

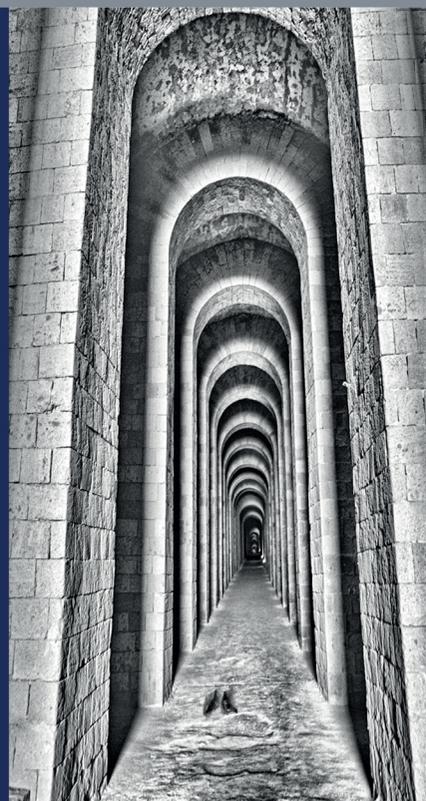
**Teoria e storia del diritto**

*Diretta da Laura Solidoro e Francesco Mancuso*

Laura Solidoro

# **Dalla dominicalità al neoproprietarismo**

Storia e narrazioni di un percorso



**Giappichelli**

## CAPITOLO I

### «IL DECORO DELLA PROPRIETÀ» \*

#### 1. *Un diritto senza tempo?*

Il diritto di proprietà è fra quei diritti che hanno accompagnato la specie umana lungo tutto il suo percorso di civilizzazione e di sviluppo. È dunque una situazione giuridica soggettiva stabile. Per questa ragione, nell'ottica giuspositivista esso concorre a creare 'certezza del diritto', ovvero prevedibilità delle conseguenze che gli ordinamenti fissano per i nostri comportamenti<sup>1</sup>.

La stabilità di una figura giuridica non è da confondersi con la staticità della stessa, in quanto non coincide con la fissazione e cristallizzazione della sua regolamentazione e specialmente delle discipline di dettaglio<sup>2</sup>; eppure, nel tempo, la stabilità di un istituto contribuisce<sup>3</sup> a determinare quella «possibilità diffusa di prevedere la gamma delle conseguenze giuridiche effettivamente suscettibili di essere spontaneamente o coattivamente ricondotte ad atti o fatti, nonché l'ambito temporale in cui tali conseguenze giuridiche verranno in essere»<sup>4</sup>.

Nell'ambito degli ordinamenti giuridici, l'intera materia del diritto civile –

---

\* G. FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, I, Milano, 1855, 840.

<sup>1</sup> Per questa accezione della 'certezza del diritto', vd. soprattutto S. BERTEA, *La concezione della certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Quaderni Fiorentini. Materiali per una storia della cultura giuridica*, 31, 2001, 131 ss. Richiama l'attenzione sull'elemento della prevedibilità S. MARGIOTTA, *Certezza del diritto e diritto positivo*, in *Nomos*, 1, 2021, 1 ss.

<sup>2</sup> La stabilità non implica, e non deve implicare, la cristallizzazione dell'ordinamento giuridico ad un dato momento storico: opportunamente si segnala la compatibilità della stabilità con le interpretazioni adeguatrici dell'ordinamento, rese necessarie dalla variabilità e dalle trasformazioni delle fattispecie sottoposte al giudice: F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, 2018, 13; S. MARGIOTTA, *Certezza*, cit., 7 e nt. 23.

<sup>3</sup> Accanto al principio dell'affidamento dei consociati nell'ordinamento e ad altri fattori: S. BERTEA, *La concezione*, cit., 131 ss.

<sup>4</sup> G. GOMETZ, *Indici di certezza del diritto*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 12, 2012, 308 ss., specialm. 311, e nello stesso senso già ID., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, *passim*.

rilevava Filippo Vassalli<sup>5</sup> – nel disciplinare la vita dell'uomo nei rapporti determinati dalla procreazione, dalla società coniugale, dalle attività economiche «poggia tutta, immediatamente o mediamente, sul riconoscimento della proprietà individuale». È almeno in parte un retaggio, probabilmente, dell'antico principio<sup>6</sup>, peraltro ancora in auge nell'Ottocento, per cui soltanto la proprietà privata consentiva agli uomini l'esercizio dei diritti politici<sup>7</sup>. Ma non si è trattato certo di un fattore determinante, come dimostra la circostanza che oggi il libertarismo<sup>8</sup> – sul quale tornerò più avanti – afferma che ogni diritto è un diritto di proprietà.

La perdurante vitalità di questo diritto, che ha resistito anche al pensiero marxiano<sup>9</sup> e alle burrascose rivoluzioni del XX secolo, quella russa e quella cinese (entrambe caratterizzate per l'abolizione della proprietà privata, poi almeno in parte rapidamente ripristinata in Russia, più lentamente e marginalmente in Cina, dopo l'abbattimento del regime comunista<sup>10</sup>), sembra proprio dimostrare la sua irrinunciabilità da parte dell'essere umano, e quindi da parte degli ordinamenti sociali del mondo occidentale, che lo hanno elevato a paradigma fondante dei loro sistemi giuridici.

I fatti, insomma, sembrano dare torto a Cesare Beccaria, che nel 1763, nel *Dei delitti e delle pene*, aveva definito il diritto di proprietà come il «terribile, e forse non necessario diritto»<sup>11</sup>. L'affermazione e la tutela del diritto di proprietà si possono considerare al contrario rispondenti ad una esigenza eterna dell'essere umano («non esiste l'umanità senza la proprietà»<sup>12</sup>), ad un tratto innato del-

<sup>5</sup> F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *RISG*, n.s. 1.1, 1947, 76 ss., anche in *ID.*, *Studi giuridici*, III.2. *Studi vari (1942-1955)*, Milano, 1960, 614, nt. 1.

<sup>6</sup> Su cui vd. *infra*, cap. II, § 3.

<sup>7</sup> Per la resistenza di questa regola si pronunciava ancora, argomentando, B. CONSTANT, *Principes de politique*, Paris, 1815, rist. Paris, 1872 (da cui cito), 55.

<sup>8</sup> *Infra*, cap. I, §§ 13 s. e specialm. § 15.

<sup>9</sup> Vd. A. MALENICA, *L'idea di Marx sulla proprietà*, in *Index*, 16, 1988, 15 ss.

<sup>10</sup> Dettagli in R. CARDILLI, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2021, 284 ss. Sul processo di privatizzazione nella fase post-sovietica e sul ruolo di Anatoly Chubais, A.M. CARDANI, *I problemi della transizione per le imprese russe*, in *Il Politico*, 59.4, 1994, 597 ss.; efficace ricognizione sulla Legge dei diritti reali e la codificazione civile cinese in S. SCHIPANI, *Vie dei codici civili e codice civile cinese*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 41, 2020, 151 ss.

<sup>11</sup> La frase di Beccaria (Cap. XXII di *Dei delitti e delle pene*) ha ispirato il titolo dell'omonimo saggio di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, 3ª ed., Bologna, 2013.

