

STUDI DI DIRITTO EUROPEO

I

Direttore

Mario SERIO

Professore ordinario di Diritto privato comparato
Dipartimento di Diritto Privato Generale
Università degli Studi di Palermo

Comitato scientifico

Roberto CONTI

Consigliere della Quinta Sezione Civile
Corte Suprema di Cassazione

Gian Maria PICCINELLI

Professore ordinario di Diritto privato comparato
Dipartimento di Studi Europei e Mediterranei
Seconda Università degli Studi di Napoli

Antonino PROCIDA MIRABELLI DI LAURO

Professore ordinario di Diritto privato comparato
Dipartimento di Diritto Comune Patrimoniale
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

STUDI DI DIRITTO EUROPEO

Vi sono espressioni che ormai fanno parte della letteratura giuridica dalle origini meno classiche di quelle che accompagnano molti altri oggetti dello studio del diritto. Tra queste l'espressione "Diritto europeo", pur non vantando radici storiche salde e diffuse, ha guadagnato ben presto credibilità, prestigio e riconoscimento di notevole utilità pratica. Ciò è accaduto perché il diritto europeo non è soltanto locuzione che alluda a un corpo normativo completamente o parzialmente definito e, comunque, in grado di esprimere valori e principi originali e innovativi; esso rappresenta anche un simbolo e una speranza.

Il simbolo è quello dell'armonia e dell'unità tra popoli appartenenti a una circoscritta area geografica, che attraverso atti costitutivi e trattati hanno senza incertezze imboccato la strada della cooperazione e del ripudio dei conflitti. La speranza è che questo patrimonio ideale si possa trasformare nell'edificazione di un corpo normativo, già in buona parte abbozzato, che, senza sacrificare le identità e le tradizioni nazionali, si presti a costituire uno strumento, comune ai popoli che vi si riconoscono, rivolto alla disciplina dei rapporti interordinamentali e interindividuali in una prospettiva di uniformità e omogeneità.

E allora, l'espressione diritto europeo, più che frutto di una scelta culturale, appare il prodotto di una necessità scientifica, quella di designare studi e scritti che aspirano a descrivere, interpretare, modellare le sempre più vaste aree di pensiero giuridico che si vanno assestando attorno all'Europa.

Da questo punto di vista gli studi di diritto europeo recuperano, in virtù della modernità e ariosità del loro motivo ispiratore, quel minor grado di storicità che appartiene ad altri collaudati settori dello scibile giuridico. Tanto intensa e pervasiva è la presenza del diritto europeo oggi che la sua declinazione in senso scientifico si manifesta continuamente e con rilevanza di risultati.

Questa collana nasce prendendo atto della necessità di raccogliere riflessioni e saggi di impianto monografico che si concentrino non soltanto su temi riconducibili al perimetro del diritto europeo, ma che soprattutto respirino il simbolo e la speranza di cui si è detto, spaziando in tutti i possibili luoghi di esplicazione del diritto europeo, comunitario e non. Si è così scelto di intitolare la collana evocando il diritto europeo come suo ambito oggettivo.

I contributi che saranno pubblicati sono auspicabilmente rivolti all'inveramento dell'istanza europeistica nei diritti nazionali e al coordinamento del livello sovrastatale con quello statale. L'aspirazione è quella di favorire la circolazione di opere che attorno a un'idea di sovranità nazionale, inviolabile e suprema, si concili in armonia e pace con quella di un luogo fisico e giuridico, l'Europa, nel quale i popoli convivano con rispetto e solidarietà.

Il volume che inaugura la collana, scritto dall'Autore con passione e competenza maturata in anni di ricerche specialistiche e di apprezzata attività giurisdizionale, sembra possedere tutte le caratteristiche e soddisfare ogni premessa che nella collana si spera di rendere visibili.

