



Facoltà di Giurisprudenza
Scuola Dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli"
Diritto – Economia - Storia
Sezione - Diritto amministrativo
ciclo XXII

URBANISTICA E GOVERNO DEL TERRITORIO. PUBBLICI POTERI E FENOMENO PEREQUATIVO

TUTOR:

CHIAR.MA PROF.SSA MARIA ALESSANDRA SANDULLI

DOTTORANDA:

SILVIA DE PAOLIS

COORDINATORE:

CHIAR.MO PROF. GIANFRANCO D'ALESSIO

ANNO ACCADEMICO 2010

A Mauro e Isolina

Parole chiave

PIANIFICAZIONE

PEREQUAZIONE URBANISTICA

DIRITTI EDIFICATORI

CONSENSUALITÀ

Sommario

Parole chiave.....	2
Premessa	3
Capitolo I.....	9
La proprietà nel sistema costituzionale.....	9
1. L'art. 42 Cost. e la funzione sociale della proprietà.....	9
2. Il contenuto minimo del diritto di proprietà.....	15
3. Il contenuto minimo del diritto di proprietà alla luce del diritto comunitario e della CEDU.....	24
4. Stato e Regioni nel governo del territorio.....	30
5. Le funzioni amministrative nel governo del territorio.....	37
6. Legittimazione costituzionale del fenomeno perequativo. Cenni preliminari.	39
Capitolo II.....	41
Tecniche perequative e modelli attuativi.....	41
1. L'intrinseca discriminatorietà della pianificazione.....	41
2. Perequazione e compensazione.....	46
3. Modelli attuativi della perequazione urbanistica.....	50
4. Perequazione di comparto e perequazione estesa.....	55
5. Altri modelli attuativi (<i>segue</i>).....	62
6. Esperienze regionali a confronto.....	66
7. L'esperienza romana.....	73
Capitolo III.....	79
Il mercato dei diritti edificatori.....	79
1. Diritti edificatori, nuovi beni?	79
2. Cessione di cubatura e trasferimento di diritti edificatori, natura giuridica. .	85
2.1 Qualificazione giuridica dei trasferimenti di volumetria.....	91
3. La circolazione dei diritti edificatori.....	96
4. Esperienze applicative.....	101
5. Prime conclusioni.....	110
Capitolo IV	112

Il rapporto pubblico-privato nel governo del territorio. Gli accordi nella pianificazione.....	112
1. Pianificazione del territorio, interessi pubblici e interessi privati.	112
2. Pianificare per accordi, dalla fase attuativa alla co-determinazione degli assetti urbanistici.....	115
3. I nuovi problemi dell'urbanistica consensuale.	117
4. Trasferimenti di volumetria e permesso di costruire. Spunti per una nuova ricostruzione in termini pubblicistici e il ruolo degli accordi.	122
5. Soluzioni e prospettive future.	126
Considerazioni conclusive	130
Bibliografia	136

Premessa

Il tema d'indagine investe l'analisi del rapporto tra pubblici poteri e interessi privati nell'attività di *governo del territorio*, in particolare attraverso la pianificazione urbanistica. Il lavoro che si presenta vuole essere un tentativo di ricostruzione in chiave critica del sistema di pianificazione territoriale italiano per mettere in luce, dopo una rapida analisi dell'evoluzione dello stesso, l'importanza di alcuni istituti e le potenzialità che possiedono nel sistema. Di particolare interesse è la perequazione urbanistica, la quale dagli anni '90 ha subito una progressiva espansione in molti Comuni ed ha proposto nuovi e interessanti interrogativi agli operatori giuridici e non. La perequazione urbanistica, come vedremo, ha lo scopo di rendere indifferenti i proprietari di fronte alle scelte di piano compiute dalla p.a. attraverso l'attribuzione di un medesimo indice edificatorio in coerenza con estensione e caratteristiche del fondo, con la possibilità di scorporare tale indice (che esprime una potenzialità volumetrica) dal fondo stesso per farlo "atterrare" su aree a ciò destinate dal Comune in sede di pianificazione generale. Naturalmente le modalità attuative sono molteplici e si tenterà una esposizione quanto più esaustiva sul punto. La prima questione problematica che la perequazione ha posto è la questione della costituzionalità delle tecniche perequative (il plurale è utilizzato poiché non vi è un solo modo di pianificare perequando mentre il termine "tecniche" perequative indica che siamo di fronte a strumenti/mezzi per raggiungere uno scopo preciso). Pianificare attraverso modalità perequative significa – secondo una nota definizione – eliminare l' "intrinseca discriminatorietà" della pianificazione tradizionale così come definita nella legge urbanistica del 1942. L'indifferenza tra i proprietari che si vuole in tal modo realizzare, sarebbe l'effetto di un'equa

distribuzione degli oneri e dei vantaggi tra i proprietari incisi dall'attività pianificatoria e dell'attribuzione di un indice edificatorio proporzionale all'estensione delle singole proprietà, limitato dalla volumetria stabilita dal piano e realizzabile anche in aree diverse rispetto a quella di appartenenza (invero, tale ultima modalità attuativa dipende dal modello seguito). In tal modo si creerebbero zone di decollo dei diritti edificatori (*sending areas*) e zone di atterraggio (*receiving areas*) degli stessi, residuando alla p.a. una quota di territorio comunale da destinare alla realizzazione della c.d. Città pubblica (nella quale si realizzano gli interessi di carattere generale legati al soddisfacimento dei bisogni della collettività - costruzione di scuole mercati etc. -). Di tutta evidenza è la criticità del sistema accennato rispetto all'art. 117 Cost. e al riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni in esso definito. Come noto l'ordinamento civile rientra nella competenza esclusiva statale ma il governo del territorio appartiene alla competenza concorrente delle Regioni. Di fronte a un piano di matrice perequativa che presuppone uno scorporo dello *jus aedificandi* rispetto alla titolarità del suolo non si può dubitare che tale effetto inserisca ad un profilo rientrante nell'ordinamento civile e in quanto tale riservato alla potestà legislativa dello Stato. A ben vedere, come si illustrerà *infra*, non si tratta di scorporo di *jus aedificandi* ma della creazione di una nuova categoria di beni o diritti inerenti allo sfruttamento del suolo. I termini della questione rimangono, peraltro gli stessi, poiché tali nuovi beni o diritti incidono notevolmente sullo statuto della proprietà così come configurata dal nostro legislatore. Tuttavia, quest'ultimo rimane insensibile agli stimoli degli studiosi (da ultimo la proposta dell'AIDU nel convegno annuale svoltosi a Trento nell'ottobre 2010) nonostante anche la Corte costituzionale con la sentenza 121 del 2010 abbia ribadito che la tecnica perequativa pone questioni che attengono all'ordinamento civile. La giurisprudenza amministrativa, invece, sembra sensibile alla necessità di una legge nazionale ma nel dare sempre maggiore rilievo al fenomeno perequativo si limita ad effettuare sui piani sottoposti alla sua attenzione un controllo stringente al fine di evitare che le tecniche perequative nascondano espropriazioni realizzate al di fuori del procedimento espropriativo regolato dalla legge (art. 42 Cost.) come è avvenuto nel caso del p.r.g. di Bassano del Grappa. In proposito ampio spazio è stato dedicato alle vicende legate all'approvazione del p.r.g. di Roma, nel quale è stata prevista

L'attribuzione di una quota di edificabilità aggiuntiva ai proprietari che cedono al Comune parte della proprietà o che versano un contributo straordinario, predeterminato dall'amministrazione. In tal modo il Comune realizza spazi pubblici senza utilizzare le procedure espropriative ma cedendo volumetria aggiuntiva in funzione compensativa ovvero incassando contributi da investire successivamente per la realizzazione degli interessi pubblici sul territorio. I problemi applicativi sopra accennati dipendono dalla circostanza che la perequazione urbanistica non è contenuta in una legge statale e si discute se il principio perequativo possa essere identificato come principio generale che legittima il legislatore regionale ad occuparsene. La legge n. 1150 del 1942, all'art 23, prevede la possibilità di creare comparti edificatori e offre solo una delle possibili attuazioni dei principi perequativi (la perequazione attuativa, di comparto o parziale). L'adozione di comparti edificatori con indice di edificabilità uniforme tra i proprietari è la modalità di attuazione della perequazione urbanistica più aderente alla tecnica dello *zoning* e realizzabile nella fase attuativa del piano. In relazione a tale modello non sorgono problemi di compatibilità col riparto di competenze legislative delineato nella Carta costituzionale. Tuttavia, la realtà ha portato alla luce nuove esperienze, come quella della legge regionale della Calabria o della Lombardia, che utilizzano tecniche differenti in virtù delle quali la perequazione acquista carattere generale ed esteso alla gran parte delle aree di espansione o di trasformazione. Tale perequazione definita *estesa* consentirebbe di riservare ai Comuni quote di edificabilità per la realizzazione delle finalità di interesse generale senza i costi che le procedure espropriative generano per le amministrazioni locali. La perequazione è il riflesso di un cambiamento cui la legge urbanistica sembra non adattarsi pienamente. Per tali motivi da più parti si auspica una nuova legge in materia che recepisca anche le istanze di giustizia distributiva che nella perequazione urbanistica hanno trovato realizzazione e che fugga i dubbi di legittimità costituzionale della normativa regionale più "audace" sul punto. Un secondo interessante profilo affrontato nella tesi riguarda l'analisi delle diverse tecniche perequative e la distinzione dai fenomeni compensativi. Come ricordato, nella legge urbanistica del 1942 non vi è cenno alla perequazione ma solo al comparto edificatorio nell'ambito del quale, durante la fase attuativa del p.r.g., si può generare l'indifferenza tra i proprietari dello stesso

