

GUIDO ALPA, MARIO BESSONE, ANDREA FUSARO

**LA FUNZIONE SOCIALE DELLA PROPRIETÀ..  
DALL'ASSEMBLEA COSTITUENTE AL  
MODELLO DELLA COSTITUZIONE < MATERIALE > (\*).**

*1. La proprietà nella Costituzione repubblicana del 1948.  
I lavori dell'Assemblea Costituente*

A veder bene, l'art. 832 del codice civile non aveva portato grandi innovazioni nel processo legislativo che dalla prima guerra al 1942 aveva via via modificato il modello di proprietà della tradizione. Con la promulgazione della Costituzione – dopo la caduta del regime fascista, la conclusione del periodo bellico, proprio all'inizio della «ricostruzione» – si segna invece una svolta davvero «storica» quanto alla disciplina della proprietà. Nella Costituzione infatti si assegna al legislatore il compito di assicurarne la *funzione sociale* (art.42 co. 2°) e, in questo senso, si rovescia completamente la prospettiva di politica del diritto fino ad allora privilegiata.

La funzione sociale modifica «la struttura tradizionale riconosciuta alla proprietà» (scrive M. Costantino). Non si tratta quindi di una semplice modificazione della terminologia delle norme, ma una radicale innovazione nel modo di disciplinare la proprietà – pubblica e privata –, nel modo di analizzare la proprietà, nel modo di coordinare gli interessi dei privati con l'interesse generale. E si tratta, ancora, di una formula con evidenti valenze ideologiche.

«La Costituzione della Repubblica – osserva De Martino, nel suo commentario alla disciplina della proprietà privata – ha riconosciuto e disciplinato il diritto di proprietà individuale (art. 42). Essa ha accolto il concetto della «funzione sociale» come scopo della proprietà.

Sotto la prevalente influenza dell'ideologia cristiano-sociale, i cui punti di contatto con le dottrine corporative vennero decisamente lasciati cadere in un momento storico del nostro paese, nel quale l'Assemblea Costituente condannò tutto intero il fascismo, il suo regime politico e le sue concezioni corporative. Del resto, essendo la Costituzione il risultato di un accordo politico fra correnti socialiste e correnti cattoliche, l'ideologia cristiano-sociale fu grandemente attenuata; in particolare, si tolse il riferimento alla «proprietà privata frutto di lavoro e di risparmio», nozione assai vaga e generica, la quale sotto il contenuto etico, afferma nettamente la legittimità dell'accumulazione capitalistica».

La formula della funzione sociale della proprietà – di cui si devono esaminare i diversi significati in connessione con le garanzie della proprietà e con i compiti assunti dalla Repubblica in ordine alla rimozione delle differenze economiche e sociali tra i cittadini (art. 3 co. 2° Cost.) – rappresentò, già nella discussione alla Assemblea Costituente, una importante conquista. Piero Calamandrei ebbe appunto a considerare la formula della funzione sociale della proprietà come l'emblema della nuova società civile che si andava costruendo dopo il periodo della dittatura, vero e proprio segno di quella rivoluzione sociale «meglio che mancata, non ancora compiuta: non compiuta nel presente, ma promessa».

E Palmiro Togliatti, a sottolineare il significato compromissorio della formula della funzione sociale della proprietà, ebbe a osservare che quella espressione risentiva del clima politico-ideologico dell'epoca. «Scrivendo una Costituzione corrispondente a un periodo transitorio di lotta per un regime economico di coesistenza di differenti forze economiche, che tendono a soverchiarsi le une con le altre», era evidente che in materia di proprietà privata – e di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) – occorresse raggiungere un accordo soddisfacente

per tutte le parti politiche rappresentate alla Costituente. «In questo periodo – proseguiva Togliatti – è evidente che la lotta che si conduce non è diretta contro la libera iniziativa e la proprietà privata dei mezzi di produzione in generale, ma contro quelle particolari forme di proprietà privata che sopprimono l'iniziativa dei vasti strati di produttori e, particolarmente, contro le forme di proprietà privata e monopolistiche, specie nel campo dei servizi pubblici; che tendono a creare nella società dei concentramenti di ricchezze che vanno a danno della libertà della grande maggioranza dei cittadini e quindi vanno a scapito dell'economia e della politica del paese».

L'Assemblea Costituente discusse la disciplina della proprietà in due sottocommissioni: la prima, competente per i rapporti politici e sociali, e la terza, competente per i rapporti socio-economici. Nella discussione dei lavori, significativa per ricostruire il clima politico, ma anche quello culturale nel quale militavano i costituenti, emerge già un progetto che si avvicina al testo dell'art. 42 Cost.

Particolarmente travagliati sono i lavori della terza sotto-commissione, nella quale si scontrano, più che nella prima, le diverse posizioni ideologiche dei costituenti.

La discussione davanti alla III Sottocommissione si svolge secondo linee sostanzialmente diverse da quelle che caratterizzano i lavori della I e, approdando alla formula più prossima alla stesura definitiva dell'art. 42, aiuta a chiarire meglio i problemi generali finora sollevati. Nelle cinque sedute che la Sottocommissione dedica al tema della proprietà il punto d'avvio è dato dalla relazione dell'on. Taviani, alla quale tuttavia, per una piena comprensione del dibattito, devono essere affiancate quella dell'on. Pesenti sull'impresa e quella dell'on. Fanfani su controllo sociale dell'economia. Ciò è vero soprattutto per la relazione Pesenti, dove la connessione tra il tema della proprietà e quello dell'impresa è affermata con tanta forza da risolversi nella loro totale compenetrazione: «non c'è differenza tra forma di proprietà e forma d'impresa»; «il concetto d'impresa viene necessariamente a confondersi con quello di proprietà». E collegamenti analoghi sono istituiti pure nella relazione Taviani, soprattutto nella parte dedicata alla proprietà collettiva, vista in funzione della riserva o del trasferimento alla mano pubblica di imprese o beni determinanti. Diversa, invece, è la prospettiva scelta dalla relazione Fanfani, dove la proprietà viene soprattutto considerata come requisito minimo, come «riserva di beni (mobiliari e immobiliari) con cui difendersi dai tentativi di affamamento che i criticati potrebbero compiere per domare gli oppositori sgraditi», e dunque non «come un'arma per offendere, ma come scudo per proteggere la persona dalle offese altrui, pubbliche e private».

Comunque sia, nelle diverse proposte si mescolano gli aspetti della disciplina della proprietà e di quella dell'impresa, la cui distinzione sarà il frutto (non sempre maturo) della successiva discussione. E questo avviene non per scarsa consapevolezza delle diverse dimensioni concettuali e operative in cui la nozione di proprietà e quella d'impresa dovevano essere collocate, ma perché si partiva dal presupposto che sarebbero state le decisioni di principio in materia di proprietà a definire il quadro d'insieme all'interno del quale sarebbero state poi coerentemente tracciate le specifiche linee di disciplina dell'impresa.

Dietro questa impostazione c'è forse un'arretratezza culturale, che non faceva percepire come la stessa questione della proprietà dei mezzi di produzione potesse risolversi tutta nella disciplina dell'impresa? O lo strettissimo collegamento tra i due temi, e la riduzione a momento residuale (anche se fondamentale) della disciplina proprietaria in senso stretto, riflette proprio quella preferenza per i problemi della proprietà industriale ricordata da Pasquale Saraceno? O il primato della proprietà nasce dal fatto che questa costituisce il punto d'avvio tanto della concezione liberale che dell'analisi marxista? L'insieme delle discussioni davanti alla sottocommissione non consente di dare risposte definitive a questi (e ad altri possibili) interrogativi, se non in termini di sensibilità individuali più o meno accentuate.

La distinzione tra il tema della proprietà e quello dell'impresa avviene secondo criteri che finiscono con l'individuare la disciplina proprietaria come la sede di alcune generalissime affermazioni di principio, mentre le norme sull'impresa diventano quelle

che, confinato nell'art. 46 il tema del controllo operaio, affrontano le due questioni del piano e della proprietà collettiva (quest'ultimo dal particolare punto di vista delle nazionalizzazioni), dopo che un riferimento esplicito a quest'ultima forma di proprietà era stato espunto dalla definizione generale con cui si apre l'art. 42. Nelle apparenze, la situazione davanti alla III Sottocommissione presenta caratteri analoghi a quella che, quindici giorni dopo, si determinerà davanti alla I. C'è una proposta di disciplina, quella dell'on. Pesenti che, in modo ancor più incisivo di quanto non farà l'on. Togliatti nella relazione per la I Sottocommissione, affronta il problema della proprietà cercando di definire la legittimazione e l'ambito con criteri riferiti unicamente all'interesse della collettività.

Questa proposta, come poi quella dell'on. Togliatti, rimane però sullo sfondo e l'attenzione si concentra tutta

sulle indicazioni dell'on. Taviani, costruite secondo uno schema assolutamente prossimo a quello che caratterizzerà il testo concordato dagli onorevoli Dossetti e Togliatti.

Ci sono, infatti, la clausola della proprietà come «frutto del lavoro e del risparmio», il riferimento alla sua funzione di garanzia per «la libertà e l'affermazione della persona», la sottolineatura della funzione personale della proprietà (e qui il testo della relazione Taviani non è altro che una trascrizione «laica» delle formule adottate dal Codice di Camaldoli, sostituendosi per es. nella definizione della proprietà sociale la formula «beni materiali posti da Dio a disposizione di tutti gli uomini» con «destinazione dei beni materiali a vantaggio di tutti gli uomini»).

L'analogia, a ogni modo, si ferma qui. E non solo perché Taviani viene rapidamente indotto ad apportare modifiche sostanziali alle sue primitive proposte, ma perché subito la discussione assume toni profondamente diversi da quelli che saranno poi propri del dibattito davanti alla I Sottocommissione e che spiegano la diversità dei risultati finali raggiunti nelle due sedi. In realtà, quel che viene immediatamente contestato, cadendo senza grandi resistenze, è proprio il tipo di finalizzazione della proprietà che, invece, rimane saldo nelle formule della I Sottocommissione, che assumendo così una indubbia coloritura giusnaturalistica giustificano la collocazione della proprietà tra i diritti inviolabili della persona.

A questo

clima la III Sottocommissione si sottrae non tanto perché Taviani introduce nella definizione da lui proposta un «solvente corrosivo», rappresentato dal riferimento alla funzione sociale, quanto perché cade ogni proclamazione «filosofica» e, più specificatamente, il raccordo con la libertà e l'affermazione della persona.

Che il riferimento alla funzione sociale, per sé solo, non bastasse a spostare l'asse della disciplina proprietaria, a compiere quella «laicizzazione» che rimane pur sempre uno dei risultati meno trascurabili del testo costituzionale, lo dimostra il fatto che, nella relazione Taviani, esso coesisteva con un esplicito richiamo giusnaturalista («la proprietà privata risponde alla *natura delle cose*, in quanto e solo in quanto mira a garantire la *libertà* e a permettere l'affermazione della *persona umana*») e, anzi, proprio da tale richiamo veniva fatta discendere la funzione sociale della proprietà.

Si intende, allora, come la nozione di funzione sociale debba essere ricostruita tenendo sempre ben presente il quadro non soltanto ideologico, ma sistematico, all'interno del quale viene collocata. Ideologicamente, infatti, siamo nel pieno delle teorizzazioni cattoliche intorno al bene comune e della logica che riporta la funzione sociale «all'ordine naturale dell'economia», che non sancisce «soltanto il diritto di approvazione privata, ma il diritto di tutti all'uso comune dei beni». Dal punto di vista sistematico, l'operatività della funzione sociale appare circoscritta dalla finalizzazione primaria della proprietà a garantire la libertà e l'affermazione della persona: rispetto a tali fini non vi è la possibilità di «dissolvere» alcunché, ma, al contrario, la subordinazione piena della funzione sociale a essi («in quanto e solo in quanto»). D'altra parte, senza voler fare qui una sterile operazione filologica, è bene tenere presente che, come già si è notato, nel testo di Taviani è percepibile l'eco del Codice di Camaldoli, anche se quest'ultimo parla di «aspetto» e non di «funzione» personale e sociale della proprietà: e, in quel Codice la funzione sociale è vista piuttosto come via per l'armonizzazione di sfere giuridiche diverse che non come strumento di compressione dei poteri proprietari. Né, per giungere a conclusioni diverse, si può invocare il fatto che, nella relazione Taviani, si richiama esplicitamente il precedente della Costituzione di Weimar, poiché questa si rivela poco più di una clausola di stile, come d'altronde dimostra il suo accostamento a quello delle costituzioni peruviana e colombiana, in cui la funzione sociale assume

un valore in più di un senso diverso.

Per cogliere il significato del riferimento alla funzione sociale, è necessario rifarsi non tanto all'uso di una formula verbale, come tale disponibile per interpretazioni assai diverse, quanto proprio al quadro d'insieme che viene via via componendosi e che, allontanandosi gradatamente dalle primitive formulazioni di Taviani, fa cambiare di segno pure alla nozione di funzione sociale. Cade, anzitutto, il collegamento tra proprietà e libertà, tra proprietà e affermazione della persona. Alle decise critiche del presidente della III Sottocommissione, il socialista (poi socialdemocratico) on. Ghidini e del comunista on. Assennato, gli onorevoli Dominedò e Fanfani rispondono mettendo l'accento sul fatto che solo affermando quel tipo di collegamenti è possibile impedire che la proprietà diventi strumento per sopraffare l'altrui personalità e libertà, cercando così di rassicurare gli oppositori sull'inesistenza di una volontà di tornare comunque a una concezione strettamente individualistica della proprietà. È percepito, comunque, il rischio di lasciar persistere un equivoco, tanto che l'on. Fanfani è indotto a dichiarare che «se si potesse dimostrare che tali frasi tentano a riportarci ai principi del 1789 sarebbe opportuno lasciarle cadere; ma se esse dovessero servire a limitare la proprietà privata e a sgombrare il terreno con la sua più accentuata limitazione a vantaggio della collettività, è opportuno che siano mantenute». Accogliendo in sostanza proprio questo ultimo invito, l'on. Taviani, nella seduta successiva, modifica la sua proposta, presentando un testo dal quale sono scomparsi del tutto i riferimenti alla libertà e alla affermazione della persona.

A questo punto la discussione imbrocca la seconda delle vie che caratterizzarono il dibattito davanti alla III Sottocommissione, concentrandosi sulla questione della formula da adottare per ciò che riguarda il riconoscimento della proprietà: se, cioè, questo debba provenire dallo Stato, dalla Costituzione stessa o dalla legge. L'opinione di Taviani è netta: dev'essere la Costituzione a effettuare tale riconoscimento, intendendosi con ciò che «la legge non può abolire una qualsiasi proprietà privata. Se una legge facesse questo, sarebbe incostituzionale». Rispondendo a una precisa domanda dell'on. Assennato, che si chiedeva come mai il relatore attribuisse tanta importanza alla distinzione tra legge e Costituzione, per abolirla occorrerebbe fare una nuova Costituzione». Su questo punto i costituenti democristiani tornano con insistenza, malgrado che lo stesso on. Assennato avesse osservato che, «se la Costituzione stabilisce che è la legge che deve garantire la proprietà, la legge anche modificata, non potrà mai opprimere l'oggetto la cui tutela è stata a essa affidata». Infatti, l'on. Dominedò insiste sulla proprietà come diritto fondamentale, sottolineando che, in quanto tale, deve essere garantita dalla stessa Carta costituzionale; e l'on. Taviani definisce «un'esigenza imprescindibile» per il suo gruppo il fatto che sia lo Stato a riconoscere e garantire la proprietà privata. E la III Sottocommissione si attesta su quest'ultima linea, così implicitamente accogliendo la tesi secondo cui l'affidare alla legge soltanto la garanzia della proprietà privata avrebbe rappresentato un sostanziale indebolimento degli strumenti di tutela.

(S. Rodotà, *La proprietà all'assemblea costituente*, in *Pol. dir.*, 1979, pp. 413-418).

## 2. *Le diverse letture dell'art. 42 Cost.*

I lavori dell'Assemblea Costituente hanno determinato, in qualche modo, anche le letture successive della norma: anche se, come tali, possono soltanto assumersi quale dato per arricchire l'interpretazione storica del disposto dell'art. 42, acquisendo la norma una propria vita autonoma, è agevole intendere come le posizioni che già nella sua formulazione si erano scontrate, ritornano ora in modo più o meno netto nella esegesi proposta dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Dell'art. 42 Cost. si possono fare diverse letture, di cui Giovanni Tarello indica almeno sei modelli:

- 1) Il diritto (naturale) di proprietà privata è riconosciuto e garantito dalla legge a tutti i cittadini.
- 2) Il diritto di proprietà privata (come disciplinato dal c.c.) sarà anche in futuro regolato dalla sola legge formale.

- 3) Il diritto di proprietà privata è disciplinato da legge formale.
- 4) Il diritto di proprietà privata è disciplinato da legge formale in quanto realizza una funzione sociale.
- 5) La legge disciplinerà il diritto di proprietà privata attraverso la determinazione di quei modi di godimento e di quei limiti (qualitativi) che permettano di assicurarne la funzione sociale.
- 6) Solo la legge potrà riconoscere, nei limiti anche quantitativi che ne rendono possibile la funzione sociale di equa distribuzione della ricchezza, la proprietà privata in ragione della possibilità di accesso di tutti i cittadini a un quantitativo determinato di beni.

E nella letteratura copiosa sull'argomento si possono individuare diverse accezioni dell'espressione «funzione sociale». A mero titolo esemplificativo, posto che i contenuti dell'espressione «funzione sociale» variano a seconda dei collegamenti che si operano a livello interpretativo tra l'art. 2 e l'art. 42, tra l'art. 1 e 4 e l'art. 2, tra l'art. 3 e l'art. 42, tra l'art. 41 e l'art. 42, e così via, si possono considerare alcune di queste proposte.

a) La «funzione sociale» è espressione polisensa, a contenuto variabile, di natura relativa, il cui significato non può desumersi dai termini dell'art. 42 Cost. ma dai collegamenti che con tale norma sono compiuti:

Il sesto problema cui dà luogo il co. 2° dell'art. 42 è quello su cui sono corsi fiumi di inchiostro; qui ci si limiterà a deliberalo, per approfondirlo in seguito. Si tratta del problema semantico, relativo alla locuzione «assicurarne la funzione sociale». Questa locuzione, entrata nel lessico del legislatore italiano con la Costituzione, ma con una lunga storia alle spalle, ammette le più disparate attribuzioni di significato. Anzitutto si può ritenere che «funzione» abbia un senso matematico-logico, e che perciò la proprietà, come istituto della società e perciò «sociale», non possa non avere una funzione appunto sociale così come ne hanno una tutti gli istituti della società, talché l'intera locuzione costituzionale sarebbe pleonastica. Si può poi ritenere che «funzione» abbia significato di «capacità di funzionare», o di «strumento», e che la «funzione sociale» sia da intendersi come «strumento di mantenimento, o di conservazione, della società», talché il dettaglio costituzionale dovrebbe leggersi come volto a riconoscere e garantire quel pilastro della conservazione sociale che è la proprietà privata. Si può poi ritenere che «funzione» valga «strumento», ma «sociale» debba ritenersi usato nel senso di attributo non già della società esistente, bensì di quella che risponde alle esigenze che spesso appunto nel linguaggio ordinario si dicono «sociali», e che pertanto la «funzione sociale» sarebbe da intendersi come qualificazione della disciplina dell'acquisto, del godimento e dei limiti (in tal caso anche quantitativi) che il legislatore è chiamato a dare al diritto di proprietà.

Si può, ancora, ritenere che «funzione società» qualifichi l'istituto della proprietà privata nel senso che esso non sarebbe un diritto soggettivo (e invero il dettato costituzionale non parla di «diritto di proprietà», ma di «proprietà») bensì un potere-dovere da esercitarsi perciò nell'interesse non del titolare bensì della società talché la realizzazione della funzione sociale della proprietà privata si avrebbe nella misura in cui il legislatore mediante appropriate discipline dei soggetti proprietari e degli oggetti di proprietà (statuti soggettivi e statuti oggettivi della proprietà) rende il proprietario «funzionario» (L'attenzione viene, di solito portata sugli aspetti limitativi della «funzionalizzazione» del proprietario, specie in relazione alla autonoma determinazione del modo di godimento; è opportuno ricordare sin d'ora che la funzionalizzazione del proprietario può portare a conseguenze a questo favorevoli nel caso in cui si ritenga che, rispetto a taluni beni, il regime di proprietà privata congiunto a oneri particolari sia socialmente vantaggioso e giustifichi particolari sussidi o stipendi. Tale potrebbe essere il caso del regime di proprietà per edifici artistici di onerosa conservazione o per terreni economicamente non redditizi ma di particolare valore paesaggistico o rilevanza ecologica).

Queste letture, qui rappresentate in modo volutamente semplificato e schematico, sono state effettivamente tutte proposte. Si tratta di letture tra loro confliggenti e ciascuna solidale con l'altra delle varie soluzioni che si danno ai vari problemi interpretativi

aperti da questo comma dell'art. 42, dagli altri commi, e da altri articoli della Costituzione. È piuttosto dal quadro complessivo delle solidarietà di ciascuna delle letture indicate rispettivamente con altre soluzioni di problemi interpretativi suscitati dalla Costituzione, che non dalla analisi letterale del terzo membro del co. 2° dell'art. 42, che possono trarsi ragioni di preferenza per l'una o per l'altra lettura della «funzione sociale»: ed è chiaro che simili ragioni consisteranno, in ogni caso, nelle operazioni in funzione delle quali si vorrà adoperare il testo costituzionale. Il solo elemento inconfutabile, perché di fatto, è che nel dettato costituzionale è entrata la locuzione «funzione sociale» che invece non si ritrova letteralmente nel c.c. Se da questo elemento sia da trarsi la convinzione (o l'opportunità) di accreditare la prima lettura appunto perché pleonastica, dipende non dall'elemento di fatto messo in rilievo, bensì dalla scelta di una opinione (o da una scelta politica del diritto) attorno ai rapporti tra Costituzione e codice.

Meno diffusamente dibattuto del problema precedente è quello relativo alle possibili letture della successiva locuzione, secondo cui allo scopo di assicurare la funzione sociale della proprietà si aggiunge quello, ulteriore, di «renderla accessibile a tutti». Quantunque meno diffusamente dibattuto (anche perché le soluzioni a esso proposte non sono state direttamente utilizzate in operazioni di produzione normativa né al livello legislativo né al livello giurisprudenziale costituzionale né al livello giurisprudenziale ordinario) questo problema è sotto il profilo teorico non meno complesso e interessante del precedente.

«Proprietà, infatti, può essere inteso come vocabolo che designa il diritto di proprietà, e come vocabolo che designa i (o dei) possibili oggetti di diritto di proprietà. Nel primo caso «renderla accessibile a tutti» viene intesa come espressione del divieto costituzionale di preclusione del diritto di proprietà a particolari categorie di soggetti, come espressione di liberalismo giuridico, come espressione della politica della tradizione liberale secondo cui la funzione sociale della liberalizzazione dell'accesso al diritto di proprietà consiste nella realizzazione di una eguaglianza di diritto (privato) che consente la libera iniziativa privata e il buon funzionamento di una economia di mercato: questa espressione sarebbe perciò da connettersi all'art. 3 co. 1° e all'art. 41 co. 1°. Nel secondo caso «renderla accessibile a tutti» viene intesa come espressione di un comando al legislatore ordinario di procurare le condizioni per un'equa ripartizione della ricchezza, come espressione di una politica volta a realizzare una eguaglianza sociale in cui la proprietà privata adempie alla funzione sociale di garantire a ciascuno la disponibilità di un certo quantitativo di beni commisurato a parametri di utilità sociale, come espressione dell'idea che in tanto la proprietà adempie a una funzione sociale in quanto l'accesso a essa non è indiscriminatamente libero ma qualitativamente e quantitativamente disciplinato: questa espressione sarebbe perciò da connettersi all'art. 3 co. 2°, all'art. 41 co. 3°, all'art. 42 co. 3° e 4°, agli artt. 43, 44, 45 e 47 co. 2°.

È chiaro che la seconda lettura è compatibile con la prima se la prima lettura consiste nel mero ravvisare un divieto costituzionale di preclusione del diritto di proprietà a particolari categorie di soggetti. È chiaro anche che se la prima lettura consiste nell'attribuire all'espressione costituzionale il valore di affermazione di liberalismo economico, allora la seconda lettura diviene del tutto incompatibile con la prima. È da rilevarsi che la seconda lettura può essere preferita in ragione del maggior numero di connessioni che presenta con probabili letture di altre espressioni del documento costituzionale. È infine da rilevarsi come la seconda lettura, quantunque preferibile, renda il significato dell'espressione estremamente generico, tanto da far ritenere pleonastica l'espressione stessa.

