed, Torino, 2002, 3 ss.;

- BENEDETTI A., *I mercati comunali all'ingrosso nel contesto evolutivo di riforma del regime del demanio pubblico*, in A. MARZANATI – S. ZANI (a cura di), *Natura e regolamentazione dei mercati e centri agroalimentari all'ingrosso*, Santarcangelo di Romagna, 2009, 175 ss.;
- BESSONE M. (e ALPA G.), *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Padova, 2004;
- BIAGINI A. – TREBESCHI S., *Il patrimonio immobiliare storico artistico e culturale dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988;
- BIANCA M. C., *Diritto civile. La proprietà*, vol. VI, Milano, 1999, 147 ss.;
- BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al diritto*, Napoli, 2008;
- BIFULCO R. (CARTABIA M. e CELOTTO A.), *Introduzione*, in *L'Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 2001, Bologna, 3 ss.;
- BILANCIA F., *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. il diritto di proprietà nella CEDU— Riv. trim. dir. pubblico*, 3/2003;
- BILE F., *Interpretare e giudicare: tecnica e valori in tre vicende esemplari*, in *Giust. civ.*, 2011, 3, 126;
- BIN R., *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000/14, 17;
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2011, 550;
- BIONDI B., *Cosa corporale ed incorporale (diritto civile)*, in *Nss. Dig. It.*, IV, 1017);
- BLOTTA B., *Sull'effettività del vincolo di indisponibilità dei beni pubblici destinati ad un pubblico servizio*, in *Foro amm.*, 1976, III, 1200 ss.;
- BOGNETTI G. – GERELLI E. (a cura di), *Beni pubblici. Problemi teorici e di gestione*, Milano, 1974;
- BOGNETTI G., *Proprietà e libertà. A proposito delle strutture giuridiche dell'economia americana*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1976, 32-33, 1-91;
- BONATTI S. – CIVITARESE MATTEUCCI S., *Proprietà immobiliare (vincoli e limiti)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, III, 2007, 1555 ss;

- BORGIO M., *Occupazione acquisitiva, occupazione usurpativa, acquisizione coattiva sanante ex art. 43 t.u. espropri: il punto della situazione alla luce della più recente giurisprudenza nazionale ed europea; il problema della trascrivibilità dell'atto ricognitorio dell'occupazione acquisitiva ed il regime fiscale (imposta di bollo ed imposte ipotecarie) del predetto atto—Riv. amm. R. It.*, 2006, II fasc. 3–4, 315;
- BOYLE J., *The second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law & Cont. Prob's*, 2003;
- BRANCASI A., *La cartolarizzazione dei beni pubblici di fronte all'ordinamento comunitario*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), I, 2003;
- BRIGNOLA S., *Cave e torbiere*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988;
- BRUSCUGLIA L. – GRISI G. - SCOZZAFAVA O.T. (a cura di), *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato: Atti Convegno Pisa 7-8 aprile 2006*, Napoli, 2007, 27 ss.;
- BULTRINI A., *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 700 ss.;
- BULTRINI A., *Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2008, 171 ss.;
- BUONOMO F., *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005;
- BUSCEMA A., *Patrimonio dello Stato e degli enti pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl*, XI, Torino, 1996;
- BUSCEMA S., *Trattato di contabilità pubblica. La contabilità delle Regioni*, III, Milano, 1984, 810 ss.;
- CALSOLARO O. M., *Amministrazione e uso del demanio: alla ricerca dell'interesse pubblico*, in *Foro amm. – CdS*, 2007, 1036 ss.;
- CAMMARANO G., *Saggio sulla pubblicità dei beni pubblici*, Roma, 1965;
- CAMMEO F., *Demanio*, in *D.I.*, IX, Torino, 1898, *ad vocem*;
- CANDIAN A. - GAMBARO A. – POZZO B., *Property, proprietà, eigentum*, Padova, 1992;