Mario Serio

Professore ordinario di Diritto privato comparato
Dipartimento di Diritto Privato Generale
Università degli Studi di Palermo

Roberto Conti

Diritto di proprietà e CEDU
Itinerari giurisprudenziali europei

Viaggio fra Carte e Corti alla ricerca
di un nuovo statuto proprietario



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-4638-8 (versione cartacea)
ISBN 978-88-955-7886-6 (versione digitale)

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2012
L'opera è pubblicata in formato digitale da Exeo Edizioni
www.exeo.it

Ad Anna, Giovanni ed Emanuel

[...] quanto più si internazionalizza (ed “europeizza”), tanto più la Costituzione si [...] *costituzionalizza*; e, ancora, [...] quanto più il diritto di origine esterna si costituzionalizza, tanto più si [...] *internazionalizza* (o “europeizza”), realizza appieno se stesso, la propria identità e congenita vocazione a servire — come recita la nostra Carta — la causa della pace e della giustizia tra le Nazioni, col fatto stesso di farsi cura dei bisogni elementari dell’uomo, dei suoi diritti, della sua dignità.

— A. Ruggeri

*Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali,
tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione
e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario.*

15 *Prefazione*

17 **Capitolo I**

La protezione del diritto di proprietà nella CEDU

1.1. Il diritto di proprietà tutelato dall'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU: nozione, 17 – 1.2. Il concetto di “bene”, 20 – 1.3. Ingerenze nell'esercizio del diritto di proprietà: il requisito di legalità, 24 – 1.4. Pubblica utilità, interesse generale e margine di apprezzamento interno, 27 – 1.5. Un primo approccio al margine di apprezzamento degli Stati contraenti nell'attuazione dei diritti di matrice CEDU, 32 – 1.6. La regolamentazione dell'uso dei beni, 34 – 1.7. Gli obblighi positivi dello Stato in tema di tutela del diritto di proprietà, 37 – 1.8. La tutela proprietaria nel sistema penale, 40 – 1.8.1. *La tutela del proprietario terzo acquirente in caso di lottizzazione abusiva, confisca e terzi acquirenti: nuove prospettive dopo la giurisprudenza CEDU*, 41 – 1.8.2. *L'interpretazione conforme a CEDU della Cassazione penale — suggerita da Corte cost. n. 239/2009 — in tema di sequestro preventivo a carico di terzi acquirenti in caso di lottizzazione abusiva*, 44.

49 **Capitolo II**

Il diritto vivente della Corte dei diritti umani sulle “espropriazioni indirette”

2.1. Premesse, 49 – 2.2. La giurisprudenza della CEDU sul diritto di proprietà e l'impatto prodotto nel sistema italiano: a) la prima fase a partire dalle sentenze Carbonara e Ventura e Belvedere Alberghiera del maggio 2000, 53 – 2.3. Le prove di dialogo fra Corti dopo le condanne italiane sull'occupazione acquisitiva. L'interpretazione non conforme a CEDU delle Sezioni Unite dal 2003 al 2006, 56 – 2.4. Alla ricerca dell'interpretazione conforme a CEDU dell'istituto dell'occupazione acquisitiva: Cass.11887/2006 e la questione di costituzionalità dell'art. 5-bis comma 7-bis l. n. 359/1992, 61 – 2.5. La svolta in punto di rapporti fra CEDU e sistema interno: le sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, 62.

65 Capitolo III

Funzione sociale e proprietà

3.1. La funzione sociale della proprietà, 65 – 3.2. Rapporti fra funzione sociale ed occupazione acquisitiva: a) La legittimità costituzionale dell'istituto dell'occupazione acquisitiva secondo la Corte costituzionale, 68 – 3.3. Il bilanciamento sbilanciato fra valori nei primi interventi del giudice delle leggi in tema di accessione invertita, 75 – 3.4. Ragionare “per principi” a proposito dell'occupazione acquisitiva, 77 – 3.5. Corte cost. n. 349/2007 e la conformizzazione della funzione sociale costituzionale alla CEDU, 82 – 3.6. Corte cost. n. 348/2007: la funzione sociale della proprietà domina — in apparenza — l'indennizzo espropriativo e si fronteggia con il diritto vivente della CtEDU pervenendo a nuove forme di bilanciamento, 86 – 3.7. La proprietà nel diritto dell'Unione europea e la funzione sociale, 88 – 3.8. Gli albori della nuova stagione della proprietà: prove di dialogo fra Corti e Carte, 94.

