

CESARE SALVI (*a cura di*)

DIRITTO CIVILE
E PRINCIPI COSTITUZIONALI
EUROPEI E ITALIANI



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

slativa che sembra suggerire mere enunciazioni di stile, pare innegabile condividere il pensiero di chi ha sostenuto che l'atto discriminatorio costituisce inevitabilmente una lesione di quei valori fondamentali cui la norma fa testuale riferimento²⁴.

La discriminazione nel contratto viene, pertanto, certamente percepita come una condotta antigiusdica lesiva di interessi patrimoniali, limitando la libertà di ciascuna persona di accedere agli scambi di mercato, ma pare innegabile che la previsione testuale nella normativa italiana ed europea della risarcibilità del danno anche non patrimoniale e la configurazione stessa della discriminazione come lesione della dignità della persona inducono a ritenere che l'interesse tutelato trascenda la sfera patrimoniale della persona e oltrepassi l'obiettivo dell'attuazione della parità di trattamento dovendo, piuttosto, coinvolgere l'intangibilità della persona nella propria dignità, e quindi si può dire nella sua dimensione intima, ma anche socialmente riconosciuta, perché contestualizzata.

Se poi è in gioco la lesione della dignità della persona in questo rinnovato significato, non v'è ragione per cui tali divieti di discriminazione non possano applicarsi anche ai rapporti contrattuali c.d. individualizzati ed in ragione di altri e non previsti fattori di rischio (quali indicativamente potrebbero essere quelli contemplati, con elencazione non tassativa, all'art. 21 della Carta di Nizza "È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale nonché le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione, o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali") senza per questo togliere valore alla libertà negoziale che è preservata nella misura in cui non si configura, in ragione della discriminazione²⁵ posta in essere, quale illecito lesivo della dignità della persona, illecito oggettivo e riconoscibile da una persona di normale diligenza.

Si ritorna, perciò, ancora una volta alla necessità di chiarire fino a che punto si estende la libertà negoziale, come scelta discrezionale del privato, e quale sia invece il limite oltre il quale essa diventa discriminazione illecita. Insomma, resta ancora da scrivere un interessante capitolo di diritto contrattuale antidiscriminatorio!

²⁴ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, in *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, a cura di P. Morozzo Della Rocca, Napoli, 2002, 34.

GIULIO RAMACCIONI

LA TUTELA MULTILIVELLO¹ DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ: IL CASO DELLA ACQUISIZIONE SANANTE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Limitazione del campo di indagine. – 3. Arriva la CEDU! Strasburgo recupera la formula del "*substantive due process*" ... le prime incomprensioni con l'Italia. – 4. Il contrasto prosegue, seppur in forma latente: Corte cost. n. 349/2007. – 5. In scena l'ultimo (per ora) atto del confronto: Corte cost. n. 293/2010. – 6. Locke e Renner!

1. Introduzione.

Uno dei quesiti che si traggono dalla introduzione del Prof. Cesare Salvi è il seguente: "il diritto di proprietà e le libertà economiche devono (tornare a) essere considerati diritti umani fondamentali?"

Già dalla formulazione della domanda si percepiscono immediatamente le implicazioni che l'istituto della proprietà da sempre suscita e le sue ricadute sul tessuto sociale. La vicenda della proprietà, infatti, non si è mai esaurita in un mero problema tecnico di disciplina, ma è sempre stata strettamente legata al sistema dei rapporti economici e sociali caratteristici di ciascuna epoca ed alle sue connessioni con il sistema politico. Uno spazio costantemente aperto alla ridefinizione, con valenze pubblicistiche e distri-

¹ Si utilizza volutamente l'espressione "tutela multilivello" al fine di evidenziare come la regolamentazione dell'istituto proprietario operi nella dimensione europea su più livelli (legislazione interna, normativa comunitaria, CEDU) che offrono soluzioni non omogenee ed anzi fra loro molto spesso contrastanti. Sarebbe certamente auspicabile poter arrivare a parlare di una "tutela integrata", nel senso di completa, lineare, organica e strutturata senza antinomie. Mi sembra però che la strada da percorrere sia ancora molto lunga!

butive, in cui, come detto, trova inesorabilmente riflesso l'assetto economico, sociale e politico di una civiltà.

Un tema, dunque, arduo e problematico, e che certamente si impone per la sua straordinaria vitalità culturale e tecnica. Una vitalità resa ancor più evidente dall'attuale momento storico nel quale l'esperienza giuridica² non si presenta più come un blocco unitario, ma come un complesso, molto articolato e plastico tessuto in continua crescita, dove l'incessante mobilità e la sorprendente pluralità delle fonti di produzione sgretolano e mutano i consolidati rapporti di forza tra il principio di validità e quello di effettività, ribaltandoli in favore del secondo³.