attraverso un gioco di contrattazioni dei diritti edificatori assegnati a ciascuno, la creazione di consorzi tra proprietari e accordi tra gli stessi e il Comune. L'equa ripartizione degli oneri e dei vantaggi avviene nell'ambito della quota di edificabilità riservata dal piano al comparto e non esce dallo stesso, pertanto tale rigidità esogena costringe i proprietari ad addivenire ad un accordo pena la paralisi del piano attuativo. Si parla in proposito di cooperazione necessaria tra proprietari che non sono distinti nelle due categorie: quelli avvantaggiati dal piano e quelli che da questo sono pregiudicati. Il fattore distributivo e di equità è garantito dall'incidenza percentuale delle aree riferibili a ciascuno rispetto alla superficie complessiva e non dal carattere edificatorio delle stesse, attuandosi in tal modo una proporzionalità tra oneri e vantaggi derivanti dalla pianificazione. Una seconda modalità di realizzazione della perequazione è definita estesa o generalizzata, ed è caratterizzata da una smaterializzazione della dotazione volumetrica assegnata ad un fondo sotto forma di diritto edificatorio cedibile anche a titolo oneroso. La realizzazione di tali diritti edificatori deve avvenire sui fondi che il Comune definisce come aree di atterraggio previste dal piano come aree a concentrazione necessaria. Pertanto il piano, nel modello più innovativo, dovrebbe limitarsi a individuare le aree di decollo e di atterraggio lasciando al mercato l'individuazione delle possibili soluzioni. Per evitare sperequazioni i Comuni dovrebbero procedere ad una preventiva *classificazione dei suoli* e all'attribuzione di coefficienti di ponderazione per evitare che aree morfologicamente diverse siano trattate allo stesso modo in spregio al principio di uguaglianza. Come è evidente è tale tecnica di perequazione che crea i maggiori problemi di costituzionalità. Un'altra tipologia di perequazione è quella che alcuni chiamano infrastrutturativa e che consente al Comune di concentrare la trasformazione urbana in determinate aree e di garantirsi, attraverso cessioni, le aree su cui realizzare la cd. Città pubblica; in tale ultimo caso ai privati viene garantita generalmente una maggiore possibilità edificatoria. Al contrario, nella perequazione con volumetria pubblica aggiuntiva il Comune si riserva una frazione di volumetria concentrabile in specifici lotti, volumetria che potrà anche essere ceduta a titolo oneroso o utilizzata a fini sociali come il c.d. *housing sociale*. Di tutta evidenza la differenza tra perequazione e compensazione. Nella perequazione non vi è imposizione di un vincolo ma essa si pone come alternativa allo stesso e poggia sul

presupposto che tutti proprietari trovino preferibile l'adesione alle decisioni sull'assetto territoriale. La compensazione, invece, si pone come un modo per eliminare le conseguenze pregiudizievoli della pianificazione che si manifestano nella necessità per il Comune di acquisire mediante vincolo-ablazione le aree. Nel primo caso si creano diritti edificatori scorporati dal fondo e non più realizzabili sullo stesso, nel secondo caso i c.d. crediti compensativi, con funzione di riequilibrio del patrimonio del proprietario del fondo inciso. In entrambi i casi i proprietari dovrebbero avere la possibilità di trarre vantaggi anche dalla circolazione di tali titoli (il condizionale è scelta obbligata dalla circostanza che solo poche Regioni hanno previsto la libera commerciabilità di tali diritti). Le criticità del sistema accennato, però, consistono nel regime di pubblicità di tali trasferimenti, o meglio, nell'assenza di una disciplina statale sul punto. Solamente con legge statale sarebbe possibile incidere sulle regole di circolazione dei beni o dei diritti per evidenti esigenze di uniformità di trattamento da una Regione all'altra. Nella proposta AIDU di Trento 2010 è contenuta una modifica dell'art. 2643 attraverso l'aggiunta del numero 1.bis "*i contratti che trasferiscono la potenzialità edificatoria delle aree*". Al tema del mercato dei diritti edificatori sarà dedicato un intero capitolo arricchito anche dalle esperienze dei civilisti e dalle esperienze regionali. Punto di partenza per l'esame del fenomeno perequativo è l'analisi delle cause che hanno portato all'emersione di queste nuove tecniche, in particolare le difficoltà economiche dei Comuni nel far fronte ai costi delle procedure espropriative (anche in seguito all'evoluzione della giurisprudenza sull'entità dell'indennità di esproprio, ora pari al valore di mercato del bene), la scarsità della risorsa "territorio" e la necessità di riqualificare le aree urbane. Non minore importanza ha l'affermarsi del principio consensualistico anche nell'attività di pianificazione del territorio. Il diverso rapporto pubblico/privato è ormai acquisizione consolidata (sol che si pensi alla l.n. 241 del 1990, in specie all'art. 11, sugli accordi che dal 2005 possono avere applicazione in via generale) ma nel settore dell'urbanistica acquista una valenza peculiare. Infatti, accanto agli accordi a valle possono annoverarsi i c.d. accordi di co-determinazione, a monte del piano. Questi ultimi sono di notevole importanza pratica e teorica poiché mettono in discussione non solo l'imperatività delle scelte urbanistiche ma anche la potestà discrezionale delle p.a. nonché il principio di legalità. Nonostante il ricorso agli

accordi sia legittimato anche dalla modifica dell'art 1 della legge 241 del 1990 (nel 2005 è stato inserito il comma 1-bis "*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*"), sembra che il principio di consensualità sia divenuto la fonte della legittimazione del potere. Questo nuovo modo di esercitare il potere di pianificazione secondo alcuni trova la propria origine nella legge 179 del 1992 e nella possibilità dei privati di presentare progetti di riqualificazione urbana. In ogni modo, tali progetti devono presentare margini di convenienza economica per i privati, convenienza economica che spesso non trova corrispondenza nelle previsioni di piano. Tale situazione induce le amministrazioni all'approvazione di varianti agli strumenti generali che garantiscono la risoluzione del problema ma non sono dotate della giusta visione prospettica per realizzare gli obiettivi di governo del territorio a medio/lungo termine. Le scelte operate in tal modo dall'amministrazione sono dettate, infatti, non dall'esigenza di perseguire degli obiettivi di carattere pubblico ma dalla necessità di garantire l'equilibrio economico finanziario dell'intervento per il privato promotore. La criticità del sistema degli accordi di pianificazione urbanistica consiste nella mancanza di una forma di trasparenza o pubblicità preventiva, la quale limiterebbe il rischio di *maladministration*. L'art. 13 della legge 241 del 1990 non dovrebbe essere un ostacolo alla predisposizione di nuove forme di partecipazione anche prima della definitiva formazione della volontà dell'amministrazione sulle prescrizioni urbanistiche; si pensi alla possibile partecipazione attraverso udienze pubbliche per valutare i termini dello scambio proposti dal Comune. Da questa breve premessa emerge la necessità che il piano svolga un ruolo centrale di coordinamento della consensualità attraverso l'inserimento degli accordi all'interno delle scelte stesse di piano per restituire autoritatività alla funzione di pianificazione del territorio ed evitare che gli accordi nascondano forme di concussione, corruzione o abuso d'ufficio (P.Urbani).

Capitolo I

La proprietà nel sistema costituzionale

1. L'art. 42 Cost. e la funzione sociale della proprietà.

Il diritto di proprietà rappresenta il classico esempio di diritto soggettivo e nasce nel momento “storico” in cui nell'uomo è nata l'esigenza di uno spazio proprio, escludente il vicino. Questo spazio si concretizzava nei beni che rispecchiavano la personalità e le conquiste quotidiane per la sopravvivenza, in primo luogo nello sfruttamento della terra. L'esclusività che la situazione proprietaria reca con sé (che viene comunemente ricondotta alla valenza *erga omnes* del diritto di proprietà¹), induce a ritenere che anche il diritto di proprietà nasca come regola di rapporti seguendo la tesi della relazionalità ontologica del fenomeno giuridico. Il dato concreto da cui prendere le mosse, per una riflessione sul rapporto tra governo

¹ Per un'approfondita analisi dell'istituto proprietario si rinvia alle pagine di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. VI, *La proprietà*, Milano, 1999, 147 ss.; l'A., inoltre, fornisce una interessante ricostruzione dell'origine della teoria del diritto soggettivo, categoria concettuale ancora valida che indica la “*posizione giuridica di vantaggio a diretta tutela di un interesse del soggetto...il diritto è il mezzo attraverso il quale l'interesse è tutelato, ma la tutela è conferita dalla legge che riconosce e tutela in via immediata le posizioni giuridiche come strumentali alla tutela degli interessi*”, *op.cit.*, 20. Sul diritto di proprietà tra i molteplici contributi, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà privata (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 111; M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, vol. VII, *Proprietà*, tomo I, Torino, 1982; ID., *Proprietà. II) Profili generali - Dir. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in A. CICU e F. MESSINEO (diretto da) e L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. VIII, tomo II, Milano, 1995; A. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino, 1971; S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964; ID., *La proprietà e le proprietà*, Roma, 1951; P. RESCIGNO, *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 254; S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Nov. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 125; ID., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 1252; A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 465; F. SANTORO-PASSARELLI, *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 953.

del territorio ed attività private, è la naturale insistenza sul territorio della maggior parte delle attività antropiche aventi un contenuto economico. Pertanto una trattazione preliminare del diritto di proprietà e dei rapporti col potere pubblico è essenziale ai fini della presente analisi sul rapporto pubblico/privato nel governo del territorio. Tale trattazione preliminare è altrettanto essenziale per comprendere quali sono i problemi giuridici che pone l'attuazione dei principi perequativi nel nostro sistema di pianificazione territoriale.

Il punto di partenza è rappresentato dall'art. 42 Cost. il quale stabilisce le linee direttrici della disciplina del diritto ma non il suo contenuto per il quale la Costituzione rinvia alla legge ordinaria², nonché le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali il cui protocollo addizionale all'art 1 tutela il diritto di proprietà. Il contenuto del diritto è disciplinato nel codice civile vigente, tuttavia, contrariamente a quanto avveniva nel codice civile del 1865 con l'art. 436³, la definizione normativa si appunta sul soggetto titolare del diritto e sul contenuto delle facoltà spettanti ad esso in qualità di proprietario e non sul diritto in sé. A norma dell'art. 832 c.c. il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico. Tale formula, inoltre, si differenzia dalla precedente anche per la diversa intensità con cui è riconosciuta la signoria indeterminata⁴ sui beni oggetto del diritto. Nel codice del 1865 si utilizzava la locuzione “nella maniera più assoluta”, poi sostituita nel 1942 da quella “in modo pieno ed esclusivo”; i limiti venivano indicati nell’ “uso vietato dalla legge o dai regolamenti” mentre nel codice vigente è usata l’espressione “limiti e obblighi

² Per completezza si riporta l'intero testo dell'art. 42 Cost.: “*La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.*

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

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

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità”.

