

## VALIDITÀ E EFFETTIVITÀ DEL MODELLO ROMANISTICO DELLA PROPRIETÀ NELL'ESPERIENZA EUROPEA ATTUALE

Por

MARIA MICELI  
Professore Ordinario  
Università di Palermo

[maria.miceli@unipa.it](mailto:maria.miceli@unipa.it)

*Revista General de Derecho Romano 27 (2016)*

**RIASSUNTO:** Si torna a discutere di proprietà principalmente per impulso degli orientamenti giurisprudenziali europei (CEDU) che includono la proprietà nell'ambito dei Diritti Umani fondamentali. Si tratta di un dibattito che comporta anche una rimediazione sul concetto stesso di proprietà, nel suo modello tradizionale, e della validità e persistenza dello stesso nell'ambito dell'esperienza giuridica attuale. Infatti, non vi è dubbio che nell'ambito di tutta l'esperienza giuridica occidentale (*Western Legal Tradition*), il modello della proprietà individuale elaborata nell'esperienza del diritto romano riveste un ruolo di fondamentale importanza.

**PAROLE CHIAVE:** -Proprietà, giurisprudenza, scienza del diritto; Diritto Romano; pluralismo giuridico; tradizione giuridica; diritto europeo.

**RESUMEN:** Bajo el impulso de la jurisprudencia europea del Tribunal de Derecho Humanos (TEDH), se debate, de nuevo, sobre el "derecho de propiedad", pues aquel incluye a la propiedad en el elenco de los derechos humanos fundamentales. Ello implica la necesidad de una reformulación del significado de este derecho, en su concepción tradicional, así como una reflexión acerca de su validez y persistencia en la actual experiencia normativa. En este sentido, no hay duda de que en el ámbito de cualquier experiencia jurídica occidental (Tradición jurídica de occidente), el modelo de la propiedad individual concebida y elaborada en el derecho romano mantiene una importancia fundamental.

**PALABRAS CLAVE:** propiedad; jurisprudencia; ciencia del derecho; Derecho Romano; pluralismo jurídico; tradición jurídica; derecho europeo.

**ABSTRACT:** It returns to discuss properties mainly for impulse of European case law (ECHR) that include the property as part of fundamental human rights. It is a debate that also involves a re-mediation on the meaning of ownership, in its traditional model, and the validity and persistence of the same under current legal experience. In fact, there is no doubt that in the context of the entire legal experience Western (*Western Legal Tradition*), the individual properties model developed in the experience of Roman law plays a crucial role.

**KEY WORDS:** property, jurisprudence; science of law, Roman Law; legal pluralism; legal tradition; european law.

## I. NUOVI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI PROPRIETÀ: VALIDITÀ E PERSISTENZA DEL MODELLO ROMANO

Il seminario odierno<sup>1</sup> riguarda la validità e l'effettività del modello romanistico della proprietà nell'esperienza europea attuale caratterizzata dalla integrazione tra sistema giuridico nazionale e sovranazionale.

Si tratta, in realtà, di una problematica estremamente complessa per l'oggetto e le implicazioni che ne conseguono, ma che rappresenta tuttavia un caso paradigmatico dei nuovi *circuiti di legalità*<sup>2</sup> che determinano il sistema europeo delle fonti, e che involgono profondamente anche il ruolo rivestito dal giurista e dalle categorie giuridiche che affondano le loro origini nell'esperienza giuridica romana e nella tradizione romanistica.

Quelle odierne sono solo brevi considerazioni che prendono spunto da altri lavori e contributi precedentemente pubblicati<sup>3</sup>, che hanno riguardato l'analisi della validità e della persistenza del modello romanistico della proprietà nel sistema giuridico attuale in conseguenza dell'affermarsi di nuovi orientamenti giurisprudenziali sul tema.

Si torna a discutere di proprietà, infatti, principalmente per impulso degli orientamenti giurisprudenziali europei che discendono dall'inclusione della proprietà e delle situazioni di appartenenza nell'ambito dei Diritti umani fondamentali<sup>4</sup>, con rinnovate riflessioni anche sulle categorie storiche del nostro diritto, sul loro contenuto e validità.

L'inclusione della proprietà, o meglio del rispetto dei propri beni, nell'ambito dei diritti fondamentali ha avviato, infatti, una riflessione in ordine alla compatibilità di tale concezione con quelle contenute nel nostro codice civile e nella nostra costituzione. La prima, quella del codice, che stigmatizza il precipitato storico di una nozione di proprietà

---

<sup>1</sup> Il presente articolo ha ad oggetto alcune riflessioni di carattere storico-comparatistico e trae spunto da un Seminario tenuto nell'ambito del Dottorato di Diritto Comparato dell'Università degli Studi di Palermo.

<sup>2</sup> ID., *Scienza e prassi: il diritto di proprietà come caso paradigmatico dei nuovi circuiti di legalità e del funzionamento del sistema integrato delle fonti. Tradizione giuridica, prassi interpretativa e riflessione scientifica*, in «*Scienza giuridica e prassi*», *Atti del Convegno Aristec, Palermo 26-28 Novembre 2009*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2011, pp. 91-113.

<sup>3</sup> MARIA MICELI, *Spunti di riflessione storica sul concetto di proprietà: elementi di continuità e discontinuità*, in *Studi in onore di A. Metro*, IV, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano, 2010, 239-274; ID., *L'«actionenrechtliches Denken» dei giuristi romani e le forme dell'appartenenza*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. *In ricordo di Mario Talamanca*, a cura di Luigi Garofalo, I, Padova, Cedam, 2011, 97-126; ID., *Il modello romanistico della 'proprietà' nell'ambito dei nuovi 'circuiti di legalità' e del sistema integrato delle fonti del diritto europeo (Parte prima)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4, a cura di Roberto Fiori, Napoli, 2011, 293-344; ID., *Storia e pluralismo giuridico. Le forme dell'appartenenza: la proprietà*, Roma, Aracne, 2013, 1- 188.

<sup>4</sup> Si tratta degli orientamenti giurisprudenziali sorti nell'ambito di applicazione della Convenzione europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, recentemente oggetto di approfondite elaborazioni anche da parte delle nostre supreme giurisdizioni; cfr. *infra*, ntt. 37; 51.

legata al tradizionale concetto di pienezza ed esclusività, l'altra, quella della Costituzione, che coniuga tale concezione alla prospettiva della 'funzione sociale'.

Si tratta di un dibattito che implica e sottende anche una rimediazione sul concetto stesso di proprietà, nel suo modello tradizionale, e della validità e persistenza dello stesso nell'ambito dell'esperienza giuridica attuale.

Anche il giurista, storico del diritto romano, può e, forse, deve inserirsi nel dibattito in questione, non sottraendosi al compito di contribuire -se possibile e utile- dando il proprio apporto.

D'altronde, se vi è un concetto della moderna tradizione giuridica occidentale che viene ascritto e immediatamente riferito al diritto romano, si tratta proprio del diritto di proprietà.

Infatti, anche se la storia millenaria della proprietà ci insegna che quello dell'appartenenza è forse il concreto più variabile e mutevole che possa riscontrarsi, tuttavia, non vi è dubbio che nell'ambito dell'esperienza giuridica occidentale, ormai unitariamente designata come Western Legal Tradition<sup>5</sup>, il modello della proprietà di origine romanistica ha svolto un ruolo di fondamentale importanza<sup>6</sup>. La storia dell'Occidente europeo non ha mai rovesciato il caposaldo della proprietà individuale elaborata nell'esperienza romanistica<sup>7</sup>.

Ed è proprio in considerazione di tale secolare vicenda giuridica che si affronterà la tematica in questione, nella piena consapevolezza, tuttavia, che una trattazione esaustiva e completa della nozione romana di proprietà trascende certamente dai confini e dagli scopi dell'odierno contributo.