- CANDIAN A. (GAMBARO A. e POZZO B.), *Property, Proprietà, Eigentum*, Padova, 1992;
- CANEPA A., *L'articolazione del patrimonio regionale attuale tra problemi di ripartizione delle competenze e leale collaborazione*, in G. COLOMBINI, (a cura di), *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di diritto interno ed internazionale*, Milano, 2008, 273 ss.;
- CAPOTOSTI P. A., *Le foreste tra Stato e Regioni: un conflitto di attribuzione proprio inammissibile?* (Nota a C. Cost. 6 maggio 1976, n. 111), in *Giur. Cost.*, 1976, 1456 ss.;
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979;
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 769;
- CARNELUTTI F., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1913, I, 354 ss.;
- CARTABIA M., (BIFULCO R. e CELOTTO A.), *Introduzione*, in *L'Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, Bologna, 2001, 3 ss.
- CASANOVA M., # *Le imprese commerciali*, Torino, 1955;
- CASCIONE C.M., *Garanzie e nuovi beni. Sulla collateralizzazione di nomi di dominio, pagine web, banche dati*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010, 3, 69 ss.;
- CASCIONE C.M., *I domain names come oggetto di espropriazione e di garanzia: profili problematici*, in *Dir. Inf. Inf.*, 2008, 25 ss.;
- CASCIONE C.M., *I nomi a dominio aziendali*, in G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011, 400 ss.;
- CASCIONE C.M., *Il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, in *Dir. Inf.*, 2005, 1 ss.;
- CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 178 ss.;
- CASINI L., *Beni culturali, Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, 2007, Milano;
- CASSARINO S., *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962;
- CASSESE S.– DE RUVO S. – D'AGOSTINI F. A., *Relazione conclusiva della Commissione di indagine sul patrimonio immobiliare pubblico*, in *Riv.*

- trim. dir. pubbl.*, 1986, IV, 1117 – 1169 e 1988, I, 171 – 251;
- CASSESE S., *I beni culturali. Sviluppi recenti*, in M.P. CHITI (a cura di), *Beni culturali e Comunità europea*, Milano, 1994, 343 ss.;
  - CASSESE S., *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1967;
  - CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 389;
  - CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003;
  - CASTORINA E. –CHIARA G., in *Il codice civile – commentario – artt. 822-830*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER e continuato da F.D. BUSNELLI, Milano, 2008;
  - CELOTTO A. (CARTABIA M. e BIFULCO R.), *Introduzione*, in *L'Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 2001, Bologna, 3 ss.;
  - CENSINI M., *Iura ad rem ed aspettative reali*, in A. GAMBERO, U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2012, 423 ss.;
  - CERULLI IRELLI V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983;
  - CERULLI IRELLI V., voce *Beni pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, Utet, 1997, 273;
  - COLOMBINI G., *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici*, in *Dig. pubbl.*, V, Torino, 1990, 1 ss;
  - COLOMBINI G, a cura di, *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di diritto interno ed internazionale*, Milano, 2008;
  - COLOMBINI G., *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Napoli, 2009;
  - COMPORTI M., *Relazione introduttiva*, in *La proprietà nella carta europea dei diritti fondamentali*, atti del Convegno di Studi organizzato presso l'Università degli Studi di Siena il 18-19 ottobre 2002, a cura di M. Comporti, Milano, 2005, 1 ss.;
  - CONTI R, (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori. Beni, limiti, tutela nazionale e sovranazionale*, Milano, 2009, 254;
  - D'ADDINO SERRAVALLE P., *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica, Profili sistematici*, Napoli, 1999;
  - DE NOVA G., *I nuovi beni come categoria giuridica*, in G. DE NOVA, B.

- INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, 12;
- DORFMAN A., *Private Ownership*, in *Legal Theory*, Cambridge University Press, 16, 2010, 1-35;
  - ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958;
  - FERRARA F., *L'usufrutto dei crediti*, in *Riv. It. Sc. Giu.*, 1904, 407 ss.;
  - FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, Roma, 1921, 360 ss.;
  - FLETCHER B.B., *A Tribute to Charles Reich*, in *University of San Francisco Law Review*, 1990, 242 ss.;
  - FLORIDIA G., *Il codice della proprietà industriale: disposizioni generali e principi fondamentali*, in *Dir. Ind.*, 1, 2005, 11, ss.;
  - GALGANO F., *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. I, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Padova, 1999, 324;
  - GALIMBERTI A., *Cellule umane senza brevetto. Bocciata la cura del morbo di Parkinson attraverso le staminali*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 marzo 2011;
  - GALIMBERTI A., *Staminali. No al brevetto quando c'è la distruzione dell'embrione*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 ottobre 2011;
  - GAMBARO A. (CANDIAN A. e POZZO B.), *Property, Proprietà, Eigentum*, Padova, 1992;
  - GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995;
  - GAMBARO A., *La proprietà*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 1990, 67 ss.;
  - GAMBARO A., *La proprietà*, Milano, 1990;
  - GAMBARO A., *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in *Clausole e principi generali*, a cura di CABELLA, PISU e NANNI, Padova, 1998, 245 ss.;
  - GARELLI E. (e MURARO G.), *Verso un'economia immateriale*, in *Dalle res alle new properties*, a cura di G. De Nova, B. Insitari, G. Tremonti, G. Visentini, Milano, 1991, 20 ss.;
  - GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Firenze, 2000, 193;



- GHIDINI G., CAVANI G., *Introduzione*, in G. GHIDINI, G. CAVANI (a cura di), *Brevetti e biotecnologie*, Luiss University Press, 2008, 9.;
- GIANELLI A., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 698 ss.;
- GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. Dir.*, 1971, 443 ss. (ora riprodotto in *Scritti, Volume Sesto, 1970-1976*, Milano, 2005, p. 187-245);
- GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance*, Parigi, 1960;
- GRECO P., *Beni immateriali*, in *Nss. Dig. It.*, Torino 1958, 356 ss.;
- GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006;
- GROSSI P., *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1976-77, 219 ss.;
- GROSSI P., *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977;
- GUARNIER T., *Un ulteriore passo verso l'integrazione CEDU: il giudice nazionale come giudice comune della Convenzione?*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), nota a commento della sentenza C. cost. 113/2011;
- HANSMANN R., KRAAKMAN H., *Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus. Problem and the Divisibility of Rights*, Harvard Law School, Research paper 037, 2002;
- HARDIN G., *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 1246 ss.;
- HARRIS J.W., *From Genes to Pension Funds*, London-The Hague-Boston, 1998;
- HELFER L., *The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, 2008, 4;
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Barti-Roma, 1998;
- KOHLER J., *Manuale delle privative industriali* (trad. ital.), Milano, 1914;
- LAWSON F.H., *Common Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, *Property and Trust*, c. 2° *Structural Variations in Property Law*, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen-Mouton-The Hague-

Paris, s.d.;

- LUCARELLI A., *Art. 17, in L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, Bologna, 2001, 139 ss.;
- LUCAS A., *The Currency of Sex. Prostitution, Law and Commodification*, in M.M. ERTMAN & J.C. WILLIAMS (eds), *Rethinking Commodification*, New York University Press, 2005, 248;
- LUCIANI M., *Corte costituzione e proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1977, 1345 ss.;
- LUNA R., *Banche dati. Così gli archivi gratis sul web cambieranno le nostre vite*, in *La Repubblica*, 18 ottobre 2011;
- LUZZATTO R., *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, spec. p. 17 ss.;
- MACARIO F., *Art. 42, Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2005;
- MANFRELOTTO R., *Per una sintesi tra iniziativa economica privata e utilità sociale*, in S. PRISCO (a cura di), *Unione europea e limiti sociali del mercato*, Torino, 2002, 45 ss.;
- MANZELLA A., *Dal mercato ai diritti*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, a cura di A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, Bologna, 2001, 29 ss.;
- MARELLA M.R., *Bocca di rosa, Roxanne e le altre. Considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata*, in *Polemos*, 2/2008;
- MARINELLI F., *Gli usi civici*, Giuffrè, Milano, 2003;
- MATTEI U., *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2012;
- MATTEI U., *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2001;
- MATTEI U., *Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato*, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997, 22;
- MAZZIOTTI M., *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956;
- MENGONI L., *Proprietà e libertà*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988, 427 ss.;
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970;