99 Capitolo IV

Cassazione e Consiglio di Stato si fronteggiano sull'occupazione acquisitiva

4.1. La natura permanente dell'illecito da occupazione acquisitiva ed il non ritorno del Consiglio di Stato (Ad. Plen. n. 2/2005 e sent. n. 2582/07) sull'occupazione acquisitiva, 99 – 4.2. Gli iniziali timidi tentativi di riallineamento della Cassazione a Strasburgo, 102 – 4.3. L'interpretazione (parzialmente) conforme alla CEDU di Cass. n. 20543/2008 sul tema della prescrizione, 104 – 4.4. La discordia fra le Corti incrina il principio di legalità (art. 6 CEDU), esponendo l'Italia ad ulteriori condanne innanzi a Strasburgo, 109.

117 Capitolo V

Corte dir. uomo, 22 dicembre 2009, Guiso Gallisay c. Italia

5.1. La vicenda GUIO GALLISAY C. ITALIA e il risarcimento del danno da occupazione acquisitiva, 117 – 5.2. Corte dir. uomo 21 ottobre 2008, GUIO GALLISAY C. ITALIA e la quantificazione dell'equo soddisfacimento, 122 – 5.3. La sentenza della Grande Camera del 22 dicembre 2009 — GUIO GALLISAY C. ITALIA —, 128 – 5.4. Alcune considerazioni su Corte dir.uomo, 22 dicembre 2009, GUIO GALLISAY C. ITALIA, 133 – 5.5. I confini della sentenza Guiso–Gallisay del 22 dicembre 2009, 137 – 5.6. Le ragioni (forti) di un dialogo fra Corti nazionali e sovranazionali, 139 – 5.7. Alcuni persistenti dubbi in ordine alla compatibilità dell'occupazione acquisitiva con l'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU, 141.

145 Capitolo VI

L'art. 43 t.u. espropriazione. Genesi di un istituto "sanante"

6.1. L'art. 43 testo unico espropriazione, 145 – 6.2. L'art. 43 t.u.e.: pregi e difetti, 148 – 6.3. L'attacco frontale della Cassazione all'art. 43 t.u. espropriazione e l'interpretazione conforme alla CEDU del giudice amministrativo, 152 – 6.4. L'art. 43 t.u.e. visto dalle Istituzioni sovranazionali: la Risoluzione (2007)³ adottata dal Comitato dei Ministri presso il Consiglio d'Europa sull'espropriazione indiretta. Premesse, 155 – 6.5. Le prime decisioni del Comitato dei Ministri sulla questione delle c.d. "espropriazioni indirette", 156 – 6.6. Il dopo: la Risoluzione (2007) 3, 157 – 6.7. (Segue): la posizione espressa nella Risoluzione, 158 – 6.8. La posizione della Corte dei diritti umani sulle violazioni di sistema in tema di espropriazione di fatto — Corte dir. uomo 6 marzo 2007: *Scordino c. Italia* (3) —, 160 – 6.9. Le misure generali suggerite all'Italia dalla Corte dei diritti dell'uomo per elidere gli effetti delle violazioni di sistema, 162 – 6.10. La restituito in *integrum* "integrale", 163 – 6.11. Qualche conclusione, 166.