In particolare, si tratta di valutare solo gli elementi essenziali di un concetto che costituisce solo l'apporto iniziale, solo l'avvio di una secolare elaborazione scientifica e giurisprudenziale del concetto in questione, ma che può contribuire forse a illuminare alcuni aspetti dell'istituto in questione, proprio muovendo dal contesto da cui ha preso le mosse, e che in maniera così decisiva ha inciso sulla sua successiva evoluzione storica.

---

<sup>5</sup> P. GALLO, *Grandi sistemi giuridici*, Torino, 1997, 16ss.; 24ss; H. BERMAN, *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*, 1983, trad. it., *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, Il Mulino, 1998; M. BARBERIS, *L'Europa del diritto*, Il Mulino, 2008, 70ss.

<sup>6</sup> *Infra*, § VII.

<sup>7</sup> P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà, Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del diritto*, Pontignano, 30 Settembre-3 Ottobre 1985, Milano, 1988, 235. Nota, infatti, l'A. che anche lo stesso alto Medioevo, pur con un dilatarsi di forme gestionali collettive e individuali non proprietarie, ha mantenuto un'idea formale di proprietà come momento legittimante l'appartenenza. Anche se ciò non toglie, ovviamente che accanto ad una proprietà formale sempre più devitalizzata ed esautorata emergevano delle figure para-proprietarie dotate di una vistosa effettività; v. *infra*, § VII.

Così, sulla base anche di un'indagine storica è forse possibile individuare i tratti fondamentali del diritto di proprietà, nel suo modello tradizionale, per valutare le ragioni della sua persistenza e validità come categoria ordinante dell'attuale sistema giuridico e la sua compatibilità con un sistema multilivello, che inoltre privilegia il momento giurisdizionale per l'individuazione delle forme di tutela e del contenuto stesso del diritto in questione.

E proprio in tale direzione gli storici del diritto potrebbero forse svolgere un ruolo determinante riappropriandosi di quella funzione di *coscienza critica* delle categorie giuridiche moderne cui, invece, hanno spesso rinunciato<sup>8</sup>.

Potrebbero fornire un contributo fondamentale per la comprensione e definizione degli schemi giuridici fondamentali del nostro diritto attuale con particolare riguardo alla storia della loro formazione e le ragioni stesse che ne giustificarono la creazione, per verificare se esistono ancora ragioni della loro persistenza e della loro validità.

Una riflessione storica sul concetto tradizionale di proprietà, che tenga conto anche dell'originaria configurazione del diritto nell'esperienza storica del diritto romano, potrebbe indurre a interessanti considerazioni sulla natura del diritto, soprattutto in rapporto ai profili di tutela dello stesso, che può costituire un contributo all'attività dei giuristi europei, all'interno delle singole esperienze nazionali, per la realizzazione di quella complessa attività di mediazione tra principi sovranazionali e tradizioni giuridiche interne, che tutti i giudici nazionali - e tutti i giuristi - sono oggi chiamati a svolgere costantemente e quotidianamente.

Ormai, infatti, lo strumento più incisivo per l'affermazione e il consolidamento del diritto europeo è costituito proprio dall'*interpretazione conforme*<sup>9</sup>, il cui scopo non è quello di disapplicare e disattendere il diritto interno, ma al contrario valorizzare la peculiarità dei singoli diritti nazionali, pur armonizzandoli ed inserendoli prudentemente nei circuiti del diritto sovranazionale.

Il giurista, infatti, in tutte le sue declinazioni, è chiamato oggi a riappropriarsi di un ruolo-guida nel processo di comunicazione dei vari ordinamenti nella prospettiva dell'integrazione e dell'arricchimento delle scelte di carattere contenutistico e valoriale e, al contempo, delle forme e dei mezzi di tutela.

Si tratta di un compito che fa appello, però, anche a un profondo senso di responsabilità nel predisporre e articolare modelli teorici di comprensione della realtà, che si pongano anche come strumenti concreti di razionalizzazione della stessa. Si tratta di

---

<sup>8</sup> U MATTEI, in *Digesto delle disc. Priv., Sez. civ.*, Torino, 1997, XV, 433.

<sup>9</sup> *Infra*, § III.

coniugare *democrazia e sistema*, e, dunque, volontà legislativa e «prudenza» degli interpreti.

D'altronde la prassi del diritto in Occidente, è da sempre connessa all'idea dell'«ordine», della non arbitrarietà delle soluzioni giuridiche. È dunque possibile che la valorizzazione della *Rechtsgemeinschaft* europea<sup>10</sup> - ossia del patrimonio comune di principi, modelli e regole che caratterizza la storia della tradizione giuridica occidentale - possa sostenere ancora oggi il giurista contemporaneo nel suo sempre più difficile compito di fornire risposte adeguate di giustizia e certezza.

Il rinnovato e accresciuto ruolo dell'interprete all'interno di un sistema caratterizzato dal pluralismo e dalla molteplicità di fattori di produzione del diritto, necessità infatti di una visione sistematica, di coordinamento razionale delle fonti e delle soluzioni prospettate, che richiama a una rinnovata *scientia iuris*, basata su condivisione di categorie, regole-modelli etc.<sup>11</sup>.

L'interprete si trova, infatti, al centro di una vicenda giuridica che rappresenta in realtà uno dei momenti costitutivi dell'intera vicenda sociale, con una intensificazione che è stata efficacemente definita da G. Alpa in termini di 'Giuridificazione della società'<sup>12</sup>. Un processo, tuttavia, che ha condotto ad un diritto che diventa pervasivo e che spesso, però, si risolve in una pletora di regole di diversa provenienza e qualità, con un intensità che fa pensare, più che a una necessità, ad una inarrestabile deriva<sup>13</sup>.

Vi è, infatti, chi vede nel processo di *Verrechtlichung* (giuridicizzazione) - e dunque, nell'allargamento della giuridicità, nell'ampliamento del perimetro occupato da regole giuridiche, istituzioni, procedure, giuristi professionali - una delle più importanti metamorfosi del diritto avvenute nell'ultimo cinquantennio, ed in Italia a partire dagli anni settanta del secolo scorso<sup>14</sup>.

All'interno del processo descritto l'interprete assume certamente un ruolo centrale, ma è anche pervaso da un profondo senso di disorientamento a causa di molteplici fattori di evoluzione e trasformazione della realtà che lo circonda (articolo Aristec)

---

<sup>10</sup> *Infra*, § III.

<sup>11</sup> In tal senso una particolare attenzione va riservata al *Draft Common Frame of Reference* (DCFR); *infra*, § III, nt. 30.

<sup>12</sup> G. ALPA, *Diritto e Giuridificazione*, in *Oltre il diritto*, a cura di M. Costanza, Padova, 1994.

<sup>13</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009, 10. Suggestivo in tal senso anche il recente saggio a cura di P. ROSSI, *Fine del diritto?*, Il Mulino, 2009, che raccoglie i contributi di autorevoli giuristi italiani impegnati a dare una risposta ad alcuni degli interrogativi più ricorrenti del nostro tempo. Da più parti ci si chiede, infatti, se ci stiamo davvero incamminando verso la fine del diritto, di una «macchina» che ha accompagnato in Europa, per quasi un millennio, l'espansione del mercato e i rapporti economici, dando e offrendo sostegno allo Stato e alla sua amministrazione, oppure se siamo soltanto alla fine di un certo diritto, di un certo modo di concepire il diritto, e quindi anche la scienza giuridica (cfr. *premessa*, p. 9).

<sup>14</sup> S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Il Mulino, 2008, 17.