Riletto attraverso la lente di questa intricata e complessa realtà, l'istituto proprietario deve fare i conti con quanto sta accadendo all'interno dello spazio giuridico europeo, inteso come contesto di produzione, fruizione e significazione del diritto⁴. Un contesto giuridico multilivello ed elastico, in cui al pluralismo degli ordinamenti (in competizione o integrazione) si affianca un pluralismo di principi fondamentali fra loro in conflitto⁵. Tutto

² Sulla nozione di esperienza giuridica non si può che rinviare a C. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, in ID., *Opere*, II, Milano, 1959 e R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 373 ss.

³ Si vedano in argomento le preziose indicazioni offerte da P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, 2008, in part. 67, nel quale viene riprodotta la *lectio magistralis* dal medesimo tenuta in occasione del conferimento della Laurea magistrale *honoris causa* in giurisprudenza da parte della Università degli Studi Suor Orsola Benincasa. Di grande interesse e molto utili per approfondire i temi in discussione, con particolare riferimento all'ordinamento comunitario, sono le pagine di N. LIPARI, *Il problema dell'effettività nel diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 887 ss.

⁴ Per l'approfondimento di questi temi si può far riferimento allo studio condotto da D. CARUSO, *Private Law and Public Stakes in European Integration: The Case of Property*, in 10 *Eur. Law J.* 751 (2004); v. ora, di recente, anche H.M. JACOBS, *The "Taking" of Europe: Globalizing the American Ideal of Private Property? (Working Paper)*, Cambridge, MA, Lincoln Institute of Land Policy 2006 e, sempre dello stesso A., *U.S. Private Property Rights in International Perspective*, in *Property Rights and Land Policies*, G. K. Ingram and Y.-H. Hong eds., Cambridge, MA, Lincoln Institute of Land Policy, 2009, 52 ss.

⁵ La tradizione degli ordinamenti in principi produce numerose conseguenze teoriche e pratiche: il cambiamento concettuale consente infatti di pensare unità e ordine (ad esempio in termini di "ragionevolezza", "bilanciamento" e "dialogo"), quando ciò che si sta osservando e si sta decidendo è in realtà un conflitto. In questo senso è di gran rilievo quanto Tarello ha scritto a proposito della teoria dell'ordinamento giuridico, che vale, a maggior ragione, per il pluralismo dei principi: esso ha la "funzione di occultare fratture e individuare coerenza nel sistema (unità di ordinamento) ove la percezione immediata presenta

ciò trova uno dei terreni più fertili e ricchi di implicazioni (politiche, sociali, economiche) proprio nel diritto di proprietà, soprattutto in riferimento alla funzione che è chiamato ad esercitare nel diritto vigente⁶.

Discorrere di spazio giuridico europeo in riferimento alla proprietà, comporta quindi una analisi della sovrapposizione dei differenti modelli e

contraddizioni e conflitti tra forze che si vestono da giuridiche" (G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 194).

⁶ La formula del "diritto vigente" si presta a molte considerazioni ed è evidente che non possa più essere considerata soltanto nella sua accezione "positivistica". In tale contesto, la comparazione, quale metodo problematico di studio e di ricerca, diventa uno strumento interpretativo privilegiato negli spazi definitivi lasciati liberi dal legislatore [cfr. S. CASSESE, *Comparazione e comparazioni giuridiche*, in V. BERTORELLO (a cura di), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, Milano, 2003, 37]. Sotto tale aspetto, vi è, inoltre, in molti comparatisti la tendenza a cercare nuovi orizzonti concettuali, archiviando la teoria del *legal transplant*, A. HARDING, E. ÖRÜCÜ (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, New York, 2002 e L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, Torino, 2009. Seppur in ambito diverso, ma sempre in prospettiva comparatista, ci sembra utile ricordare un recente contributo di Gustavo Zagrebelsky che ha il merito di aver portato al centro della attenzione, anche in Italia, il dibattito che già da qualche anno anima la discussione costituzionalistica degli Stati Uniti, sull'uso dei precedenti giudiziari tratti da esperienze estere, da parte dei giudici nazionali e, in particolare, da parte delle Corti costituzionali; auspicando inoltre lo sviluppo anche in Italia dell'utilizzo di materiali normativi e giurisprudenziali esteri (G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2006, 297 ss.). Questa attenzione al dialogo giurisdizionale transazionale si è sviluppata al punto che alcune Costituzioni contemporanee come quella del Sudafrica, consentono esplicitamente ai giudici di prendere in considerazione la *foreign law* nell'interpretazione della Carta dei diritti [Costituzione Sudafricana (1996), art. 39, par. 1, lett. b: per ulteriori approfondimenti su questa esperienza si rimanda allo studio condotto da A. LOLINI, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemic nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2007, 479 ss.]. In questo articolato e complesso quadro di riferimento, è evidente allora il ruolo centrale che assume la scienza e il metodo comparatista. L'importanza del diritto comparato nella formazione del giurista è sottolineata da M.W. Hesselink, che lo considera (il diritto comparato) come primo e più efficace antidoto contro il dogmatismo della cultura tradizionale, in *The New European Legal Culture*, Deventer, 2001, 63 ss., trad. it., *La nuova cultura europea*, a cura di G. RESTA, Napoli-Roma, 2005. Di tali aspetti si interessa anche V. VARANO, *Civil law and common law: comparazione e cultura*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2009, 59-60, dove, discutendo di contrapposizioni e convergenze fra *civil law* e *common law*, evidenzia acutamente come sia essenziale "che il giurista capisca che ormai deve necessariamente farsi comparatista. Infatti non gli è consentito starsene chiuso nei propri confini (...) Solo così il giurista che si è fatto comparatista può non dare per scontata la globalizzazione della cultura e del diritto, ma guardare a questo fenomeno con equilibrio e in senso critico, utilizzando le altrui esperienze se e in quanto possano conformarsi alla propria cultura, non solo giuridica".