³ “*La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti”.*

⁴ V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol.I, Roma, 1033, 269, come ricordato da S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Nov. dig. it.*, XIV, 1967, Torino, 128; invero tale definizione, coniata negli anni di poco precedenti all’emanazione del codice del 1942, non sembra risentire in alcun modo del diverso clima culturale che avrebbe in seguito portato alla nuova formulazione del contenuto del diritto.

stabiliti dall'ordinamento giuridico". Prima dell'avvento della Costituzione già si avvertiva il mutamento di prospettiva che avrebbe investito il diritto di proprietà solo con la Costituzione del 1948; l'istituto proprietario iniziava a sfuggire al dominio del diritto privato⁵ per essere inquadrato alla luce del pubblico potere⁶. Anche da un punto di vista strettamente terminologico la *pienezza* indica il massimo della disponibilità o dell'intensità ma non induce a pensare ad un concetto illimitato quale invece è il termine *assoluto*, vale a dire la qualità di ciò che non può essere condizionato in alcun modo. Si anticipa il passaggio del diritto di proprietà da diritto inviolabile, attributo della personalità umana, a un diritto riconosciuto dall'ordinamento i cui effetti derivano esclusivamente dalla legge che opera una valutazione di opportunità sull'intensità da accordare alla tutela del proprietario⁷, il quale avverrà con l'avvento della Carta costituzionale. La consapevolezza che il diritto di proprietà non poteva fondarsi esclusivamente sul diritto naturale era presente nell'esperienza costituzionalistica europea anche precedente, come si evince dall'art. 153 della Costituzione di Weimar del 1919⁸, il quale disponendo sulla proprietà inseriva anche il riferimento agli obblighi gravanti sul proprietario, il quale anche nell'uso privato del bene avrebbe dovuto dirigere lo stesso al bene comune. Tale ultima affermazione non sembra discostarsi molto dall'enunciazione della funzione sociale della proprietà contenuta nell'art. 42 Cost., in cui si afferma che la proprietà è riconosciuta e garantita dalla legge che ne determina la disciplina e soprattutto i limiti; invece il rinvio agli obblighi è contenuto, come noto, nell'art. 832 c.c.. Contrariamente a quanto si evince in ordine al rapporto tra il codice del 1942 e la Costituzione del 1948 non può riconoscersi continuità tra la disposizione dell'art.

⁵ L'espressione è di S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., 127.

⁶ S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., 128 e ss., cui si rimanda per l'analisi delle diverse teorie sulla portata innovativa del codice del 1942 rispetto a quello precedente.

⁷ S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., 130; ma anche A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà*, cit., 467.

⁸ "La proprietà è garantita dalla costituzione. Il suo contenuto ed i suoi limiti sono fissati dalla legge. L'espropriazione può avvenire solo se consentita dalla legge e nell'interesse collettivo. Salvo che la legge del Reich non disponga altrimenti, deve essere corrisposto all'espropriato un congruo indennizzo. Le controversie sorte circa l'ammontare del medesimo devono essere sottoposte al giudice ordinario, a meno che la legge del Reich non disponga altrimenti. Le espropriazioni da parte del Reich di beni dei Länder, dei Comuni e delle associazioni di pubblica utilità sono possibili solo dietro indennità.

La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune."; il rilievo è svolto da S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., 127.

42 Cost. e l'art 29 dello Statuto Albertino⁹. In esso veniva affermato, conformemente al codice del 1965, che “tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili”, nonché che “quando l'interesse pubblico legalmente accertato, lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi”. Sul potere espropriativo privata si dirà nei paragrafi seguenti, tuttavia appare evidente che anche sotto tale profilo vi sia una soluzione di continuità tra i due testi. La proprietà veniva considerata come diritto inviolabile dell'uomo secondo una concezione giusnaturalistica dell'istituto che traeva la propria origine nelle affermazioni di principio contenute nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e nella Costituzione francese del 1791 (in esse la proprietà è intesa come diritto inviolabile e sacro, di cui nessuno può essere privato). La stessa previsione di una espropriazione da parte dello Stato ha carattere eccezionale ed è legata alla presenza di un interesse pubblico legalmente accertato, di una necessità pubblica che nella Costituzione del 1948 è sostituita con la locuzione “motivi di interesse generale”, nei casi previsti dalla legge.

In conclusione a questa breve premessa, e prima di approfondire il dibattito sulla funzione sociale e sui limiti alla proprietà, si nota come una volta superata la concezione individualistica della proprietà si rimette alla legge, con una sua valutazione di opportunità, la garanzia del diritto e nello stesso tempo i casi e i modi di compressione dello stesso¹⁰. Non appare significativa la circostanza che il diritto di proprietà è inteso come diritto fondamentale per il diritto comunitario poiché tale affermazione non comporta l'effetto di recuperare quel carattere dell'invulnerabilità ormai perduto. La conseguenza di tale impostazione sarà comunque la possibilità di ricavare la nozione del nucleo essenziale (o contenuto minimo) della proprietà anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia o della CEDU¹¹. Si ricorda, inoltre, che

⁹ Su tale aspetto si rimanda anche al contributo di G. PAGLIARI, *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 4, 579.

¹⁰ Meritano di essere ricordate le considerazioni di F.SALVIA, *Vincoli urbanistici e uso della proprietà*, in M.A. SANDULLI, M.R. SPASIANO, P. STELLA RICHTER (a cura di), *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 25, il quale evidenzia come la Costituzione del 1948, non ispirata ad una concezione sacrale della proprietà abbia impresso alla stessa un nuovo spessore e abbia favorito la tutela di interessi proprietari che nel sistema precedente venivano disconosciuti in virtù della “onnipotenza del legislatore”.

¹¹ In tal senso e con sintetica ma efficace analisi v. P.URBANI, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, relazione presentata al XI Convegno nazionale AIDU, Verona, 2008.

l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha posto anche per il giudice amministrativo¹² la questione della diretta applicabilità della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo) e della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (il cui protocollo addizionale all'art 1 tutela il diritto di proprietà)¹³. Secondo l'applicazione che alcuni giudici amministrativi hanno fin'ora svolto delle disposizioni del Trattato di Lisbona la CEDU sarebbe immediatamente applicabile nell'ordinamento interno con tutte le conseguenze sulla nozione di contenuto minimo di proprietà che ne derivano¹⁴.

Passando all'esame della funzione sociale della proprietà si vuole dimostrare, con le brevi osservazioni che seguono, che definire il concetto di funzione sociale è indissolubilmente legato alla definizione del potere conformativo della proprietà attribuito alla legge (e alla potestà pianificatoria dell'amministrazione). Pertanto sono

¹² Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2010 n. 1220, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 18 maggio 2010 n. 11984, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 4, 1259; Si ricordano le disposizioni del Trattato UE (versione consolidata), art. 6: “1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.”; Carta di Nizza, art. 17: “1. Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale.”; Prot. add. CEDU, art. 1: “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”.

¹³ Sul tema v. i commenti di A.CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*(in margine alla sentenza n.1220/2010 del Consiglio di Stato);R.SEStINI, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* (in margine alla nota del Prof. Alfonso Celotto sulla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato); F.MANGANARO, *L'indennità di espropriazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, rielaborazione della relazione dal titolo *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà (il diritto dell'espropriazione)*, presentata al secondo incontro italo-francese di Diritto amministrativo, svoltosi a Parigi il 12 ottobre 2007, modificata dopo l'emanazione delle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, tutti in *www.giustamm.it*.

¹⁴ Sul punto si rimanda al prosieguo della trattazione, si nota fin da ora che in realtà l'Unione non ha ancora aderito alla CEDU.

costituzionalmente legittime tutte le limitazioni normative del potere di godimento e di disposizione del proprietario che assicurino la predetta funzione sociale senza trasformare il diritto in un dovere, svuotando totalmente il contenuto essenziale del diritto¹⁵. In tal senso è indispensabile anche l'analisi di tale contenuto essenziale, fondamentale punto di partenza per lo studio del rapporto tra pubblico e privato nel governo del territorio ed in particolare nell'attività di pianificazione territoriale¹⁶. Per attenersi all'oggetto dell'indagine del presente paragrafo, la funzione sociale¹⁷ può essere definita come un elemento interno alla nozione della proprietà così come garantita dalla Costituzione e consistente nel raggiungimento del massimo benessere spirituale e materiale della collettività, considerato nel quadro solidaristico indicato dall'art. 2 Cost., conseguibile attraverso il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese (art. 3 Cost.)¹⁸. In altri termini la funzione sociale indica la direzione verso una utilità collettiva ed economica cui si accompagni lo stabilirsi di equi rapporti sociali¹⁹. Seppur con i limiti di spazio imposti da una trattazione che trova il suo punto centrale nell'analisi del rapporto tra pubblico e privato nel governo del territorio e nei nuovi piani perequativi in questa sede non ci si può accontentare

¹⁵ Argomento tratto da V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà privata (disciplina amministrativa)*, cit., 113. In proposito v. Corte cost., 28 luglio 1983 n. 252, in *Foro it.*, 1983, I, 2628 in cui si sottolinea che (nel dichiarare la infondatezza della q.l.c. degli artt. 1, 3, 58 e 65 l. 27 luglio 1978 n. 392) “La norma suddetta non ha, come pure si è sostenuto da una parte della dottrina, trasformato la proprietà privata in una funzione pubblica. (...) La Costituzione dunque ha chiaramente continuato a considerare la proprietà privata come un diritto soggettivo, ma ha affidato al legislatore ordinario il compito di introdurre, a seguito delle opportune valutazioni e dei necessari bilanciamenti dei diversi interessi, quei limiti che ne assicurano la funzione sociale.

Indubbiamente detta funzione, con il solenne riconoscimento avuto dalla Carta fondamentale, non può più essere considerata, come per il passato, quale mera sintesi dei limiti già esistenti nell'ordinamento positivo in base a singole disposizioni; essa rappresenta, invece, l'indirizzo generale a cui dovrà ispirarsi la futura legislazione. Ma - ripetesi - l'attuazione dell'indirizzo suddetto è riservata, per il testuale disposto costituzionale, al legislatore ordinario, il quale dovrà provvedervi secondo il criterio indicato dal Costituente”.

¹⁶ S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., 136, sottolinea come lo studio della funzione sociale della proprietà sia indispensabile per delineare correttamente l'estensione della garanzia costituzionale del diritto anche alla luce della pretesa sussistenza di un contenuto essenziale dello stesso.

¹⁷ Per il cui studio si rimanda alla bibliografia segnalata nella nota 2.

¹⁸ In tal senso v. A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà*, cit., 475. In proposito si richiama una breve considerazione di G. ABBAMONTE, *Riserva di legge, pianificazione territoriale e tutela della proprietà*, in M.A. SANDULLI, M.R. SPASIANO, P. STELLA RICHTER (a cura di), *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 53; l'A. in riferimento all'art. 3 Cost., nota come “proprietà e persona s'integrano e si pongono come seria limitazione al potere di disposizione dell'autorità”.

¹⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., 138, il quale tuttavia sottolinea come l'elasticità e la generalità della locuzione non siano state oggetto di pronunce della Corte costituzionale, la quale ha evitato di impegnarsi in una definizione puntuale della funzione sociale.

di tale seppur autorevole definizione, poiché se il termine “sociale” della locuzione esaminata non pone particolari problemi ermeneutici, maggiori e più complessi sono quelli imposti dall’uso del termine funzione e non finalità. Se il costituente avesse usato semplicemente il termine finalità sociale, fini sociali, scopi di interesse collettivo avrebbe dato a tali locuzioni un significato ben più ristretto di quello che invece è attribuibile alla parola “funzione”. Questa si inserisce nella struttura stessa del diritto ed incide sulla libera determinazione dei poteri del proprietario, il quale dovrà e potrà esercitarli per soddisfare anche le più generali esigenze della società. La funzionalizzazione si esprime in una triplice direzione: mancata attribuzione di facoltà; limiti e condizioni per l’esercizio di quelle attribuite; obblighi di esercizio di determinate facoltà²⁰. Se è vero che la funzione sociale della proprietà incide sul contenuto del diritto può concludersi questa breve disamina osservando che la limitazione delle facoltà spettanti al proprietario di godere e disporre della cosa oggetto del suo diritto nelle quali si concretizza la conformazione della proprietà ad opera della legge e dell’attività amministrativa di governo del territorio non è altro che l’espressione della funzionalizzazione della proprietà consentita (ed imposta) dalla Costituzione²¹. Ci si deve ora chiedere se tale funzionalizzazione incorra in limiti oltre i quali la conformazione diventa ablazione e totale svuotamento del diritto²².