(Tarello, *La disciplina costituzionale della proprietà privata*, cit., pp. 26-32).

b) la formula «funzione sociale» non può apprezzarsi in astratto, come limite dettato dalla legge a circoscrivere i poteri dei privati, in ossequio al principio di solidarietà, ma deve essere precisato solo in concreto:

L'inveterato attaccamento alla tradizione, secondo cui la proprietà si esprime nel noto binomio della signoria individuale e assoluta dell'uomo sulla cosa materiale, non è l'unico ostacolo a una analisi senza pregiudizi dell'ordinamento vigente. La dottrina migliore avverte chiaramente le difficoltà insite in ogni tentativo di pervenire a una definizione precisa sia della signoria dell'individuo, sia del godimento

delle cose delle quali «il proprietario ha diritto di godere e di disporre» (art. 832 c.c.), attraverso la sola considerazione dei limiti disposti a tutela di diritti e di interessi altrui. In effetti può sembrare che in base al concetto tradizionale di proprietà sia possibile conseguire una visione organica delle norme che si ispirano allo sviluppo dell'economia nazionale o allo stabilirsi di più equi rapporti sociali. Ma si deve dubitare che un risultato di questo genere sia soddisfacente. Alla svalutazione del metodo scientifico nell'analisi dell'istituto corrisponde un fittizio superamento dello schema generico delle limitazioni della proprietà: in suo luogo si propone un quadro sempre più vasto e complesso di doveri, obblighi e oneri del proprietario.

È opportuno in primo luogo riferire dei tentativi rivolti a conciliare il concetto tradizionale di proprietà con la disciplina positiva, cogliendo la sostanza dell'istituto nel suo profilo esterno. Tali prospettive si traducono nelle varie formulazioni della teoria della funzione sociale e della teoria pluralistica, e manifestano uno stato di insoddisfazione e di incertezza per sé indicativo del delineato difetto di metodo. La contraddizione fra concetto e disciplina appare chiara nella formula della proprietà in funzione sociale, che si affermò negli anni Trenta per esprimere l'intervento del c.d. «Stato forte» nel godimento dei beni produttivi. Le massicce critiche rivolte a tale concezione possono sostanzialmente riferirsi anche alla tendenza a riportare la funzione sociale, intesa in questo senso, all'interno della figura. D'altra parte, le recenti proposte di concepire all'interno della proprietà una funzione ispirata alla solidarietà sociale, invece che alla produzione o all'economia nazionale, quasi sempre si riducono ad allusivi riferimenti al valore ideologico del problema nella società contemporanea senza offrire apprezzabili risultati pratici. Non è certo sufficiente a sostenere che la nozione di proprietà è frutto di un giudizio di opportunità politica.

Ogni istituto giuridico è diretto per sua natura ad assolvere una funzione sociale e concorre a realizzare lo stabilirsi di equi rapporti sociali. Nella responsabilità, nella trascrizione, nell'usucapione, nel rapporto di lavoro, nel contratto, il principio della funzione sociale opera in modi diversi, specificando di volta in volta il suo significato, e ciò costituisce condizione essenziale e necessaria della sua operatività. L'interprete non può sottrarsi al compito di precisare il criterio in base al quale l'attività del proprietario si determina nel nome della solidarietà sociale; altrimenti o resta nel vago e nel generico, oppure si limita ad accertare che nella nozione di proprietà vi è un elemento sociale, magari prevalente, in antitesi all'elemento individuale. Ed in fondo era questa contraddittorietà dell'enunciato della Dichiarazione VII della Carta del Lavoro l'oggetto principale delle critiche che sollevò fin dal tempo della sua emanazione e che poi costituirono un criterio direttivo della nuova legislazione.

Principalmente per queste ragioni ci sembra che l'antinomia fra la genericità del principio di solidarietà sociale e la specificità della materia in cui è chiamato a operare – il godimento del proprietario – debba considerarsi tuttora non risolta. Giustamente si osserva che la funzione sociale modifica la struttura tradizionalmente riconosciuta alla proprietà e opera indipendentemente dall'esistenza attuale di un dato normativo in cui si concreti. Un'indagine sulla proprietà oggi non può muovere che da questa premessa, che si intona all'orientamento della dottrina civilistica più moderna ed evoluta, ormai diffuso e affermato in altre materie. Ma l'esattezza dell'impostazione dell'indagine non è sufficiente a realizzare un effettivo progresso.

Chi per ultimo ha eseguito questa prospettiva di ricerca ha avvertito il pericolo di assegnare «alla funzione sociale un ruolo profondamente innovatore delle strutture giuridiche e della realtà effettuale» e ha proposto «la estensibilità in via analogica di tutte quelle norme di carattere eccezionale il cui contenuto rappresenta una realizzazione del principio della funzione sociale, dal momento che proprio il sopravvenire di un principio di carattere generale ha fatto cadere il divieto dell'analogia». Nondimeno, il modo di operare del principio di solidarietà, che in tema di proprietà diventa funzione sociale, non potrebbe essere determinato che da un generico riferimento all'utilità sociale, secondo un giudizio di opportunità politica: «deve dirsi che non è ritenuto sufficiente un qualsiasi risultato che si possa dimostrare vantaggioso per la collettività (per es., un incremento produttivo) ma soltanto quello a cui si accompagna lo stabilirsi di più equi rapporti sociali.

Sulla legittimità di questa conclusione si possono fare molte riserve. È dubbio che la legge, quando determina i modi di appartenenza e di godimento dei beni allo scopo di assicurare la funzione sociale della proprietà (art. 42 co. 2° Cost.), esprima il

valore che la solidarietà sociale assume fra soggetti, come avviene, per intendersi, in tema di buona fede, diligenza del buon padre di famiglia, buon costume. Inoltre non si può ammettere che nel nostro sistema, in mancanza di una norma espressa, il giudice possa vietare un atto che, per es., modifica l'organizzazione produttiva del bene, considerandone l'opportunità in astratto. Infine, il criterio fondato sulla mera solidarietà o utilità sociale, chiamato a risolvere i conflitti fra proprietario e proprietario e fra proprietario e terzi, può essere inteso e quindi applicato in modi diversi, forse tutti giustificabili in base a diversi orientamenti politici. In realtà, come vedremo in seguito, i criteri disposti dalla disciplina dei conflitti tra proprietari sono fondati sulle possibilità effettive di utilizzare i beni che formano oggetto dei rispettivi diritti: ciò induce a credere che in ogni caso l'attività del proprietario debba essere valutata in concreto, cioè in relazione al bene giuridico, non in astratto, in relazione allo «stabilirsi di più equi rapporti sociali».

(M. Costantino, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, pp. 25-29).

c) La «funzione sociale» è il modo nel quale appare all'esterno la proprietà privata, che continua a essere raffigurabile come diritto soggettivo:

Non voglio perdere l'occasione di questa presentazione per chiarire, di fronte ai dubbi e alle obiezioni che in questo stesso seminario sono stati sollevati, qual è il significato della mia tesi che la proprietà privata è ancora un diritto soggettivo e che pertanto è competente la legge ad assicurare all'esterno la sua funzione sociale (cfr. spec. *Proprietà privata e Costituzione, Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 953 ss.). Non si tratta di un apriorismo nella configurazione della proprietà privata come diritto soggettivo, secondo un modulo scolastico del diritto soggettivo, che non trova più rispondenza nell'attuale ordinamento della proprietà privata. Si tratta al contrario di un tentativo di penetrare, al di là delle strutture che progressivamente limitano e condizionano la proprietà privata, l'intima essenza di quel che rimane di detta proprietà, senza illusioni sulla portata e sulla sorte della proprietà superstite. Non solo per un'esigenza di chiarezza concettuale, ma anche con l'effetto pratico, non trascurabile per il giurista, di precisare che fin dove arriva, variamente rispetto ai diversi beni, la proprietà privata, vi è potere e non funzione, libertà e non discrezionalità, autonomia e non controllo.

Nella Costituzione la proprietà viene intesa in senso ampio, così da comprendere posizioni giuridiche profondamente diverse. La proprietà pubblica, che, come si è accennato, è la prima a essere nominata nell'art. 42, comunque più specificamente si attinge, secondo la natura e la destinazione dei beni che ne costituiscono l'oggetto, differisce nel suo contenuto per l'interesse servito dalla proprietà privata, anche quando ne sono soggetti beni che possono essere di quest'ultima.

Diversità essenziale dell'interesse tutelato, che non può non riflettersi sulla struttura del potere del soggetto e sui modi del suo esercizio. È appena il caso di aggiungere che, anche nell'ambito della proprietà pubblica, la varietà dell'interesse pubblico a volta a volta tutelato si riflette in una varietà di proprietà pubbliche, come varie sono le specie della proprietà privata. Varietà interna a ciascuna delle due proprietà, che non è d'ostacolo alla distinzione dei due tipi di proprietà.

La nota comune della proprietà pubblica sembra essere quella del potere collegato a una funzione pubblica, onde esula la figura del diritto soggettivo, se per diritto soggettivo si intende il potere riconosciuto al soggetto per la libera soddisfazione di un interesse proprio.

Con ciò si arriva a un'espressione sintetica, e di agevole comprensione, della rilevata differenza fra proprietà pubblica e privata: la prima è potere legato alla funzione, ma non diritto soggettivo, e può essere intesa come mera «appartenenza»; la seconda è diritto soggettivo, perché il soggetto nella misura in cui il potere gli è riconosciuto, è libero nell'esercizio, in quanto questo gli spetta a tutela di un interesse, che è nella sua disposizione.

Sebbene la stessa nozione di diritto soggettivo sia controversa, la configurazione ora accennata sembra utilizzabile in un ordinamento quale è il nostro, nel quale sussistono ancora interessi tutelati come propri del privato e al privato viene lasciato di perseguirli e realizzarli.

Ammessa la figura del diritto soggettivo, essa non può non attagliarsi alla proprietà

privata, che, con tutte le limitazioni e con tutti i condizionamenti in atto e in prospettiva, è chiaramente e univocamente contemplata come la posizione economica di fondo fatta al privato, nella sua collocazione sociale e nella sua attività, principio dell'autonomia privata e dell'iniziativa economica. La Costituzione non qualifica, è vero, la proprietà privata come diritto soggettivo, ma tale qualifica è stata evidentemente ritenuta superflua, e risulta con tutta evidenza dalla norma che afferma il principio del riconoscimento e della garanzia della proprietà privata, demandando alla legge la determinazione dei modi di esercizio e dei limiti della stessa (art. 42). Riconoscimento e garanzia affermati dalla Costituzione ovviamente in vista dell'importanza della persona nella società e del valore sociale della proprietà riconosciuta e garantita alla persona.

In questa prospettiva va inteso il compito affidato alla legge di rendere la proprietà privata accessibile a tutti (art. 42), e in particolare di favorire l'accesso al risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice, all'investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese (art. 47).

Nella stessa prospettiva si colloca la funzione fondamentale attribuita alla libera iniziativa economica privata e quindi all'impresa, quale proiezione della proprietà, sia pure con quegli indirizzi e controlli che l'attività economica imprenditrice comporta (art. 41).

Le norme costituzionali informano l'ordinamento e fanno della proprietà il fulcro del diritto dei privati, e al tempo stesso già esprimono la diversa valutazione che viene fatta della proprietà privata, a seconda dei beni che ne costituiscono l'oggetto.

La proprietà privata rimane sempre diritto soggettivo nel suo contenuto ma con ambito ben diverso in relazione alla diversa importanza sociale dei beni: la proprietà collegata all'impresa soggiace all'incisiva disciplina degli artt. 41 e 43 della Costituzione; la terra, come primo bene produttivo, determina la peculiare disciplina della proprietà che vi insiste (art. 44); dei beni inerenti alla persona, quali quelli ricordati, la legge favorisce l'acquisto della proprietà (47).

Non dunque, la proprietà privata in genere viene dalla legge regolata per «assicurarne la funzione sociale», ma la proprietà dei beni che per sé, in varia guisa, sono d'importanza sociale, un'importanza, cioè, riferita a un interesse diffuso della collettività dei cittadini, non all'interesse puntualizzato nell'organizzazione statale della società: è «l'utilità sociale» di cui è menzione nell'art. 41, non l'interesse pubblico.

Se è così, non sembra che si possa parlare di funzione sociale per la proprietà pubblica, nello stesso senso in cui essa assume rilevanza per la proprietà privata. Infatti la proprietà pubblica è intrinsecamente e funzionalmente collegata all'interesse canonizzato come pubblico; la proprietà privata, destinata nel suo contenuto a soddisfare esclusivamente l'interesse del privato, viene estrinsecamente e variamente limitata dalla legge, in vista della funzione sociale.

(F. Santoro-Passarelli, Presentazione a *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, p. III s.).

d) «Funzione sociale» della proprietà significa collegamento tra proprietà e persona:

La proprietà dei beni di mero godimento, siano beni di consumo o durevoli (fino alla casa di abitazione), non sembra proporre alcun problema di funzione sul piano del suo concreto esercizio: il problema è del limite dell'avere, in correlazione con l'esigenza della più equa ripartizione della proprietà di questi beni, espressa nella formula costituzionale di una proprietà da rendere «accessibile a tutti» (art. 42, co. 2°, in fine). L'indicazione che questa formula contiene non può riferirsi che ai beni direttamente godibili dalla persona (a altre esigenze di diffusione della proprietà sono dedicate norme costituzionali diverse, come gli artt. 43 e 47, quest'ultimo contemplante in modo duplicativo anche la proprietà dell'abitazione), e richiama implicitamente la nozione della «proprietà personale», cioè di quella proprietà che è a misura della persona e rappresenta, nel concreto contesto storicossociale, un naturale completamento della sua sfera. È compito del legislatore attuare la direttiva costituzionale e, se può dirsi che certi beni assolvono una funzione sociale col fatto stesso della loro appropriazione (equamente diffusa tra i consociati)

o, per restare nei termini della polemica su diritto e funzione, che rispetto a certi beni il rilievo della funzione sociale si svolge e si esaurisce sul piano della disciplina legale dell'attribuzione (e dei limiti della appropriabilità) dei beni, è tuttavia significativo che nella formulazione dell'art. 42 Cost. il discorso sulla accessibilità della proprietà sia posto a fianco, e non all'interno, del discorso sulla funzione sociale. Questo primo approccio al tema si ferma qui: con la constatazione che l'affermazione costituzionale della funzione sociale della proprietà privata non offre una semplice formula verbale da adoperare per «spiegare» ciò che il legislatore ha fatto, bene o male, e ciò che farà in singoli settori di intervento (dalla riforma fondiaria alla disciplina dell'assetto urbanistico del territorio), ma pone un principio capace di operare a vari livelli e sotto profili diversi nello svolgersi dell'ordinamento, da criterio guida per gli interventi del legislatore a criterio di valutazione dei comportamenti concreti del proprietario. Questo criterio di valutazione, a sua volta, è variamente articolabile secondo il termine di riferimento, e da un rilievo di ordine meramente negativo (limite della «antisocialità»), che si collega con la tematica dell'abuso del diritto, può giungere a un rilievo di ordine positivo, di direttiva all'agire del proprietario come quella di un soggetto investito di un potere discrezionale, controllabile nel suo esercizio. È un discorso, come si vede, tutt'altro che monolitico, nel quale possono trovare collocazioni frammenti di vedute diverse ma non incompatibili, una volta spogliate della pretesa all'esclusività; ed è un discorso che resta ancora in gran parte da svolgere. In connessione col tema della funzione sociale giova riprendere quello, già toccato all'inizio, del rapporto fra proprietà e persona, così significativo per la costruzione di un diritto civile coerente con i valori che ispirano il testo costituzionale.

L'affermazione della funzione sociale della proprietà, nella complessità di significato che deriva dalla complessità del quadro di riferimento (categorie dei beni, figure dei soggetti, profili delle attività) dell'esigenza di progresso materiale e spirituale della collettività in essa racchiusa, non contiene né comporta alcuna indicazione preferenziale nel senso del produttivismo e del benessere economico, caposalda di una ben determinata «filosofia» sociale. Anche nel campo dei beni c.d. strumentali, dove la funzione sociale della proprietà si mostra indiscutibilmente legata alla destinazione dei beni ad attività produttive, questo legame non concreta un vincolo a senso unico, potendo giustificare all'opposto, come si è già osservato, il sacrificio dell'utilizzazione produttiva: se ne trae riprova nell'art. 41, co. 2°, secondo il quale l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale», con che viene stabilita una subordinazione dell'iniziativa economica, e dunque dell'utilizzazione produttiva dei beni che ne è strumento, a finalità che non coincidano con quelle di ordine meramente economico. Alla dimensione economica del benessere non s'indirizza, se non in apparenza, neppure l'ultima parte dell'art. 42, co. 2° che esprime un'esigenza di equa diffusione della proprietà, da rendere concretamente accessibile a tutti: la proposizione è in evidente collegamento con l'art. 3 non solo nel senso, comunemente percepito, di una specificazione del principio di uguaglianza, ma prima ancora, e più direttamente, nella concreta ispirazione alla finalità del pieno sviluppo della persona, che non può realizzarsi, in una società data, senza un corredo di beni aventi il significato e la misura della «proprietà personale». Non l'appiattimento nel benessere degli elettrodomestici e delle automobili, magari con la perdurante privazione di beni essenziali allo sviluppo è, riconoscibilmente, l'intento animatore della disposizione.

Si ristabilisce così il retto rapporto fra proprietà e persona, che era già fondo della visione giusnaturalistica (la proprietà come «diritto naturale» dell'uomo in quanto mezzo di esplicazione della sua personalità e della sua libertà), travisata dagli ordinamenti liberali in una equazione proprietà-libertà spoglia della dimensione sociale e fatta base di una tutela della proprietà privata *tout court*: con un completo capovolgimento di prospettiva e di risultato, giacché la protezione tendenzialmente accordata a qualsiasi interesse del proprietario sulla cosa legittimava ogni possibile abuso in danno della persona e determinava l'emarginazione dei *non possidentes* dal territorio stesso del diritto civile. Le due complementari dimensioni del fenomeno sono, da un lato, la già rilevata patrimonializzazione del diritto civile, fino al suo costituirsi come *charta* del potere economico dei privati (di qui ha ragione la sua deformazione in diritto «privato», inteso come sistema delle prerogative di soggetti prosciolte da ogni vincolo di solidarietà); dall'altro, l'apprestamento di una tutela civilistica astrattamente accessibile a ognuno, nel senso che a ognuno è legalmente consentito mettersi nelle condizioni di esserne destinatario, ma non di un

«diritto civile per tutti», proprio perché l'effettiva realizzazione di quella possibilità da parte di certuni – in un regime della proprietà fondato sull'appropriazione indiscriminata dei beni – esclude una uguale realizzazione della stessa possibilità da parte della generalità degli altri.

Del nuovo senso che l'assetto costituzionale della proprietà contribuisce a dare al diritto civile, sotto il primo aspetto, si è già detto con riferimento al co. 1° dell'art. 42; sotto il secondo aspetto, che il diritto civile debba essere realmente e concretamente *civium omnium* non sembra, alla coscienza odierna, nemmeno controvertibile. Al di là delle convinzioni ideologiche di ciascuno, del resto, i tempi evolvono oggettivamente in questa direzione: in un mondo che ha raggiunto o è sul punto di raggiungere, in ogni dimensione del vivere umano, i livelli di saturazione e conosce già la crisi delle risorse naturali appare assurdo collegare allo spirito del rischio e dell'intrapresa (oltre che alle doti meno nobili che sono spesso necessarie per emergere nella competizione economica) l'ammissione a fruire della tutela del diritto civile. I codici ottocenteschi presuppongono larghi spazi intorno ai soggetti che sono i protagonisti di quel diritto civile: spazi fisici (specie in relazione alla proprietà terriera), economici (sviluppo industriale agli inizi, dilatabilità dei mercati e corrispondente dialettica concorrenziale), sociali (distanza fra le classi, mancanza di «spessore» delle masse dei non fruitori del diritto civile). Oggi questi spazi non esistono più o si sono estremamente ridotti e il discorso economico-ecologico recita il *leitmotiv* dei «limiti dello sviluppo»: il diritto della proprietà privata e l'intero diritto civile non possono non risentirne, e la lettura del testo costituzionale che qui si propone ne risulta avvalorata.

(Lener, *Problemi generali della proprietà*, in *Proprietà privata e funzione sociale*, cit., pp. 16-19).

e) «Funzione sociale» è formula equivalente (in materia di proprietà) a «utilità sociale» (in materia di impresa e libertà economica):

La figura dell'imprenditore differisce da quella, tradizionale, del commerciante soprattutto in ciò: il concetto di «commerciante» descriveva, nell'abrogato codice di commercio, uno specifico modo di operare del soggetto in rapporto agli altri soggetti e, in particolare, identificava la figura dello speculatore o dell'uomo d'affari in quanto tale; il vigente c.c. tende, invece, a dare rilievo al rapporto fra l'*individuo* e la *società*: esso mostra di concepire l'imprenditore, che sostituisce all'antica figura del commerciante, come colui che *produce ricchezza* e, pertanto, apporta un risultato utile all'intera collettività. Con questa concezione reticolare posizione di vantaggio che si manifesta nei diversi rapporti d'impresa esaminati, nei rapporti fra imprenditore e consumatori, nei rapporti fra imprenditore e proprietari dei mezzi di produzione. L'imprenditore gode, in questi ordini di rapporti, di una speciale protezione perché egli è un *produttore*, ossia svolge un'attività che crea prosperità economica per l'intera collettività.

Ora ci si dovrà soffermare su questo rapporto fra l'*imprenditore* e la *prosperità collettiva*: viene fatto di domandarsi, a questo punto, se la realizzazione della prosperità collettiva sia concepita, nel nostro sistema legislativo, come risultato naturale dell'attività dell'imprenditore, guidato da nient'altro che dalla ricerca del profitto, o se il perseguimento della prosperità collettiva costituisca, invece, il *criterio di valutazione* della condotta dell'imprenditore e si possa, sulla base di un tale criterio, esercitare un sindacato delle sue decisioni. La risposta a questa domanda va ricercata, piuttosto che nel c.c., nella Costituzione: essa è nel rapporto che l'art. 41 instaura fra libertà di iniziativa economica e «utilità sociale», fra attività economica e «fini sociali».

«L'iniziativa economica privata è libera», proclama l'art. 41 co. 1° della Costituzione. Il concetto di iniziativa economica identifica, nella sua più lata eccezione, l'attività di chi utilizza la ricchezza per produrre nuova ricchezza (e si è già precisato che è attività produttiva, in questa lata eccezione, anche l'attività distributiva, in quanto accresce l'utilità di beni preesistenti). La libertà che il co. 1° dell'art. 41 riconosce ai privati è, perciò, libertà dei privati di disporre delle risorse, materiali e umane; è, in secondo luogo, libertà dei privati di organizzare l'attività produttiva e, quindi, è libertà dei privati di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre una libertà che presuppone il riconoscimento di altri diritti dei

privati, alcuni dei quali costituzionalmente garantiti, come la proprietà privata (art. 42 co. 2°), anche dei mezzi di produzione (i «beni economici» di cui al co. 1°); presuppone, più in generale, la libertà contrattuale, essendo il contratto, fondamentalmente, lo strumento mediante il quale l'imprenditore, da un lato, si procura la disponibilità delle risorse da utilizzare nel processo produttivo e, dall'altro, colloca il prodotto sul mercato; e presuppone, in particolare, la legittimità della alienazione della forza lavoro, ossia dello scambio prestazione di lavoro contro retribuzione (art. 36), cui consegue l'appropriazione del prodotto sociale da parte del privato imprenditore. Il riconoscimento costituzionale della libertà economica privata è fonte di una *libertà del cittadino verso lo Stato*, in rapporto di continuità storica con il principio di «libertà del commercio e dell'industria», introdotto dalla Rivoluzione borghese (e, per la prima volta, in Francia con la l. 2-17.3.1792), in parallelo con la proclamazione della proprietà quale diritto «sacro e inviolabile (art. 4 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* dell'89).

Il senso rivoluzionario del principio era consistito nell'abolizione del precedente sistema politico-economico – aristocratico – feudale sotto l'aspetto politico, mercantilistico sotto l'aspetto economico – per il quale il commercio e l'industria non erano liberi, ma privilegi di volta in volta concessi dal sovrano. «La sola volontà basta per fare commercio», potevano constatare i giuristi al principio del secolo scorso; e questa rivoluzionaria conquista borghese era stata, come è noto, preparata da un vasto movimento culturale che aveva concepito il sistema economico come sistema autosufficiente, separato dal sistema politico, regolato da interne regole di mercato, teorizzate come «leggi naturali», e che al *laissez faire* in economia aveva rivendicato – emblematica è la posizione di Bentham – il carattere di diritto di natura, antecedente allo Stato e da questo inviolabile, di diritto innato dell'uomo. La libertà economica resta, nelle moderne costituzioni occidentali, libertà borghese per eccellenza; conserva il significato, originario, di prerogativa che spetta al cittadino *in quanto tale* e non per fruizione di una concessione politica. Tuttavia ha perduto, e perduto da tempo, quei connotati antistatalistici e giusnaturalistici che dal principio l'avevano accompagnata. Nella storia del pensiero economico questa volta è sottolineata da Keynes che decretava, più di cinquant'anni or sono, la «fine del *laissez faire*» – «dai principi metafisici o generali sui quali, di tempo in tempo, si è basato il *laissez faire*. Non è vero che gli individui posseggano «una libertà naturale» imposta sulle loro attività economiche», non è vero che una «mano invisibile» regoli il sistema economico e che il «mondo sia governato dall'alto in modo che gli interessi privati e quelli sociali coincidano sempre».

Il referente storico di questa trasformazione può essere qui indicato solo sommariamente. Il liberismo aveva trionfato sul mercantilismo per il convincimento che il profitto dipendesse, anziché da politiche statali di favore, dalla quantità di capitale investito in lavoro salariato. Ma è da oltre un secolo, è dalla «grande depressione» degli anni Settanta, che dure repliche della storia hanno deluso la fiducia borghese nella «oggettività economica», nell'autonomia «dell'economico» dal «politico». La constatata incapacità del mercato, da un lato, l'esigenza sempre più pressante di contenere la pressione salariale esercitata dalle classi lavoratrici hanno indotto la borghesia ad attuare forme sempre più estese di *governo pubblico dell'economia*: di progressiva statizzazione, per un verso, delle fonti di finanziamento delle imprese e, più in generale, dei costi dell'attività produttiva.