tecniche presenti nel dibattito comunitario: tutti polarizzati su un modello (sotteso, in particolare, alla Costituzione italiana ed a quella tedesca), in cui la proprietà non è vincolata al soggetto, ma anzi proiettata in una dimensione marcatamente sociale ed un modello comunitario di stampo liberista, in cui la proprietà è letta e risolta in chiave individualista.

Evidentissimi sono dunque i conflitti e le contrapposizioni in atto che necessitano di essere analizzati.

2. Limitazione del campo di indagine.

In un quadro così ricco di spunti tematici e di possibili analisi ricostruttive, sembra opportuno da subito delimitare il campo di indagine del mio contributo.

i) La riflessione si appunterà sull'istituto della occupazione acquisitiva⁷ e non sulla sua ricaduta patrimoniale. Questo tema⁸ è centrale per mettere in luce ed analizzare i differenti modelli sopra descritti, anche perché, proprio su tale questione si sono venuti definendo, in un quadro storico e complessivo, principi di ordine generale sull'ordinamento dei valori costituzionalmente protetti.

ii) Come già accennato nella parte introduttiva, il quadro normativo di riferimento risulta, rispetto a pochi anni fa, significativamente mutato. Alle classiche fonti del diritto interno (Costituzione, codice civile, leggi speciali) sono state affiancate le fonti che si collocano in una dimensione europea (la CEDU, il diritto comunitario) o internazionale, cosicché non è certo più possibile analizzare la materia della proprietà in una logica di puro diritto interno o riferendosi a valori e categorie tradizionali, mutate esclusivamente dal diritto di matrice nazionale⁹. La stessa Corte costituzionale

⁷ Sono ben noti i concetti via via succedutisi nel dibattito giurisprudenziale prima e dottrinario poi: accessione invertita, espropriazione sostanziale, espropriazione indiretta, occupazione appropriativa, occupazione usurpativa, occupazione acquisitiva e, da ultimo, acquisizione sanante.

⁸ Altro tema molto significativo in tal senso è quello riguardante la quantificazione della indennità di espropriazione, che però non sarà oggetto di analisi nel presente scritto. Per una recente e molto approfondita ricognizione del problema si rinvia a M. TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 4, 1021 ss.

⁹ Cfr. M. TRIMARCHI, *ivi*, 1055.

verifica ormai la legittimità costituzionale di una previsione di legge, attingendo anche a principi desunti dalla giurisprudenza europea e dalle norme di diritto comunitario. Anche la Cassazione ha maturato il convincimento che il quadro dei valori e il tessuto connettivo di ciascun istituto giuridico possano essere pienamente colti solo tenendo conto anche delle indicazioni che vengono dalle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo.

L'analisi sarà allora condotta limitando l'esposizione alla verifica delle divergenze esistenti tra le soluzioni interne e quelle offerte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in modo da mettere ad esponente le peculiarità di questo confronto transnazionale, in cui ogni ordinamento assume la veste di sistema complesso¹⁰ composto da norme, istituzioni e mentalità.

Dunque, un confronto tra diverse impostazioni e che, a mio parere, si snoda attraverso tre momenti fondamentali.

3. Arriva la CEDU! Strasburgo recupera la formula del "substantive due process" ... le prime incomprensioni con l'Italia.