Negli ultimi decenni, infatti, si sono determinati numerosi fattori di trasformazione del diritto: l'allargamento dei confini del diritto fino a raggiungere - per determinati aspetti - orizzonti mondiali (*weltrecht*)<sup>15</sup>; la destrutturazione del concetto di Stato e sovranità; la crisi di democraticità dello stesso procedimento legislativo e di riflesso della legge, sempre meno considerata parametro di giuridicità<sup>16</sup>; il primato del diritto comunitario che si impone ai diritti nazionali, frantumando la sistematicità già precaria degli stessi, senza sostituirvi un nuovo ordine formale; l'affermarsi, più genericamente, di un sistema giuridico sovranazionale sempre più basato su una pluralità di fattori di produzione che non si sviluppa ed articola unicamente secondo criteri puramente formali, ma secondo un modello giuridico complesso e peculiare, di recente definito in termini di *multivel constitutionalism*<sup>17</sup>; la creazione, dunque, di una 'formazione a rete' in cui le scelte giuridiche sono il prodotto di un'attività collettiva, di una pluralità di centri legati e coordinati da un processo di circolarità discorsiva di reciproca integrazione; e, in fine, non ultimo, l'accresciuto ruolo della funzione giurisdizionale come anello di congiunzione fra tali molteplici realtà, così come spesso esplicitato nelle decisioni delle Corti europee<sup>18</sup>, e ora anche dalla nostre Supreme Corti<sup>19</sup>, come vedremo meglio in seguito<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Si pensi solo alla tendenza sempre più accentuata all'internazionalizzazione e 'sovrannazionalizzazione' degli ordinamenti costituzionali e, con essa convergente, alla 'costituzionalizzazione' degli ordinamenti sovranazionali e dello stesso ordinamento della Comunità internazionale. Da ultimo in particolare v. A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008.

<sup>16</sup> Particolarmente significative mi sembrano in proposito le considerazioni di G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol., XXXVI (2007). Nello stesso senso autorevolmente S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto*, cit., 29ss, il quale discute addirittura di un "diritto senza stato".

<sup>17</sup> I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?* in *Common Market Law Review*, 1999, 703ss; WEILER, *The trasformazione of Europe*, in *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, 19ss.

<sup>18</sup> In ambito europeo la giurisdizione ha assunto un ruolo di particolare rilievo non solo nell'ambito di applicazione ma anche di creazione del diritto comunitario. La stessa definizione della struttura del sistema comunitario e l'effettività del medesimo diritto - a fronte di ritardi e inceppamenti dell'integrazione politica - è prevalentemente frutto di un complesso processo interpretativo svolto in primo luogo dalla Corte di Giustizia che ha messo in atto un vero e proprio processo di costituzionalizzazione dell'Unione; sul punto v. WEILER, *The trasformazione of Europe*, cit., 21ss; di recente T. GIOVANETTI, *L'Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino 2009, 148 ss; O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2009, 1; F. FONTANELLI-G. MARTINICO, *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. ss e ulteriore bibliografia ivi richiamata.

<sup>19</sup> Si è dunque realizzato un complesso intreccio interpretativo tra le giurisdizioni di diversi livelli che cooperano per garantire l'effettività del diritto comunitario. Sull'interessante e complessa tematica v. P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, *Quad. della Rass. dir. pubbl. eur.*, Napoli 2008; B.CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 581 ss.; R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente*

Ne è, pertanto derivato un sistema giuridico caratterizzato da una pluralità di fonti, di centri di produzione e interpretazione del diritto, che può dar luogo ad incertezza, ma che può anche divenire una risorsa in presenza di alcune condizioni.

In effetti, uno degli aspetti più rilevanti del diritto sovranazionale è rappresentato proprio dal fatto che ha determinato *l'incremento dei luoghi di creazione e di tutela dei diritti, e ha proiettato questa concezione negli ordinamenti interni valorizzando e coinvolgendo più soggetti nel processo di interpretazione e creazione del diritto.*

Si è dato origine, così, ad un vero e proprio processo dialettico e circolare di funzionamento che ha decisamente moltiplicato i soggetti chiamati a svolgere un ruolo nella formazione e nell'applicazione dei principi giuridici<sup>21</sup>.

Di conseguenza, il problema non è certo costituito dall'arricchimento del catalogo dei diritti, delle soluzioni giuridiche e dei mezzi di tutela, quanto piuttosto dalla necessità di procedere all'identificazione di nuovi criteri di «gestione» e di «composizione sistematica» della loro molteplicità<sup>22</sup>.

## II.- EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO E SCIENZA GIURIDICA

In realtà, mi sembra condivisibile l'idea che l'*europaizzazione del diritto* possa e debba trovare un momento di importante sviluppo nel processo interpretativo, ed in particolare nella *scienza dell'interpretazione*.

In conseguenza dei profondi e radicali elementi di cambiamento del diritto - in parte descritti nel paragrafo precedente - il giurista è chiamato a riappropriarsi di un *ruolo fondamentale* nel processo di *comunicazione e armonizzazione* dei vari piani ordinamentali della realtà giuridica.

Per far questo, tuttavia, deve essere in grado di possedere e coltivare conoscenze nazionali e soprannazionali, e, al tempo stesso, capace di cogliere, ove possibile, gli

---

*precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?*, e V. SCIARABBA, *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti nel quadro della recente giurisprudenza costituzionale*, entrambi in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>20</sup> *Infra*, §§ 4; 6; 7.

<sup>21</sup> Già da tempo si sostiene che l'elaborazione delle *tradizioni costituzionali comuni* e la stessa *Costituzione europea* non devono avere un unico centro propulsivo ma essere "il prodotto di un'attività collettiva, con una pluralità di centri legati e coordinati da un processo di circolarità discorsiva...Alla «Costituzione europea» corrisponderebbe così «una giustizia costituzionale europea» strutturata in forma «reticolare»; cfr. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo stato. Fra "diritto internazionale dei diritti umani" e "integrazione costituzionale europea"*, in *I diritti costituzionali*, a cura di Nania-Ridola, Torino, 2001. Sul tema, tra i contributi più recenti v. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 1ss; nonché G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit., 195ss; G. PITRUZZELLA-BIN, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, 97ss.

<sup>22</sup> In proposito v. *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, Università degli Studi di Roma tre, 27-28 novembre 2008, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

spunti derivanti dal diritto sovranazionale anche come occasioni di arricchimento del proprio sistema giuridico nella prospettiva dell'accrescimento della qualità tecnica della propria normazione, dell'integrazione delle scelte di carattere contenutistico e valoriale e, al contempo, delle forme e dei mezzi di tutela<sup>23</sup>.

Assume un rilievo fondamentale in tal senso la capacità di predisporre ed articolare modelli teorici di comprensione di questa realtà, che si pongano anche come strumenti idonei a conferire razionalità e coerenza sistematica ad un ordinamento giuridico sempre in precario equilibrio tra opposte e conflittuali tendenze e spinte<sup>24</sup>.

D'altronde, la scienza giuridica ha giocato un ruolo decisivo nei momenti cruciali della storia giuridica europea, e forse anche oggi può rivestire un ruolo determinante. Basti pensare alla fondazione originaria<sup>25</sup>, che ha segnato l'inizio della stessa tradizione giuridica occidentale, e successivamente alla rinascita studi giuridici, e poi ancora alla pandettistica.

Oggi, probabilmente si sta realizzando una '*rifondazione della scienza giuridica*', nel senso più ampio e generale, e, in particolare, di una scienza giuridica costituita non da un 'sistema' di concetti astratti, ma da un 'sistema prudenziale'.

Non possiamo che concordare in proposito con l'autorevole giudizio di G. Zagrebelsky<sup>26</sup> nella misura in cui esplicitamente ravvisa «negli ordinamenti contemporanei, aspetti del diritto premoderno». Si legge infatti testualmente nel magistrale saggio sul 'diritto mite' che «..contro ogni consapevolezza gli autori delle Costituzioni vigenti, hanno posto le condizioni di un rinnovamento del diritto nel segno della tradizione antica, mostrando ancora una volta che uno sviluppo lineare delle concezioni del diritto si rivela un'infondata ideologia».

