



ANTONIO GAMBARO

Professore ordinario di Diritto Civile – Università di Milano

CONSONANZE E DISSONANZE NELLE FONTI DELL'ISTITUZIONE PROPRIETARIA *

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Alcuni postulati. – 3. Il quadro delle principali differenze testuali del blocco costituzionale italiano ed europeo in tema di proprietà. – 4. Gli intrecci tra proprietà costituzionale e proprietà civilistica. – 5. Consonanza e dissonanza tra proprietà civilistica e proprietà costituzionale nel quadro delle costituzioni flessibili. – 6. Le traslazioni di senso tra fonti “civilistiche” e fonti costituzionali nell’ambito delle costituzioni rigide. – 7. Convergenze tra modelli costituzionali apparentemente diversificati. – 8. Consonanze di approcci, temi e problemi: alcune sottolineature. – 9. La dissonanza della Corte EDU.

1. – Premetto che mi sento molto onorato, e di ciò ringrazio il collega Mario Trimarchi, nel poter dedicare le riflessioni che seguono all’amico ed Illustre Collega: Vincenzo Scalisi in segno non solo di amicizia personale e di ammirazione per la Sua opera, ma anche di consonanza con alcune, anche se non, naturalmente, tutte, le Sue impostazioni ed i suoi interessi di ricerca. Interessi di ricerca che ci hanno condotto a considerare con attenzione e con partecipazione critica gli sviluppi di quel magmatico fenomeno che si designa con la locuzione “diritto europeo”. Quest’ultimo è indubbiamente il fenomeno giuridico più rilevante del nostro tempo ed è forse quello che più di ogni altro ingaggia la responsabilità dei cultori della *scientia juris* europea i quali vogliano vivere il loro tempo senza illudersi di potersi appartare in altra dimensione temporale. Vincenzo ha sicuramente affrontato questa responsabilità, ma se ne è anche assolto avendo adempiuto con larghezza al debito di apportare alla edificazione di un “diritto europeo” contributi di chiarezza esemplare senza negare la complessità dei problemi, ma anzi affrontandoli nella loro interezza. E vorrei sottolineare che l’apporto di chiarificazione a problemi complessi che Vincenzo Scalisi ha dato non deriva solo dalla profondità di pensiero e dalla completa attrezzatura intellettuale che continua ai suoi livelli più alti la tradizione giuridica messinese, ma anche dalla convinzione – con cui mi sento particolarmente consonante – che non c’è scienza senza datità, sicché la esposizione limpida dei dati di partenza su cui sviluppare un ragionamento razionale, è preconditione di qualunque lavoro scientifico, vuoi che esso si svolga poi a livello teorico, vuoi che esso si svolga poi in direzione della impostazione dei problemi che le prassi giuridiche debbono affrontare immediatamente. Ma non è solo la predilezione per i discorsi che partono dai dati e non da astruserie a renderci in una qualche misura consonanti, si deve

* Relazione tenuta al Convegno in onore di Vincenzo Scalisi su “Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione”, Università di Messina, 27-28 maggio 2016



anche aggiungere che al di là di preferenze metodologiche ci accomuna il sentimento della necessità di preservare le acquisizioni della *scientia juris* europea, acquisizioni variegata e complesse le quali possono essere osservate criticamente in vista del loro sviluppo organico, ma che pongono capo a categorie ed a principi ordinanti che meritano di essere preservati.

Fatta questa gioiosa premessa, dovrei farne un'altra per ricordare che, posto su scala europea, il tema della proprietà presenta immediatamente spinosi problemi di traduzione e trasposizione delle parole e dei correlati concetti da un ambiente giuridico all'altro. Sia chiaro che problemi di dazione di senso alla parola proprietà non mancano nemmeno a livello nazionale e viene alla mente la frase, celebre, con cui Salvatore Pugliatti concluse il suo studio più impegnativo in tema, frase che evoca appunto un problema di comprensione del senso che la parola proprietà vorrebbe trasmettere all'interno di un circuito comunicazionale che è precondizione per la sussistenza dei formanti culturali del sistema giuridico¹. Ricordato ciò appare impingere nell'ovvio il fatto che le criticità che si frappongono ad una condivisa dazione di senso ad un segno linguistico si ingigantiscono quando siano trasposte nel contesto multilingue del diritto europeo. Da ciò sorgerebbe l'esigenza che un discorso rivolto ad esplorare le consonanze e le dissonanze nelle fonti del diritto europeo in tema di proprietà sia preceduto da considerazioni introduttive, di carattere essenzialmente metodologico, adeguate a contestualizzare la tematica proprietaria in un contesto multilingue e multiculturale. Poiché però, spese in un contesto congressuale, simili considerazioni introduttive si connotano normalmente per la loro micidiale noiosità quando siano esposte in forma analitica, o per la loro ingannevole sentenziosità quando siano esposte in forma retoricamente accattivante, eviterò di svolgere una introduzione alla tematica che mi è stata affidata. Procederò invece da alcuni telegrafici postulati che assumo esattamente come postulati e che quindi darò per dimostrati.

2. – I postulati da cui procedo sono i seguenti.

Primo: quella che chiamiamo proprietà è un istituto giuridico che nelle prassi discorsive diffuse globalmente significa genericamente: posizioni di appartenenza, ma che (confusoriamente) in alcuni contesti discorsivi assume il significato ristretto di appartenenza individuale (proprietà privata/private property) e quindi di diritto (soggettivo) di proprietà.