L'istituto della occupazione acquisitiva rappresenta una delle creazioni più note del diritto pretorio; così come altrettanto conosciute sono le successive vicende che lo hanno caratterizzato e che saranno pertanto qui riassunte in forma sintetica¹¹.

A partire dal *leading case* affrontato dalle sezioni unite della Cass. n. 1464/1983, venne introdotta nel nostro sistema una nuova figura di accessione invertita. Questi i caratteri peculiari dell'istituto: qualora venga realizzata su terreno privato un'opera pubblica senza procedere alla espropriazione del terreno, il diritto di proprietà si estingue in seguito alla radicale ed irreversibile trasformazione che il bene ha subito, producendosi di contro l'acquisizione della proprietà del suolo a favore dell'ente pubblico, con conseguente corresponsione di una indennità al privato espropriato.

¹⁰ Fondamentale per l'analisi di questo profilo sono le pagine di A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 201 ss.

¹¹ Per una cronistoria dettagliata dell'istituto si rinvia ad A. GAMBARDI, *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. IV, Milano, 2000, 859. Sul tema, con particolare riferimento alla influenza della giurisprudenza CEDU sul diritto interno, v. ora dello stesso A., *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 115 ss.

Successivamente, la regola approntata dalla Suprema Corte è stata, nella sostanza, costantemente applicata dal formante giurisprudenziale, fino ad essere confermata dalla Corte costituzionale con le sentt. n. 384/1990 e n. 188/1995¹², che hanno evidenziato come l'istituto sia costituzionalmente corretto e si ponga "come concreta manifestazione, in definitiva, della funzione sociale della proprietà"¹³. Pertanto, un modo di acquisto della proprietà perfettamente giustificato da quanto stabilito dall'art. 42, comma 2, Cost.

Non si erano però fatti i conti con la CEDU!

La Corte di Strasburgo dopo aver lungamente interpretato in modo letterale il comma 2 dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 CEDU, come ostacolo alla possibilità di sindacare sugli interventi statali di limitazione della proprietà per pubblico interesse, riconoscendo al riguardo ampia discrezionalità al legislatore nazionale, a partire dalla seconda metà degli anni ottanta ha cambiato rotta. Ha infatti iniziato ad interpretare in maniera estensiva il proprio ruolo in questo ambito, limitando sensibilmente il margine di apprezzamento che il comma 2 dell'art. 1 del Protocollo lasciava ai singoli Stati. Venne cioè adottata una linea esegetica che ha consentito alla Corte Europea di esercitare una vera e propria attività di controllo di conformità alla Convenzione della normativa interna degli stati contraenti, riservandosi, in tal modo, la possibilità di valutare in maniera penetrante la liceità alla Convenzione di ogni tipo di ingerenza posta in essere dai singoli stati¹⁴. Insomma, una sorta di recupero della formula del *substantive due process*, posta a garanzia dei diritti sostanziali di proprietà¹⁵.

¹² Corte cost., 31 luglio 1990, n. 384 (Pres. Saja – Red. Pescatore) e Corte cost., 23 maggio 1995, n. 188 (Pres. Baldassarre – Red. Granata), tutte leggibili nel sito internet della Corte cost.: <http://www.cortecostituzionale.it/>.

¹³ Così Corte cost. n. 188/1995, che richiama la sent. n. 384/1990, cit.

¹⁴ Si veda, ad esempio, CEDU (Grande Camera) 21 febbraio 1986, n. 8793/79/86, *James e altri c. Regno Unito*, nella quale si afferma il principio della necessità di un indennizzo; ciò in considerazione del fatto che la norma convenzionale posta a tutela del pacifico godimento dei beni (che non menziona l'obbligo di indennizzo) non sarebbe altro che una vuota forma priva di valore se non fosse implicito in essa l'obbligo giuridico di alleviare il peso del sacrificio specificamente imposto al soggetto espropriato. La sentenza citata può essere letta nella banca dati del sito internet <http://www.anptes.org/bancadati.asp>.

¹⁵ Occorre ricordare come assai spesso gli accostamenti fra proprietà e libertà sono proposti per invocare una sorta di ritorno alla formula del *substantive due process*. È noto che tale formula venne impiegata dalla Corte suprema americana come garanzia dei diritti sostanziali di libertà e proprietà. Molto utile per comprendere come sia possibile interpretare in senso sostanziale, forzandone talvolta il significato, la clausola del *due process* è

I casi Carbonara e Ventura¹⁶ e Belvedere Alberghiera¹⁷ hanno aperto la strada a questo controllo più incisivo, attraverso il quale – per quanto riguarda l'istituto della occupazione acquisitiva, che i giudici di Strasburgo definiscono "espropriazione indiretta" – si è avuto modo di sottolineare la contrarietà rispetto all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1.

