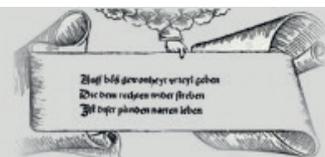




Jurisdictio



Storia e prospettive della Giustizia

N. 3-2022 - VITA GIUDIZIARIA 1

ISSN 2724-2161

Massimino Crisci

LO *IUS AEDIFICANDI*.
BREVE STORIA
DELLA PROCEDIMENTALIZZAZIONE
DI UN DIRITTO

Editoriale Scientifica

Massimino Crisci

LO IUS AEDIFICANDI. BREVE STORIA
DELLA PROCEDIMENTALIZZAZIONE DI UN DIRITTO

1. *Premessa*

Con la sentenza n. 305, pubblicata il 22 febbraio 2022, il Tribunale Amministrativo Regionale di Lecce, seppur con un *obiter dictum*, ha offerto l'occasione per ripercorrere la storia evolutiva della progressiva proceduralizzazione dello *ius aedificandi*.

Il Collegio salentino, nel dichiarare l'invalidità di un'ordinanza di demolizione per carenza istruttoria, afferma che «prima dell'entrata in vigore della legge 28.1.1977, n. 10, l'approvazione apposta dal Sindaco al verbale della seduta della commissione edilizia nella quale era stato espresso parere favorevole al progetto esibito costituiva vera e propria determinazione positiva sulla domanda, e cioè autorizzazione a costruire»¹.

¹ T.A.R. per la Puglia – sede di Lecce, sez. II, 22 febbraio 2022, n. 305: «...nel provvedimento gravato non solo non è indicata con precisione la porzione di fabbricato oggetto di demolizione (ordinandosi *sic et simpliciter* la demolizione del manufatto "indicato in premessa", peraltro facendo riferimento ad un concetto - come quello di "chiusura del pozzo luce" - che, a livello logico e semantico, appare incompatibile con un abuso realizzato sul prospetto), ma emerge nettamente il difetto istruttorio da cui è viziata la determinazione finale, giacché la P.A. non si è avveduta che l'immobile *de quo* è stato interessato da una variante alla originaria licenza edilizia.

Dagli atti di causa, offerti in produzione dalla difesa attorea, emerge l'esistenza di una variante in sanatoria, approvata dalla C.E.C. il 9.2.1968 e controfirmata dal Sindaco, di cui non si fa alcun cenno nel provvedimento gravato e negli atti presupposti.

In particolare, dall'esame della sezione grafica della "pianta tipo dei piani", allegata al progetto di variante *de qua agitur*, emerge che è stata autorizzata una "veranda" accessibile dal contiguo appartamento, inserita tra i due corpi di fabbrica sul prospetto laterale sinistro; inoltre nel grafico allegato al progetto risulta un ulteriore ampliamento per il solo piano terra, contraddistinto da un'area in nero.

La ridetta variante, peraltro, si appalesa quale valido titolo edilizio, in quanto prima dell'entrata in vigore della legge 28.1.1977, n. 10, l'approvazione apposta dal Sindaco al verbale della seduta della commissione edilizia nella quale era stato espresso parere favorevole al progetto esibito costituiva vera e propria determinazione positiva sulla domanda, e cioè autorizzazione a costruire (sicché il documento formale di rilascio del titolo rivestiva contenuto puramente ricognitivo e non poteva essere negato, in quanto atto esecutivo e dovuto - cfr. Cons. Stato 21.5.1984, n. 376; Cons. Stato 2.12.2013, n. 5732).

Siffatta affermazione offre l'abbrivio per analizzare – seppur sinteticamente e senza pretesa di esaustività – come si sia evoluto nel tempo l'esercizio dello *ius aedificandi*, passando da diritto potestativo strettamente correlato alla proprietà terriera, a facoltà procedimentalizzata in funzione della soggezione al potere autorizzatorio della p.a., fino a poterne oggi ventilare una effettiva scorporazione dal diritto di proprietà.

Procedimentalizzazione che, a sua volta, ha attraversato varie fasi – tra cui quella divisata dal T.A.R. leccese – che riflettono l'evoluzione ricostruttiva dell'istituto, sorto come “facoltà assoluta” e progressivamente imbrigliato in una rigida codificazione del suo esercizio.

2. Il diritto edificatorio prima del 1942

Storicamente il sistema giuridico romano si è fondato sulla centralità del diritto di proprietà, considerato *dominium ex iure quiritium* e, dunque, assoluto².

Absolutezza che, per quanto ci occupa, si esplicava nella totale libertà incompressibile di sfruttare il proprio terreno *usque ad sideros usque ad inferos*, anche ai fini edificatori.

Detto originario impianto consegnava l'idea dello *ius aedificandi* come di una facoltà³ intrinseca al diritto di proprietà, il cui esercizio si atteggiava come potestativo, potendo essere “imposto” dal proprietario agli altri *cives*. Una tale impostazione, d'altronde, è rimasta sostanzialmente invariata anche nel diritto medievale, ancora imperniato sul-

Per le considerazioni che precedono, il ricorso deve essere accolto sotto i profili del difetto di istruttoria e di motivazione ...».

² Sulla ricostruzione storica del diritto di proprietà nel diritto romano, ved. di recente M. MICELI, L. SOLIDORO, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Giappichelli, Torino 2021, pp. 1 ss.; ivi richiamati L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Idee vecchie e nuove sui poteri del 'pater familias'*, in *Poteri, 'negotia' e 'actiones' nell'esperienza romana arcaica*, Atti del Convegno Internazionale di diritto romani, Copanello, 12-15 maggio 1982, ESI, Napoli 1984, pp. 53 ss.; G. PUGLIESE, *'Dominium ex iure Quiritium' – Eigentum-Property*, in G. PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti*, IV, in *Problemi di diritto vigente*, Jovene, Napoli 1986, pp. 9 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, s. v. «Proprietà (dir. rom.)», in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, pp. 160 ss.

³ Pur essendo costantemente definito come *ius*, il diritto di edificazione si atteggiava quale facoltà insita nel più ampio diritto di proprietà.

la rilevanza economica della proprietà terriera, in cui il diritto dominicale si declinava come *ius utendi et abutendi*⁴.

Per tale ragione, i primi tentativi di mitigazione dell'assolutezza del diritto di proprietà, nella prospettiva dello *ius aedificandi*, furono operati all'interno del rapporto privatistico tra proprietari confinanti, di talchè era soltanto il confinante a poter opporre, al diritto di edificazione del proprietario, un pari diritto di natura oppositiva.

A tale fine, venne introdotto un generico divieto di modifica del *vetus ordo aedificorum* a cui si riallacciava sulla singola proprietà – quale posizione giuridica qualificata oppositiva del confinante – la *servitus altius non tollendi*. Pertanto, colui che intendeva variare il *vetus ordo* esistente avrebbe dovuto acquistare contrattualmente dai vicini la facoltà di superamento della predetta servitù negativa⁵.

Il divieto non si atteggiava come *regula iuris* generale, il cui rispetto era affidato ad un soggetto terzo e titolare di una potestà “superiore” – quale potrebbe latamente intendersi la pubblica amministrazione –, ma introduceva una regola di gestione dei rapporti privatistici il cui rispetto era totalmente affidato all'esercizio, eventuale, del confinante.

È evidente l'assenza di un profilo pianificatorio che “armonizzasse” l'esercizio delle facoltà edificatorie in una prospettiva di ordinato

⁴ MICELI, SOLIDORO, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, cit., pp. 10, in cui si evidenzia che «Il progresso successivo e definitivo verso la nozione moderna della proprietà veniva compiuto, negli stessi anni, dall'Umanista francese François Hotman, il quale, nel 1569, proponeva la seguente definizione: “*Dominium est ius ac potestas, re quapiam tum utendi, tum abutendi, quatenus iure civili permittitur. Nam, ut ait Imperator, rei quisque suae est arbiter et moderator*”. Qui l'elemento nuovo è costituito dal riferimento allo *ius utendi et abutendi*, che viene innestato sulla tradizionale definizione di Bartolo. Il richiamo allo *ius utendi et abutendi* è tratto dalle fonti romane, ma anche in questo caso attraverso una notevole forzatura, perché il testo ulpiano citato da Hotman concerneva non il diritto di proprietà, bensì il legato di usufrutto di cose consumabili». Le Autrici, inoltre, a pp. 18, evidenziano come «nel 1874 il Borsari, nel suo Commentario al Codice civile italiano del 1865 (Codice che notoriamente costituì, in molti punti, una riproduzione pedissequa di quello francese del 1804) scriveva che “secondo le leggi romane, *dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*” 49. L'inesattezza fu finalmente rilevata dal Brugi, il quale, nel 1923, nel suo trattato sulla proprietà, lamentò che la formula *proprietatis est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur* “purtroppo (...) ha finito con l'essere attribuita ai giureconsulti romani anche da persone che primeggiano per scienza ed autorità”».

