

Nuovo regime dei suoli e Costituzione

di Aldo M. Sandulli

SOMMARIO: I. *Il nuovo regime dei suoli urbani*: 1. Lo *jus aedificandi* e la licenza edilizia nella legge urbanistica del 1942. - 2. La legge 765 del 1967 e l'entrata in crisi delle precedenti convinzioni. - 3. La sentenza costituzionale 55 del 1968. - 4. La legge 10 del 1977. - 5. Il nuovo assetto giuridico della proprietà fondiaria. Fine dell'inerenza ad essa dello *jus aedificandi*: lo *jus aedificandi* come un dippiù attribuito dall'autorità. - 6. L'edilizia in regime di divieto ed onere e quella in regime di liceità. - 7. La concessione *ad aedificandum*. - 8. *Jus aedificandi* e legittimazione esclusiva del proprietario. - 9. Caratteri e funzione della concessione *ad aedificandum*. - 10. Oneri patrimoniali inerenti alla concessione: natura e funzione. - 11. Indennità espropriativa differenziata per i suoli urbani: rilevanza ai fini dei caratteri della proprietà di questi. - II. *Problemi costituzionali relativi al nuovo regime*: 12. Opportunità di un raffronto della legge 10/1977 con la sent. cost. 55/1968. - 13. Suoli privati urbani edificabili o da espropriare: due posizioni proprietarie illegittimamente privilegiate rispetto alle rimanenti proprietà. - 14-15. Riserva di legge di cui all'art. 12 2° comma, Cost. e imposizione di vincoli senza prescrizione del giusto procedimento: aspetti problematici. - 16. (*segue*) integrazione dell'art. 42, 2° comma, con l'art. 97, 1° comma: un'ipotesi di incostituzionalità. - 17. Violazione del solo art. 97?

1. — La legge urbanistica del 1942 richiedeva la licenza edilizia (introdotta per la prima volta, con i caratteri attuali, nella legislazione statale, nel 1935¹) nei centri abitati. Solo nei Comuni dotati di piano regolatore generale la licenza era neces-

¹ In precedenza la licenza era prevista nei regolamenti di alcuni Comuni. Ma si disputava della legittimità di tale previsione (v. G. Fragola, *Teoria delle limitazioni del diritto di proprietà con speciale riferimento a regolamenti comunali*, Roma-Milano-Napoli, 1910, pagg. 248 ss.). V. anche Gambaro, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975, pagg. 302 ss.

saria anche per le opere da effettuare fuori dell'abitato; ma unicamente per quelle da realizzare nelle zone che il piano destinava all'espansione urbana.

All'epoca però i piani regolatori erano assai pochi (e avevano dovuto essere approvati quasi tutti con leggi speciali). La legge urbanistica del 1942 (art. 8) attribuì al governo la potestà di obbligare singoli Comuni a provvedersi di un piano; ma il primo elenco di Comuni tenuti a farlo (che avrebbe dovuto essere emanato entro un anno) fu emanato solo nel 1954, quando la speculazione edilizia del dopoguerra² aveva avuto già larga possibilità di abusare, nei Comuni interessati, di quell'inaudito regime di carenza di normativa. Seguirono, fino al 1966, altri nove decreti. I dieci elenchi comprendevano un migliaio di Comuni; ma meno della metà di essi si sono dotati di piani.

Né maggior fortuna ebbe quella disposizione della legge (art. 34) che fin dal 1942 obbligava tutti i Comuni sforniti di piano regolatore a munirsi di un programma di fabbricazione (e cioè di una zonizzazione autoritativa dell'abitato e delle aree di espansione delle rispettive tipologie edilizie³). Ancora oggi sono moltissimi i Comuni sprovvisti di qualsiasi strumento urbanistico.

La filosofia che sottostava alla ricordata normativa — e risultava espressa negli artt. 832 e 834 cod. civ. (sul contenuto del diritto di proprietà e sull'espropriazione), rispetto ai quali gli artt. 869 e 871 (sui piani regolatori e i regolamenti edilizi) si collocavano in posizione derogatoria e dunque con portata non estensibile — (quella filosofia dicevo) implicava (come si esprimeva anche la giurisprudenza) l'inerenza dello *jus aedificandi* al diritto di proprietà. Né è indice il fatto che, fuori degli abitati e delle zone considerate « di espansione » in uno stru-

² La vicenda di essa è riassunta da Gambaro, *op. cit.*, pagg. 330 ss.

³ Solo dopo la legge 765/1967 si è cominciato a sostenere che anche nei programmi di fabbricazione potessero essere inclusi vincoli di inedificabilità. La cosa è stata esclusa dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. St., ad. plen., 9 aprile 1974, n. 3 e 30 giugno 1977, n. 15), ma ammessa dalla Corte costituzionale (sent. 20 marzo 1978, n. 23).

mento urbanistico, era consentito costruire senza apposito permesso dell'autorità (bastava il nulla osta prescritto a tutela dell'igiene delle abitazioni dalla legge sanitaria: art. 220 T. U. 1265/1934).

Anche se limitato dagli strumenti urbanistici e condizionato dalla necessità di ottenere la licenza edilizia (ove richiesta), quello a costruire sul proprio suolo era considerato dalla giurisprudenza amministrativa come un vero e proprio diritto⁴. Né le affermazioni della giurisprudenza ordinaria (peraltro non sempre coerente) erano sostanzialmente diverse⁵. Che di fronte al potere amministrativo di rilascio della licenza gli interessati non vantassero un diritto, ma solo un interesse legittimo, non sminuiva l'inerenza dello *jus aedificandi* al diritto di proprietà come una delle facce di quest'ultimo. Si trattava di un interesse correlato alla naturale espansione del diritto di proprietà. Il concetto dell'inerenza alla proprietà, della possibilità di edificare, era anzi tanto radicato nel comune convincimento e nella giurisprudenza, che, secondo questa, chi fosse espropriato di un'area avente carattere « edificatorio » aveva diritto (in mancanza di diverse disposizioni) a essere indennizzato (ex. art. 39 legge 2359/1865, cui l'art. 37 legge urbanistica faceva rinvio) in base al valore « edificatorio » del suolo, persino quando questo non fosse classificabile come edificabile in sede di strumento urbanistico⁶. Qui non intendo prestare adesione a tale posizione, la quale rappresenta solo una delle grosse contraddizioni in cui la giurisprudenza della materia si dibatte, e fa il paio (sul versante opposto) con quell'orientamento (pur esso costante) che nega il diritto al risarcimento all'intestatario di una licenza edilizia, l'annullamento della quale sia stato dichiarato illegittimo, ma che da tale annullamento sia stato impedito

⁴ V. indicazioni di giurisprudenza e dottrina nella *Rassegna di giurisprudenza in materia di licenze edilizie*, in « Riv. giur. edil. », 1958, II, pag. 3.

⁵ Particolarmente significative, Cass. 28 giugno 1948, n. 1014, in « Foro it. », 1949, I, pag. 107; 20 febbraio 1965, n. 285, in « Giust. civ. », 1965, I, pag. 655.

⁶ V., p. es., fra le tante, Cass. 26 aprile 1974, n. 1195; 20 marzo 1973, n. 765; 25 ottobre 1972, n. 3242.

nell'attività costruttiva⁷. Intendo soltanto evidenziare il fermo convincimento giurisprudenziale dell'inerenza dello *jus aedificandi* al diritto di proprietà sotto il vigore della legislazione di quel periodo.

Si spiega dunque la configurazione, in giurisprudenza come in dottrina, della licenza edilizia — la quale (laddove prescritta) non poteva essere rifiutata se non nei casi di inosservanza degli strumenti urbanistici o per ragioni di « ornato pubblico » (da specificare in motivazione) — come mera autorizzazione. Un'autorizzazione, anzi, la discrezionalità del cui rilascio era estremamente ridotta⁸, sì da far apparire il provvedimento del sindaco come poco più che una mera abilitazione⁹, e cioè un atto destinato a rimuovere, sulla base di un mero riscontro tecnico, il limite posto all'espansione del diritto dominicale dalla normativa urbanistica e dagli strumenti posti in essere in attuazione di questa.