Una netta bocciatura della fattispecie e delle sue conseguenze giuridiche era dunque arrivata dalla CEDU, la quale, successivamente, con la nota sentenza Scordino, ha ulteriormente precisato il proprio pensiero, evidenziando che "il meccanismo della espropriazione indiretta permette alla amministrazione di passare oltre le regole fissate in materia di espropriazione, col rischio di un risultato imprevedibile o arbitrario per gli interessati (...) alla vista di questi elementi, la Corte stima che il meccanismo della espropriazione indiretta non è atto a garantire un grado sufficiente di sicurezza giuridica"¹⁸.

Per ovviare al problema il Governo italiano corse ai ripari e demandò al Consiglio di Stato la redazione di un Testo Unico in materia di espropriazione per pubblica utilità, che potesse in qualche maniera frenare le condanne che provenivano da Strasburgo in maniera sempre più numerosa, tanto che ormai avevano assunto la veste di un vero e proprio "problema strutturale" della nostra legislazione interna¹⁹. Venne così emanato il d.p.r.

l'esempio offerto dalla nota sentenza *Lochner v. New York* del 1905. Per ulteriori indicazioni sul punto si rinvia, *infra*, a nota (35).

¹⁶ CEDU, 30 maggio 2000, n. 24638/98/2000, *Carbonara e Ventura c. Italia*, in *Foro it.*, 2001, IV, 235 ss.

¹⁷ CEDU, 30 maggio 2000, n. 31524/96/2000, *Belvedere Alberghiera c. Italia*, in *Foro it.*, 2001, IV, 23 ss.

¹⁸ CEDU (sezione quarta), 17 maggio 2005, n. 43662/98/2005, *Scordino c. Italia*, la decisione può essere letta nel sito <http://www.anptes.org/bancadati.asp>.

¹⁹ Il problema era ed è evidente, se solo si tiene conto che si sono contate almeno 54 violazioni in materia di accessione invertita, che di seguito vengono elencate: CEDU, 30 maggio 2000, n. 31524/96/2000, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*; CEDU, 19 maggio 2005, n. 41040/98/2005, *Acciardi e Campagna c. Italia*; CEDU, 13 ottobre 2005, n. 71603/01/2005, *Binotti c. Italia*; CEDU, 17 novembre 2005, n. 63632/00/2005, *Binotti c. Italia*; CEDU, 6 dicembre 2005, n. 20236/02/2005, *Capone c. Italia*; CEDU, 15 luglio 2005, n. 62592/00/2005, *Capone c. Italia*; CEDU, 30 maggio 2000, n. 24638/94/2000, *Carbonara e Ventura c. Italia*; CEDU, 15 luglio 2005, n. 63861/00/2005, *Carletta c. Italia*; CEDU, 11 ottobre 2005, n. 63620/00/2005, *Chirò e altri c. Italia* n. 1; CEDU, 11 ottobre 2005, n. 65137/01/2005, *Chirò e altri c. Italia* n. 2; CEDU, 11 ottobre 2005, 67196/01/2005, *Chirò e altri c. Italia* n. 4; CEDU, 11 ottobre 2005, n. 67197/01/2005, *Chirò e altri c. Italia* n. 5; CEDU, 11 ottobre 2005, n. 65272/01/2005, *Chirò Dora c. Italia* n. 3; CEDU, 13 ottobre 2005, n. 63296/00/2005,

n. 327/2001, entrato in vigore il 30 giugno del 2003, il cui art. 43 confermava la possibilità della occupazione acquisitiva (anche se la lettura data all'articolo dalla giurisprudenza e dalla dottrina, ha portato alla creazione di un nuovo sintagma definitorio: quello di "acquisizione sanante") purché fos-