<sup>12</sup> G. FRANCIOSI, *Saggi sulle forme di appartenenza patrimoniale*, in *Scritti in ricordo di Luigi Amirante*, a cura di E. Dovere, Napoli, 2010, 123 ss., specialm. 124 (su questa affermazione propria del pensiero giusnaturalista, vd. le riflessioni critiche di O. SACCHI, 'Ager est, non terra' (Varro l.L. 7.2.18). La "proprietà quiritaria" tra natura e diritto con qualche riflessione in prospettiva attuale, in *Diritto&Storia*, 16, 2018, specialm. §§ 1 e 8, consultabile online). Sul ritorno alla tesi dell'innatismo del concetto di proprietà, ma sganciata dagli argomenti giusnaturalisti, densa discus-

l'uomo<sup>13</sup>, che ancora oggi pare guardare alla proprietà privata come a un diritto naturale: sebbene – a rigore – il diritto di proprietà, nei suoi assetti specifici attuali, costituisca un prodotto (artificiale)<sup>14</sup> degli ordinamenti giuridici e dunque della società, le scienze cognitive confermano che l'aspirazione all'appropriazione individuale è insita nella natura dell'uomo<sup>15</sup>. Già lo stoico Crisippo – citato da Cicerone in *de fin.* 30.67 – nel III sec. a.C. aveva perfettamente colto il problema del dualismo ravvisabile tra l'inesistenza in natura del diritto di proprietà e l'istinto dell'appropriazione innato nell'essere umano: lo spettatore non esita a qualificare 'suo' il posto che occupa al teatro, e ciò si considera esatto e legittimo, sebbene il teatro *commune sit* («*Sed quem ad modum, theatrum cum commune sit, recte tamen dici potest eius esse eum locum, quem quisque occuparit, sic in urbe mundove communi non adversatur ius, quo minus suum quidque cuiusque sit*»). «*Sunt autem privata nulla natura*», in natura non esiste la proprietà, affermava ancora Cicerone (*de off.* 1.7.21), citando Crisippo; eppure, Panezio riteneva che lo Stato fosse nato con la specifica funzione di tutelare la proprietà privata (Cic. *de off.* 1.7.21; *de re publ.* 2.1.2).

«There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property»<sup>16</sup>, osservava Sir William Black-

---

sione in R. JACKENDOFF, *Languages of the Mind. Essays on Mental Representations*, Cambridge, 1992, specialm. 63; vd. pure ID., *Semantic and Cognition*, Cambridge, 1983 (tr. it., *Semantica e cognizione*, Bologna, 1989); ID., *Language, Consciousness, Culture. Essays on Mental Structure*, Cambridge, 2007.

<sup>13</sup> Questa la tesi sostenuta da una parte dei cognitivisti: *infra*, nel testo e nt. 15, nonché *amplius* cap. I, § 12.

<sup>14</sup> Vd. la discussione circa l'artificialità del diritto in chiave storica in F. GALLO, *La 'verità': valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in *Diritto&Storia*, 7, 2008, consultabile online; A. PALMA, *Lo 'ius controversum' quale espressione dell'artificialità del diritto*, in *SDHI*, 81, 2015, 45 ss.

<sup>15</sup> Per la teoria dell'innatismo sostenuta da parte dei cognitivisti, vd. *infra*, cap. I, § 13. Sull'atteggiamento dei giuristi nei confronti di questo aspetto, emblematiche le riflessioni di A. GAMBARDI, *Property Rights in Comparative Perspective: Why Property is so Ancient and Durable*, in *The Tulane European and Civil Law Forum*, 26, 2011, 205 ss.; ID., *Ultime riflessioni in tema di proprietà*, in *Studi in ricordo di Carlo Augusto Cannata*, a cura di L. Garofalo e L. Vacca, Napoli, 2021, 315 ss., specialm. 318 s. Volgendo lo sguardo alle fonti, va segnalato che Cicerone seguiva l'insegnamento stoico, secondo il quale la proprietà privata non aveva fondamento nel diritto naturale, bensì nell'atto di occupazione, o nella legge, o nella convenzione (Cic. *de off.* 1.21), ma riteneva l'istituto della proprietà conforme a giustizia e perciò inviolabile (*ibid.* 2.73): ogni usurpazione – afferma l'Arpinate – viola la legge della convivenza umana. La *res publica* – precisa Cicerone – è stata costituita proprio affinché ciascun cittadino venga tutelato nel mantenimento delle sue proprietà e il primo dovere di chi amministra la cosa pubblica è di fare in modo che ciascuno conservi i propri beni e che nessun provvedimento pubblico intacchi la proprietà privata (*ibid.* 2.73: *In primis autem videndum erit, qui rem publicam administrabit, ut suum quisque teneat neque de bonis privatorum publice deminutio fiat* rell.).

<sup>16</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England in Four Books* (1765-1769), rist. in 2 voll., Philadelphia, 1893. Il brano riportato nel testo si trova nel libro II, cap. I, 'Of Property, in General', alla p. 2 (vol. I, p. 329 della rist.).

stone nei suoi *Commentaries*. Ma il diritto ha sempre, ovunque e comunque, un tempo, anche quando si tratta di diritti eterni, come la proprietà, almeno nel senso che ogni diritto cambia nel tempo e nei luoghi quanto al suo contenuto, o al suo oggetto, o al suo statuto<sup>17</sup>. Come prima ho precisato, ‘stabilità’ non significa ‘irrigidimento’ o cristallizzazione. Sebbene il modello proprietario sia rimasto in buona misura ‘stabile’, il concetto stesso di proprietà e la disciplina delle situazioni proprietarie non possono certo dirsi composti in un sistema ‘statico’<sup>18</sup>.

La nozione di proprietà, nel corso dei secoli e dei millenni, ha rivelato la sua enorme complessità. Ne è mutata innanzitutto la rappresentazione sociologica e giuridica: da primitivo potere dominicale sovrano, secondo la rappresentazione che ne faceva Cicerone<sup>19</sup>, a insegna della libertà nel proprietarismo liberale di Locke<sup>20</sup>; da diritto sacro e inviolabile della persona libera – diritto innato nell’uomo, di coloritura giusnaturalistica – nella fase della Rivoluzione francese<sup>21</sup>, a mero rapporto economico<sup>22</sup> o diritto connotato da una spiccata ‘funzione sociale’ (per influsso dell’ideologia cristiano-sociale e in coerenza con la tendenza al controllo statale dell’economia) nel primo Novecento<sup>23</sup>; e poi nuovamente (ma

<sup>17</sup> Questo l’insegnamento, sempre valido, di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Bologna, 1987, su cui vd. ora le riflessioni di G. ALPA, *Riccardo Orestano e la storicità del pensiero giuridico*, in *BIDR*, 112, 2018.

<sup>18</sup> Utili, sul punto, le considerazioni di carattere generale di G. ALPA, *La certezza del diritto nell’età dell’incertezza*, Napoli, 2006, specialm. § 8.

<sup>19</sup> Vd. *infra*, nt. 48, cap. II, § 4.

<sup>20</sup> J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, 1690, ried. a cura di C.B. Macpherson, Indianapolis, 1980, cap. V, §§ 25 ss. Molto si discute sulle concezioni lockiane in tema di proprietà. Mentre alcuni indicano Locke come il teorico dell’‘individualismo possessivo’ (l’espressione ‘possessive individualism’ è di C.B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Clarendon, 1962 [tr. it., *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese: la teoria dell’individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, Milano, 1973, rist. 1982], su cui vd. anche *infra*, cap. I, § 11) e dunque della concezione borghese della proprietà e dei valori capitalistici, altri sottolineano i richiami alla dimensione religiosa e sociale presente nella sua trattazione della proprietà, facendo leva soprattutto sulla precisazione che l’‘original right to appropriate’ riconosciuto all’individuo doveva limitarsi, secondo Locke (*Second Treatise*, cit., cap. V, § 33), «at least where there is enough and as good left in common for others» (A. IANNARELLI, *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, Torino, 2018, 181 e nt. 12, con bibl.; C. SALVI, *L’invenzione della proprietà. La destinazione universale dei beni e i suoi nemici*, Venezia, 2021, *passim*) e in particolare sulla convinzione che la proprietà dovesse derivare all’uomo dal lavoro: E.F. PAUL, *Property Rights and Eminent Domain*, 2<sup>a</sup> ed., London, 2008, 195 ss. Vd. anche *infra*, *passim*.

<sup>21</sup> Vd. i riferimenti in F. MACARIO, *Absolutezza, pienezza, inviolabilità, esclusività: il diritto di proprietà nelle codificazioni europee. In memoria di Michele Costantino*, in *Giustizia civile.com*, 1, 2014, *passim*, consultabile online.

<sup>22</sup> Sul ‘tempo’ del diritto di proprietà inteso come rapporto economico, rinvio a M. TAMPONI, *Il contenuto del diritto di proprietà alla luce dell’art. 42 Cost.*, in AA.VV., *I rapporti economici nella Costituzione*, III, Milano, 1989, 165 ss. Sulla concezione delle ‘properties’ come diritti soggettivi a contenuto patrimoniale, A. IANNARELLI, *Proprietà*, cit., 200 ss.