2. — Occorre tuttavia aggiungere subito che, dapprima il diffondersi dei piani regolatori e dei programmi di fabbricazione, e dunque della « conformazione » su larga scala della proprietà fondiaria ad opera di tali strumenti, poi l'assoggettamento a licenza edilizia (ad opera della c.d. legge-ponte: art. 10 legge 765/1967) di tutta l'attività costruttiva ed urbanizzatoria — in qualunque parte del territorio di qualsiasi comune (dotato o no di strumento urbanistico) fosse svolta —, cominciarono a fare emergere dubbi circa il fondamento della concezione dello *jus aedificandi* come aspetto intrinseco del diritto di proprietà.

Certo anticipava i tempi — e si collocava perciò fuori della realtà giuridica dell'epoca — chi fin dal 1956 parlava della li-

⁷ V., p. es., fra le molte, Cass. 31 luglio 1969, n. 2906, in « Riv. giur. edil. », 1970, I, pag. 510, con nota Canzio.

⁸ Cfr. Gambaro, *op. cit.*, pagg. 419 ss., con indicazioni di dottrina. V., inoltre, Alibrandi, *Il nuovo regime introdotto dalla legge n. 10 del 1977, in La nuova legge sui suoli: studi sulla disciplina dell'attività costruttiva* (Quaderno n. 11 della riv. « Impresa, ambiente e pubbl. amm. », 1978, pagg. 14 s., con indicazioni di giurisprudenza.

⁹ Gambaro, *op. cit.*, pagg. 420 s.

cenza edilizia come un atto di concessione, o qualcosa di simile¹⁰. La licenza edilizia ha continuato a essere sicuramente, fino alla legge 10/1977, un atto meramente permissivo e non concessorio, nulla in più attribuendo essa, di quanto al proprietario già riconoscesse « dovuto » lo strumento urbanistico, o, in mancanza, la legge, e riducendosi essa a una funzione di mera verifica « di conformità », con l'aggiunta, se mai (ma si tratta di un potere del quale generalmente le amministrazioni hanno fatto scarso uso, mentre sarebbe stato bene che vi si adoprassero maggiormente), di un confronto delle cosiddette « modalità esecutive » del progetto (art. 32 legge urbanistica) con accettabili criteri tecnici ed estetico-ambientali. Fu piuttosto il diffondersi ad opera degli strumenti urbanistici — la connotazione delle singole unità fondiariae, da parte di questi, con certi specifici e puntuali attributi di utilizzabilità o non utilizzabilità edilizia, e, nel primo caso, di destinazione, densità, volumetria, caratteristiche costruttive, ecc. — a far maturare il concetto che ormai lo *jus aedificandi* stava diventando, da qualcosa di inerente alla proprietà fondiaria, qualcosa che al diritto di proprietà veniva ad aggiungersi *ab extra*.

Prima della legge 765/1967, come abbiamo visto, gli strumenti urbanistici non erano molti. Quelli di attuazione (piani particolareggiati e piani di lottizzazione convenzionata) erano poi rarissimi. Fuori dell'ambito degli abitati e nelle zone definite « di espansione » negli strumenti urbanistici, la lottizzazione e l'edificazione potevano considerarsi libere (artt. 28 e 31 legge urbanistica del 1942). La molta (troppa) libertà degli operatori economici privati del settore edilizio era ulteriormente facilitata dal fatto che le opere di urbanizzazione generalmente seguivano, a spese della comunità, l'attività edilizia di interesse privato: sicché la speculazione si sottraeva persino a tale onere. In un sistema di questo tipo si spiega che lo *jus aedificandi* fosse considerato un attributo « connaturale » (cioè

¹⁰ Benvenuti, *I limiti dello jus aedificandi e la natura giuridica della licenza edilizia*, in *Atti del secondo convegno di diritto amministrativo in materia di licenze edilizie* (S. Remo, dicembre 1956), Roma 1957, pagg. 25 ss.

riconosciuto dalla legge come « proprio ») della proprietà fondiaria.

La ricordata legge del 1967, oltre a imporre a tutti i comuni di uniformare i propri strumenti urbanistici a certi limiti inderogabili per quanto riguarda l'intensità dell'edificazione e a certi rapporti massimi tra spazi a destinazione residenziale e produttiva e spazi urbani di interesse collettivo (art. 17, ult. comma), e a rendere più concreto e operante (in vista della copertura dell'intero territorio nazionale con strumenti urbanistici primari) l'obbligo dei Comuni di munirsi di uno strumento urbanistico generale (art. 77), e, certi Comuni, di un piano regolatore (art. 11), introdusse (a valere da un anno dopo) grosse limitazioni per l'attività costruttiva nelle zone che, pur comprese in uno strumento urbanistico generale, non fossero dotate di uno strumento di attuazione (art. 17, 6° comma), e limitazioni ancor più grosse nelle zone non dotate neppure dello strumento generale (art. cit., comma 1-5), zone nelle quali escluse anzi con effetto immediato ogni possibilità di lottizzazione e quindi di insediamento di nuovi nuclei edilizi (art. 8). Impose inoltre che, laddove ammesse, le lottizzazioni non potessero essere effettuate se non sulla base di una convenzione con la quale i privati interessati si assumessero gli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria (art. 8). Salvo che per le zone già completamente urbanizzate, dispose infine che anche per le costruzioni singole (laddove ammesse) gli oneri dell'urbanizzazione primaria fossero sopportati dai costruttori (art. 10).

A questo punto si può dire che l'intero territorio nazionale abbia ricevuto — in parte a titolo definitivo, in parte a titolo temporaneo —, a partire dal 1° settembre 1968, una sua « conformazione », tendenzialmente riduttiva, e a volte preclusiva, nei confronti dell'edificabilità. Una conformazione la quale però non ha fatto venir meno del tutto, e in via di principio, lo *jus aedificandi* del proprietario (legittimato, oltreché, su larga scala, dai singoli strumenti urbanistici, per singole costruzioni, laddove non esistessero, a legittimarlo, strumenti urbanistici di alcun genere). Si aggiunga che fino alla legge 865/1971 (integrata, in punto di indennizzo, dalla legge 247/1974) la giuri-

sprudenza, in mancanza di norme speciali, ha continuato a considerare indennizzabili alla stregua del loro valore « edificatorio » i suoli espropriati in vista di destinazioni diverse dall'edilizia residenziale o produttiva¹¹.

Non altrimenti dalla legge urbanistica del 1942, la legge-ponte del 1967 continuò invece a considerare non meritevoli di alcun indennizzo i vincoli di inedificabilità imposti, in sede di strumento urbanistico, in via definitiva sui suoli considerati dal mercato come « edificatori » e destinati a rimanere di proprietà privata, come pure quelli imposti, a tempo indeterminato, su suoli del medesimo genere, in vista e in attesa di espropriazioni da effettuare in base ad ipotizzati ma non attuali strumenti attuativi. L'esclusione di ogni indennizzo per vincoli di tal genere (contrastante, tra l'altro, con remoti principi consacrati negli artt. 1 e 46 della legge 2359/1865) determinava una grossa sperequazione tra quei proprietari che dovevano subirne le conseguenze e quegli altri che potevano utilizzare o far utilizzare (generalmente con forti profitti), a fini edilizi, i suoli disponibili, spesso incrementati di valore proprio in virtù dei vincoli imposti ai suoli dichiarati inedificabili, come pure quegli altri proprietari che, prontamente espropriati, venivano indennizzati secondo il valore di mercato dei suoli.

3. — Fu proprio questa grossa sperequazione a sollecitare la Corte costituzionale (davanti alla quale la questione fu dibattuta nel febbraio del 1968) a dichiarare, con la sentenza 55/1968 (pubblicata il 29 maggio) illegittime — per contrasto col regime giuridico della proprietà fondiaria accolto dalla legislazione del tempo (e poc'anzi qui riferito) — quelle disposizioni della legge del 1952 che non prevedevano alcun indennizzo per vincoli di cui si è detto, in tal modo esaltando il risultato dei quasi fatali arbitri in cui incorre, nelle sue scelte, l'autorità pianificatrice, a chi conferendo preziosi possibilità, a chi negando qualsiasi possibilità edilizia.

¹¹ V. la giurisprudenza cit., *sub* nota 6.