2. Il contenuto minimo del diritto di proprietà.

A dimostrazione del nesso inscindibile tra funzione sociale e contenuto minimo del diritto di proprietà è utile riportare un brano della pronuncia della Corte costituzionale, 29 maggio 1968 n. 55²³: “*Secondo i concetti, sempre più*

²⁰ V. S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., 138. A dimostrazione della asserita continuità tra la proprietà nel codice civile del 1942 e nella Costituzione del 1948, sta il fatto che gli obblighi imposti dalla funzione sociale del diritto trovano esplicito richiamo nell’art. 832 c.c. e non nella Costituzione, la quale si riferisce genericamente ai limiti imposti alla proprietà.

²¹ Spunto tratto da M.R. SAN GIORGIO, in F. CINTIOLI e M.R. SAN GIORGIO, *Proprietà e Costituzione. principi giurisprudenziali*, Milano, 2002, 5.

²² Vale a dire si rientri nelle diverse ipotesi di espropriazione.

²³ In *Riv. giur. edil.*, 1968, I, 777. Sulla sentenza citata ma anche sulle altre pronunce che alla fine degli anni ’60 hanno delineato i confini dei limiti alla proprietà privata ammessi dalla Carta costituzionale v. A.M. SANDULLI, *I limiti alla proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in

progredienti, di solidarietà sociale, resta escluso che il diritto di proprietà possa venire inteso come dominio assoluto ed illimitato sui beni propri, dovendosi invece ritenerlo caratterizzato dall'attitudine di essere sottoposto nel suo contenuto, ad un regime che la Costituzione lascia al legislatore di determinare. Nel determinare tale regime, il legislatore può persino escludere la proprietà privata di certe categorie di beni, come pure può imporre, sempre per categorie di beni, talune limitazioni in via generale, ovvero autorizzare imposizioni a titolo particolare, con diversa gradazione e più o meno accentuata restrizione delle facoltà di godimento e di disposizione. Ma tali imposizioni a titolo particolare non possono mai eccedere, senza indennizzo, quella portata, al di là della quale il sacrificio imposto venga a incidere sul bene, oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale, quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico. Al di là di tale confine, essa assume carattere espropriativo". L'individuazione di un contenuto minimo del diritto, incomprimibile se non attraverso la procedura espropriativa e le sue garanzie, sembra la naturale conseguenza di tale impostazione. Tale contenuto minimo si pone come limite alla stessa funzionalizzazione della proprietà e consiste, secondo autorevole dottrina, nell'appartenenza di un bene e nella correlativa possibilità di utilizzazione dello stesso²⁴ per trarne un'apprezzabile utilità²⁵. La Costituzione, dunque, nell'enunciare che la proprietà è riconosciuta e garantita dalla legge consente di ritenere che nel suo nucleo essenziale questa sia garantita dalla stessa Carta fondamentale, poiché negare che sia la Costituzione a garantire il diritto di proprietà solamente perché si rimette al legislatore la determinazione del regime della stessa (modi di acquisto e di godimento, nonché i limiti), sarebbe come negare che sia costituzionalmente garantito il diritto di sciopero solo perché l'art. 40 Cost. dispone che il suo esercizio

Giur. cost., 1971, 962. In tema si veda M.A. SANDULLI, *Trent'anni dopo: l'impatto delle sentenze della corte costituzionale n. 55 e 56 del 1968 sull'evoluzione successiva dell'ordinamento giuridico e dell'urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 1998, 6, II, 255.

²⁴ In tali termini A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà*, cit., 470.

²⁵ Tale ultima finalità è ad avviso di chi scrive desumibile dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in merito all'entità dell'indennità di esproprio, su cui da ultimo si rinvia alle sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007. Il serio ristoro imposto dalla Costituzione – v. Corte cost., 30 gennaio 1980 n. 5, in *Riv. giur. edil.*, 1980, I, 17 - a fronte della limitazione del diritto induce l'interprete a pensare che debba essere rapportata all'apprezzabile utilità che dal bene il proprietario avrebbe tratto in assenza del vincolo a contenuto espropriativo; vale a dire, se la legge (o meglio l'amministrazione in virtù dei poteri conferiti dalla legge) esclude la realizzazione di un'apprezzabile utilità è necessario il serio ristoro di tale privazione.

si svolga nell'ambito delle leggi regolatrici dello stesso²⁶. Altri considera che il riconoscimento della proprietà nella Costituzione non può risolversi in un dato puramente formale²⁷ ed arriva ad individuare uno “zoccolo duro” della proprietà oltre il quale le leggi di conformazione della proprietà non possono spingersi nemmeno in virtù della funzionalizzazione del diritto al bene collettivo²⁸. Sul punto già la pronuncia della Corte costituzionale del 19 gennaio 1966 n. 6 aveva affermato che “*la determinazione dei modi di acquisto e di godimento e dei limiti, volta, come deve essere, a regolare l'istituto della proprietà privata, a stabilirne, cioè, la configurazione nell'ordinamento positivo, non può violare la garanzia accordata dalla Costituzione al diritto di proprietà, sopprimendo l'istituto della proprietà privata o negando ovvero comprimendo singoli diritti senza indennizzo. La logica del sistema impone di considerare che la violazione della garanzia si avrebbe non soltanto nei casi in cui fosse posta in essere una traslazione totale o parziale del diritto, ma anche nei casi in cui, pur restando intatta la titolarità, il diritto di proprietà venisse annullato o menomato senza indennizzo*”. Pertanto si configura una ipotesi di espropriazione disciplinata e garantita dall'art. 42 Cost. comma 3 non solo quando vi sia una ablazione totale o parziale del diritto ma anche quando le servitù e i limiti imposti siano tali da svuotare il diritto oltre il suo contenuto essenziale, incidendo sul godimento del bene tanto profondamente da renderlo inutilizzabile in rapporto alla destinazione inerente alla natura del bene stesso o determinando il venir meno, o una penetrante incisione, del suo valore di scambio²⁹. La sussistenza di un contenuto minimo del diritto di proprietà sarebbe ricavabile anche dall'analisi della disciplina urbanistica nel momento in cui è riconosciuta al proprietario una possibilità di trasformazione minima del bene³⁰. In particolare l'art. 41-*quinquies*

²⁶ V. A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà*, cit., 471.

²⁷ L.PALADIN, *Gli odierni problemi della proprietà fondiaria nella prospettiva costituzionale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988; v. anche G.F.FERRARI e R.FERRARA, *Sub art. 42*, in *Commentario breve alle leggi in materia di Urbanistica ed Edilizia*, Padova, 2010, 15.

²⁸ P.URBANI, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà*, cit.

²⁹ Tale impostazione è stata più di recente ripresa anche da Corte cost., 20 maggio 1999 n. 179, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2597, con una nota di P.STELLA RICHTER e in *Riv. giur. edil.*, 1999, I, 635,1181 con una nota di G.D'ANGELO. Sul punto v. in particolare le riflessioni di A.M. SANDULLI, *Limiti della proprietà privata*, cit., 964 e ID., *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 826, in cui si fa riferimento a ciò che la coscienza sociale considera connaturale all'essenza del diritto., l'A. usa il termine “diminuzione patrimoniale *contra naturam juris*”, la quale impone un sacrificio a carattere espropriativo e quindi indennizzabile.

³⁰ P.URBANI, *La riforma regionale del p.r.g.: un primo bilancio. Efficacia, contenuto ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità nel provvedere e garanzia del contenuto*

della legge urbanistica del 1942, introdotto dalla legge n. 765 del 1967, modificato dalla legge n. 10 del 1977 (art. 4), ora in parte abrogato dal d.p.r. n. 380 del 2001 (T.U. Edilizia) stabiliva particolari limiti alla edificazione a scopo residenziale in assenza di pianificazione urbanistica mantenendo comunque la possibilità di una edificabilità minima e di interventi di manutenzione e conservazione degli immobili. L'art. 9 del T.U. Edilizia dispone inoltre che nelle aree nelle quali non siano stati approvati gli strumenti urbanistici attuativi, oltre agli interventi di manutenzione, risanamento e restauro conservativo, sono consentiti gli interventi di ristrutturazione che riguardino singole unità immobiliari o parti di esse. Evidente, dunque, che al proprietario residuino facoltà inerenti al diritto di proprietà anche in assenza di qualunque attività di pianificazione, il che esprime l'imprescindibilità dal concetto di contenuto minimo della proprietà. Tale conseguenza deriva anche dall'interpretazione che alcuni fanno dell'art. 13 legge n. 10 del 1977³¹, nel momento in cui consente fino all'approvazione dei piani pluriennali di attuazione che la concessione edilizia sia rilasciata dai Comuni solo su aree dotate di opere di urbanizzazione o per le quali esiste un impegno a realizzarle dei concessionari. Pertanto, non solo in applicazione delle misure di salvaguardia in assenza di pianificazione generale, ma anche in caso di rinvio ai piani di dettaglio o in attesa dei piani pluriennali viene sempre assicurato l'esercizio di un minimo di facoltà consistenti nel godimento e sfruttamento del bene, tale da non vanificare (nullificare) la titolarità del diritto di proprietà. La Corte costituzionale ha stabilito i criteri per potersi individuare i casi di limitazioni a carattere espropriativo³² tali da incidere sul contenuto minimo del diritto. In primo luogo non si ha espropriazione quando i limiti imposti si riferiscano ad intere categorie di beni sottoponendo in tal modo tutti i beni della medesima categoria ad un particolare regime di appartenenza. Il criterio della ragionevolezza, come corollario del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., trova attuazione nell'affermazione del carattere non espropriativo di quelle

minimo della proprietà, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 4, 471, spec. 480. Gli argomenti che seguono nel testo sono tratti dall'A. il quale offre interessanti spunti per una diversa ricostruzione del contenuto minimo della proprietà.

³¹ Sul punto v. P.URBANI, *La riforma regionale del p.r.g.: un primo bilancio*, cit. 482.