<sup>23</sup> In Italia, il riconoscimento della funzione sociale assegnata dai Costituenti alla proprietà (art.

con accenti diversi, rispetto al passato) diritto di libertà<sup>24</sup>, inteso come garanzia per l'autonomia e l'affermazione della persona, secondo la visuale oggi prevalente nelle Carte internazionali e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>25</sup>.

Queste mutevoli concezioni della funzione della proprietà privata hanno prodotto nel tempo, inevitabilmente, altrettante variegature di disciplina e interpretazioni adeguatrici degli ordinamenti interni. Una consistente diversificazione delle regole giuridiche si è prodotta quando la proprietà ha svelato in modo ineludibile la sua dimensione plurale. Si pensi alle 'nuove proprietà'<sup>26</sup>, ovvero alle proprietà dei 'nuovi beni'<sup>27</sup>, quali la proprietà intellettuale e industriale, la proprietà di concessioni, la proprietà dei dati personali, la proprietà della moneta elettronica; ma ormai si discute molto anche della proprietà dei bot<sup>28</sup> e di streaming property<sup>29</sup>. Il generale sopravvento del riferimento ai 'beni' (entità oggettive

---

42, comma 2), ha modificato profondamente la struttura tradizionale di questo diritto (M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 2019, *passim*), nel momento stesso in cui ha individuato in detta funzione sociale lo scopo precipuo della proprietà individuale, incidendo sulla disciplina. *Amplius infra*, cap. I, §§ 7 ss. In dottrina, vd. in particolare M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 443 ss., anche in ID., *Scritti*, VI, Milano, 2005, 185 ss.; P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1972, 52 ss.; A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 465 ss.; G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive. Corso di Diritto civile 1972-1973*, Genova, 1973, 27 s. Altra lett. su aspetti specifici di questo tema, *infra*, cap. I, §§ 7 ss.

<sup>24</sup> C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 27.3, 2009, 409 ss.

<sup>25</sup> Sulle sentenze Laval (2007) e Viking (2007) della Corte di Giustizia, intese a limitare l'esercizio dell'azione collettiva (nella specie, il diritto di sciopero) quando capaci di bloccare, ostacolare o comprimere le libertà economiche e la libertà (proprietaria) di impresa, dettagliata esposizione e annotazioni critiche in U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009; A. DE SALVIA, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*, in *Biblioteca '20 Maggio'*, 2, 2012, 581 ss.; svariati riferimenti in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, a cura di F. Caggia e G. Resta, Roma, 2019, *passim*. Per le pronunce della Corte EDU in materia proprietaria, vd. *infra*, cap. I, §§ 2 ss.

<sup>26</sup> Si tratta di una categoria descrittiva legata alla teoria dei beni e alla qualificazione delle situazioni di appartenenza: sebbene datato e riferito ai contesti economici e giuridici della società americana, resta fondamentale il saggio di CH.A. REICH, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 73.5, 1964, 733 ss. (tr. it., *La nuova proprietà*, Torino, 2014); vd. ora, nelle prospettive più attuali, AA.VV., *I nuovi confini del diritto di proprietà*, a cura di G. Alpa, A. Fusaro e G. Donzelli, Milano, 2020.

<sup>27</sup> Ampia trattazione, con ragguaglio bibl., in A. IANNARELLI, *Proprietà*, cit., 131 ss., 245 ss.

<sup>28</sup> Soprattutto con riferimento al (non ancora chiaramente delineato in ambito nazionale ed europeo) regime delle responsabilità: rinvio sul punto a A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 28, 2012, 551 ss.; U. RUFFOLO, *Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning. Dalla machinery produttiva all'auto driverless: verso una 'responsabilità da algoritmo'?*, in AA.VV., *Intelligenza artificiale e responsabilità*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2017, 14 ss.; A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, in *Europa e Diritto Privato*, 4, 2019, 995 ss.

<sup>29</sup> In tema, vd. ora il saggio di Lee Anne FENNELL, *Streaming Property*, in *Northwestern Uni-*

assunte come punto di riferimento di interessi concretamente tutelati dall'ordinamento giuridico) piuttosto che alle 'cose' (oggetti materiali), nei più recenti testi legislativi ha fatto sì che le situazioni dominicali non si atteggiassero più soltanto come diritti su 'cose', bensì come diritti sulle utilità da queste prodotte<sup>30</sup>. La già menzionata comparsa dei 'nuovi beni' (tra cui i diritti di credito e i prodotti finanziari), poi, ha conferito alle new properties un volto del tutto peculiare e distante dal modello proprietario tradizionale<sup>31</sup>.

Proprio con riferimento a queste nuove proprietà, a partire dal 1980 negli ambienti finanziari, sulla scia del libertarismo tradizionale, si è affermato un 'neoproprietarismo meritocratico', ovvero un pensiero che giustifica a oltranza le grandi proprietà private e ne richiede una tutela assoluta, se tali proprietà costituiscono frutto di impegno, di ingegno, di capacità imprenditoriali personali<sup>32</sup>.

Sul piano della disciplina di dettaglio, le 'nuove proprietà' si vanno progressivamente individuando in ragione della eterogeneità dei beni – in prevalenza immateriali – che ne sono oggetto<sup>33</sup>, dando luogo, osserva Tommaso Dalla Massara<sup>34</sup>, «a un modello alquanto generale ed elastico: e si tratta di un modello di riferimento i cui profili non ci si può attendere di vedere nettamente demarcati, all'interno del quale sono bensì riconoscibili situazioni di appartenenza differentemente caratterizzate per ampiezza e intensità di poteri, in ragione di molte e specifiche circostanze». Tale fluidità dipende in larga parte dalla progressiva specificazione degli statuti proprietari a seconda della natura dei beni (mobili o immobili, materiali o immateriali) sui quali insiste il diritto di proprietà, come hanno posto in rilievo gli studi di dogmatica giuridica che hanno analizzato la 'nuova proprietà' quale istituto del diritto positivo. È la *res*, insomma, a plasmare il diritto<sup>35</sup>. La proprietà non si modula più all'interno dello schema essenziale del diritto soggettivo, sono i beni ad assumere una nuova centralità nella definizione della disciplina giuridica<sup>36</sup>.

A ragion veduta, perciò, la dottrina e i legislatori hanno da tempo rinunciato a costruire una definizione esauriente e specifica del diritto di proprietà. Oltre a

---

*versity Law Review*, 117.1, 2022, 95 ss., in cui si propone di rimodulare il concetto di proprietà come 'servizio condiviso', piuttosto che come appartenenza di beni, al fine di ridurre le disuguaglianze sociali.

<sup>30</sup> Così A. IANNARELLI, *Proprietà*, cit., 131 ss.

<sup>31</sup> Dettagliata trattazione e bibl. in A. IANNARELLI, *Proprietà*, cit., 134 ss.

<sup>32</sup> Vd. *amplius infra*, cap. I, §§ 13 s.

<sup>33</sup> Ampia discussione in A. IANNARELLI, *Proprietà*, cit., 16, 29 ss.

<sup>34</sup> T. DALLA MASSARA, *Il paradigma proprietario nell'ordine frattalico delle fonti*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, I. I diritti fondamentali fra concetti e tutele, Napoli, 2014, 161 ss., specialm. 162 s.

<sup>35</sup> Così S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto* (1954), rist. Milano, 1964, 145 ss.; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., *passim*.

