



LO STUDIO DELLA PROPRIETÀ ATTRAVERSO LALENTE DEI DIRITTI FONDAMENTALI

LAURA VAGNI*

Sommario: 1. – Proprietà e contesti: una proposta metodologica; 2. – Il rapporto tra la tutela della persona e l'esclusività del dominio; 3. – Diritti fondamentali *vs.* proprietà: la progressiva evanescenza della nozione di esclusività; 4. – Nuove forme di appartenenza esclusiva: la proprietà del credito; 5. – La proprietà attraverso la lente dei diritti fondamentali e il ruolo della comparazione.

1. Lo studio della proprietà costituisce uno dei campi d'elezione per chi voglia sperimentare la contestualità del diritto e il rapporto di reciproca influenza tra la dimensione giuridica di un fenomeno e altre dimensioni, come quella storico-culturale, sociale, economica, politica.

La proprietà, infatti, da sempre si caratterizza per la varietà e diversità di usi linguistici e di significati, a seconda delle forme di appartenenza riconosciute nelle esperienze giuridiche, nel corso della storia e nel mondo contemporaneo¹. Così, la proprietà è tradizionalmente una delle materie più spiccatamente a dimensione nazionale, dove si registra la più ampia diversità tra *common law* e *civil law*. Nello stesso tempo, il diritto di proprietà sembra connotato da una maggiore resistenza al processo di uniformazione del diritto privato, che sta interessando l'Europa da qualche decennio. L'art 354 del TFUE (*ex art.* 295 del Trattato CE) stabilisce d'altronde che "I Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

Questa diversità di modi di intendere la proprietà, che si riscontra tra l'area geografica dell'Europa continentale e quella oltre Manica, riflette una diversità pure rintracciabile nella storia, nell'ambito della stessa tradizione di *civil law*, tra il periodo successivo e quello precedente alle codificazioni. La distanza tra *common law* e *civil law* nel modo di intendere la proprietà diventa, così, una diversità tra le idee di proprietà

* Professore associato di Diritto Privato Comparato, Università degli Studi di Macerata.

¹ Per i primi riferimenti v. L. MOCCIA, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, I, p. 29 ss.



ritracciabili all'interno della nostra tradizione. Queste esperienze giuridiche non si succedono nel tempo, secondo compartimenti stagni, ma al contrario si contaminano: la definizione di proprietà accolta dai codici civili non ha cancellato completamente la tradizione del passato, che emerge, nei sistemi di *civil law* in varie forme, realizzando una copresenza di elementi di discontinuità e continuità tra le diverse nozioni di proprietà².

La relatività della proprietà impone di conseguenza al giurista, che intenda intraprendere lo studio di questa materia, un metodo di analisi idoneo a familiarizzare con un'idea problematica della proprietà. In questa prospettiva, la comparazione giuridica può essere utile a porre le basi per un discorso sulla proprietà, che consenta di cogliere, attraverso il raffronto della propria esperienza giuridica con un diritto straniero, la molteplicità delle idee di proprietà che caratterizzano anche il sistema di appartenenza dell'osservatore. Lo studio del diritto straniero, così, offre il beneficio della "riflessività", mettendo in risalto elementi e fenomeni nel diritto dell'osservatore, corrispondenti a quelli studiati in un diverso sistema³.

In questo contesto, i diritti fondamentali e la loro tutela possono costituire una lente di osservazione attraverso cui cogliere delle caratteristiche trasversali della proprietà e, nello stesso tempo, delle reazioni particolari rintracciabili nelle esperienze nazionali di fronte al riconoscimento comune di alcuni diritti della persona.

Il presente lavoro intende pertanto proporre, attraverso esempi concreti, un percorso di studio del fenomeno appropriativo, basato sull'indagine del rapporto di reciproca influenza tra proprietà e tutela della persona e, in particolare, tra proprietà e tutela dei diritti fondamentali della persona; ciò allo scopo di offrire un punto di vista utile, da un lato, a cogliere la relatività di alcune categorie della proprietà tradizionalmente intesa e dei significati ad esse riconducibili e, dall'altro lato, a ragionare sull'esistenza di alcuni elementi immanenti alla proprietà. A tal fine, l'attenzione sarà concentrata sull'idea di proprietà come privatezza, onde verificare se e con quali modalità il carattere di esclusività del dominio si declini in modo diverso nei vari contesti, per

² Il tema, di particolare complessità, esula degli obiettivi del presente studio, per i principali riferimenti in materia Cfr. P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici* (trad. it. a cura di A. De Vita, M.D. Panforti e V. Varano), Milano, rist. 1995, p. 187 ss.; L. MOCCIA, *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, in E. Del Prato (cur.), *Studi in onore di Antonio Cautadella*, Napoli, 2013, vol. II, p. 1431 ss., in particolare p. 1435.

³ Così L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, p. 95.



effetto del rapporto d'influenza tra esclusività della proprietà e tutela dei diritti fondamentali della persona.

2. L'analisi del rapporto tra esclusività della proprietà e tutela della persona può avere come punto d'avvio una serie di quesiti, che si propongono come ipotesi di lavoro per il giurista, teso a comprendere il significato di proprietà come privatezza.

Il primo quesito riguarda il significato e il contenuto di esclusività, secondo il diritto nazionale. Il secondo quesito inerisce il rapporto di reciproca influenza tra l'idea di esclusività e la tutela della persona. In questa prospettiva, si tratta di valutare se l'intrusione del terzo nel dominio altrui possa trovare una giustificazione giuridica nella protezione di un diritto fondamentale della persona.

La ricerca del significato di esclusività della proprietà implica ancora una volta l'attenzione ad una serie di elementi di contesto. Da un lato, infatti, l'esclusività del dominio, intesa come privatezza, costituisce un connotato essenziale del diritto di proprietà in tutte le esperienze giuridiche della tradizione occidentale⁴; dall'altro lato, essa può essere declinata diversamente a seconda di come la proprietà è intesa e disciplinata nei diversi sistemi giuridici.