³² Per una definizione di limitazioni e vincoli (limitazioni del diritto di proprietà che designano una restrizione di carattere impeditivo in funzione conservativa di situazioni di fatto o di diritto, imposta autoritativamente alla sfera di godimento o di disposizione di un bene), v. A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, cit., 811 ss.

limitazioni che coinvolgono categorie di beni assoggettate ad un particolare regime proprietario in virtù delle loro caratteristiche intrinseche, della loro natura identificabile a priori³³. I limiti di carattere non generale, invece, sono soggetti all'obbligo di indennizzo qualora la loro durata sia a tempo indeterminato, il limite temporale pertanto è il *discrimen* tra limitazioni indennizzabili e non in caso di disposizioni "a titolo particolare". Pertanto, le limitazioni della proprietà sono dotate di carattere espropriativo quando producono un *vulnus* al contenuto del diritto che supera la normale tollerabilità secondo quando l'ordinamento riconosce in un determinato periodo storico. Tale ultima affermazione induce a pensare che il giudice sia chiamato ad interpretare il comune sentire in materia di proprietà nella valutazione del carattere espropriativo o meramente conformativo dei vincoli apposti sul bene³⁴. In applicazione dei criteri segnalati possono richiamarsi due casi in cui giudici della Corte costituzionale hanno compiuto una valutazione specifica del contenuto essenziale della proprietà. La prima vicenda, anche in ordine cronologico, è legata alla questione di legittimità costituzionale della disciplina della (allora) concessione edilizia che prevede la corresponsione degli oneri di urbanizzazione al Comune; anche sulla base della affermata inerenza dello *jus aedificandi* al diritto di proprietà³⁵ tali oneri vennero ritenuti legittimi in virtù dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale, sempre che non venisse superata la soglia della ragionevolezza. A tale conclusione si pervenne richiamando la necessaria inerenza dello *jus aedificandi* al diritto di proprietà desumibile anche dalla trasferibilità della concessione³⁶. L'altra vicenda riguarda la questione di legittimità costituzionale del divieto di effettuare interventi di manutenzione dei beni inseriti in un'area sottoposta a tutela ambientale³⁷, tale divieto contrasterebbe con la tutela che la Costituzione garantisce al contenuto minimo del diritto di proprietà, pertanto è stato dichiarato

³³ A.M. SANDULLI, *Limiti della proprietà privata*, cit., 967 e 968.

³⁴ L'affermazione si ispira alle considerazioni di V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà privata (disciplina amministrativa)*, cit., 114. In effetti anche solo una veloce rassegna della giurisprudenza amministrativa in tema di vincoli a carattere espropriativo e conformativo lascia pensare che la soluzione, pur nell'ambito nelle linee guida delineate dalla Consulta, sia legata alla situazione specifica sottoposta al vaglio dei giudici.

³⁵ Tale affermazione è avvenuta all'indomani della l.n. 10 del 1977, con la pronuncia della Corte costituzionale del 30 gennaio 1980 n. 5, in *Riv. giur. edil.*, 1980, I, 17. Dell'inerenza dello *jus aedificandi* al diritto di proprietà si parlerà più approfonditamente in seguito nel capitolo dedicato alla perequazione che dovrebbe comportare uno scorporo di tale facoltà dal fondo oggetto del diritto.

³⁶ Corte cost., 15 aprile 1983 n. 127, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, 451.

³⁷ Corte cost., 29 dicembre 1995 n. 529, in *Foro it.*, 1996, I, 1952.

inammissibile un intervento legislativo che, impedendo la conservazione del bene (costruzione regolarmente assentita), ne determini la progressiva distruzione.

In conclusione si possono definire le linee di orientamento tracciate dalla giurisprudenza costituzionale per individuare in quali casi vi sia esercizio della potestà conformativa ai sensi dell'art. 42 comma 2, Cost., ovvero le limitazioni del diritto di proprietà siano di carattere espropriativo. Rientrano in ipotesi di tipo conformativo quelle in cui il legislatore stabilisce che vi sono determinate categorie di beni che godono di un regime particolare e differenziato di proprietà privata, nel rispetto del principio di ragionevolezza tale differenziazione non pone problemi di compatibilità col dettato costituzionale e per i motivi sopra accennati non sono considerate ipotesi di espropriazione. Nell'ambito di una legislazione sufficientemente specifica spetta, poi, all'amministrazione delineare concretamente il regime dei singoli beni. Su tale carattere, la sufficiente specificazione della legge, si tornerà in seguito per valutare se mutato il quadro politico e sociale sia ancora possibile ritenere il nostro sistema urbanistico coperto dalla riserva di cui all'art. 42 comma 2, Cost.³⁸ in particolare per ciò che attiene all'attuazione dei modelli di pianificazione perequativa. La giurisprudenza, anche quella amministrativa più recente³⁹, è costante nell'adottare la tecnica della sussunzione della fattispecie concreta esaminata ai principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza del 20 maggio 1999 n. 179⁴⁰; in quest'ultima pronuncia si definiscono espropriativi i vincoli che producono uno svuotamento di rilevante entità e incisività del contenuto della proprietà e che in quanto tali obbligano alla corresponsione di un indennizzo⁴¹.

³⁸ Il criterio è individuato da A.M. SANDULLI, *Limiti della proprietà privata*, cit., 962 e ss.

³⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2010 n. 8531; Id., Sez. IV, 13 luglio 2010 n. 4542; TAR Toscana, Sez. I, 6 luglio 2010 n. 2307; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 10 giugno 2010 n. 1772; Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2010 n. 1982; TAR Puglia, Bari, Sez. III, 26 febbraio 2009 n. 403, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ Cit.

⁴¹ La sentenza così afferma: “vincoli che: - siano preordinati all'espropriazione, ovvero abbiano carattere sostanzialmente espropriativo, nel senso di comportare come effetto pratico uno svuotamento, di rilevante entità ed incisività, del contenuto della proprietà stessa, mediante imposizione, immediatamente operativa, di vincoli a titolo particolare su beni determinati (sentenza n. 6 del 1966, sviluppata nella successiva n. 55 del 1968, e, tra le più recenti, le sentenze n. 344 del 1995; n. 379 del 1994; n. 186 e n. 185 del 1993; n. 141 del 1992), comportanti inedificabilità assoluta, qualora non siano stati discrezionalmente delimitati nel tempo dal legislatore dello Stato o delle Regioni (v., con riferimento alle Regioni a statuto speciale, sentenza n. 344 del 1995; n. 82 del 1982; n. 1164 del 1988); - superino la durata che dal legislatore sia stata determinata come limite, non irragionevole e non arbitrario, alla sopportabilità del vincolo urbanistico da parte del singolo

Conformativi sono quei vincoli che limitano la facoltà di godimento del bene da parte del titolare del diritto ma lasciano la possibilità di realizzare anche al privato le previsioni dello strumento urbanistico generale⁴². Esempi di questa ultima fattispecie sono individuati nella giurisprudenza (amministrativa e costituzionale) nei vincoli paesistici o storico artistici, ma anche in alcune destinazioni funzionali inserite nei p.r.g. come la destinazione a verde pubblico⁴³. Si rammenta, tuttavia, che gli approdi giurisprudenziali sono legati alle valutazioni operate caso per caso dei giudici, i quali seguono pacificamente le linee guida indicate dalla giurisprudenza costituzionale sia nella appena citata sentenza n. 179 del 1999 che nelle sentenze più risalenti ma non meno rilevanti della seconda metà degli anni '60, segnalate *supra*. Altre ipotesi di incerta qualificazione sembrano essere le espropriazioni anomale o di valore⁴⁴, le

soggetto titolare del bene determinato colpito dal vincolo, ove non intervenga l'espropriazione (sentenza n. 186 del 1993), ovvero non si inizi la procedura attuativa (preordinata all'esproprio) attraverso l'approvazione di piani particolareggiati o di esecuzione, aventi a loro volta termini massimi di attuazione fissati dalla legge; - superino sotto un profilo quantitativo ("per la maggiore o minore incidenza che il sacrificio imposto ha sul contenuto del diritto": sentenza n. 6 del 1966) la normale tollerabilità secondo una concezione della proprietà, che resta regolata dalla legge per i modi di godimento ed i limiti preordinati alla funzione sociale (art. 42, comma 2, della Costituzione)".

⁴² *"sono al di fuori dello schema ablatorio-espropriativo con le connesse garanzie costituzionali (e quindi non necessariamente con l'alternativa di indennizzo o di durata predefinita) i vincoli che importano una destinazione (anche di contenuto specifico) realizzabile ad iniziativa privata o promiscua pubblico-privata, che non comportino necessariamente espropriazione o interventi ad esclusiva iniziativa pubblica e quindi siano attuabili anche dal soggetto privato e senza necessità di previa ablazione del bene. Ciò può essere il risultato di una scelta di politica programmatica tutte le volte che gli obiettivi di interesse generale, di dotare il territorio di attrezzature e servizi, siano ritenuti realizzabili (e come tali specificatamente compresi nelle previsioni pianificatorie) anche attraverso l'iniziativa economica privata - pur se accompagnati da strumenti di convenzionamento. Si fa riferimento, ad esempio, ai parcheggi, impianti sportivi, mercati e complessi per la distribuzione commerciale, edifici per iniziative di cura e sanitarie o per altre utilizzazioni quali zone artigianali o industriali o residenziali; in breve, a tutte quelle iniziative suscettibili di operare in libero regime di economia di mercato".*

⁴³ Sulla cui natura conformativa v. *ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2010 n. 8531; TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 28 gennaio 2008 n. 627; Cons. Stato, Sez. IV, 12 maggio 2008 n. 2159; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 13 giugno 2007 n. 6104; Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2006 n. 5954, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴ Sul tema si rimanda, tra gli altri, ai contributi di G. SANTANIELLO, *Espropriazione per pubblica: d) forme anomale*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, 899 e ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà privata (disciplina amministrativa)* voce, cit., 111; G. CUGURRA, *Contributo allo studio delle cd. espropriazioni anomale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 577; A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione dei vincoli paesistici*, in *Atti del convegno di studi giuridici per la tutela del paesaggio*, Milano, 1963; G.D'ANGELO, *Limitazioni autoritative delle facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Napoli, 1963; ma anche le note a Corte cost., n. 179 del 1999 di S. BELLOMIA e G. D'ANGELO, in *Riv. giur. edil.*, 1999 rispettivamente 636 e 1181, di S. BENINI, in *Cons. St.*, 1989, II, 735 nonché di P.STELLA RICHTER, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2597; G.BOBBI, *Vincoli conformativi e vincoli espropriativi: una tradizionale dicotomia ancora significativa nella pianificazione del territorio*, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 2, 700; S.ANTONIAZZI, *Le conseguenze della reiterazione di vincoli espropriativi e di inedificabilità, secondo la più recente giurisprudenza amministrativa: gli obblighi di motivazione e di indennizzo nonché di nuova pianificazione dell'area priva di destinazione*

quali consistono nel mantenimento della *res* nella disponibilità del titolare del diritto tuttavia imponendo allo stesso delle limitazioni (*ab externo*⁴⁵) consistenti alle facoltà di utilizzazione del bene. Tali ipotesi vengono di regola ritenute non indennizzabili anche se non manca chi sottolinea comunque che, salvo i casi in cui l'avocazione a titolo particolare di certi beni avvenga per ragioni punitive (confisca) o per ragioni organizzatorie, ovvero inerisca al regime dell'intera categoria di beni di cui trattasi, i pubblici poteri non possono privare a titolo particolare i privati dei loro beni o diritti su di esso senza un previo indennizzo⁴⁶. Si ricorda inoltre che le limitazioni legali della proprietà possono derivare direttamente dalla legge, con una previsione che in quanto dotata di generalità ed astrattezza è diretta a disciplinare categorie specifiche di beni, come ad esempio le fasce di rispetto stradale o cimiteriale⁴⁷; ovvero possono derivare anche dall'attività provvedimentale della p.a. cui la legge espressamente demanda tale compito nei limiti da essa fissati. In tale ultima evenienza non manca chi sottolinea come, soprattutto il potere pianificatorio dell'amministrazione, sia svincolato da precise limitazioni legislative delle quali invece si sente una insopprimibile esigenza. Pertanto ad opera della legislazione statale o regionale – secondo il riparto costituzionale delle competenze legislative – dovrebbero essere

urbanistica, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 6, 1975; G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, spec. 206 e ss; N.CENTOFANTI, *L'espropriazione per p.u.*, Milano, 2009.