<sup>36</sup> Fondamentale, sul punto, E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina delle produzioni*, in *Atti del primo Congresso nazionale di diritto agrario, Firenze 22-23 ottobre 1935*, Firenze, 1936, 158 ss.

doversi nettamente distinguere la proprietà individuale dalla proprietà collettiva, comune, (privata ma) condivisa<sup>37</sup> e dalla proprietà pubblica, nel campo della proprietà privata è necessario limitarsi alla ricerca di un minimo comune denominatore delle tante possibili forme di appartenenza, anche in relazione agli scopi assai eterogenei cui tale diritto risulta indirizzato nei vari contesti geopolitici e, se si guarda al passato, nelle diverse epoche storiche. Di qui la ricerca del ‘contenuto minimo’ – cioè dei soli caratteri essenziali e indefettibili – del diritto di proprietà (individuale)<sup>38</sup>. Tali caratteri dominicali sono peraltro da definirsi di volta in volta, in relazione ai legittimi ‘modi di godimento’ stabiliti dall’ordinamento per ciascuna categoria di beni<sup>39</sup>. Ma anche per focalizzare questo più limitato campo di indagine, le prospettive da cui aggiustare lo sguardo si rivelano molteplici. C’è da chiedersi, innanzitutto, se il ‘contenuto minimo’ del diritto di proprietà sia conciliabile con i tratti della dominicalità.

Ma cosa intendiamo per ‘dominicalità’? In senso estremo, certamente l’illimitatezza e l’intangibilità del diritto. Su ciò che è proprio non si ammette l’interferenza di altri. Sir William Blackstone nel 1765 definiva la proprietà come un «despotic dominion»<sup>40</sup>. E il giurista francese Charles Demolombe nel 1852 la descriveva come «un pouvoir souverain, un despotisme complet»<sup>41</sup>. Pochi anni dopo, il filosofo Pierre-Joseph Proudhon (ben noto per le sue due affermazioni antitetiche: «La propriété, c’est le vol!», «La propriété, c’est la liberté!») sosteneva similmente che «La propriété, en effet, est absolue, inconditionnée, *jus utendi et abutendi*, ou elle n’est pas»<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Dettagli in L.A. FENNELL, *Streaming Property*, cit., 95 ss.

<sup>38</sup> Sul concetto di ‘contenuto minimo del diritto di proprietà’ (ciò che è connaturale al diritto dominicale, quale riconosciuto al momento storico di riferimento: Corte Cost., 29 maggio 1968, n. 55), articolata trattazione, in T. PASQUINO, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà tra Codice Civile e Corte Costituzionale*, in AA.VV., *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Tamponi ed E. Gabrielli, Napoli, 2006, 33 ss.

<sup>39</sup> Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Qualificazione giuridica della proprietà e vincoli amministrativi (da verificarsi all’atto del suo trasferimento)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, II, Torino, 2012, 1405 ss., specialm. 1408.

<sup>40</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries*, II, cit., cap. I, 2 (vol. I, 329 della rist.). Nel capitolo intitolato ‘*Of Property, in General*’, Blackstone definisce il diritto di proprietà come «that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe». Vd. anche *supra*, nel testo. Sul significato storico di questa definizione, vd. C.M. ROSE, *Canons of Property Talk, or, Blackstone’s Anxiety*, in *The Yale Law Journal*, 108.3, 1998, 601 ss.; D.B. SCHORR, *How Blackstone Became a Blackstonian*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 10.1, 2009, 103 ss.

<sup>41</sup> CH. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, IX. *De la distinction des biens*, Paris, 1852, § 542, su cui vd. G. LARDEUX, *Qu’est-ce que la propriété? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l’histoire*, in *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 4, 2013, 741 ss.; J.-P. CHAZAL, *La propriété: dogme ou instrument politique?*, *ibid.*, 4, 2014, 763 ss.

<sup>42</sup> P.-J. PROUDHON, *Théorie de la propriété*, Paris, 1862, ried. postuma Paris, 1866, da cui cito. Le frasi qui citate sono rispettivamente alle pp. 37, 128-130.

Dominicale è l'appartenenza quando viene intesa quale *ius ceteros excludendi*<sup>43</sup>, diritto di godere e disporre del bene in modo arbitrario, potendo vietare ai terzi ogni ingerenza. *Ius excludendi alios*, dunque, di cui sono parte tanto lo *ius facendi*, tanto la sua espressione antitetica, lo *ius prohibendi*<sup>44</sup>, il che implica pure che sullo stesso bene non possano coesistere due proprietà per intero<sup>45</sup>. Tra le caratteristiche del diritto dominicale vi è anche la perpetuità – osservava Francesco Santoro Passarelli<sup>46</sup> – «momento essenziale della pienezza, che investe anche la durata del diritto». Il riconoscimento della facoltà di godimento e di disposizione giuridica (*ius vendendi, ius donandi*, diritto di trasmettere i beni *mortis causa*) sono gli altri caratteri essenziali di quella assoluta libertà che – in senso stretto – è alla base del diritto dominicale<sup>47</sup>. Un diritto che pertanto, secondo i parametri fin qui elencati, presupporrebbe in generale l'illimitatezza, e in particolare per la proprietà immobiliare la totale estensione (in altezza e profondità), l'esenzione da ogni limite (con riguardo ad altezze, distanze etc.), l'immunità dall'imposta fondiaria, l'inapplicabilità di ogni forma di esproprio.

Ebbene, non è certo questa la 'dominicalità' che vediamo tutelata oggi in Europa.

## 2. Le situazioni dominicali tra Carte internazionali e giurisprudenza delle Corti europee: il bilanciamento degli interessi

Sebbene l'art. 295 del TCE disponga che «il presente trattato lascia del tutto

---

<sup>43</sup> In tema, vd. ora le interessanti riflessioni di J.C. GATEWOOD, *The Evolution of the Right to Exclude – More than a Property Right, a Privacy Right*, in *Mississippi College Law Review*, 32.3, 2014, 447 ss., circa l'opportunità di una interpretazione del tradizionale *ius excludendi* quale strumento di tutela delle nuove istanze sociali.

<sup>44</sup> Sullo *ius prohibendi*, figura che nel diritto romano trova inizialmente applicazione in campo privatistico nel veto tra condomini, poi nella diffida del *nuntians* nell'*operis novi nuntiatio* e in seguito per indicare tout court una facoltà del *dominus*, mentre in ambito pubblicistico nella *intercessio conlegarum*, rinvio a M. EVANGELISTI, *Riflessioni sulla natura e l'evoluzione del 'ius prohibendi'*, in *Koinonia*, 41, 2017, 423 ss., la quale rimarca la differenza, non sempre percepita dalla romanistica, tra *ius prohibendi* (potere, giuridicamente riconosciuto, di bloccare l'altrui attività) e *prohibitio* (esplicazione pratica del diritto di inibire). Richiami allo *ius prohibendi* quale facoltà del proprietario risultano, per esempio, da Ulp. 17 *ad. ed. D.* 8.5.8.5-7 (in tema di immissioni), Ulp. 57 *ad. ed. D.* 47.10.13.7, Marcian. 3 *inst. D.* 1.8.4pr.

<sup>45</sup> G. CHINÉ, M. FRATTINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, 10<sup>a</sup> ed., Bari, 2018, 580.

<sup>46</sup> F. SANTORO PASSARELLI, voce *Proprietà*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, s.d. ma 1953, ried. 1980, 61 ss., anche in ID., *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 859 ss., precisando che il godimento temporaneo sarebbe in sostanza un usufrutto.

<sup>47</sup> Lo rimarcano efficacemente A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, 2<sup>a</sup> ed., in *Trattato Cicu-Messineo*, VIII, Milano, 1995, 183 ss., specialm. 196 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *La proprietà*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, II, Milano, 2009, 67 ss.

impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri», le fonti interne hanno dovuto adeguarsi al primato del diritto comunitario<sup>48</sup>. Con il Trattato di Lisbona del 2009, l'Unione Europea ha aderito alla CEDU. Per conseguenza la CEDU, mediante l'intervento della Corte Europea di Strasburgo, ha instaurato un vero e proprio controllo internazionale sulle violazioni commesse dagli Stati<sup>49</sup>.

Poste queste essenziali premesse, guardiamo in modo più specifico alle concezioni del diritto di proprietà affermatesi nel diritto europeo.