4. — Dopo avere — in modifica della legge urbanistica — assegnato un termine (più volte prorogato) ai vincoli, prima operanti a tempo indeterminato, considerati illegittimi dalla Corte, imposti con i piani regolatori generali, e, a partire dal dicembre 1973, anche con i programmi di fabbricazione (legge 1187/1968; legge 756/1973; legge 696/1975; legge 6/1977), il Parlamento ha, con la legge 10 del 1977, imboccato una delle strade possibili per porre termine al regime sperequato che la Corte aveva inteso condannare. Esso considera di spettanza dell'autorità la decisione circa l'utilizzabilità edilizia delle aree anche e prima di tutto da parte dello stesso proprietario. Non fa venir meno però la pozziorità del proprietario in ordine alla possibilità di costruire.

È stato osservato da taluno¹² che il Parlamento si sarebbe distratto nel momento stesso che imboccava la nuova strada, poiché — pur dichiaratamente animato dal proposito di ripristinare la illimitatezza della durata dei vincoli che la Corte aveva affermato illegittimi — non avrebbe né tradotto tale proposito in una statuizione, né abrogato quella disposizione legislativa del 1968 (avente portata abrogativa dell'art. 11 legge urbanistica, e non semplicemente sospensiva) che aveva assegnato un termine (poi prorogato fino al 31 gennaio 1977) ai vincoli stessi.

Risulta tuttavia abbastanza chiaro non solo dagli atti parlamentari, ma dallo stesso art. 13 della legge (anche se in modo tutt'altro che nitido) la volontà di non far decadere i vincoli più volte prorogati, e anzi di mantenerli in vita. È vero che nulla la legge ha stabilito circa la durata degli strumenti urbanistici generali e dei vincoli da essi imposti. La materia è stata così lasciata al governo delle Regioni. Stabilendo che l'attuazione degli strumenti anzidetti « avviene sulla base dei programmi pluriennali di attuazione », e prevedendo l'emanazione a breve scadenza da parte delle Regioni della normativa relativa

¹² Schlesinger, *Commentario alla legge 28 gennaio 1977, n. 10*, in « Le nuove leggi civili commentate », 1978, ad art. 1, pag. 19.

a questi ultimi, l'art. 13 mostra però di presupporre operanti, nell'integrità del loro contenuto, gli strumenti urbanistici generali vigenti; e, non fissando per la loro operatività alcun termine finale, mostra di considerarli, per ora, operanti a tempo indeterminato.

5. — Il nuovo assetto giuridico ha inflitto alla posizione proprietaria un colpo decisivo, modificandone radicalmente l'essenza, laddove ha subordinato ai « programmi pluriennali di attuazione » degli strumenti urbanistici la realizzazione delle previsioni di questi. Oggi l'autorità urbanistica non dispone soltanto del potere di stabilire *se, dove e come* la città può subire modificazioni e sviluppo, ma, in aggiunta, *quando* ciò deve avvenire. Sicché (con una sintesi, naturalmente, approssimativa come tutte le sintesi, e che non vuole negare l'incidenza sulla proprietà sia nella prima che nella seconda fase storica) ben può dirsi che, mentre la precedente normativa urbanistica si indirizzava essenzialmente al costruttore, quella nuova si indirizza prioritariamente al proprietario « rifondandone » in termini del tutto diversi la posizione giuridica.

Prima la regola generale era che quella edificatoria fosse un'attività *permessa*, per esercitare la quale bastava la previa verifica da parte dell'autorità circa la rispondenza della costruzione alla disciplina del settore: i piani particolareggiati sono stati rarissimi; chi era legittimato costruiva se e quando voleva, purché si attenesse alla disciplina del settore. Oggi la regola è che l'attività edificatoria — anche quella conforme alla previsione degli strumenti urbanistici — è, in via di principio, o *vietata* o *dovuta*. Secondo questa regola non si può costruire se non *quando*, nelle rispettive località, l'autorità abbia stabilito che ciò avvenga; e, ove l'autorità lo abbia stabilito, gli edifici previsti debbono essere effettivamente realizzati sotto la responsabilità del proprietario o degli altri titolari di diritti reali qualificati, i quali tutti debbono munirsi all'uopo dell'apposita concessione, sopportando gli oneri patrimoniali che al suo rilascio si accompagnano. Il costruire costituisce, per i soggetti titolari di diritti reali legittimati, un *onere*, l'inosservanza

del quale li espone all'espropriazione, a fini sostitutivi, da parte del Comune.

La legge non impone agli aventi titolo di costruire in proprio: sono perciò da ritenere ammessi tutti i negozi possibili perché in luogo di essi costruisca un terzo (v., infatti, p. es., legge Piemonte 56/1977, art. 48). Però le conseguenze della mancata costruzione, come pure quelle della costruzione *contra jus*, si ripercuotono inevitabilmente sul diritto reale: l'art. 13 legge 10/1977 prevede l'espropriazione in caso di mancata costruzione; l'art. 15 l'acquisizione al Comune delle opere non autorizzate e del relativo suolo.

Da un lato dunque lo *jus aedificandi* nasce ormai soltanto in virtù e in conseguenza di una determinazione ampiamente discrezionale dell'autorità (quella di comprendere in un « programma di attuazione » l'area cui sia stato conferito l'attributo dell'edificabilità in sede di strumento urbanistico) e rimane condizionato (sospensivamente) nel suo esercizio fino al rilascio della concessione edilizia (al quale si accompagna l'imposizione di notevoli pesi economici). Dall'altro la proprietà compresa in un « programma di attuazione » (non altrimenti dagli altri eventuali diritti reali) diventa una proprietà *onerata*, un diritto che « obbliga »: il proprietario è tenuto a costruire (o a far costruire) su di essa entro il termine di durata del « programma », e a provvedersi, in funzione di ciò, e nel quadro dell'onere di costruire, della concessione edilizia, entro il termine indicato nel « programma ».

6. — A questo quadro — il quale ha portata generale, in quanto riguarda l'attuazione degli strumenti urbanistici generali, dei quali tutti i Comuni debbono essere provvisti (artt. 34 e 8 legge urbanistica modif. quest'ultimo dall'art. 1 legge 765/1967; anzi la legislazione delle Regioni sembra orientarsi nel senso che tutti i Comuni debbano munirsi di un piano regolatore: v., p. es., legge Lombardia 51/1975, art. 14; legge Piemonte 56/1977, art. 19) — sono ammesse delle eccezioni, potendo le leggi regionali « esonerare » tali Comuni dall'attuazione degli strumenti generali mediante i « programmi », e

consentire in tal modo che nei Comuni stessi l'edilizia privata continui a realizzarsi non in regime di « divieto e onere », bensì in regime di « scelta libera » dell'avente titolo. Questa possibilità, la quale può realizzarsi solo in virtù di apposite disposizioni « in deroga » *ad hoc* (aventi funzione di dispensa), si presenta appunto perciò, come ho detto, con carattere di eccezionalità. Essa non è dunque tale da dare impronta al sistema.

L'autentico carattere viene impresso a questo dalla sua *Generalklausel*, che è la regola fondamentale e generale costituita dal condizionamento della facoltà di edificazione (e cioè di mettere a profitto la qualità edificabile dell'area) all'entrata in vigore dei « programmi di attuazione ». A parte che le leggi regionali per lo più dispongono che anche i Comuni esonerati possono deliberare di operare a mezzo di programmi di attuazione (p. es., legge Piemonte 56/1977, art. 36; legge Venezia 61/1977, art. 11; legge Toscana 60/1977, art. 3; legge Emilia-Romagna 2/1978, art. 1) — e ciò è naturale e legittimo, dato che l'esonero ammesso dalla legge significa esclusione dall'obbligo di operare mediante un « programma », non anche obbligo di non operare mediante un « programma » —, occorre tener presente che l'esonero potrebbe in qualsiasi momento esser revocato dalla legge regionale. Ma soprattutto occorre considerare che la vigenza in via di principio della regola della edilizia in regime « di divieto ed onere » comporta che anche laddove, in virtù di una deroga, tale regime non operi, e per il tempo per cui non operi, la fruibilità della proprietà a fini costruttivi è da considerare pur sempre ammessa in virtù di una scelta — *ad hoc* e contingente — del pubblico potere.