Ciò è evidente nella comparazione tra proprietà e *property*⁵.

Negli ordinamenti di *civil law* l'esclusività è interpretata dalla dottrina come un'espressione dell'autonomia del proprietario: l'autonomia, infatti, rimane una caratteristica del godimento nella misura in cui il proprietario può respingere l'invasione di terzi nel suo rapporto di appartenenza con il bene, anche per motivi che risultano idiosincratici, senza quindi necessità di dimostrare un uso o un godimento del bene

⁴ Quindi anche nei sistemi di *common law*, cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, London, (1756-9), II, paragr. 2, secondo il quale la proprietà ha il carattere dell'esclusività; negli Stati Uniti d'America il carattere di esclusività della proprietà era già espressamente stabilito in *Kaiser Aetnaet al., Petitioners, v. United States*, 444 U.S. 164 (100 S.Ct. 383, 62 L.Ed.2d 332), dove *Mr. Justice Rehnquist* affermava che: "[...] the most essential sticks in the bundle of rights that are commonly characterized as property— [is] the right to exclude others."; sul punto Cfr. K. CAMPBELL, *On the General Nature of Property Rights*, in *KCLJ*, 1992, vol. 3, p. 79 ss., in particolare p. 82.

⁵ Per i primi riferimenti in materia v. L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in A.A.V.V., *Diritto Privato Comparato. Istituti e Problemi*, ult. ed., Roma, 2012, p. 43 ss.



meritevoli di tutela⁶. Il carattere di esclusività, secondo questa impostazione, costituisce un requisito correlato a quello di pienezza⁷.

Il legame tra pienezza ed esclusività non si sviluppa allo stesso modo nella tradizione di *common law*, dove l'idea di privatezza non esclude la possibilità di una frammentazione delle forme di appartenenza, che possono esistere in relazione ad un bene. Nella *law of property* convivono, infatti, un modello di proprietà come un fatto e un modello di proprietà come un diritto⁸. Nel primo caso, l'elemento "empirico" del possesso permea la nozione di proprietà. L'idea di proprietà è basata sul grado di successo che il possessore di fatto del bene ha nell'impedire l'invasione di terzi. La proprietà, quindi, si misura sulla base del grado di esclusività del possesso⁹. La proprietà come diritto richiama, invece, una pluralità di forme di appartenenza riconosciute e tutelate dal diritto, le quali hanno ad oggetto piuttosto che il controllo fisico del bene, il godimento delle utilità che si possono trarre dal bene. Questo modo di intendere la proprietà, che conserva ancora l'impronta della proprietà feudale, è compatibile con il riconoscimento di una pluralità di situazioni di appartenenza riguardo ad uno stesso bene. L'esclusività del possesso, pertanto, non implica nella tradizione di *common law* la teorizzazione della proprietà come diritto pieno ed assoluto¹⁰.

La nozione di privatezza della proprietà, già diversamente declinabile nei vari contesti geografici della tradizione giuridica occidentale, è influenzata dal rapporto con la tutela della persona. Il secondo quesito formulato in precedenza, sulla possibilità che l'intrusione di un terzo nel dominio altrui trovi base giuridica nella tutela di un diritto fondamentale, apre un ulteriore piano d'indagine, volto a verificare l'influenza della tutela dei diritti fondamentali sul contenuto dell'esclusività della proprietà, come inteso nel diritto nazionale. Ciò

⁶ A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1995, p. 218.

⁷ Su questo punto la dottrina tradizionale è piuttosto unanime nel non individuare l'esclusività come un requisito autonomo rispetto alla pienezza, cfr. V. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 136.

⁸ K. GRAY – S. F. GRAY, *The Idea of Property in Land*, in S. Bright e J. K. Dewar (cur.), *Land Law: Themes and Perspectives*, Oxford, 1998, p. 27, secondo i quali la nozione di proprietà nel diritto inglese consiste ancora oggi in " [...] una curiosa mescolanza tra concettuale e pragmatico, tra cerebrale e materiale".

⁹ Sul punto cfr. *Hunter v. Canary Wharf Ltd*, [1997] 2 WLR 684: "Exclusive possession *de jure* and *de facto*, now and in the future, is the bedrock of English land law"; cfr. L. MOCCIA, *Il modello inglese di Proprietà*, cit., p. 76 ss.

¹⁰ R. MEGARRY – W. BLADE, *The Law of Real Property*, 8a ed., London, 2012, p. 85 ss.



significa indagare se e in quali circostanze la possibilità del proprietario di escludere i terzi dal suo dominio possa essere limitata, per la necessità di tutelare diritti fondamentali del terzo intruso.

Il tema è stato posto all'attenzione da tempo dai giuristi, in specie nella tradizione di *common law*, che hanno evidenziato come il discorso sui diritti fondamentali e il riconoscimento, in ambito europeo di uno *status* di cittadino, permeano e modificano il contenuto della proprietà secondo il diritto nazionale¹¹.

La questione si pone anche negli ordinamenti di *civil law*, a fronte di un'interpretazione del diritto nazionale, ad opera della giurisprudenza, conforme alla tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU).

Accade così che il contenuto dell'esclusività dipende anche da fattori che tradizionalmente non rientrano nella nozione classica di proprietà, ma dipendono dalla reazione particolare che il diritto nazionale mostra di fronte al riconoscimento di valori della persona in ambito europeo¹².

3. Il rapporto tra tutela dei diritti fondamentali e proprietà, secondo la dinamica precedentemente accennata, influenza la stessa nozione di esclusività del dominio accolta nel diritto nazionale, con un effetto quasi di evanescenza della nozione stessa, come si cercherà di mostrare qui di seguito attraverso due esempi.