⁵ Sulla ricostruzione ved. A. GAMBARO, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Giuffrè, Milano 1975, richiamato in G. ALPA, M. BESSONE, A. FUSARO, *Jus Aedificandi e problemi di disciplina della proprietà*, in www.ambienteditto.it.

sviluppo dell'area. Per tale motivo la trama urbanistica delle città poteva risultare incoerente, atteso che il potere economico di alcuni proprietari – in grado di acquistare la servitù dai propri confinanti – poteva condurre a delle edificazioni “prepotenti” ed “occlusive”.

Il sistema, in realtà, operava una commistione tra pubblico e privato⁶, in quanto il divieto di interesse generale (quello alla modifica del *vetus ordo aedificorum*), sempre privo di una *ratio* unitaria di fondo, veniva tutelato (in)direttamente del privato titolare della *servitus altius non tollendi*.

L'assenza di un'idea urbanistica –come modernamente intesa, di sviluppo razionale del territorio– aveva condotto anche alla concezione di un'altra soluzione ricostruttiva diretta a mitigare l'assolutezza del diritto di proprietà: concepire gli interventi edilizi quali potenziali atti emulativi⁷.

Secondo tale modello tutte le edificazioni dovevano essere concepite in astratto come atti in danno dei confinanti, presupponendo la sussistenza dell'*animus nocendi*, caratteristica propria degli atti emulativi. Era, dunque, il proprietario-costruttore a dover provare l'inesistenza dell'*animus* dimostrando in concreto l'utilità dell'opera, mentre il vicino poteva limitarsi ad allegare il “fatto” dell'edificazione, essendo sollevato da qualsivoglia dovere probatorio in merito all'elemento soggettivo che aveva condotto alla costruzione del manufatto.

La necessità di tali ricostruzioni riecheggiava una visione “assoluta” della proprietà, ancora sostanzialmente presente nel Codice del 1865⁸, pur con la mitigazione dell'uso non contrario alle leggi o ai regolamenti.

Lo *ius aedificandi*, ancora alla fine dell'800, era visto come una facoltà *pleno iure* della proprietà, il cui limite era costituito

⁶ In tale prospettiva potrebbe addirittura sostenersi, non senza forzature, che sia lumeggiata una sorta di “sussidiarietà orizzontale” *ante litteram* –del tutto sconosciuta a quel tempo– in cui il privato cittadino, seppur indirettamente e probabilmente inconsapevolmente, esercitava il proprio diritto di servitù perseguendo collateralmente l'interesse pubblico al mantenimento dell'*ordo aedificorum*.

⁷ Ved. sempre ALPA, BESSONE, FUSARO, *Jus Aedificandi e problemi di disciplina della proprietà*, cit., che richiamano GAMBARO, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, cit.

⁸ Art. 436 codice civile del 1865: «la proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti».

dall'eventuale diritto uguale e contrario vantato da altro proprietario⁹, oppure da un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti. Al di fuori di tali limitate ipotesi il proprietario poteva esercitare liberamente il proprio "diritto di costruire".

L'assolutezza del diritto dominicale era dunque ricostruita ancora in termini "negativi e residuali": tutto ciò che non fosse vietato –per contrasto o con previsioni specifiche ed eccezionali o con un pari diritto di proprietà– era legittima facoltà del proprietario.

Tuttavia iniziava a farsi strada nella disciplina positiva l'introduzione di alcuni "limiti" di natura embrionalmente pubblica.

Già lo Statuto albertino, all'art. 29¹⁰ aveva introdotto la possibilità che la proprietà –pur declinata in termini di inviolabilità– fosse "ceduta" a fronte di equa indennità, in caso di prevalente interesse pubblico.

Iniziava a profilarsi la supremazia dell'interesse pubblico sul diritto del privato in una prospettiva di funzione sociale della proprietà, che troverà poi albergo nella Carta costituzionale.

Con la Legge 20 marzo 1865 n. 2248, e l'introduzione di una primitiva disciplina sull'igiene e la salubrità pubblica ad opera degli Allegati A e C, fu riconosciuto al Sindaco il potere di rimuovere possibili cause di insalubrità legate all'edilizia.

La normazione di dettaglio di tale disciplina, in particolare, permetteva l'adozione di regolamenti che disciplinassero i rapporti edilizi

⁹ Artt. 570 codice civile del 1865: «Chi vuole fabbricare una casa, od un muro anche solo di cinta, può farlo sul confine della sua proprietà, salva sempre la facoltà al vicino di rendere il muro comune a norma dell'art. 556».

Art. 571: «quand'anche non si fabbrichi sul confine, se non si lascia la distanza almeno di un metro e mezzo, il vicino può chiedere la comunione del muro e fabbricare sin contro il medesimo pagando, oltre il valore della metà del muro, il valore del suolo che verrebbe da lui occupato, salvo che il proprietario del suolo preferisca di estendere contemporaneamente il suo edificio sino al confine.

Non volendo il vicino profittare di tale facoltà, deve fabbricare in modo che vi sia la distanza di tre metri dal muro dell'altro.

Lo stesso ha luogo in tutti gli altri casi, in cui la fabbrica del vicino si trovi distante meno di tre metri dal confine.

Si reputa nuova fabbrica anche il semplice alzamento di una casa o di un muro già sussistente».

¹⁰ Art. 29 Statuto albertino: «Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l'interesse pubblico legalmente accertato, lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi».

tra le costruzioni, sì da evitare le cd. “intercapedini nocive”, ancora oggi note nella legislazione edilizia.

L’insalubrità, dunque, è stata iconicamente la prima limitazione di carattere generale imposta al diritto di proprietà.

In tal modo, il diritto di proprietà incominciava a perdere il suo carattere di assolutezza, recedendo di fronte all’interesse pubblico generale alla salubrità degli ambienti urbani.

Il primo vero intervento normativo incidente sullo *ius aedificandi*, però, si deve rintracciare nella Legge 25 giugno 1865 n. 2359.

Tale testo normativo, adottato per disciplinare le espropriazioni per pubblica utilità, dedicò un intero capo (il Capo IV) ai piani regolatori, introducendo per la prima volta il concetto –seppur primitivo– di pianificazione urbanistica, prevedendo la facoltà (e non già l’obbligo) per i comuni di adottare sia un piano regolatore per la ricostruzione¹¹, finalizzato ad “armonizzare” l’edificato, sia un piano regolatore d’ampliamento, diretto a pianificare il modello espansivo del centro abitato¹².

Tuttavia tale disciplina non introduceva la necessità di alcuna autorizzazione per poter esercitare lo *ius aedificandi*. Il controllo sul rispetto dei parametri pianificatori rimaneva pertanto *ex post*, esercitabile attraverso un potere di tipo prettamente repressivo avverso le costruzioni in contrasto con i regolamenti comunali (e gli strumenti urbanistici).

Ciò in apparente contraddittorietà con l’introduzione di una sovraordinata disciplina pianificatoria, ma in realtà in evidente coerenza con la natura non obbligatoria, ma meramente facoltativa, dei piani regolatori.

¹¹ Art. 86 Legge 25 giugno 1865, n. 2359: «I Comuni, in cui trovasi riunita una popolazione di diecimila abitanti almeno, potranno, per causa di pubblico vantaggio determinata da attuale bisogno di provvedere alla salubrità ed alle necessarie comunicazioni, fare un piano regolatore, nel quale siano tracciate le linee da osservarsi nella ricostruzione di quella parte dell’abitato in cui sia da rimediare alla viziosa disposizione degli edifizii, per raggiungere l’intento».

¹² Art. 93 Legge 25 giugno 1865, n. 2359: «I Comuni pei quali sia dimostrata la attuale necessità di estendere l’abitato, potranno adottare un piano regolatore di ampliamento in cui siano tracciate le norme da osservarsi nella edificazione di nuovi edifizii, a fine di provvedere alla salubrità dell’abitato, ed alla più sicura, comoda e decorosa sua disposizione.

A questi piani sono applicabili le disposizioni del precedente capo».

In tale scelta può, in fondo, percepirsi la difficoltà del legislatore anche solo a lumeggiare una normativa che di fatto spostasse il fulcro della proprietà dalla sua assolutezza (che sarebbe venuta meno con la previsione di un titolo abilitativo per l'esercizio dello *ius aedificandi*), alla sua "relatività" all'interno di un piano urbanistico.

Il diritto di proprietà, dunque, rimaneva ancora una situazione giuridica soggettiva di carattere assoluto e, in astratto, inviolabile: sottoporre l'esercizio dello *ius aedificandi* ad un permesso *ex ante*, avrebbe significato riconoscere la sussistenza di un potere "superiore" in grado di "degradare" il diritto, così decostruendo il carattere dell'assolutezza. Conseguenza di una tale scelta è stata però la fallacia del solo controllo pubblico *ex post* sull'esercizio della facoltà edificatoria, inidoneo a garantire il pieno rispetto della nuova disciplina.

Il superamento di tale baluardo era, in ogni caso, prossimo, in quanto il progressivo ampliamento degli agglomerati urbani aveva fatto emergere sempre più la necessità di un controllo pubblico che "perquasse" lo sviluppo urbanistico. A fronte della crescita strutturale delle città, un sistema che affidava al solo privato cittadino, attraverso l'opposizione del proprio diritto a quello contrario del vicino, manifestava tutta la sua inadeguatezza.