Oggi un governo pubblico dell'economia è presente, in diverso grado e con diversi caratteri, in tutti i sistemi capitalistici; ubbidisce a uno «stato di necessità» dell'economia capitalista, storicamente dimostratasi incapace di autogovernarsi secondo gli interni meccanismi del mercato, oltre che inadatta a garantire, da sola, uno sviluppo economico equilibrato e coordinato con il progresso civile e sociale. Di qui l'universale riconoscimento che spetta allo Stato il compito di assicurare il funzionamento e lo sviluppo del sistema economico, insieme all'ulteriore compito – particolarmente accentuato dalle Carte costituzionali più recenti – di coordinare le esigenze dello sviluppo economico con quelle della giustizia sociale e del pieno sviluppo della persona. I giuristi registrano, al tempo stesso, il mutato carattere della libertà economica privata: per il fatto di essere inserita in un sistema di pubblico governo dell'economia, essa si presenta – come recentemente è stata definita – quale libertà di svolgimento dell'impresa «nel quadro stabilito dal potere pubblico».

Gli elementi costitutivi di questo «quadro» sono, nella nostra Costituzione, la imposizione di limiti alla iniziativa economica privata, atti a impedire di svolgersi «in

contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41 co. 2°); sono i «programmi» e i «controlli» idonei a indirizzare e coordinare l'attività economica a «fini sociali» (art. 41 co. 3°); sono le stesse attività economiche pubbliche, quelle degli enti pubblici economici, delle società a partecipazione statale, cui il medesimo co. 3° dischiude un campo d'azione altrettanto esteso, quanto le attività economiche private; sono, infine, le misure di autoritativa evocazione di imprese o di categorie di imprese alla gestione pubblica o alla gestione sociale, quando ciò sia imposto da «fini di utilità generale» e si tratti di servizi pubblici essenziali o di fonti di energia o di situazioni di monopolio (art. 43). È tuttavia, un «quadro» caratterizzato da precise limitazioni dei poteri di intervento pubblico nell'economia, che si presentano come altrettante *garanzie* della libertà di iniziativa economica privata. Possiamo, schematicamente, indicare queste garanzie:

- a) nell'art. 43, che attribuisce carattere *eccezionale*, come si rileverà nel corso di questo capitolo, alle autoritative statizzazioni e alla socializzazione di imprese o di categorie di imprese, garantendo così ai privati che lo Stato non si avvarrà, in linea di principio, dei propri poteri sovrani per sostituirsi loro nell'utilizzazione delle risorse.
- b) nell'ultimo comma dell'art. 41, che ribadisce il medesimo principio esigendo che, fuori dei casi eccezionali di cui l'art. 43, l'attività economica pubblica si svolga a *parità di condizioni* con quella privata;
- c) ancora nell'art. 43 e nell'ultimo comma dell'art. 41, per la parte che introducono la *riserva di legge*, quale garanzia dei privati imprenditori contro gli arbitri del potere esecutivo, sia in ordine alle statizzazioni e alle socializzazioni, sia in ordine ai programmi e ai controlli mediante i quali l'attività economica privata è indirizzata e coordinata ai fini sociali.

È così costruito un modello di *economia mista*, a un tempo privata e pubblica. La costruzione di un simile modello non comportava, del resto, un salto nel buio: L'economia italiana, già nell'eredità liberale, e poi ancora in quella fascista, era in larga misura un'economia statizzata, nella quale «l'accumulazione del capitale», come Salandra aveva potuto osservare già alla fine del secolo scorso, era andata di pari passo con «l'estensione delle funzioni dello Stato». Il problema non stava nella scelta, improbabile, fra liberalismo e dirigismo; si trattava, piuttosto, di dare equilibrio e possibilità di sviluppo a un'economia già dominata da smisurati apparati pubblici e nella quale lo Stato già svolgeva un compito immune e ormai imprescindibile. La «costituzione economica» che ne è risultata presenta un carattere singolare: dissocia l'economia privata dall'economia di mercato; rinuncia a esaltare la prima, riafferma piuttosto il valore della seconda.

Più sinteticamente, la scelta costituzionale si può scomporre in questi due punti:

- 1) affievolimento, tra i diritti di libertà costituzionalmente garantiti, della libertà economica dei privati e legittimazione, per converso di un governo politico dello sviluppo economico;
- 2) riaffermazione, per contro, del primato dell'economia di mercato, come limite alla direzione politica dello sviluppo economico e come criterio di condotta per l'attività economica pubblica.

Sotto il primo aspetto appare degno di considerazione che la libertà di iniziativa economica privata, riconosciuta dal co. 1° dell'art. 41, non riceva quel carattere di «diritto inviolabile» che è, invece, attribuito alle libertà civili (art. 13 ss.); ha perso, come ha perso anche la proprietà, gli antichi connotati di «sacertà» e «inviolabilità»; non è menzionata nei «principi fondamentali»; non è fra quelle libertà che, a norma della Costituzione, è compito della Repubblica difendere (a differenza di quanto dispone la recentissima Costituzione spagnola, che un simile compito attribuisce allo Stato); è certamente, fra le libertà riconosciute dalla nostra legge fondamentale, quella meno garantita, la preoccupazione prevalente nel nostro costituente essendo, piuttosto, quella di evitare che l'esercizio di questa libertà leda determinati valori sociali o umani («l'utilità sociale», la «sicurezza», la «dignità umana», di cui al co. 2° dell'art. 41) o comprometta le realizzazioni dei «fini sociali» di cui al co. 3°. L'economia privata non trova nella Costituzione neppure la garanzia della propria sopravvivenza. È garantita solo dall'eventualità di una sua *forzosa abolizione*. L'art. 43 attribuisce carattere eccezionale alle autoritative statizzazioni e alla socializzazione di imprese o di categorie di imprese; pone precisi limiti all'ingresso autoritativo dello Stato sul terreno dell'economia. Ai privati è costituzionalmente fornita, con questo articolo, la garanzia che lo Stato non procederà a una coercitiva modificazione del modo di produzione:

non si varrà, se non in caso eccezionale, della potestà di imperio per sottrarre loro le attività economiche ed evocarle alla gestione pubblica o sociale.

Sotto il secondo aspetto è significativa la condizione costituzionale dell'*attività economica pubblica*: l'ultimo comma dell'art. 41 sottrae l'attività economica *pubblica*, benché attività pubblica allo «statuto» della P.A. (art. 97, e la sottopone, in quanto attività *economica*, allo «statuto» dell'impresa, concepito come statuto unitario e indifferenziato, valido così per l'impresa privata come l'impresa pubblica.

Si è proposto di fronte all'art. 41 Cost., questo problema: chi è il destinatario della norma secondo la quale l'iniziativa economica privata, benché libera, «non può svolgersi in contrasto con l'*utilità sociale*»? ne è destinatario lo stesso imprenditore, il quale deve conformare la propria condotta al criterio dell'*utilità sociale*? O ne è destinatario soltanto lo Stato, legittimato dal co. 2° dell'art. 41 Cost. a porre norme di legge che, in vista della realizzazione dell'*utilità sociale*, limitino la libertà di iniziativa riconosciuta all'imprenditore dal co. 1°?

In senso corrispondente al primo termine di questa alternativa si sono pronunciati non pochi interpreti della Costituzione: essi hanno sostenuto che, per effetto dell'art. 41 co. 2°, l'iniziativa economica privata può dirsi «legittima soltanto in quanto socialmente utile»; e ne hanno tratto la conseguenza che «l'*utilità sociale*» costituisce un *immediato* criterio di valutazione dell'attività dell'imprenditore. Ogni atto di impresa, che sia «in contrasto con l'*utilità sociale*», dovrebbe considerarsi viziato da *eccesso di potere*: esso potrebbe, su iniziativa di chiunque vanti un interesse legittimo in tal senso, essere annullato dall'autorità giudiziaria ordinaria. Si applica all'imprenditore privato una figura, quella dell'*eccesso di potere*, che è propria del diritto pubblico: l'imprenditore privato viene trattato, sotto questo aspetto, alla stessa stregua di un organo della P.A., il quale non può esercitare il potere conferitogli se non per realizzare le pubbliche finalità per le quali il potere gli è stato conferito (ed incorre in «eccesso di potere» se lo esercita per fini diversi). Si mostra così di concepire la libertà di iniziativa economica privata, riconosciuta dalla Costituzione, come una sorta di *delega*, dallo Stato ai privati, di un potere che non può essere altrimenti esercitato se non per il raggiungimento dell'*utilità collettiva*.

Il quadro che ne risulta è alquanto mistificatorio: il dire che l'iniziativa economica privata «è legittima in quanto socialmente utile». Equivale a dire che essa è legittima *perché socialmente utile*. In un sistema che riconosce come lecita la ricerca privata del *profitto* (significato che non può certo essere negato al riconoscimento costituzionale della libertà di «iniziativa economica privata»), esprimere valutazioni di quel genere equivale a formulare una giustificazione «sociale» del profitto privato, a concepire questo come remunerazione del «servizio sociale» prestato dall'imprenditore. Al di là di ogni, pur apprezzabile, intenzione dei loro assertori, teorie del genere di quelle ora esaminate si traducono, alla priva dei fatti, in una *apologia* dell'iniziativa economica privata, oltre tutto estranea alla Costituzione.

Ci si avvicina di più allo spirito di questa se si afferma che essa non assegna «funzioni» ai cittadini, imponendo loro di agire per l'*utilità sociale*, ma riconosce ai cittadini delle «libertà», garantisce dei diritti, per la realizzazione dei *loro* particolari interessi. Il discorso vale anche per l'iniziativa economica: caratteristica delle carte costituzionali è, nei sistemi capitalistici, di concepire la libertà di iniziativa economica privata *alla stessa stregua di ogni altro diritto di libertà*. Il suo riconoscimento costituzionale non presenta caratteri diversi dal riconoscimento costituzionale della libertà di pensiero o della libertà di associazione: al pari di queste, la libertà di iniziativa economica privata è concepita come «*un aspetto della libertà umana*».

Il sistema costituzionale si basa sul presupposto che l'iniziativa economica sia uno dei modi, degni di tutela, mediante i quali l'individuo realizza la *propria personalità*: questo, e soltanto questo, è il fondamento del riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica privata, il fondamento della riconosciuta legittimità della ricerca privata del profitto.

«L'*utilità sociale*» non è la *ragione giustificatrice* di questa, come delle altre libertà riconosciute ai cittadini; non è la ragione giustificatrice del profitto privato: essa opera *come limite* alla libertà di iniziativa economica e, quindi, alla ricerca del profitto. Ma un limite che tocca una delle libertà del cittadino – quale è nei sistemi capitalistici, la libertà di iniziativa economica – non può essere posto che dalla legge. La norma dell'art. 41 co. 2° Cost. ha per destinatari gli *organi legislativi* dello Stato: essa li autorizza a porre limiti, in nome «dell'*utilità sociale*», alla libertà di iniziativa economica privata, garantita dal co. 1°. Questa può essere limitata, con esplicite disposizioni di

legge, al fine di evitare che possa «svolgersi in contrasto con l'utilità sociale». Ma sarà la legge a valutare ciò che corrisponde e ciò che, invece, contrasta con l'utilità sociale: il sindacato dell'autorità giudiziaria avrà per oggetto non la conformità dell'attività dell'imprenditore «all'utilità sociale», ma la sua conformità alla legge.

Formulare questa conclusione non significa, si badi, dichiararsi contrari a una «funzionalizzazione» dell'iniziativa economica privata alla utilità sociale; significa opporsi, invece, all'idea che l'iniziativa economica privata sia stata *già funzionalizzata* dall'art. 41 co. 2° della Costituzione e che non esista ormai, nel nostro paese, altra specie di iniziativa economica privata se non quella funzionalizzata all'utilità sociale, onde altro non resterebbe se non attendere che l'autorità giudiziaria e l'autorità governativa ne traggano le conseguenze e prendano, con sentenza o con atto amministrativo, i concreti provvedimenti esecutivi.

Concepita nei termini qui criticati, la «funzionalizzazione» dell'attività economica privata è, nella migliore delle ipotesi, una funzionalizzazione *illusoria*: si lasciano le cose come stanno e, tuttavia, ci si pone nella condizione verbale di proclamare che l'iniziativa privata è, nel nostro paese, funzionalizzata all'utilità sociale; ma può essere anche, ciò che è più pericoloso, una funzionalizzazione *autoritaria*: ogni decisione sul se intervenire, in nome dell'utilità sociale, sulla iniziativa economica privata e sul come, sul quando, sul dove intervenire è rimessa al potere esecutivo e al potere giudiziario, al di fuori di ogni dibattito di fronte all'opinione pubblica e alle forze sociali, di ogni confronto con le forze politiche di opposizione.

È mio fermo convincimento che l'iniziativa economica privata debba, in attuazione della Costituzione, essere funzionalizzata all'utilità sociale: deve, tuttavia, trattarsi di una funzionalizzazione *reale*, e non mistificata; e deve trattarsi di una funzionalizzazione *democratica*. La sua veste formale è la legge, la sua sede costituzionale sono le assemblee elettive – il Parlamento e, nell'ambito della competenza legislativa delle regioni, i consigli regionali – nell'aperto dibattito di fronte al paese, nel dialettico confronto fra tutte le forze pubbliche.

Il discorso sui rapporti fra imprenditore privato e prosperità collettiva si sposta, a questo punto, dalla Costituzione alle *leggi ordinarie*. Da queste ci si deve attendere la determinazione del concetto di «utilità sociale», quale limite alla libertà di iniziativa economica; dall'esame di queste si debbono trarre elementi per un giudizio su come è concepito, nel nostro sistema, il rapporto fra imprenditore privato e utilità sociale: se come rapporto che, per potersi realizzare, esige molteplici e penetranti interventi legislativi o non, piuttosto, come rapporto che si realizza *naturalmente*, essendo l'operosità dei privati, spinti dalla ricerca del profitto, elemento di per sé sufficiente – secondo i già ricordati postulati del liberalismo classico – a garantire la prosperità generale. Sotto questo aspetto, lo stesso silenzio degli organi legislativi può essere giudicato come una «forma di valutazione»: la mancanza o la scarsità di leggi che, in nome «dell'utilità sociale», pongano limiti alla iniziativa economica privata rivela l'implicita valutazione del potere legislativo che l'iniziativa degli imprenditori privati, già nel suo spontaneo determinarsi, realizza «l'utilità sociale».

L'impresa privata potrà, dunque, dirsi «funzionalizzata» all'utilità sociale solo se e solo nella misura in cui esistano specifiche leggi che la funzionalizzino. Oltre che sulla base del co. 2° dell'art. 41, la funzionalizzazione dovrà procedere sulla base del già concordato co. 3°, ai sensi del quale «la legge determina i *programmi e i controlli* opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere *indirizzata e coordinata a fini sociali*». Con questa norma è la stessa Costituzione a prendere, implicitamente, posizione sul rapporto fra iniziativa economica e utilità sociale: la premessa dalla quale la norma muove è che, in mancanza di programmi e di controlli opportuni, da stabilire con legge, non può dirsi garantita la destinazione sociale dell'attività produttiva. E c'è di più: la norma pone sullo stesso piano l'attività economica privata e pubblica; essa spezza l'antica presunzione secondo la quale l'azione dei pubblici poteri è, per definizione, volta a realizzare il bene collettivo, e non interessi di parte. *La riserva di legge* assume a questo modo un duplice significato: è, per un verso, garanzia di libertà di iniziativa economica privata, sottratta al possibile arbitrio del potere esecutivo e sottoposta, in quanto diritto di libertà dei cittadini, «all'organo che trae da costoro» – secondo la ricordata valutazione della Corte Costituzionale «la propria diretta investitura» è per altro verso, forma di coordinamento della libertà di iniziativa economica privata con un altro diritto di libertà del cittadino, che attraverso la legge si realizza, ossia con la libertà politica. Il rapporto fra iniziativa economica privata e «utilità sociale» (art. 41, co. 2°), fra iniziativa economica privata e

«fini sociali» (art. 41, co. 3°), è mediato attraverso la legge, che è espressa dalle assemblee elettive, diretta emanazione della sovranità popolare. È disattesa l'idea che le decisioni sul se intervenire, in nome «dell'utilità sociale», sulla iniziativa economica privata, e sul come, sul quando, sul dove intervenire, possano essere direttamente prese dal potere esecutivo o dal potere giudiziario, fuori da quelle sedi entro le quali si esprime la partecipazione politica dei cittadini; è disattesa l'idea che, fuori da queste sedi, si possano determinare programmi e controlli, idonei a indirizzare e coordinare l'attività economica a «fini sociali».

Si misura, su questo terreno, l'apporto originale della nostra Costituzione, si manifesta il superamento dell'antico modo di pensare alle due libertà, alla *libertà economica* e alla *libertà politica*, quali libertà che agiscono in sfere separate, non destinate a incontrarsi. Non è, in sé, originale la instaurazione di un sistema di governo pubblico dell'economia: la cultura di ispirazione liberale aveva accettato, già da tempo, l'idea di un sistematico intervento dello Stato nell'economia e di un conseguente limite all'iniziativa economica privata; la stessa concezione liberale, o proto-liberale, dell'economia capitalistica ne era stata travolta. Ed i giuristi avevano già teorizzato il concetto che la libertà di iniziativa economica è una libertà limitata, che la proprietà dei mezzi di produzione è una proprietà modificata, diversa dal comune diritto di proprietà: una delle più significative figure della cultura giuridica di ispirazione liberale, Julliot de la Morandière, era giunto a presagire che «nell'avvenire l'individuo che destina una parte del suo patrimonio all'esercizio di una impresa cessa di avere la *maîtrise* dei suoi beni». Qui però si arrestava la concezione liberale dei limiti alla libertà economica e alla proprietà privata dei mezzi di produzione: essa prendeva atto del limite, della riduzione della sfera della libertà dell'imprenditore, ma si rivelava incapace di proseguire il discorso in termini di libertà. Per essa quei limiti comportavano, in assoluto, una perdita di libertà, una contrazione dell'area della libertà umana: dove finisce la libertà dell'imprenditore comincia una funzione dello Stato, la funzione statale di regolazione dell'economia oppure la funzione statale – legislativa, governativa, giudiziaria – di mediazione degli interessi dell'imprenditore con i contrapposti interessi dei lavoratori.

La Costituzione ci autorizza, all'opposto, a proseguire il discorso in termini di libertà; ci rende consapevoli del fatto che, nella misura la libertà economica si riduce, si apre il terreno per l'espansione di altre libertà. Esso dove la concezione liberale della libertà economica va, sulla traccia offerta dalla Costituzione, sottoposta a una profonda revisione teorica. Si deve cessare di contrapporre l'iniziativa economica privata, intesa come *libertà*, al governo pubblico dell'economia inteso quale potere, ossia quale situazione antitetica alla libertà, quale negazione di libertà, quale *non libertà*. Una simile rappresentazione concettuale non esprime solo un punto di vista paleo-borghese; esprime un punto di vista emotivo e non razionale: è, come rappresentazione concettuale, una falsa rappresentazione, perché pone su di un medesimo piano di confronto termini non omogenei. È lecito obiettare che anche la libertà di iniziativa economica si arma di un potere, che è il potere direttivo dell'imprenditore; e che il potere pubblico di governo dell'economia si presta, anch'esso, a essere tradotto in termini di libertà; non può essere concepito, come la nostra Costituzione ci invita a concepirlo, quale espressione della *libertà politica*. Questa è – così la definisce l'art. 49 Cost. – la libertà del cittadino di concorrere, attraverso i partiti, alla determinazione della politica economica nazionale e, per il tramite di questa, della politica economica delle imprese. Di ciò si deve tenere conto anche nel ridefinire la libertà economica: essa non è più una libertà che si esprime in un mondo soltanto suo, separato dal mondo nel quale si esprimono le altre libertà; deve essere ricostruita come *libertà fra le libertà*, come libertà che si realizza dialetticamente, nel rapporto con le altre libertà del cittadino, e anzitutto nel rapporto con la libertà politica.

(F. Galgano, *L'imprenditore*, III ed., Bologna, 1980, pp. 108-115).

f) «Funzione sociale» è limite interno al diritto di proprietà.

Insidiosa è, [...] la tendenza a trarre partito dalla norma costituzionale, deducendo dal riferimento alla funzione sociale, piuttosto che una limitazione, un potenziamento della posizione del proprietario e, parallelamente, dell'imprenditore.

Il discorso è, in apparenza, impeccabile, perché si presenta *sub specie* di inquadramento

della proprietà e dell'impresa nel sistema costituzionale. La «funzione sociale» diventa una qualità immanente dell'una e dell'altra, che sarebbero riconosciute e garantite proprio perché di per sé esplicano quella funzione. Il che, anzi, dovrebbe far sì che la garanzia sia da considerare particolarmente forte, al punto che qualsiasi nuova limitazione, anche di ordine legislativo, che venga a restringere il «godimento» del *dominus*, senza che, contemporaneamente, sia previsto – sotto qualunque forma – il compenso di una indennità effettiva e non «irrisoria» (secondo il comodo *passé partout* fornito dalla Corte Costituzionale) debba essere ritenuta senz'altro come espropriazione illegittima, del tutto prescindendo dai fini per i quali essa sia stata introdotta. L'esplicita previsione (ex art. 44, co. 1° i.f.) di «aiuti» per «la piccola e media proprietà» serve a confermare questa conclusione, con una singolare generalizzazione che sembra trovare ulteriore incentivo nel proposito – espresso nello stesso art. 42, co. 2° – di rendere «la proprietà», senza ulteriori attributi, «accessibile a tutti».

Tutto ciò comporta, ovviamente, l'abile mascheratura delle enunciazioni più scomode e, in primo luogo, della riserva alla legge (ordinaria) del compito di determinare «i modi di acquisto, di godimento e i limiti» (della proprietà), proprio allo scopo di «assicurarne la funzione sociale» o della precisazione secondo cui l'iniziativa privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». E a tale mascheratura si aggiunge, per maggiore sicurezza, la disinvolta (tanto da apparire quasi convincente!) affermazione della piena rispondenza dell'assetto dei rapporti economico-sociali previsto nella Carta Costituzionale alla situazione attuale di essi. La «razionalità» e «l'equità sociale» dell'art. 44 diventano così quelle della «tradizione» o di una non meglio identificata «coscienza comune». E non vi è più alcun bisogno di issare l'equivoca bandiera del «no alla funzionalizzazione», giacché ogni pericolo di «funzionalizzazione» è stato già scongiurato in partenza.

Che questi attacchi alla «funzione sociale» abbiano avuto successo sul piano di tutti e tre i «poteri», nei quali si articola l'organizzazione della nostra repubblica, è certamente innegabile. All'eventuale peccatuccio del legislativo ha, per lo più, rimediato prontamente il giudiziario, chiamando in causa la Corte Costituzionale, che, di solito, non si è fatta pregare, intanto con lo svalutare lo stesso riferimento della legge fondamentale al «sociale», negando che sul piano della stessa legge e, quindi, di tutto l'ordinamento, si possa comunque prospettare una scala di valori diversamente graduati e appiattendolo la visuale generale sul piano di un egualitarismo meramente formale che non può certo, come recentemente è stato detto, «disamorare» i proprietari, autorizzando «a privarli di quanto è loro dovuto» (s'intende, in base ai loro diritti) col pretesto «delle loro condizioni meno disagiate (rispetto ai non proprietari) o anche addirittura floride». Se poi si pensa che l'esecutivo si è unicamente preoccupato di vanificare i volenterosi interventi di amministratori comunali (per lo più per la requisizione e gestione di impianti industriali in via di più o meno arbitraria smobilitazione), lo scetticismo manifestato da sinistra verso la c.d. «funzione sociale» potrebbe sembrare più giustificata e sacrosanta l'intrapresa opera di demistificazione strano, tuttavia, che questa opera venga condotta accusando anzitutto, più o meno frettolosamente, coloro che hanno tentato di intraprendere la norma costituzionale in modo da far svolgere a essa il massimo di efficacia attuale, ai fini della concreta delimitazione dei «poteri» del proprietario o dell'imprenditore secondo le linee generali chiaramente indicate da tutto il sistema, di volere gabellare per nuove soluzioni (quelle sì esclusivamente mistificatorie) già proclamate in epoca corporativa sulla base della c.d. carta del lavoro.

Chi lancia questa accusa non sa o non vede che proprietà e iniziativa economica privata rappresentano (e non senza ragione) di per sé i pilastri di tutto l'ordinamento corporativo e che l'affermazione di una loro funzione sociale (*rectius*, pubblica) – anche se prudentemente non enunciata dal codice – non era l'espressione di un *dover essere* ma di un *modo di essere* e più precisamente di un essere in situazione di privilegio. Non per niente l'imprenditore era il capo dell'impresa con poteri più o meno assoluti sui suoi dipendenti, tenuti, verso di lui, del tutto unilateralmente, a obbedienza e fedeltà incondizionate.