---

<sup>23</sup> V. in proposito GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 907ss, ora in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi. Il giurista europeo. Collana diretta da L. Garofalo e M. Talamanca. Percorsi formativi*, Padova, 2005, 237ss; ID., *Una nuova dogmatica per il diritto privato europeo*, in *Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl.*, Anno XV, Nuova serie, 1/2006, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice. Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005*, 71ss.

<sup>24</sup> In tal senso M. MICELI, *Editoriale*, in *Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl.*, Anno XV, Nuova serie, 1/2006, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice. Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005*, 5-7. Sul tema autorevolmente L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 53ss; ID., *L'interpretazione casistica fra storia e comparazione giuridica*, in *Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl.*, Anno XV, Nuova serie, 1/2006, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice. Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005*, 115ss.

<sup>25</sup> A. SCHIAVONE, *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005,

<sup>26</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, 1992, Torino, 1992, 169.

Il riferimento esplicito alla tradizione è rappresentato proprio dalla *iuris prudentia* antica, di origine romanistica, quale espressione di una razionalità materiale orientata ai valori, da contrapporre ad una razionalità formale tipica dell'ultimo tratto dell'esperienza moderna.

Si tratta di una *ratio practica*, di un 'sistema prudenziale, a fronte di una *ratio speculativa*, che rende persuasivo e non semplicemente coerente il discorso giuridico, che mette in opera procedure leali trasparenti e responsabili che consentono il confronto tra principi in gioco, e che necessita della selezione di una classe giuridica capace di rappresentare principi e non solo nudi interessi o mere tecniche<sup>27</sup>.

### III. 'RECHTSGEMEINSCHAFT' EUROPEA, INTERPRETAZIONE CONFORME E INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA.

Nessuno dubita, infatti, che esista ancora oggi una '*Rechtsgemeinschaft*' europea, basata - pur nella profonda diversità - sulla condivisione del senso e del contenuto di concetti ed istituzioni giuridiche essenziali, e che questo dipenda se non esclusivamente anche da una *comune tradizione giuridica*<sup>28</sup>.

La tradizione in questione si sostanzia nell'esistenza di una '*grammatica giuridica fondamentale*' che ha determinato il valore paradigmatico del diritto europeo nella storia del mondo e, a sua volta, il carattere di paradigma originario giocato dal diritto romano nell'ambito della storia europea. Si tratta, tuttavia, di un processo che non si è risolto e concretizzato nella *recezione di un diritto ma di una scienza giuridica*<sup>29</sup>.

Sulla base di tale consapevolezza sono stati realizzati diversi tentativi, non solo di natura dottrinale dottrinale, ma anche giurisprudenziale e istituzionale<sup>30</sup> -che si articolano

---

<sup>27</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 168-169.

<sup>28</sup> Da ultimo M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008,16, il quale ricorda che l'espressione «comunità del (o di ) diritto» (*Rechtsgemeinschaft*) già usata da Savigny e da Otto von Gierke, è stata ripresa dal primo Presidente della Comunità economica europea, W. Hallstein, e poi più volte dalla stessa Corte di Giustizia europea; cfr., in proposito W. HALLSTEIN, *Die europäische Gemeinschaft*, Düsseldorf-Wien, Econ, 1973; G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, 122ss. Sull'importanza della prospettiva storica nell'ambito della valutazione comparatistica degli ordinamenti giuridici risultano sempre attuali le riflessioni di cfr. G. GORLA, *Diritto comparato*, voce in *Enc. dir.*, vol. XII, 928ss.

<sup>29</sup> M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 14, le cui riflessioni prendono spunto da C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-1944)*, trad. it. *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, 1996. Sul pensiero di C. Schmitt v. anche L. GAROFALO, *Carl Schmitt e la «Wissenschaft des Römischen Rechts»*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, in *Il giurista europeo. Collana diretta da L. Garofalo e M. Talamanca. Percorsi formativi*, Padova, 2008, 57ss.

<sup>30</sup> Tra le iniziative maggiormente significative ricordiamo quella dell' "*Italian Group*" dell' Università di Pavia, presieduto dal Prof. Giuseppe Gandolfi, il "*Trento Project on the Common Core of European Private Law*" e la "*Commissione di diritto europeo dei contratti*", comunemente nota come Commissione Lando. Quest'ultima, merita senza dubbio un richiamo approfondito, in quanto i

a loro volta in ulteriori e molteplici, indirizzi e criteri metodologici<sup>31</sup>- volti proprio all'identificazione di questa «grammatica giuridica fondamentale europea», che si compone di categorie tecniche ma anche di principi e valori comuni.

D'altronde, negli ultimi decenni, le Corti europee e le nostre supreme Corti nazionali hanno manifestato crescente sensibilità ed attenzione per l'identificazione e tutela dei *principi generali del diritto europeo* o dei diritti fondamentali, sia facendo riferimento alle Carte e Convenzioni che ne cristallizzano i contenuti<sup>32</sup>, ma anche adottando e rendendo ordinario il metodo del confronto e della comparazione fra ordinamenti per ricercarne le matrici comuni o i segni distintivi che possano confermarne l'universalità e la generalità.

Inoltre, agli stessi principi e diritti è stato attribuito un valore sempre più pregnante, ritenendo estremamente riduttivo assegnare loro un valore meramente suppletivo. Vanno, invece, considerati alla stregua di criteri ermeneutici fondamentali che devono improntare costantemente tutta l'attività giurisdizionale, anche quella dei singoli giudici nazionali, intervenendo ove necessario a modificare profondamente i loro orientamenti interpretativi<sup>33</sup>.

---

*Principles of European Contract Law (PECL)* da essa redatti, hanno trovato largo eco non solo dottrinale, ma anche in sede giurisprudenziale e legislativa. In fine, una particolare attenzione va riservata al *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, ormai alla seconda edizione (Sellier, 2009), che scaturisce da un' iniziativa istituzionale, promossa dalla Commissione, che ha affidato a due gruppi di studio (*Study Group on a European Civil Code European Research* e al *Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*), la raccolta di "principles, definitions and model rules of European Private Law".

<sup>31</sup> Per un quadro articolato delle diverse posizioni sul tema cfr. ALPA - ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Iudica e Zatti, Milano 2005; C. CASTRONOVO, *Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana*, 1999, 445 ss; R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary law, European law, The civilian Tradition today*, Oxford, 2001.

<sup>32</sup> Si tratta principalmente della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea approvata dal Consiglio Europeo di Nizza nel Dicembre del 2000, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che hanno sancito un complesso di diritti fondamentali incentrati sulla dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, giustizia; a tal proposito v. in proposito Corte Cost. n. 393 del 2006 (*infra*, nt. 23).

<sup>33</sup> In realtà, già nel Trattato CE (art. 288 CE) si menzionavano i «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri». Successivamente la nozione è stata precisata ed estesa nel Trattato sull'Unione Europea là dove si afferma che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» (art. 6, n.2). Sul valore da riconoscere ai principi fondamentali del diritto comunitario risulta particolarmente interessante la sent. 393/2006 della Corte costituzionale (*supra*, nt. 22) su cui specificamente sul punto R. CONTI-G. RIZZO, *Il new deal di Corte cost. 393/2006 sui rapporti tra ordinamento interno, norme di diritto internazionale e principi generali dell'ordinamento comunitario*, in *Corriere giu.* 4/2007, 582ss; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, 106ss. Sull'interessante percorso in atto di ridefinizione e reinterpretazione dei principi fondamentali del diritto europeo, con interessanti rilievi di confronto comparatistico tra soluzioni accolte nei sistemi di common law e civil law, v. A. BALSAMO, *Applicazione del principio di irretroattività alla nuova interpretazione giurisprudenziale imprevedibile al momento della commissione del fatto*, in *Cass. pen.*, 2007, n. 5, 2202 ss.