- MESSINETTI D., *Beni immateriali*, in *Enc. Giur.*, vol. V, Roma 1989, *ad vocem*;
- MESSINETTI D., *Oggettività giuridica delle cose incorporeali*, Milano, 1970;
- MEZZANOTTE C., *Intervento*, in *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995;
- MONCERI F., *Servizi pubblici ed istanze sociali nella costituzione economica europea*”, Edizioni ETS, Milano, 2010;
- MORELLO U., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2010, 81;
- MORELLO U., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2010, 81;
- MOSCARINI A., *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 181;
- MOTZO G. (e PIRAS A.), *Espropriazione e pubblica utilità*, in *Giur. cost.*, 1959, 151 ss.;
- NAPOLI C., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Quad. Cost.*, 2008, 137 ss.;
- NAPOLITANO G., *La Patrimonio dello Stato Spa, tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 541 ss.;
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003;
- NERGELIUS J., POLICASTRO P., UBATA K. (eds), *Challenger of multilevel constitutionalism*, Polpress Pub., Kraków, 2004;
- OPPO G., *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Padova, 1969, 1419 ss.;
- OPPO G., *Sui principi generali del diritto privato*, in *Scritti giuridici*, col. VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000;
- PASCUZZI G., *Il diritto dell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2002 (nuova ed. 2006), 93;
- PATRONI GRIFFI F., *La giustizia costituzionale in trasformazione: la*

- Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 19 ottobre 2011;
- PERLINGIERI P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, 1992, 126;
  - PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 457 ss.;
  - PIGNATELLI N., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della —interposizione// (e del giudizio costituzionale)*, in *Quad. Cost.*, 2008, 140 ss.;
  - POLACCHINI F., *CEDU e diritto dell'Unione Europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).;
  - PUGLIATTI S., *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 1-52;
  - PUGLIATTI S., *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1954;
  - PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964;
  - PUGLIESE G., *Dalle —res incorporales// del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. Trim.*, 1982, 1137 ss.
  - PULITINI F., *Logica economica e strutturale dei diritti. Le New Properties e il decentramento delle scelte pubbliche*, in *Dalle res alle new properties*, a cura di G. De Nova, B. Inzitari, G. Tremonti, G. Visentini, Milano, 1991, 67 ss.;
  - RADIN M.J., *Contested Commodities: The Trouble with Trade in Sex, Children, Body Parts, and Other Things*, Harvard University Press, 1996;
  - REICH C., —*The New Property// after 25 years*, in *University of San Francisco Law Review*, 24, 1990, 232 ss.;
  - REICH C., —*The New Property//*, in *The Yale Law Journal*, 1964, Vol. 73, No. 5, pp. 733-787;
  - RENZI G., *Il materialismo critico*, Casa del Libro, Roma, 1934;
  - RESCIGNO P., *Gli interessi e il diritto: qualificazione e tutela*, in *(L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica)*, a cura di S. CASSESE, G. CARCATERRA, M. D'ALBERTI, A. BIXIO, Bologna,

- 1994, 155 ss., ed ora) in *Persona e comunità*, III [1988-1999], Padova, 1999, 542 ss.;
- RESCIGNO P., *L'autonomia dei privati*, in (*Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1968, 529 ss., ed ora in) *Persona e comunità*, II [1967-1987], Padova, 1988, 422 ss.;
  - RESCIGNO P., *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. Dir. civ.*, 1972, 46 ss.;
  - RESCIGNO P., *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, 209 ss.;
  - RESTA G., *Do we own our bodies? Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopo di ricerca e sfruttamento industriale*, in *Studi in onore di Nicola Lipari*, vol. II, Milano, 2008, 2437, e ora anche in *Polemos*, 2/2008, 115;
  - RESTA G., *L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, 21 ss.;
  - RESTA G., *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011, 69
  - RICOLFI M., *Il diritto d'autore*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2001, 460 ss.;
  - RIDOLA P., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le —tradizioni costituzionali comuni// degli Stati membri*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, a cura di S. Panunzio e E. Sciso, Milano, 2002, 83 ss.;
  - RODOTÀ S., *Art. 42*, nel volume *Rapporti economici*, a cura di F. Galgano e S. Rodotà, del *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Roma-Bologna, 1989;
  - RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981;
  - RODOTÀ S., *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 5-6, *Itinerari moderni della proprietà*, t. II, 1976-77, 881-917, ora anche in *Il terribile diritto*, Bologna, 1990 (seconda edizione accresciuta rispetto alla prima del 1980), 47-74;