Il primo esempio riguarda l'esperienza giuridica inglese, dove le Corti in più occasioni sono state chiamate a giudicare la compatibilità del diritto di proprietà con i diritti fondamentali dei cittadini, soprattutto dopo l'entrata in vigore dello *Human Rights Act 1998*¹³.

In questo contesto, le Corti in più occasioni hanno evidenziato la necessità di reinterpretare il diritto di proprietà, come disciplinato dal diritto nazionale, così da assicurare il rispetto di alcuni diritti convenzionali, quali il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), il diritto ad un equo processo (art. 6 CEDU), alla libertà di espressione e di associazione (art. 11 CEDU), il diritto a non essere

¹¹ Cfr. T. ALLEN, *Property and the Human Rights Act 1998*, Oxford, 2005, p. 250 ss. e riferimenti *ivi*.

¹² M. HONORÉ, *Ownership*, in *Oxford essays in jurisprudence, first series*, 1960-68, p. 114 ss.

¹³ Sul tema v. per i primi riferimenti D. HOFFMAN – G. PHILLIPSON – A.L. YOUNG, *Introduction*, in D. HOFFMAN (cur.), *The Impact of UK Human Rights Act on Private Law*, Cambridge, 2011, p. 1 ss.



discriminati, considerato in connessione ai diritti precedenti, il diritto di proprietà (art. 1, Protocollo 1 CEDU)¹⁴.

Parte della dottrina ha parlato a tal proposito di un vero e proprio attacco, attraverso la retorica dei diritti fondamentali, all'istituto tradizionale della proprietà e della possibilità che i diritti umani abbiano la precedenza sui diritti del proprietario¹⁵.

Questo fenomeno di contaminazione del diritto di proprietà da parte dei diritti fondamentali trova uno dei principali esempi in una serie di decisioni, che riguardano la compatibilità del possesso esclusivo riconosciuto al proprietario dal diritto interno, con il diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 CEDU¹⁶.

Molti di questi casi riguardano opposizioni effettuate da residenti in alloggi popolari all'ordine di sfratto da parte dell'autorità statale, proprietaria degli immobili¹⁷. I ricorrenti in questi casi lamentano che l'ordine di sfratto, sebbene conforme alla legge, sia illegittimo, violando il loro diritto al rispetto della vita privata e familiare. Nell'ambito di queste controversie, un rilievo particolare rivestono le decisioni prese su ricorso di cittadini Rom, dove le Corti si sono trovate a bilanciare, secondo il criterio di proporzionalità stabilito dall'art. 8 CEDU, il diritto di proprietà

¹⁴ Cfr. K. GRAY, *Land Law and Human Rights*, in L. Tee (cur.), *Land Law: Issues, Debates, Policy*, London, 2002, p. 211 ss., in particolare p. 214; T. DYKE, *Focus on Article 11*, in *Juridical Review*, 2009, p. 185 ss.

¹⁵ K. GRAY, *Land Law and Human Rights*, cit., p. 234; v. anche K. GRAY AND S. GRAY, *Land Law*, Oxford, 2011, p. 58. I giuristi di *common law* parlano, in tal senso di una proprietà orientata ai diritti umani (*Human Rights Oriented Property*), su questo tema v., per i primi riferimenti, D. HOFFMAN, *The impact of UK Human Rights on Private Law*, cit., p. 294; A. HUDSON (ed.), *New perspective on Property law, Human rights and the Home*, London, 2004, *passim*; A. GOYMOUR, *Proprietary Claims and Human Rights a "Reservoir of Entitlement"?*, in *Cambridge Law Journal*, 2006, vol. 65, p. 696; J. G. SPRANKLING, *International Property law*, Oxford, 2014, p. 123.

¹⁶ Su questo tema si è sviluppato un dialogo tra Corti inglesi e Corte Edu, v. *London Borough of Harrow (Appellants) v. Qazi*, [2003] UKHL 43; *Lagden (Respondent) v. O'Connor (Appellant)*, [2003] UKHL 64; *Connors v. UK*, [2004] ECHR, n. 66746/01; *Kay v. Lambeth London Borough Council*, [2006] 2 AC 465; *Kay and Others v. UK*, [2010] ECHR, n. 37341/06; *Prince v. Leeds City Council*, [2006] UKHL 10; *Doherty v. Birmingham CC*, [2008] UKHL 57; *Manchester City Council v. Pinnock*, [2010] UKSC 45; *Hounslow v. Powell; Leeds v. Hall; Birmingham v. Frisby*, [2011] UKSC 8; *Pinnock v. UK*, [2013] ECHR, n. 31673/1; Cfr. LORD WALKER OF GESTINGTHORPE, *The Saga of Strasbourg and Social Housing*, in N. Hopkins (cur.), *Modern Studies in Property Law*, Oxford, 2013, vol. 7, p. 3 ss.

¹⁷ Cfr. F. MCCARTHY, *Human Rights and the Law of Leases*, in *The Edinburgh Law Review*, 2013, vol. 17, p. 184 ss.



(dell'autorità statale) con il diritto di questi cittadini a mantenere uno stile di vita tradizionale e con il diritto a non essere discriminati¹⁸.

Molte di queste decisioni mostrano una diversità delle soluzioni offerte al problema, dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Edu) e dalle Corti inglesi, ma anche una varietà tra le interpretazioni del concetto di proporzionalità da un lato e di privatezza del dominio dall'altro.