È stato rilevato che la Corte EDU non soltanto offre una tutela più incisiva del diritto dominicale, rispetto ai giudici degli Stati membri, ma dilata il concetto di 'bene tutelato', ampliando i confini del diritto di proprietà (molto oltre le concezioni dei diritti nazionali) fino a ricomprendervi tutti gli interessi di natura patrimoniale legati al bene, tra cui il diritto allo sfruttamento di una concessione amministrativa, i diritti derivanti da decisioni giudiziarie, i diritti ereditari, l'avviamento e la clientela degli studi professionali, i crediti da lavoro nei confronti delle società, le azioni societarie<sup>50</sup>.

In linea generale, va subito osservato che, nel contesto dell'Unione Europea, la tutela del diritto di proprietà si caratterizza per il suo stretto legame con l'economia di mercato, nella quale occorre garantire la concorrenza<sup>51</sup>. Questa prospettiva presuppone un ritorno alla valorizzazione della dimensione individuale, rispetto agli interessi della collettività: nel Preambolo della Carta di Nizza, l'impronta individualistica della legislazione comunitaria viene scolpita dall'affermazione che l'Unione «pone la persona al centro della sua azione»<sup>52</sup>.

Consideriamo adesso le norme concernenti il diritto di proprietà.

Se guardiamo alla CEDU (*Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, del 4 novembre 1950, ratificata in Italia con legge 4 agosto 1950, n. 842), nel testo originale notiamo l'assenza di ogni riferimento al diritto di proprietà, in quanto, come risulta dai lavori preparatori, vennero manifestate non poche perplessità circa l'opportunità di inserire la menzione di tale diritto<sup>53</sup>. Le difficoltà nel raggiungere un accordo circa le modalità

<sup>48</sup> Ampia trattazione in M. TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, in *Europa e Diritto Privato*, 3, 2002, 707 ss.

<sup>49</sup> Discussione in F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, 130.

<sup>50</sup> Vd. M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2003, 88.

<sup>51</sup> A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 261.

<sup>52</sup> Lo sottolinea E. PACIOTTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: una novità istituzionale*, in *Teoria Politica*, 1, 2001, 1 ss.; vd. anche la più ampia discussione in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; A. MOSCARINI, *Proprietà*, cit., 298.

<sup>53</sup> Lo sottolinea C. SALVI, *L'invenzione*, cit., 139, appunto richiamandosi ai lavori preparatori: *Council of Europe, Collected Editions of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Rights*, IV, The Hague, 1977, 836.

concrete con cui prestare tutela alla sfera economico-sociale dell'individuo indussero allora a desistere, ma ben presto è prevalsa la determinazione, da parte dei Paesi firmatari, di riconoscere alla proprietà privata una protezione primaria e di includerla fra le prerogative meritevoli di tutela sovranazionale<sup>54</sup>.

Così, due anni dopo, nel Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU (sottoscritto a Parigi il 20 marzo 1952 e mirato a garantire taluni diritti e libertà), all'art. 1 si è stabilito che «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà salvo che per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale». Si può notare che nella prima parte del testo della disposizione non compare il vocabolo 'proprietà', al cui posto vi è menzione del diritto della persona alla tutela dei propri beni<sup>55</sup>. L'ablazione della proprietà è prevista, ma nel rispetto delle condizioni poste dalle leggi dei singoli Stati e dei principi internazionalmente riconosciuti<sup>56</sup>. Si precisa altresì 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», richiamandosi così l'attenzione sul valore attribuito all'«interesse generale» nella materia proprietaria.

Dalla dettagliata, ancorché sintetica, formulazione dell'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 risulta evidente, perché bene esplicitata, l'esigenza del bilanciamento (o equilibrio, o contemperamento)<sup>57</sup> tra interessi individuali e collettivi: la Corte di Strasburgo ha osservato che la finalità della norma in oggetto è quella di realizzare un equo compromesso fra le esigenze di protezione dell'interesse pubblico e le istanze di tutela dei diritti individuali fondamentali<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> F. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2004, *passim*; R. CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra carte e corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, Roma, 2012, 18.

<sup>55</sup> Nella versione francese ed inglese si legge invece, rispettivamente, 'protection de la propriété' e 'protection of property'.

<sup>56</sup> Lo sottolinea T. DALLA MASSARA, *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, in *TSDP* ([www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)), 4, 2011, § 4, cui *adde* F. MANGANARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 379 ss.; A. VIGLIANISI FERRARO, *La tutela multilivello del diritto di proprietà nel sistema giuridico italo-europeo*, Napoli, 2020, *passim*; ID., *Il diritto di proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la necessità di una maggiore tutela dello stesso a livello nazionale*, in *Revista de Estudios constitucionais, Hermenéutica e Teoria do Direito*, 12.3, 2020, 335 ss.

<sup>57</sup> I termini non vanno intesi come perfettamente sinonimici, dal momento che il contemperamento può risolversi non in un esatto bilanciamento (valutazione di 'equivalenza' delle posizioni da tutelare), ove un interesse 'debba' considerarsi prevalente sull'altro (inteso come recessivo), e quindi parzialmente privilegiabile. Vd. anche G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica&Politica/Ethics&Politics*, 8, 2006, 9 ss.

<sup>58</sup> Corte EDU, *Immobiliare Saffi c. Italia*, 28 luglio 1999, dove si critica il sistema italiano per l'eccessiva limitazione dei poteri di disposizione dei proprietari locatori.

Di particolare interesse risulta una pronuncia della Corte di Lussemburgo del 1991<sup>59</sup>, in cui si è rimarcato, sulla base di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, che «i diritti fondamentali, e in particolare il diritto di proprietà, non costituiscono prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale».

Tale esigenza di carattere generale in seguito è stata peraltro affermata all'art. 52 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, proclamata per la prima volta a Nizza il 2 dicembre 2000, con cui si è sostanzialmente enunciato il bilanciamento degli interessi quale principio in materia di soluzione dei conflitti tra diritti fondamentali dei singoli e tutela di interessi generali, qualora le limitazioni dei primi siano: previste dalla legge (nel rispetto del principio di legalità), necessarie e compatibili con il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà<sup>60</sup>. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009) ha attribuito alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati. Pertanto, i principi in essa contenuti e quindi, per quanto qui interessa, la tutela della proprietà alla stregua di diritto fondamentale acquisiscono particolare rilevanza giuridica.

---

<sup>59</sup> Corte di Giustizia UE, *Georg von Deetzen c. Hauptzollamt Oldenburg*, C-44/89, 22 ottobre 1991, punto 28. Vd al riguardo A. IANNARELLI, *Proprietà*, cit., 90.

<sup>60</sup> Ampia trattazione in A. RUGGIERO, *Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Osservazioni di diritto comparato a margine dell'art. 52*, Padova, 2004, 44 ss. L'espressione 'bilanciamento degli interessi' non compare per esplicito nella CEDU così come nella Carta di Nizza, probabilmente in considerazione delle critiche rivolte nella seconda metà del Novecento al 'balancing method'. La terminologia 'bilanciamento' (quale tecnica di giudizio non interpretativa, in cui la gerarchia tra valori costituzionali non è aprioristicamente fissata, ma viene ogni volta ridiscussa dalla Corte, ammettendosi l'emersione di valori nuovi, non considerati nel testo costituzionale, ammissione che se da un lato consente l'adeguamento alle nuove istanze sociali, per altro verso inficia la rigidità della Costituzione: T. A. ALENIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, 96.5, 1987, 943 ss.) deriva dal 'balancing test' e dal 'balancing method', tecnica di composizione dei conflitti insorgenti tra principi costituzionali elaborata nel Nordamerica, da dottrina e giurisprudenza e consistente nel ricavare la regola di decisione dalla ponderazione dei principi costituzionali concorrenti, una volta disposti in relazione gerarchica: G. SCACCIA, *Gli 'strumenti' della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 310, 315, 319 s.; A. RUGGIERO, *Il bilanciamento*, cit., 48 ss., 56 ss. La balancing method nordamericano ha fatto poi riscontro la 'Güterabwägung' ('bilanciamento dei beni') tedesca, applicata per la prima volta nel 1958 dal Tribunale costituzionale tedesco (vd. A. RUGGIERO, *Il bilanciamento*, cit., 64 ss.) e la successiva giurisprudenza ha progressivamente specificato i caratteri del bilanciamento. In Italia, il bilanciamento degli interessi non ha potuto avere luogo fino alla metà degli anni Settanta del secolo scorso, dal momento che la Corte Costituzionale italiana applicava ai diritti fondamentali la dottrina dei 'limiti naturali' (le restrizioni alle libertà costituzionali sarebbero insite nei diritti stessi e l'interprete non deve che procedere alla loro ricognizione: A. RUGGIERO, *Il bilanciamento*, cit., 79 ss., con lett. e giur.), ma su spunti provenienti dalla dottrina germanica si è poi ammesso che i diritti costituzionalmente garantiti fossero passibili di limitazioni ulteriori rispetto a quelle contemplate dalla Costituzione, se imposta puntualmente dalla legge (*amplius* R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992).