D'altronde in tal senso si specifica e caratterizza anche la c.d. "interpretazione conforme al diritto europeo", che rappresenta sempre più una sorta di via nazionale per la realizzazione dell'effettività del diritto europeo considerato nel suo complesso<sup>34</sup>

D'altronde, l'*interpretazione conforme al diritto comunitario* e più estensivamente al diritto sovranazionale, trova il suo fondamento in uno dei più interessanti e consolidati orientamenti ermeneutici elaborati dalla dottrina e giurisprudenza italiana, la c.d. *Interpretazione costituzionalmente orientata* o *interpretazione adeguatrice*, che si sostanzia nel potere-dovere che incombe su tutti i giudici - non solo di quelli investiti dal compito di nomofiliachia - di operare sempre una interpretazione costituzionalmente orientata del dettato normativo, anche in ordinamenti in cui esiste una giurisdizione costituzionale cui sia attribuito il compito di giudicare sulla conformità delle leggi alla Costituzione. Potere-dovere che spesso si è risolto addirittura nella riformulazione o modificazione di norme e di principi legislativi in adeguamento a principi costituzionali, compiute anche da giudici diversi da quello costituzionale.

Così, in quest'ambito si è parimenti consolidato l'orientamento giurisprudenziale in base al quale l'interpretazione costituzionalmente conforme deve ora arricchirsi, tenendo conto che il parametro di costituzionalità va integrato con principi e valori provenienti da ordinamenti sovranazionali .

E ciò vale anche per i principi e valori che non sono riconducibili in senso stretto al diritto comunitario, e, dunque, al principio del suo primato sul diritto interno.

Infatti, nonostante si ritenga ancora di dover escludere l'effetto diretto dei principi CEDU e la conseguente disapplicazione della norma interna con essi contrastante, ciò non esclude un diretto coinvolgimento del giudice ordinario, al pari di tutte le autorità pubbliche, nel garantire l'applicazione della Convenzione e della giurisprudenza che da essa si è sviluppata.

---

<sup>34</sup> cfr. R. CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, in *Dir. pubbl. comparato europeo*, 1999-I, 388 s. Sul tema v. F.M. DI MAJO, *Efficacia diretta delle direttive inattuate: dall'interpretazione conforme del diritto interno alla responsabilità dello Stato per la mancata attuazione delle direttive*, *Riv. dir. eur.*, 1994, 501 s.; L. SCAMBIATO, *Considerazioni in tema di efficacia "orizzontale" delle direttive comunitarie alla luce delle sentenze 1271/95 e 2275/95 della Corte di Cassazione e della giurisprudenza della Corte di giustizia*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 1027 s.; R. CONTI, *L'effettività del diritto comunitario ed il ruolo del giudice*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2007, 479; ID., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Pol. Diritto*, 2007, 3, 377 ss; M. RUVOLO, *Il giudice nazionale a confronto con la nozione di interpretazione conforme e con la sua "particolare" applicazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl.*, Anno XV, Nuova serie, 1/2006, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice. Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005*, 221ss; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 191; da ultimo A. BALSAMO- R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, in *Procedura penale. Nuovi Itinerari, Parte seconda. Per una interpretazione "convenzionalmente conforme" dei nostri istituti processuali: le principali questioni sul tappeto*, Torino, 2008, 125ss.

Il prevalente orientamento della nostra Corte Costituzionale include, infatti, i principi della CEDU nell'ambito dell'interpretazione adeguatrice, come importanti strumenti di rilettura di norme interne, anche costituzionali. Al tempo stesso, valorizza, in tale circuito interpretativo, anche il ruolo del giudice ordinario, come parte di una complessa rete giurisdizionale di cui fanno parte anche le nostre Corti Supreme e le Corti europee<sup>35</sup>.

#### IV. TUTELA DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ E STRUTTURA MULTILIVELLO

E' dunque, nell'ambito di tale complessa e articolata realtà giuridica che deve realizzarsi oggi la tutela del diritto di proprietà.

D'altronde, va anche considerato, che oggi in Europa non è dato rinvenire in tema di proprietà, a differenza di altre materie, nessun diritto europeo uniforme, né alcun tentativo di forte ravvicinamento tra le legislazioni nazionali.

Il percorso più significativo è semmai costituito proprio dalla tendenza in atto, volta all'evoluzione dei diritti nazionali della proprietà sotto l'influenza di singole disposizioni o

---

<sup>35</sup> Si tratta, infatti, di un orientamento consolidato della Corte Costituzionale italiana, che prende le mosse dalle note sentenze del 2007 n. 348 e 349 e che trova conferma in tutte le successive pronunce sul tema. Così, già nella sentenza n. 349 del 2007 la Corte ritiene che tramite l'art. 117, primo comma, Cost., non si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame -a parere della Corte- comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, 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. Con l'art. 117, primo comma, si sarebbe realizzato, in definitiva, un *rinvio mobile* alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata 'norma interposta'; e che è soggetta a sua volta ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione.

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. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire la Corte Costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma. Analogamente si legge in sent. Corte Cost. n. 348 del 2007, par. 5. Su questa scia anche tutte le successive pronunce della Corte sul rapporto tra ordinamento interno e principi CEDU; cfr. sentt. n. 39 del 2008; n. 219 del 2008; n. 306 del 2008; n. 239 del 2009. Si tratta, inoltre, di un passaggio decisivo che da forte rilievo anche alla figura del singolo giudice nazionale chiamato contemporaneamente ad un'interpretazione conforme del diritto interno al dato costituzionale, del diritto interno alle norme comunitarie, in veste di "*giudice comunitario di diritto comune*" (cfr. Conc. Avv. Gen. Saggio 15 dicembre 1999, causa Océano gruppo editoriale, Cause riunite da C-240/98 a C-244/98), e del diritto interno alla CEDU, quale "*giudice comune della Convenzione*" (sent. 348-349 Corte Costituz.). Sul tema v. R. CONTI, *L'effettività del diritto comunitario ed il ruolo del giudice*, in *Eur.dir.priv.*, 2007, 479; M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 1/2008, 595 ss; I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) ; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, *Dir. un. Eur.*, 2/2009, 218.

orientamenti giurisprudenziali provenienti dal diritto sovranazionale. Si tratta, infatti, proprio di un'interpretazione nazionale orientata secondo parametri europei<sup>36</sup>.

Ci riferiamo ai nuovi indirizzi giurisprudenziali in tema di proprietà, la cui peculiarità è rappresentata proprio dal complesso intreccio interpretativo che ha preso avvio e si è sviluppato principalmente nell'ambito dell'attività giurisdizionale della Corte Europea Diritti dell'Uomo, che ha poi trovato accoglimento anche nei più recenti orientamenti della nostra Corte Costituzionale<sup>37</sup>. Si tratta, d'altronde, di un indirizzo interpretativo che trae anche ispirazione dai principi della tradizione giuridica comune europea e conduce, al tempo stesso, ad una rinnovata lettura del nostro diritto positivo e dei testi costituzionali.

Gli indirizzi giurisprudenziali ricordati considerano la proprietà alla stregua di un diritto umano, insistendo sulla stretta relazione esistente tra *res* e persona e, al contempo, sul pluralismo di ordinamenti che intervengono a regolamentare il concetto di proprietà, prevedendo discipline che si integrano ed intersecano senza sovrapporsi.

Ebbene, nel porre in essere questa complessa attività interpretativa - e forse proprio per legittimarne la validità - alcuni ritengono che nei principi europei sul diritto di proprietà vi sia un ritorno alla concezione ottocentesca della proprietà o un richiamo a concetti giusnaturalistici. Il riferimento è ovviamente alle concezioni codicistiche, e prima di tutto alla concezioni francesi di un diritto di proprietà come diritto sacro ed inviolabile<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *I fondamenti del diritto privato europeo*, cit., vol. II, 3ss.