In tale prospettiva, il concetto di "urbanistica" risultava di fatto limitato al solo rapporto di *vicinitas* tra due proprietà, non soddisfacendo la sua intima finalità pianificatoria-programmatica di medio-lungo periodo per un intero territorio urbano.

La necessità di un provvedimento autorizzatorio fu introdotta soltanto con il r.d.l. 25 marzo 1935 n. 640, il cui art. 4¹³ imponeva la ri-

¹³ Art. 4 r.d.l. 25 marzo 1935 n. 640, rubricato "sanzioni": «Coloro che intendano fare nuove costruzioni, ovvero modificare od ampliare quelle esistenti debbono chiedere al podestà apposita autorizzazione, obbligandosi ad osservare le norme particolari dei regolamenti di edilizia e d'igiene comunali.

La domanda di autorizzazione deve contenere l'elezione di domicilio nel comune dove si eseguono i lavori, oltre quelle altre formalità richieste dalle locali disposizioni regolamentari.

Qualora i lavori iniziati in base ad autorizzazione non siano condotti secondo le norme stabilite dal regolamento edilizio comunale, il podestà, fatti gli accertamenti del caso, ne ordina la sospensione.

Contro l'ordinanza del podestà, da notificarsi al proprietario nel domicilio eletto sulla domanda di autorizzazione, è ammesso ricorso al prefetto, il quale decide con provvedimento definitivo. Il ricorso non ha effetto sospensivo.

Qualora vengano iniziati i lavori senza autorizzazione ovvero vengano proseguiti quelli per i quali sia stata notificata ordinanza di sospensione, il podestà ordina la de-

chiesta di apposita autorizzazione al Podestà, ma soltanto per le costruzioni che interessassero aree colpite da fenomeni sismici.

Per la prima volta, seppur con carattere di eccezionalità, l'esercizio di una facoltà intimamente connessa al diritto assoluto di proprietà fu sottoposta –per ragioni di interesse pubblico– alla verifica *ex ante* dell'autorità amministrativa.

La scelta di procedimentalizzare¹⁴ lo *ius aedificandi* per le sole aree colpite da terremoti ha –ad avviso dello scrivente– una notevole rilevanza ricostruttiva.

In tali aree, infatti, l'interesse pubblico al controllo delle modalità costruttive era particolarmente rilevante, in ragione delle rovinose conseguenze che sarebbero potute discendere da una edificazione scellerata.

L'analisi del contesto, dunque, offriva gli elementi esegetici per ricondurre a coerenza il sistema, salvaguardando ancora il paradigma dell'assolutezza del diritto di proprietà.

Quest'ultima, infatti, rimaneva sempre assoluta ed inviolabile, recedendo soltanto di fronte ad interessi pubblici particolarmente qualificati e sensibili, oggetto di legislazione speciale e che interessavano aree circoscritte.

Di conseguenza anche lo *ius aedificandi* conservava la sua natura di facoltà *pleno iure*, il cui esercizio poteva essere procedimentalizzato soltanto in specifiche ipotesi rigidamente codificate da appositi interventi normativi.

3. Il 1942 e la rivoluzione della licenza edilizia

Il 1942 segna una svolta epocale per il diritto di proprietà e per lo *ius aedificandi*.

molizione a spese del contravventore senza pregiudizio delle sanzioni penali di cui all'art. 106 del t. u. della legge comunale e provinciale o di quelle maggiori contenute nei regolamenti edilizi.

L'ordinanza del podestà ha carattere di provvedimento definitivo».

¹⁴ Appare, in rapporto alla disciplina amministrativa *ratione temporis* esistente, improprio parlare di “procedimentalizzazione”. La strutturazione del procedimento amministrativo, infatti, è stata una conquista ben successiva. Tuttavia l'utilizzo di tale terminologia appare funzionale al prosieguo della trattazione, per introdurre i successivi interventi legislativi che hanno di fatto disancorato lo *ius aedificandi* dal diritto di proprietà.

Il “nuovo” Codice civile¹⁵, accogliendo la lenta erosione del precedente impianto, abbandonò la concezione assoluta della proprietà, affermandone la natura «piena ed esclusiva, entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico» (art. 832).

La proprietà non configurava più –neppure in linea teorica– uno *ius utendi ac abutendi*, ma veniva “degradato” da diritto assoluto a diritto “pieno”.

Il suo esercizio, dunque, soffriva le limitazioni che l’Ordinamento giuridico riteneva necessario imporre. In conseguenza di ciò la potestà amministrativa prevaleva direttamente sulla proprietà privata.

Tale nuova impostazione si rinsaldava, e trovava conferma, nella coeva promulgazione della Legge urbanistica: la n. 1150 del 17 agosto 1942.

Detto testo poneva finalmente le basi dell’urbanistica moderna prevedendo l’obbligatorietà –ancorché per i Comuni più importanti appositamente censiti dal Ministero dei lavori pubblici– del piano regolatore generale.

Diretta conseguenza della generalizzazione, in ogni caso parziale, della pianificazione comunale è stata la scorporazione e separazione tra l’edilizia e l’urbanistica, il cui rapporto veniva declinato in una prospettiva di supremazia: l’edilizia diveniva lo strumento con cui dare attuazione alle sovraordinate e prevalenti scelte pianificatorie¹⁶.

Positivizzare la supremazia della pianificazione urbanistica, figlia di scelte politiche, significava dunque acclarare la supremazia della potestà pubblica sulla proprietà privata e, di conseguenza, sull’esercizio dello *ius aedificandi*¹⁷.

¹⁵ Approvato con regio decreto n. 292 del 16 marzo 1942.

¹⁶ G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano 2003, pp.3 ss.; G. GUZZO, G. PALLIGIANO, *L’attività edilizia. Titoli, procedure, sanzioni e tutela*, Giuffrè, Milano 2018, p. 8. La distinzione tra edilizia ed urbanistica è rimasta sostanzialmente invariata fino al 2001, anno in cui l’adozione del Testo Unico dell’Edilizia e la l. cost. 3/2001 hanno introdotto e codificato il concetto unitario di “governo del territorio”, conducendo ad una perfusione tra la disciplina edilizia e quella urbanistica.

¹⁷ Il nuovo impianto ricevette, come si vedrà *infra*, l’avallo anche della Carta costituzionale, il cui art. 42 espressamente affida alla legge la regolamentazione dei modi di godimenti e la possibile introduzione di limiti per garantirne la funzione sociale.

Con ciò dunque si riconduceva a coerenza l'intero sistema, demolendo definitivamente il baluardo dell'assolutezza del diritto di proprietà.

Per tradurre in concreto la supremazia delle scelte pianificatorie, la Legge urbanistica introdusse uno strumento di controllo *ex ante* dell'attività edificatoria: la licenza edilizia.

L'art. 31 della L. n. 1150 del 17 agosto 1942¹⁸, infatti, prevedeva – per i comuni dotati di piano regolatore – la necessità di acquisire preventivamente detta licenza per poter validamente esercitare le facoltà edificatorie connesse alla proprietà.

È l'inizio della procedimentalizzazione diffusa della facoltà edificatoria. Quest'ultima non era più libera e limitata soltanto da un pari diritto opponibile da altro titolare di diritto soggettivo, ma avrebbe dovuto conformarsi alle scelte di sviluppo imposte dalla politica, a prescindere, ed in aggiunta, al contrasto con le posizioni giuridiche dei confinanti.

Il legame tra strumento urbanistico e diritto di proprietà, quindi, inizia a ricalcare il modello tipico del rapporto autorità–libertà, ovvero una posizione giuridica del privato in linea teorica libera, ma che può (in ragione della parziale obbligatorietà dei piani regolatori soltanto per alcuni comuni) subire limitazioni ad opera dell'atto amministrativo pianificatorio¹⁹.

Lo *ius aedificandi* fuoriusciva definitivamente dalla sola sfera civilistica, arricchendosi dei profili amministrativi di compatibilità con la strumentazione urbanistica.

Esso era, però, ancora intimamente interconnesso con il diritto di proprietà cui ineriva.

¹⁸ Art. 31 L. 1150 del 1942: «Chiunque intenda eseguire nuove costruzioni edilizie ovvero ampliare quelle esistenti o modificarne la struttura o l'aspetto nei centri abitati ed ove esista il piano regolatore comunale, anche dentro le zone di espansione di cui al n. 2 dell'art. 7, deve chiedere apposita licenza al podestà del comune.

Le determinazioni del podestà sulle domande di licenza di costruzioni devono essere notificate all'interessato non oltre il sessantesimo giorno della ricezione delle domande stesse.

Il committente titolare della licenza e l'assuntore dei lavori di costruzioni responsabili di ogni inosservanza così delle norme generali di legge e di regolamento come delle modalità esecutive che siano fissate nella licenza di costruzione».

¹⁹ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico – manuale breve*, Giuffrè, Milano 2014, p. 8.