Uno snodo importante nel dialogo tra Corte Edu e Corti inglesi in tema è costituito dal caso *Pinnock*, deciso dalla Corte Suprema del Regno Unito nel 2011¹⁹. I fatti della controversia possono essere riassunti come segue: nel 1978 il Manchester City Council assegna in locazione una casa al sig. Pinnock nella località di Longsight, dove il locatario inizia a vivere con la sua compagna e i figli. Nel 2005, il proprietario richiede alla Corte un ordine di sfratto o, in alternativa, la trasformazione del diritto di locazione del sig. Pinnock in una forma di locazione temporanea²⁰, a causa di una serie di comportamenti antisociali posti in essere dalla compagna di Pinnock e dai figli, in violazione del contratto di locazione. La Corte si pronuncia concedendo la conversione del diritto di locazione in una locazione temporanea. Il 6 giugno 2008, il proprietario agisce nuovamente in giudizio per lo sfratto della famiglia Pinnock, basando la sua richiesta su nuovi atti antisociali posti in essere dalla compagna del sig. Pinnock e dai figli. La Corte concede lo sfratto, considerando anche le minori garanzie previste dalla locazione temporanea in cui è stato convertito il contratto di locazione originario.

Il sig. Pinnock impugna la decisione, che giunge davanti alla Corte Suprema del Regno Unito, la quale è chiamata a valutare, tra le altre questioni, se l'ordine di sfratto violi il diritto alla vita privata del sig. Pinnock. La risposta al quesito richiede di valutare se lo sfratto del sig. Pinnock possa essere considerato una misura necessaria in una società democratica, secondo quanto previsto dell'art. 8 CEDU, secondo comma. Ciò significa valutare la proporzionalità dello sfratto, consentito

¹⁸ Sul riconoscimento di un diritto degli appartenenti all'etnia Rom a vivere conformemente al loro stile di vita tradizionale v. *Orsus and Other v. Croatia*, [2010] ECHR n. 15766/03 in particolare paragr. 147; già precedentemente *Chapman v. UK*, [2001] ECHR n. 27238/95, dove si legge: "La Corte riconosce che dalla posizione vulnerabile in cui si trovano i Rom, come minoranza, discende che alcune speciali attenzioni devono essere riservate ai loro bisogni e al loro particolare stile di vita, sia nella predisposizione di piani regolatori, che nelle decisioni di casi concreti [...]"; *Connors v. UK*, [2004] ECHR n. 66746/01; *Yordanova and Others v. Bulgaria*, [2012] ECHR n. 25446/06; *Winterstein and Others v. France*, [2013] ECHR n. 27013/07.

¹⁹ *Manchester City Council v. Pinnock*, cit.; v. successivamente *Pinnock v. UK*, cit.

²⁰ Si trattava di una *demoted tenancy*, ossia una locazione periodica, che viene istituita solitamente per ordine del giudice, Cfr. R. MEGARRY – W. BLADE, *op. cit.*, 1079 ss.



dal diritto nazionale, rispetto all'interesse generale che si intende perseguire con quella misura.

La Corte respinge il ricorso del sig. Pinnock, ritenendo l'ordine di sfratto compatibile con l'art. 8 CEDU e quindi proporzionale, ma coglie l'occasione per spiegare il rapporto tra privatezza del dominio e diritto al rispetto della vita privata e familiare. La Corte afferma che il proprietario, quando si tratta di un'autorità pubblica, può escludere un terzo dal suo dominio solo se: a) vi sono le condizioni stabilite dal diritto inglese; b) l'esclusione è proporzionale secondo quanto stabilito dall'art. 8 CEDU, come interpretato dalla Corte Edu²¹. A sostegno della sua motivazione la Corte richiama una serie di decisioni, dalle quali emerge che il possessore abusivo di un immobile, che non può vantare alcun tipo di difesa sulla base del diritto interno contro il proprietario (autorità pubblica) che ne ordina lo sfratto, può tuttavia opporsi all'esercizio da parte del proprietario del suo diritto, invocando la sproporzionalità dell'esercizio. Il test di proporzionalità, pertanto, non è soddisfatto dalla conformità dell'azione di rivendica del proprietario al diritto interno, ma deve tener conto di una serie di fattori, quali, ad esempio, un'equa gestione degli alloggi popolari, la pianificazione urbanistica, l'esigenza di altri residenti in alloggi popolari, i bisogni dei soggetti più vulnerabili²². Nella maggior parte dei casi, in cui il diritto nazionale riconosce all'autorità pubblica il potere di escludere dal suo dominio un soggetto, il criterio di proporzionalità sarà soddisfatto. Il bilanciamento tra i diversi interessi contrapposti, infatti, è già stato effettuato dalla regola di diritto nazionale. Ciò, tuttavia, potrebbe non verificarsi in tutti i casi. *Lord Neuberger* ne conclude che: "La reale portata della pienezza del diritto di proprietà, quando esso è nella titolarità di un'autorità pubblica, come nel caso delle autorità locali, va commisurata alla proporzionalità"²³.

Il caso *Pinnock* riguarda un rapporto, di diritto privato, tra un'autorità pubblica e un cittadino. Lo Stato, anche quando agisce *in re privatorum*, è vincolato dall'art. 6 dello *Human Rights Act*, che impone alle pubbliche autorità il rispetto dei diritti convenzionali. Nel caso di specie,

²¹ *Manchester City Council v. Pinnock*, cit., paragr. 23.

²² Così testualmente *Manchester City Council v. Pinnock*, cit., paragr. 52; sul punto v. le considerazioni di D. COWAN (cur.), *Great debates in Property law*, 2012, p. 145 ss. ed in particolare p. 156.

²³ *Manchester City Council v. Pinnock*, cit., paragr. 54, per *Lord Neuberger*: "Unencumbered property rights, even where they are enjoyed by a public body such as a local authority, are of real weight when it comes to proportionality". Come noto il caso nel 2013 è giunto davanti alla Corte Edu, la quale ha ritenuto non sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU da parte del Regno Unito nei confronti di *Pinnock*; v. *Pinnock v. UK*, cit.



come chiarito dalla Corte Edu, ciò implica l'adempimento da parte dello Stato non solo di obblighi negativi, ma anche di obbligazioni positive²⁴.