<sup>37</sup> Infatti, sebbene la nuova concezione europea del diritto di proprietà muova dalla formulazione e interpretazione dall'art.1 Prot. n.1 della CEDU, la sua concreta attuazione è dovuta principalmente all'attività interpretativa della Corte di Strasburgo e ai nuovi orientamenti delle nostre Corti interne, che hanno dedicato ampio spazio alla riflessione sul tema. L'art. 1 Prot. n.1 alla CEDU recita che "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni". Il secondo paragrafo aggiunge 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". È poi precisato che "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". Sul tema v. L. CONDORELLI, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.dir.internaz.*, 1970,175; R. NUNUN, *Osservazioni sulla tutela del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.dir.internaz.*, 1991, 669; ACCONCI, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Akkus c. Turchia: juste èquilibre e modalità di pagamento dell'indennizzo per espropriazione*, in *Riv.dir.dir.uomo*,1998, 82; C. ZANGHÌ, *Il diritto di proprietà nell'ambito della Convenzione europea*, in *Il diritto di proprietà nel quadro della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Gerin, Padova, 1989; ID., *La proprietà e i diritti umani*, cit., 46; M.L., PADELLETTI, *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; ID., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 1 ss; BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004; AA.VV., *La Proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali. Atti del Convegno di studi, Siena 18-19 Ottobre 2002*, a cura di M. Comporti, Milano, 2005; R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva*, Milano, 2006; AA.VV., *La proprietà e i diritti reali minori. Beni, limiti, tutela nazionale e sovranazionale*, a cura di R. Conti, Milano, 2009.

<sup>38</sup> In proposito v. M. COMPORITI, *Relazione introduttiva*, in *La Proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali. Atti del Convegno di studi, Siena 18-19 Ottobre 2002*, a cura di M. Comporti, Milano, 2005, 3ss, il quale ritiene, però, che l'inclusione del diritto di proprietà tra i diritti civili

A tal proposito, resta da stabilire però se nel fare appello ad una sorta di *neogiusnaturalismo* contemporaneo<sup>39</sup>, si vuol rinviare all'esistenza di principi razionali aventi di per se stessi carattere universale e costante in grado di costituire il fondamento di diritti positivi - e dunque, ad una 'razionalità giuridica' intesa unicamente quale *ratio scripta* - oppure far riferimento alla 'razionalità scientifica' tipica della tradizione giuridica europea, e dunque ad un complesso di principi e concetti che si pongono *come la cristallizzazione di un patrimonio comune, lentamente elaborato e sedimentato dalla scientia iuris nella storia della cultura giuridica occidentale*.

Ebbene, ci sembra più plausibile aderire alla seconda ipotesi, in quanto «..non si tratta di un' idea giusnaturalistica nella quale gli ordinamenti si trovano a riconoscere la medesima natura umana, coerentemente retta da identiche regole, ma di una realtà storica nella quale gli ordinamenti degli Stati membri si riconoscono poiché in misura maggiore o minore sono stati attraversati nei secoli e modellati da forme identiche o simili, molto spesso frutto di vere e proprie recezioni, le quali di per sé sono riproduzioni di quanto proviene da altro da sé .....»<sup>40</sup>.

## V. LA PROPRIETÀ E LE PROPRIETÀ: LA RIFLESSIONE ANTIFORMALISTICA SUL DIRITTO DI PROPRIETÀ AVVIATA ALLA FINE DEL XX SEC

In realtà, già negli ultimi decenni del secolo scorso in Italia aveva preso le mosse un'importante riflessione antiformalistica in tema di proprietà, avanzata principalmente da Rodotà a partire dagli anni settanta<sup>41</sup>, e che ha ricevuto ulteriore impulso dai lavori dei comparatisti<sup>42</sup> e dalle riflessioni degli storici del diritto.

Tale significativa evoluzione interpretativa della civilistica italiana ha derivato, infatti, forte sostegno e impulso anche dagli studi di indiscussi maestri quali Giovanni Pugliese e Paolo Grossi<sup>43</sup>.

---

fondamentali e non tra quelli economico-sociali non sia da approvare, sia perché sarebbe del tutto improprio ed antistorico, sia in considerazione del fatto che diritti fondamentali dell'uomo sarebbero solo quelli di natura personale e non patrimoniale.

<sup>39</sup> In tal senso v. *Prontuario della giurisprudenza europea*, a cura di N. LETTIERI, Magistrato ed addetto giuridico presso la rappresentanza permanente d'Italia al Consiglio d'Europa a Strasburgo, in [www.dirittiuomo.it](http://www.dirittiuomo.it).

<sup>40</sup> C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *I fondamenti del diritto privato europeo*, cit., vol. I, 17.

<sup>41</sup> S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, 2° ed.; ID., *Commento all'art. 42*, in *Rapporti economici, Commentario della Costituzione*, a cura di Branca G., Bologna, 1982.

<sup>42</sup> A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. di dir. Priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1990; A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property, Proprietà, Eigentum*, Padova, 1992. Tuttavia, già R. SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Studi in on. Di F. Santoro-Passarelli*, IV, 1972; ID., *La proprietà*, Torino, 1975.

<sup>43</sup> U. MATTEI, voce *Proprietà*, in *Digesto IV. Discipline Privatistiche. Sez. civile*, vol. XV, 433.

L'importante e decisivo indirizzo dottrinale ha condotto così a una progressiva valorizzazione del *pluralismo giuridico*, e dunque della pluralità delle situazioni di appartenenza, contribuendo non poco al processo di affrancazione delle stesse dai rigidi schemi del diritto soggettivo<sup>44</sup>.

Oggi tale processo riceve ulteriori stimoli dall'orientamento giurisprudenziale sorto principalmente nell'ambito applicativo della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo - che ha trovato pieno accoglimento da parte della giurisprudenza della nostra Corte Suprema a partire dalle due sentenze gemelle 348-349 del 2007- e che appare idoneo a proporre nuove prospettive nella tutela del diritto di proprietà e del sistema di regolamentazione dei rapporti di appartenenza dei beni, in conseguenza dell'inclusione di tali rapporti nell'ambito dei Diritti umani fondamentali<sup>45</sup>.

La struttura multilivello ci impone, dunque, considerare che, in conseguenza degli obblighi imposti dall'adesione all'Unione Europea, la disciplina della proprietà non può essere legata solo alle previsioni delle nostre disposizioni normative interne, ma deve integrarsi anche con quelle contemplate dalle fonti sovranazionali.

Quella proposta a livello europeo, infatti, è una concezione e disciplina della proprietà che, pur avendo una sua autonomia interpretativa<sup>46</sup>, è destinata a non costituire unicamente un livello superiore e distinto di tutela, ma ad avere profonde ricadute sulla lettura e disciplina della proprietà all'interno dei singoli ordinamenti interni, anche se attraverso un percorso complesso ed incerto nella sua definizione e realizzazione.

Si tratta, infatti, di un percorso che nell'immediato è destinato a svolgersi e trovare il suo principale momento di realizzazione e sviluppo principalmente in ambito giudiziale ed applicativo, e soprattutto in modo non del tutto pacifico, considerato che le controversie

---

<sup>44</sup>In tal senso, nell'ambito degli studi storici, si veda *La proprietà e le proprietà, Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del diritto*, Pontignano, 30 Settembre-3 Ottobre 1985, Milano, 1988. Nella stessa direzione P. RESCIGNO, voce *Proprietà (dir.priv)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 260, il quale ravvisa nella rottura dello schema unitario della proprietà un momento fondamentale del dibattito scientifico del secolo scorso e, successivamente, A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà, in Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu- F. Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1995, 184ss..

<sup>35</sup> Per l'identificazione dell'orientamento in questione e principali riferimenti bibliografici cfr. *supra*, nt. 37.