Colacrai c. Italia n. 1; CEDU, 15 luglio 2005, n. 63868/00/2005, *Colacrai c. Italia* n. 2; CEDU, 13 ottobre 2005, n. 63633/00/2005, *Colazzo c. Italia*; CEDU, 13 ottobre 2005, n. 71175/01/2005, *De Pasquale c. Italia*; CEDU, 20 aprile 2006, n. 176/04/2006, *De Sciscio c. Italia*; CEDU, 15 dicembre 2005, n. 44897/98/2005, *Di Cola c. Italia*; CEDU, 15 novembre 2005, n. 64111/00/2005, *Dominici c. Italia*; CEDU, 15 luglio 2005, n. 63242/00/2005, *Donati c. Italia*; CEDU, 19734/92 F.S. No. 1, *Interim Resolution* DH(98)209 of 10/07/98; CEDU, 13 ottobre 2005, n. 63864/00/2005, *Fiore c. Italia*; CEDU, 2 febbraio 2006, n. 9119/03/2006, *Genovese c. Italia*; CEDU, 15 dicembre 2005, n. 16041/02/2005, *Giacobbe e altri c. Italia*; CEDU, 30 marzo 2006, n. 35941/03/2006, *Gianni e altri c. Italia*; CEDU, 15 novembre 2005, n. 60124/00/2005, *Gravina c. Italia*; CEDU, 6 luglio 2006, n. 18791/03/2006, *Grossi e altri c. Italia*; CEDU, 8 dicembre 2005, n. 58858/00/2005, *Guiso-Gallisay c. Italia*; CEDU, 23 febbraio 2006, n. 35638/03/2006, *Immobiliare Cerro S.a.s. c. Italia*; CEDU, 17 novembre 2005, n. 62876/00/2005, *Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero c. Italia*; CEDU, 2 marzo 2006, n. 20935/03/2006, *Izzo c. Italia*; CEDU, 15 luglio 2005, n. 63240/00/2005, *La Rosa e altri c. Italia* n. 6; CEDU, 11 ottobre 2005, n. 58119/00/2005, *La Rosa e Alba c. Italia* n. 1; CEDU, 15 novembre 2005, n. 58386/00/2005, *La Rosa e Alba c. Italia* n. 3; CEDU, 13 ottobre 2005, n. 63238/00/2005, *La Rosa e Alba c. Italia* n. 4; CEDU, 11 luglio 2006, n. 63239/00/2006, *La Rosa e Alba c. Italia* n. 5; CEDU, 17 novembre 2005, n. 63241/00/2005, *La Rosa e Alba c. Italia* n. 7; CEDU, 15 luglio 2005, n. 63285/00/2005, *La Rosa e Alba c. Italia* n. 8; CEDU, 15 novembre 2005, 56578/00/2005, *Lanteri c. Italia*; CEDU, 13 luglio 2006, n. 12912/04/2006, *Lo Bue e altri c. Italia*; CEDU, 11 luglio 2006, n. 61211/00/2006, *Maselli c. Italia* n. 2; CEDU, 13 ottobre 2005, n. 63866/00/2005, *Maselli c. Italia*; CEDU, 17 maggio 2005, n. 43663/98/2005, *Mason e altri c. Italia*; CEDU, 17 maggio 2005, n. 36818/97/2005, *Pasculli c. Italia*; CEDU, 9 febbraio 2006, n. 69907/01/2006, *Prenna e altri c. Italia*; CEDU, 12 gennaio 2006, n. 14793/02/2006, *Sciarrotta e altri c. Italia*; CEDU, 17 maggio 2005, n. 43662/98/2005, *Scordino c. Italia* n. 3; CEDU, 15 dicembre 2005, n. 67790/01/2005, *Scozzari e altri c. Italia*; CEDU, 13 ottobre 2005, n. 67198/01/2005, *Serrao c. Italia*; CEDU, 6 dicembre 2005, n. 77822/01/2005, *Serrilli c. Italia*; CEDU, 17 novembre 2005, n. 77823/01/2005, *Serrilli Pia Gloria e altri c. Italia*; CEDU, 22 giugno 2006, n. 213/04/2006, *Ucci c. Italia*; CEDU, 13 luglio 2006, n. 12894/04/2006, *Zaffuto e altri c. Italia*. A queste sentenze devono essere aggiunte le altre decisioni che, pur non riguardando la questione specifica della accessione invertita, condannano l'Italia per violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU. Si veda, di recente, CEDU, 20 gennaio 2009, n. 75909/01/2009, *Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia*, in *Giur. it.*, 2009, 11, 2398 ss., con nota di M. ROBLES; *La "nuova" proprietà: ovvero il "governo dei diritti" nel "dialogo" tra Corti*; cfr. sull'argomento anche G. TUCCI (a cura di), *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo, dall'accessione invertita alla «confisca urbanistica»*, Bari, 2009 e R. PETRUSO, *L'Affaire Punta Perotti davanti la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 1, 243 ss.; per ulteriori spunti problematici e temi di riflessione sempre in merito alla decisione da ultimo citata, sia consentito il rinvio a G. RAMACCIONI, *Ecomostro e diritti umani*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 3, 501 ss.

se stata rispettata una specifica procedura in sanatoria e negando implicitamente che fosse stato il fatto della avvenuta irreversibile trasformazione del fondo a generare l'effetto traslativo.