¹ Il riferimento è alla frase di chiusura del celebre saggio di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà* (1953), ora in, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, rist. 1964, a p. 309: «... a sintesi e a suggello del lungo discorso, possiamo dichiarare che la parola «proprietà» non ha oggi, se mai ha avuto, un significato univoco. Anzi troppe cose essa designa, perché possa essere adoperata con la pretesa di essere facilmente intesa. In ogni caso l'uso di essa, con le dovute cautele e chiarimenti necessari, anche se si protrarrà ancora nel prossimo futuro, non può ormai mantenere l'illusione che alla unicità del termine corrisponda la reale unità di un saldo e compatto istituto». Per altre vie alla medesima conclusione è pervenuta parte della dottrina americana, cfr. ad es. TH. GREY, *The Disintegration of Property*, in J.R. PENNOK AND J.W. CHAPMAN (eds.), *Nomos XXII: Property*, New York, 1980, p. 81; J. Williams, *The Rhetoric of Property*, 83 *Iowa L. Rev.* 277 (1998): "Labeling something as property does not predetermine what rights an owner does or does not have in it" (p. 297); TH. W. MERRIL & H.E. SMITH, *What Happened to Property in Law and Economics ?* 111 *Yale L. J.* 357 (2001).



Secondo: la vaghezza della parola proprietà può essere ricondotta ad un significato accettabilmente preciso che ne consente l'impiego nelle prassi discorsive solo mediante un esame che parta dalle fonti, normative e culturali, della istituzione proprietaria. Esame che certamente conduce nei territori della complessità più elevata perché le fonti normative si collocano a diversi livelli intrecciati tra loro, mentre le fonti culturali sono scandite tra le narrazioni tradizionali al cui centro sta ancora la proprietà terriera e gli sguardi prospettici che inseguono le evoluzioni tecniche del mondo dei beni. Complessità tuttavia non vuol dire frantumazione e perdita di senso e di ciò è prova il fatto che i giuristi europei (ed occidentali) di proprietà hanno continuato a discorrere tra loro; dato quest'ultimo che da solo testimonia l'esistenza di un perdurante nucleo comune di senso, e che non si potrebbe spiegare se non ricordando che le fonti comuni, ad iniziare da quelle che hanno carattere costituzionale, forniscono una base sufficiente a mantenere aperto il dialogo tra i giuristi europei.

Terzo: tra le fonti dell'istituzione proprietaria assumono indubbio rilievo quelle che compongono il "blocco costituzionale" e che da noi si compongono: a) degli artt. 42-47 della Costituzione della Repubblica, ma principalmente da quanto espresso all'art. 42; b) dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta DFUE); c) dall'art. 1 del 1° Protocollo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 1-P1-CEDU).

Quarto: considerate come testi, le fonti citate presentano visibili consonanze e dissonanze, le quali come sempre accade possono essere ampliate, o ridotte, nella dinamica interpretativa, la quale però si svolge non solo dai testi, ma prendendo in esame l'insieme della fonti legali e culturali dell'istituzione proprietaria. Di ciò è testimonianza indiretta il fatto che quando si evoca una fonte testuale, spesso si correda l'evocazione con la specificazione che quel testo è assunto così come interpretato dalla corte di vertice del sistema. Il che non è sintomo di rozzo giurisprudenzialismo, ma della consapevolezza che i testi legali sono sempre soggetti ad una dinamica interpretativa che opera incessantemente pur seguendo linee di sviluppo incrementale che la rendono leggibile.

Quinto: le consonanze e le dissonanze che si rintracciano nelle fonti debbono perciò essere lette alla luce della dinamica interpretativa che parte dai testi per pervenire alla formulazione di regole e di principi che siano congruenti tra loro. Nel quadro di convergenze promosso dall'U.E. questa finalità mi pare infatti ineludibile, o, meglio, può essere elusa solo assumendo di voler perseguire obiettivo politico opposto che conduce a por termine ai tentativi di edificazione di un diritto comune europeo ed al di là di quest'ultimo al dissolvimento dell'Unione. Finalità politicamente proponibile, ma certamente non suscettibile di orientare l'ermeneutica giuridica la quale rimane, ed a mio avviso merita di rimanere, ancorata alle norme vigenti che per il momento sono sistematicamente convergenti nell'indicare la via del progressivo rafforzamento dell'Unione. In questa direzione deve quindi essere colta la dinamica interpretativa cui si è fatto cenno, ma poiché essa muove oltre che dai testi anche da una osservazione scientifica dei fenomeni giuridici non può occultare tutte le criticità che si frappongono alla edificazione di un diritto



proprietario europeo, ma si sforza di superarle anzitutto chiarendo quale sia la loro effettiva consistenza.

Allorché le criticità siano numerose e dense, il compito di chiarificazione dei problemi che è tradizionale appannaggio del formante dottrinale esige però di essere affrontato partitamente, e perciò qui si farà solo cenno di quelle che concernono la dimensione costituzionale della proprietà e si lo farà ciò nell'ottica del giurista italiano consapevole della dimensione europea del suo diritto interno.