7. — Di un simile regime la qualificazione come concessione, e non più come licenza (art. 1 della legge), del permesso poi rilasciato dall'autorità per le singole costruzioni (qualificazione indifferenziata nell'un caso come nell'altro) rappresenta soltanto una espressione e una conferma, mentre — come presto vedremo — non appare decisiva, a tali fini, l'imposizione al concessionario del contributo di cui all'art. 3, « commisurato

all'incidenza delle spese di urbanizzazione nonché al costo di costruzione ». Così nei casi di diritto comune, come in quelli di diritto derogatorio, deve escludersi dunque che ormai lo *jus aedificandi* costituisca un *attributo* della proprietà fondiaria e faccia parte del « contenuto essenziale » proprio di questa, e dunque sia « connaturale » a questa (nel senso in cui tale aggettivo fu usato nella sentenza costituzionale 55/1968). Esso va piuttosto configurato come un dippiù che si aggiunge al diritto di proprietà — se, dove e quando ciò avvenga — in virtù e in conseguenza di un provvedimento *ad hoc* dell'autorità, costituito, di volta in volta, dall'inclusione, a opera del Comune, dell'area interessata in un « programma di attuazione » dello strumento urbanistico, oppure dalla (contingente) disposizione regionale, utilizzata dal Comune, di esonero del Comune dall'obbligo di dotarsi di un simile « programma » (fino all'esonero lo *jus aedificandi* non sussiste, quando manchi un « programma di attuazione », se non in limiti estremamente ridotti: art. 4, ult. comma, legge 10). Ed è esatto dire che i due atti autoritativi di cui si è parlato assumono — integrandosi con lo strumento urbanistico generale e con quelli esecutivi (i quali ultimi possono precedere o seguire il programma di attuazione: v., p. es., legge Piemonte 56/1977, art. 32) — valore « conformativo » dei diritti reali insistenti sui suoli che interessano.

8. — Dire che lo *jus aedificandi* non rappresenta più un attributo inerente naturalmente alla proprietà (e uso il termine proprietà per indicare sinteticamente anche tutti quegli altri diritti reali che legittimano alla possibilità di costruire), e dire che lo *jus* stesso si aggiunge alla posizione proprietaria solo in virtù e in conseguenza di un atto di autorità, non significa però che — come si sente ripetere — nel nostro attuale ordinamento lo *jus aedificandi* sia stato « staccato » dalla proprietà (sempre nel senso pluricomprendivo e sintetico di cui ho detto). Nel sistema vigente lo *jus aedificandi* continua ad inerire infatti a questa, se non come attributo connaturale, certo sotto un più limitato profilo: infatti solo il proprietario (sempre nel signifi-

cato anzidetto) è legittimato a costruire o a permettere ad altri di costruire.

Il proprietario non è, per ciò solo, titolare dello *jus aedificandi*: può costruire solo entro i limiti spaziali e temporali e con le modalità consentiti (e anzi prescritti) dalla legge e dagli strumenti conformativi. È tuttavia rimasto, per principio, *il solo legittimato* a essere titolare dello *jus aedificandi*: laddove gli atti conformativi consentano l'edificazione, e, diventati operativi, abbiano reso attuale l'edificabilità, a nessun altro fuorché al proprietario, e a chi vi sia stato titolato dallo stesso, può esser consentito di costruire.

9. — La natura concessoria del provvedimento prescritto dall'art. 1 della legge 10/1977 (sul quale dovremo tornare) non inerisce dunque al fatto che il rilascio di esso comporta ora degli oneri patrimoniali, e più precisamente l'obbligo della corresponsione di un « contributo ». Essa deriva invece unicamente dal fatto che lo *jus aedificandi* rappresenta un dippiù, una facoltà *nuova*, che si aggiunge a quelle che la legge in via di principio oggi considera connaturali al diritto di proprietà fondiaria, e vi si aggiunge *in virtù e in conseguenza di certi atti discrezionali dell'autorità, a carattere « conformativo »*.

Se e laddove la proprietà sia stata conformata, attraverso gli atti anzidetti, come edificabile (fruibile mediante edilizia), essa viene a ricevere *un incremento*. Il quale non risale al conferimento di facoltà prima spettanti ad altri (all'autorità o a chicchessia): onde dai provvedimenti di cui trattasi esula ogni carattere « traslativo », e perciò diminutivo di facoltà altrui. La conformazione, ad opera dello strumento urbanistico, di un suolo come edificabile, e il conferimento dello *jus aedificandi* mediante il programma di attuazione, aggiungono qualcosa, senza trasferire nulla: siamo dunque in presenza di una incrementazione puramente « costitutiva ». Una incrementazione la cui base sta tutta nella potestà pubblica, la quale, sotto il profilo giuridico, crea lo *jus aedificandi, ex nihilo*. Siamo cioè in presenza di uno di quei casi — tutt'altro che rari — in cui un'autorità, senza alcuna diminuzione della propria sfera giuridica,

conferisce ad altri soggetti diritti creati *ex novo*, dei quali è riservata ad essa la disposizione, in quanto inerente a oggetti che rientrano nella sua « signoria » (disponibilità)¹³. Si pensi, per ricordare altri esempi, alle concessioni per realizzare su un proprio fondo una riserva di caccia, una coltivazione di tabacco, l'installazione di un deposito di oli minerali, una ricerca mineraria. Questo fenomeno incrementativo è — come si è visto — frutto, di volta in volta, di diverse articolate fattispecie (culminanti, rispettivamente, nel programma di attuazione o nelle disposizioni di esonero dal programma, integrantisi l'uno e le altre con le statuizioni legislative o degli strumenti urbanistici): fattispecie le quali assolvono a quella funzione conformativa di segno positivo per la proprietà privata di cui si è parlato.

Il provvedimento di concessione previsto dall'art. 1 della legge 10/1977 assolve invece una funzione ben più modesta, giacché è di doverosa emanazione tutte le volte che, essendo stata l'edificabilità attribuita a un suolo in virtù di una normativa e di strumenti urbanistici, ed essendo nato lo *jus aedificandi* in virtù dell'entrata in vigore dei programmi o degli esoneri di cui si è detto, il progetto presentato per ottenere il provvedimento risulti conforme alle relative statuizioni. Si tratta dunque di un atto, in ordine all'emanazione del quale l'autorità comunale dispone di una ben limitata discrezionalità, la quale non si differenzia da quella di cui disponeva in sede di rilascio delle licenze edilizie.

Il nome di concessione che il legislatore gli ha attribuito — cui si connette il regime giuridico, riflettente anche la tutela giurisdizionale (come risulta espressamente dall'art. 16 della legge, ricollegantesi all'art. 5 legge 1034/1971, istitutiva dei TAR) — non corrisponde a una maggiore intensità del potere di cui l'Amministrazione dispone in ordine al rilascio. Esso ha radice nella volontà legislativa, saldata al fatto che lo *jus aedificandi* non inerisce più *naturaliter* alla posizione proprietaria e si aggiunge ad essa in virtù di un'attribuzione operata dall'auto-

¹³ Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 12^a ed., Napoli, 1974, 425, pagg. 757 ss.

rità nell'esercizio di un potere di scelta suo proprio. L'autentico « momento concessorio » sta però, sul piano sostanziale, a monte del provvedimento di cui all'art. 1 della legge, e precisamente nelle diverse, articolate fattispecie in cui l'attributo dello *jus aedificandi* viene conferito alle singole proprietà, conformandole appunto nel senso dell'edificabilità. Il rilascio del permesso di costruire ha invece carattere meramente attuativo, e si basa su una semplice verifica di conformità ai presupposti giuridici, alla quale possono accompagnarsi solo tenui valutazioni di merito entro i limiti di cui già ho detto per le licenze edilizie. La meccanica non è gran che dissimile da quella che si riscontra per i provvedimenti mediante i quali viene attribuito un indennizzo per danni di guerra (legge 968/1953) o si procede alla revisione del prezzo di un appalto (legge 1501/1947): provvedimenti che si basano anch'essi su mere valutazioni tecniche (e dunque « dovuti »), ma hanno ugualmente natura concessoria (e non adempitiva).