Residui di una simile concezione non mancano e, dietro le opportune mascherature pseudo-costituzionali, si possono riscontrare facilmente anche nella tendenza destrorsa ricordata nel paragrafo precedente. Ma assai diversa è la posizione di coloro che, sulla base degli artt. 41 co. 2° e 42, co. 2° hanno constatato che una funzione

sociale (non pubblica) si pone per l'iniziativa economica e per la proprietà, non come espressione di un naturale modo di essere, ma come *direttiva di un dover essere*; cioè, più precisamente, di un dover essere antisociale. Giacché se non si può dubitare che, proprio in quanto sussunte a momenti rilevanti del sistema e garantire, le posizioni del proprietario e dell'imprenditore siano considerate, in astratto, come capaci di esprimere attività tali da concorrere «al progresso materiale e spirituale della società» nel senso indicato dall'art. 4 co. 2° Cost., non è detto poi che le attività che esse esprimono in concreto abbiano effettivamente quella caratteristica. Ne era talmente conscio il legislatore costituente, che si è preoccupato, a scanso di equivoci, di specificarlo in tutte le lettere con riferimento all'una e all'altra.

E prendere atto di ciò significa, forse, affermare più o meno implicitamente che proprietà e iniziativa economica privata sarebbero riconosciute dalla Costituzione «come una sorta di delega dello Stato ai privati di un potere che non può essere altrimenti esercitato se non per il perseguimento della utilità collettiva»? In realtà, nessuno di coloro che quanto sopra hanno sostenuto, si è mai sognato di adombrare una simile conclusione, la quale o è il frutto della suggestione esercitata dalla prima delle due correnti destrorse ricordate ovvero discende da una concezione che nettamente distingue la sfera del diritto privato da quella del diritto pubblico e ritiene inammissibile l'impiego di strumenti tradizionalmente considerati come propri del secondo nell'ambito del primo senza che ciò comporti un radicale mutamento della sostanza dei singoli fenomeni, ai quali essi vengono applicati. Sembra provarlo la scandalizzata meraviglia di fronte al fatto che si sia osato ritenere soggetti al sindacato dell'autorità giudiziaria, sotto il profilo dell'eccesso di potere, certi atti dell'imprenditore, che, perciò, sarebbe trattato alla stregua di un organo della P.A [...]

Chi, tuttavia, non crede ai comportamenti stagni, chi sa che il sistema del diritto pubblico è già cresciuto sulle fondamenta bene o male gettate dal diritto privato, non può che essere anche convinto della validità di un rinnovamento del, in un certo senso, ormai vieto armamentario di questo, prendendo a prestito da quello gli strumenti più confacenti alle singole situazioni. E così pure, per es., l'eccesso di potere (che, del resto, vale a ringiovanire e rendere più plausibile la visuale di quel fenomeno, non a caso assai controverso, che si denomina, generalmente, abuso del diritto) o l'interesse legittimo (al quale anche dai privatisti si comincia a guardare, in una notevole serie di casi, con una certa, promettente curiosità).

Per questo non si può non considerare frutto di un grosso equivoco (a parte la sua rilevanza del tutto negativa dal punto di vista del generale assetto dei rapporti sociali) la, più o meno semplicista, riscoperta della proprietà e dell'impresa quali strumenti al servizio dell'esclusivo interesse egoistico del proprietario e dell'imprenditore, ma, come tali, passibili di quelle limitazioni esteriori, che al legislatore – e non al giudice – piacesse di stabilire. Quasicché il giudice esercitando il suo controllo in ordine a una eventuale antisocialità dell'attività del proprietario o dell'imprenditore non dovesse preoccuparsi dell'osservanza di limiti (anche interni, ma sempre limiti) già stabiliti dalla legge e, invece, ne creasse *ex novo*.

O quasicché – sotto diverso angolo visuale – la contestazione dell'inquadramento dell'una e dell'altra sul piano delle attività (soltanto) in astratto capaci di contribuire al progresso sociale e, conseguentemente, la riconosciuta possibile rilevanza delle «esigenze oggettive» di esse (chiaramente affioranti, per es., nell'art. 3 della l. 15.7.1966, n. 604) dovessero precludere definitivamente ogni valutazione di merito del comportamento del proprietario e dell'imprenditore, assicurando a esso una aprioristica qualificazione di «socialità» sufficiente a mascherare in concreto il meno arbitrio dell'uno e dell'altro. Giacché la preoccupazione appare duplice. Da un lato, infatti, si teme che la pretesa «funzionalizzazione», che dovrebbe accompagnarsi alla prevista «funzione sociale», finisca col rafforzare ancor più sul piano generale il privilegio di cui godono già i detentori del potere economico, rendendo sempre più difficile l'eventuale intervento limitativo del legislatore ordinario. E, dall'altro, si vorrebbe evitare una sorta di presunzione (*iuris et de iure*) di legittimità e congruità che dovrebbe discendere da quella stessa, pretesa «funzionalizzazione» e che dovrebbe coprire e rendere inattaccabili gli atti del... «funzionalizzato». Cosa che sarebbe certamente esiziale, in particolare, nel campo delicato e incandescente dei rapporti di lavoro. Come si potrebbe, infatti, protestare contro i provvedimenti del datore di lavoro, se costui, per definizione, agisse al servizio e per l'utilità dei lavoratori.

(A. Natoli, *La proprietà, Appunti dalle lezioni*, II ed., Milano, 1976, pp. 278-284).

### 3. Le garanzie costituzionali della proprietà privata

L'espressione secondo la quale la proprietà «è riconosciuta e garantita dalla legge» deve essere precisata nei suoi contenuti; il «riconoscimento» che la legge fa della proprietà non deve essere inteso nel senso che la proprietà è un diritto (anzi, una qualità dell'individuo) preesistente allo Stato, che lo Stato deve garantire; l'espressione, che pure ha, come rileva Pietro Rescigno, «reminiscenze giusnaturalistiche» non deve essere sopravvalutata; deve invece essere letta nel quadro di tutte le norme costituzionali: la proprietà è riconosciuta nella Costituzione come un diritto dell'individuo al pari di tanti altri diritti e posizioni soggettive e si inserisce «nell'ordine pluralistico e solidaristico che la Costituzione ha inteso imprimere alla comunità nazionale» (A. Sandulli).

Un ordine «nel quale – senza rinunciare alle conquiste dello Stato di diritto (artt. 13-28, 101-113), e anzi portandole ad allineamenti più avanzati (artt. 134-137) – si ha di mira il consolidamento e il perfezionamento dello Stato sociale, cioè di uno Stato, il quale, basandosi sulla solidarietà politica, economica e sociale della comunità e di ciascuno in favore di tutti – e anzi imponendola come «dovere inderogabile» (e perciò da considerare presente e operante nell'interno sistema normativo) – (art. 2), si faccia strumento di benessere, di progresso civile, di giustizia (vale a dire di equi rapporti e di congrue posizioni per tutti, in seno alla società). Uno Stato, quindi, attivo, propulsivo, impegnato nel suscitare occasioni di produzione e di lavoro, si da favorire anche per tale via la liberazione e l'elevazione dell'uomo, l'uguaglianza, la giustizia, il progresso materiale e spirituale della società (art. 4). In seno alla società nazionale assume spicco la posizione civile e sociale di chi lavora, in immediata correlazione col fatto che la Repubblica italiana identifica nel lavoro – inteso come attività «che concorra al progresso materiale e spirituale della società» (art. 4) – la fonte della dignità dell'uomo e la base della società civile e dell'ordine democratico (art. 1). Del resto, senza operosità le fonti del benessere si inaridirebbero, e con esse le stesse fonti di una valida solidarietà. È in questa cornice che va collocata e intesa la normativa costituzionale relativa ai rapporti economici (artt. 35-40 e 43-47), cioè a quelli, tra gli elementi impegnati nella produzione, che storicamente sono apparsi più bisognevoli di protezione, essendo, generalmente, la loro posizione economica e sociale e quella della famiglia, condizionata indissolubilmente dalla quotidiana attività lavorativa.

(Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 468).

È quindi nel quadro generale delle direttive della Costituzione che la formula del riconoscimento del diritto di proprietà e della sua garanzia deve essere interpretata:

Sempre nello stesso quadro generale, essa, mentre fa oggetto di favore la proprietà di certi beni economici più strettamente «personali» (la proprietà della casa), o più legati a un impegno produttivo «individuale» (la proprietà coltivatrice, la piccola e media proprietà agricola) – anzi si preoccupa dell'accessibilità a tutti» della proprietà privata –, e mentre considera con favore altresì quelle modeste forme di impresa che sono collegate a un'attività lavorativa (impresa artigiana, proprietà coltivatrice) o al risparmio «popolare» – e quindi, ancora una volta, dei ceti meno abbienti – (l'azionariato popolare), guarda con un certo disfavore le proprietà e le imprese maggiori (prevedendo la possibilità di limiti quantitativi alla proprietà, e in particolare a quella terriera privata, e consentendo la espropriazione, tra l'altro, delle imprese monopolistiche: artt. 42, 43, 44).

(Sandulli, *ibidem*).

Ma l'interpretazione dell'art. 42 Cost. è assai controversa.

Osserva a questo riguardo Pietro. Rescigno, in un ampio e raffinato saggio sulla proprietà:

Qui si vuol richiamare la riflessione del lettore su un singolare carattere della normativa costituzionale. Una garanzia costituzionale dell'istituto più dirsi mancante o, se si ritiene di poterla fondare sulla lettura di norme diverse dall'art. 42, cpv., si riduce nei limiti che si sono indicati; e tuttavia l'istituto della proprietà domina tutte le norme che occupano, dall'art. 42 all'art. 47, la seconda metà del titolo «dei rapporti economici». Sono norme che approdano o muovono dalla proprietà nei modi più diversi: vd. nell'art. 43, per le particolari imprese che vi sono contemplate, la «riserva» originaria o successiva di proprietà in favore dello Stato o di enti pubblici o di comunità di lavoratori o di utenti e, per il caso di trasferimento, la necessità, ribadita dalla norma, dello strumento dell'espropriazione; nell'art. 44 la disciplina della proprietà terriera come di una proprietà che deve farsi impresa, per la particolare natura del bene su cui si esercita; nell'art. 47 la tutela del risparmio come di un fatto sociale ordinato dall'accesso a particolari forme di proprietà. Lo stesso art. 46, relativo alla cogestione, s'inserisce nel contesto della proprietà, così che «il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende» appare – quando la partecipazione al potere di decisione non trovi corrispettivo alcuno nella sopportazione del rischio dell'impresa – una vera e propria espropriazione, una misura che incide sul «potere di disporre». Di questa insistenza sul tema della proprietà vi sono radici che affondano in una lunga tradizione di pensiero. È in forza di tale tradizione che l'esperienza tedesca (sul punto simile alla nostra) ha conosciuto sin dalla seconda metà dell'Ottocento come limitazioni alle proprietà le misure amministrative e di polizia che la giurisprudenza svizzera, e cioè l'esperienza di un paese che non ha sofferto il problema del potere politico legato alla proprietà fondiaria e la violenta rottura provocata dalla legislazione illuministica e post rivoluzionaria, ha visto sin dal principio come restrizioni alla libertà dell'iniziativa economica (si pensi, per fare un esempio tratto dalla realtà pratica, al divieto di pubblicità cinematografica per tutti o taluni films imposto al gestore di una sala spettacoli contigua a una scuola).

Ancor più vivace la tradizione di pensiero è la carica emotiva delle parole. Così, caduta ogni affermazione del carattere sacro e inviolabile del diritto di proprietà, reciso il legame tra proprietà dei beni e libertà della persona, s'insinua tuttavia, nell'art. 42, cpv., Cost., una locuzione – «la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge» – che utilizza i due vocaboli «riconoscere» e «garantire», che ricorrono nella norma più significativa della nuova Carta costituzionale, nell'art. 2 relativo ai «diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». È soprattutto il termine «riconosciuto» che, nella Costituzione, si riveste e si illumina di un significato particolarmente ricco, ove si ponga mente, oltre che gli artt. 4 e 5 (relativi al diritto al lavoro e alla protezione delle autonomie locali), specialmente all'art. 29, dove pure la parola ricorre. Per l'art. 29 «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», e quella norma, più ancora che l'art. 2, ha fatto pensare a situazioni e istituti che avrebbero una ragione d'essere e una legittimità anteriori alla stessa norma positiva rispetto ai quali la norma positiva si limiterebbe a prendere atto e ad assumerli nella sua previsione.

Può darsi che nella parola «riconoscere» vi siano veramente inconsapevoli residui di una concezione giusnaturalistica della proprietà. Alla stregua di tale concezione, la proprietà era un diritto innato dell'uomo, destinato a svolgere molteplici funzioni: da un alto, stimolo all'iniziativa privata, rafforzamento dell'auto responsabilità individuale, garanzia della sicurezza economica; dall'altro chiarezza nell'organizzare la società e nel delimitare le rispettive competenze dei consociati; infine, protezione della dignità e della libertà umana.

È agevole, nella linea di una particolare sensibilità alla tradizione e di attenzione al linguaggio del testo costituzionale, arrivare – e vi arriva esplicitamente la recente dottrina sociologico-giuridica tedesca – all'idea che la garanzia costituzionale copra, in una scale di crescente valore economico, diverse «forme» di proprietà, che vanno, dalla retribuzione destinata al sostentamento quotidiano del lavoratore e della sua famiglia ai beni d'uso domestico, al risparmio, e poi alle pretese in materia di sicurezza sociale (almeno quando abbiano fondamento nella prestazione del soggetto legittimato), e ancora alla casa di abitazione, e infine alla partecipazione alla formazione del capitale. Sul piano della politica sociale la partecipazione di larghi tratti della popolazione alla formazione del capitale e la conseguente diluizione della proprietà

sarebbero la più sicura garanzia di un'adesione della comunità all'organizzazione economico-politica generale.

(P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 5-6).

Insistere comunque sulle «garanzie» e sulla riserva di legge formale, ovvero sul quadro normativo complessivo in cui si colloca l'art. 42 della Costituzione non è sufficiente. Occorre esaminare anche in che modo il legislatore ha fatto uso di queste norme.

È chiaro e non contestato che la formulazione costituzionale determina l'ordinamento italiano come ordinamento che conosce l'istituto della proprietà privata: talché un disegno di legge il quale mirasse ad abolire l'istituto della proprietà privata sarebbe un disegno di legge costituzionale e dovrebbe essere proposto e approvato nelle forme previste per la revisione costituzionale; è altresì chiaro e manifesto che la formula dell'art. 42, e quella degli articoli a esso collegati, intendono attribuire al legislatore ordinari amplissimi poteri in ordine alla determinazione del contenuto del diritto di proprietà privata, alla determinazione dei beni che possono farne oggetto sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo, alla determinazione dei modi in cui il diritto di proprietà si costituisce e si trasferisce nei soggetti privati, alla determinazione dei modi in cui il privato titolare del diritto può esercitarlo. Tra queste due certezze, che costituiscono i limiti delle possibilità interpretative dell'art. 42 co. 2° e in particolare della locuzione «è riconosciuta e garantita», si dispongono a ventaglio molte letture del dettato costituzionale. In particolare, sotto il profilo delle condizioni di illegittimità costituzionale di una legge *sub* art. 42, vanno menzionate le letture secondo cui sarebbe viziata ogni legge che ponesse a carico del privato titolare del diritto di proprietà qualsiasi limite più gravoso di quelli presenti nelle leggi vigenti al momento della entrata in vigore della Costituzione e non automaticamente e direttamente abrogate da quest'ultima, e le letture secondo cui non sarebbe viziata una legge che escludesse la proprietà privata di ogni bene salvo quelli destinati al consumo individuale (cibi, vestiti, mobilio) in misura non eccedente il fabbisogno immediato e, forse l'abitazione e la terra direttamente coltivata.

Va detto che, per ragioni ambientali, la proposta rispettivamente dell'una e dell'altra di queste letture limite ha avuto ben diverse intenzionalità e ben diversi scopi operativi; infatti il legislatore ordinario, nel periodo successivi all'entrata in vigore della Costituzione, mentre ha evitato interventi eversivi sulla proprietà privata diversa da quella gravante su oggetti di consumo (in particolare ha evitato la sottrazione alla proprietà privata dei c.d. mezzi di produzione e dei fondi urbani), ha molte volte legiferato imponendo limiti più gravosi, specialmente sotto il profilo oggettivo, al diritto di proprietà: talché la lettura più limitatrice della portata della garanzia costituzionale della proprietà privata ha avuto il ruolo di ipotesi astratta, e non è stata messa alla prova nel corso di effettive operazioni sull'ordinamento, mentre la lettura più estenditrice della garanzia costituzionale (e cioè più limitatrice delle possibilità di intervento dello Stato) ha assunto un ruolo operativo ben preciso nella battaglia condotta, con varia fortuna, contro talune leggi ordinarie da parte dei portatori di alcuni interessi economici specialmente attraverso l'assunzione di uno stretto collegamento tra i co. 2° e 3° dell'art. 42.

(Tarello, *La disciplina costituzionale della proprietà*, cit., pp. 27-28).

Il significato della garanzia costituzionale della proprietà assume tuttavia diverse colorazioni a seconda della posizione ideologica dei giuristi. Chi intende offrire alla proprietà privata la massima tutela, contrapponendo la libertà dell'individuo all'intervento dello Stato, tende a esaltare la garanzia, a precisare che vi è un nucleo essenziale della proprietà che non può essere né compreso né inciso dall'intervento dei pubblici poteri, a sottolineare che il legislatore non può né abolire *tout court* la proprietà privata, né escludere dalla proprietà privata categorie di beni, né infine privare il proprietario dei poteri di utilizzazione della proprietà senza corrispondergli un adeguato indennizzo. Questa posizione non è ovviamente una semplice adesione teorica alle idee di difesa della proprietà, ma ha un rilievo politico e pratico notevole, dal momento che ha influito

sull'orientamento della Corte Costituzionale e ha investito direttamente la questione urbanistica.

Non può essere dubbio [...] che l'art. 42 (combinato disposto dei co. 1° e 2°) faccia oggetto di garanzia costituzionale l'istituto della proprietà privata. Né vale addurre, in contrario, come da taluni impropriamente si fa, che il co. 2° affida alla legge il riconoscimento e la garanzia di tale proprietà, demandando alla stessa di determinare «i modi di acquisto, di godimento e i limiti».

Sta di fatto che l'articolo vuole che vi siano beni di proprietà privata, e, in particolare, (anche) «beni economici» (dunque non soltanto i beni più strettamente inerenti alla persona, e perciò, in questo senso «personali», in quanto più indissolubilmente collegati alla «sfera privata» e ai più comuni bisogni dell'individuo, e destinati perciò a preservarne la personalità e la dignità). E, nello statuire che i beni possono «appartenere» ai privati, commettendo poi alla legge di determinare i «modi di acquisto» e «di godimento», di dettare una disciplina tale da rendere la proprietà «accessibile a tutti» (e cioè suscettibile di essere acquistata da parte di tutti) e inoltre di stabilire la disciplina della trasmissione ereditaria di quei beni che la legge considera suscettibili di una siffatta trasmissione (co. 4°), muove recependo quanto meno il nucleo essenziale di una tradizione le cui origini si perdono nei tempi) dal sicuro presupposto che la proprietà implica «l'appartenenza» di un bene (il quale «si acquista», cioè si fa «proprio», e, almeno in alcuni casi, si può trasmettere ad altri) e implica inoltre la possibilità della utilizzazione («godimento») del bene stesso.

Non può essere revocato in dubbio, che, quanto meno il nucleo concettuale in tal modo identificato, costituisca «contenuto essenziale» (*Wesensgehalt*, secondo l'espressione dell'art. 19, co. 2° della Costituzione di Bonn) della proprietà privata, così come delineata nell'art. 42 Cost. Quanto meno entro tali linee, l'istituto della proprietà deve considerarsi perciò garantito dalla Costituzione, e non semplicemente dalla legge alla quale la Costituzione fa rinvio per la determinazione dei modi di acquisto, dei modi di godimento e dei limiti della proprietà.

È prima di tutto la Costituzione dunque a riconoscere e garantire «una» proprietà privata (un diritto dei singoli alla proprietà) non solo di beni «personali», ma anche di beni «economici». E il riconoscimento e la garanzia costituzionali dell'istituto risultano rafforzati dal fatto che la Costituzione stessa privilegia talune forme di proprietà, al punto da renderle insopprimibili a opera del legislatore ordinario: essa prevede che la piccola e media proprietà terriera vengano «aiutate» (art. 44), che l'accumulazione mediante risparmio venga «incoraggiata e tutelata», che la proprietà di taluni beni (quella dell'abitazione propria, quella dei terreni coltivati direttamente) sia addirittura «favorita» (art. 47).

Negare che sia la Costituzione a riconoscere il diritto di proprietà e a garantirlo, solo perché l'art. 42 rimette al legislatore di definire «i modi di acquisto, di godimento e i limiti» (e perciò, in generale, il regime), sarebbe come negare che sia costituzionalmente garantito il diritto di sciopero, solo perché l'art. 40 dispone che esso «si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano».

Nell'attribuire al legislatore ordinario il potere di definire il regime della proprietà – o, come da alcuni si usa dire, di «confermare» (cioè di configurare) la proprietà, o meglio, i vari tipi di proprietà – «le proprietà» – la Costituzione dunque non ha abbandonato al legislatore ordinario la scelta se conservare o no, nel nostro sistema politico e giuridico, l'istituto della proprietà.

Se essa, non soltanto ha voluto che l'istituto dell'appartenenza dominicale privata sopravvivesse, e sopravvivesse immancabilmente per alcune categorie di beni; e se (come è chiaro) non è pensabile la statuizione della sopravvivenza di un istituto se non nel presupposto e nella visione di una certa connotazione dell'istituto stesso (e ciò perché non è pensabile che si predichi alcunché di qualcosa che non si conosca o addirittura che non esista); non è possibile – per quanto, in mancanza di specificazioni, possa essere difficile definirne sicuramente i contorni – negare seriamente che l'istituto della proprietà abbia nella costruzione una sua essenziale connotazione (non altrimenti da come lo ha il diritto di sciopero, nonostante che l'art. 40 non lo definisca). Insomma un «contenuto minimo» della proprietà è già leggibile, in qualche modo, nella Costituzione.

Esso è quello del quale poc'anzi abbiamo cercato di delineare l'essenza. La proprietà di un bene comporta (e lo si legge nel co. 2° dell'art. 42) L'appartenenza di esso a un soggetto ai fini di utilizzazione («godimento»). E detta essenziale finalità

implica necessariamente che il diritto (così come riconosciuto dalla Costituzione) rimarrebbe svuotato e nullificato tutte le volte che l'appartenenza venisse regolata in modo da renderla (oggettivamente) priva (in riferimento alla categoria di beni di volta in volta considerata) di qualsiasi «utilità», e quindi qualsiasi «valore» (di uso o di scambio) per il suo titolare. Non è pensabile una cosa mia se mi sia negata la possibilità di impiegarla in alcun modo utile. In tal caso, la mia, non sarebbe proprietà, ma diventerebbe addirittura un peso, incompatibile, tra l'altro, con gli artt. 23 e 53 Cost., essendo o costretto a rispondere per cose che «non possono» avere per me alcun «interesse».

Quando perciò il co. 2° dell'art. 42 dice che la proprietà privata «è riconosciuta e garantita dalla legge», se commette alla legge di definire – «i modi di acquisto, di godimento e i limiti» della proprietà, come pure di stabilire quali tipi di beni (a parte quelli, la proprietà privata dei quali è garantita direttamente dalla Costituzione, come si è visto), possono formare oggetto di proprietà privata e quali no, implica tuttavia necessariamente un riconoscimento e una garanzia costituzionale dell'istituto della proprietà.

(Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, cit. pp. 470-472).

Ma questa posizione è criticata da quanti ritengono invece, con Giannini e Stefano Rodotà, che la garanzia della proprietà privata sia stata subordinata all'attuazione della funzione sociale, che non si possa identificare «nucleo essenziale» della proprietà, che il legislatore sia legittimato a escludere categorie di beni dalla appartenenza ai privati, che infine la garanzia offerta dalla Costituzione sia soltanto una garanzia di *esistenza* della proprietà privata ma non riguardi affatto il *contenuto* che si deve assegnare a questo diritto.

Se non è questa la sede per una completa ricognizione del problema, è comunque possibile fissare già qui taluni punti dell'indagine.

Ci sembra in particolare che due siano i tipi di garanzie qui predisposti dalla Costituzione: una garanzia di esistenza della «proprietà» come situazione generale, e una garanzia specifica della proprietà c.d. «personale».

Per quanto riguarda la prima, diciamo che si tratta di una *garanzia di esistenza* poiché la Costituzione nonostante abbia conferito alla proprietà pubblica dignità pari a quella privata, vuole che, accanto e assieme a essa, sia lasciato libero un adeguato spazio all'appropriazione privata dei beni. Non si esclude, in questo senso, che il legislatore ordinario possa riconoscere estensione od importanza maggiore alla proprietà pubblica, ma si esclude che egli possa giungere ad avocare o riservare alla mano pubblica una quantità di *res* o di *utilitates* tale da far perdere al sistema economico – produttivo disegnato dalla Costituzione il suo carattere «misto». Conseguenza questa che si evince non solo e non tanto dall'art. 42, quanto dall'intero titolo relativo ai rapporti economici, in cui presuppone chiaramente (esempi tipici gli artt. 36 e 40) una organizzazione delle attività produttive di tipo capitalistico.