3. – Nella dottrina italiana è ormai ampiamente riconosciuto, quanto si è appena enunciato al postulato 3, ovvero che il diritto di proprietà nella sua dimensione costituzionale non trova la sua unica fonte testuale negli artt. 42-47 della Costituzione, essendo da prendere in considerazione anche l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E ed il primo protocollo alla convenzione europea dei diritti dell'uomo². Tuttavia questo comune orientamento che si pone sulla scia delle storiche decisioni della nostro corte costituzionale n. 348 e 349/2007 ha dato adito anche a dibattute problematiche circa la corretta gerarchia delle norme citate, circa la loro natura (da cui la differenziazione doverosa tra le norme U.E e quelle della CEDU) e circa l'esatto significato che deve riconoscersi alla nozione di parametro interposto mediante la quale la corte costituzionale ha qualificato la posizione delle norme della CEDU. Giova quindi chiarire che logicamente simili problematiche si pongono a valle della identificazione dei punti di consonanza e dissonanza tra norme, perché la nozione di norma interposta designa una disposizione il cui significato orienta la dazione di senso che si deve dare ad una altra disposizione omologa il cui testo di primo acchito può prestarsi ad un ventaglio di possibilità interpretative, mentre la nozione di gerarchia tra le fonti da cui trae linfa l'idea di supremazia preservata alla fonte costituzionale e quella dei contro limiti insiti nel testo costituzionale rispetto ad influssi generati da fonti sovranazionali, ha ragion d'essere quando si contemplino situazioni di antinomia non risolvibili in via interpretativa. Ne consegue che la breve indagine che si intende svolgere ha carattere propedeutico, ma anche scopo semplificatorio, rispetto all'elevato dibattito che si è sviluppato in Italia sul tema qui indagato.

Ciò posto si può ricordare che:

L'art. 17 Carta DFUE, e l'art. 1-P.1 CEDU considerano unicamente la Proprietà Privata, mentre l'art. 42 cost. considera la istituzione proprietaria nella sua globalità ed infatti in apertura colloca la Proprietà Pubblica accanto a quella Privata.

L'art. 17 Carta DFUE, e l'art. 1-P1 CEDU considerano solo la Proprietà Privata al fine (limitato) di assicurare ad essa una garanzia costituzionale contro le confische, mentre l'art. 42 cost. prima di esprimere la garanzia costituzionale contro le confische colloca la proprietà privata in

² Cfr. M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 21 ss.

JUS CIVILE



una dimensione finalistica che deve assicurarne la funzione sociale e renderla accessibile a tutti.

L'art. 42 cost. e l'art. 17 Carta DFUE fanno riferimento alla proprietà (privata) considerandola istituto giuridico esistente nel quadro di una tradizione giuridica comune, mentre l'art. 1-P1 CEDU fa riferimento alla titolarità di beni, ossia ad un concetto che non trova corrispondenza in figure giuridiche preesistenti e perciò si dice dotato di un significato autonomo.

La tesi che vorrei dimostrare è che le prime due dissonanze sono risolvibili per via interpretativa, mentre la terza pone problemi di coordinamento (allo stato) non risolvibili.

La dimostrazione di questa tesi è affidata alla seguenti considerazioni.

4. – Si è appena osservato che le consonanze e dissonanze più immediatamente percepibili attengono al significato che la parola proprietà, o altro segno linguistico equivalente in altra lingua, veicolano. Tuttavia si deve osservare che il significato della parola non è direttamente deducibile dai testi costituzionali citati ed, invero, da nessun testo costituzionale che io conosca. Infatti nessuno di essi contiene criteri di riconoscimento del diritto, o dei diritti di proprietà. Per sapere che cosa, in prima approssimazione, si debba intendere leggendo tale parola occorre far riferimento a fonti esterne al testo. Si deve però osservare che a differenza di “famiglia” che può essere può essere un concetto dedotto dalla sociologia o dall'antropologia, o di “libertà” che può essere un concetto riconducibile ad idee politiche e filosofiche, quello di “proprietà” è un concetto eminentemente giuridico, e pertanto, sempre in prima approssimazione, il suo significato viene dedotto dal diritto civile (o dal common law). Ciò comporta un inevitabile intreccio tra il piano civilistico e quello costituzionale. Poiché però i testi da cui siamo partiti sono ovviamente testi normativi posti in relazione istituzionalizzata con le fonti del diritto civile (o del common law), l'inevitabile intreccio appena evidenziato non può essere colto sul solo piano semantico, o, meglio, accanto all'intreccio semantico se ne colloca un altro saldamente associato al precedente, un poco come accade nella struttura a doppia elica del DNA. La duplicità degli intrecci, la cui mancata percezione ha dato origine in passato a non pochi e non piccoli equivoci, è una caratteristica rilevante della tematica in oggetto, come è dimostrato dal fatto storico per cui il passaggio epocale tra costituzioni cosiddette flessibili e costituzioni cosiddette rigide verificatosi nel mondo nel XX secolo ha inciso profondamente sulla traslazione di senso che la parola proprietà inserita nei testi costituzionali riceve dalle fonti civilistiche.

Per meglio illustrare questo aspetto farò riferimento sintetico ad un panorama storico comparativo convenientemente allargato dal quale emerge che la prima alterazione nella traslazione di senso dalla fonte civilistica a quella costituzionale dipende appunto da che cosa si intenda con l'aggettivo costituzionale.