Il tema del rapporto di influenza tra diritto di proprietà e diritto al rispetto della vita privata e familiare si è posto, tuttavia, anche con riguardo a controversie tra privati. Già in un caso del 2006, davanti alla *Court of Appeal*, Lord Wilson affermava:

“L’art. 8(2) stabilisce che l’interferenza con i diritti tutelati dall’art. 8 (1) può provenire dall’azione dell’ ‘autorità pubblica’ e non dai privati proprietari [...]. Secondo la mia opinione, tuttavia, ciò non preclude l’obbligo d’interpretazione stabilito dall’art. 3 dello *Human Rights Act*. [...] dovrebbe sorgere la domanda se ci siano obblighi positivi in capo alle autorità pubbliche di proteggere i cittadini dalla violazione dei loro diritti, tutelati dall’art. 8, tali da imporre allo Stato di legiferare impedendo ai proprietari di eseguire lo sfratto sulla base di un titolo contrattuale, in assenza di un procedimento giudiziale. La mia conclusione, tuttavia, è che, fortunatamente, una legge del genere è già in vigore”²⁵.

Più di recente, nel caso *Malik v. Fassenfelt* deciso nel 2013²⁶, la *Court of Appeal* ha evidenziato che lo scrutinio sulla proporzionalità del diritto del proprietario di escludere terzi dal suo dominio può investire anche le controversie tra privati. Nel caso in cui l’azione di reintegra nel possesso esercitata dal proprietario sia conforme alla legge, il terzo che occupa l’immobile senza titolo potrà opporsi alle pretese del proprietario

²⁴ Sul principio di proporzionalità cfr. D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, p. 743 ss.; J. MCBRIDE, *Proportionality and the European convention of Human Rights*, in E. Ellis (cur.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, in particolare p. 23 ss.; con specifico riferimento all’art. 8 CEDU cfr. A. GOYMOUR, *Property and Housing*, in D. Hoffman (cur.), *The Impact of UK Human Rights Act on Private Law*, cit., p. 290 ss.

²⁵ *Pirabakaran v. Patel & Anor*, [2006] EWCA Civ. 685, per Lord Wilson, paragr. 45: “[...] article 8(2) circumscribes interferences with rights under article 8(1) on the part only of a ‘public authority’ rather than of private landlords such as his clients. In my view, however, his point does not affect the interpretative obligation under s.3 of the Act of 1998. Had s. 2 of the Act of 1977 not borne the meaning which I ascribe to it, a question might have arisen as to whether the positive obligations on public authorities to protect citizens from infringements of their rights under article 8 were such as to oblige the state to legislate against enforcement by private landlords of contractual rights of re-entry of premises let for mixed purposes otherwise than by proceedings in court. My conclusion, however, is that happily such legislation is already in place”.

²⁶ *Malik v. Fassenfelt*, [2013] EWCA Civ. 798.



invocando la tutela dell'art. 8 CEDU solo in casi eccezionali. Questa possibilità, tuttavia, non è esclusa²⁷.

La questione si è posta in modo simile nelle controversie tra i creditori ipotecari e i debitori, nei procedimenti di esecuzione forzata su immobili. Così, ad esempio, nel caso *Bank of Scotland v. Cloke* del 2013 la Corte di Contea ha sospeso il procedimento di esecuzione forzata intrapreso dall'istituto di credito su un bene immobile del debitore, gravato da ipoteca, nonostante vi fossero le condizioni di legge per assegnare l'immobile al creditore²⁸. Nel caso di specie, il debitore aveva già precedentemente ottenuto dalla Corte la sospensione del procedimento dietro condizione del pagamento da parte del debitore dei canoni di locazione arretrati, ma non aveva poi soddisfatto il debito. Il creditore riassumeva il procedimento, ma il debitore si opponeva nuovamente all'esecuzione, in considerazione degli effetti negativi che essa avrebbe avuto sulla cura del figlio disabile con lui convivente.

La Corte ha accolto la domanda del debitore, concedendogli otto settimane di permanenza nell'immobile. Il Giudice ha stabilito che, benché la legge non consenta alla Corte di sospendere l'esecuzione forzata nel caso concreto, il compito della Corte, come autorità pubblica, è quello di tutelare il diritto al rispetto della vita privata del debitore e del figlio disabile. Ciò consente un certo margine di discrezionalità alla Corte nel decidere il caso concreto, attribuendo un potere di sospensione dell'esecuzione non previsto dal diritto nazionale.

I casi sopra riferiti mostrano, in conclusione, come la tutela del diritto alla vita privata possa incidere sul concetto di esclusività del possesso del proprietario, che è suscettibile di assumere contenuti diversi a seconda dello *status* del proprietario e dei terzi.

Volgendo lo sguardo ai sistemi di *civil law*, ci si avvede che il rapporto tra esclusività del dominio e tutela dei diritti fondamentali si riflette sull'idea e sul contenuto di esclusività della proprietà anche in altri ordinamenti, benché con modalità diverse.

Nel sistema francese, ad esempio, ciò è avvenuto attraverso una lettura costituzionalmente orientata del diritto ad un alloggio dignitoso.

²⁷ Sembra tuttavia registrabile una tendenza delle Corti a limitare la portata dell'art. 8 CEDU, non consentendo al terzo di vantare titoli (non riconosciuti dal diritto nazionale) contro il proprietario che ha un titolo secondo il diritto nazionale, sul punto v. da ultimo *Manchester Ship Canal Developments Ltd & Anor v. Persons Unknown & Ors*, [2014] EWHC 645.

²⁸ Il caso è *unreported*, una sintesi può essere reperita in *Legal Action*, 2014, April, pp. 28-29; su questo tema, cfr. S. NIELD and N. HOPKINS, *Human Rights and Mortgage Repossession: Beyond Property Law Using Article 8*, in *Legal Studies*, 2013, vol. 33, p. 431 ss.