⁴⁵ Al contrario la conformazione delimita il contenuto del diritto dall'interno. Sul punto si rimanda alle considerazioni di G. PAGLIARI, *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia*, cit., 585, in cui l'A. (richiamando autorevole dottrina al riguardo) definisce "limitazione" il riconoscimento come intrinseco e connaturato al diritto di un *quid* che viene paralizzato dalla limitazione stessa; al contrario "conformazione" sta ad indicare che un diritto prende forma e consistenza nel momento in cui viene definito dalla norma, che crea il diritto così come è. In proposito si nota come P.URBANI, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà*, cit., proponga una classificazione del tutto originale delle prescrizioni conformative della proprietà, in particolare, l'A. individua la categoria dei vincoli misti ad iniziativa pubblica o privata, il cui esempio è presente nella l.r. Lombardia n. 12 del 2005, art. 9, comma 13, "Non configurano vincoli espropriativi e non sono soggette a decadenza le previsioni del piano dei servizi che demandino al proprietario dell'area la diretta realizzazione di attrezzature e servizi, ovvero ne contemplino la facoltà in alternativa all'intervento della pubblica amministrazione". Tuttavia, lo stesso A. non dispensa un giudizio positivo su tale fattispecie poiché, nonostante sia legittimamente desumibile dai principi enunciati dalla pronuncia della Corte cost. n. 179 del 1999 più volte richiamata, l'uso indiscriminato di tale tecnica pianificatoria comporta un rilevante pregiudizio per i proprietari, in quanto collocabile al limite della incisione del contenuto minimo del diritto. Piuttosto, avverte, sarebbe una soluzione migliore il ricorso alle tecniche perequative, per l'analisi delle quali si rinvia al capitolo successivo.

⁴⁶ Così si esprime A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 826, il quale non si riferisce espressamente alle espropriazioni anomale ma dalle considerazioni svolte in tale sede possono trarsi alcuni argomenti per dubitare della netta affermazione della non indennizzabilità delle espropriazioni di tal genere, almeno quando la limitazione sia "a titolo particolare". Sul punto v. anche R.GAROFOLI e G. MELE, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008, 921.

⁴⁷ Definite anche come servitù pubbliche, cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà privata (disciplina amministrativa)* voce, cit., 115.

posti quei limiti che gli strumenti urbanistici (adottati dai Comuni) devono osservare e dei criteri cui attenersi per stabilire le destinazioni d'uso del territorio, ovvero il contenuto conformato delle singole proprietà⁴⁸. Da quanto fin qui ricordato si concorda con chi ha rilevato come la Corte costituzionale nell'individuare il contenuto minimo della proprietà abbia operato soltanto in senso indeterminato e negativo⁴⁹. Indeterminato poiché l'enunciazione di un nucleo incompressibile del diritto consistente in una limitata edificabilità è affermazione la cui genericità è evidente. Negativo poiché la nozione di contenuto minimo è utilizzata per individuare i casi in cui lo stesso venga violato (espropriazione senza indennizzo) e non viene positivamente individuata per creare una sostanziale indifferenza della proprietà nei confronti degli atti di pianificazione. Tale indifferenza è alla base della perequazione urbanistica, la ragione primaria dell'emergere a partire dagli anni '90 di strumenti e tecniche di pianificazione tendenti ad eliminare l'intrinseca discriminatorietà della pianificazione territoriale. Il modello perequativo, come si vedrà più avanti, infatti, presuppone che tale indifferenza venga realizzata attraverso l'attribuzione di un medesimo indice di edificabilità indipendentemente dalla destinazione attribuita all'area di proprietà. A parere di chi scrive tale medesima potenzialità edificatoria ben potrebbe essere considerata una concretizzazione del contenuto minimo di cui trattasi⁵⁰.

⁴⁸ Di qui l'esigenza altrettanto insopprimibile di una nuova legge urbanistica. In tal senso v. P.STELLA RICHTER, *Il difficile rapporto tra urbanistica e diritto di proprietà*, relazione al Convegno AIDU, *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006. Meno recentemente tali considerazioni sono state svolte da A.M. SANDULLI, *I limiti alla proprietà privata*, cit., spec. 969, a dimostrazione che purtroppo non sono bastati trent'anni al legislatore per porre rimedio alle criticità del sistema urbanistico nazionale.

⁴⁹ P.STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, 81.

⁵⁰ Sugli sviluppi di tale impostazione si rinvia a quanto si dirà in seguito. Giova solo ricordare che l'elasticità insita in tale approccio verso il contenuto minimo, che sarebbe liberamente regolabile da parte del legislatore – ordinario o regionale si vedrà più avanti – comporterebbe la possibilità di graduare i costi e i benefici della pianificazione in modo da giungere ad una perequazione dei proprietari. Il ragionamento è ispirato alle considerazioni di P.STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, cit., 82.

3. Il contenuto minimo del diritto di proprietà alla luce del diritto comunitario e della CEDU.

Alla luce dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁵¹ e del diverso valore assunto dalla Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo) e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (il cui protocollo addizionale all'art 1 tutela il diritto di proprietà) negli ordinamenti degli Stati membri, è indispensabile svolgere una indagine su come possa conseguentemente cambiare la nozione di contenuto minimo della proprietà nel nostro ordinamento. L'interprete è chiamato ad arricchire la nozione interna di proprietà con quanto deriva dall'esperienza comunitaria. Il termine è volutamente vago poiché è noto che il diritto comunitario è costituito non solo dai Trattati ma

⁵¹ In proposito A.CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona*, cit. nota: "E' evidente il diverso valore giuridico che vengono ad assumere la Carta di Nizza e la CEDU. La prima acquisisce "lo stesso valore giuridico dei trattati". In tal modo diviene diritto comunitario e comporta tutte le conseguenze del diritto comunitario in termini di prevalenza sugli ordinamenti nazionali ... a seguito del Trattato di Lisbona una legge interna che contrasta con una norma della Carta di Nizza ben potrà essere disapplicata dal giudice nazionale. Diverso è il discorso per la CEDU. Il Trattato Unione Europea, per come modificato dal Trattato di Lisbona, consente – superando la tradizionale querelle (cfr. CGCE 28 marzo 1996, parere 2/94) - l'adesione dell'Unione alla CEDU. Non solo tale adesione deve ancora avvenire, secondo le procedure del protocollo n. 8 annesso al Trattato, ma soprattutto non comporterà l'equiparazione della CEDU al diritto comunitario, bensì - semplicemente - una loro utilizzabilità quali "principi generali" del diritto dell'Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Si tratta di una formula non certo dissimile da quella originaria del Trattato sull'Unione europea (approvata nel 1992) "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario"... quindi, il Trattato di Lisbona nulla ha modificato circa la (non) diretta applicabilità nell'ordinamento italiano della CEDU che resta, per l'Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale, secondo quanto già riconosciuto dalla Corte costituzionale". L'interpretazione è confermata dalla più recente giurisprudenza di legittimità, Corte cost., 11 marzo 2011 n. 80, che sostiene la non immediata applicabilità della CEDU da parte del giudice nazionale neanche attraverso la "mediazione" della Carta di Nizza (art. 52, il quale stabilisce che ove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione), ma la necessità di considerare la CEDU come norma interposta ai fini del giudizio di l.c. rispetto all'art. 117 Cost., comma 1. La Carta di Nizza, infatti, è applicabile sul presupposto che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto.

anche dalle Direttive, dai Regolamenti ed in particolar modo dai principi enunciati dalla Corte di Giustizia sui ricorsi proposti in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 19, par. 3, lett. b), Trattato UE per l'interpretazione del diritto dell'Unione. Ed è proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che è possibile trarre indicazioni circa la consistenza del contenuto minimo del diritto di proprietà.

In via preliminare si ritiene indispensabile svolgere alcune considerazioni sul ruolo che l'Unione Europea ha nel governo del territorio all'interno degli Stati membri. Premesso che l'art. 345 Trattato FUE lascia impregiudicato il regime proprietario degli Stati membri, non è in dubbio che gli impegni per assicurare lo sviluppo e la coesione interna, l'art. 192 Trattato FUE (in cui si prevede che il Consiglio delibera all'unanimità le misure aventi incidenza: sull'assetto territoriale, sulla gestione quantitativa delle risorse idriche o aventi rapporto diretto o indiretto con la disponibilità delle stesse, sulla destinazione dei suoli, ad eccezione della gestione dei residui⁵²) e la Carta di Nizza (i cui principi vengono riconosciuti all'art. 6 Trattato UE) abbiano mutato il ruolo dell'Unione nel governo del territorio. In proposito è sufficiente soffermarsi sugli effetti negativi di una mancanza di efficienza nel sistema di pianificazione, il quale incide come evidente sullo sviluppo sociale ed economico del territorio, sul pieno sviluppo della persona e sulla realizzazione delle libertà fondamentali (non può esservi libertà effettiva qualora non vi siano le condizioni sociali ed economiche per l'esercizio di tale libertà). L'art. 3 Trattato UE, dispone – tra l'altro - che l'Unione “si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli”, instaura un mercato interno, “si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa” e “promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri”. Lo sviluppo sostenibile, come notato da autorevole dottrina⁵³, rappresenta un *tipico “cavallo di Troia” per le iniziative comunitarie rispetto alle competenze ancora nelle mani degli Stati membri*. Non si assiste dunque ad una ripartizione di competenze ma è chiamata ad operare l'istituzione di volta in volta più appropriata rispetto al fine da perseguire, in

⁵² M.P. CHITI, *Il ruolo della Comunità Europea nel governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, II, 91 e ss. spec. 96, il quale evidenzia come i termini comunitari “assetto territoriale” e “destinazione dei suoli” siano sinonimi di “governo del territorio” e “urbanistica”, su cui rimanda al d.p.r. n. 616 del 1977.