Tanto più che l'art. 41, garantendo la libertà delle iniziativa economica privata, e garantendo ciò che la libertà dell'atto di investimento del capitale nella produzione, pone l'attività economica privata alla base stessa del sistema, in posizione almeno equo ordinata rispetto a quella pubblica. E l'insieme di queste garanzie, caratterizza a tal punto la stessa forma di stato, che la loro modifica si deve ritenere sottratta anche all'intervento del legislatore costituzionale, in modo tale da escludere con certezza la possibilità di un'evoluzione del sistema (*secundum ius*) verso forme di produzione di tipo collettivistico.

E diciamo inoltre *garanzia generica* perché la concreta individuazione del valore della garanzia (e cioè la determinazione del contenuto del diritto di proprietà) è commessa al legislatore ordinario, che appunto ne «determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti».

L'esistenza di questa riserva di legge ordinaria, e l'abbandono di qualsiasi premessa giusnaturalistica da parte del Costituente, portano a escludere con sufficiente sicurezza che nella garanzia costituzionale della proprietà sia compresa anche quella d'un suo possibile contenuto «essenziale» o «naturale».

L'opinione contraria, fondata sull'equivoco secondo cui la norma fondamentale non avrebbe potuto garantire ciò che ancora doveva essere definito – e cioè il nulla

–, dovendosi invece ritenere che la nozione di «proprietà» (e cioè la nozione dei suoi elementi essenziali) fosse stata in qualche modo «presunta» dal Costituente. Il che, a dire il vero, può anche concedersi, né è inesatto, purché però si precisi cosa si intende per contenuto od elemento *essenziale* della proprietà.

Ed a noi pare che veramente tale sia solo quell'insieme di indici di riconoscibilità, quel *minimum* che consente di affermare di trovarci in presenza di «proprietà» e non di altra situazione soggettiva.

E questo *minimum* non può essere costituito che dalla presenza di alcuni poteri attribuiti al titolare di quella «situazione giuridica soggettiva tipica complessa» che definiamo come proprietà, ma *non* – a sua volta – da un «contenuto» (quantitativamente e qualitativamente determinato) di quegli stessi poteri, poiché solo al legislatore ordinario spetta determinare i caratteri concreti.

In parole semplici, la garanzia costituzionale è solo *formale* (e perciò «generica»), come quella che attribuisce sì dei poteri, ma senza «prefigurarne le dimensioni», ciò che invece spetta al legislatore ordinario.

Quali siano i poteri, non è compito di queste pagine precisare. Si può tuttavia ritenere, a titolo di ipotesi, che si debba negare essere «proprietà» la titolarità di una situazione soggettiva in cui manchino *del tutto* o il potere di godimento, o quello di disposizione del diritto, oppure il potere di escludere i terzi dal godimento del bene. Ma va parimenti escluso che (legittima) proprietà sia quella in cui manca la corrispondenza e l'armonia con la funzione sociale voluta dalla Costituzione (con il che si dimostra anche come proprietà e funzione siano, in un certo senso, cerchi concentrici).

Ci interessa meno, qui, la determinazione del significato della garanzia accordata alla proprietà c.d. «personale».

Riteniamo che essa vada comunque considerata «specificata» perché precisa il contenuto di quella particolare forma di proprietà anche dal punto di vista quantitativo, escludendone (arg. ex art. 36 Cost.) la compressione sotto quel limite oltre il quale viene meno la stessa possibilità di un'esistenza «libera e dignitosa». In questo senso, e per il raccordo che qui (e solo qui) si instaura tra la proprietà e l'esercizio della personalità, si può proporre il problema (che a nostro avviso deve ricevere soluzione affermativa) dell'invulnerabilità o meno di questa peculiare (e limitata) forma di proprietà. All'infuori di questo caso, il diritto di proprietà non può essere riconosciuto né invulnerabile né fondamentale, con i detti attributi, la Costituzione ha delineato, con sufficiente precisione, gli elementi costitutivi.

(L. Luciani, in *Giur. cost.*, 1977, pp. 1380-1383).

Ne emerge con evidenza la conclusione che la disciplina costituzionale della proprietà indica che l'interesse del privato intanto può essere tutelato in quanto non sia in contrasto con l'interesse generale. La stessa Corte Costituzionale ha avallato questa interpretazione delle norme, sottolineando (a proposito del significato dell'art. 44) come il «razionale sfruttamento del suolo e la instaurazione di equi rapporti sociali, che questa norma pone come indirizzo generale del legislatore, costituiscono superiori finalità al cui raggiungimento tutti gli altri interessi debbono essere logicamente coordinati. E spetta appunto al legislatore tenere conto della maggior misura possibile di tali interessi, sempre nel quadro delle finalità generali alle quali la Costituzione si ispira» (sent. 61/1957).

Ed è la stessa Corte Costituzionale che in un *obiter dictum* di una più recente pronuncia ha escluso che il diritto di proprietà si possa considerare come «diritto primario e fondamentale» dell'individuo (sent. 22/1971).

La formula secondo la quale «la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge» ha anche ulteriori significati. In particolare, si discute se il Costituente abbia inteso inserire una riserva di legge formale tale da escludere che i provvedimenti dei pubblici poteri che incidono, comprimono, limitano, circoscrivono i poteri dei privati proprietari possano assumere la forma di atti non legislativi, ma – per es. – semplicemente amministrativi. Si è visto che il problema si agitava da tempo in dottrina, ma non si erano offerte soluzioni precise e inequivoche: dalle pagine di Giuseppe Fragola risulta infatti che numerose sono le limitazioni alla proprietà privata dettate da provvedimenti amministrativi, da quelli più gravi che

pervengono alla ablazione del bene a quelli più lievi che pongono restrizioni all'uso e al godimento (occupazione, servitù, requisizione, e così via). Come si deve risolvere questo problema dopo l'entrata in vigore della Costituzione? Anche a questo riguardo, non vi è unità di interpretazioni delle norme. Chi difende gli interessi del privato di fronte all'intervento statale (sotto forma di attività della P.A.) tende a rafforzare la garanzia costituzionale, evidenziando i limiti nei quali può operare la P.A.; limiti che si riassumono nella sola discrezionalità tecnica (insindacabile), e che debbono essere precisati con chiarezza dalle leggi ordinarie.

Chi invece ritiene che la funzione sociale della proprietà deve essere attuata al fine di realizzare interessi generali della collettività amplia i poteri della P.A. sostenendo che il regime dei beni può essere modificato da atti amministrativi, sempre che la P.A. non abbia compiuto violazioni di leggi nel suo operato. Esponente della prima tendenza è Aldo Sandulli:

Col rimettere alla legge di «garantire» la proprietà privata («la proprietà privata è riconosciuta e *garantita* dalle legge»), il co. 2° dell'art. 42 impone in materia (come ha più volte confermato la Corte Costituzionale: sentenze 40 del 1964, 38 del 1966) una riserva relativa di legge.

Ogni nuova normativa incisiva nel campo della proprietà privata non può essere introdotta se non direttamente da un lato del legislatore, o almeno, quando ciò avvenga a opera di un provvedimento di un'autorità amministrativa, se non nel caso che i poteri di questa risultino «sufficientemente specificati» dalla legge.

Ma, tanto per la generalità dei beni (per i quali rimane confidata alla legge la stessa potestà di stabilire se possono o non appartenere a soggetti privati), quanto per quelle particolari categorie di beni alla cui proprietà è proprio la Costituzione a prescrivere che i singoli abbiano possibilità di accesso, o addirittura che questo sia favorito, la Costituzione (non diversamente nell'un caso e nell'altro) si astiene, nel modo più assoluto, dal fornire al legislatore indicazioni circa il regime giuridico della proprietà. Essa dunque si limita a garantire, in astratto, ed entro certi limiti, l'esistenza di un diritto dei singoli alla proprietà (e all'accesso alla proprietà); ma si rimette alla legge di statuire (o addirittura di consentire che altre autorità scaturiscano, limitandosi la legge semplicemente a delineare il relativo potere) in che cosa, in concreto, la proprietà debba consistere (di configurare cioè i diversi diritti di proprietà), e cioè di garantire ciascun diritto di proprietà.

Spetta alla legge infatti – secondo le parole dell'art. 42 – di «determinare i modi di acquisto, di godimento e i limiti» della proprietà privata.

Sarà quindi il legislatore a stabilire chi, a quali condizioni e con quali modalità potrà diventare proprietario (si ricordi che l'ultimo comma dell'art. 42 aggiunge che «la legge stabilisce e norme e i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità»). Sarà sempre il legislatore a fissare eventualmente – com'è ovvio, per categorie – i limiti quantitativi entro i quali ciascun soggetto può essere proprietario di beni di questa o di quella specie (in tali sensi parla di «limiti» il co. 2° dell'art. 42, come risulta dai lavori preparatori della Costituzione). Sarà il legislatore, soprattutto, a delineare il regime della proprietà («i modi di godimento») in relazione alle singole categorie di beni e cioè a configurare («conformare») le diverse proprietà (i diversi tipi di proprietà), prescrivendo a «portata» di ciascuna (e quindi la sfera di facoltà, poteri, doveri, oneri, soggezioni, che a ciascuna delle singole proprietà si connettono, e dunque, tra l'altro. Le cosiddette «limitazioni», che delle singole proprietà rappresentano connotazione – costituendone elemento definitorio – e non apposizione *ab externo*).

Il carattere relativo, e non assoluto, della riserva di legge enunciato nel co. 2° dell'art. 42 Cost. comporta, come già si è accennato, che la legge ben può rimettere ad autorità amministrative la definizione, in concreto, dei contenuti delle singole proprietà, e cioè la definizione, la delimitazione delle facoltà di utilizzazione dei beni e dei doveri che si accompagnano alla proprietà. Peraltro – come in ogni caso di riserva di legge relativa – è indispensabile che la legge sia sufficientemente specifica nella delimitazione dei poteri in tal modo conferiti, sì da evitare che la materia possa essere ritenuta completamente abbandonata alla discrezionalità amministrativa.

La Corte Costituzionale ha ritenuto sufficientemente specifiche, al riguardo, le disposizioni dell'art. 7 della l. urb. del 1942 (poi modificato con la l. 1187/1968) che indicano i contenuti dei piani regolatori generali e perciò i tipi dell'utilizzazione privata

nelle diverse zone (la zonizzazione) e le destinazioni di aree a opere, servizi e usi pubblici, che l'amministrazione comunale, sotto il controllo dell'amministrazione statale (e da ora in poi di quella regionale) dei lavori pubblici, può stabilire in sede di formazione dei piani. Trattandosi peraltro di disposizioni le quali non enunciano alcun criterio in ordine alla determinazione di quei contenuti (e altrettanto può dirsi a proposito dei «limiti inderogabili» stabiliti con decreto ministeriale, di cui si occupano, in vista della formazione dei piani, gli ultimi due co. dell'art. 4-*quinquies* della l. urb., così come modificata con la l. 765/1967), intanto hanno potuto essere ritenute non contrastanti con la riserva di legge, in quanto la Corte si è mostrata convinta dell'esigenza che siffatti strumenti urbanistici si basino (anche se non sempre in concreto si basano) su criteri rigorosamente tecnici (i quali però sono tutt'altro che inopinabili, anche perché l'urbanistica è ai confini tra la scienza e l'arte). Criteri da applicare prendendo le mosse da dati abbastanza certi (consistenza della popolazione, tassi di incremento della stessa, previsioni della programmazione economica, ecc.). Ha ritenuto la Corte che in ciò stesso fosse ravvisabile quella sufficiente delimitazione dei poteri amministrativi discrezionali, che sempre è stata richiesta nelle materie di riserva di legge. Ma è chiaro quale preziosa risorsa siano in grado di rappresentare certe «scelte urbanistiche» per le sempre esauste casse dei partiti al potere nei comuni.

Suscita, quanto meno, un senso di inappagamento la riflessione che, siccome, di regola, il nostro ordinamento non ammette alcun sindacato giurisdizionale sulle determinazioni amministrative che si basino su scelte tecniche o discrezionali, un campo pullulante di diritti soggettivi di così elevato rilievo patrimoniale, ed esposto a tante possibilità di arbitrio, venga sostanzialmente a rimanere sguarnito di ogni protezione giustiziale. Può costituire eloquente riprova della diversità di opinione possibile in materia, e della loro forza, un esempio recentissimo riguardante una delle nostre maggiori città, il cui piano regolatore, nel quale il Comune aveva recepito il vigente piano di ricostruzione, non fu condiviso dal Consiglio superiore dei lavori pubblici, che ebbe a suggerire di configurare come «centro antico» l'intera parte della città compresa nel piano di ricostruzione e altre ancora, lasciatene fuori dal comune, il quale aveva invece adottato un diverso criterio in ordine alla determinazione della «parte antica» della città da fare oggetto di «conservazione»; avendo il comune resistito, per la parte relativa al vecchio piano di ricostruzione, alla modificazione suggerita, il piano è stato approvato dal Ministero, per la parte anzidetta, così come adottato dal comune.

D'altro canto non si può non riconoscere che appare quasi impensabile un giudizio successivo di merito in una materia simile. Per cui una soluzione in qualche modo soddisfacente non può essere cercata se non ispirandosi a due direttive: quella di determinare (attraverso sistemi perequativi o attraverso altri sistemi, che possono giungere fino all'evocazione totale ai pubblici poteri dello *ius aedificandi*) l'indifferenza dei proprietari in ordine alla utilizzazione del territorio, e quella di consentire più largo spazio e maggiori garanzie (a livello giurisdizionale o quasi) alla voce dei singoli interessati nella fase preparatoria degli strumenti urbanistici pubblici, dando in tal modo soddisfazione a quel precetto dell'art. 97 Cost., il quale esige che l'organizzazione amministrativa sia tale da assicurare che «il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

Perplessità ancora maggiori di quelle della legge urbanistica suscita poi, allo stesso proposito, il combinato disposto degli artt. 3 e 10 della legge sulle aree da destinare all'edilizia economica e popolare (l. 167/1962), modificati con gli artt. 29, 32, 33 e 35 della c.d. legge sulla casa (l. 865/1971): disposizioni che collegano a scelte amministrative, le quali non possono non essere considerate altamente discrezionali (e non sono in nessun modo delimitate) – come quelle volte a determinare quali delle aree residenziali comprese in uno strumento urbanistico debbano essere destinate all'edilizia popolare – la grave conseguenza patrimoniale dell'assoggettamento delle aree prescelte a un'espropriazione a prezzo fortemente sperequato *in minus* rispetto al generale valore delle altre aree residenziali, destinate, sì, a diverse (e generalmente meno intensive) tipologie edilizie, ma non caratterizzate da elementi differenziali di essenziale (e soprattutto immediatamente evidente) rinvio, specialmente laddove prevalga il criterio moderno di intercalare l'edilizia residenziale popolare a quella comune. Con quanto si è detto non si vuole negare la zonizzazione del territorio rientri nel quadro della determinazione autoritativa dei «modi di godimento» della proprietà che il co. 2° dell'art. 42 Cost. espressamente prevede (e lo ha affermato espressamente

la Corte Costituzionale con la nota sentenza 55/1968 riflettente l'indennizzabilità di certi valori urbanistici). Se la Costituzione ha statuito però in proposito una riserva di legge, il legislatore non può attribuire la materia all'autorità amministrativa senza indicazione di criteri e limiti. Altrimenti, pur prestando ossequio al principio di legalità, non farebbe altrettanto per quello della riserva di legge.

(Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, cit., pp. 473-479).

Esponente della seconda tendenza è Massimo Severo Giannini.

Per chiudere l'analisi di questo comma dell'art. 42, ci si dovrebbe soffermare a dire della funzione sociale. Tale argomento è però in certo modo fuori del quadro della rilevanza costituzionale, che ci siamo proposti di analizzare: la nozione di funzione sociale dei diritti di proprietà privata è nata nella scienza del diritto privato, e la norma costituzionale da essa l'ha presa senza aggiungervi proprie connotazioni, neppure incidentali. Se poi nella scienza del diritto privato il dibattito è tuttora aperto, e anzi ha avuto punte di ripresa negli ultimi tempi, la norma costituzionale non ne condiziona il contenuto.

Sopra [...] si era detto che la funzione sociale va intesa come presenza di qualificazioni giuridiche attinenti al diritto di proprietà. Ma con ciò si è aderito a una prospettiva o concezione che non è mai stata nella dottrina privatistica dominante sino a che Pugliatti non ebbe formulato le sue tesi: la dottrina privatistica aderiva infatti alla concezione che la funzione sociale fosse un limite o un complesso di limiti «esterni» al diritto di proprietà, concezione che, seppure nella sua formulazione meno recente non è scomparsa, o quantomeno non è ricomparsa, in formulazioni più accurate è stata invece riesumata, talora con curiose inversioni di ruoli. Così, giusto per citare due casi, il sottile e per i suoi tempi avanzato suggerimento del Cesarini Sforza, che nella situazione soggettiva del proprietario non potesse ravvisarsi un diritto, ma un congiunto di diritti e di obblighi, è stato ripreso come riesumazione della tesi del limite esterno di chi ha sostituito all'obbligo un «elemento obbligatorio» da intendere come determinativo dell'ampiezza dei poteri del proprietario, e quindi di diversi modi di conformare la struttura o il contenuto. Così anche il suggerimento, avanzato soprattutto da studiosi di diritto agrario, che la proprietà privata non potesse raffigurarsi come un istituto semplice, limitato a un rapporto tra un soggetto e un bene, ma come un istituto complesso che comprendesse più rapporti fra più soggetti, è stato ripreso e invertito da chi ha sostenuto che la funzione sociale inerisce all'istituto e non al diritto [...].

La strada su cui si è posta la dottrina privatistica più recente è però certamente – per usare le parole di Nicolò – quella di stabilire in qual modo la funzione sociale da elemento teleologico estrinseco si è trasformato in modi di essere della tutela della situazione di interesse propria del *dominus*. Le ricerche di maggior rilievo sinora apparse sembrano indirizzate a trovare tale «modo di essere» in un collegamento tra la funzione sociale e il bene, e anzi su questo approccio v'è anche una certa concordanza tra dottrine di diritto privato e di diritto amministrativo. Quando però si passa a maggior profondità, si trova chi ritiene che il bene è, nel suo ambito giuridico, determinato dalla norma in ordine a un interesse che va considerato «prevalente», onde l'ambito giuridico del bene è ambito della tutela del diritto; chi ritiene che dalla disciplina del bene si determinano i modi di utilizzazione, e quindi il contenuto stesso del diritto; vi sono ovviamente tesi intermedie, tra queste due della tutela oggettiva del bene e della determinazione soggettiva dei poteri attribuiti al titolare del diritto.

Sinora i risultati non sono proprio appaganti, e i punti sicuri sono solo agli estremi: se si assume «funzione» nel senso che in teoria generale fissò Santi Romano, di attività rilevante per la sua globalità e in ogni suo manifestarsi, deve dirsi che in nessuna normativa positiva vi sono specie di diritti di proprietà privata per i quali possa dirsi sussistente una funzionalizzazione (mentre invece esistono specie di diritto d'impresa funzionalizzante anche radicalmente, per es. le imprese di *public utilities* negli USA, le imprese agrarie «dirette» in Francia). All'opposto non è però dubbio che la funzione sociale della proprietà non indica un limite esterno: per usare un termine inespressivo ma di uso corrente, esistono varie decine di proprietà private il cui «contenuto» è «confermato» da provvedimenti dell'amministrazione, nel rispetto del principio della riserva di legge, e alcune di esse, come la proprietà edilizia,

neppure vengono a esistere se manca il provvedimento conformativo dell'autorità. La funzione sociale si situa quindi in un luogo intermedio tra la funzione in senso giuridico e il c.d. limite esterno (dato e non concesso che tale nozione sia accettabile): la difficoltà dell'euristica sta nel fatto che sono qui necessarie nuove categorie, le vecchie non essendo più adeguate.

(M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, pp. 475-477).

#### *4. La funzione sociale della proprietà. Profili storici e ideologici*

Quanto poi alle differenze che si pongono tra riserva di legge nello Statuto Albertino e riserva di legge nella Costituzione, è agevole osservare come, nel secolo scorso, la proprietà privata pure cardine del sistema di *laissez faire*, godesse di una garanzia meno forte di quella apprestata attualmente. Osserva Rodolfo. Sacco:

C'è da domandarsi come si sia potuta conciliare l'offesa recata alla proprietà dai regolamenti con il rispetto sentitissimo nel 1865, della priorità morale delle norme costituzionali. La risposta al quesito non è facile, perché i costituzionalisti, i parlamentari e i politici dell'epoca non si sono curati di farci conoscere le loro idee in proposito. Lavorando sulla base di congetture e di intuizioni, si può pensare che la risposta stia in questo: che la soggezione della proprietà a piani regolatori e regolamenti edilizi non era considerata una di quelle «violazioni» contro cui aveva reagito la rivoluzione liberale. Guardando con gli occhi di oggi gli atteggiamenti di allora, noi notiamo che istintivamente i giuristi di cento anni fa identificavano le violazioni indebite della proprietà con tutto e solo ciò che fosse un reliquato dei privilegi feudali, o dei fenomeni corporativi, comunitari; non, invece, con vincoli reciproci, dettati da effettive esigenze collettive, specie se adottati con regolamenti comunali (di origine pertanto popolare).

Certo può rimanere significativo, dal punto di vista del sistema delle fonti, che un semplice regolamento potesse comprimere un diritto garantito inviolabile dalla Costituzione. Certo però rimane significativo, dal punto di vista del sistema delle fonti, che un semplice regolamento potesse comprimere un diritto garantito inviolabile dalla Costituzione. I dottrinari, legati alla definizione costituzionale della proprietà, la conciliarono con la severità dei regolamenti distinguendo un «contenuto» della proprietà (inviolabile) dalle «modalità di esercizio» della stessa (su cui incidono i regolamenti).

Ma la giurisprudenza superò tosto la distinzione fra limite alla sostanza della proprietà, e regola concernente l'uso della cosa, e ammise francamente che, secondo la lettera dell'art. 436 c.c., il regolamento poteva limitare la proprietà.

A problemi giuridici non meno gravi dava luogo la erosione del principio della «giusta indennità», caratteristico del regime di espropriazione di allora.

Già le leggi sarde del periodo 1848-1859 mostravano quale strana concezione si avesse «dell'inviolabilità» di «tutte le proprietà, senza alcuna eccezione», quale era garantita dallo Statuto (art. 29). Infatti, la l. 25.8.1848, n. 777, che sopprimeva la Compagnia di Gesù, e la l. 29.5.1855, n. 878, che sopprimeva numerosi ordini religiosi, trasferivano il patrimonio di questi enti alla Cassa ecclesiastica e nessuno sollevò il problema costituzionale, né eccepi che la soppressione del soggetto, accompagnata dall'appropriazione dei suoi beni, costituiva – a dir poco – un aggiramento dell'art. 29.

Se, nelle leggi sarde, la violazione dell'art. 29 non è «frontale», perché i beni oggetto dell'approvazione appartengono a un soggetto scomparso, una violazione aperta e diretta della proprietà si trova nel d.l. 7.7.1866, n. 3036, e nella l. 15.8.1867, n. 3848, che prevedono la «conversione forzosa» dei patrimoni fondiari ecclesiastici, in altre parole, un esproprio indipendente da ogni causa di interesse pubblico, e compensato da un equipollente legale che non era una indennità, né assommava al valore venale del bene espropriato. E neanche in questa occasione l'eccezione costituzionale fu proposta.

Anche la cosiddetta legge di Napoli (l. 15.1.1885, n. 2812), qualunque sia stata la ragione vera, e qualunque ragione ne sia stata addotta nella relazione, ci pare disarmonica rispetto al principio della «giusta indennità».

Possiamo dire che lo Statuto albertino, più che «flesso» da leggi formali, fu semplicemente «ignorato» da leggi che non volevano né flettere né modificare le regole costituzionali, e da regolamenti, la cui capacità di flettere la Costituzione non poteva non essere fuori discussione. Il Codice civile, proclamando la libertà nell'uso del bene, e sottoponendo al contempo l'uso del bene ai regolamenti, perfezionava un sistema costituzionale in cui, in materie date, il regolamento prevaleva sulla legge, la legge sulla Costituzione, e su tutto gettava una cortina fumogena la non legittima invadenza degli usi e costumi!

(R. Sacco, «*La proprietà*», sommario delle lezioni di Diritto civile tenute all'Università di Pavia, a.a. 1967-'68, Torino, 1968, pp. 57-58).

Accertato il significato di «riserva di legge», non si è tuttavia ancora precisato come, reso necessario l'intervento del legislatore per disciplinare la proprietà, si debba svolgere questo intervento: esso certamente non può porsi in contrasto con la funzione sociale della proprietà, ma anzi, deve attuarla. Questo principio è stato applicato solo in taluni settori, e ancora attende una legislazione incisiva. Ne è esempio la disciplina della proprietà nel diritto penale, considerata nel settore dei «reati contro il patrimonio»:

Il sistema dei «reati contro il patrimonio» presenta aspetti di contrasto con i principi che la Costituzione detta in ordine alla redazione *formale* delle norme incriminatrici. Questi aspetti di incostituzionalità, diciamo così, *formale* che abbiamo rilevato, si uniscono agli aspetti di incostituzionalità *sostanziale già* segnalata dalla dottrina, dai giudici ordinari nelle ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale, nonché talvolta seppur sommessamente e come *obiter dictum*, dalla Corte Costituzionale stessa. Aspetti sostanziali di incostituzionalità incentrati sul confronto fra il bene *diritto di proprietà* e la tavola di valori accolta dalla Costituzione ha degradato il ruolo del diritto di proprietà, per cui altri diritti, come l'integrità fisica della persona o la libertà personale, hanno acquisito un significato preponderante.