- ROMANO R., —*Ownership and Provenance// of Genetic Material in the Rules on Biotechnological Patents*, in R. BIN, S. LORENZON, N. LUCCHI (a cura di), *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, Springer Verlag Italia, 2012, 69 ss.;
- ROVEDA D., *Case chiuse si o no? Dilemma a Las Vegas*, in *Il Sole 24 Ore*, 26.03.11;
- RUGGERI A., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it) nota a sentenza Corte cost. n. 80/2011, 6;
- SAMMARCO P., *Il regime giuridico dei —nomi a dominio//*, Milano, 2002;
- SAMMARCO P., *La tutela giudiziaria del nome a dominio in Italia*, in <http://www.fog.it/convegni/programmi/03-05-30-rel-Sa.rtf>;
- SANDULLI A.M., *Abilitazioni - Autorizzazioni - Licenze*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1958, I, p. 1 ss.;
- SANDULLI A.M., *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. V., Milano, 1959, 277 ss.;
- SANDULLI A.M., *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 1956, 163 ss.;
- SARTI D., *Il codice della proprietà industriale: impianto sistematico e criticità*, in *Studium Iuris*, 2007, 14;
- SAVIGNY F.C., *Sistema di diritto romano attuale*, 1840, trad. it., Torino, 1886, 341;
- SCHLESINGER P. (e TORRENTE A.), *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 166;
- SCIACCA A., *Il sindaco che vuole vendere il marchio della Valle dei Templi*, *Corriere della Sera*, 31 agosto 2011, 31;
- SCOZZAFAVA O.T., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano 1982;
- SCOZZAFAVA O.T., voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990;
- SHAPIRO F.R., *The Most-Cited Articles from —The Yale Law Journal//*, in *The Yale Law Journal* 100, 1994, 1449–1515;
- SOLDA D., voce *Circolazione dell'informazione del settore privato*, in *Dig.*

- Civ., Agg., 3, 2007, 8 ss.;
- SPADA P., *La circolazione della «ricchezza assente» alla fine del millennio*, in *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 1999, I, 424;
  - TALLACCHINI M., *Habeas corpus? Il corpo umano tra non commerciabilità e brevettabilità*, in *Bioetica*, 4/1998, 544;
  - TANI K.M., *Flemming v. Nestor: Anticommunism, the Welfare State, and the Making of 'New Property'*, in *Law and History Review*, 2008, 26 (2), 379–414;
  - TARELLO G., *La disciplina costituzionale della proprietà (Lezioni introduttive*, in *Corso di diritto civile*, 1972-73, Genova, 1973, ora parzialmente riprodotto in) *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, in part. p. 237-309;
  - TEGA D., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte —sub-costituzionale// del diritto*, in *Quad. Cost.*, 2/2008, 133 ss.;
  - TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, 528;
  - TRABUCCHI A., *La tutela possessoria nel godimento di energia elettrica*, *Giur. Ital.*, 1953, I, 1, 219 ss.;
  - VALAGUZZA S., *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2008, 1375 ss.;
  - VAN ERP S., *A numerus quasi clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law*, in *Netherlands Comparative Law Association*, vol. 7/2, 2003;
  - VON GIERKE O., *Deutsches Privatrecht*, Lipsia, 1895, I, 765;
  - ZATTI P., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 84 ss.;
  - ZELIZER V.A., *Money, Power and Sex*, in *Yale J. L. & Feminism*, 2006, 303;
  - ZENO-ZENCOVICH V., *—Sex and the contract//: dal mercimonio al mercato*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2007/4, 1191 ss.;
  - ZENO-ZENCOVICH V., voce “Cosa”, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, III, 1988, 438 ss.;

- ZOPPINI A., *Le —nuove proprietà// nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 185 ss..