5. – Quando ci si chieda quale sia il senso dell'aggettivo “costituzione” in collegamento con

JUS CIVILE



la nozione di proprietà, si può procedere dall'osservazione per cui l'istituto della proprietà è sempre stato "costituzionalizzato" nel senso che la sua presenza e la sua conformazione all'interno di ogni ordinamento giuridico è fondamentale per tutti gli aspetti patrimoniali dell'ordinamento stesso e poiché è innegabile che l'ordinamento delle relazioni patrimoniali tra gli individui è comunque parte della costituzione in senso materiale, si può dire che la sua narrazione, descrive anche l'assetto costituzionale del sistema nazionale. Da qui l'equivoco che consiste nel considerare la fonte principale della disciplina proprietaria (sia esso il codice civile o il common law) come la "vera" costituzione della nazione. Il che è eguale a prevedere che la nazione abbia una costituzione politica ed una costituzione economica espresse in due testi, o due documenti legislativi, diversi. Ma poiché sia il codice civile sia il common law sono modificabili con leggi ordinarie, il costrutto regge sino a quando anche la costituzione politica è modificabile con legge ordinaria. Pertanto la fonte civilistica può essere considerata di carattere costituzionale solo sin a quando si fa riferimento ad un significato di costituzione in senso di costituzione flessibile, la quale cioè non sia formalmente diversa dalla legge ordinaria e risulta pertanto soggetta ai medesimi procedimenti di integrazione e sviluppo per via ermeneutica cui sono soggetti i precetti posti dalla legge ordinaria. Nella prospettiva della dinamica interpretativa è facile avvedersi che in realtà, in ambiente di costituzione flessibile, la nozione di proprietà che acquista carattere fondamentale e quindi viene costituzionalizzata non è mai un mero insieme di norme tratte da testi legislativi, ma un sistema di regole e concetti comunemente condivisi dalla comunità interpretativa. Ad esempio, quella che chiamiamo "proprietà napoleonica" è solo in modesta parte espressa nel Code Napoléon essendo in realtà il prodotto di una sistematizzazione dottrinale che si è svolta nell'arco di almeno un secolo, come è dimostrato dal fatto che il sistema proprietario è stato edificato su principi di diritto inespressi da quello del *numerus clausus*, a quello della libertà dei fondi, alla distinzione basilare tra interesse privato ed interesse pubblico, tra libertà individuale e vincoli. Ciò spiega perché una simile proprietà "costituzionale" non pone problemi di raccordo tra il livello civilistico e quello costituzionale, ma pone insuperabili problemi di consonanza e dissonanza tra i modi di pensare alle proprietà, che si manifestano in ambienti giuridico-culturali diversi tra loro. Come ben sanno i comparatisti che hanno affrontato la tematica proprietaria, se ci si pone nella dimensione puramente civilistica ci si scontra subito con il ben noto divario che emerge dal confronto tra civil law e common law, ed anche al di là esso, dal divario, meno profondo, ma pur sempre irriducibile, che si riscontra tra i diversi modi di pensare e di narrare la proprietà nelle varie esperienze giuridiche dell'Europa continentale, ad iniziare da quelle che si ritrovano attraversando il Reno all'altezza di Strasburgo. Anche una riflessione abbreviata può convincere che nel quadro di costituzioni flessibili ove tutto il centro di gravità è collocato nel sistema civilistico nazionale, non sarebbe mai stata pensabile la introduzione di una disposizione come l'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali UE che opera sul piano europeo.



6. – È quasi banale ricordare che il significato moderno di costituzione è ormai riservato a quei testi costituzionali che non sono modificabili con legge ordinaria ed il cui rango superiore è assicurato dalla possibilità di *judicial review* delle leggi ordinarie. Quando una costituzione “moderna” fa menzione della proprietà, l’istituto corrispondente diviene una istituzione necessaria dell’ordinamento ed anche una istituzione fondamentale per le stesse ragioni accennate sub 5 e ciò rende a mio avviso oziose molte discussioni riguardo al carattere fondamentale del diritto di proprietà. Soprattutto però le posizioni proprietarie vengono garantite in modo efficace dai meccanismi di sindacato giurisdizionale sulle leggi ordinarie conformative della istituzione proprietaria; sindacato cui è demandato il compito di controllare che la conformazione delle proprietà non sfoci in confische arbitrarie. Al riguardo direi, riassumendo l’esito di ampie indagini comparatistiche, che non assume particolare rilievo che tale sindacato sia diffuso oppure accentrato in una corte costituzionale che conosce incidentalmente le questioni sollevate la giudicanti; nel caso della garanzia costituzionale delle posizioni proprietarie si tratta di meccanismi funzionalmente identici.

Piuttosto è da notare che alcuni modelli costituzionali si limitano a menzionare la proprietà privata ed a prevedere che essa non può essere confiscata agli individui, ma può essere espropriata con giusto indennizzo. Capostipite di questo modello è il 5° emendamento alla costituzione federale americana il quale ha codificato la cosiddetta *taking clause* in base alla quale: “private property (shall not) be taken for public use without just compensation.». Ciò implica che prima della costituzione esista una posizione soggettiva chiamata “private property”. Pertanto quando si adotta questo modello, si assume necessariamente la preesistenza di un istituto giuridico che è dinamicamente disciplinato dal diritto civile (o dal *common law*) inteso come fonte dell’istituto proprietario il quale fornisce i criteri di riconoscimento che sono necessari per poter dare un senso alla garanzia costituzionalmente stabilita.