Da questo nuovo assetto valutativo viene dedotta un immediata conseguenza penalistica: nella disciplina legislativa del delitto di *furto* (artt. 624 e 625 c.p.) manca qualsiasi *proporzione* fra entità del fatto ed entità della pena. E ciò, sotto due profili: da un lato, il trattamento repressivo riservato alla lesione al diritto di proprietà commessa mediante il furto è *irragionevole* rispetto a quello adottato per reati diversi, il cui oggetto è rappresentato da valori di rango costituzionalmente più elevato, come per es., l'integrità fisica, manifestandosi così un conflitto con il principio di eguaglianza ex art. 3 Cost.; dall'altro lato, manca ogni ragionevole congruenza fra il tipo di lesione recata col furto e la privazione della libertà personale insita nella pena, manifestandosi così un conflitto con il principio dell'inviolabilità della libertà personale ex art. 13 Cost. Dopo la riforma del 1974 concernente la possibilità di effettuare il giudizio di prevalenza ed equivalenza anche fra circostanze per le quali la legge determina la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato, la discussione su questi temi si è molto smorzata; ma non si è del tutto sopita: proprio di recente è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale concernente la non manifesta infondatezza del conflitto fra l'entità eccessiva della pena minima editale disposta per il furto e gli artt. 3, 13, 27 Cost.

Come si può notare, i descritti aspetti sostanziali di incostituzionalità si fondano sul presupposto che il sistema dei «reati contro il patrimonio», in genere, e il delitto di furto, in specie, tutelino il *diritto soggettivo di proprietà*: è questo diritto soggettivo che viene confrontato con la gerarchia dei valori proposta dalla Costituzione. L'accoglimento di un simile presupposto – a parte i dubbi di stampo tecnico-giuridico che suscita – ha un preciso significato. Cioè vuol dire che quegli aspetti sostanziali di incostituzionalità si pongono come un discorso *intraneo* alla versione che «ufficialmente» viene data circa il contenuto di tutela del sistema in questione: l'ottica da cui si muove – il terreno dove viene collocata la discussione – appaiono *ideologicamente mediati*: il conflitto con i valori costituzionali viene sollevato mostrando di credere al dogma del diritto soggettivo di proprietà come oggetto essenziale dei reati patrimoniali.

Ecco allora che la nostra indagine può rafforzare e dilatare il contrasto sostanziale fra il sistema dei «reati contro il patrimonio» e il quadro valutativo della Costituzione. Infatti – e crediamo di averlo dimostrato – il compito vero del sistema non è la tutela del diritto soggettivo di proprietà o di altri diritti soggettivi patrimoniali. La sua funzione reale è molto meno mediata: e consiste nella salvaguardia della libertà economica e nella difesa dei rapporti sociali proprietari.

È la proprietà come rapporto sociale, è l'assetto capitalistico dei rapporti di produzione il valore-cardine attorno a cui si organizza e si struttura il sistema dei reati patrimoniali: e non la proprietà come diritto soggettivo di un individuo su una cosa. È la proprietà come rapporto sociale, e l'assetto capitalistico dei rapporti di produzione il valore prioritario nel sistema: il valore rispetto al quale ogni altro bene risulta subalterno e sacrificato.

Così nel sistema dei «reati contro il patrimonio», la *libertà* di riproduzione dei rapporti sociali prioritari è assolutamente prioritaria, a scapito di ogni altro diritto – ivi compreso lo stesso diritto soggettivo di proprietà che ben spesso cede davanti alla proprietà come «ragione di classe», come valore economico complessivo – nonché a scapito di ogni altro interesse anche di notevole rilievo costituzionale e collettivo, quale la salute, o l'integrità dell'ambiente, la sicurezza nei luoghi di lavoro, ecc.: e tale esigenza della proprietà come rapporto sociale impone al sistema dei reati patrimoniali di creare dei varchi di libera aggressione in corrispondenza dei meccanismi fondamentali dell'economia capitalistica.

Così, inoltre, nel sistema dei «reati contro il patrimonio», la difesa dell'assetto politico dei rapporti di produzione e dei rapporti di dominio fra gli uomini che ne derivano è assolutamente prioritaria a scapito di ogni altro diritto, di ogni altro interesse e a scapito anche della libertà personale: e tale esigenza della proprietà come rapporto sociale impone al sistema di graduare la frequenza e il rigore repressivo in rapporto alla pericolosità che una determinata condotta umana manifesta per il dominio economico di classe.

Allora, in questo senso diciamo che la nostra indagine rafforza e dilata quegli aspetti di contrasto sostanziale fra il sistema dei «reati contro il patrimonio» e i valori costituzionali, che abbiamo descritto poc'anzi.

Cioè, se sono vere le risultanze della nostra indagine, il conflitto non si pone più «tanto» come sproporzione fra l'intesa tutela riservata da talune incriminazioni (e dal delitto di furto in specie) al diritto soggettivo di proprietà, da un lato, e il nuovo, più ridotto, ruolo che il diritto di proprietà medesimo ha assunto nella Costituzione dall'altro lato. Ma si pone come antitesi radicale fra il sistema dei «reati contro il patrimonio» nella sua globalità e la Costituzione: ossia, fra le priorità valutative e le scelte tecniche adottate dal sistema in questione, i suoi momenti di «non-contenuto», la sua difesa a oltranza e a ogni costo della libertà economica, la sua funzione di polizia e di controllo sociale, la sua funzione di *difesa*, tramite la pena, di un determinato assetto politico dei rapporti economico-sociali, da un lato, e il progetto costituzionale, dall'altro lato: un progetto, questo proiettato verso l'*emancipazione* delle classi subalterne e dei ceti emarginati: un progetto, quindi, ispirato a una gerarchia di valori invertita rispetto a quella propria del sistema di reati patrimoniali.

Non c'è dubbio che questi profili sostanziali di contrasto con la Costituzione che deduciamo dalla nostra indagine siano di ardua formalizzazione in precise e specifiche «questioni di legittimità costituzionale». Tuttavia, la loro segnalazione ci pare importante: se non altro per introdurre il discorso che faremo nel prossimo paragrafo sui possibili modi di armonizzazione del sistema dei reati patrimoniali alla Costituzione del 1948.

(F. Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, 1980, p. 258 ss.)

Nel sistema di reati contro il patrimonio il legislatore del 1930 aveva privilegiato l'interesse individuale, di contro all'interesse sociale alla proprietà. Questa connotazione è rimasta inalterata anche in seguito alla introduzione della Costituzione.

A nostro giudizio, tutte le «anomalie» [...] tutte quelle peculiarità che emergono *alla superficie* del sistema dei «reati contro il patrimonio» e che lo contrassegnano in modo esclusivo, hanno una causa profonda; la quale è costituita dalla *funzione reale*

che il sistema stesso svolge.

Questa funzione reale, effettiva, è *latente*, è diversa da quella apparente e ufficialmente dichiarata ed è diversa da quella propria di altri gruppi di reati «contro» diritti soggettivi individuali.

Questa funzione reale, per noi, è costituita dalla *garanzia, dalla difesa*, di un valore economico-politico: *dalla garanzia, dalla difesa, del dominio proprietario, della proprietà come rapporto sociale*.

Una funzione reale, quindi, che non è di tutela di diritti soggettivi patrimoniali di ciascuno individuo, bensì di garanzia e di difesa di un determinato, contingente, assetto dei rapporti economici e sociali, che non è di protezione della società nel suo complesso, come entità omogenea e non conflittuale, bensì di difesa dell'egemonia di un certo gruppo sociale sugli altri e di consolidamento degli interessi delle classi dominanti; una funzione reale che non è tecnica e neutrale, bensì valutativa e «politica»: che non è di *giustizia*, bensì di *polizia*.

Allora – procedendo oltre in questa breve traccia della nostra ipotesi di lavoro – il sistema dei «reati contro il patrimonio» a due volti, due funzioni, in reciproca contrapposizione.

Il *volto formale*, che corrisponde alla *funzione ideologica e apparente* di tutela di un diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, *di tutela della proprietà come diritto soggettivo*, di tutela di una relazione cosale, di un rapporto giuridico di *dominio di un uomo su una cosa*.

E il volto sostanziale, che corrisponde alla *funzione reale e recondita* di garanzia e di difesa di un rapporto sociale a contenuto economico, *di garanzia di difesa della proprietà come rapporto sociale* di una relazione umana, di una relazione di *dominio di un uomo su un altro uomo*.

È questa funzione reale, è questa *frattura* fra funzione sostanziale reale e funzione ideologica-formale che costituisce la causa prima e profonda di tante «anomalie» e particolarità del sistema.

Che costituisce la causa prima e profonda, soprattutto del fenomeno che abbiamo descritto come svalutazione del ruolo del «bene giuridico», della «lesione» e, in genere, dei momenti attinenti alla tutela, nell'economia delle singole fattispecie incriminatrici e del sistema nel suo complesso.

Infatti: la lesione del bene protetto formalmente – «ufficialmente» – dalla legge, l'evento di danno al patrimonio della persona offesa, *non può essere il perno sul quale si organizza e opera il sistema dei «reati contro il patrimonio»* e ciò, proprio perché la realtà, l'effettività, del sistema stesso è proiettata verso la garanzia, la difesa, di un valore diverso: ripetiamo, non la proprietà come diritto soggettivo ma la proprietà come rapporto sociale.

Il segno formale più clamoroso della non coincidenza fra funzione effettiva e reale da un lato e la funzione «ufficiale» dall'altro lato, è rappresentato dalla correlativa non coincidenza – *non proporzionalità* – fra l'entità del danno subito dall'individuo vittima e l'entità della pena prevista dalla legge, che è tipica del sistema in esame.

E si spiega: la pena non è più – in questo sistema – l'equivalente «retributivo» di un danno subito da un individuo; essa perde i tratti caratteristici di uno strumento di tutela dei diritti, di uno strumento che vive in una dimensione individualistica e particolare, per acquisire un significato «superiore»: la pena diventa strumento di attuazione degli scopi reali, «politici», che il sistema persegue effettivamente.

A nostro giudizio, due sono le *dimensioni* che nel sistema dei «reati contro il patrimonio» assume la valenza politica, la descritta funzione reale del sistema medesimo.

In altre parole: la funzione reale di garanzia e difesa di un valore economicopolitico quale la proprietà «rapporto sociale»; la contestuale *deviazione* del sistema panale in questione dai comuni principio della *tutela* dei diritti soggettivi, nonché la contestuale svalutazione del ruolo – *nel sistema – dell'individuo e dei suoi diritti soggettivi*, hanno due dimensioni fondamentali.

*Una prima dimensione, che definiamo di libertà.*

Al sistema è attribuita la funzione di salvaguardare la libertà economica: cioè di *non intervenire* in corrispondenza – di non sanzionare condotte che costituiscono l'intrinsecazione dei meccanismi fondamentali dell'economia capitalistica, anche se tali condotte risultano lesive di diritti soggettivi individuali. In altre parole. Il sistema è investito di un *compito negativo*: come ogni altra parte dell'ordinamento giuridico, deve *laissez faire, laissez passer*; deve lasciare che le forze economiche che si muovono nella società si dispieghino liberamente, e altrettanto liberamente si svolga l'attività di

appropriazione dei beni economici da parte degli individui; deve rispettare la libertà di movimento dei meccanismi economici di accumulazione capitalistica e delle attività che a tali meccanismi corrispondono. Ora, poiché anche tali attività sono frequentemente dannose per i diritti patrimoniali, ecco che il sistema non può più proteggere a *tutti i costi* tali diritti, ma deve fare in modo che la barriera normativa creata a tutela di questi presenti dei *varchi*: *varchi di libera aggressione* – aree di «danno lecito» – a quei diritti soggettivi, corrispondenti, appunto, alle attività che devono essere libere. Ed è chiaro che simili esigenze si impongano particolarmente all'insieme dei «reati contro il patrimonio», ove, per definizione, la legge si occupa di azioni umane che di regola comportano *circolazione intersoggettiva di ricchezza*.

Il sistema «rompe» allora col principio della tutela dei diritti soggettivi patrimoniali, pur formalmente affermato: nell'effettiva operativa dei «reati contro il patrimonio», il diritto soggettivo patrimoniale e l'individuo che ne è titolare, vengono *subordinati* alle esigenze economiche complessive, o – se si vuole – delle classi egemoni: le esigenze di tutela dei primi cedono davanti alle esigenze di libertà delle seconde. Correlativamente, il sistema «rompe» anche col principio «dell'equivalenza» e della «necessità della pena» e introduce una differenziazione – effettua una *selezione* – di trattamento giuridico-penale fra le varie attività umane dannose (cioè, fra le varie condotte lesive) di diritti soggettivi patrimoniali. Differenziazione, selezione di trattamento che è compiuta in base alla *forma*, al *tipo*, alla *morfologia* della condotta umana: la forma esteriore della condotta viene valutata in termini *oggettivo economici*, in rapporto alla relazione di vicinanza/lontananza – ovvero di funzionalità/disfunzionalità – in cui la condotta si trova rispetto all'ordine economico, rispetto ai processi di accumulazione capitalistici. In base a questo canone costruttivo, a parità di dolo e di evento lesivo, alcune condotte – estranee a meccanismi economici fondamentali – sono punite, mentre altre – che ricalcano morfologicamente tali meccanismi – non lo sono.

Ed al proposito, non parliamo di un'area di *non contenuto* del sistema dei «reati contro il patrimonio».

*Una seconda dimensione che definiamo di sicurezza.*

Al sistema è attribuita la funzione di colpire, di reprimere, penalmente gli attacchi portati al dominio economico di classe: cioè di *intervenire*, graduando la frequenza e il rigore repressivo in rapporto alla pericolosità che una determinata condotta umana manifesta, non per il diritto soggettivo patrimoniale, ma per il dominio economico di classe. Allora, il sistema «rompe» – di nuovo – col principio della tutela dei diritti soggettivi patrimoniali, anche se in una dimensione diversa da quella prima vista: le esigenze politiche complessive, o – se si vuole – delle classi egemoni, *trascendono* nell'effettività operativa del sistema dei «reati contro il patrimonio», le esigenze di tutela dell'individuo e dei suoi diritti soggettivi patrimoniali. Correlativamente, il sistema «rompe» anche col principio «dell'equivalenza» e della «proporzionalità» e introduce una differenziazione – effettua una *selezione* – di trattamento giuridico-penale fra le varie attività umane dannose (cioè, fra le varie condotte lesive) di diritti soggettivi patrimoniali. Differenziazione e selezione di trattamento che è compiuta, anche qui, in base alla *forma*, al *tipo*, alla *morfologia* della condotta umana: ma questa volta, la forma esteriore della condotta verrà valutata in termini *soggettivo-sintomatici*, in rapporto alla pericolosità/innocua soggettiva, d'autore, che per i rapporti e per l'ordine sociale essa condotta rivela. Ed in base a questo canone costruttivo, a parità di dolo e di evento lesivo. Alcune condotte vengono punite più di altre.

In entrambe le dimensioni, non c'è più coincidenza fra gli interessi del singolo e quelli che il sistema penale persegue. La dialettica, esistente all'interno dell'illecito penale, fra «privato» e «pubblico»; fra rapporto giuridico e rapporto sociale; fra tutela neutra di un individuo e difesa politica di un dominio di classe; fra «oggetto specifico» e «oggetto generico» del reato, è una dialettica che si risolve a totale vantaggio del secondo termine e a scapito del primo.

Ciò provoca immediatamente la svalutazione della categoria tecnica «evento di lesione», intimamente legata al «privato» e all'individuo, e la rivalutazione di altri fattori: soprattutto, come vedremo, della categoria «condotta», la quale diviene uno strumento decisivo per effettuare quelle differenziazioni di trattamento giuridicopenale di cui si è detto.

(Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del matrimonio*, cit., p. 33 ss.).

## 5. Proprietà privata ed espropriazione

Espropriazione significa sottrazione della cosa al proprietario. Ad esito del processo espropriativo (o «ablatorio», da *aufferre*, portare via) l'espropriante (lo Stato, la Regione, il Comune, o il semplice privato che agisce tramite la P.A.) si sostituisce nella titolarità del bene all'espropriato: l'espropriante diventa proprietario del bene espropriato. A questo sacrificio, tuttavia, corrisponde un *indennizzo* (art. 42, co. 3° Cost.) che si assegna al privato espropriato.

Non si deve tuttavia confondere l'espropriazione in senso proprio con le limitazioni ai poteri del proprietario, cioè con i vincoli che si appongono alla proprietà per ragioni di interesse generale. Su questo punto però vi sono opinioni discordi. Chi segue la tesi della proprietà «vincolata», ritiene che vi sia uno spazio nel quale il proprietario, in quanto tale, può liberamente scegliere di godere e disporre della cosa come crede; uno spazio che con immagine fisica si definisce «nucleo minimo essenziale»; tutte le volte che il legislatore incide anche questo spazio, si spinge a sacrificare il minimo nucleo della proprietà, si ha un sacrificio così grande dei poteri del privato che (si pensa) occorre indennizzarlo. In altri termini, si assimila all'espropriazione ablativa l'espropriazione dei poteri del proprietario (espropriazione larvata). Nei casi in cui il piano regolatore generale di una città vincola a verde pubblico un'area sulla quale non si può più costruire (per ragioni di interesse generale: la città ha bisogno di parchi, di giardini, di «polmoni» per respirare), in questi casi il privato non può più trarre utilità dalla cosa: l'area non può essere edificata, ma neppure adibita a posteggio di vetture, né a impianti sportivi, né a impianti commerciali (mercati, fiere); potrebbe, in teoria, esser coltivata, e dare un reddito agricolo. Il sacrificio che si impone al privato è consistente (se si pensa che altri privati, proprietari di aree limitrofe, possono invece costruire e realizzare altissimi profitti). Chi segue la tesi della *proprietà «vincolata»* ritiene che vincoli di questo tipo comportino allora una espropriazione dei poteri privati che si deve indennizzare; altrimenti, il vincolo è contrario alla Costituzione (art. 42, co. 2° e 3°).

Chi per contro si allinea alla tesi della *proprietà «conformata»* – che è più aderente alla Costituzione – pensa che il bene sia nato originariamente vincolato, abbia uno statuto originario che limitava i poteri del proprietario già al momento in cui il privato ne aveva acquistato la proprietà; comunque, che tali beni possano essere variamente disciplinati (conformati) e quindi non sia necessario indennizzare il proprietario; né che si possa assimilare l'espropriazione vera e propria al sacrificio imposto al singolo. Le due ipotesi di funzione sociale e limitazione di diritto pubblico alla proprietà (art. 42, co. 2° Cost.) e di espropriazione ablativa con indennizzo (art. 42, co. 3° Cost.) non si possono dunque confondere.

È interessante osservare che l'espressione «procedimento ablatorio» corrisponde a una pluralità di procedimenti diversi. Questi procedimenti si innestano nella prima legge urbanistica sull'*espropriazione*, la l. 2359/1865, ma hanno poi una disciplina particolare a seconda del fine che intendono perseguire o della natura delle cose espropriate (espropriazione per la esecuzione di opere pubbliche e lavori pubblici in generale, l. 422/1923) delle cose d'arte e antiche (l. 364/1909), per l'edilizia economica e popolare (l. 167/1962), per la riforma della casa (l. 865/1971), e ancora per la edificabilità dei suoli (l. 10/1977). Anche le fasi del procedimento variano, a seconda del tipo cui esso appartiene, come si precisa nel corso di diritto pubblico.

Nel procedimento tradizionale si ha la dichiarazione di pubblica utilità, che ha il fine di attribuire al bene oggetto di espropriazione una particolare qualità giuridica, quella di essere in procinto di espropriazione; non sempre però questa dichiarazione (emessa dal ministro dei Lavori pubblici, o dal Prefetto) è necessaria spesso, la legge ricollega la dichiarazione pubblica utilità allo stesso tipo di opere da eseguirsi (per es. decreto di approvazione dei piani

particolareggiati, ex art. 16 l. urb.; e dei piani per l'edilizia economica e popolare). Con il pagamento o con il deposito dell'indennità al privato l'autorità che procede all'espropriazione emana il decreto di espropriazione; gli effetti consistono nel trasferire tutti i diritti in capo all'espropriante; i diritti del privato si trasformano in diritti sull'indennità. Nel corso del procedimento vi possono essere anche accordi amichevoli o bonari, per la cessazione del bene assoggettato all'espropriazione, ovvero per la determinazione della misura dell'indennità.

Nel mentre si «normalizza» la procedura di espropriazione con la conseguenza che risultano pacificamente ammissibili trasferimenti coattivi in tutti i casi in cui si manifesti un pubblico interesse in tal senso, si rafforzano per converso le garanzie offerte dall'ordinamento al privato.

La configurazione di tali garanzie non risulta semplice, tanto più che lo scopo di pubblico interesse risulta talmente ampio da sfuggire senz'altro ai tentativi di «tipizzazione» legislativa.

Ciò giustifica il fatto che, oggi, le garanzie offerte al privato si configurano essenzialmente alla stregua di garanzie procedurali, «sia nel senso che i vizi di legittimità dell'atto amministrativo (che dichiara la pubblica utilità di un'opera) producono l'illegittimità del decreto di espropriazione; sia nel senso che nell'espropriazione per opere pubbliche debbono sempre essere fissati i termini per l'inizio e, soprattutto, per l'ultimazione delle espropriazioni e dei lavori (C. Cost. 355/85) (A. Gambaro, *Commento all'art. 834 c.c.*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di P. Cendon, Torino, 1991, p. 106).

Il rafforzamento delle garanzie offerte al privato appare notevole, almeno in questa prospettiva, anche sul piano costituzionale.

La nostra Costituzione risulta, infatti, più garantista di quanto non fosse la prima Costituzione dello Stato sociale: l'art. 153 della Costituzione Weimar, dopo aver previsto una riserva di legge in materia di espropriazione e averne correlato la legittimità al perseguimento di finalità di utilità generale, consentiva pur tuttavia che l'espropriazione potesse avvenire senza indennizzo purché ciò fosse esplicitamente previsto da una legge dei Reich.

L'art. 42, co. 3°, prevede, invece, una formula (La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale) che lega indissolubilmente la vicenda espropriativa alla corresponsione di un indennizzo.

La Costituzione innova profondamente il modello della proprietà ponendo fine a quella tradizione di marca individualistica che ne raffigurava i caratteri distintivi, ancora nel codice del 1942, nelle note della esclusività e della pienezza dei poteri proprietari.

La proprietà del c.c. è assunta *sub specie* di diritto soggettivo; si dà per scontata la legittimazione di tale forma di appartenenza. Diversamente deve dirsi per quel che concerne il quadro di riferimento costituzionale.

L'espropriazione della proprietà viene presa in considerazione nella nostra Costituzione nell'art. 42, co. 3°, subito dopo aver chiarito nel co. 2°, il ruolo che deve essere riconosciuto nel nostro ordinamento a regole di conformazione della proprietà, a regole cioè che hanno il compito di assicurare la funzione sociale e l'accessibilità a beni di interesse collettivo.

Le regole di conformazione si manifestano oltre che nella imposizione di limiti, anche nella disciplina dei modi di acquisto e di godimento della proprietà, disciplina che può a sua volta tradursi in oneri o obblighi a carico dei proprietari; in sottrazioni a loro danno di facoltà di utilizzazione o di poteri di disposizione, ovvero in controlli sulla destinazione della proprietà o sull'esercizio di prerogative proprietarie: misure, queste, comprensibili solo se si sottolinea il riconoscimento da parte del legislatore costituzionale di interessi altri da quelle proprietari.

Vero è che la proprietà viene presa in considerazione nella Costituzione non già nella prospettiva codicistica dei diritti soggettivi, bensì in una prospettiva più ampia tesa a regolare l'intervento pubblico (legge-atti amministrativi) al fine di salvaguardare la coesistenza dell'interesse (individuale) del proprietario con quello della collettività e/o con interessi altri o di altri.

Le regole di ingerenza, che sono tenute a salvaguardare comunque un interesse proprietario minimo, sono state definite alla stregua di regole di conformazione della

proprietà (M.S. Giannini).

Da tali regole possono distinguersi regole diverse, di espropriazione che consentono all'intervento pubblico di delegittimare qualsivoglia potere di fruizione da parte del proprietario o da parte di soggetti da quest'ultimo autorizzati in precedenza al godimento del bene.

(G. Alpa, M. Bessone, L. Francario, *Il privato e l'espropriazione*, III ed., Milano, 1994, p. 19 ss.).

Può dirsi, in conclusione, che dalla Costituzione il modello della proprietà esce totalmente rinnovato, non più diritto di natura, *legibus solutus* e quindi mera *facultas agendi* ma complesso di regole (di conformazione) (*norma agendi*), aventi riguardo all'uso di beni in via esclusiva da parte dei soggetti-proprietari.

Più in particolare, l'intervento della legge è diretto a salvaguardare la coesistenza dell'interesse (individuale) del proprietario con quello della collettività e/o con interessi *altri* o *di altri*. Entro tale assetto l'aspetto del diritto soggettivo subisce un ridimensionamento significativo e comunque non è più l'elemento esaustivo della definizione (della proprietà), com'era in antico.