In una nota decisione del 1995²⁹, il Consiglio costituzionale ha stabilito che la possibilità di tutte le persone di disporre di un alloggio decente costituisce un obiettivo costituzionale, ciò attraverso un'interpretazione del preambolo della Costituzione del 1946, artt. 10 e 11.

L'art. 10 del preambolo della Costituzione stabilisce che: “La Nazione assicura all'individuo e alla famiglia le condizioni necessarie per il loro sviluppo”³⁰; l'art. 11 prevede che: “[...] Tutte le persone che, per età o per condizione fisica o mentale, o per condizione economica, non sono in grado di lavorare hanno diritto di ottenere dalla comunità dei mezzi di sostentamento”³¹.

Sulla base di un'interpretazione delle norme citate in funzione sociale, il Consiglio ha stabilito che la salvaguardia della dignità umana della persona contro tutte le forme di degradazione è un principio di valore costituzionale³². Da questo principio discende che il diritto di tutte le persone di disporre di un alloggio dignitoso è un obiettivo di valore costituzionale e, il legislatore ha l'obbligo di stabilire le modalità per la realizzazione di questo obiettivo.

La decisione del Consiglio costituzionale ha dato luogo in Francia ad una tensione tra diritto di proprietà e tutela della dignità della persona. Ciò si è verificato, ad esempio, in una serie di controversie nate dall'opposizione da parte dei locatari allo sfratto eseguito dal proprietario con l'uso della forza pubblica. In questi casi, i locatari hanno lamentato che l'uso della forza pubblica, accordato dal prefetto in base alle legge, per eseguire una sentenza di sfratto, costituisce una violazione della loro dignità, violando il loro diritto ad un alloggio dignitoso. Il Consiglio di Stato, in una decisione del 2013³³, ha stabilito che tutte le decisioni giudiziarie possono essere oggetto di esecuzione forzata e a tal fine è possibile accordare l'uso della forza pubblica; tuttavia “[...] ragioni di ordine pubblico o circostanze posteriori alla decisione di espulsione che

²⁹ Cons. Const., n. 94-359-DC, in *Journal officiel*, 1995, p. 1166.

³⁰ *Constitution, préambule de 1946*, art. 10: “La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement”.

³¹ *Constitution, préambule de 1946*, art. 11: “Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence”.

³² Cons. Const., n. 94-359-DC, cit.: “Emerge dal Preambolo della Costituzione del 1946 che la salvaguardia della dignità della persona umana contro tutte le forme di degradazione è un principio di valore costituzionale”.

³³ Cons. D'État, 15 maggio 2013, *Mme. C*, n. 343051.



sono suscettibili di compromettere la dignità della persona, possono giustificare, senza che ciò costituisca una violazione del principio della separazione dei poteri, un rifiuto del prefetto di accordare la forza pubblica³⁴.

Il rapporto tra la tutela del diritto ad un alloggio dignitoso e il potere del proprietario di escludere terzi dal suo dominio ha dato luogo in Francia ad una giurisprudenza ondivaga, che ha attirato diverse critiche da parte della dottrina³⁵ e, ha aperto un dibattito sul significato di dignità della persona e sulla possibilità che l'opposizione all'esecuzione forzata dell'ordine di sfratto si fondi su ragioni sociali e umanitarie.

Questa giurisprudenza è stata letta dalla dottrina come l'espressione di una contraddizione tra due modi diversi di intendere la proprietà: nel senso tradizionale del termine, come diritto individuale ed esclusivo del soggetto, oppure come accesso alla ricchezza, ponendo l'accento sull'uso e sull'utilità del bene³⁶. In quest'ultimo senso, la tutela della dignità può giustificare, in alcune circostanze, un accesso alla ricchezza da parte di un soggetto, che non ha un titolo giuridico secondo il diritto privato. In questi casi appare inevitabile una frizione tra il contenuto della proprietà, secondo la visione tradizionale, e la necessità di rileggere quel contenuto in funzione della protezione dei diritti fondamentali. Non sembra casuale, in questa prospettiva che la *Cour de Cassation* abbia già sollevato in due occasioni questione di costituzionalità del diritto di proprietà, come riconosciuto dall'art. 544 *code civil*, per un possibile contrasto con il diritto ad un alloggio decente³⁷.

Alcuni autori³⁸ hanno evidenziato come nel rapporto con i diritti fondamentali la proprietà privata acquisisca una dimensione pubblica e,

³⁴ Ibidem: “[...] toutefois, des considérations impérieuses tenant à la sauvegarde de l'ordre public ou à la survenance de circonstances postérieures à la décision judiciaire d'expulsion telles que celle-ci serait susceptible d'attenter à la dignité de la personne humaine, peuvent légalement justifier, sans qu'il soit porté atteinte au principe de séparation des pouvoirs, le refus de prêter le concours de la force publique”.

³⁵ Cfr. V. DONIER, *Expulsion locative, droit au logement et référé-liberté: réflexions sur quelques incohérences*, Note sous CE, ordonnance, 5 novembre 2014, Mme C, n. 385431, in *RDSS*, 2015, p. 170.

³⁶ H. PAULIANT, *L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent: vers le constat de décès du droit de propriété?*, in *Recueil Dalloz*, 1995, p. 283 ss.

³⁷ Cass. Civ., 3a ch., 30 giugno 20, n. 11-40.017, in *AJDI*, 2011, p. 885; Cass. Civ., 3a ch., 30 giugno 20, n. 11-40.018, ibidem; V. sentenza del Consiglio costituzionale che dichiara la conformità alla costituzione dell'art. 544 *code civil*, Cons. Const., 30 settembre 2011, n. 2011-169-QPC, ibidem, sul punto v. la nota di N. LE RUDULIER, *La définition du droit de propriété est constitutionnelle*, in *AJDI*, 2011, p. 885.