Il richiamo dell'Europa all'esigenza di operare un bilanciamento tra le esigenze dei proprietari e gli interessi generali si fonda su di una antica e solida tradizione giuridica. Un interessante esempio di ricorso a tecniche ermeneutiche orientate alla realizzazione del bilanciamento dei diritti dei privati con le esigenze della collettività si ritrova già in interessante testo giurisprudenziale del III sec. d.C., conservato nei Digesti di Giustiniano:

Ulp. 71 *ad ed. D. 43.23.1pr.-7*: [pr.] *Praetor ait: 'Quo minus illi cloacam quae ex aedibus eius in tuas pertinet, qua de agitur, purgare reficere liceat, vim fieri veto. damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo'*. [1] *Sub hoc titulo duo interdicta praetor subiecit., unum prohibitorium, alterum restitutorium: et primum prohibitorium.* [2] *Curavit autem praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur, quorum utrumque et ad salubritatem civitatum et ad tutelam pertinet: nam et caelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum, si non reficiantur.* [3] *Hoc autem interdictum propositum est de cloacis privatis: publicae enim cloacae publicam curam merentur.* [4] *Cloaca autem est locus cavus, per quem colluvies quaedam fluat.* [5] *Hoc interdictum, quod primum proponitur, prohibitorium est, quo prohibetur vicinus vim facere, quo minus cloaca purgetur et reficiatur.* [6] *Cloacae appellatione et tubus et fistula continetur.* [7] *Quia autem cloacarum refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur, idcirco placuit non esse in interdicto addendum 'quod non vi non clam non precario ab illo usus', ut, etiamsi quis talem usum habuerit, tamen non prohibeatur volens cloacam reficere vel purgare.*

Il brano<sup>61</sup> pertiene ai rimedi escogitati dal pretore romano per porre rimedio alla corruzione dell'aria e al pericolo di epidemie derivanti dal cattivo funzionamento del sistema fognario. Al fine di favorire le necessarie operazioni di pulizia e di riparazione dei canali di scolo privati, tra la fine del III sec. e l'inizio del II sec. a.C. venne introdotto nell'editto pretorio un primo interdetto (cui, in seguito, se ne affiancarono altri due). Si trattava dell'interdetto proibitorio '*de cloacis privatis*', volto a disciplinare i rapporti di vicinato e le liti insorgenti in ordine ai guasti delle fogne. Dal momento che molto spesso i canali privati di scarico erano sotterranei e correvano al di sotto di edifici appartenenti a proprietari diversi («*cloacam quae ex aedibus eius in tua pertinet*»), per riparare una fogna privata si rendeva necessario l'ingresso nella proprietà del finitimo, il quale non sempre si mostrava propenso a collaborare, consentendo l'accesso. Molto spesso, inoltre, il vicino doveva sopportare lo smantellamento del pavimento, al di sotto del quale era collocato l'altrui canale malfunzionante; e in caso di (legittima, a rigo-

<sup>61</sup> Su cui rinvio alle dettagliate analisi di A. DI PORTO, *La tutela della 'salubritas' fra editto e giurisprudenza*, I. *Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990, 118 ss.; M. FIORENTINI, *Cloache e sanità urbana nello specchio del diritto*, in *Index*, 46, 2018, 320 ss., specialm. 334; M. GIAGNORIO, *Cittadini e sistemi fognari nell'esperienza giuridica romana*, Bari, 2020, 77 ss., 86 ss., 95 ss., 156 ss., 166 ss. Sul rilievo del richiamo alla pubblica utilità, R. SCEVOLA, '*Utilitas publica*', II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012, 130 s. e nt. 66. Vd. anche *infra*, cap. II, § 8.

re di *ius civile*, causa la pienezza dei poteri proprietari) opposizione da parte del proprietario, non sarebbe stato possibile procedere alla riparazione del canale intasato o lesionato. Di qui il frequente insorgere di controversie tra vicini.

Mediante l'innovativo ordine interdittale '*de cloacis privatis*', il pretore vietava appunto di effettuare turbative o molestie nei confronti di chi stesse provvedendo alla riparazione o allo spurgo della conduttura, così superando l'ostacolo istituzionale costituito dal tradizionale principio civilistico, in forza del quale il proprietario non poteva essere costretto a subire interferenze nel suo pieno e libero esercizio dei poteri dominicali. La necessità di provvedere a spurgo o riparazione delle fogne private – precisa Ulpiano – era dovuta a ragioni di *publica utilitas* («*refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur*»). Proprio per questa ragione il pretore non aveva inserito nella formula edittale la classica *clausola vitii*: all'impetrante non si sarebbe potuta opporre l'eccezione di possesso vizioso, con la conseguenza che il *refector* avrebbe potuto effettuare indisturbato, nel fondo altrui, tutte le attività necessarie per ripristinare il corretto funzionamento del suo canale di scolo anche nell'ipotesi in cui avesse posseduto l'immobile danneggiato dal cattivo funzionamento della fogna *vi, clam* o *precario* nei confronti dell'avversario.

L'eccezionalità di questa disciplina è evidente: in nome della *publica utilitas*, il pretore sacrificava oltre misura la posizione del privato proprietario, il quale veniva costretto a subire l'ingresso del vicino nel suo immobile, nonché tutte le attività da quello svolte per la manutenzione della sua cloaca. Ciò rende evidente quanto, all'epoca, si ritenesse prevalente su ogni altra considerazione (e segnatamente sul rispetto dei tradizionali poteri assoluti del *dominus*) l'esigenza di mantenere efficiente il sistema fognario privato, per preservare la salute pubblica («*salubritas civitatum*»).

D'altro canto, con l'intento di bilanciare i notevoli sacrifici imposti al proprietario dell'immobile sotto il quale fosse collocato un altrui canale di scolo, il pretore aveva previsto che il proprietario tenuto a sopportare i lavori nel proprio fondo o edificio, qualora avesse temuto che le attività di riparazione della cloaca cagionassero danni notevoli (per esempio lo smantellamento del pavimento<sup>62</sup>, oppure lo sradicamento di piantagioni), avrebbe potuto chiedere una stipulazione pretoria, la *cautio damni infecti*, per poi conseguire il risarcimento del danno eventualmente prodotto dal *refector*<sup>63</sup>. È anzi possibile che il pretore addirittura subordinasse la liceità dei lavori di riparazione della conduttura fognaria alla prestazione di detta cauzione, «rendendola condizione necessaria per ottenere la concessione dell'interdetto»<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Fattispecie peraltro discussa in modo specifico in Ulp. 71 *ad. ed. D.* 43.23.1.2 (sopra riportata nel testo), su cui vd. le osservazioni di M. FIORENTINI, *Cloache*, cit., 334.

<sup>63</sup> In tema vd. anche Ulp. 71 *ad. ed. D.* 43.23.1.14.

<sup>64</sup> M. GIAGNORIO, *Cittadini*, cit., 99.