Se, come abbiamo visto, la proprietà fondiaria non è più, dopo la legge 10/1977, la stessa di una volta, avendo perduto quello che prima costituiva un suo connaturale attributo — lo *jus aedificandi* (il quale ora le può solo essere aggiunto *ab extra*, ad opera dei pubblici poteri) —, la concessione edilizia in sé, per contro, non si differenzia, dunque, nei suoi caratteri, dalla vecchia licenza. Il rilascio della concessione edilizia presuppone infatti — non altrimenti da quello della licenza — la sussistenza dello *jus aedificandi*, e quindi l'avvenuta attribuzione, in sede normativa e pianificativa, al suolo sul quale si tratta di intervenire, dell'attributo giuridico dell'edificabilità, e l'avvenuta attribuzione al proprietario (in sede di programma o di esonero) dello *jus aedificandi*. Non è dunque la c.d. concessione a conferire tali incrementi. La funzione di essa si riduce a rendere attuale e operante lo *jus aedificandi*, permettendone l'esercizio, che l'esigenza della previa verifica della sussistenza dei necessari presupposti dell'esercizio stesso ha suggerito al legislatore di impedire fino al compimento di tale verifica, da effettuare appunto al momento della concessione, come presupposto di questa. In sintesi può dirsi (con una certa approssi-

mazione) che la normativa e lo strumento urbanistico conferiscono a un suolo il carattere dell'edificabilità, il programma d'attuazione o l'esonero da esso conferiscono al proprietario lo *jus aedificandi*, la concessione rende operativo quest'ultimo, consentendone l'esercizio.

10. — Tanto è anomala la concessione edilizia rispetto alle altre concessioni, che, oltre ad essere strettamente inerente al bene e trasferibile con questo (mediante semplice voltura¹⁴), essa (diversamente da quanto si verifica per la generalità delle concessioni, e anche per i provvedimenti conformativi che stanno a monte della concessione edilizia e ne costituiscono il presupposto di base), è, in sé, addirittura irrevocabile (e non decade se non in caso di incompatibilità con uno strumento urbanistico sopravvenuto prima dell'inizio della sua utilizzazione) (art. 4 legge 10/1977 e art. 10, penult. comma, legge 765/1967).

Né a far dubitare del carattere anomalo del provvedimento in sé basta il fatto che — come si esprime l'art. 3 — « la concessione edilizia comporta la corresponsione di un contributo ». E neppure la natura del provvedimento varia da quei casi nei quali è dovuto il contributo (che sono la generalità) a quegli altri nei quali esso non è dovuto (art. 9), riguardanti le costruzioni nelle zone agricole, le opere di restauro, manutenzione, ecc.

Il contributo ha natura tributaria e non di corrispettivo¹⁵. In esso confluiscono due componenti, una con carattere di tributo speciale (del tipo dei vecchi contributi di miglitoria), o, come altri preferisce, di tassa¹⁶, « commisurata all'incidenza delle spese di urbanizzazione » (artt. 3 e 5), e una con carattere di imposta, « commisurata al costo di costruzione » (artt. 3 e 6). Ed è ben noto che anche al rilascio di certi provvedi-

¹⁴ Guarneri, in Schlesinger, *Commentario alla legge 28 gennaio 1977*, n. 10, cit., ad art. 4, pag. 45, con altre indicazioni.

¹⁵ V. invece, a es., Giocoli Nacci, *Profili costituzionali delle norme imperative in materia di concessione ad edificare*, in « Riv. giur. edil. », 1977, II, pagg. 213 s.

¹⁶ Sacchetto, in Schlesinger, *op. cit.*, ad art. 3, pagg. 34-35.

menti autorizzatori si accompagnano imposizioni tributarie, spesso notevolmente incisive.

Ma, a parte ciò, va ricordato il caso dell'imposta sull'incremento di valore delle aree fabbricabili (legge 246/1962) l'imposizione della quale veniva effettuata al momento del rilascio della licenza edilizia. Orbene, non altrimenti che per l'imposta anzidetta (ora sostituita dall'invim che ha un regime diverso) — imposta attraverso la quale, pur effettuando l'imposizione al momento del rilascio della licenza, si intendeva colpire l'incremento di valore dell'area —, anche per il contributo in discussione il rilascio della concessione non è che il momento dell'imposizione, avendo in realtà il tributo il suo autentico presupposto non nel permesso rilasciato, bensì, per il tramite e in occasione di questo, nella ammissione all'attività costruttiva, e dunque nella prospettiva delle spese di urbanizzazione con questa connesse nonché dell'incremento di ricchezza che ne deriva al proprietario. Sicché, per questa seconda parte — quella « commisurata al costo di costruzione » —, pur avvenendo la riscossione in corso d'opera (art. 11), l'imposizione effettuata al momento del rilascio della concessione si ricollega e ha la sua base nel plusvalore di cui la proprietà si incrementa per effetto della conformazione urbanistica.

L'occasione offre lo spunto per sottolineare che la parte del tributo commisurata al costo di costruzione non assorbe il plusvalore se non in parte; ed è difficile che riesca a fronteggiare il naturale fenomeno della traslazione del tributo (sicché, aumento in parte, da essa verranno a esser colpiti, in definitiva, gli acquirenti delle unità immobiliari costruite, affrancandone così, di fatto, il costruttore).

11. — La raffigurazione della proprietà fondiaria quale risulta dal sistema descritto non può dirsi completa se non si tengano altresì presenti le disposizioni relative all'indennità di espropriazione dei suoli (art. 14). Queste per le « aree comprese nei centri edificati » (art. 18 legge 865/1971) prescrivono, innanzi tutto, che vada preso a base della determinazione

dell'indennità, anziché il « valore agricolo medio » — al quale l'indennità deve essere commisurata per le aree « esterne » — il valore agricolo medio della « cultura più redditizia » che nella regione agraria copra oltre il 5% della superficie coltivata, e inoltre che tale valore sia moltiplicato per un coefficiente variabile da 2 a 4 nei Comuni fino a 100 mila abitanti e da 4 a 10 nei Comuni con popolazione maggiore: coefficiente per la determinazione del quale la legge manca di indicare peraltro qualsiasi criterio. Perdipiù, in caso di cessione volontaria degli immobili, l'indennità può essere maggiorata fino al 50%. Anche se forse spiegabile con ispirazioni di ordine equitativo (correlabili al fatto storico che molte aree urbane sono state acquistate dagli attuali proprietari o dai loro ascendenti a prezzi elevatissimi, e inoltre il fatto che, anche al di fuori dell'ipotesi degli acquisti a titolo oneroso, in occasione dei trasferimenti sono stati corrisposti, per succedere nei relativi diritti, tributi spesso assai elevati, commisurati appunto al valore edificatorio), le riferite disposizioni relative al maggiore indennizzo per le espropriazioni di aree comprese nei centri edificati costituiscono, nel sistema instaurato, un punto di non coerenza. Esse coesistono infatti con difficoltà, e mal si combinano col venir meno della congenita inerenza dello *jus aedificandi* alla proprietà e col fatto che, per l'espropriazione delle aree aventi valore edificatorio dislocate fuori dei centri edificati (pure ne esistono, secondo la giurisprudenza), non sono contemplate le moltiplicazioni di cui ho detto. A che titolo si giustifica dunque il maggior indennizzo per le aree urbane — e per esse soltanto — ora che l'edificabilità di esse (laddove esiste) rappresenta un sovrappiù conferito (anche se non elargito) dall'autorità?

Alle considerazioni che precedono ne va aggiunta un'altra. Ed è che, siccome, una volta entrato in vigore un programma di attuazione, occorre che, per avere interesse a costruire piuttosto che a farsi espropriare, il proprietario si riprometta dalla attività edificatoria — mettendo in conto anche il rischio dell'impresa — un lucro alquanto più elevato rispetto all'indennità di espropriazione, è chiaro che l'Amministrazione non potrà calcare troppo la mano in sede di determinazione del contributo

da imporre a chi ottenga la concessione edilizia. Il che varrà a mantenere a un livello di elevato vantaggio la posizione proprietaria dei suoli riservati all'edilizia privata.

* * *

12. — Alla luce della sommaria ricostruzione che ho cercato di fornire del quadro normativo, mettiamo a questo punto a confronto il regime che risulta da tale quadro con le ragioni che nel 1968 mossero la Corte costituzionale a dichiarare illegittimi gli artt. 7 e 40 della legge urbanistica per il fatto che escludevano ogni indennità per i vincoli di natura espropriativa imposti sui suoli edificabili¹⁷.