Regole di *conformazione* e *regole di espropriazione* segnano in tal modo le modalità dell'intervento del pubblico potere sulla proprietà privata. Le regole di espropriazione (art. 42, co. 3° Cost., art. 834 c.c.), a differenza di quelle di conformazione, hanno riguardo alla *singola* proprietà (non alla proprietà, in generale, di categorie di beni). Esse consentono che la proprietà possa essere sottratta al proprietario ove ciò richiedano motivi di interesse generale ma salvo indennizzo (art. 43 Cost.). Il confine tra le due regole non è sempre chiaro, come dimostra la giurisprudenza della Corte Costituzionale. Le regole «di conformazione» cedono a quelle di «espropriazione» quando l'intervento sulla proprietà, oltre ad aver luogo, come si è detto, *a titolo particolare* e cioè sulla singola proprietà privi la stessa di ogni contenuto, a tal punto da vanificare l'interesse individuale del proprietario.

(A. Di Maio e L. Francario, *Proprietà e autonomia contrattuale*, Milano, 1990, p. 10)

#### .:6: *La funzione sociale e la «socialità» nella Costituzione*

«Funzione sociale» e «diritto soggettivo» sono dunque, in materia di proprietà, due aspetti del medesimo fenomeno: il diritto soggettivo di proprietà deve assolvere a una funzione sociale. Ma occorre intendersi sul significato del termine «sociale»: non si tratta infatti di una generica espressione che indica in modo vago un qualche interesse della collettività a che il privato persegua, insieme con il proprio interesse, anche quello della società, e la sua proprietà diventi quindi spontaneo strumento di una migliore giustizia sociale. Si tratta di una connotazione che ha un significato più preciso e più tecnico. L'espressione indica infatti che il legislatore può limitare, modificare, *conformare* il regime della proprietà privata «al fine di conseguire più equi rapporti sociali»; sono le stesse norme della Costituzione, in particolare gli artt. 2, 3, co. 2°, 35, 36, 37, 41, 44 e 47 che forniscono al legislatore criteri e direttive per conformare la proprietà privata con lo scopo di realizzare finalità di interesse collettivo.

Una importante analisi dell'uso del termine «sociale» nella Costituzione e la individuazione dei diversi significati che esso assume a seconda delle eccezioni, e a seconda del contesto normativo nel quale esso è usato, è svolta da S. Rodotà. Questa analisi ha avviato poi lo studio di altri aspetti della disciplina costituzionale, sia con riferimento all'applicazione dell'art. 41, sia con riferimento all'applicazione dell'art. 2.

Scrive Stefano Rodotà:

Approfondendo l'indagine ci si avvede che nel testo costituzionale l'uso del qualificativo «sociale», senza essere contraddittorio, non è però univoco. Possono ritrovarsi tre diverse accezioni: una descrittiva, tendente cioè a individuare posizioni o forme

di organizzazione all'interno della comunità statale (artt. 2, 3, 29); un'altra comprensiva del riconoscimento della necessità (e quindi del diritto) a un più profonda integrazione dell'individuo nella società, integrazione da realizzare attraverso misure predisposte a favore di tutti i singoli i quali si trovino in determinate condizioni (artt. 2, 3, 4, 30, 38, 46); una, infine; come criterio di valutazione di situazioni giuridiche connesse allo svolgimento di determinate attività economiche, delle quali sono indicati l'ambito e le eventuali forme di coordinamento (artt. 41, 42, 44, 45).

Quest'ultimo è il significato che ci interessa, essendo l'unico compatibile con il concetto di funzione e il solo che si presti a essere univocamente usato nelle espressioni «benessere sociale», «utilità sociale». «fini sociali»: tutte espressioni che si riferiscono a un «massimo sociale», che è appunto il fine al cui raggiungimento sono coordinati i vari strumenti giuridici presi in considerazione.

Sulla base di questi elementi, si può tentare una definizione della qualificazione «sociale» che vada oltre la formula generica del non individualismo: e sembra accettabile la formula «benessere economico e collettivo», proposta come ulteriore precisazione della qualificazione indicata. Quanto alla prima specificazione (economica), soccorre immediatamente un argomento testuale, dal momento che tutte le norme costituzionali, in cui si ritrova l'accezione per noi rilevante, sono contenute nel tit. 2° della Costituzione, dedicato appunto ai rapporti economici. A questo argomento, che potrebbe essere opinabile, si può aggiungere che, mancando nel nostro sistema un riconoscimento esplicito della proprietà e della iniziativa economica privata come attributi della personalità, manca lo stesso presupposto di una interpretazione che si spinga oltre l'ambito economico, la stessa distinzione operata dal co. 2° art. 41 Cost. indica appunto che, per quanto attiene all'aspetto previdenziale e alla tutela della libertà e della dignità umana (intesi come componenti di una più larga visione del benessere sociale), si è fuori della questione qui considerata.

Per ciò che riguarda la seconda specificazione, deve dirsi che l'utilità collettiva deve essere valutata in relazione al già ricordato «massimo sociale», con la conseguenza che la sua determinazione non sempre avverrà in via transattiva, potendo anche comportare l'integrale sacrificio di uno degli interessi in questione. Non pare, infatti, che, in questa materia, la disciplina costituzionale sia stata indirizzata principalmente a una composizione o a un contemperamento delle posizioni eventualmente in conflitto, quanto piuttosto al riconoscimento esclusivo degli interessi coincidenti con il fine sociale perseguito. Di fatto potrà accadere che l'interesse collettivo non soltanto si identifichi con quello particolare di un gruppo, ma sia pure contrastante con quello di altri gruppi: e ciò potrà essere più frequente proprio in ipotesi rientranti nell'attuale nostro ordine di considerazioni, dato l'intento protettivo delle posizioni economiche più deboli perseguito dalla Costituzione. Nel contrasto di due interessi altrimenti particolaristici sarà proprio la maggiore aderenza all'interesse dell'intera collettività a giustificare la prevalenza di uno di essi. Si può dire, quindi, che la specificazione in senso collettivo non riguarda il profilo quantitativo, poiché l'interesse collettivo non può essere inteso come somma di interessi particolari di singoli consociati: quella specificazione attiene al profilo qualitativo, come idoneità a promuovere un generale miglioramento delle condizioni sociali.

La specificazione del qualificativo «sociale» in senso economico e collettivo riceve conferma e chiarimento ulteriore dalla considerazione dell'art. 44 della Costituzione, che, nella specifica ipotesi della proprietà terriera, minutamente indica le modalità di intervento sulle situazioni attribuite ai privati. In particolare dall'analisi di questo articolo si può ricavare una precisazione del profilo economico del principio sociale, nel senso che la semplice destinazione alla produzione o il solo sfruttamento del bene non possono far ritenere adempiuta la condizione posta dal testo costituzionale: quel che si richiede effettivamente è un coordinamento delle attività del privato tale da permettere la migliore utilizzazione delle risorse a sua disposizione. In relazione al momento collettivo, inoltre, deve dirsi che non è ritenuto sufficiente un qualsiasi risultato che si possa dimostrare vantaggioso per la collettività (per es., un incremento produttivo), ma soltanto quello a cui si accompagni lo stabilirsi di più equi rapporti sociali.

(S. Rodotà, *Proprietà (dir. vig.)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1961).

## 7. *Funzione sociale della proprietà e Costituzione< materiale>.*

L'espressione «funzione sociale» non può tuttavia essere precisata ulteriormente: essa adempie il compito di autentica «clausola generale» che «mantiene un certo margine di indeterminatezza». Spetta allora al legislatore ordinario stabilire di volta in volta con i provvedimenti che disciplinano la proprietà gli scopi perseguiti in attuazione della funzione sociale. Ma si tratta pur sempre di un riferimento alla «utilità economica e collettiva», e questo parametro elastico consente di trasferire «nell'ambito legislativo talune variazioni che si producono nella realtà sociale, riducendo la tensione che abitualmente si produce tra realtà giuridica e realtà sociale». Appunto per questo «deve ritenersi che l'indeterminabilità assoluta del concetto di funzione sociale sia stata ben valutata dal legislatore, il quale ha voluto così disporre di un mezzo idoneo a realizzare quella misura di benessere economico e collettivo adeguata alla situazione storica» (S. Rodotà).

E la Corte Costituzionale (nella pronuncia n. 14 del 1964) ha appunto rilevato che «la identificazione degli interessi da soddisfare e dei mezzi e dei sacrifici da imporre, ai fini dell'utilità generale, spetta al Parlamento alla cui sensibilità è affidato il compito di determinare nei vari momenti della vita della collettività quali siano le esigenze e i mezzi nel quadro e nei limiti dei precetti costituzionali». Nel determinare in concreto il modo di attuazione della funzione sociale della proprietà il legislatore non deve tenere conto soltanto delle norme della Costituzione formale, scritta, ma anche della Costituzione materiale, di questi principi – di carattere etico, politico, economico e sociale – che sono sottesi all'ordinamento e che emergono solo in parte dalla lettura della Costituzione formale.

Come è noto, l'elaborazione della nozione di «costituzione materiale». Si deve a Costantino Mortati.

Le considerazioni finora svolte hanno mostrato come una nozione di costituzione che voglia assumere valore generale non è configurabile altrimenti che con riferimento al suo contenuto, al complesso dei fini istituzionali intorno ai quali si ordinano le forze poste, in virtù della detenzione dei mezzi atti ad assicurare l'esercizio del potere sociale, in una posizione di sopraordinazione. È dalla identificazione di tali elementi, da effettuare per ogni ordinamento statale positivo, che si desumono i criteri necessari a determinare il tipo dello Stato, il momento del suo sorgere e quello del suo estinguersi.

Requisiti relativi alle forme di esercizio del potere non possono mancare, quale che sia la fonte, scritta o consuetudinaria, da cui derivano. Ma tali forme, per lo stesso fatto di assumere una funzione strumentale rispetto al nucleo che identifica un particolare tipo di ordine concreto non possono ritenersi coesenziali a esso: sicché il loro mutamento, a differenza di quello che incide sugli elementi veramente costitutivi, non ne altera l'identità.

Un significato diverso da quello finora visto assume il problema della materia costituzionale quando venga proposto allo scopo di ricevere se e in che modo si renda possibile operare una differenziazione tra le norme che entrano a comporre un testo costituzionale, così da attribuire ad alcune una posizione di primarietà e di supremazia per il fatto di riguardare la materia tipica, veramente propria della Costituzione, in contrapposito alle altre, le quali, pur costituzionali sotto l'aspetto formale, non lo sono sotto quello sostanziale.

In un senso parzialmente analogo al precedente, sempre con riferimento a una costituzione formale, lo stesso problema della differenziazione di forma e di materia costituzionale si può poi porre quando si ritenga possibile attribuire rango costituzionale (o per lo meno posizione sopraelevata rispetto alle leggi ordinarie) a norme non inserite nel testo, ma affidate alla legge, o ai regolamenti parlamentari o alla consuetudine, con funzione integrativa del testo medesimo.

Contestano il valore della distinzione fra un concetto materiale e un altro formale

di costituzione coloro che fanno discendere la natura costituzionale delle norme dalla loro inserzione nel documento cui si dà il nome di Costituzione, dalla quale discende la loro collocazione sia un rango superiore a quello delle altre norme che non ne fanno parte, quale che sia la materia disciplinata. Ma poiché tale risultato non potrebbe conseguirsi, né la superiorità farsi concretamente valere se le norme inserite nel testo potessero essere modificate per opera dello stesso organo che procede all'emanazione di norme subordinate, uopo è considerare contrassegno essenziale delle leggi costituzionali la sottoposizione di ogni loro mutamento a procedimenti differenziati e più complessi rispetto a quelli richiesti per l'emanazione delle altre leggi. Non è il caso di ripetere quanto si è già osservato sui risultati aberranti cui conduce tale opinione, perché da una parte elimina ogni rilievo giuridico per le costituzioni flessibili, dall'altra fa venire meno la funzione di garanzia e di conservazione propria del potere di revisione, poiché non fornendo alcun criterio suscettibile di porre dei limiti a esso, apre l'adito a ogni mutamento, anche il più radicale. Con riserva di esaminare in seguito più specificamente il rilievo che i valori contenuti nella costituzione assumono in ordine ai mutamenti taciti del testo costituzionale, quali si effettuano attraverso l'attività interpretativa a esso rivolta, è qui da considerare l'influenza che sull'attività stessa esercitano le valutazioni di contenuto nei casi in cui: a) sia da circoscrivere l'ambito di applicazione di determinati istituti, genericamente indicati; b) oppure si tratti di decidere circa le diversità delle conseguenze che sono da fare derivare dalla violazione dell'una o dell'altra delle situazioni inserite nel testo; c) o infine si proponga il problema della possibilità di apportare deroghe al sistema dei procedimenti prescritti per i vari gradi di normazione, sia nel senso di consentire mutamenti di disposizioni inserite nel testo (in ragione del minore rilievo loro attribuito), senza il ricorso alla procedura prescritta dalla modifica; sia nell'ipotesi, contraria alla precedente, della sottoposizione a tali procedure (o comunque a procedimenti diversi e più aggravati rispetto a quelli propri delle leggi ordinarie) di altre disposizioni non facenti parte del testo ma tuttavia ritenute di maggiore importanza.

Il che può verificarsi o per il riferimento più o meno generico che la Costituzione faccia a una «materia costituzionale», o, anche all'infuori di tale ipotesi, in considerazione della natura degli istituti o rapporti delle medesime regolati. Mentre per i punti prima ricordati il problema cui si accenna si presenta negli stessi termini sia per le costituzioni flessibili che per quelle rigide, l'ultimo presuppone la rigidità. Si tratta in ogni caso di procedere a graduazioni di norme, ben differenti però sia da quelle deducibili solo in via logico-formale, come vuole la concezione gerarchica dell'ordine giuridico, che ne ordina le manifestazioni sulla base del rapporto in cui ciascuna di esse si trova rispetto alle altre per il fatto di condizionarle o viceversa di essere condizionata, e che conduce a disporle in una serie di gradi diversi (possibili a rinvenirsi anche nell'ambito di una stessa fonte, come avviene per es. nei confronti delle norme costituzionali che, per il fatto di regolare i procedimenti di revisione, si differenziano dalle altre), in un ordine determinato dal passaggio progressivo dal più generale al più particolare, secondo il diverso orientamento della dottrina francese.

La graduazione della quale qui si parla sarebbe invece da argomentare in base a considerazioni meramente materiali, attinenti al contenuto delle norme e derivabili dalla diversa loro importanza, oppure dal rapporto in cui esse rispettivamente si trovano di fine e di mezzo, e simili.

L'impossibilità di attribuire uguale valore a ogni specie di norma inserita nella Costituzione è stata rilevata con riferimento a diverse ipotesi. Così si è osservato dalla dottrina penalistica e da quella costituzionalistica che i «reati di alto tradimento» o di «attentato alla Costituzione» non potrebbero essere identificati se ci si riferisse alla Costituzione formale, occorrendo invece risalire ai supremi principi ministeriali. Considerazioni di uguale natura sono da far valere per il caso del giuramento di fedeltà alla Costituzione, ai principi istituzionali si dovrebbero avere altresì riguardo per la determinazione dell'ambito consentito all'esercizio del diritto di resistenza che fosse riconosciuto al popolo, oppure al fine di precisare quali siano le parti abilitate a stare in un giudizio di costituzionalità, quando manchi una espressa e precisa loro individuazione (dubbio in tal senso potrebbe sorgere per i partiti, per le minoranze tecniche ecc.), o infine per la stessa determinazione del concetto di «lite costituzionale». Si è ricordato altresì il caso di riserva dei principi costituzionali che sia apposta in trattati internazionali (come in quelli di arbitrato) e che può importare

la necessità di risalire a un'obiettiva determinazione del contenuto di questi ultimi, sulla base appunto di una valutazione contenutistica. Può rendersi altresì necessario, [...] risalire alla diversa importanza attribuibile all'una o all'altra delle prescrizioni del testo costituzionale onde decidere circa le conseguenze da far derivare dalla loro violazione, in confronto sia ai soggetti che se ne sono resi responsabili sia gli atti posti in essere, che potrebbero, secondo i casi, venire colpiti da nullità, da annullabilità, o da semplice inefficacia.

(C. Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 169 ss.).

Nelle diverse occasioni in cui la Corte Costituzionale ha operato una precisazione della espressione «utilità sociale» non sono tuttavia stati indicati precisi contenuti cui il legislatore si deve informare: il giudizio sulla funzione sociale, o sulla utilità sociale, deve essere formato sui principi della Costituzione, e diviene una valutazione di contenuto essenzialmente politico. Scrive Rodotà che la «Corte, dopo aver dichiarato la sua competenza a giudicare della utilità delle leggi, ha poi circoscritto in modo assai severo l'ambito all'interno del quale tale giudizio deve essere pronunciato. Essa, infatti, ha ritenuto che l'operato del legislatore sia sindacabile quando questi non abbia per nulla compiuto l'apprezzamento dell'utilità sociale (questi pure essendo richiesto che tale apprezzamento risulti da una esplicita dichiarazione del legislatore, potendo esso risultare implicitamente dal contesto della legge o dagli stessi suoi lavori preparatori) o, nel compiere tale apprezzamento, abbia usato dei criteri logici arbitrari o contraddittori oppure sia giunto a conclusioni palesemente contraddittorie con i presupposti di fatto assunti a suo fondamento; inoltre, vi avrà illegittimità della legge tutte le volte che questa abbia predisposto mezzi del tutto inadeguati al raggiungimento dello scopo che si affermava di voler perseguire, o abbia avuto di mira finalità diverse dalla utilità sociale. A tal ultimo proposito, è opportuno ricordare come la Corte Costituzionale abbia sempre evitato di impegnarsi in una precisa definizione dell'utilità sociale, preferendo far ricorso a espressioni generiche».

Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale l'espressione «funzione sociale» della proprietà ha ricevuto una interpretazione univoca – a sentire M. Luciani – adattata però alle diverse circostanze di fatto considerate. Essa emerge da varie pronunce tra le quali certo la più rilevante per gli effetti che provocò e per il significato politico che assume è la n. 55/1968. Da ultimo, la Corte ha ribadito che la funzione sociale di cui al co. 2°, art. 42 Cost. si identifica «nello scopo di assicurare il bene primario dell'abitazione a categorie di soggetti non superanti determinati livelli di reddito e, quindi, non in grado di accedervi in base alle leggi di mercato libero» (sent. 3/1976). I limiti apposti alla proprietà «se possono comprimere le facoltà che formano la sostanza del diritto di proprietà, non possono mai pervenire ad annullarle» e quindi «la proprietà non può cedere del tutto, e cioè scomparire, senza che il proprietario ne riceva un corrispettivo... né simbolico né irrisorio» (sent. 155/1972).

La funzione sociale della proprietà si ricollega dunque nelle pronunce della Corte sempre alle limitazioni imposte dal legislatore ai poteri dei privati e non si può spingere fino ad annullarle. Essa richiama, ancora, il concetto di «contenuto minimo essenziale» del diritto di proprietà che, nella giurisprudenza della Corte, non può essere inciso da legislatore, e appare quindi *inviolabile*. Infine, questa nozione di funzione sociale, in quanto «assicurata» dal legislatore, comporta l'introduzione nel concetto di funzione sociale della proprietà anche della *riserva* di legge. Solo il legislatore può incidere il contenuto della proprietà. Di qui il dubbio (e il problema) se il legislatore non ordinario, il legislatore regionale, per es., sia legittimato a incidere sul contenuto della proprietà e se la P.A. possa limitare il diritto di proprietà solo ove la sua azione sia espressamente

e precisamente delineata da un provvedimento legislativo (problema della discrezionalità amministrativa e dei rapporti tra privato e P.A.).

Talvolta la Corte ha precisato il significato di «funzione sociale» e l'ambito dei poteri del proprietario facendo appello alla coscienza sociale, cioè al comune sentire dei cittadini in merito a uno specifico problema. Questo riferimento alla coscienza sociale (di cui la Corte si è accollata il compito di rilevazione e di interpretazione) è tuttavia molto pericoloso: la «coscienza sociale» è parametro troppo vago e generico, e quindi indecifrabile, per poter essere assunto a criterio direttivo dei limiti di intervento del legislatore in materia di proprietà privata, e come «barometro» per indicare fino a qual punto tale intervento trova consensi nel pubblico. Né si può sostenere che la coscienza sociale sia, alla stregua delle clausole generali, una «valvola» che il giudice può azionare determinandone di volta in volta l'esatto contenuto, perché l'espressione appartiene al linguaggio giuridico in senso lato, ma non a quello legislativo. Non vi sono norme, particolarmente in materia di proprietà, che fanno riferimento alla *coscienza sociale* come a un parametro di cui il giudice deve tenere conto nell'apprezzamento dei limiti imposti alla proprietà.

L'attività della Corte Costituzionale in materia di proprietà è stata oggetto di numerosissime analisi, che ne hanno posto in luce anche la tecnica assai articolata di elaborazione delle sentenze «delega», con le quali la Corte ha richiamato l'attenzione del legislatore sui problemi delicati e gravi che avrebbero dovuto presupporre una soluzione legislativa, dalla quale emergessero direttive politiche precise in ordine alla interpretazione delle norme, alle sentenze interpretative, di rigetto, di accoglimento, parziale o totale. Di queste tecniche, esaminate in un ampio e prezioso studio di Gustavo Zagrebelsky non si può qui fare cenno. Si può invece richiamare un altro modo o livello di lettura delle sentenze della Corte in tema di proprietà: il livello di lettura che mette in rilievo gli *interessi* di volta in volta tutelati dalla Corte.

Osserva Giovanni Tarello:

Uno dei modi per indicare i limiti delle periodizzazioni e degli schemi di valutazione sopra menzionati è quello di considerare un singolo settore d'intervento della Corte. Poiché molto sovente quelle periodizzazioni e quegli schemi di valutazione sono generalizzazioni di discorsi svolti a proposito dei diritti di libertà, considereremo – per contrasto – un settore di intervento nel campo dei rapporti economici. Sceglieremo la proprietà (o, se più piace, «le» proprietà) e terremo conto di un arco storico che va dal 1957 (le prime pronunce rilevanti della Corte) al 1972.

Osserviamo subito che, a prima vista, nessuna frattura può individuarsi nell'attività della Corte in questo settore nel periodo tra il 1956 e il 1964 (e in particolare tra il periodo della presidenza De Nicola e quelli delle successive presidenze). Il gruppo delle sentenze rilevanti sono undici (60/1957; 61/1957; 3/1958; 33/1958; 78/1958; 41/1959; 67/1959; 5/1960; 7/1962; 91/1963; 64/1964). La linea di adesione agli indirizzi del governo è continua; sembra – ma è apparenza – incrinarsi a un certo momento (sent. 78/1958 sull'imponibile di mano d'opera), momento che però cade durante la presidenza Azzariti e non durante la presidenza De Nicola; la Corte tende ad accrescere, nelle formule, i propri poteri di intervento mentre nella sostanza sostiene l'azione del governo (specialmente in materia di riforma agraria, e in genere di legislazione agraria) anche attraverso una concezione rigorosa della garanzia dell'art. 42, co. 3° Cost.

La Corte infine elabora una complessa dottrina della disciplina costituzionale della proprietà, cioè una «politica del diritto di proprietà». Si tratta di un quadro unitario sia sotto il profilo concettuale che sotto quello teleologico. Possiamo tratteggiarlo in un piccolo numero di punti fondamentali che costituiscono «la dottrina della proprietà» (o della sua disciplina costituzionale) della Corte nel suo primo periodo di attività, che va fino al 1964.

1. La proprietà è disciplinata dall'art. 42 Cost., e la proprietà agraria è disciplinata dall'art. 44 Cost.; la disciplina costituzionale è tendenzialmente completa, e potrebbe trovare applicazione anche in mancanza di legislazione ordinaria.

2. Qualunque disposizione della legge ordinaria vertente su un bene o sul suo regime di appartenenza e di disponibilità si intende come disposizione in materia di proprietà; gli statuti giuridici dei beni non sono presupposti dalla formula costituzionale della garanzia della proprietà, ma anzi la presuppongono.
3. Qualunque disposizione della legge ordinaria in materia di proprietà o di beni non trova la sua legittimazione generica negli artt. 70 ss. Cost., ma trova la sua legittimazione specifica negli artt. 42 ss. Cost.: talché tra questi articoli e tutta la legislazione in materia di beni o di proprietà si istituisce un rapporto come da fondamento e principio generale a specificazione particolare, e ogni disposizione di legge ordinaria deve legittimarsi non per generico non contrasto, ma per specifica derivazione, rispetto a questi articoli della Costituzione.
4. La garanzia della proprietà nella formula dell'art. 42 è considerata principio generale; la riserva di legge sui limiti norma speciale; la prima ha la forza espansiva; la seconda no.
5. Tutte le disposizioni di legge ordinaria in materia di beni o di proprietà sono necessariamente (di fronte alla genericità della garanzia) apposizione di limiti; esse perciò sono prive di forza espansiva, e sono sottoposte a sindacato di legittimità costituzionale sotto il profilo della loro attitudine a realizzare la funzione sociale dell'istituto.
6. Tale sindacato si estende all'eventuale sperequazione che la legge ordinaria possa determinare nella situazione di proprietari che il magistrato costituzionale ritenga debbano essere trattati allo stesso modo (ritenga siano nella stessa categoria essenziale)
7. In linea di massima la funzione sociale di stabilire equi rapporti sociali deve ritenersi sancita dalla Costituzione in relazione alla proprietà agraria solo nella sfera circoscritta aziendale.
8. In linea di massima la garanzia della proprietà non si estende alla sfera dell'autonomia contrattuale; ma il magistrato costituzionale si riserva di sindacare i limiti all'autonomia contrattuale sotto il profilo della funzione sociale della proprietà.
9. In linea di massima il legislatore ordinario è arbitro di disciplinare la proprietà privata sotto il profilo dell'opportunità del titolo ai terzi, realizzando un equilibrio tra la tutela della proprietà e la tutela del credito.