### 3. Nuovi limiti posti all'ingerenza dei pubblici poteri sul godimento dei beni privati

Torniamo ora agli odierni scenari europei. Dunque, se, da un lato, la Corte di Strasburgo in più occasioni ha chiarito che le summenzionate disposizioni del Protocollo Addizionale CEDU concernenti casi di ingerenza nel diritto di proprietà devono essere interpretate alla luce del principio generale, stabilito nell'*incipit* dell'art. 1 del Protocollo n. 1, secondo cui «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni»<sup>65</sup>, per altro verso la disposizione in parola, nel prosieguo, richiede, che l'ingerenza delle autorità pubbliche nel godimento dei beni privati venga effettuata previo adeguato bilanciamento tra interessi individuali e superindividuali, dunque non obliterando la 'funzione sociale' del diritto di proprietà.

Per contro, il valore della dominicalità viene rimarcato nel punto in cui la Convenzione non soltanto sancisce il dovere degli Stati firmatari di astenersi dall'interferire in modo illegittimo e ingiustificato nel godimento dei beni privati, ma impone loro l'obbligo di adoperarsi per assicurare l'effettivo esercizio del diritto (di proprietà) garantito dalla Convenzione, anche quando si tratti di rapporti tra privati o tra società (art. 1, Protocollo Addizionale n. 1)<sup>66</sup>. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha d'altronde affermato in più occasioni che i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento richiedono tanto che le norme giuridiche siano chiare e precise, tanto che la loro applicazione sia prevedibile con esattezza per i consociati, in particolare quando le norme possono avere conseguenze sfavorevoli<sup>67</sup>; e l'instaurazione di semplici prassi non soddisfa tali requisiti<sup>68</sup>.

Questa impostazione è poi risultata determinante nella – se pure non rapida – obliterazione, in Italia, del fenomeno della 'occupazione acquisitiva', figura di creazione giurisprudenziale e corrispondente, a partire dai primi anni Ottanta, ad una particolare modalità di acquisto a vantaggio della P.A., che, in assenza di un valido atto espropriativo, avesse illegittimamente occupato e radicalmente trasformato un fondo per realizzarvi un'opera pubblica<sup>69</sup>. Al privato si ricono-

<sup>65</sup> A. IANNARELLI, *Proprietà*, cit., 177 ss.

<sup>66</sup> A. VIGLIANISI FERRARO, *Il diritto di proprietà nella Convenzione*, cit., 335 ss.

<sup>67</sup> Corte di Giustizia UE, *VEMW e a.*, C-17/03, 7 giugno 2005; Corte di Giustizia UE, *Hecta Viticol SRL c. Agenția Națională de Administrare Fiscală - Direcția Generală de Soluționare a Conestațiilor ed a.*, C-184/19, 30 aprile 2020. Altri dettagli in S. MARGIOTTA, *Certezza*, cit., 22 s.

<sup>68</sup> Corte di Giustizia UE, Grande Sez., *Safeway Ltd c. Andrew Richard Newton e a.*, C-171/18, 7 ottobre 2019; Corte di Giustizia UE, *Agrenergy SRL e Fusignano Due SRL c. Ministero dello Sviluppo Economico*, CC-180/18-286/18-287/18, 11 luglio 2019; Corte di Giustizia CE, *Cipra e Kvasnicka*, C-439/01, 16 gennaio 2003.

<sup>69</sup> Sul dibattito suscitato da questo fenomeno, cui accenna T. DALLA MASSARA, *Diritti*, cit., § 4, vd. soprattutto G. MORBIDELLI, *L'acquisizione sanante tra consulta, Strasburgo, Palazzo Spada, Pa-*

sceva (ai sensi della legge n. 359 del 1992, estesa ai casi di occupazione acquisitiva con legge n. 549 del 1995, legge dichiarata incostituzionale da Corte Cost., 2 novembre 1996, n. 369), un risarcimento del danno commisurato all'indennizzo che sarebbe spettato per una valida espropriazione: la radicale trasformazione del bene ai fini della realizzazione di un'opera pubblica avrebbe giustificato l'acquisto del diritto sul bene, pur in assenza di un valido procedimento espropriativo (Cass. Sez. Un., 26 febbraio 1983, n. 1464).

In nome della 'funzione sociale' della proprietà, sancita all'art. 42 della Costituzione repubblicana, l'attuazione dello Stato sociale fino agli anni Ottanta si è venuta realizzando soprattutto mediante le pronunce della Corte Costituzionale, che aveva segnato le varie tappe del 'percorso sociale' del diritto di proprietà<sup>70</sup>. La diversa filosofia che invece ispira l'Europa, nel disegnare i principi posti a salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle sue libertà fondamentali, non ha tardato a prendere il sopravvento.

La giurisprudenza di Strasburgo sul regime della proprietà immobiliare privata e della sua ablazione coattiva ha sortito un effetto dirompente sul 'paradigma proprietario sociale', che si è in breve tempo ritrovato avviato su di un rapido percorso demolitorio. Tramontata la convinzione che il legislatore interno non incontra alcun limite, se non quello della 'funzione sociale' della proprietà (funzione che peraltro la Corte Costituzionale italiana non ritiene per nulla in contrasto con lo statuto proprietario disegnato nei contesti europei, in quanto sul proprietario può farsi gravare un sacrificio per il bene della collettività, purché entro limiti e a condizioni ragionevoli<sup>71</sup>), la teoria del 'contenuto minimo essenziale' della proprietà, oggi largamente condivisa, postula che il legislatore, quando sottrae al proprietario una delle facoltà appartenenti a detto 'contenuto minimo essenziale' (ovvero l'essenza intrinseca del diritto di proprietà e la naturale destinazione del bene), opera sostanzialmente una cancellazione del diritto stesso, dando luogo ad una sorta di espropriazione ('espropriazione anomala', o 'espropriazione non traslativa'), per la quale è dovuto un indennizzo ex art. 42, comma 3, Cost.<sup>72</sup>.

Un deciso mutamento di rotta ai consolidati indirizzi della giurisprudenza italiana in materia, dunque, è stato impresso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale ha anche rimproverato all'Italia un deficit di tutela dei diritti

---

*lazzaccio: fine (o quali) degli incidenti di percorso?*, in *Giur. cost.*, 6, 2015, 2319 ss.; L.I.M. AZZENA, *Dialogo tra Corti intorno al diritto di proprietà*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 120, jan./jun. 2020, 319 ss., specialm. 326 s.; in chiave storica, i principi CEDU e la giurisprudenza della Corte EDU viene illustrata e discussa da M. MICELI, *CEDU e diritto di proprietà*, in M. MICELI, L. SOLIDORO, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Torino, 2021, 352 ss.

<sup>70</sup> Vd. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 323. *Amplius infra*, cap. I, §§ 7 ss.

<sup>71</sup> Dettagli in M. VILLANI, *La funzione sociale della proprietà, così come profilata dalla Corte di Strasburgo, assurge a parametro costituzionale*, in *Giust. civ.*, 11, 2009, 2511 ss. specialm. 2519; G. SCOCA, *Modalità di espropriazione e 'rispetto' dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 3, 2006, 519 ss.

<sup>72</sup> Vd. al riguardo Corte Cost., 20 maggio 1999, n. 179; L.I.M. AZZENA, *Dialogo*, cit., 319 ss.

ti umani nella disciplina della proprietà privata: la proprietà, infatti, è un diritto dell'uomo equiparabile alle libertà inviolabili<sup>73</sup>. Ecco riemergere così, assieme all'atteggiamento filoproprietario, il binomio libertà-proprietà nel più ampio contesto europeo.

Nonostante il malcontento sollevato negli intellettuali sostenitori della cd. 'Europa sociale', il nuovo indirizzo è stato accolto con favore dalla maggior parte dei giuristi e, soprattutto, dai tanti (grandi e piccoli) proprietari di immobili privati.

Grazie alle pronunce della Corte EDU nella seconda metà degli anni Ottanta, nelle quali si è invocato il summenzionato art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 CEDU, è stato affermato il netto contrasto tra la figura dell'occupazione acquisitiva e il principio di legalità, censurando peraltro la situazione di superiorità che con l'applicazione della occupazione acquisitiva si riconosceva alla P.A. nei confronti dei privati e la irragionevole disparità di trattamento che ne derivava. Inoltre, dopo avere affermato che il pagamento dell'indennizzo rientra nell'esigenza di tutela della proprietà, con una successiva pronuncia la Corte EDU ha stabilito che l'indennizzo deve corrispondere al valore economico (di mercato) del bene ablatato.