Se, secondo il nuovo regime, l'edificabilità non costituisce più un'inerenza congenita alla proprietà fondiaria, e si aggiunge ad essa *ab extra* in conseguenza dell'esercizio di un discrezionale potere dell'autorità, ma nondimeno coloro i quali vengono privati, in virtù di espropriazione, delle aree urbane di loro appartenenza hanno diritto a una maggiorazione di indennizzo, la cui entità varia tra il 100 e il 1450 per cento rispetto al valore normale (che è quello agricolo), e se, d'altra parte, coloro i cui suoli sono resi dalla normativa, dagli strumenti e dai programmi urbanistici, fruibili a fini di edilizia privata, sono posti dalla legge in condizione di far propria (nonostante la contribuzione dovuta ai sensi dell'art. 6) una notevole (e spesso preponderante) fetta della rendita di posizione, potrà, sì, dirsi verificata una diminuzione delle sperequazioni rilevate dalla ricordata sentenza in danno delle proprietà assoggettate a vincoli non indennizzati, ma non certo la scomparsa delle sperequazioni stesse.

Può però dirsi che ciò lascia persistere i difetti di legittimità costituzionale rilevati dalla sentenza 55 o determina altri difetti di ordine costituzionale?

¹⁷ La copiosa dottrina formatasi su tale sentenza è riportata in Bonaccorsi e Pallottino, *La riforma del regime d'uso dei suoli edificabili*, Milano, 1975, appendice. V. inoltre Gambaro, *op. cit.*, e Luciani, *Corte costituzionale e proprietà privata*, in « Giur. cost. », 1977, pagg. 1345 ss.

13. — Nel nuovo regime — nel quale lo *jus aedificandi* non è più un attributo naturale della proprietà dei suoli — la condizione fatta alle aree urbane rese, attraverso la normativa, la pianificazione e la programmazione urbanistica, utilizzabili a fini di edilizia privata si atteggia come un privilegio: di tal natura è infatti il beneficio che ricevono le aree stesse allorché vengono autoritativamente arricchite *ab extra* (e, per giunta, senza alcuna procedura concorsuale) di un attributo incrementativo, di cui non fruisce la generalità delle aree. Un beneficio il quale non è generalmente bilanciato poi dalla corresponsione tributaria del « costo di costruzione » che l'art. 6 addossa alla proprietà abilitata all'edilizia privata. Del pari come un privilegio — sebbene generalmente di minor consistenza — è da configurare il fatto che alle aree urbane viene riconosciuto, rispetto a quelle del suburbio e alle aree rurali, il diritto a una più elevata indennità in caso di espropriazione.

L'atteggiarsi delle due posizioni proprietarie di cui si è detto come posizioni privilegiate rispetto a quella dei rimanenti proprietari fondiari (e l'illegittimità che, come vedremo, si annida in ciò) non basta però a far considerare sacrificate e illegittimamente declassate su un piano giuridico sostanziale quelle posizioni che la Corte ebbe, nella sentenza del 1968, a ritenere che lo fossero, e cioè quelle aventi a oggetto aree urbane e non indennizzate in alcun modo in caso di assoggettamento di tali beni a vincoli di inedificabilità. La ragione di quella pronuncia risiedeva nel fatto che all'epoca l'edificabilità veniva considerata dalla legislazione e dalla giurisprudenza come un aspetto del contenuto essenziale della proprietà fondiaria; onde si concretava in un privilegio odioso in danno di *una parte* della categoria dei proprietari di aree urbane il fatto che il loro diritto relativo all'utilizzazione corrispondente alla destinazione naturale di tale categoria di beni (e dunque il contenuto essenziale di tale diritto) venisse sacrificato in modo radicale (sì da costituire sostanzialmente un'espropriazione) senza alcun indennizzo. Ora che invece l'edificabilità non rappresenta più una naturale inerenza alla proprietà urbana, essendo considerata di spettanza dei pubblici poteri la discrezionale conferibilità di essa, non è

più profilabile come diminutivo di un diritto l'assoggettamento di una parte delle aree urbane a vincoli di inedificabilità non indennizzati.

Il difetto in cui sotto il profilo sostanziale incorre la nuova legge sui suoli è invece proprio quello opposto.

Non essendo coerente col nuovo regime che si è voluto instaurare per le aree urbane, la istituzione dei due tipi di privilegi *in melius* di cui dianzi ho fatto cenno — i quali vengono a costituire delle posizioni proprietarie favorite (sia pure in misura diversa e sperequata tra loro) rispetto alle altre, senza che sia rinvenibile una giustificazione giuridicamente valida dei vantaggi in tal modo attribuiti — appare lesiva di quel principio di ragionevolezza delle leggi, che la Corte suole veder compresa nella regola costituzionale di uguaglianza, ed è da considerare violato ogni volta che una statuizione normativa si discosti, nella sua portata, dal criterio di universalità, senza che la differenziazione instaurata abbia un pertinente supporto logico¹⁸. I privilegi sono compatibili col principio di uguaglianza solo se ed in quanto le disparità di regime con essi introdotte siano validamente giustificabili.

Per giungere alla conclusione che i difetti colti dalla sentenza del 1968 negli artt. 7 e 40 della legge urbanistica riemergano nei vigenti testi dei medesimi articoli (sostituiti a quelli originari con legge 1187/1968), occorrerebbe (in totale contrasto con le tesi fin qui svolte, e affidandosi, per contro, da un lato, al carattere « dovuto » delle concessioni edilizie, e, dall'altro, appunto alla spettanza di un maggiore indennizzo per l'espropriazione delle aree urbane) sostenere che il trattamento differenziato fatto, ai fini del godimento, alle aree urbane utilizzabili a scopi di edilizia privata e, ai fini dell'indennità, a quelle destinate ad essere espropriate, abbia un valida base costituzionale. La quale dovrebbe esser ravvisata nella configurazione legislativa, come una categoria differenziata di beni, di

¹⁸ Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in « Dir. e Società », 1975, pagg. 561 ss.

quei terreni che siano compresi nella cerchia urbana (e ciò appunto in virtù della destinazione elettiva all'edilizia, della categoria stessa considerata nel suo insieme). Si tratterebbe però di una conclusione antistorica, contrastando essa chiaramente con il movimento di idee che ispirò coloro che concepirono e portarono avanti la riforma del 1977, guidati dall'intento di realizzare un sistema nel quale l'attributo dell'edificabilità non fosse più inerente alla proprietà dei suoli in virtù dell'essenza stessa di questa, ma si aggiungesse a essa solo come un'attribuzione operata attraverso una scelta degli organi rappresentativi delle comunità locali.

Bisogna constatare che — come spesso accade nelle scelte politiche, costrette, dalla esigenza di mediazione, alla ricerca di soluzioni compromissorie (ma non per questo necessariamente gattopardesche) — il proposito non è stato perseguito con coerenza. Se è in grado di porre in discussione la legittimità di taluni aspetti della riforma, il difetto di coerenza non può tuttavia bastare a porre in discussione la sostanza e addirittura l'esistenza di essa.

14. — Vi è poi un ulteriore aspetto che richiama l'attenzione sotto il profilo costituzionale. Esso attiene alla riserva di legge enunciata nel 2° comma dell'art. 42 Cost., il quale rimette alla legge di determinare, tra l'altro, « i modi di godimento e i limiti » della proprietà privata.

Sarebbe difficile negare che un'osservanza rigoristica in una materia come quella della strumentazione e programmazione urbanistica, della ricerca di legge in discussione, sia cosa ardua. La determinazione di criteri universali o, quanto meno, generali di localizzazione zonizzazione è praticamente impossibile: si possono soltanto indicare obiettivi, limiti, preclusioni e condizioni minime da osservare nella pianificazione generale e in quella delle varie categorie di zone (v. infatti il decreto Min. LL. PP. 2 aprile 1968 sugli *standards* urbanistici, nonché, p. es., gli artt. 19 ss. legge Lombardia 51/1975 e 20 ss. legge Piemonte 56/1977).