⁵³ M.P. CHITI, *Il ruolo della Comunità Europea nel governo del territorio*, cit., 94.

attuazione del principio di sussidiarietà e proporzionalità. Tale approccio funzionale garantisce, inoltre, la realizzazione degli obiettivi in modo efficace ed efficiente che nel governo del territorio non può prescindere dall'attribuzione delle competenze al livello istituzionale locale, il quale meglio può interpretare le esigenze e le problematiche del territorio. Sicuramente l'intervento dell'Unione investe non tanto il territorio nella sua unitarietà ma singoli aspetti della sua gestione o trasformazione. Di importanza fondamentale per esaminare il tema del rapporto tra Unione Europea e governo del territorio è lo Schema di sviluppo dello spazio europeo (SSSE), approvato nel 1999 a Potsdam⁵⁴; tale documento concretizza il tentativo di definire obiettivi politici e principi generali per lo sviluppo territoriale a livello europeo con la finalità espressa di garantire lo sviluppo sostenibile ed equilibrato dello spazio europeo. Lo SSSE individua quattro ambiti che condizionano notevolmente lo sviluppo territoriale dell'Unione Europea: l'evoluzione delle zone urbane (e il rapporto con le aree agricole); l'evoluzione delle zone rurali (in cui alla carenza infrastrutturale si accompagna la ricchezza paesaggistica ed ambientale); i trasporti e il patrimonio naturale e culturale da salvaguardare in un'ottica di sviluppo sostenibile. Lo Schema enuclea anche le politiche comunitarie che hanno un maggiore impatto sull'assetto del territorio: politica agricola comune, politica regionale per il tramite dei Fondi strutturali, aiuti alla ricerca e all'innovazione, politica della concorrenza e dell'ambiente, politica dell'energia e dei trasporti. Se l'intervento comunitario coinvolge singoli e settoriali aspetti del governo del territorio, il rischio è quello di allontanare sempre di più la realizzazione della coesione economica e sociale e lo sviluppo sostenibile. Per tali ragioni lo SSSE promuove la collaborazione istituzionale a tutti i livelli e il modello del partenariato che consente il coinvolgimento di tutti gli attori (pubblici e privati) del settore⁵⁵. Tuttavia la collaborazione tra pubblico e privato passa per modelli di tipo consensuale (gli accordi) che, almeno nel nostro ordinamento, potrebbero porre problemi di compatibilità con il principio dell'evidenza pubblica quando si tratti di realizzare un'opera pubblica nell'ambito della pianificazione territoriale negoziata. Ad esempio, la normativa nazionale che consenta in caso di stipula di convenzioni di

⁵⁴ V. il commento di S. AMOROSINO, *Gli indirizzi dell'Unione europea per l'organizzazione del territorio comune e le funzioni statali e regionali-locali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 2-3, 383.

⁵⁵ M.P. CHITI, *Il ruolo della Comunità Europea nel governo del territorio*, cit., 99.

lottizzazione, assimilabili agli accordi di cui all'art. 11 legge n. 241 del 1990, la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione (il cui valore supera la soglia comunitaria) a scomputo totale o parziale del contributo per il rilascio del titolo abilitativo potrebbe essere ritenuta contraria al diritto comunitario⁵⁶.

Tornando all'analisi di come la giurisprudenza della Corte di Giustizia possa incidere sulla nozione di contenuto minimo del diritto di proprietà, si può affermare con certezza che la proprietà si configura come esercizio di una libertà economica che tuttavia può subire restrizioni giustificate da finalità di interesse generale⁵⁷, sempre che sia rispettato il principio di proporzionalità. La stessa Corte ha affermato che i diritti fondamentali (tra cui la proprietà) costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui essa garantisce l'osservanza; anche nel rispetto delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri non possono essere ammessi provvedimenti incompatibili coi diritti fondamentali riconosciuti dalle Costituzioni di detti Stati. Tuttavia, sono ammissibili quelle restrizioni che perseguano effettivamente scopi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile nelle prerogative del proprietario tale da ledere la sostanza stessa del diritto di proprietà⁵⁸. Prima di passare all'esame della giurisprudenza della Corte EDU si ricorda come la Corte di

⁵⁶ Corte UE, 12 luglio 2001 in causa C-399-98, segnalata da M.P. CHITI, *Il ruolo della Comunità Europea nel governo del territorio*, cit., 100.

⁵⁷ Corte UE, 14 maggio 1974, in causa C-4/73, *J. Nold, Kohlen - und Baustoffgrosshandlung - Commissione delle Comunità europee*, in cui si legge al punto 14 della motivazione: “*Benché l'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri tuteli il diritto di proprietà e di analogo tutela fruisca il libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche, i diritti così garantiti, lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela. Per questa ragione, la garanzia concessa ai diritti di tal sorta fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico. Nell'ordinamento giuridico comunitario, appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi*”.

⁵⁸ Corte UE, 13 dicembre 1979, in causa C-44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*. Si vedano le recenti Corte UE, 12 maggio 2005 n. 347, in causa C-347/03, *Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia - Agenzia regionale per lo sviluppo rurale (ERSA) c. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, punto 119; Id., 13 dicembre 1994, in causa C306/93, *SMW Winzersekt c. Land Rheinland-Pfalz*, punto 22 e 15 luglio 2004, cause riunite C-37/02 e C-38/02, *Di Lenardo - Dillexport c. Commissione delle Comunità europee*, in cui si afferma che possono essere apportate restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà, a condizione che rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti. Sul principio di proporzionalità applicato alla materia della pianificazione urbanistica si vedano le interessanti considerazioni di A. BARONE, *Pianificazione urbanistica e principio di proporzionalità*, in E. FERRARI, N. SAIITA, A. TIGANO (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, Atti del IV Convegno nazionale AIDU, Milano, 2001, 303.

Giustizia ha sempre fatto applicazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dei diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ora riconosciuti dal Trattato di Lisbona (art. 6⁵⁹) come principi generali con il quale, inoltre, i diritti fondamentali sanciti nella Carta di Nizza sono espressamente riconosciuti dall'Unione Europea. Per completezza si ricorda che l'art. 52 della Carta di Nizza (sulla portata e sull'interpretazione dei diritti e dei principi) dispone che "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". Tale ultima disposizione ricordata, inoltre, prevede che "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti (...) devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". Risultano ormai codificate le conclusioni raggiunte da tempo in seno alla Corte di Giustizia. Con specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, v'è chi nota come l'attenzione della Corte sia rivolta principalmente all'uso del bene e non al suo valore di scambio⁶⁰. In applicazione dell'art. 1, Prot. add. CEDU⁶¹, la Corte EDU ha affermato che la tutela della proprietà di ogni persona passa per il rispetto delle facoltà di godimento del bene oggetto del diritto, il che implica che tale godimento (o la capacità del bene di produrre una qualche *utilitas* per il proprietario) configura quel contenuto minimo

⁵⁹ In punto di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri v. anche l'art. 52, par. 4, Carta di Nizza: "Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni".

⁶⁰ Così P. URBANI, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, cit.

⁶¹ Si riporta per completezza l'intero testo: "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".

intangibile se non per ragioni di pubblica utilità dalla legge⁶². Incidentalmente non ci si può esimere dal notare che il termine “bene oggetto” della proprietà assume per la Corte EDU una connotazione ben più ampia di quella che ha nel nostro ordinamento. Infatti l’oggetto del diritto di proprietà comprende diritti di credito da responsabilità aquiliana⁶³; un guadagno futuro⁶⁴ o un bene immateriale che abbia comunque una dimensione concreta ed effettiva e dunque una rilevanza patrimonialmente valutabile⁶⁵. Pertanto può affermarsi che l’uso del termine *property* indica non solo il diritto reale conosciuto nel nostro ordinamento ma tutte quelle situazioni di titolarità di una situazione giuridica di vantaggio che si dirige su beni (materiali e non) e su crediti. Quanto detto non elimina la necessità di un esame della giurisprudenza CEDU sul contenuto minimo del diritto di proprietà e sulle limitazioni ammissibili di tale diritto, anche se la stessa Corte EDU ha affermato che la nozione di proprietà nella Convenzione ha un significato autonomo rispetto al diritto interno⁶⁶. Quanto alle limitazioni ammesse non qualunque limitazione nell’esercizio del diritto è sottoposta alle garanzie della previsione di legge⁶⁷ e della presenza di una pubblica utilità derivante dalla compressione stessa, ma solo quelle che incidono sul pacifico godimento dei beni superando i canoni di ragionevolezza e proporzionalità⁶⁸. Nella valutazione della ragionevolezza e proporzionalità del limite imposto al diritto è di fondamentale importanza considerare le modalità previste per la corresponsione dell’indennizzo⁶⁹, solo così sarà possibile scoprire se sussiste quel particolare rapporto tra i mezzi impiegati e il fine perseguito che possa giustificare una compressione del diritto.

⁶² Argomento tratto da Corte EDU, 21 febbraio 1986, *James c. Regno Unito*; v. per ulteriori notazioni giurisprudenziali C. PANZARINO, *Il diritto di proprietà nell’art. 1 del 1° Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2003, III, 329.

⁶³ Corte EDU, 12 luglio 2001, *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein c. Germania*; Id., 11 gennaio 2000, *Almeida c. Portogallo*; Id., 20 novembre 1995, *Pressos Companhia Naviera S.A. c. Belgio*.

⁶⁴ Corte EDU, 20 dicembre 2000, *F.L. c. Italia*.

⁶⁵ Corte EDU, 5 gennaio 2002, *Beyeler c. Italia*.

⁶⁶ Corte EDU, 16 settembre 1996, *Matos e Silva Lda c. Portogallo*.

⁶⁷ Accessibile, precisa e prevedibile, così in Corte EDU, 30 maggio 2000, *Carbonara Ventura c. Italia*.

⁶⁸ Ancora sul punto Corte EDU, 20 novembre 1995, *Pressos Companhia Naviera S.A. c. Belgio*, cit.

⁶⁹ Sul tema affrontato nel presente paragrafo cfr. M.COMPORTI, *La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 1, 10, l’A. sottolinea come l’indennizzo, secondo l’esatta etimologia, non significhi integrale risarcimento ma debba consistere nel massimo contributo e riparazione che la p.a. può garantire al privato nell’ambito degli scopi di interesse generale.