Questo – nell'interpretazione successiva elaborata in particolare dalla magistratura amministrativa²⁰ – il principio estrapolato dall'art. 43: nel caso di mancata conclusione del procedimento espropriativo e quando si è realizzata una occupazione senza titolo, vi è un illecito il cui autore ha l'obbligo generale di disporre la restituzione del suolo e di risarcire il danno cagionato *medio tempore*, fatto salvo il potere, *ex art. 43*, di far venire meno l'obbligo di restituzione *ab extra*, con l'atto di acquisizione del bene; atto che non dovrà soltanto prendere in considerazione l'astratta idoneità dell'opera a soddisfare esigenze di carattere generale ma dovrà compiere una esaustiva ponderazione degli interessi in conflitto, dando conto, con una congrua motivazione, della sussistenza attuale di un interesse pubblico specifico e concreto²¹; sottolineando così che non è il fatto della irreversibile trasformazione del fondo nell'opera pubblica realizzata (quale situazione di fatto che rende giuridicamente impossibile la restituzione al privato del bene) a determinare l'acquisto della proprietà da parte della pubblica amministrazione.

Nonostante però la soluzione predisposta dal formante giurisprudenziale era tutta volta a cercare di far conciliare i due sistemi normativi proposti dalla nostra Carta costituzionale e dalla Convenzione EDU, rimanevano

²⁰ L'orientamento trova le sue solidissime basi nelle pronunce del Consiglio di Stato: Cons. Stato, ad. plen., 29 aprile 2005, n. 2 (che ha dato avvio a questa linea interpretativa, oggi maggioritaria); Cons. Stato, 21 maggio 2007, n. 2582; Cons. Stato, 27 giugno 2007, n. 3752; Cons. Stato, 16 novembre 2007, n. 5830; Cons. Stato, 30 dicembre 2008, n. 6636; Cons. Stato, 26 febbraio 2009, n. 1136; Cons. Stato, 8 giugno 2009, n. 3509; Cons. Stato, 19 febbraio 2010, n. 997. Per quanto concerne i Tribunali Amministrativi Regionali, si può far riferimento, *ex multis*, a: TAR Lazio, sez. II-bis, 2 ottobre 2009 e TAR Lazio, sez. II-bis, 18 maggio 2010. Tutte le sentenze citate sono leggibili su *Juris data dud rom*, 2010, 5.

²¹ Per completezza di esposizione, va detto che nel dibattito giurisprudenziale che anima la materia, si registrano posizioni contrastanti ed anche piuttosto consolidate, in particolare da parte della Corte di Cassazione la quale ha, invece, ribadito a più riprese l'operatività dell'istituto della occupazione acquisitiva con i relativi presupposti. Sottolineando, nello specifico, che l'acquisto della proprietà da parte della pubblica amministrazione si verifica al momento della irreversibile trasformazione del fondo nell'opera pubblica realizzata; situazione di fatto che rende giuridicamente impossibile la restituzione al privato del bene. Le più recenti pronunce sono: Cass., 6 agosto 2008, n. 21249; Cass., 11 giugno 2009, n. 13578; Cass., 16 settembre 2009, n. 19982; Cass., S.U., 9 ottobre 2009, n. 21470; Cass., 13 gennaio 2010, n. 397; Cass., 28 maggio 2010, n. 13087, tutte leggibili sul *Repertorio24 de Il Sole 24 Ore*, nel sito internet <http://www.lex24.ilsole24ore.com/>.

sul tappeto profonde divergenze e notevoli contrasti tra le prospettive offerte dai due diversi modelli; contrasti che non si è riusciti a superare, come è ancora emerso di recente, sia specificamente nella sentenza *De Sciscio c. Italia* del 2006²² e sia, seppur come *obiter dictum*, nella sentenza *Sciarrotta c. Italia*, sempre del 2006²³.

4. Il contrasto prosegue, seppur in forma latente: Corte cost. n. 349/2007.

Arriviamo così al momento in cui la Corte costituzionale, anche se in modo non direttamente verbalizzato, ha di fatto sottolineato la diversità di modelli e prospettive tra la nostra Costituzione e la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

Siamo così giunti alla seconda fase del contrasto.

La sentenza è la n. 349/2007²⁴. Sentenza molto nota in quanto, unitamente alla n. 348/2007²⁵, ha determinato un nuovo assetto delle fonti nel nostro ordinamento, in cui la disciplina contenuta nella Convenzione EDU assume il valore di norma interposta, alla cui stregua occorre operare il vaglio di legittimità costituzionale delle disposizioni interne attraverso l'art. 117 Cost.²⁶

²² CEDU, 20 aprile 2006, n. 176/04/2006, *De Sciscio c. Italia*, la decisione può essere letta nel sito <http://www.anptes.org/bancadati.asp>.