169 Capitolo VII

Morte e resurrezione dell'art. 43 t.u. espropriazione

7.1. L'art. 43 t.u.e. alla Corte costituzionale, 169 – 7.2. La sentenza n. 293/2010 della Corte costituzionale. Messaggi in codice al legislatore?, 173 – 7.3. L'acquisizione sanante resuscita dalle ceneri dell'art. 43 t.u. espropriazione: l'art. 42-bis t.u. espropriazione, 176 – 7.4. L'indennizzo e l'art. 42-bis t.u.e., 180 – 7.5. La riduzione dell'indennizzo per infedele dichiarazione ICI, 186 – 7.6. La scure della CEDU si abbatte sul sistema normativo in tema di dichiarazione ICI ed indennizzo espropriativo (Corte cost. n. 338/2011), 187 – 7.7. Il fronte fiscale. Il sistema della tassazione degli importi corrisposti a titolo di indennità di esproprio, di occupazione acquisitiva e di acquisizione sanante, 192 – 7.8. Legalità e art. 42-bis t.u.e. Due tesi a confronto: a) i dubbi, 199 – 7.9. La parificazione fra condotte acquisitive ed usurpative, 200 – 7.10. «Scopo di interesse pubblico» come succedaneo della «dichiarazione di pubblica utilità»? , 202 – 7.11. Valutazioni discrezionali ed atto di acquisizione, 203 – 7.12. La sanatoria ex post di una condotta illecita, 205 – 7.13. Un approccio (parzialmente) favorevole all'art. 42-bis t.u.e. in nome del principio di legalità "convenzionale", 206 – 7.14. Qualche conclusione "provvisoria", 210.

217 Capitolo VIII

Il danno non patrimoniale da perdita della proprietà. La proprietà è un "diritto umano"

8.1. La giurisprudenza della Corte dei diritti umani sul danno morale per

lesione dell'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU, 217 – 8.2. Le sentenze c.d. di San Martino della Corte di Cassazione e l'esclusione della rilevanza, ai fini del danno non patrimoniale, della CEDU, 220 – 8.3. Il diritto di proprietà come diritto umano, 223 – 8.4. La natura del diritto di proprietà come vero ostacolo al riconoscimento del danno non patrimoniale, 225 – 8.5. La dimensione economica della proprietà tutelata dalla CEDU come limite al risarcimento del danno non patrimoniale, 227 – 8.6. Prima conclusioni sulla via della riconoscibilità del danno non patrimoniale da lesione della proprietà, 231 – 8.7. Il pregiudizio non patrimoniale determinato forfetariamente dall'art. 42-bis t.u. espropriazione e le nuove frontiere aperte da Cons. Stato 2 novembre 2011 n. 5844, 232 – 8.8. Conclusioni sul pregiudizio non patrimoniale e l'art. 42-bis T.U.E., 235.

237 Capitolo IX

L'indennizzo espropriativo alla “prova Strasburgo”

9.1. Le regole del giudice di Strasburgo in materia d'indennizzo espropriativo, 237 – 9.2. L'art. 17 della Carta di Nizza-Strasburgo e la giusta indennità, 243 – 9.3. Due tutele a confronto sulla proprietà: CEDU e Carta dei diritti fondamentali, 245 – 9.4. Corte dir. uomo 29 Marzo 2006, *Scordino c. Italia* fa crollare il sistema dell'indennizzo espropriativo, 250 – 9.5. Il punto sulla “riforma” del sistema indennitario introdotto dalla l. n. 244/2007, 252 – 9.6. Le misure di ordine generale suggerite dalla Corte europea per “raddrizzare” il sistema indennitario interno, 253 – 9.7. (*segue*): e le misure generali suggerite al legislatore da Corte cost. n. 348/2008, 254 – 9.8. Il sistema indennitario introdotto dalla legge n. 244/2007, 256 – Il *valore* azienda nel caso di esproprio del fondo. Un altro *goal* della Corte dei diritti dell'uomo sul sistema interno – Corte Dir. uomo 26 luglio 2011, *DI CARLO C. ITALIA* –, 258 – 9.9. La riduzione del 25 % per gli interventi di riforma economico-sociale, 261 – 9.10. La portata parzialmente retroattiva della legge n. 244/2007, 266 – 9.11. Il maggior danno in caso di ritardo nel pagamento dell'indennizzo espropriativo: a) l'art. 17 della Carta di Nizza-Strasburgo ed il diritto al pagamento di una giusta indennità “in tempo utile”, 268 – 9.12. *Segue*: la giurisprudenza della CEDU sul punto, 271 – 9.13. L'ultima frontiera della tutela forte del diritto di proprietà di matrice convenzionale: Corte cost. n. 181/2011 e l'indennizzo in materia di suoli agricoli, 274.