³⁸ Cfr. F. ZENATI, *Protection constitutionnelle du droit de propriété*, in *RTD Civ.*, 1999, p. 132 ss.



hanno parlato di una contaminazione della dimensione privata da parte della dimensione pubblica. L'esclusività del dominio non dipende dal rapporto individuale che il soggetto istaura con il bene, ma si determina in funzione del ruolo che il proprietario assume nella comunità. In questo senso, si può parlare di un'evanescenza della nozione di esclusività del dominio di fronte ad altre istanze sociali.

4. L'indagine del rapporto tra tutela dei diritti fondamentali e proprietà consente di osservare anche un altro fenomeno, che appare speculare a quello che si è cercato di illustrare in precedenza. A fronte di una graduale erosione dell'idea di esclusività del dominio, secondo la concezione tradizionale di proprietà, si assiste, infatti, anche ad un'applicazione della categoria della esclusività a tutela di diritti che non hanno natura reale.

Un esempio di questo fenomeno può essere rinvenuto nel riconoscimento in Francia di un diritto di proprietà del credito. Ciò è avvenuto con una decisione del Consiglio costituzionale del 2010³⁹, nella quale il Consiglio è stato chiamato a giudicare la costituzionalità dell'articolo L526-12 del codice di commercio⁴⁰, che poneva una deroga al principio alla responsabilità patrimoniale del debitore stabilito dall'art. 2284 c.c., prevedendo che l'imprenditore potesse costituire un patrimonio separato sottratto all'aggressione dei creditori. Il Consiglio ha stabilito che la possibilità di costituire un patrimonio separato, sottratto alla responsabilità patrimoniale dei creditori, anche nel caso di crediti sorti anteriormente alla costituzione del patrimonio, è in contrasto con la Costituzione, a meno che la legge non preveda che i creditori siano personalmente informati della costituzione del patrimonio e possano farvi opposizione. Il diritto dei creditori di essere informati è stato fondato dal Consiglio costituzionale sull'esistenza di un diritto di proprietà dei creditori, garantito dagli artt. 2 e 4 della Dichiarazione del 1789.

La decisione del Consiglio, ispirata alla giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 1, protocollo 1 della CEDU, è stata diversamente accolta e criticata dalla dottrina.

³⁹ Cons. Const., n. 2010-607-DC, 10 giugno 2010, *J.O.*, 16 giugno 2010, p. 10988, sul punto v. i commenti di T. REVET, *La consécration de la propriété des créances par le Conseil constitutionnel*, in *RTD Civ.*, 2010, p. 584 ss.

⁴⁰ V. articolo L526-12, introdotto dalla legge n. 2010-658 del 15 giugno 2010, art. 1.



Alcuni autori⁴¹ hanno affermato che la proprietà, a cui fa riferimento il Consiglio costituzionale, non è la proprietà disciplinata dal *code civil* all'art. 544. Non si possono applicare le categorie del diritto privato alla nozione di proprietà come diritto costituzionale, che ha caratteri propri.

Altra parte della dottrina⁴² ha osservato, invece, che il riconoscimento di una proprietà del credito può essere inteso in un duplice senso: da un lato, la proprietà del credito discende dal riconoscimento del credito come bene, appartenente al patrimonio del creditore; dall'altro lato, essa comporta il riconoscimento di un potere del creditore sui beni del debitore, che va oltre la natura personale del diritto. Si realizza, così, una sovrapposizione delle categorie dei diritti personali e reali, con il conseguente problema della compatibilità della proprietà del credito con la nozione di proprietà richiamata dall'art. 544 *code civil*, che presuppone invece una netta distinzione tra diritti reali e personali⁴³.

Il riconoscimento della proprietà del credito, pertanto, può comportare uno dei seguenti effetti: si ammette l'esistenza di una proprietà 'edulcorata', accanto alla proprietà come diritto reale stabilito dal *code civil*, oppure si supera la partizione tra diritti reali e personali e si disancora l'art. 544 *code civil* dalla natura reale del diritto.

La *Cour de Cassation* sembra negare la possibilità di un'influenza della proprietà del credito, come riconosciuta dal Consiglio costituzionale, sulla nozione di proprietà *ex art. 544 code civil*. Così, la Corte ha affermato che il diritto di proprietà dei creditori è una costruzione costituzionale, che non vincola la Corte come Giudice della proprietà in materia diritto civile⁴⁴.

⁴¹ Occorre sottolineare che la dottrina ha inoltre rilevato che il Consiglio costituzionale è molto cauto nel riconoscere una proprietà del credito e la giurisprudenza del Consiglio si riferisce solo a particolari ipotesi, così V. MAZEAUD, *Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *RTD Civ.*, 2014, p. 29 ss., in particolare p. 31. Il riconoscimento della proprietà del credito, secondo l'a., non significa riconoscimento di un diritto del creditore sul bene del debitore. Il proprietà del credito, pertanto, non si atteggea come la proprietà *ex art. 544 code civil*. La proprietà del credito, in effetti, mira a proteggere la soddisfazione del diritto del creditore e non ha natura reale.

⁴² S. MOUTON, *La modernisation du droit constitutionnel de propriété: à propos de la constitutionnalisation du droit de propriété des créanciers*, in *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2553.

⁴³ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, élaboration de un système rationnel de droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, p. 111; da ultimo v. W. DROSS, *Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété?*, in *RTD Civ.*, 2015, p. 27 ss.

⁴⁴ Cass. Civ., Com. ch., 22 maggio 2013, n. 13-40008, inedita; v. i commenti in tema di S. MILLEVILLE, *Propriété des créances: le point sur l'argument supralégal*, in *RDFL*, 2013, n. 22.