²³ CEDU, 12 gennaio 2006, n. 14793/02/2006, *Sciarrotta c. Italia*, la decisione può essere letta nel sito <http://www.anptes.org/bancadati.asp>.

²⁴ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349 (Pres. Bile – Red. Tesauero), leggibile nel sito internet della Corte cost.: <http://www.cortecostituzionale.it/>.

²⁵ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 (Pres. Bile – Red. Silvestri), leggibile nel sito internet della Corte cost.: <http://www.cortecostituzionale.it/>.

²⁶ Questa giurisprudenza del Giudice delle leggi in riferimento al rango ed all'efficacia delle norme CEDU nel nostro sistema (ed al ruolo dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo nella interpretazione ed applicazione della Convenzione), ha avuto avvio con le citate sentenze nn. 348 (Pres. Bile – Red. Silvestri) e 349 (Pres. Bile – Red. Tesauero) del 2007, che hanno evidenziato come le norme della CEDU sono da considerare "norme interposte" alla cui stregua occorre operare il vaglio di legittimità costituzionale delle disposizioni interne attraverso l'art. 117 Cost. – e ciò in quanto, nella gerarchia delle fonti, devono essere collocate su un gradino inferiore rispetto alle norme comunitarie, rimanendo pertanto escluso al giudice di procedere alla diretta disapplicazione della norma interna che si presume contraria alla Convenzione. Tale linea interpretativa ha trovato, inoltre, ulteriore conferma in altre sentenze della Corte, che hanno dato ai principi sopra enunciati una particolare ampiezza e coerenza; significative in questo senso sono: (i) la n. 39 del 27

febbraio 2008 (Pres. Bile – Red. Amirante), dove viene sottolineato che "questa Corte, con le recenti sentenze 348 e 349 del 2007 ha affermato tra l'altro che, con riguardo all'art. 117 c. 1, Cost., le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo devono essere considerate come interposte e che la loro peculiarità, nell'ambito di siffatta categoria, consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale giudizio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi"; (ii) la n. 239 del 24 luglio 2009 (Pres. Amirante – Red. De Siervo) che, dichiarando la inammissibilità della questione sottoposta al suo scrutinio, ha confermato "che, in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa. Infatti 'al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme' e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubbi della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale interposta, egli deve investire questa Corte delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. (sentenza n. 349 del 2007, par. 6 del *Considerato in diritto*; analogamente sentenza n. 348 del 2007, par. 5 del *Considerato in diritto*"; (iii) la n. 311 del 26 novembre 2009 (Pres. Amirante – Red. Tesauero); (iv) la n. 317 del 4 dicembre 2009 (Pres. Amirante – Red. Silvestri); (v) la n. 93 del 12 marzo 2010 (Pres. Amirante – Red. Frigo); (vi) la n. 113 del 7 aprile 2011 (Pres. De Siervo – Red. Frigo). Con dette pronunce è stata pienamente confermata l'apertura della nostra Costituzione verso l'insieme di regole, esterne all'ordinamento giuridico nazionale, che realizzano una dimensione ulteriore di legalità, mentre, d'altro canto, l'assetto attuale porta a rilevare che il contrasto tra norma interna e norma della Convenzione, così come interpretata dalla sua Corte, ove non sia possibile comporlo con l'interpretazione conforme del Giudice comune, può trovare corretto, certo e stabile rimedio nel nostro sistema giuridico soltanto attraverso la verifica di legittimità del Giudice costituzionale ovvero mediante l'attività del legislatore (tutte le sentenze riportate in nota possono essere lette nel sito internet della Corte: <http://www.cortecostituzionale.it/>).

Vi è però da aggiungere che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona può mettere in crisi la giurisprudenza costituzionale da ultimo citata, dal momento che si potrebbero ritenere le norme contenute nella CEDU direttamente applicabili nel nostro sistema, alla stregua della normativa UE e senza ricorrere alla teoria delle c.d. "norme interposte". Sembra proprio orientarsi in questo senso una recente sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220 che in un passaggio della motivazione afferma: "Ciò posto, in questa fase del giudizio la Sezione deve fare applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall'art. 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009)", la sentenza può leggersi in *Guida dir.*, 2010, 14, 88 ss. Sulla stessa linea interpretativa si pone Cass., sez. V pen., 28 aprile 2010, n. 16507 (leggibile nel sito internet della Corte di Cassazione: <http://www.cortedicassazione.it/>): "Ritiene comunque la Corte che, in ossequio al principio dell'economia dei mezzi processuali e allo speculare principio costituzionale della ragionevole durata del procedimento, si possa evitare questa ulteriore fase, a fronte della estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo e dell'esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e del-