In tale prospettiva, dirimente – in termini ricostruttivi – è risultato l'utilizzo dell'istituto della licenza, che sussume il potere esercitato dall'amministrazione alla categoria dell'autorizzazione, da intendersi – secondo il meccanismo della riespansione delle situazioni giuridiche pretensive – quale eliminazione del limite all'esercizio di un "diritto"²⁰. In linea astratta il proprietario è titolare di un diritto *pleno iure* di edificare liberamente (sempre entro i confini determinati dai pari diritti dei confinanti), al quale la sovraordinata pianificazione urbanistica può imporre dei limiti riconducibili alla finalità pubblica di sviluppo dei centri abitati.

La procedimentalizzazione rimaneva, in ogni caso, strettamente subordinata all'adozione del piano regolatore.

Lo stesso art. 31 L. n. 1150 del 1942 –con previsione che rimarrà invariata fino al 1967– stabiliva la necessità della licenza soltanto in presenza di uno strumento urbanistico, ovvero all'interno del centro abitato. Al di fuori di tali ipotesi l'edilizia rimaneva totalmente libera.

Ne discendeva, pur nella *deminutio* del diritto di proprietà da diritto assoluto e diritto pieno, la piena conferma del rapporto di cointeressenza tra *ius aedificandi* e diritto dominicale, in cui il primo è "mera" facoltà del secondo.

Inoltre attenta dottrina aveva fin da allora evidenziato il carattere dell'obbligatorietà della licenza edilizia, da intendersi quale assenza di valutazione discrezionale a fronte di una mera verifica di rispetto delle previsioni urbanistiche²¹.

Per tale ragione la giurisprudenza inquadrava la licenza edilizia prevista dalla Legge Urbanistica quale autorizzazione permissiva²², in cui non residuava alcuna discrezionalità valutativa.

²⁰ Per una disamina esaustiva sui profili caratterizzanti del potere di autorizzazione si rimanda a R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. I, Cedam, Padova 2011, pp. 887 ss.

²¹ N. CENTOFANTI, M. FAVAGROSSA, P. CENTOFANTI, *Diritto urbanistico*, Cedam, Padova 2012, pp. 514 ss., in cui si richiama N. ASSINI, M. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano 1997, p. 547, secondo cui la libertà discrezionale di valutazione dell'amministrazione nel rilascio della licenza edilizia si restringe progressivamente all'aumentare del livello di dettaglio della pianificazione.

²² Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 1967, n. 421;

4. *Lo ius aedificandi nella Costituzione e gli interventi della Corte costituzionale*

Ad arricchire il dibattito è intervenuta poi la Carta costituzionale, il cui art. 42 offrì una diversa nozione concettuale del diritto di proprietà²³.

Il contenuto del diritto di proprietà, divisato nel codice civile come “pieno ed esclusivo” veniva ad essere modulato, riconoscendo un “contenuto minimo essenziale” che variava in ragione dei pesi e dei limiti che la legge imponeva sulle singole aree²⁴.

²³ Art. 42 Cost: «La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti [Cost. 44, 47].

La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità». In materia vedi *amplius* A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano 1995, pp. 41.

²⁴Per una ricostruzione delle teorie sviluppate ved. D.M. TRAINA, *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, in www.cesifin.it, pp. 23 ss. A favore di una garanzia sostanziale del diritto di proprietà, consistente nel “contenuto minimo essenziale”, ved. A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in AA.VV., *Atti del convegno di studi giuridici sulla tutela del paesaggio*, Giuffrè, Milano 1963; G. D'ANGELO, *Limitazioni autoritative alla facoltà di edificazione e diritto all'indennizzo*, Morano, Napoli 1964; A. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, XXVI (1972), pp. 953-961; L. MAZZAROLLI, *Riconoscimento e garanzia della proprietà privata tra leggi di eversione e sentenze di salvaguardia*, in AA.VV., *Libertà: abitare e intraprendere. Atti del convegno, Torino, 20-22 maggio 1982*, cur. M.A. Cattaneo, ESI, Napoli 1983, pp. 177 ss.; L. MENGONI, *Proprietà e Libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, Jovene, Napoli 1988, pp. 427 ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in AA. VV., *Trattato di diritto civile e commerciale*, cur. A. Cicu, F. Messineo, Vol. VIII, Giuffrè, Milano 1995; P. MARZARO GAMBA, *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti – garanzia della proprietà e scelta della P.A.*, Cedam, Padova 2002. *Contra*, a favore di una garanzia meramente “formale” del diritto di proprietà, in cui non v'è alcun contenuto minimo costituzionalmente garantito ved., *ex plurimis*, G. MOTZO, A. PIRAS, *Espropriazione e pubblica utilità*, in *Giur. cost.*, (1959), II, pp. 151 ss.; A. PREDIERI, *Espropriazione e regime di proprietà delle aree edificabili*, in *Giur. cost.*, (1968), p. 1298; M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. Dir.*, II, 1971, p. 443; D. SORACE, *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, Giuffrè, Milano 1974; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n. 260 del 1976)*, in *Giur. cost.*, n. 8 (1977), p. 1345; S. RODOTÀ, *Commento all'art. 42*, in AA. VV., *Commentario alla Costituzione*, cur. G. Branca, I rapporti eco-

L'adozione della Carta costituzionale consacrava, dunque, il passaggio dal modello tradizionale del diritto di proprietà, che perde i connotati di assolutezza e pienezza, in favore di una sua rimeditazione in termini di sfruttamento imprenditoriale.

Eloquente di tale novità è l'inserimento dell'art. 42 nell'ambito dei rapporti economici nel titolo III della Costituzione²⁵, e non già tra i diritti fondamentali.

Diretto riflesso di tale nuovo modello –che demolisce definitivamente la obsoleta concezione della proprietà, assegnandole una funzione sociale che trova la sua attuazione proprio attraverso l'armonizzazione con la disciplina urbanistica– è la decostruzione del rapporto di interessenza tra proprietà e diritti edificatori.

Quest'ultimi, infatti, possono essere compresi in ragione dell'utilità sociale della proprietà, non rientrando più necessariamente nel contenuto minimo essenziale del diritto dominicale.

Ciò, all'indomani della promulgazione della Carta costituzionale, condusse a ritenere del tutto scorporato lo *ius aedificandi* dal diritto di proprietà.

Scorporazione che ha raggiunto il suo completamento con la "Legge Ponte"²⁶, la quale ha novellato l'art. 31 della L. 1150 del 1942 estendendo l'obbligo di licenza edilizia a tutto il territorio comunale, indipendentemente dall'esistenza di un piano regolatore.

La procedimentalizzazione dello *ius aedificandi* si è dunque generalizzata, disancorandosi dalla necessità di una superiore previsione pianificatoria rispetto alla quale operare la verifica di conformità.

Giova tuttavia osservare che, ancora nel 1967 (ed invero fino alla Legge 10 gennaio 1977, n. 10), tale procedimentalizzazione evocava la natura meramente "accertativa" del controllo amministrativo.

nomici, II, Zanichelli, Bologna – Roma 1982, pp. 76 ss.; P. STELLA RICHTER, *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, (1991), p. 582.

²⁵ G. ROLLA, *La disciplina costituzionale della proprietà privata in Italia*, (presentazione al seminario internazionale S. Josè del Costa Rica, 26-30 marzo 2011, in www.unisi.it/ricerca/dir.ec/comparato/agor.html, 4, secondo cui tale nuova prospettiva induce a ritenere che la proprietà non possa più essere considerata diritto inviolabile).

²⁶ Legge 6 agosto 1967, n. 765. L'art. 10 ha novellato, per quanto di interesse, l'art. 31 della legge urbanistica prevedendo che «Chiunque intenda nell'ambito del territorio comunale eseguire nuove costruzioni, ampliare, modificare o demolire quelle esistenti ovvero procedere all'esecuzione di opere di urbanizzazione del terreno, deve chiedere apposita licenza al sindaco».

L'assenza di formalismi²⁷ per l'adozione del provvedimento autorizzativo, ad avviso di chi scrive, ossequiava ancora la concezione della facoltà edificatoria quale *ius*.

Era dunque sufficiente la sussistenza di *facta concludentia* per ritenere adottato il provvedimento autorizzativo edilizio.

In tale mutato contesto, si fecero strada due principali teorie ricostruttive dello *ius aedificandi*²⁸.

²⁷ Fino all'entrata in vigore della Legge 10 gennaio 1977 n. 10, in materia edilizia ha retto il principio di libertà della forma provvedimento, tal per cui anche il parere positivo della C.E.C., avallato dal Sindaco quale Organo competente *ex art.* 31 L. 1150/1942, equivaleva ad ogni effetto di legge alla licenza edilizia.