Una parte della dottrina ha tuttavia osservato che la nozione costituzionale di proprietà e quella di diritto privato sono destinate a sovrapporsi nel momento in cui la Corte sarà chiamata a giudicare conflitti tra privati, che pretendano una tutela sulla base delle due diverse nozioni di proprietà⁴⁵. Anche di recente, infatti, la *Cour de Cassation*, in una controversia relativa all'esecuzione forzata da parte di un creditore su un bene del debitore in comunione indivisa, ha rifiutato di sollevare questione di costituzionalità motivando, tra le altre questioni, che la sospensione del giudizio sarebbe stata pregiudizievole del “diritto di proprietà del creditore”⁴⁶.

5. Dalla giurisprudenza analizzata nei paragrafi precedenti emerge la duplice influenza, che la tutela dei diritti fondamentali riconosciuta in ambito internazionale e nazionale esercita sull'idea di privatezza della proprietà. Il riconoscimento di alcuni diritti fondamentali della persona comporta una reinterpretazione della categoria della privatezza in ambito nazionale, così da orientare la proprietà alla tutela della persona. L'esclusività del dominio, espressione del potere individuale del soggetto sul bene, è riletta in chiave solidaristica e appare una categoria recessiva rispetto alla tutela dei diritti della persona.

Il riconoscimento della proprietà come diritto fondamentale del soggetto, inoltre, comporta la graduale contaminazione della nozione di proprietà tradizionalmente intesa da parte della nozione di proprietà come diritto fondamentale, con la possibilità di estendere alcune garanzie proprie del proprietario a diritti di altra natura⁴⁷.

Dallo studio della proprietà nella prospettiva dei diritti fondamentali, d'altro canto, emerge con evidenza come la proprietà costituisca un banco di prova dell'effettività dei diritti fondamentali.

⁴⁵ N. Pierre, *Un nouveau chapitre instructif du livre relatif au droit des biens et à la question prioritaire de constitutionnalité: le partage provoqué par le créancier face aux droits fondamentaux des coindivisaires (1ère partie)* – Cass. 1ère civ., 28 mars 2012, n. 12-40.002, in *RDLF*, 2012, n. 15.

⁴⁶ Cass. Civ., 2a ch, 16 maggio 2012, 12-40020, in *Bulletin*, 2012, III, n. 75.

⁴⁷ Il fenomeno della contaminazione dell'idea di proprietà come diritto fondamentale e della nozione di proprietà riconosciuta dal diritto nazionale si riscontra anche nel nostro ordinamento, dove l'applicazione della CEDU, in diverse materie, ha consentito una tutela dei diritti del proprietario più ampia rispetto a quella assicurata in precedenza dal diritto nazionale. Questo fenomeno ha avuto un particolare rilievo, ad esempio, in materia di occupazione acquisitiva, con le note sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007. Esula dall'oggetto del presente lavoro l'analisi di questo tema, sul quale si rinvia, per i primi riferimenti, al lavoro di R. CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei*, Roma, 2012, *passim*.



Un'autorevole dottrina inglese, a tal proposito, ha affermato che: "Il diritto di proprietà ha da dire in materia di diritti umani molto di più di quello che comunemente si pensa"⁴⁸.

L'analisi sul significato della categoria dell'esclusività e sul rapporto tra proprietà come privatezza e tutela della persona si traduce, allora, in un'indagine sui contenuti ed sui limiti della tutela dei diritti fondamentali della persona nel caso concreto. In altri termini, l'indagine sul contenuto dell'esclusività della proprietà apre una domanda sul significato di proporzionalità, di vita privata, di dignità umana, di solidarietà tra persone e, su quali siano gli attori in ambito nazionale e internazionale coinvolti nella definizione di questi concetti e dei relativi contenuti. In questo senso, si può affermare che lo studio della proprietà costituisce un percorso di apprendimento dei diritti fondamentali in azione.

Sulla base di queste considerazioni, si può riflettere sul ruolo della comparazione nella formazione del giurista e sul contributo che può essere offerto dallo studio della proprietà attraverso la lente dei diritti fondamentali. Questo studio è finalizzato ad aiutare il giurista a cogliere le dinamiche, al di là del dato normativo, che influenzano l'idea di proprietà. L'osservazione dei contesti e della relatività del diritto, tuttavia, non conduce solo ad una presa d'atto della ibridazione delle categorie giuridiche, ma vuole indurre una riflessione sul senso del diritto e su 'chi' fa il diritto. La comparazione giuridica, in questa prospettiva, costituisce una modalità formativa del giurista, che concentra l'attenzione più sull'impegno culturale che su quello tecnico, richiesto dallo studio del diritto. La principale vocazione della comparazione è quella di aiutare il giurista ad acquisire una percezione del diritto come esperienza, come un fenomeno vivo (umano) e reale e, quindi, mutevole, ciò anche con lo scopo di far riflettere sul compito del giurista. In questa prospettiva, la trasversalità dell'oggetto d'indagine e l'attenzione ai diversi contesti del diritto diventano elementi essenziali del percorso di conoscenza del giurista, volto a cogliere la complessità del diritto, attraverso il raffronto tra esperienze giuridiche. Si tratta di un percorso epistemologico che induce a riflettere sulle scelte che i giuristi compiono (nella veste di legislatore, giudice, interprete) e sui costi di queste scelte, al fine richiamare i giuristi alla loro responsabilità e al loro ruolo sociale⁴⁹.

⁴⁸ K. GRAY, *Equitable Property*, in *Current Legal Problems*, 1994, vol. 47, II, p. 211: "The law of property has always said much more that it is commonly supposed about the subject of human rights".

⁴⁹ Sulla percezione del diritto come responsabilità e sul ruolo della comparazione v. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto Europeo*, cit., p. 81 ss. Sul tema del 'costo dei diritti' v. M. CARTABIA - J. H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, p. 236.