Altri modelli costituzionali, il cui capostipite può essere rintracciato dall’art. 153 della costituzione di Weimar, non si limitano a prevedere una specifica garanzia contro le confische, ma prevedono espressamente che sia compito del legislatore ordinario sviluppare il diritto civile esistente per conformare le proprietà private indicando altresì la direzione di tale conformazione mediante la elezione di un valore che conferisce alla legislazione conformativa una dimensione assiologica.

L’art. 42 della costituzione italiana che ha adottato la formula della funzione sociale colloca la nostra proprietà costituzionale nell’ambito di questo secondo modello, e la stessa osservazione potrebbe ripetersi rispetto alla costituzione spagnola in riferimento alla pur più ambigua formula contenuta nell’art. 33.

Tuttavia è da notare come l’esperienza storica abbia dimostrato come le differenze tra questi due modelli sono più apparenti che reali e quindi essi possono considerarsi consonanti.



7. – La convergenza tra modelli costituzioni appartenente divergenti è un fenomeno che si coglie nell'evoluzione storica di essi e che si spiega alla luce di altre dinamiche evolutive.

Al riguardo inizio con l'osservare, da un lato, che l'ancoraggio del significato delle espressione proprietà privata ad una tradizione dottrinale e giurisprudenziale non può essere più riferito alle narrazioni descrittivamente assai nette che circolavano in passato in gran parte a titolo di lascito ereditario delle impostazioni giusnaturalistiche, ma è riferito a narrazioni dottrinali divenute assai più fluide; mentre dall'altro lato è universalmente accettato che spetti al diritto civile (o al common law) conformare le varie posizioni proprietarie assortendo e riassortendo le diverse prerogative proprietarie alla luce dei caratteri ontologici dei diversi tipi di beni e del criterio generale del costo/beneficio sociale complessivo.

In altri termini, mi pare innegabile che nel corso del XX secolo sono svanite le preoccupazioni che animavano i costituenti di Weimar, ed anche i nostri, i quali temevano che la mera menzione del diritto di proprietà privata in un testo costituzionale rigido consacrasse per l'eternità un istituto giuridico che non poteva avere altro significato giuridico all'infuori di quello del sostegno offerto all'individualismo possessivo. Questa associazione era in effetti mediata dall'adesione latente all'idea che l'espressione: *proprietà privata*, *private property*, *propriété*, non potesse ricevere altra dazione di senso all'infuori di ciò che Blackstone descriveva – peraltro smentendosi poche pagine dopo – come: “the sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any others individual in the universe”; o che Windscheid denotava – peraltro cadendo in contraddizione poche righe dopo – come quella situazione in cui rispetto alla cosa la volontà del proprietario “è decisiva nella totalità dei suoi rapporti”; o che l'epigrammatico stile del code Napoléon delineava come “le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue”, salvo smentirsi nella seconda parte dell'art. 544.

Ora, non vorrei aggiungere un'altra banalità alle molte che ho già enunciato, ma è sicuro che al giorno d'oggi nessuno può ripetere queste narrazioni della proprietà senza un sorriso di compatimento e ciò non perché siano tramontate le ideologie che le avevano prodotte, ma perché si è pienamente coscienti dei difetti logici e metodologici che le inficiavano, difetti che hanno condotto ad accreditare l'immagine di un diritto individuale assoluto e compatto e però circondato da limiti di diritto pubblico indefiniti ed indefinibili, la quale non solo non descrive alcunché il giurista possa rintracciare nel diritto positivo, ma non aiuta affatto a cogliere come il diritto di proprietà si sviluppi nel diritto civile ed ostacola la comprensione di come operi nella legalità costituzionale.

In realtà il necessario rinvio che un testo costituzionale, il quale menzioni e garantisca il diritto di proprietà, opera al diritto civile (o al common law) è riferibile ad un diritto civile che da tempo ha appreso a conformare le posizioni proprietarie in base a criteri che si ispirano al calcolo dei costi e dei benefici sociali, calcolo che perciò viene svolto da esperti di varia provenienza professionale. In effetti, e mi scuso per l'ulteriore banalità che ammannisco, la disciplina com-



plexiva dei beni ambientali, quella urbanistica, quella dei beni culturali, delle acque ed anche quella destinata alle attività agricole, industriali, bancarie, finanziarie, ecc.; ovvero tutte le discipline che si contemplano quando si faccia riferimento ai dati del diritto positivo vigente in un qualunque sistema giuridico attuale sono necessariamente conformative delle posizioni proprietarie coinvolte. Ma ciò che è importante sottolineare è che si tratta di discipline che pur muovendosi nella medesima prospettiva del calcolo del *social cost* possono essere informate da scelte di policy che le orientano verso obiettivi di efficienza o verso obiettivi di redistribuzione (solitamente etichettati con la parola “giustizia”) del tutto indipendentemente da come il testo costituzionale è formulato. Nella prospettiva storico comparativa, l'esempio classico che si adduce è quello della esperienza costituzionale americana nel corso della quale ci si è avveduti che la citata formulazione del 5° emendamento, in associazione con quella del 14° emendamento, non può essere intesa come una garanzia di immodificabilità della disciplina proprietaria preesistente e nemmeno come esclusione di ogni possibilità di scelte di policy redistributive. Infatti ogni testo costituzionale deve lasciare tra se e le discipline conformatrici delle posizioni proprietarie uno adeguato spazio per le diverse scelte di policy che un legislatore democratico può adottare in base agli orientamenti prevalenti nel corpo elettorale, altrimenti cessa di essere una costituzione che fonda una democrazia rappresentativa.