Di qui l'esigenza di sopperire mediante altre garanzie alla

impossibilità che sia la legge a indicare sufficienti criteri ai fini della conformazione della proprietà.

Nella sentenza 38/1966 la Corte costituzionale ebbe, con riferimento alla legislazione del tempo, ad affermare che l'anzidetta riserva era osservata nella normativa della legge urbanistica del 1942 relativa alla formazione dei piani regolatori, basandosi quest'ultima su operazioni di ordine tecnico, e risultando inoltre applicata in essa (attraverso la possibilità, offerta agli interessati, di presentare « osservazioni » al progetto di piano *in itinere*) la regola del « giusto procedimento ». Ho avuto modo di rilevare, in altra occasione¹⁹, che le scelte urbanistiche sono in larghissima misura di ordine discrezionale, anche se (al pari di altre scelte discrezionali) si avvalgono (per ciò che attiene ai presupposti) dell'ausilio di discipline tecniche.

Pur auspicando la dilatazione delle applicazioni di esso, la recente sentenza costituzionale 23/1978, pronunciata a proposito dei programmi di fabbricazione ha escluso (forse con eccessiva sicurezza) che quello del giusto procedimento — che (ad onta della sua espressa enunciazione in termini generali nell'art. 3 della legge del 1865 abolitiva del contenizoso amministrativo) la giurisprudenza comune continua a ritenere non costituire neppure un principio generale del vigente diritto amministrativo²⁰ — sia un principio costituzionale da osservare nell'esercizio della funzione amministrativa; e (in consonanza con la giurisprudenza amministrativa²¹) ha sottolineato che la normativa vigente non prescrive, nell'*iter* formativo degli strumenti urbanistici, l'ammissione e la presa in considerazione di osservazioni presentate dai privati nel proprio interesse, consentendo (in virtù di una applicazione amministrativa consacrata dalla giurisprudenza) che tali soggetti presentino soltanto osservazioni « nell'interesse pubblico », alle quali l'Amministrazione può limitarsi a replicare in termini assolutamente generici, bastando che risponda che quelle osservazioni « contra-

¹⁹ Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1972, pag. 477.

²⁰ V. indicazioni in Sandulli, *Manuale*, cit., pag. 443.

²¹ V., p. es., Cons. St., IV sez., 30 settembre 1976, n. 827.

stano con gli obiettivi del piano » (che è, in realtà, una non-motivazione). Né appare orientata altrimenti la legislazione regionale (v., p. es., espressamente nel senso che i privati sono ammessi soltanto a presentare osservazioni nell'interesse pubblico, la legge Piemonte 56/1977, art. 15; prevedendo che « chiunque » possa presentare osservazioni, senza distinguere fra interessati e non interessati, la legge Valle d'Aosta 3/1960, art. 10; le leggi Prov. Bolzano 2/1964, artt. 21 e 23 e 53/1975, art. 7; la legge Friuli-Venezia Giulia 23/1968, artt. 20-21; la legge Lombardia 51/1975, art. 27; nonché, in riferimento ai programmi di fabbricazione e senza variare la normativa statale in materia di piani regolatori, la legge Sardegna 10/1976, art. 4, e la legge Veneto 59/1974, art. 2²²).

Su questa linea, quel recupero di salvaguardia della riserva di legge, conseguibile, in ipotesi, attraverso la garanzia di un procedimento nel quale possano esser confrontati, anche e soprattutto con criteri di equità, tutti gli interessi coinvolti non collidenti con l'interesse pubblico (in conformità di quel principio generale il quale esige, pur avendo l'interesse pubblico una posizione prioritaria, esso va conseguito nel massimo rispetto possibile degli interessi privati compresenti nel singolo episodio), viene a esser lasciato fuori della porta così dalla legislazione come dalla giurisprudenza.

Un'altra faccia del prisma è che la materia urbanistica è stata sempre un campo aperto a ogni tipo di incontri contaminanti tra posizioni di potere e cupide clientele, come pure all'esercizio dello strapotere in forme, di volta in volta, graziose o penalizzanti (dove anche la confluenza di molteplici interessi a ritardare — come fin qui è stato ritardato e continua a esser ritardato — il raggiungimento dell'asetticità della materia stessa attraverso meccanismi giuridici idonei a generare quell'« indifferenza » della proprietà rispetto alle scelte urbanistiche, che da almeno venti anni urbanisti e giuristi ad-

²² Prevedono invece, di regola, specificamente osservazioni dei privati « interessati », le leggi regionali aventi per oggetto i programmi di attuazione degli strumenti urbanistici (legge Toscana 60/1977, art. 5; legge Lombardia 60/1977, art. 18; legge Piemonte 56/1977, art. 36).

ditano come l'obiettivo, non perseguendo il quale non saremo in grado di far cessare l'apposizione delle « mani sulla città »).

Appetitosità della doviziosa materia, più assenza del giusto procedimento (e dunque della necessità di prendere in considerazione la eventuale voce degli interessati, e ancor meno di farlo in contraddittorio tra i possibili controinteressati), più sovrabbondanza di potestà discrezionale (affidata per giunta a corpi di estrazione politica, operanti — come è connaturale ad organi siffatti — secondo una logica partitica): il risultato della somma è quello che tutti conosciamo, e ancor meglio conoscono gli operatori della giustizia amministrativa.

Se v'è un campo nel quale, più che in ogni altro, dovrebbe esser dedicata sollecita cura alla regola costituzionale per cui l'esercizio della funzione amministrativa deve esser organizzata « in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione », come vuole l'art. 97 Cost., esso è questo. Ma è noto che l'art. 97 è uno dei più negletti della nostra Carta costituzionale; e in questa materia è stato finora tenuto in non cale ²³.

In nessuna materia come quella relativa all'assetto del territorio, nella quale sono coinvolti gli interessi di tutta la società civile, il dibattito dovrebbe essere (per esigenze naturali, si può ben dire) il più largo possibile, aperto a ogni voce, pubblica e privata, interessata o disinteressata: gli interessi privati molte volte coincidono con quelli pubblici, e — quel che più conta — non di rado giovano a illuminarne certe recondite pieghe. Questi concetti si traducono in pratica quotidiana nelle democrazie evolute. Non così da noi, dove tanto si è parlato e si parla di partecipazione, ma non di rado con spirito mistificatorio. Partecipazione vuol dire possibilità per tutti di accesso alla fase preparatoria dell'esercizio del potere. Ma proprio per questo — e anche perché la partecipazione non si risolve soltanto in

²³ Ricava dall'art. 97 Cost. l'applicabilità del principio del giusto procedimento nel diritto amministrativo, Barone, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969, pagg. 51 ss. Per la bibliografia sull'argomento v. Bergonzini, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, pagg. 217 ss.

azione pilotata e in mera retorica — non può significare esclusione, e nemmeno noncuranza, degli apporti che al dibattito sono in grado di arrecare, pur quando parlino mossi dal proprio egoismo, i diretti interessati.

15. — Dette queste cose — e non in modo somnesso —, va fatta però un'altra considerazione, tornando all'art. 42, 2° comma Cost. Questo conferisce alla legge il potere di conformare la proprietà privata e/o di conferire eventualmente — purché adeguatamente specificato — ad altre autorità un potere di conformazione. La legge sull'edificabilità dei suoli ha proceduto essa stessa alla nuova conformazione della proprietà fondiaria sotto il profilo di certi suoi limiti, quando ha statuito che lo *jus aedificandi* non rappresenta più un attributo connaturale di quella proprietà e rappresenta invece un additivo di cui la proprietà può essere — eventualmente — dotata per decisione dei poteri locali e ad opera di questi. Di una proprietà siffatta gli strumenti e i programmi urbanistici non possono dunque essere considerati conformativi in senso riduttivo, ma solo in senso accrescitivo, essendo stato, l'effetto riduttivo, operato *tutto* direttamente dalla legge. Diversamente da quanto poteva dirsi a proposito della legislazione anteriore, la riserva di legge a protezione della proprietà non può quindi esser considerata lesa dal regime in esame.