Sul punto granitica e consolidata giurisprudenza ha affermato che «in assenza di norme che, quanto meno fino all'entrata in vigore della L. 10 gennaio 1977 n. 10, richiedessero una forma predeterminata per il provvedimento col quale veniva assentita una licenza di costruzione, deve ritenersi che l'approvazione apposta dal Sindaco al verbale della seduta della Commissione edilizia nella quale era stato espresso parere favorevole al progetto esibito costituisce vera e propria determinazione positiva sulla domanda»; tal per cui il successivo provvedimento formale, lungi dal rivestire carattere costitutivo esprimeva un «contenuto meramente ricognitivo e non poteva essere negato» (Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 1986, n. 607; Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 1984, n. 376; Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 1981, n. 157; Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 1980, n. 669; recentemente, *a contrario* confermando il precedente orientamento Cons. Stato, sez. VI, 2 dicembre 2013, n. 5732; Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3608; Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3599; Cons. Stato, sez. IV, 22 febbraio 1999, n. 209; Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 1998, n. 1368). Detta giurisprudenza, dunque, recuperava ed applicava –ad una materia non ancora attinta da regole formalistiche– la teoria del cd. “provvedimento implicito”. Per R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, Roma 2010, pp. 569 ss., si ha un provvedimento implicito laddove la legge non prescriva un contenuto formale tipico per l'adozione dell'atto, sicché questo può essere validamente rappresentato da un comportamento della P.A. che non viene esplicitato in senso formale, ma ciononostante «è atto amministrativo a tutti gli effetti e dal quale può desumersi la volontà dell'Amministrazione. ... Nell'atto implicito la volontà si ricava da altro provvedimento o da un comportamento, sicché l'atto è pur sempre esteriorizzato, anche se soltanto in forma indiretta». In tal senso ved. anche E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2007, p. 507; M. TUCCI, *L'atto amministrativo implicito*, Giuffrè, Milano 1990. In giurisprudenza proprio sulle licenze edilizie *ante* L. 10/1977 cfr. T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 11 giugno 2014, n. 254; T.A.R. Campania Napoli, 14 maggio 2014, n. 2661; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 13 giugno 2013, n. 1741; Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5758.

²⁸ In realtà le ipotesi ricostruttive che si avvicendarono furono molteplici. Vi furono posizioni più radicali ed estreme, quali quelle di S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione*, Giuffrè, Milano 1996, secondo cui l'art. 42 Cost. aveva in realtà costituzionalizzato la nozione di proprietà contenuta nel codice civile o di MAZZA-

Una parte della dottrina, in ragione del nuovo assetto consegnato dall'art. 42 Cost. ritenne "avocata" la facoltà edificatoria in capo allo Stato, che la attribuiva al privato dietro compenso e previa verifica della sua compatibilità con la strumentazione urbanistica.

Secondo tale teoria – definita dell'attribuzione – lo *ius aedificandi* non rientrava nel contenuto minimo essenziale del diritto di proprietà²⁹.

Altra dottrina, recuperando la concezione "monolitica" del diritto di proprietà, sosteneva invece la teoria della "conformazione", secondo la quale le facoltà edificatorie sono sempre parte integrante del diritto dominicale. È soltanto l'esercizio dello *ius aedificandi* a doversi conformare ai limiti imposti dalle esigenze pubbliche racchiuse nella programmazione urbanistica.

Tale tesi, se da un lato, offriva la giustificazione alla compressione del diritto di edificazione per categorie generali di beni, imposta dalle scelte urbanistiche, dall'altro suggeriva la necessità di uno strumento perequativo che rendesse i limiti conformativi più equanimi e proporzionali.

Lo scontro tra le due antitetiche posizioni fu alimentato dagli interventi della Corte costituzionale con le note sentenze 20 gennaio 1966 n. 6³⁰ e 9 maggio 1968 n. 55³¹ le quali in sintesi, confermarono,

ROLLI, *Riconoscimento e garanzia*, cit., che individuava una base intangibile del diritto di proprietà nella facoltà di trarre dal bene tutte le utilità che la conformazione del bene stesso permetteva.

²⁹ A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Giuffrè, Milano 1977, pp. 48 ss.; A.M. SANDULLI, *Nuove regime dei suoli e Costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, (1978), II, pp. 73 ss.; F. PAGANO, *Incostituzionale il mancato riconoscimento della vendita ad alcuni proprietari oppure l'attribuzione ad altri del privilegio edificatorio?*, in *Riv. giur. ed.*, (1984), II, pp. 263 ss. Preme evidenziare come tale teoria fu sostenuta proprio da Sandulli, nonostante lo stesso fosse il Presidente della Consulta al momento della pubblicazione della sentenza n. 55 del 1968.

³⁰ Corte Costituzionale, 20 gennaio 1966, n. 6: «Giova, anzitutto, affermare che la nozione di espropriazione enunciata nell'art. 42, terzo comma, Cost. non può essere ristretta al concetto di trasferimento coattivo né l'obbligo della indennizzabilità può essere ricondotto esclusivamente a tale concetto.

Già nel periodo anteriore alla Costituzione vigente era pacifica l'indennizzabilità in alcuni casi nei quali non si aveva trasferimento, fossero o no tali casi classificabili sotto il concetto di espropriazione: si ricordino i casi di requisizione in uso, di occupazioni temporanee, di danno permanente conseguente all'esecuzione di opere pubbliche; la imposizione di talune servitù; la eliminazione di servitù senza il trasferimento della servitù stessa ad altri.

Del resto anche nel caso previsto dall'art. 3, primo comma, della legge denunciata la legge stessa prevede il diritto ad indennità anche se non si verificano trasferimenti.

Ora, se è vero che il Costituente nel parlare di espropriazione si è riferito a questo istituto quale risultava dalla tradizione in atto, è pure certo, da un canto, che la tradizione conosceva espropriazioni non traslative e, dall'altro, che con l'art. 42, terzo comma, non fu esclusa l'indennizzabilità per i casi in cui il diritto vigente ammetteva - ed ammette - l'indennizzabilità anche se non sussista trasferimento di diritti.

Lo Statuto Albertino, mentre dichiarava inviolabile la proprietà, permetteva, dato il suo carattere di flessibilità, che la legge ordinaria limitasse o addirittura sottraesse il diritto all'indennizzo.

All'opposto, la Costituzione vigente, per un verso, accorda una minore tutela, ma, per l'altro, stante il suo carattere rigido, non ammette la legittimità di una legge ordinaria che disponendo o autorizzando misure espropriative, neghi l'indennizzo.

Che cosa debba intendersi per espropriazione ai sensi del terzo comma dell'art. 42 risulta dal confronto di questa norma con i due commi precedenti dello stesso articolo.

Con il primo comma e con la prima parte del secondo comma, si afferma, in correlazione con altri articoli, quali precipuamente il 41, il 43 ed il 44, il principio che l'istituto della proprietà privata è garantito; con la seconda parte del secondo comma si enuncia che la legge ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti; nel terzo comma si prevede che la proprietà può essere espropriata, salvo indennizzo.

Ciò comporta che la determinazione dei modi di acquisto e di godimento e dei limiti, volta, come deve essere, a regolare l'istituto della proprietà privata, a stabilirne, cioè, la configurazione nell'ordinamento positivo, non può violare la garanzia accordata dalla Costituzione al diritto di proprietà, sopprimendo l'istituto della proprietà privata o negando ovvero comprimendo singoli diritti senza indennizzo.

La logica del sistema impone di considerare che la violazione della garanzia si avrebbe non soltanto nei casi in cui fosse posta in essere una traslazione totale o parziale del diritto, ma anche nei casi in cui, pur restando intatta la titolarità, il diritto di proprietà venisse annullato o menomato senza indennizzo».

³¹ Corte Costituzionale 9 maggio 1968, n. 55: «Secondo i concetti, sempre più progredienti, di solidarietà sociale, resta escluso che il diritto di proprietà possa venire inteso come dominio assoluto ed illimitato sui beni propri, dovendosi invece ritenerlo caratterizzato dall'attitudine di essere sottoposto nel suo contenuto, ad un regime che la Costituzione lascia al legislatore di determinare. Nel determinare tale regime, il legislatore può persino escludere la proprietà privata di certe categorie di beni, come pure può imporre, sempre per categorie di beni, talune limitazioni in via generale, ovvero autorizzare imposizioni a titolo particolare, con diversa gradazione e più o meno accentuata restrizione delle facoltà di godimento e di disposizione. Ma tali imposizioni a titolo particolare non possono mai eccedere, senza indennizzo, quella portata, al di là della quale il sacrificio imposto venga a incidere sul bene, oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale, quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico. Al di là di tale confine, essa assume carattere espropriativo. I commi secondo e terzo dell'art. 42 (e quest'ultimo come già interpretato dalla Corte) vanno insieme considerati e coordinati, per ricavarne, - alla stregua di quello che, in base all'ordinamento giuridico attuale, rappresenta il vigente, concreto regime di appartenenza dei beni (art. 42, secondo comma) - l'identificazione dei casi, nei quali, incidendo essi negativamente, a titolo

anche all'indomani dell'approvazione dell'art. 42 Cost., l'inerenza dello *ius aedificandi* con il diritto di proprietà.

Soltanto in tale modo, infatti, nel ragionamento seguito dalla Consulta, si poteva ricondurre a coerenza la coesistenza della garanzia di istituto contenuta nell'art. 42 Cost. con il coevo potere del legislatore di avocare o sopprimere la proprietà privata ed imporre limiti alle facoltà di godimento per il perseguimento dell'utilità sociale. Limiti che, in ogni caso, non potevano spingersi fino allo svuotamento complessivo del diritto di proprietà³².