Per la stessa ragione, anche testi costituzionali che impegnano i legislatori a dotare la proprietà privata di una funzione sociale, traggono dalla inemendabile vaghezza della formula, lo stesso spazio di libertà di scelta da riservare al legislatore ordinario.

Da ciò la traiettoria di convergenza che si riscontra nei dati storici.

Convergenza, e consonanza attuale, che si riscontra anche sotto un altro profilo.

8. – Le costituzioni rigide che tuttavia fondino una democrazia rappresentativa che consente al corpo elettorale di esprimere ed attuare diversi indirizzi di politica economica e sociale che si possono alternare nel tempo a seconda delle contingenze storiche, riservano a giudici indipendenti, e quindi affidano al criterio antimaggioritario, la tutela di alcuni diritti individuali che altrimenti potrebbero essere travolti qualora la maggioranza in un qualche momento storico non sentisse più come propri i valori ad essi sottesi.

Violerei la promessa che ho fatto di non dire più banalità se osservassi che il diritto di proprietà privata non può entrare nel novero dei valori irrinunciabili. Se il diritto di proprietà ha potuto essere proclamato inviolabile in ambiente di costituzione flessibile ciò è avvenuto grazie appunto alla flessibilità del dettato costituzionale che rendeva tale caratterizzazione una innocua declamazione.

Piuttosto è da osservare che colti nel loro aspetto di documenti giuridici tutti i testi costituzionali moderni indicano non già che la proprietà privata è inviolabile, ma l'esatto contrario, indicano cioè che essa può essere espropriata per pubblica utilità. Tuttavia gli stessi testi costitu-

JUS CIVILE



zionali bilanciano la possibilità di procedere ad un trasferimento coattivo dei titoli di proprietà giustificato solo dalla prevalenza dell'interesse pubblico con il vincolo che il procedimento deve essere legale e che il singolo espropriato deve essere integralmente compensato per la perdita subita. Simile garanzia può essere trascritta in termini di parità di trattamento tra proprietari, e posto che l'espropriazione classica riguarda le proprietà immobiliari che per loro natura sono infungibili, più precisamente si può trascrivere in termini di parità di trattamento tra proprietari immobiliari, ai quali la costituzione garantisce che non ostante la prevista possibilità di essere espropriati, tuttavia saranno rimessi *in integrum* per equivalente e quindi saranno rimossi dal timore che il tiranno, o la maggioranza, di turno possa danneggiarli patrimonialmente. Il valore costituzionale che viene sottratto alle oscillazioni degli orientamenti maggioritari è quindi da collegarsi con il principio di eguaglianza e non direttamente con l'istituzione proprietaria la quale rimane fondamentale in tutt'altro senso, ovvero nel senso di pietra d'angolo dell'assetto dei rapporti patrimoniali tra cittadini e non come presidio della libertà individuale (compito che le proprietà conformate non potrebbero logicamente svolgere).

La rilevata consonanza su questa impostazione di fondo si manifesta anche nella similitudine dei problemi che rimangono aperti.

Tra essi indubbiamente il maggiore è dato dal c.d. regulatory taking. Tale problema ha due aspetti. Da un lato si può dire in sintesi che in tema di regulatory taking, o espropriazione di valore, o espropriazione senza spossessamento, si assiste ad un "fallimento" delle esperienze giuridiche occidentali, non essendo risultato possibile in alcuna esperienza giuridica tracciare normativamente una linea di demarcazione precisa tra le ipotesi di conformazione dell'uso delle singole proprietà per la promozione di interessi generali che sono ammissibili senza indennizzo e le ipotesi in cui le restrizioni imposte a singole proprietà sono talmente incisive da richiedere invece la corresponsione di un indennizzo che riporti il proprietario inciso in posizione di parità rispetto ad altri proprietari a lui consimili. L'effetto di tale impossibilità è quello di dislocare la soluzione del problema in capo alle corti supreme dei singoli sistemi le quali decidono sostanzialmente caso per caso ed in modo sostanzialmente "unprincipled", ossia non guidato da principi coerenti. Dall'altro lato si deve notare che anche la sola comunanza del problema in sé, preserva alla comunità dei giuristi occidentali la possibilità di discorrere attorno alla proprietà superando gli storici steccati tra concezioni civilisticamente diverse, quali quelle cui si è già fatto cenno che intercorrono tra i modi pensare tecnicamente le posizioni di appartenenza che si riscontrano tra civil law e common law. È realistico infatti considerare che la nozione costituzionale di proprietà è oggi la forza centripeta che consente di intrecciare un dialogo transazionale attorno alla tematica proprietaria.