283 Capitolo X

Conclusioni in progress su proprietà e Giudici

10.1. Viaggiando fra le Carte dei diritti fondamentali. A proposito del ruolo della Carta di Nizza-Strasburgo, 283 – 10.2. La comunitarizzazione della CEDU per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, 288

- 10.3. Sul ruolo delle Carte e delle Corti nella protezione del diritto “fondamentale” di proprietà, 291 – 10.4. Il rapporto fra Corte dei diritti umani e giudici nazionali nella protezione del diritto di proprietà, 296 – 10.5. Il ruolo dell’interpretazione nel processo d’implementazione della tutela dominicale, 299 – 10.6. Il dialogo fra giudice comune e Corte costituzionale sul tema della proprietà, 300.

Prefazione

Chi scrive nutre sentimenti di autentica gratitudine verso le burrascose vicende che, a partire dall'anno 2000, hanno riguardato i diritti dei proprietari espropriati, per lo più illegittimamente, dalla Pubblica Amministrazione.

Per effetto di orientamenti normativi e giurisprudenziali pericolosamente orientati a fare prevalere gli interessi pubblici su quelli del proprietario, si erano andate progressivamente annichilendo le aspettative economiche di chi, privato del godimento di beni per ragioni di pubblica utilità, era stato lasciato in balia di un'amministrazione incapace di gestire in modo efficace le procedure espropriative ed affatto sanzionata per i comportamenti lassisti, comunque tollerati o giustificati in nome di una "funzione sociale" della proprietà progressivamente snaturata rispetto alle commendevoli finalità che i padri costituenti avevano inteso attribuirle. La stagione che è seguita alle plurime condanne subite dall'Italia innanzi alla Corte dei diritti dell'uomo per lesione del diritto al rispetto dei beni sancito dall'art. 1 Prot. n. 1 annesso alla CEDU ha così visto la "riscossa" dei proprietari, i quali sono in debito di riconoscenza verso le pervicaci battaglie individuali proposte da soggetti che avevano visto snaturato ed impoverito il diritto di proprietà al punto da rimanere esso stesso costantemente travolto dal sempre superiore e prioritario interesse pubblico, in nome del quale tutto era lecito: anche l'illecito!

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

1 Prot. n. 1 annesso alla CEDU.

Il viaggio che si propone al lettore è dunque rivolto a descrivere i punti di scontro e d'incontro fra giudice di Strasburgo e Corti nazionali ed i frutti fecondi che tale "dialogo" è stato fin qui in grado di produrre, determinando già ora un saldo positivo per la tutela del diritto di proprietà, sempre di più visto nella sua dimensione *umana*. Attenzione particolare è stata dedicata alle ormai numerose sentenze della Corte costituzionale e della Cassazione che, facendo applicazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di proprietà, costituiscono un ulteriore sensibile esempio di quanto il *diritto vivente* non può che alimentarsi attraverso i continui rimandi ai diritti umani, di matrice costituzionale e non, in una prospettiva "nella sostanza" rivolta a superare schemi gerarchico-formali, in favore di un'impostazione assiologico-sostanziale, meglio idonea a garantire ai bisogni delle persone nicchie di tutela sempre più elevate. Esce così ulteriormente avvalorata l'idea di recente espressa da DANIELA BIFULCO che, per effetto del combinato disposto degli artt. 101 comma 2 e 117 comma 1 Cost., il giudice è soggetto alla legge a condizione che la legge sia costituzionalmente legittima, che sia conforme al diritto dell'unione europea ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

ROBERTO CONTI