Detti approdi furono ferocemente contestati³³ da chi sosteneva la necessaria esclusione dell'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà, in ragione del fatto che l'edificabilità dei suoli – con l'introduzione dell'urbanistica – non era più una qualità intrinseca del bene, ma veniva in rilievo solo in conseguenza della destinazione specifica impressa all'esito della sequenza gradualistica legge–piano–licenza, passando da previsioni astratte a comandi concreti³⁴.

individuale, sulla proprietà riconosciuta secondo il regime stesso, occorre far luogo all'indennizzo (art. 42, terzo comma). 5.-Secondo il regime di appartenenza, quale risulta dalla vigente legislazione, e dalla stessa legislazione urbanistica, i beni immobili che ricadono nella sfera d'applicazione di quest'ultima, continuano ad essere considerati, in via di principio ed in conformità della tradizione, di pertinenza del proprietario, con gli attributi inerenti alla loro possibilità di utilizzazione. Come è stato posto in evidenza al n. 3, è la stessa vigente legge urbanistica a considerare inerente esclusivamente alla proprietà ogni attributo dell'immobile: non altrimenti dai proprietari non assoggettati da quella legge ad un vincolo, anche i proprietari che vengono a subire un trasferimento coattivo conseguono il valore venale attuale dei beni (art. 37).

Per evitare lo sconfinato arbitrio del singolo e disciplinarne l'esercizio del diritto, e per dare un ordine e un'armonia allo sviluppo dei centri abitati, la proprietà in questione è tuttavia sottoposta ad alcuni limiti, in relazione alla funzione sociale propria di essa. Tra questi limiti vanno senz'altro ritenuti legittimi, prima di tutto, perché compatibili con l'anzidetto sistema, quelli che possono essere considerati connessi e connaturali a detta proprietà, in quanto hanno per scopo una disciplina dell'edilizia urbana nei suoi molteplici aspetti (inerenti all'intensità estensiva e volumetrica, alla localizzazione, al decoro e simili), quali questa Corte ha già avuto occasione di indicare con la sentenza n. 38 del 1966 emessa nella prima fase di questo giudizio. In questo senso e con questo significato, la Corte, fin dalla sentenza n. 64 del 1963, con riferimento alla legge urbanistica ed all'art. 42, secondo comma, della Costituzione, ha, appunto perciò, riconosciuta legittima costituzionalmente l'imposizione di siffatti limiti».

³² Sulla ricostruzione di tutta l'evoluzione dottrinale e storica si rimanda a TRAIANA, *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, cit.

³³ G. MORBIDELLI, *Note sulla giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. espropriazioni sostanziali*, in *Foro Amm.*, (1970), II pp. 324 ss.

³⁴ A. PREDIERI, *Riserva della facoltà di edificare e proprietà funzionalizzata delle*

Il contrasto fu, apparentemente, risolto dalla promulgazione della Legge n. 10 del 1977 (cd. Bucalossi) che, operando una modifica semantica del titolo abilitativo edilizio, introdusse la fattispecie della concessione edilizia.

Il richiamo espresso al potere concessorio³⁵ apparve come l'atto finale della scorporazione dello *ius aedificandi* dal diritto di proprietà³⁶, e la definitiva supremazia della teoria dell'attribuzione.

La presa di posizione del legislatore, per la dottrina, permetteva «di superare le conseguenze della decisione della Corte: l'attività edificatoria viene infatti subordinata alla concessione rilasciata dall'autorità pubblica e quindi non può parlarsi di vincoli che la colpiscono prima del formale provvedimento di concessione»³⁷.

Inoltre, la prescritta formalizzazione del provvedimento brigava in favore della totale procedimentalizzazione dello *ius*, il cui esercizio richiedeva necessariamente l'adozione di un formale atto avente natura provvedimento consacrato in modelli tassativi e nominativi.

Tuttavia il tentativo chiarificatore perseguito dal legislatore lasciava adito a svariati dubbi, stridendo con la natura stessa del potere concessorio.

La concessione edilizia, infatti, era intesa come un "atto dovuto" ove fossero rispettati tutti i parametri imposti dalla legge e dal piano regolatore, peraltro dotato dei caratteri dell'irrevocabilità e della trasferibilità, alla stregua di un vero e proprio "acquisto" del diritto edificatorio.

Caratteri, questi, del tutto estranei ai provvedimenti concessori, ove la pubblica amministrazione è invero titolare del duplice potere di negare l'attribuzione per ragioni di opportunità ed interesse e di revo-

are fabbricabili, in A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Giuffrè, Milano 1969.

³⁵ Per una trattazione dei caratteri del potere concessorio si rimanda a GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., Vol. II, pp. 937 ss.

³⁶ PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, cit.

³⁷ D.M. TRAINA, *Circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 23, che richiama la posizione di A. Gambaro e P. Schlesinger, i quali evidenziano, tuttavia, come la *voluntas legis* non fosse univoca, atteso che mentre nei lavori parlamentari si esprimeva la chiara volontà di operare uno scorporo dello *ius aedificandi*, fu comunque bocciato un emendamento che proponeva espressamente nel testo di legge la separazione del diritto di edificazione dal diritto dominicale. Cfr. A. GAMBARO, P. SCHLESINGER, *Commento all'art. 1, legge 28 gennaio 1977, n. 10*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, p. 20.

care in ogni momento la situazione giuridica costituita in capo al privato³⁸; mentre, specularmente, quest'ultimo non poteva trasferire quanto concesso in quanto situazione giuridica attribuita *propter personam*.

La natura quasi accertativa del provvedimento, poi, elideva totalmente qualsivoglia esercizio di discrezionalità da parte della pubblica amministrazione, già così fuoriuscendo dal paradigma procedimentale della concessione.

Ed infatti il quadro di apparente chiarezza ottenuto non ebbe lunga vita.

Con la sentenza n. 5 del 1980 la Consulta –chiamata ad esprimersi sull'indennità di esproprio dei suoli edificatori al valore agricolo medio, divisata dall'art. 14 della Legge Bucalossi– specificò inequivocabilmente che il diritto di edificazione era in ogni caso connaturato alla proprietà e che la concessione, in disparte il *nomen iuris* utilizzato, non costituiva un “nuovo” diritto ma –in continuità con la precedente licenza edilizia– autorizzava all'esercizio di facoltà preesistenti³⁹.

5. *Lo ius aedificandi come diritto “autonomo”. Il superamento della procedimentalizzazione e la “deprovincializzazione” dell'edificazione.*

Con il sopra citato arresto della Corte costituzionale il dibattito sembra acquietarsi, accettandosi la connaturazione del diritto di edificazione al diritto dominicale del proprietario.

L'intero costrutto poggiava –abbastanza solidamente– sulla capacità edificatoria che la proprietà manteneva anche in assenza di una pianificazione urbanistica⁴⁰.

³⁸ Preme osservare l'ovvio, ovverosia che il potere di revoca non era –*ratione temporis*– accompagnato dalla cautela che saranno introdotte soltanto 35 anni dopo con la Legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha introdotto il Capo IV *bis* alla Legge 7 agosto 1990, n. 241.

³⁹ Corte costituzionale 30 gennaio 1980, n. 5: « ... la concessione a edificare non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti, sicché sotto questo profilo non adempie a funzione sostanzialmente diversa da quella dell'antica licenza, avendo lo scopo di accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto, nei limiti in cui il sistema normativo ne riconosce e tutela la sussistenza».

⁴⁰ Secondo P. URBANI, *Il tema del contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, in www.giustamm.it, richiamato da TRAINA, *Circolazione*,

Ciò permetteva di avallare le conclusioni della Consulta, ritraendo quel contenuto minimo essenziale in una capacità edificatoria che non poteva mai totalmente sopprimersi, se non innanzi ad un interesse giuridico più forte, individuabile in specifici vincoli posti a tutela del patrimonio artistico, storico, paesaggistico ed ambientale.

Tuttavia l'approvazione del d.P.R 6 giugno 2001, n. 380, noto come Testo Unico sull'Edilizia, ha operato un'inversione di prospettiva.

L'art. 9, infatti, sempre riconoscendo il *quid minimum* di edificabilità, ha fatto salvi «i più restrittivi limiti fissati dalle leggi regionali».

Attenta dottrina ha, in tali “poche parole”, rintracciato una “rivoluzione”⁴¹, evidenziando come sia stato attribuito al legislatore regionale la possibilità di incidere negativamente sulla capacità edificatoria minima prevista dalla norma statale. Incisione che, estremizzata, potrebbe spingersi fino ad una soppressione totale dello *ius aedificandi*.

La possibilità per le Regioni di sopprimere l'edificabilità dei suoli⁴² condurrebbe, inevitabilmente, ad attribuire all'attività pianificatoria una funzione “generatrice” del diritto di edificare, prima non così chiaramente espressa.