16. — A questo punto il discorso appena svolto a proposito dell'integrazione dell'art. 42 con l'art. 97 Cost. va completato. Ho detto in precedenza che laddove, per ragioni intrinseche, non riesca possibile che la legge soddisfi l'esigenza della riserva di legge enunciata nell'art. 42 a proposito della determinazione dei contenuti della proprietà, mediante la indicazione all'autorità amministrativa di appropriati criteri, da osservare nell'esercizio dei suoi poteri, ivi l'obiettivo che sta alla base dell'esigenza stessa può essere recuperato attraverso il giusto procedimento. Anzi deve esserlo. Dall'integrazione dei due precetti dell'art. 24, 2° comma, e dell'art. 97, 1° comma, è infatti ricavabile un principio costituzionale, in base al quale,

laddove non esistano altre possibilità per soddisfare la regola della riserva di legge, ivi quest'ultima va almeno soddisfatta assicurando ai soggetti interessati di rappresentare e sostenere le proprie ragioni nel procedimento amministrativo, sicché di esse l'autorità possa fare il dovuto conto nel provvedere. Si tratta di un principio valido per tutti i casi di riserva relativa di legge, qualunque sia la sfera di diritti costituzionalmente garantiti cui essi attengano (si pensi, ad es., al diritto di espatrio).

Il principio non sempre risulta però osservato nella legislazione vigente. Per non allontanarci dalla materia qui trattata basterà accennare che l'imposizione di vincoli d'interesse culturale e ambientale, e simili, vengono per lo più imposti, in base alla attuale legislazione, *inaudita altera parte*.

L'inosservanza del principio non significa però che esso non debba esser considerato operante. Altro è l'essere, altro il dover essere. Vale comunque la pena di ricordare che la vecchia legge del 1865 sulle espropriazioni per pubblica utilità — ormai largamente superato sul punto dai moltissimi casi di dichiarazione di pubblica utilità *ope legis* — prescriveva (artt. 4-5) il giusto procedimento per le dichiarazioni di pubblica utilità degli immobili nei confronti dei quali venisse iniziata una procedura espropriativa per la realizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico.

Si tratta però di vedere se le cose appena dette si addicano alla materia dei vincoli di inedificabilità dopo l'entrata in vigore della legge del 1977. Appare ipotizzabile una risposta positiva. È vero infatti che è venuto meno già ad opera della legge (come abbiamo detto) l'attributo « naturale » della edificabilità dei suoli. Una volta però che si rifiuti la tesi che la riserva di legge sia posta a protezione soltanto dei diritti singoli, e si accogliesse la concezione — peraltro da approfondire — secondo cui essa sarebbe posta a salvaguardia degli stessi interessi della collettività²⁴, si imporrebbe, a proposito dei poteri conferiti dalla legge all'autorità amministrativa nel campo degli strumenti

²⁴ A proposito delle varie opinioni circa la funzione della riserva di legge, v., da ultimo, Luciani, *op. cit.*, pag. 1391.

e programmi urbanistici, l'esigenza di osservanza, da parte della legge, della regola della riserva di cui all'art. 42, 2° comma, Cost.

17. — Quando volesse invece seguirsi la tesi più restrittiva della funzione e portata della riserva di legge, dovrebbe escludersi che la nuova normativa arrechi ferita a quel precetto costituzionale, di cui ho appena fatto cenno, risultante dall'integrazione dell'art. 42 con l'art. 97 Cost.

In tal caso l'unico profilo sotto il quale potrebbe avanzarsi l'ipotesi di un'incompatibilità dei nuovi modi di conformazione della proprietà fondiaria con la Costituzione potrebbe essere rappresentato dalla mancata prescrizione, nella normativa statale vigente e nelle leggi regionali emanate nel quadro di essa, della regola del giusto procedimento. L'ipotesi presuppone che nell'art. 97, 1° comma, Cost. (considerato per sé solo) possa leggersi la regola stessa e questa possa esser ritenuta operante anche per tutti quei casi nei quali non si tratti di imporre un sacrificio, bensì di accordare un vantaggio a talune posizioni soggettive, ma per farlo occorra operare una selezione in seno a una serie di possibili diverse soluzioni.

A me pare che in tali sensi — finora generalmente disattesi — dovrebbe essere la scelta del giurista e perciò della Corte costituzionale, in un sistema nel quale, su scala sempre più larga, i poteri amministrativi vengono resi dalla legge erogatori di benefici, e vengono messi in condizione di determinare la crescita e la diminuzione delle posizioni patrimoniali e sociali dei singoli. Uno Stato il quale consideri ancora punto d'onore il fregiarsi dell'attributo di Stato di diritto, deve saper giungere a tale risultato. Altrimenti regredirà, fino a scomparire, la sua differenza dal principe paternalista, dispensatore interessato di grazie e non gestore fiduciario e disinteressato della cosa di tutti i cittadini.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Sugli aspetti della legge 10/1977 trattati nel presente scritto, meritano di esser consultati i volumi di Predieri, *La legge 28 gennaio 1977, n. 10*, Milano, 1977; Bottino-Brunetti, *Il nuovo regime dei suoli*, Roma, 1977;

Santella-Labriola, *Pianificazione urbanistica ed attività edilizia*, Firenze, 1977; Cutrera, *Concessione edilizia e pianificazione urbanistica*, Milano, 1977; nonché il *Commentario* a cura di Schlesinger (cui hanno collaborato vari autori), contenuto nel n. 1/1978 della rivista « Le nuove leggi civili commentate ».

Alla legge sono state dedicate talune raccolte di scritti di autori vari, tra le quali sono da segnalare: quella contenuta nel fasc. 5 di « Ricerche e documentazione » a cura della Camera di commercio di Torino (1977), dedicato a *La legge 10 e i relativi problemi* (dove v. specialmente le relazioni di Morbidelli e di Picco) quelle contenute nei fascicoli 6 e 7, 1977 della rivista « Il Comune democratico » (dove v. specialmente gli scritti di Rodella, Predieri, Morbidelli, Sorace, Salzano e Cervellati); quella contenuta nel volume a cura del « Giornale della Lombardia », dal titolo *La nuova legge sui suoli - argomenti e problemi*, Milano, 1977 (dove v. specialmente le relazioni di Cutrera e di Viviani); quella contenuta nell'11° Quaderno a cura della rivista « Impresa, ambiente e pubblica amministrazione » (1978), intitolato *La nuova legge sui suoli: studi sulla disciplina dell'attività costruttiva edilizia* (con scritti di Alibrandi, Bozzi e Pallottino).

Tra gli articoli vanno ricordati quelli di Alessi, *Primi rilievi sulla legge 28 gennaio 1977, n. 10*, in *Cons. St.*, 1976, II, pag. 1387; De Lise, *L'edificabilità dei suoli secondo la legge 28 gennaio 1977, n. 10*, *ivi*, 1977, pag. 682; Pallottino, *Le nuove norme sull'edificabilità dei suoli*, in « I Trib. amm. reg. », 1977, II, pag. 123; Bessone, *Edificabilità dei suoli, rendita urbana e pubblici poteri di governo del territorio*, in « Pol. dir. », 1977, pag. 697; D'Angelo, *Regime dei suoli e disciplina dell'attività costruttiva*, in « Riv. giur. edil. », 1977, II, pag. 113.

Per la bibliografia relativa al regime costituzionale della proprietà privata, e la giurisprudenza costituzionale (cui è da aggiungere la sent. 260/1976) si fa rinvio alla nota bibliografica contenuta in Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. », 1972, pag. 488. *Adde*: Rolla, *La misura dell'indennità di esproprio nel quadro del sistema costituzionale italiano*, Milano, 1973; Sorace, *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, Milano, 1974; Mazzoni, *La proprietà procedimento*, Milano, 1975; Gambaro, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975; Barucchi, *Jus aedificandi e proprietà dei suoli*, Torino, 1976; Luciani, *Corte costituzionale e proprietà privata*, in « Giur. cost. », 1977, pagg. 1345 ss.; Berti, *Recenti scritti di giuspubblicisti intorno alla proprietà*, in « Quaderni fiorentini », 1976-77, pag. 991.

Vari giudici hanno sollevato questioni di costituzionalità nei confronti della legge 10/1977. Le prime ordinanze sono ricordate da Luciani, *op. cit.*, pag. 1359, nota 43. Interessano la materia qui esaminata le ordinanze Pret. Nardò 14 marzo 1977 e App. Bologna 18 marzo 1977.