<sup>46</sup> Si tratta di un'interpretazione autonoma in quanto il significato di un'espressione contenuta nella Convenzione va individuato alla luce della stessa Convenzione. D'altronde, solo in tal modo è possibile pervenire ad un'interpretazione uniforme nei vari Paesi aderenti che fanno applicazione dei principi contenuti nella CEDU, e, al contempo, impedire che un singolo Stato si sottragga agli obblighi su di esso incombenti facendo riferimento al contenuto di disposizioni interne; cfr. Corte dir. uomo 5 gennaio 2000, Beyler c.Italia, in [www.dirittiuomo.it](http://www.dirittiuomo.it); Corte dir. uomo, 23 novembre 2000, Ex Re di Grecia c. Grecia, in Riv. Inter. Dir. Uomo, 2001, 285. A tal proposito v. M.L. PADELLETTI, *sub art.1 Prot .n.1 CEDU*, cit., 35, la quale osserva che i canoni interpretativi sono rappresentati oltre che dal ricorso allo scopo ed all'oggetto del trattato, anche dal rinvio ai principi comuni degli Stati contraenti sul diritto di proprietà. D'altronde l'autonomia interpretativa della Corte di Strasburgo è pienamente riconosciuta dalla nostra Corte Suprema; v. *supra*, nt. 36.

interpretative sull'immediata applicabilità dei principi della Convenzione e delle sentenze della Corte di Strasburgo chiamata ad applicarne i principi, sembra destinato a non trovare una immediata e univoca soluzione neanche in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Di conseguenza, siamo in presenza di un sistema giuridico che ci impone una necessaria e incessante attività di confronto, verifica e composizione ad unità di forme di tutela diversa del diritto di appartenenza, tramite una complessa opera ermeneutica di non facile realizzazione concreta.

## **VI. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI: TRADIZIONE, RAGIONEVOLEZZA, PROPORZIONALITÀ, EQUO BILANCIAMENTO**

In definitiva, l'impostazione ermeneutica in questione - che tende a conciliare e far coesistere concezioni diverse della proprietà - può derivare utili contributi anche dalla riflessione scientifica di carattere storico, in quanto consente di ritrovare ed identificare concetti e valori comuni senza richiamare in causa un diritto preesistente all'ordinamento, e che, pertanto, può sottrarsi al dibattito politico-giuridico, che deve presiedere invece alla formazione di tutti i principi giuridici, anche quelli relativi ai diritti fondamentali.

Inoltre, va parimenti valutato che il richiamo ai valori e alle tecniche della scienza giuridica, anche di carattere storico, è perfettamente coerente con la prospettiva adottata dalla Corti sovranazionali, che tendono ad una concezione del diritto che non si affida prevalentemente a enunciati formali di carattere legislativo, quanto piuttosto alla razionalità intrinseca delle soluzioni giuridiche ispirate a criteri di ragionevolezza, proporzionalità, equo bilanciamento tra principi e diritti<sup>47</sup>.

E' l'idea - già richiamata - del 'diritto mite'<sup>48</sup>, cioè di quel diritto che si afferma non per la forza della sua coerenza ma per la forza della sua persuasività.

I principi fondamentali, infatti, costituiscono un 'oggetto' del tutto particolare in quanto, per la loro stessa natura, possono individuarsi unicamente attraverso operazioni complesse di bilanciamento tra i diversi principi in concreto configgenti.

---

<sup>47</sup> Si tratta di tecniche interpretative in uso soprattutto presso la Corte Europea dei diritti dell'uomo - presso la quale la teoria del cd. margine di apprezzamento e del giudizio di proporzionalità degli interessi in gioco mostra tutta la sua validità - ma ormai diffuse anche presso le nostre Corti supreme; v. sul punto MANGIAMELLI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dottrina europea della tutela dei diritti fondamentali*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it). In tal senso, proprio in relazione all'argomento da noi trattato, la Corte Costituzionale italiana (Corte cost. n. 348/2007), nel delineare l'efficacia delle sentenze della Corte europea di Strasburgo, non ha mancato di rilevare, ad esempio, che il controllo di costituzionalità deve ispirarsi al «ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, comma 1 Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione».

<sup>48</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 200ss; v. *supra*, ntt. 26-27.

Si tratta d'altronde, di concezioni e tecniche argomentative fatte proprie anche dalle nostre Supreme Corti.

Così, ad esempio, in tema di proprietà la nostra Corte Costituzionale<sup>49</sup> non ha esitazioni nel chiamare in causa la tradizione costituzionale ritenendo che la concezione della proprietà espressa dalle Corti europee non è in contrasto ma è perfettamente coerente alla nostra tradizione costituzionale.

Siamo in presenza, infatti, di una concezione che - prima della cristallizzazione delle nostre tradizioni codicistiche, frutto ma anche causa di irrigidimenti concettuali e dogmatici della dottrina continentale<sup>50</sup> - fa parte della nostra tradizione costituzionale, e forse del codice genetico della nostra più antica e complessiva tradizione giuridica, e dunque consente agli interpreti nazionali una nuova lettura dell'art. 42 coerente anche agli orientamenti delle Corti europee.

D'altronde, la stessa Corte nel valutare la costituzionalità delle norme censurate, e nel richiamare gli orientamenti giurisprudenziali europei si appella con naturalezza alla necessità di *un più «articolato ed equilibrato bilanciamento» tra le istanze prettamente economiche e materiali e quelle soggettive di tutela della persona.*

Si tratta di un componimento che difficoltosamente può essere predeterminato tramite l'astratta predisposizione normativa di criteri più o meno arbitrari, ma che, proprio perché non deve comportare *«la pratica vanificazione del diritto di proprietà»*, deve essere oggetto di concreta realizzazione e costante verifica tramite un incessante e continuo adattamento alle esigenze della società in continua evoluzione.

Così, va valutato di volta in volta se la norma internazionale convenzionale così come interpretata dalla Corte europea, *«non sia in contrasto con le conferenti norme della nostra Costituzione»*, e infine se le norme interne censurate siano in grado di realizzare, nel quadro dei principi costituzionali, *«un ragionevole componimento degli interessi a confronto, tale da contrastare utilmente la rilevanza della normativa CEDU»*<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Corte Cost. n. 348 del 2007; Corte Cost. n. 349 del 2007.

<sup>50</sup> *Supra*, § 6.

<sup>51</sup> Il riferimento è all'art. 5-bis del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica) in ordine al quale la Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale, ed in relazione al quale la consulta con la sent. 348/07 ha stabilito che: «la norma censurata - la quale prevede un'indennità oscillante, nella pratica, tra il 50 ed il 30 per cento del valore di mercato del bene - non supera il controllo di costituzionalità in rapporto al «ragionevole legame» con il valore venale, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il «serio ristoro» richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte. La suddetta indennità è inferiore alla soglia minima accettabile di riparazione dovuta ai proprietari espropriati, anche in considerazione del fatto che la pur ridotta somma spettante ai proprietari viene ulteriormente falciata dall'imposizione fiscale, la quale - come rileva il rimettente - si attesta su valori di circa il 20 per cento. Il legittimo sacrificio che può essere imposto in nome dell'interesse pubblico non può giungere sino alla pratica vanificazione dell'oggetto del diritto di proprietà. Non emergono, sulla base delle considerazioni fin qui svolte, profili di incompatibilità tra

In conclusione i processi descritti ci danno la misura della complessità e dell'articolazione dei percorsi interpretativi che oggi attendono chi si occupa di diritto.

Pertanto, non si può non aderire al pensiero di chi ritiene<sup>52</sup> che «la dimensione reticolare del diritto globale porta ad accogliere una metodologia complessa e una diversa concezione della legalità, secondo cui non sembra possibile contrapporre certezza ed incertezza, ma suggerire solo costanti relazioni e reciproche contaminazioni tra diversi livelli di produzione normativa...»