Lo *ius aedificandi* non sarebbe più contenuto intrinseco, ed invero qualificante, del diritto di proprietà, ma sorgerebbe soltanto in conseguenza della qualificazione impressa dallo strumento urbanistico all'area.

cit., pp. 29 nota 48, gli *standard* minimi previsti dall'art. 4 ultimo comma della Legge Bucalossi, e trasposti nell'art. 9 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, costituirebbero il contenuto minimo essenziale del diritto di proprietà.

⁴¹ Ivi, pp.30 e ss.

⁴² TRAINA (*ibidem*) evidenzia come molte regione si siano appiattite sulla previsione statale, mentre altre abbiano introdotto limiti più stringenti, sempre riconoscendo l'edificabilità minima prevista dall'art. 9 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. Altre ancora, quali la Toscana, il Veneto, il Piemonte e la Provincia di Bolzano, hanno escluso ogni edificabilità al di fuori dei piani regolatori, salvo che per fini agricoli. Si potrebbe opporre a tale rilievo il fatto che, in ogni caso, l'edificabilità minima sia rimasta intonsa rispetto all'utilità agricola del terreno che, di per sé, costituisce l'essenza storica del diritto di proprietà. Tuttavia, non può non notarsi come nell'odierno quadro sociale, l'utilizzo agricolo non rivesta più l'importanza che aveva in passato. In tale prospettiva, partendo da MAZZAROLLI, *Riconoscimento e garanzia*, cit., p. 181, secondo cui lo “zoccolo duro” della proprietà si rinviene nella possibilità di trarre dal bene tutte le utilità che lo stesso è in grado di offrire, potrebbe addirittura predicarsi che quella (edificabilità) finalizzata all'uso agricolo non soddisfi i requisiti minimi dello *ius aedificandi*, non garantendo minimamente le utilità che il bene, per sua natura, potrebbe offrire.

Seguendo tale abbrivio, all'indomani della promulgazione del Testo Unico sull'edilizia, non vi sarebbe più «un diritto di costruire immanente alla proprietà, ma un diritto che trae origine dal piano e che, dunque, è fin dal suo momento genetico conformato dal potere pubblico che lo forgia definendo interamente l'*an*, il *quomodo* e il *quantum* delle trasformazioni ammissibili»⁴³.

In conseguenza di ciò, la scaturigine del diritto di edificare non sarebbe più rintracciabile in una *facultas* del diritto dominicale, al massimo “compressa” per ragione di funzione sociale dalla pianificazione, ma diverrebbe la conseguenza potestativa di un provvedimento amministrativo⁴⁴: la “procedimentalizzazione” dello *ius* sarebbe dunque compiuta.

Una tale conclusione appare sicuramente coerente con la disciplina dell'espropriazione, laddove l'indennizzabilità consegue in ogni caso ad un vincolo espropriativo imposto *ex post* dopo la determinazione astratta della capacità edificatoria del lotto ad opera dallo strumento urbanistico.

Inoltre, un valido e sottovalutato argomento a sostegno della diretta discendenza dello *ius aedificandi* dalle previsioni di piano, può trarsi dalla disciplina delle cd. “zone bianche”, fenomeno sorto sotto la vigenza dell'art. 7 della Legge urbanistica, atteso che la pianificazione del territorio comunale riscontrava spesso, nella prassi, la mancata normazione di intere porzioni areali.

In tali ipotesi, dunque, si parlava di “zone bianche”, ovvero di aree prive di disciplina urbanistica, alle quali veniva applicata la norma di chiusura dell'edificazione in totale assenza di pianificazione⁴⁵.

L'evoluzione giurisprudenziale è giunta ad applicare tale disciplina anche alle aree interessate da vincoli preordinati all'esproprio, decaduti per superamento del periodo quinquennale di validità. In tale speci-

⁴³ TRAINA, *Circolazione*, cit., p. 33, il quale icasticamente sottolinea che «dal piano, dunque, il proprietario può acquistare ciò che non ha, non perdere quel che già possiede».

⁴⁴ Ivi, p. 37. L'Autore giunge a tale conclusione alla luce del ragionamento sviluppato sui “crediti edilizi”, di cui si è dato atto nella nota precedente. È interessante notare, a sostegno di tale procedimentalizzazione, che così ricostruendo lo *ius aedificandi*, la facoltà di edificazione passerebbe –recuperando una distinzione propria delle obbligazioni civilistiche– dall'essere *propter rem* ad essere *propter personam*, in quanto sarebbe liberamente utilizzabile dal titolare del credito, indipendentemente dal collegamento con la *res* di base.

⁴⁵ Prima art. 4 Legge Bucalossi, oggi art. 9 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

fica ipotesi, a differenza dell'originaria assenza di destinazione, il vincolo espropriativo veniva imposto su una capacità edificatoria *ab origine* riconosciuta dal piano urbanistico.

Tuttavia, alla scadenza del vincolo non v'era –come potrebbe intuitivamente pensarsi– una reviviscenza della precedente qualificazione urbanistica prevista dal piano. Al contrario, la costante giurisprudenza⁴⁶ ha ritenuto che la decadenza del vincolo determinasse un totale annullamento della connotazione urbanistica, da risolversi soltanto attraverso una nuova attività volitiva dell'amministrazione di attribuzione della destinazione urbanistica.

In tale conclusione trova linfa vitale l'idea che sia il piano ad attribuire e modulare la capacità edificatoria della proprietà che, di suo, ne è ontologicamente sprovvista. Se l'imposizione di un vincolo espropriativo su un'area già urbanisticamente destinata è in grado di alterare definitivamente l'edificabilità della stessa tanto da richiedere, per la rideterminazione della capacità edificatoria, una nuova espressione potestativa da parte dell'amministrazione, non può negarsi la portata "costitutiva" della previsione di piano relativamente sotto il profilo dello *ius aedificandi*.

Inoltre, una tale ricostruzione risolverebbe agilmente anche il problema, su cui si è variamente interrogata la giurisprudenza, relativo ai vincoli conformativi di inedificabilità assoluta, di cui l'esempio tipico sono le cd. "fasce di rispetto"⁴⁷.

⁴⁶ *Ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 24 settembre 1997, n. 1008, *Giur. it.*, 4, (1998), che si perita di offrire una distinzione tra le varie ipotesi di superamento della destinazione urbanistica imposta, evidenziando quanto segue: «Ai fini dell'individuazione della disciplina urbanistica applicabile nelle aree già soggette a vincoli d'inedificabilità preordinati all'espropriazione, occorre distinguere la situazione in cui la destinazione abbia perso efficacia per l'inutile decorso del termine quinquennale (nel qual caso non rivive la destinazione anteriore all'imposizione del vincolo stesso, che ha avuto vigore per cinque anni e ha reso superata la precedente disciplina, per cui trova applicazione l'art. 4 comma ult., l. 28 gennaio 1977 n. 10), rispetto a quella in cui il vincolo sia stato annullato in forza di una pronuncia giurisdizionale (nel qual caso, invece, il vincolo è eliminato in effetto *ex tunc*, con il conseguente ripristino della destinazione *quo ante*, ossia della situazione giuridica quale sarebbe stata se il vincolo annullato non fosse mai stato adottato)».

⁴⁷ Il vincolo di inedificabilità derivante dalla fascia di rispetto prescinde dalla pianificazione e dalla programmazione urbanistica, trovando la sua fonte direttamente in apposite leggi che rendono il suolo ad esso soggetto legalmente inedificabile, trattandosi di vincolo sancito nell'interesse pubblico. Ne consegue la creazione di un vero e proprio regime legale di inedificabilità per i terreni interessati da tali fasce che prevale

In dette aree, infatti, non è consentita l'edificazione (variamente in modo assoluto o relativo) senza che il proprietario –in linea di principio– riceva alcun indennizzo per la soppressione della capacità edificatoria⁴⁸, elisa in ragione di una massima funzione sociale.

e non può essere derogato neppure da parte degli strumenti generali di pianificazione del territorio, i quali, in quanto provvedimenti amministrativi, sono in ogni caso assoggettati al principio di legalità. Sulla nozione di “zone di rispetto”, recentemente R. MAZZON, *Rapporti di vicinato*, Cedam, Padova 2018, pp. 511 ss. In giurisprudenza, sulla natura non ablatoria delle fasce di rispetto ved. *ex plurimis* Corte cost., 20 maggio 1999, n. 179, in *Cons. Stato*, II (1999), p. 735; Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2011, n. 3797; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 21 settembre 2011, n. 2247, in *Foro amm.* (2011), 9, p. 2666; Trib. Sup. Acque, 15 dicembre 1997, n. 91, in *Cons. Stato* (1997), II, p. 2106; Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2015, n. 1642; Trib. Napoli, 11 febbraio 1978, in *Dir. & Giu.* (1978), pp. 642 ss.

⁴⁸ Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2022, n. 2127: «Il vincolo di inedificabilità ricadente sulle aree situate in fascia di rispetto stradale o autostradale non deriva dalla pianificazione e dalla programmazione urbanistica, ma è sancito nell'interesse pubblico da apposite leggi che rendono il suolo ad esso soggetto legalmente inedificabile, trattandosi di vincolo dettato per favorire la circolazione e offrire idonee garanzie di sicurezza a quanti transitano sulle strade o passano nelle immediate vicinanze, o in queste abitano ed operano, sicché tale vincolo non ha né un contenuto propriamente espropriativo, né può qualificarsi come preordinato all'espropriazione».