Quanto appena osservato spiega la ragione per cui i modelli costituzionali tradizionali indicati al paragrafo 6, si siano ibridati ed i testi più recenti dopo aver riprodotto con le opportune specificazioni la taking clause si premurano di ricordare, come accade esemplarmente nell'art. 17 Carta DFUE, che «l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'inte-



resse generale»³. Indicando con ciò un modello di istituzione proprietaria la cui conformazione è rimessa alle scelte di policy del legislatore nel perseguimento dell'interesse generale e che pertanto è continuamente plasmabile e plasmata dalle sue fonti legali e culturali alla sola condizione che esse preservino sufficienti criteri di riconoscimento delle posizioni proprietarie protette contro le confische arbitrarie, senza i quali la cosiddetta garanzia costituzionale diviene necessariamente o del tutto vuota o troppo piena impedendo lo svolgimento delle politiche economiche e sociali che riscuotono il consenso della maggioranza del momento.

9. – Nella letteratura europea si considera generalmente che la Corte EDU abbia dato il maggior contributo alla edificazione di un diritto comune europeo in tema di diritti di proprietà e nello stesso tempo abbia offerto agli stessi diritti una protezione elevata. A me sinceramente non pare che le cose stiano così, ed anzi ritengo che la giurisprudenza della Corte EDU in applicazione del 1°P CEDU sia profondamente dissonante rispetto alle giurisprudenze delle altre corti supreme europee. Intendiamoci, riconosco pienamente che la Corte EDU ha svolto un ruolo insostituibile nell'eliminare le devianze di alcuni sistemi degli Stati membri i quali per varie ragioni non riuscivano a prendere i diritti sul serio e tra essi, in relazione al diritto di proprietà si poneva anche il sistema italiano; ma il punto è che la Corte EDU non è riuscita a fornire al testo da cui muove una interpretazione consonante con gli altri testi costituzionali europei e ciò l'ha condotta da un lato a dilatare enormemente il proprio sindacato sulle leggi e sugli atti amministrativi degli Stati membri e dall'altro lato a sviluppare una protezione dei diritti di proprietà che ricorda da vicino l'esperienza vissuta dalla Corte suprema federale americana durante la cosiddetta Lochner Era⁴.

In questa sede tuttavia non intendo analizzare la giurisprudenza della Corte EDU in tema di proprietà, ma solo sottolineare come essa non abbia corretto per via interpretativa le anomalie del testo dell'art. 1 del protocollo 1 alla CEDU e che anzi le abbia aggravate pretendendo di conferire a tale testo un significato autonomo, nel senso di indipendente dalle tradizioni giuridiche comuni agli Stati membri; tradizioni che come si è appena osservato sussistono e quindi potrebbero essere utilizzate.

È noto infatti che l'art. P1-1 della Convenzione, intitolato "Protection de la propriété" e

³ Espressa in lingua italiana la frase può apparire infelice, potendo significare che il potere conformativo è limitato agli interventi strettamente necessari; ma il senso della frase si chiarisce leggendo i testi in francese ed inglese, ove con miglior precisione si dice: "L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général // The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest", e dove dunque è chiaro che la disciplina delle posizioni di appartenenza privata deve essere giustificata dal perseguimento di un interesse generale, che è un altro modo per dire che si deve adottare l'approccio del costo sociale complessivo.

⁴ La denominazione prende spunto dalla decisione del caso Lochner v. New York (198 U.S. 45 (1905)), illuminata da una potente dissenting opinion di Holmes.



“Protection of property, sia stato fraseggiato in modo anomalo⁵ rispetto alle tradizioni costituzionali occidentali, infatti prevede che: “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.” // «Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.».

Qualunque sia stata la ragione di simile fraseggio⁶, l’intenzione era tuttavia chiara: si trattava di proteggere le posizioni di appartenenza proprietaria contro le confische arbitrarie, allo stesso modo con cui esse sono protette dalla varie taking clauses normalmente inserite in tutte le costituzioni moderne non socialiste.

Senonché come si è rilevato al paragrafo 7, il funzionamento di una taking clause dipende dalla assunzione di criteri di riconoscimento della posizione giuridica protetta, sicché se si assegna alla anomala espressione: “droit au respect de ses biens//peaceful enjoyment of his possessions” un significato autonomo si smarriscono quei criteri di riconoscimento che i testi costituzionali occidentali traggono dalla tradizione del diritto civile (o del common law). Ne consegue che la nozione di proprietà cui il testo, nella sua interezza vuole offrire (limitata) protezione può indicare o il nulla o il tutto. Poiché però è improbabile che una corte di vertice interpreti un testo in modo che essa non abbia nulla da fare, la direzione dell’interpretazione diviene istituzionalmente obbligata e la Corte EDU si è fatta quindi alfiere della tesi, almeno assai dubbia, per cui property can be everything. Se qualcuno ritenesse che in tal modo si fornisce una immagine caricaturale della giurisprudenza della Corte EDU, può sincerarsi leggendo (per sicurezza in lingua originale) una qualsiasi delle moltissime sentenze in cui ricorre l’asserzione secondo la quale il diritto al rispetto dei propri beni: “peut recouvrir tant des “biens actuels” que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une “espérance légitime” d’obtenir la jouissance effective d’un droit de propriété”⁷.