## VII. TRADIZIONE STORICA, *SCIENTIA IURIS* EUROPEA E DIRITTO DI PROPRIETÀ

Alla luce delle considerazioni svolte, ci sembra allora di poter riconoscere che il concetto di proprietà prospettato dai recenti orientamenti giurisprudenziali europei, non si presenti ai nostri occhi come un'assoluta novità, ma come il precipitato storico del complesso e variegato patrimonio giuridico europeo nella sua interezza.

In realtà, la storia millenaria della proprietà ci insegna che quello dell'appartenenza è forse il concetto più variabile e mutevole che possa riscontrarsi, ma non possiamo non concordare con P. Grossi, quando scrive, che sebbene la storia dell'appartenenza e dei rapporti giuridici tra le cose sia necessariamente segnata da una profonda discontinuità, ciò non toglie che la storia dell'occidente europeo non ha mai rovesciato il caposaldo della proprietà individuale di stampo romanistico<sup>53</sup>.

Infatti, pur nel rispetto della discontinuità, e dunque, dell'originalità dei fatti storici e delle diverse esperienze giuridiche della proprietà, va detto che il concetto romanistico ha costituito sempre un «modello» con il quale confrontarsi. Così, ad esempio, anche

---

l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU, quale interpretato dalla Corte di Strasburgo, e l'ordinamento costituzionale italiano, con particolare riferimento all'art. 42 Cost.» In relazione all' 5-bis, comma 7-bis, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 la sentenza n. 349 del 2007 ha stabilito che «D'altra parte, la norma internazionale convenzionale così come interpretata dalla Corte europea, non è in contrasto con le conferenti norme della nostra Costituzione. La temporaneità del criterio di computo stabilito dalla norma censurata, le congiunturali esigenze finanziarie che la sorreggono e l'astratta ammissibilità di una regola risarcitoria non ispirata al principio della integralità della riparazione del danno non costituiscono elementi sufficienti a far ritenere che, nel quadro dei principi costituzionali, la disposizione censurata realizzi un ragionevole componimento degli interessi a confronto, tale da contrastare utilmente la rilevanza della normativa CEDU. Questa è coerente con l'esigenza di garantire la legalità dell'azione amministrativa ed il principio di responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato. Per converso, alla luce delle conferenti norme costituzionali, principalmente dell'art. 42, non si può fare a meno di concludere che il giusto equilibrio tra interesse pubblico ed interesse privato non può ritenersi soddisfatto da una disciplina che permette alla pubblica amministrazione di acquisire un bene in difformità dallo schema legale e di conservare l'opera pubblica realizzata, senza che almeno il danno cagionato, corrispondente al valore di mercato del bene, sia integralmente risarcito.....»

<sup>52</sup> G. DE AMICIS, *Il ruolo del giudice penale nel sistema europeo delle fonti*, in *Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl.*, Anno XV, Nuova serie, 1/2006, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice. Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005*, 174.

<sup>53</sup> P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 235; cfr. *supra*, nt. 7.

nell'esperienza alto medievale che può essere propriamente definibile come «civiltà possessoria», ed il cui tratto identificativo è costituito dall'effettività e non dalla validità, il concetto romanistico resta pur sempre l'indispensabile «piattaforma autoritativa » a cui fare riferimento, anche se di fatto viene poi svuotato di contenuto<sup>54</sup>.

*L'esperienza romana ha consegnato alla storia, infatti, un concetto di proprietà in cui è forte il legame tra diritto e soggetto, caratterizzata dalla pluridimensionalità degli ordinamenti giuridici chiamati ad apprestare tutela al diritto in questione, ed in cui l'apporto del momento giurisdizionale è fondamentale non solo per la tutela ma anche per la determinazione del contenuto del diritto stesso*<sup>55</sup>.

Questo apporto iniziale - che ha costituito tuttavia *solo l'avvio* di una secolare elaborazione scientifica e giurisprudenziale del concetto in questione - può contribuire forse ancora oggi ad illuminare alcuni aspetti dell'istituto in questione, consentendo agli storici del diritto di non far mancare quell'apporto che spesso la stessa scienza civilistica ci richiede<sup>56</sup>.

Potrebbe, infatti, fornire un valido contributo all'interno delle singole esperienze nazionali per la realizzazione di quella complessa attività di mediazione tra principi sopranazionali e tradizioni giuridiche interne, che tutti i giudici nazionali - e tutti i giuristi - sono oggi chiamati a svolgere costantemente e quotidianamente<sup>57</sup>.

Si tratta, infatti, di un'operazione che non deve tendere certo ad annullare o negare il diritto nazionale, ma semmai a valorizzarne la peculiarità pur armonizzandolo ed inserendolo prudentemente nei circuiti del diritto sovranazionale.

D'altronde, anche i nostri codici moderni sono frutto in realtà della commistione di una scienza tecnica elaborata nei secoli, che per un tratto è stata patrimonio comune a tutti i paesi europei, con la volontà legislativa del diritto statuale. Essi, infatti, sono il prodotto dell'opera del legislatore ma nei contenuti spesso riproducono le soluzioni della elaborazione scientifica che li precede. La frattura con le esperienze storiche che li precedono non è poi così profonda, come usualmente si ritiene<sup>58</sup>.

Di conseguenza, gli interpreti - proprio per evitare l'isterilirsi del diritto codicistico - dovrebbero valutare adeguatamente la necessità di un continuo confronto interpretativo ed evolutivo che ne attui e concretizzi il dato formale.

---

<sup>54</sup> P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 245.

<sup>55</sup> In tal senso in modo specifico cfr. M. MICELI, *Spunti di riflessione storica sul concetto di proprietà*, cit., 1-36.

<sup>56</sup> U. MATTEI, voce «*Proprietà*», cit., 433.

<sup>57</sup> *Supra*, § III.

<sup>58</sup> Cfr. L. GAROFALO, *Una nuova dogmatica per il diritto privato europeo*, cit., 71ss.

In tal modo è possibile, e forse anche necessario, dare concretezza e vita a soluzioni tecniche - frutto di secoli di elaborazione teorica ed applicativa - che hanno in sé dunque potenzialità enormi, che vanno, tuttavia, calibrate ed adattate ai mutamenti dei tempi. Soluzioni tecniche la cui importanza è costituita proprio dal fatto di essere il frutto di processo secolare di elaborazione e sedimentazione, e di avere pertanto la forza di riproporsi per alcuni aspetti in maniera immutata e, al tempo stesso, in forme sempre nuove nell'adattarsi alle diverse esigenze storiche.

Così, in relazione al nostro caso specifico, è forse necessario che la proprietà venga emancipata dalla struttura asfittica del libro III del codice civile per rientrare tra le grandi *categorie ordinanti*, e ciò in quanto vi è la necessità di adeguare la nozione giuridica a quella sociale, politica ed economica, ma anche per esigenze interne alla *scientia iuris* in cui vi è un bisogno estremo di categorie ordinanti.

In definitiva, oggi si può certamente riconoscere alla proprietà anche la natura di diritto di rilievo fondamentale a tutela dell'individuo e della sua libertà e realizzazione. E per far questo non è necessario richiamare teorie di stampo giusnaturalistico che vedono nel diritto di proprietà un diritto preesistente all'ordinamento.

*Si può, invece, certamente fare appello ai principi della tradizione giuridica comune, ai fondamenti del diritto europeo in cui può certamente ravvisarsi e ritrovarsi l'idea di una proprietà come diritto creato anche a tutela della persona e della sua libertà.* In questo modo non è neanche necessario sottrarlo alle consuete ed indefettibili scelte politiche che di volta in volta - in relazione alle diverse epoche storiche e contesti sociali ed economici - è necessario operare per trovare un giusto equilibrio tra le esigenze individuali e quelle collettive.

Ci si può dunque mantenere nell'alveo di una tradizione secolare - che in questo caso trova il suo punto di partenza addirittura nell'esperienza del diritto romano, e che caratterizza per secoli la storia della Western Legal Tradition - ma al contempo aderire alle rinnovate esigenze della contemporanea società globale.