Preme però evidenziare come nonostante la chiara natura non espropriativa, la giurisprudenza abbia ugualmente ritenuto indennizzabile l'apposizione della fascia di rispetto, seppur sotto un profilo differente dall'ablazione della proprietà. Ed invero è stato ritenuto che «lo spostamento della fascia di rispetto autostradale all'interno dell'area residua rimasta in proprietà degli espropriati, pur traducendosi in un vincolo assoluto di inedificabilità, di per sé non indennizzabile, può rilevare nella determinazione dell'indennizzo dovuto al privato, in applicazione estensiva del D.P.R. n. 327 del 2001, art. 33, mediante il computo delle singole perdite conseguenti al deprezzamento dell'area residua, qualora risultino alterate le possibilità di utilizzo della stessa, ed anche per la perdita di capacità edificatoria realizzabile sulle più ridotte superfici rimaste in proprietà (Cass., Sez. 1, n. 13598 del 02/07/2020).

Il pregiudizio derivante dalla perdita di una parte del terreno in conseguenza dell'espropriazione parziale è, dunque, una perdita diversa, ma ugualmente indennizzabile (ove esistente), rispetto alla diminuzione della capacità edificatoria del terreno residuo che si verifica, per effetto dello spostamento della fascia di rispetto, sempre a seguito dell'espropriazione parziale.

La prima voce indennitaria è calcolata tenendo conto del valore venale del terreno, la seconda in base alla minore capacità edificatoria che il terreno residuo ha a seguito dell'espropriazione parziale, rispetto a quella esistente prima, per effetto dello spostamento della fascia di rispetto» (Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2022, n. 2127; Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2020, n. 13598).

Aderendo alla superiore tesi, però, si giungerebbe agevolmente a ritenere che non vi sia alcuna “soppressione”, dato che tali aree – interessate da vincoli di inedificabilità, pur sempre conformativi– in realtà non esprimevano alcuna capacità edificatoria intrinseca.

Postulato quanto innanzi, non può più predicarsi alcuna compressione o soppressione di qualcosa che, invece, non preesiste.

La medesima dottrina⁴⁹, inoltre, ricava ulteriori –ed invero ragionevoli– argomenti per confermare la tesi dell’ormai intervenuto scollamento tra *ius aedificandi* e diritto di proprietà, nei vari interventi legislativi succedutisi nel tempo che hanno lentamente condotto alla creazione dei cd. “crediti edilizi”.

Il riferimento è a quelle facoltà edificatorie “premiali” e compensative riconosciute dalla legge “in aggiunta” alla capacità edificatoria assegnata dallo strumento urbanistico. Esempio di tali premialità è la disciplina del piano casa (d.l. 25 giugno 2008, n. 112) che ha riconosciuto cubature premiali ed aggiuntive, possibilità di trasferimento di diritti edificatori, incentivi per l’edilizia residenziale pubblica.

In tali ipotesi, il “credito edilizio” non si collega ad un fondo ed alla sua proprietà, né è necessariamente “traslato” da altro bene –in un’operazione “a somma zero” in cui la volumetria è meramente trasferita– ma è «creato dall’amministrazione (in funzione sostanziale di “moneta”) e immesso in un “mercato” in cui la proprietà del suolo non rappresenta neanche un requisito per divenirne titolare, ma solo un presupposto necessario all’“utilizzatore finale”»⁵⁰.

Si parla, efficacemente, di “dereificazione” dello *ius aedificandi*⁵¹.

Anche la giurisprudenza ha aderito a tale impianto, chiarendo che la cessione di cubatura configura un atto immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale⁵²,

⁴⁹ TRAINA, *Circolazione*, cit., pp. 34 e ss.

⁵⁰ Ivi, p. 36.

⁵¹ Critici verso tale ricostruzione B. GRAZIOSI, *Figure polimorfe di perequazione urbanistica e principio di legalità*, in *Riv. giur. edil.*, fasc. 4-5 (2007), II, pp. 150 ss.; A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *Giust. amm.*, n. 4 (2008), p. 163; G. SABBATO, *La perequazione urbanistica*, 22 settembre 2010, in www.giustizia-amministrativa.it; E. BOSCOLO, *La perequazione da semplificare*, in *Riv. giur. urb.* (2012), p. 50.

⁵² *Ex plurimis* Cass., SS.UU., 9 giugno 2021, n. 16080, in *Contratti*, 5/2021, pp. 505 ss. con nota di F. FELIS, *Cessione di cubatura e diritti edificatori*. Ved. anche A.L. COGGI, *La discussa qualificazione giuridica del contratto di cessione di cubatura all’attenzione delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 6 (2021), pp. 1312 ss.

giungendo a sostenere che «l'eventuale mutamento del regime urbanistico attinente all'edificabilità del fondo beneficiario della cessione non può costituire causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione del cedente»⁵³.

La scorporazione pare, dunque, ormai compiuta.

A ben vedere, in realtà, l'elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale pare addirittura aver superato la procedimentalizzazione dell'esercizio dello *ius aedificandi*, spingendosi oltre la dereificazione ed approdando ad una "deprovvedimentalizzazione".

La commerciabilità diretta ed autonoma dei diritti edificatori⁵⁴, supera anche la necessità del provvedimento edilizio abilitativo per il loro esercizio, consentendo la trasmissibilità della capacità edificatoria "astratta" dei lotti edilizi anche indipendentemente da eventuali vincoli conformativi di inedificabilità.

Par evidente, proprio partendo dalle conclusioni più recenti della giurisprudenza, che pur in presenza di una limitazione conformativa dell'edificabilità, la potenziale capacità edificatoria del bene possa trovare comunque attuazione su un altro lotto, in ragione di un suo trasferimento.

Ciò rende il provvedimento abilitativo, che "concretizza" l'effettiva edificabilità applicando tutti i vincoli conformativi, superato ai fini della commerciabilità, permettendo astrattamente che lo *ius aedificandi* abbia maggiore valore ove "venduto" autonomamente e separatamente rispetto alla proprietà immobiliare.

In tale prospettiva la circostanza che la capacità edificatoria verrà esplicata su un altro lotto finisce sullo sfondo, elevandosi al contrario la natura ormai "immateriale" dello *ius aedificandi*.

6. Conclusioni

La totale inversione dell'originario paradigma, che consegnava un rapporto di interconnessione tra diritto di proprietà e *ius aedificandi*, a ben vedere dimostra la lungimiranza dell'impronta fortemente compromissoria dell'art. 42 Cost.⁵⁵, la cui conseguenza è appunto la voluta

⁵³ Cass. civ., Sez. II, 18 gennaio 2022, n. 1476, in *Impr. e prop.*, 1 (2022).

⁵⁴ Sulla qualificazione civilistica dei diritti edificatori ai fini della loro commerciabilità, ved. FELIS, *Cessione di cubatura e diritti edificatori*, cit.

⁵⁵ GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 41. Sul punto giova osservare,

mutevolezza del diritto di proprietà in ragione del contesto sociale di riferimento.

A questo punto non solo significativa, ma addirittura “premonitrice”, si è rivelata la scelta dei Padri costituenti di inserire la proprietà nel capo relativo ai rapporti economici e non tra i diritti fondamentali.

Ciò permettendo di recuperare l’acuta riflessione secondo cui l’inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà non avesse (almeno fino al momento del suo superamento) natura rigida ed immutabile, ma rispecchiasse il quadro socio-economico del momento⁵⁶.

Quadro socio-economico così mutato negli anni, da aver portato oggi al “quasi” paradosso logico dell’immaterialità della proprietà⁵⁷.

all’indomani delle sentenze della Corte Costituzionale del 1966 e del 1968, come fosse stato evidenziato che il “contenuto minimo essenziale” della proprietà non era immutabilmente determinato, ma soffriva – e garantiva – una costante evoluzione in ragione del rapporto tra l’interesse del proprietario e l’interesse pubblico, mediato dalla funzione sociale della proprietà.

⁵⁶ TRAINA, *Circolazione*, cit., p. 24 nota 42 in cui, dopo una panoramica delle posizioni emerse in dottrina all’indomani delle sentenze della Consulta del 1966 e del 1968 rispetto al “contenuto minimo essenziale” del diritto di proprietà, evidenzia come lo stesso non sia rigidamente scolpito ma configuri il «risultato “dinamico” di un ragionevole contemperamento tra l’interesse egoistico del proprietario e l’interesse pubblico, e quindi si differenzia fortemente a seconda delle caratteristiche dei beni».

⁵⁷ L’ossimoro conclusivo è volutamente provocatorio, volendo evidenziare come la massima –per il comune sentire– esplicazione del diritto di proprietà, ovverosia la possibilità di costruire, abbia quasi assunto i tratti di un diritto di obbligazione, autonomamente e liberamente commerciabile.