Come è chiaro, mai dottrina della proprietà più atta a tutelare l'interesse privato contro quello statale e/o pubblico fu elaborata. Tale dottrina aprì la strada a quella successiva, che è stata detta del «contenuto minimo della proprietà», che troverà la sua massima esplicazione nell'epoca della presidenza Sandulli.

Se una frattura può vedersi nell'attività della Corte in relazione alla proprietà, questa deve collocarsi non già tra l'una o l'altra, ma all'interno del periodo della presidenza Ambrosini. Infatti è a partire dal 1965 che la Corte persegue la politica di rendere particolarmente costosa la politica urbanistica – e in prospettiva la riforma urbanistica – sostituendo alla nozione di espropriazione come trasferimento coattivo della titolarità del diritto di proprietà, la nozione del carattere espropriativo della imposizione di un vincolo gravoso all'esercizio di facoltà che una indefinita coscienza sociale del momento storico ritiene connaturato all'essenza del regime di appartenenza di un dato bene; e sostituendo al concetto di indennizzo (non simbolico) il concetto di indennizzo costituente «sostanziale ristoro». La progressione delle sentenze che preparano e applicano questo nuovo indirizzo (22/1965; 6/1966; 38/1966; 55/1968) segnò un distacco tra la politica del diritto della Corte e quella dei governi e delle maggioranze parlamentari, che non può essere storicamente valutata se non in riferimento (non già al mutamento della Corte, ma) al mutamento dell'indirizzo dei governi. Il fatto che negli stessi anni la Corte rivedesse le proprie posizioni anche in materia di diritti di libertà, e in questo settore in senso nettamente «progressista», deve invece essere valutato in riferimento alla generale politica della Corte, di presentare un volto tanto più progressista nei settori più appariscenti – rispetto a una non sofisticata valutazione – quanto maggiore è l'attività di sabotaggio degli indirizzi di riforma nel settore dei rapporti economici. L'apparente (in termini formalistici, reale) pausa costituita dalla sent. 133/1971 – di solito riferita alle ideologie del presidente Branca – può a mio avviso essere ricondotta, adottando uno schema di valutazione delle politiche del diritto della Corte, alla stessa successione che va alle sentenze del 1955-56 sopra menzionate e quelle successive, e apparentemente così diverse anche in senso politico (mi riferisco specialmente alle sentenze 155/1972 e 9/1973). Non mi riferisco a un semplice tentativo di unificazione «dogmatica» delle dottrine espresse dalle varie sentenze della serie.

Sotto il profilo dogmatico, una interpretazione unificatrice dei vari interventi della

Corte è invero assai facile, agevolato come esso è dalla continua manipolazione e ricomposizione che la Corte stessa ha fatto dei propri precedenti. Sulla base dei principi elaborati nei primi anni e descritti poche pagine sopra, si è innestato un tronco costituito dalle dottrine: a) del rapporto che collega gli artt. 3 e 42 Cost.; b) del carattere espropriativo di ogni limitazione della proprietà che incida sulla destinazione «naturale», in un dato momento storico, del bene ovvero che ne comprima notevolmente il valore di scambio; c) della legittimità costituzionale del mancato indennizzo in caso di individuazione «oggettiva» e riconoscibile «a priori» di una categoria di beni e di disciplina generale del regime di appartenenza (salva la difficoltà di comporre questa dottrina con le precedenti: difficoltà che si risolve in una ulteriore zona di discrezionalità che la Corte riserva al proprio sindacato); d) della possibilità che la garanzia della proprietà si estenda sino al illegittimare discipline legali di rapporti contrattuali.

Ma oltre a una interpretazione unificatrice sotto il profilo dogmatico, credo sia opportuna (al fine di individuare linee di tendenza della elaborazione della disciplina della disciplina costituzionale della proprietà da parte della Corte, anche nelle proiezioni future) anche un'interpretazione unificatrice sotto il profilo delle scelte politiche. Ciò è tanto più opportuno se si ritiene sia vero che, attraverso i suoi interventi, la Corte ha potuto ritagliare al proprio sindacato una larga zona di discrezionalità: dato che proprio nelle zone di discrezionalità possono più agevolmente perseguirsi delle politiche del diritto.

Credo sia ragionevole, sotto questo profilo, una ipotesi interpretativa che faccia riferimento agli interessi che – attraverso l'elaborazione della Corte – hanno trovato in diverso grado soddisfazione nella disciplina costituzionale della proprietà. L'interesse proprietario meno favorito appare quello della proprietà terriera, almeno in un primo momento, in occasione della riforma agraria; l'interesse proprietario più favorito appare quello della proprietà di aree urbane edificabili, almeno dal momento della discussione sulla l. 167. L'interesse pubblico più favorito appare quello di minor costo possibile della politica autostradale: esso infatti prevale sul più favorito interesse privato, che è quello della edificabilità dei suoli. Favorito è anche l'interesse pubblico al paesaggio. Decisamente sfavorito è l'interesse pubblico al minor costo delle aree per il verde e per l'edilizia economica e popolare (l'interesse invece che era il più accanitamente perseguito in alcuni anni, dal legislatore ordinario). Se si passa dal censimento degli interessi tutelati dalla disciplina costituzionale della proprietà elaborata dalla Corte alla disposizione degli interventi formativi di questa disciplina su un parametro diacronico, e si mettono in relazione gli interventi della Corte con i coevi atteggiamenti del potere politico, si può constatare quanto segue. Nei primi anni di attività, la Corte ha assecondato la riforma agraria in collaborazione del potere politico; nell'ultimo periodo la Corte ha ostacolato la politica urbanistica dei vari governi di centrosinistra, pur assecondandone la politica autostradale con interventi atti a mantenerne meno costoso il perseguimento e ha esteso la tutela del proprietario dal proprietario urbano al proprietario terriero agricolo in occasione delle norme sui contratti agrari; infine, la Corte si è mostrata insensibile agli interessi dell'amministrazione militare e, per contro, progressivamente sensibile alla tutela del paesaggio e delle bellezze naturali (nelle zone turistiche ed extraurbane).

Occorre ora, per concludere il discorso sulla interpretazione storica dell'attività della Corte, considerare il rapporto tra la Costituzione formale nel suo dettato, la disciplina costituzionale della proprietà elaborata dalla Corte, e il contesto storicopolitico degli anni successivi al 1973. Questa considerazione permette, credo, di mostrare l'astrattezza di molte prese di posizione di moda tra i giuristi, e, – per contro – l'estrema importanza strutturale della disciplina della proprietà elaborata dalla Corte.

Se consideriamo il documento costituzionale (nelle sue parti che afferiscono immediatamente alla proprietà) in modo globale, e come fonte di direttive di politica economica, non si può evitare (né è stata evitata) l'impressione che i termini in cui esso si esprime, cioè in cui esso fu redatto, si riferiscano a dibattiti politici ormai obsoleti o per lo meno obsolescenti. Ciò sotto un duplice profilo: della sempre presente contrapposizione tra «pubblico» e «privato», e della sovente presente concezione agricolo-fondiarie della proprietà o del suo soggetto. Tale impressione è da un lato fondata, e da un lato ingannevole.

La contrapposizione tra «pubblico» e «privato» è presente nella formula dell'art. 42 che distribuisce proprietà in proprietà pubblica e proprietà privata e appartenenza

di beni economici tra Stato, enti (pubblici), (enti e singoli) privati; è poi presente nei successivi co. del 42, ove alla proprietà privata si legittimano limiti, si impone funzione sociale, si assegna espropriabilità; ed è presente negli artt. 44 e 47 ove alla proprietà in particolari specificazioni oggettive e soggettive si collegano oneri limiti favori: oltretutto nel 43, ove, comunque sia intesa la riserva, è pur sempre la contrapposizione tra pubblico o privato che sottende riserva e trasferimento. Orbene, tale contrapposizione apparteneva all'orizzonte ideologico dei costituenti e circoscriveva il dibattito politico dell'epoca nei suoi termini: se, come, quanto «collettivizzare», «nazionalizzare», «pubblicizzare», erano temi del corrente dibattito politico; e a leggere documenti del tempo sembra che fosse addirittura diffusa, seppure inespresa o non articolatamente espressa, l'idea che «pubblicizzare» o «nazionalizzare» dei «beni economici» – specie se intesi nell'eccezione di «mezzi di produzione» – equivallesse a esorcizzare il plusvalore. In quei termini il dibattito politico era già cessato quando, nel 1962, si verificò l'unica nazionalizzazione post costituzionale di qualche rilievo, e cioè quella dell'industria elettrica: intorno a essa, prima e dopo, si discusse piuttosto in termini di gestioni, di forme di interessi lesi, di strozzature, di vantaggi degli espropriati, soprattutto di «monopoli», che non nei termini della contrapposizione tra mezzi di produzione nazionalizzati e dei mezzi di produzione lasciati alla c.d. economia di mercato; e anche le valutazioni odierne dell'evento sottolineano l'irrelevanza delle contrapposizioni che emergono nel lessico costituzionale rispetto a schemi di interpretazione che si assumono più significativi, come per es. quello del «tradizionale rapporto di collusione collaborativa che lega da decenni il nostro stato all'industria».

Oggi, certamente, il dibattito politico italiano non trova i suoi punti di riferimento nella contrapposizione tra «proprietà pubblica» e «proprietà privata», quanto piuttosto nell'individuazione in alcune specie di proprietà di posizioni di «rendita parassitaria»; in questi termini è certo che – come si è detto – i «principi e le normative operanti come coperture della rendita si collocano in aree e pongono problemi che vanno molto al di là dell'alternativa fra pubblico e privato»; e nella misura in cui il dibattito politico sulla rendita investe specie di proprietà, esso resta comunque in un ambito concettuale estraneo a quello implicito nei termini costituzionali. E, tuttavia, l'impressione che i termini costituzionali siano obsoleti in quanto riferiti al dibattito politico odierno è fallace. Infatti ogni odierna tesi politica sulla rendita parassitaria resta irrimediabilmente una sterile esercitazione se non fa i conti con alcuni fatti tra cui i seguenti: che la nostra è una struttura costituzionale rigida; che il documento della Costituzione formale conosce la contrapposizione terminologica «pubblico-privato» ma non la terminologia della «rendita parassitaria»; che nella costituzione formale sono incluse formule garantistiche in termini di proprietà privata; che la Corte Costituzionale ha avuto nel passato e prevedibilmente avrà nel futuro, la tendenza a impiegare le formule del documento costituzionale per sabotare i saltuari interventi del legislatore ordinario miranti a colpire le rendite parassitarie. In questa situazione, è chiaro che i termini costituzionali non sono obsoleti, perché ogni dibattito politico *sub specie* di proprietà (quali che siano le coordinate concettuali in cui originariamente si esprime) non può che essere forzato sino a farlo rientrare nei termini costituzionali se vuole essere operativo e non utopico o sterilmente accademico. Ciò è particolarmente chiaro nel caso della proprietà immobiliare urbana, sia delle aree sia degli edifici adibiti ad abitazione. Quali che siano le considerazioni politico-economiche che possano farsi sulle aree e sugli edifici urbani adibiti ad abitazione, resta il fatto che la possibilità di concrete proposte di disciplina è condizionata dai termini della costituzione formale; in particolare della garanzia della proprietà e dalla inesistenza della garanzia del contratto, talché una disciplina delle aree deve passare attraverso procedimenti espropriativi (cioè l'intervento pubblicizzante) mentre una disciplina delle locazioni può attuarsi mediante semplice intervento del legislatore ordinario sul canone. Sotto quest'ultimo profilo, la sentenza della Corte Costituzionale che dà a pensare è la l. 155/1972, la quale forse ha inaugurato un nuovo «periodo», dalle linee ancora indefinite, di attività della Corte.

(G. Tarello, *Storiografia giuspolitica e interventi della Corte Costituzionale in tema di proprietà*, nei *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vi, 1976, *Dottrine storiche del diritto privato*, pp. 604-611).

È in questa medesima prospettiva che si deve esaminare il rapporto tra funzione sociale e principio di eguaglianza, cui si è fatto cenno nelle pagine introduttive là dove si poneva in luce la stretta correlazione tra la disciplina della proprietà ex art. 42, la disciplina dell'iniziativa economica privata, ex art. 41, e il modello di società prefigurato dalla Costituzione all'art. 3, co. 1° (eguaglianza in senso formale) e soprattutto all'art. 3, co. 2° (eguaglianza in senso sostanziale). La Corte Costituzionale ha fatto un uso del principio di eguaglianza, richiamando il criterio della *ragionevolezza*, che si è sottoposto a critica:

Molte critiche fatte alla giurisprudenza costituzionale in materia di proprietà hanno investito il valore e il significato «politico» delle scelte della Corte. Ciò, se anche mette in evidenza un dato che non si può non tenere presente, ci sembra abbia contribuito a occultare il senso oggettivo di quell'indirizzo che, se è vero che le teorie camminano con le gambe proprie, andrebbe considerato piuttosto per ciò che vale in sé e per sé. E in proposito non è dubbio che, obbiettivamente, fondamento soprattutto della decisione sui vincoli urbanistici (cui daremo qui valore paradigmatico) sia stato il sentimento di un'imperfezione del meccanismo legislativo e la percezione dell'iniquità delle sue conseguenze. E che in quel meccanismo «qualcosa non funzionasse» non lo potrebbe negare nessuno, se è vero che esso consentiva che il semplice – e ormai famigerato – «tocco del pennello dell'urbanista» creasse e disfacesse fortune e miserie. Nel pensiero della Corte, pertanto, doveva giuocare il ruolo principale non tanto l'attenzione agli interessi del proprietario danneggiato dai vincoli, quanto l'imbarazzo nel constatare come quella lesione fosse resa ancor più amara e grave «dallo spettacolo dell'altrui cuccagna»; di qui e, ci sembra, incontrovertibilmente, deriva l'interesse prestato dalla Corte alla ipotizzata lesione del principio di eguaglianza, come quella che avrebbe dovuto esprimere l'illogicità delle discriminazioni operate (fra proprietari «fortunati» e non) dalla legge.

Senonché, quel «qualcosa» che pur non funzionava nel sistema legislativo, atteneva solo apparentemente e *prima facie* alla violazione dell'eguaglianza. La Corte, come sappiamo, ha escluso l'indennizzabilità dei vincoli imposti non *singulatim* per ciascun bene, ma in via generale per ogni categoria di beni, determinabile *a priori* per caratteristiche intrinseche. In questo modo, essa avrebbe voluto – rispetto alla propria comune giurisprudenza sull'eguaglianza – da un canto troppo poco, e dall'altro troppo, da parte del legislatore. Troppo poco, perché non ha richiesto che le categorie di beni individuate dal legislatore venissero distinte, oltre che per la loro fisionomia, anche per la loro diversa relazione con lo scopo della legge, in misura tale da trovarsi ragionevolmente separate nella considerazione e nella disciplina di quella. Troppo, perché non solo non ha richiesto, ma anche escluso che il legislatore potesse attribuire rilevanza, al fine di distinguere tra le varie situazioni di appartenenza, alla *ratio* delle norme che andava ponendo, legandolo a una esigenza di stretta «obiettività» che probabilmente vale solo per le lesioni di quello che è stato definito in concreto presente.

Ma, a prescindere da questo, lo stesso pensiero della Corte, interpretato in senso oggettivo, dimostra che altro era il vizio delle norme colpite che essa tenne in concreto presente. Se così non fosse, difficilmente si potrebbe giustificare la dichiarazione di legittimità dei vincoli di solo parziale immodificabilità, oppure semplicemente temporanei: come se una illogica discriminazione fosse, per il fatto d'essere solo parziale e temporanea, per ciò solo meno illegittima d'una discriminazione assoluta e definitiva. Né, altrimenti, si potrebbe spiegare la patente contraddizione tra le stesse e vicine sentenze 55 e 56 del 1968, in cui la Corte ha ritenuto legittime le norme sui vincoli paesistici, in cui l'obiettività della connotazione dei beni che ne siano colpiti appare molto dubbia, mentre ha folgorato le norme sui vincoli urbanistici, ove la categoria dei beni che vi sono in astratto soggetti è facilmente e obbiettivamente determinabile a priori, coincidendo con quella che comprende tutti gli immobili situati nel territorio comunale. Certo, all'interno di quella stessa categoria si creano discriminazioni, poiché solo alcuni dei beni che ne fanno parte saranno in concreto colpiti dal vincolo, mentre gli altri vi resteranno solo potenzialmente sottoposti. Ma allora, il problema si sposta a valle, investendo non la legittimità della norma che accomuna i vari beni sotto la medesima disciplina, ma quella del provvedimento con cui l'autorità amministrativa, sulla base del potere conferitole dalla legge, individua il bene che deve essere sottoposto al limite da quello

previsto. E se è così, se cioè il vizio della normativa non sta nell'arbitraria discriminazione fra beni diversi (diversi nella misura in cui non fanno parte della medesima categoria omogenea), ma nella discriminazione operata fra beni simili, situati cioè all'interno della stessa categoria, non nella violazione dell'eguaglianza, ma quella della riserva di legge) di cui l'art. 42 co. 2° Cost.), è il profilo di illegittimità che deve essere tenuto presente.

(L. Luciani, *Corte Costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1977, I, , pp. 1387-1389).

(\* ) I materiali raccolti in queste pagine che si devono ad Andrea Fusaro sono una prima parte di capitolo del primo tomo di *Poteri dei privati e statuto della proprietà* (casa editrice S.e.a.m, Roma 2002), dove sono trattati gli argomenti che risultano dal circostanziato indice dell'opera

## INDICE DEL PRIMO VOLUME

### *Nozione e rilevanza costituzionale*

PREMESSA 7

CAPITOLO PRIMO

Per una definizione della proprietà 9

1.1 La proprietà nel vocabolario giuridico 9

1.2 La prospettiva costituzionale 20

1.3 Nel quadro dei diritti dell'uomo 22

1.4 Le *new properties* 29

CAPITOLO SECONDO

La proprietà nei modelli stranieri e attraverso la comparazione 45

2.1 La proprietà nei modelli stranieri notevoli 45

2.1.A) *Property* 45

2.1.B) *Propriété* 66

2.1.C) *Eigentum* 74

2.2 Lo *ius aedificandi* 79

2.3 L'espropriazione 92

2.4 Le immissioni 100

2.5 Diritti e rimedi in prospettiva comparatistica 107

2.6 Il *trust* 119

2.7 Trasferimento della proprietà e sistemi di pubblicità 125

2.8 Il numero chiuso dei diritti reali 140

471

CAPITOLO TERZO

La prospettiva dell'analisi economica 149

3.1 Un metodo di studio della proprietà. L'analisi economica del diritto 149

3.1.A) Introduzione 149

3.1.B) Le premesse dell'analisi economica del diritto:  
il teorema di Coase 151

3.1.C) Diritto di proprietà e teoria economica 161

3.1.D) Costi transattivi e disciplina della proprietà:  
la tesi di Posner 165

3.1.E) Costi transattivi e disciplina della proprietà:  
la tesi di Calabresi e Melamed 170

3.1.F) La letteratura successiva 178

3.1.G) Alcuni ripensamenti 180

3.2 I *property rights* nell'analisi economica 207

3.2.A) La prospettiva rimediale 207

3.2.B) Il matrimonio tra comparazione e analisi economica 210  
 3.2.C) In tema di *property rights* 228  
 3.3 Il numero chiuso dei diritti reali tra teoria economica e *property law* 235  
 3.4 Le *new properties* nell'analisi economica 252  
 CAPITOLO QUARTO  
 La funzione sociale della proprietà 257  
 4.1 La proprietà nella Costituzione repubblicana del 1948.  
 I lavori dell'Assemblea Costituente 257  
 4.2 Le diverse letture dell'art. 42 Cost. 262  
 4.3 Le garanzie costituzionali della proprietà privata 279  
 4.4 La funzione sociale della proprietà. Profili storici e ideologici 291  
 4.5 Proprietà privata ed espropriazione 297  
 4.6 L'occupazione acquisitiva 304  
 4.7 La funzione sociale e la «socialità» nella Costituzione 318  
 4.8 La funzione sociale e la Costituzione materiale 320  
 4.9 Gli statuti della proprietà e la disciplina dei beni 331  
 4.10 La funzione sociale alla vigilia del nuovo millennio 340  
 CAPITOLO QUINTO  
 La proprietà e le proprietà 357  
 5.1 La proprietà tra diritto soggettivo e interesse legittimo 357  
 5.2 La proprietà e le proprietà 365  
 5.3 La proprietà conformata e la proprietà vincolata 369  
 5.4 Titolarità individuale e fruizione collettiva (beni culturali  
 e ambientali) 381  
 5.5 La proprietà edilizia 386  
 5.5.A) Le peculiarità della proprietà edilizia 386  
 5.5.B) Il bene «casa» e il diritto all'abitazione 389  
 5.5.C) La disciplina urbanistica ed edilizia 400  
 5.5.D) La proprietà dei suoli urbani 409  
 POTERI DEI PRIVATI E STATUTO DELLA PROPRIETÀ (I) ALPA, BESSONE e FUSARO  
 472  
 5.6 La proprietà agraria 412  
 5.6.A) La proprietà agraria e la disciplina del Codice civile 412  
 5.6.B) La proprietà agraria nella Costituzione 415  
 5.6.C) La legislazione speciale del primo dopoguerra:  
 la riforma agraria 423  
 5.6.D) L'accesso alla proprietà contadina e il diritto di prelazione  
 a favore dei coltivatori diretti 426  
 5.6.E) La tipizzazione dei contratti agrari 432  
 5.7 La proprietà dei gruppi 437  
 5.8 La proprietà fiduciaria 456  
 5.9 La proprietà-garanzia 465  
 Tavola delle abbreviazioni dei periodici italiani citati 470

## INDICE DEL SECONDO VOLUME

### POTERI DEI PRIVATI E STATUTO DELLA PROPRIETÀ IL CODICE CIVILE E LE LEGGI SPECIALI

#### CAPITOLO PRIMO

Dal Codice napoleonico al modello contemporaneo 7

- 1.1 I poteri del proprietario nella definizione di «proprietà» del codice napoleonico 7
- 1.2 Le definizioni di «proprietà» nei codici italiani preunitari 21
- 1.3 La proprietà nello statuto albertino 25
- 1.4 La disciplina della proprietà nel Codice civile italiano del 1865 29
- 1.5 Proprietà e impresa. La vicenda del conflitto tra proprietari terrieri e imprenditori di trasporti ferroviari 45
- 1.6 Proprietà e intervento dello Stato. Le opere pubbliche e i lavori pubblici 55
- 1.7 Le trasformazioni del diritto di proprietà: (a) La proprietà come potere relativo, limitato dal diritto pubblico 60
- 1.8 (b) L'idea di «funzione sociale» della proprietà nelle elaborazioni del socialismo giuridico 73
- 1.9 (c) La legislazione di guerra 83
- 1.10 (d) La funzione sociale nei testi costituzionali. La Costituzione di Weimar 87
- 1.11 Verso una nuova definizione di proprietà. L'interventismo corporativo e la codificazione del 1942 95
- 1.12 La legislazione speciale. Proprietà agraria e proprietà edilizia 115
- 1.13 L'evoluzione successiva 128

## CAPITOLO SECONDO

Una vicenda da concettuale: il numero chiuso dei diritti reali 149

- 2.1 Introduzione 149
- 2.2 La definizione di un dogma: la tesi di Venezian 152
- 2.3 Il diritto di cacciare sul fondo altrui. Uso e servitù irregolari 156
- 2.4 La trascrizione degli obblighi personali 171
- 2.5 Il principio del numero chiuso dei diritti reali sullo sfondo della crisi del modello tradizionale di proprietà 183
- 2.6 Convenzioni di lottizzazione, asservimenti, cessioni di cubatura 207
- 2.7 La vicenda dei diritti reali nella dottrina recente 239

## CAPITOLO TERZO

L'oggetto del diritto di proprietà 251

- 3.1 La nozione di oggetto del diritto di proprietà 251
- 3.2 I limiti all'appropriazione 263
  - 3.2.A) *Res nullius*, caccia e pesca, le energie 263
  - 3.2.B) Lo statuto del corpo umano 268
  - 3.2.C) L'informazione, i programmi per elaboratori 271
  - 3.2.D) Suolo e sottosuolo 277
- 3.3 L'ambiente come bene 290

## CAPITOLO QUARTO

I limiti temporali al diritto di proprietà 301

- 4.1 La proprietà temporanea 301
- 4.2 La multiproprietà 308

## CAPITOLO QUINTO

Il contenuto dei poteri del proprietario 323

- 5.1 Le limitazioni nell'interesse pubblico 323

- 5.2 La disciplina urbanistica ed edilizia 357
- 5.2.A) Nozione e ambito dell'urbanistica 357
- 5.2.B) La facoltà edificatoria 384
- 5.2.C) Autonomia privata e disciplina urbanistica 394
- 5.3 Il potere dei privati di vincolare la destinazione d'uso dei beni 414
- 5.4 La legislazione vincolistica 423
- 5.5 Immissioni e tutela della salute 430

*Tavola delle abbreviazioni dei periodici italiani citati* 446  
448