Si può condividere l'affermazione che tali interpretazioni dell'art. 1 costituiscono «una invenzione dei giudici»<sup>74</sup> della Corte EDU? A mio avviso no, perché esse, come vedremo a breve<sup>75</sup>, rispecchiano in pieno l'orientamento ideologico alla base del nuovo diritto europeo.

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, tra il 2005 e il 2019, per stroncare le mere prassi espropriative, in più occasioni ha affermato – come già sopra si è segnalato – che i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento richiedono tanto che le norme giuridiche siano chiare e precise, tanto che la loro applicazione sia prevedibile con esattezza per i consociati, in particolare quando le norme possono avere conseguenze sfavorevoli; e infine ha precisato (nel 2003 e nel 2019) che l'instaurazione di semplici prassi non soddisfa tali requisiti.

In Italia, il Testo Unico sugli espropri del 2001, n. 327, si è prontamente adeguato alle pronunce della Corte EDU, ma il definitivo chiarimento del quadro normativo, anche con riferimento ai casi pendenti, vi è stato con le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nn. 2, 3 e 4 del 2020.

---

<sup>73</sup> Dettagli in C. SALVI, *La proprietà*, cit., 409 ss.

<sup>74</sup> Tanto sostiene C. SALVI, *L'invenzione*, cit., 139.

<sup>75</sup> *Infra*, cap. I, §§ 4 ss.

#### 4. *Proprietà e libertà. Il ritorno ad una antica equazione e la ricollocazione della proprietà privata tra i diritti della persona*

Senz'altro significativa della coerenza di questo orientamento giurisprudenziale con lo spirito che anima le Carte internazionali è la circostanza che nella cd. Carta di Nizza (*Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*<sup>76</sup>), entrata in vigore con il Trattato di Lisbona del 2009, il diritto di proprietà venga esplicitamente qualificato come un diritto fondamentale (diversamente dalla Costituzione italiana) e definito sotto il Titolo II dedicato alle 'Libertà'<sup>77</sup>. L'Europa propone così il binomio proprietà-libertà, proprio delle tesi lockiane<sup>78</sup> e, in Francia, della corrente fisiocratica<sup>79</sup>. La proprietà è considerata inviolabile (carattere invece sottaciuto dalla Costituzione italiana), in quanto espressione della libertà personale<sup>80</sup>.

Come ben noto, questo accostamento tra proprietà e libertà compariva già nella *Dichiarazione dei diritti* del 1789, dove all'art. 2 venivano indicati, quali cardini del nuovo sistema sociale, «la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression», formula che ha influenzato in modo determinante il pensiero giuridico dei secoli successivi.

Ebbene, l'art. 17 della Carta di Nizza, rubricato 'Diritto di proprietà', recita: «1. Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta

---

<sup>76</sup> Carta solennemente proclamata per la prima volta, come già precisato sopra, a Nizza il 7 dicembre 2000, e una seconda volta, in versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo.

<sup>77</sup> Vd. ora G. VALDITARA, *Alle radici romane della Costituzione. Persona famiglia Stato proprietà libertà*, Milano, 2022, 145 ss.

<sup>78</sup> Vd. *supra*, cap. 1, § 1 e nt. 20.

<sup>79</sup> Non sempre si valuta con la dovuta attenzione il peso del contributo della fisiocrazia – dottrina economica formatasi in Francia verso la metà del Settecento – alla formulazione delle rivendicazioni portate avanti dalla borghesia francese. Giova qui ricordare che fu appunto la fisiocrazia, nella sua profonda avversione al mercantilismo, a sottolineare l'esigenza di rivalutare la proprietà privata in vista di un potenziamento dell'economia agricola, ritenuta come l'unica, vera fonte di ricchezza e benessere sociale. Come ricorda A. IANNARELLI, *Proprietà*, cit., 75 e nt. 14, il binomio proprietà/libertà era appunto alla base del manifesto fisiocratico: per dettagli su questo specifico aspetto, vd. CHR. MENGES-LE PAPE, *Physiocratie, Révolution et Code civil: les origines historiques de la faculté de clore son héritage*, in AA.VV., *La propriété en mutation: quels effets de la transition vers l'économie de marché?*, Rouen, 1998, 47 ss.; più in generale, AA.VV., *I fisiocratici*, a cura di B. Miglio, Roma-Bari, 2001, *passim*.

<sup>80</sup> Vd. al riguardo L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 6, 1988, 427 ss.; sempre negli anni Ottanta si è anche affermato che il diritto di proprietà è strumentale rispetto alla realizzazione del sistema delle libertà: S. MANGIAMELI, *La proprietà*, cit., 34. Valorizza ora questa prospettiva G. VALDITARA, *Alle radici*, cit., 99 ss., 185.

indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta»<sup>81</sup>.

Con questa disposizione si introduce espressamente, per la prima volta, la tutela della proprietà privata nel diritto dell'Unione Europea. Nel complesso, l'impostazione del nuovo diritto europeo – sintetizza Nicolussi<sup>82</sup> – è quella di guardare alla proprietà «come il mezzo materiale della libertà secondo il binomio tradizionale 'proprietà-libertà', ma nella misura in cui all'uomo è assicurato il potere di disporre dei beni necessari per la sua vita e il suo lavoro. La proprietà perciò come condizione di autodeterminazione, autonomia, non dipendenza del soggetto». L'espressione adottata nella Carta, «ogni individuo», concorre a rendere palese la tendenza individualistica, di impianto liberale, che caratterizza la disciplina unionale, differenziandola rispetto alle tradizioni costituzionali (di impianto sociale) degli Stati membri<sup>83</sup>.

L'accostamento tra libertà e proprietà, nell'area europea, come prima si accennava, reintroduce a pieno titolo il diritto di proprietà alla stregua di diritto di libertà e dunque lo colloca tra i diritti fondamentali, cioè tra i diritti dell'uomo<sup>84</sup>. Risulta assente ogni esplicito riferimento alla funzione sociale o al principio solidaristico. Al tempo stesso, però, il diritto di proprietà rientra nella sfera dei diritti economici e sociali, per la funzione sociale che, se pure indirettamente, la CEDU (Protocollo Addizionale n. 1, art. 1) gli riconosce nel menzionare l'esigenza di bilanciamento con l'interesse generale: un bilanciamento posto a carico degli Stati firmatari, cui spetta una sopraordinata vigilanza sulla materia<sup>85</sup>.

E infatti, il richiamo ai valori dominicali presente nelle Carte internazionali non ha dato luogo ad un approccio prettamente individualistico da parte della giurisprudenza, come parte della dottrina temeva, quando rilevava che il diritto europeo aveva reintrodotta una concezione della dominicalità che il pensiero socialista e marxiano sembrava avere definitivamente obliterato. Il paventato calo di considerazione per gli interessi superindividuali a seguito di questa inclusione del

<sup>81</sup> Sull'art. 17 della Carta di Nizza vd. C. SALVI, *La proprietà*, cit., 409 ss.; osservazioni più specifiche in A. LUCARELLI, *Art. 17. Diritto della proprietà*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 139 ss.; A. IANNARELLI, *Proprietà*, cit., 106 ss., 180 ss., con bibl.

<sup>82</sup> A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto bio-diritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 22, nt. 55. Queste conclusioni di Nicolussi sono ricordate e condivise da T. DALLA MASSARA, *Diritti*, cit., § 4.

<sup>83</sup> Vd. al riguardo le considerazioni di M.C.A. CARTABIA, R. BIFULCO, A. CELOTTO, *Introduzione*, a AA.VV., *L'Europa*, cit., 11 ss.

<sup>84</sup> *Amplius* A. VIGLIANISI FERRARO, *Il diritto di proprietà nella Convenzione*, cit., 335 ss.; F. MACARIO, *Assolutezza*, cit., *passim*.

<sup>85</sup> Così A. VIGLIANISI FERRARO, *Il diritto di proprietà e la sua 'funzione sociale' nell'ordinamento giuridico italiano ed in quello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2016, 519 ss.