Il punto su cui vorrei richiamare l’attenzione è che le consonanze su cui mi sono intrattenuto

⁵ Come si legge nei lavori preparatori: “the right to own property [droit de propriété nella versione francese] is expressly not mentioned, in order to avoid elaborate questions, especially theoretical disquisitions on the nature and extent of this right, but there is clearly established, in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, drawn up by U.N. (Article 17), the fundamental principle that any person, natural or corporate, has the right to respect for his goods and chattels [biens nella versione francese], which may not be the object of arbitrary confiscation. In realtà i redattori del testo vollero trarsi di impiccio a fronte delle divergent ricostruzioni teoriche del diritto di proprietà senza accorgersi che ai fini della nozione di proprietà costituzionale simili questioni non hanno effettiva rilevanza, mentre la formulazione da essi escogitata rendeva possibile una proprietà senza radici storiche.

⁶ Tuttavia il testo prosegue prevedendo che: “The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties”.

⁷ Questo fraseggio è ormai standardizzato nelle sentenze della Corte EDU in tema di applicazione dell’art. 1, P.1 che sono ovviamente numerosissime.



non derivano da contingenze accidentali, ma sono il risultato di meccanismi complessi che rendono le corti coscienti della necessità di coordinamento con gli altri poteri dello Stato e quindi essenzialmente di proteggere i diritti individuali, ma di preservare ai governi ed ai legislatori lo spazio necessario per attuare i loro programmi politici. Una corte sovra nazione come la Corte EDU non è però soggetta a simili necessità di coordinamento e quindi è assai più esposta al rischio di sovraesposizione.

In effetti il risultato cui pone capo l'orientamento seguito dalla Corte EDU che considera compreso nell'area del diritto al rispetto dei propri beni qualsiasi interesse di natura patrimoniale finisce con il coincidere con una limitazione imposta allo svolgimento di programmi di governo dell'economia posto che la potestà conformativa dei legislatori e dei governi degli Stati membri è spogliata della discrezionalità necessaria ad attuare scelte di policy. Infatti nella giurisprudenza della Corte EDU il riferimento la margine di apprezzamento lasciato ai legislatori è sempre ricordato come un mero orpello ed è sostanzialmente sommerso dall'attività di bilanciamento svolta dalla corte. È ironico che ciò sia avvenuto in contemplazione del testo dell'art. 1-P.1 che è uno dei più precisi nel salvaguardare tale discrezionalità, prescrivendo che «*Le disposizioni precedenti (scil. una taking clause) non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre 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*».

Vorrei osservare che ciò può essere ironico, ma è inevitabile perché se si privano i testi del loro retroterra storico culturale i risultati possono essere imprevedibili ed anche opposti alle intenzioni dei redattori.

L'effetto più dissonante è dato tuttavia dalla estensione della dilatata nozione di diritti di proprietà ai rapporti orizzontali. Al riguardo occorre ricordare che se è vero che la Corte EDU giudica sui rapporti tra cittadini e Stati e quindi protegge i diritti elencati nella Convenzione in senso puramente verticale, tuttavia ciò non implica che essa non possa portare alla propria cognizione anche questioni che riguardano rapporti tra cittadini o rapporti che sono regolati da norme che tradizionalmente si ascrivano al diritto privato. Per ottenere una estensione della protezione istituzionalmente offerta dalla Corte EDU ai diritti individuali anche in senso orizzontale basta considerare che uno Stato è responsabile anche per omissione e quindi quando abbia mancato di proteggere il titolare di un diritto individuale anche a fronte di aggressioni non provenienti da apparati dello Stato stesso. Ricordato ciò diviene però inquietante considerare che mentre le corti di vertice europee si sono mantenute sostanzialmente fedeli alla tradizione civilistica ed alla sue categorie ordinanti, o alle tradizioni costituzionali comuni⁸ che in materia di proprietà le inglobano, e quindi hanno risolto i conflitti orizzontali in adesione ad esse ed alle loro traiettorie di sviluppo, la Corte EDU accogliendo l'idea che il diritto al rispetto dei propri

⁸ Si ricordi che l'interpretazione conforme alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri è canone ermeneutico imposto dall'art. 54.4 della Carta dei diritti fondamentali UE.

JUS CIVILE



beni parificati tra loro tutte le posizioni giuridiche rispetto al godimento o alle aspettative di acquisizione dei beni si è privata degli strumenti per ordinare tra loro le diverse posizioni di appartenenza. Da ciò un guazzabuglio di decisioni in cui di volta in volta si pone in discussione la violazione del primo protocollo per non aver protetto il titolare del diritto di proprietà contro l'acquisto per usucapione di un possessore sine titulo⁹; ma altre volte si decide che vi è violazione dell'art. 1 del primo protocollo se si tenta di estromettere dal fondo il possessore illegittimo¹⁰. Difficile dubitare che la giurisprudenza della Corte EDU si collochi in posizione di forte dissonanza, ma è evidente che si tratta di dissonanza non destinata ad essere riassorbita sino a quando si pretenda di dotare l'istituzione proprietaria di un senso nuovo ed autonomo dalla storia giuridica europea.

⁹ Il riferimento è al notissimo caso *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom*.

¹⁰ Il riferimento è al caso *Soc. agr. Valle Pierimpiè c. Gov. Italia*, 23 dicembre 2014, n. 46154/11, ma in tema cfr. anche, *Depalle c. France*, 29 marzo 2010, n. 34044/02; *Bölükbaş et autres c. Turquie*, 9 febbraio 2010, n. 29799/02, *Köktepe c. Turquie*, 22 luglio 2008, n. 35785/03; *Hamer c. Belgique*, 27 novembre 2007, n. 21861/03.