Il riconoscimento delle libertà e dei diritti previsti dalla Carta di Nizza da parte del Trattato di Lisbona e la qualificazione della CEDU come principio generale attribuiscono un ruolo fondamentale alla giurisprudenza della Corte di Giustizia ed EDU nella corretta definizione dei limiti e delle garanzie del diritto di proprietà, dalla quale non si può prescindere nell'analisi di quei nuovi istituti o tecniche - come la perequazione urbanistica - che sembrano coinvolgere direttamente il cuore delle potestà pubbliche in tema di governo del territorio e di conformazione del diritto di proprietà.

4. Stato e Regioni nel governo del territorio.

Venendo all'esame del concetto di governo del territorio si rende opportuna una premessa di carattere metodologico. In tale sede, infatti, le ricerche saranno dirette verso l'analisi dei rapporti intercorrenti tra Stato e Regioni nella materia per comprendere *de iure condito* se le nuove prospettive della moderna urbanistica siano compatibili con tale assetto di rapporti. In particolare fin da ora si possono cogliere gli aspetti maggiormente problematici della nuova pianificazione a sfondo perequativo, poiché sembra coinvolgere materie sottratte alla potestà legislativa regionale (quale lo statuto della proprietà, compreso nella locuzione "ordinamento civile" di cui all'art. 117, comma 2, lett. l)). Innanzi tutto v'è da chiedersi se la modifica dell'art 117 Cost., operata dalla legge cost. n. 3 del 2001 attraverso la sostituzione del termine urbanistica con il termine governo del territorio abbia comportato la estromissione dell'urbanistica dalle materie oggetto di competenza concorrente, come alcuni ritengono di poter affermare con certezza⁷⁰. Le opzioni ermeneutiche emerse sul punto si suddividono in tre soluzioni, tutte sostenute da autorevoli studiosi, le quali meritano una specifica trattazione. Tuttavia è opportuna una ulteriore premessa. Infatti, per comprendere fino in fondo la portata della riforma costituzionale del 2001 è indispensabile mutare la prospettiva legata alla ripartizione

⁷⁰ V. CERULLI IRELLI, *Il "governo del territorio" nel nuovo assetto costituzionale*, in S.CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Atti del VI Convegno nazionale, Pescara, 29-30 novembre 2002, Milano, 2003, 499. Come si vedrà più avanti l'A. ritenendo del tutto nuova la materia governo del territorio considera l'urbanistica come rientrante ai sensi del nuovo art. 117 nelle materie di competenza esclusiva regionale.

di competenze legislative sulla base di particolari materie verso un approccio di “valori”. Si concorda con chi⁷¹ evidenzia come nell’art. 117 Cost., si faccia riferimento a nozioni, sostanzialmente valori o esigenze di tutela, che hanno rilevanza nei più disparati settori e che comportano una inevitabile interferenza in quelli di competenza ripartita (si pensi al rapporto tra tutela dell’ambiente e dei beni culturali – statale – e la valorizzazione dei beni culturali e ambientali – ripartita - ovvero tra tutela della concorrenza – statale - e il governo del territorio, i porti e aeroporti civili, le grandi reti di trasporto e di navigazione, l’ordinamento della comunicazione, la produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia – ripartite -). In particolare la riserva alla legge statale della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale condiziona in modo trasversale le competenze riservate alla Regione, lo stesso può affermarsi in merito all’ordinamento civile e penale, alla sicurezza dello Stato e all’ordine pubblico. La stessa Corte costituzionale⁷² ha affermato che alcune materie (in particolare l’ambiente) hanno carattere trasversale e sono assimilabili a valori costituzionalmente protetti in ordine ai quali le competenze regionali sono affiancate dalle determinazioni che lo Stato adotta per salvaguardare esigenze meritevoli di disciplina uniforme sul territorio nazionale. Ancora, seguendo la medesima autorevole dottrina⁷³ si può affermare che nel governo del territorio non siamo di fronte ad un unico interesse pubblico ma ad una pluralità di interessi la quale induce a perseguire non la strada della separazione (pena il mancato soddisfacimento di interessi egualmente meritevoli) ma dell’integrazione e leale collaborazione⁷⁴. Pertanto il valore affidato prioritariamente alla Regione o allo Stato potrà essere curato dall’uno o dall’altra a condizione che non si contraddica quanto disposto dall’ente titolare dell’interesse; diversamente, in caso di legislazione concorrente, la potestà regionale non potrà contraddire i principi

⁷¹ P.STELLA RICHTER, *La nozione di “governo del territorio” dopo la riforma dell’art. 11 Cost.*, in *Giust. civ.*, 2003, 4, 107.

⁷² Corte cost., 26 luglio 2002 n. 407, in *Giur. cost.*, 2002, 2940 e in *Foro it.*, 2003, I, 688 con nota di R. FERRARA.

⁷³ P.STELLA RICHTER, *La nozione di “governo del territorio” dopo la riforma dell’art. 11 Cost.*, cit.; ma anche meno recentemente ID., *Profili funzionali dell’urbanistica*, Milano, 1984; G. PERULLI, *La governance del territorio*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 4, 592, nota 9; S.AMOROSINO, *Il “governo del territorio” tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 3, 77, spec. 84.

⁷⁴ Il principio stabilito per l’attività amministrativa può comunque estendersi alla competenza legislativa ed in generale ai rapporti tra Stato e Regioni, in vista del soddisfacimento dell’interesse pubblico e del raggiungimento di un adeguato livello di benessere della collettività.

statali i quali nel caso siano mancanti non comportano l'esclusione della potestà legislativa regionale di dettaglio, che è ammessa nei limiti dei principi dedotti dal *corpus* generale delle leggi statali che disciplinano i diversi settori dell'ordinamento⁷⁵. L'ambito cui ricondurre le competenze relative ad attività che presentano incidenza sul territorio non va ricercato secondo il criterio dell'incidenza materiale (sul territorio appunto) ma secondo un criterio funzionale, individuando gli interessi pubblici sottesi allo svolgimento di quelle attività, rispetto ai quali l'interesse riferibile al governo del territorio e le connesse competenze non possono assumere carattere di esclusività, dovendo coordinarsi ed armonizzarsi con la disciplina posta a tutela di tali interessi differenziati⁷⁶. Pertanto se il governo del territorio, in termini generali e preliminari, può essere definito come ogni determinazione conformativa dell'uso dei suoli e del territorio in genere, dovranno essere da esso scorporate quelle attività di cura di interessi riferibili alle competenze statali⁷⁷. Venendo all'esame del rapporto tra urbanistica e governo del territorio⁷⁸, come anticipato, emergono tre opzioni ermeneutiche. In primo luogo per comprendere se un cambiamento vi sia stato è indispensabile partire dalla definizione contenuta nella legge urbanistica del 1942, la quale all'art 1 indica la materia urbanistica come quella concernente l'assetto e l'incremento urbanistico dei centri

⁷⁵ Prima della riforma del 2001 v. Corte cost., 20 dicembre 1988 n. 1103; successivamente tale interpretazione è stata avallata da Corte cost., 26 giugno 2002 n. 282, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, 2787, con nota di C.E. GALLO. Si veda anche l'art. 1, l. n. 131 del 2003 (legge La Loggia).

⁷⁶ G. MORBIDELLI, *Il governo del territorio nella Costituzione*, in G. SCIULLO (a cura di), *Governo del territorio e autonomie locali*, Bologna, 2010, 11, spec. 14.

⁷⁷ G. MORBIDELLI, *Il governo del territorio nella Costituzione*, cit.

⁷⁸ Sul tema si indicano tra gli altri i contributi di P. URBANI, *Urbanistica* (voce), in *Enc. Trecc.*, agg. XVII, 2009; G. MORBIDELLI, *Il governo del territorio nella Costituzione*, in G. SCIULLO (a cura di), *Governo del territorio e autonomie locali*, Bologna, 2010, 11; G. CUGURRA, *Urbanistica e governo del territorio nella legislazione regionale*, *ibidem*, 45; M. DUGATO, *Urbanistica e governo del territorio: il ruolo degli enti locali*, *ibidem*, 69; M. SOLLINI, *La pianificazione urbanistica regionale allo specchio: profili comparativi sintetici e linee evolutive*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 507; G. ABBAMONTE, *Riserva di legge, pianificazione territoriale e tutela della proprietà*, in M.A. SANDULLI, M.R. SPASIANO, P. STELLA RICHTER (a cura di), *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 53; G. PERULLI, *La governance del territorio*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 4, 592, nota 9; S. AMOROSINO, *Il "governo del territorio" tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 3, 77; P. STELLA RICHTER, *La nozione di "governo del territorio" dopo la riforma dell'art. 117 Cost.*, in *Giust. civ.*, 2003, 4, 107; V. CERULLI IRELLI, *Il "governo del territorio" nel nuovo assetto costituzionale*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Atti del VI Convegno nazionale, Pescara, 29-30 novembre 2002, Milano, 2003, 499; E. FERRARI, *I Comuni e l'urbanistica*, *ibidem*, 125; F. MERLONI, *Lo Stato e la Regione di fronte alla pianificazione urbanistica*, in E. FERRARI, N. SAIITA, A. TIGANO (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, Atti del IV Convegno nazionale AIDU, Milano, 2001, 93.

abitati. Successivamente, anche in seguito all'introduzione dell'art. 80 d.p.r. n. 616 del 1977 la nozione di urbanistica ha subito un progressivo ampliamento estendendosi fino alla disciplina del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente; a ciò si aggiunga la disposizione dell'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 80 del 1998 in cui si afferma che la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio⁷⁹. Anche la Corte costituzionale ha avallato tale ampliamento e già prima della riforma del Titolo V affermava⁸⁰ che *“ogni dubbio, se pure poteva giustificarsi per il passato⁸¹, non ha ormai ragion d'essere, e si deve quindi ritenere che l'urbanistica comprende tutto ciò che concerne l'uso dell'intero territorio (e non solo degli aggregati urbani) ai fini della localizzazione e tipizzazione degli insediamenti di ogni genere con le relative infrastrutture”*⁸². Alla luce di quanto appena evidenziato si può concordare con chi ritiene che il legislatore costituzionale del 2001 abbia recepito l'evoluzione intervenuta nell'ordinamento pregresso⁸³ ed abbia introdotto il concetto di governo del territorio allo scopo di attribuire alla competenza legislativa concorrente Stato-Regioni una materia comprendente la precedente urbanistica con un *quid pluris* identificabile nell'insieme delle attività coordinate aventi incidenza sullo stato e sugli equilibri del territorio e volte alla promozione del sistema locale⁸⁴. Anche la giurisprudenza costituzionale più recente ha evidenziato come tra urbanistica e governo del territorio non vi sia soluzione di continuità, la prima essendo ricompresa nel secondo⁸⁵ ed ha evidenziato come la disciplina del “governo del territorio” che comprende tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti

⁷⁹ Indica tale riferimento legislativo G. MORBIDELLI, *Il governo del territorio nella Costituzione*, cit., 11. Sulla nozione di territorio v. nota 8 nell'interessante contributo di G. PERULLI, *La governance del territorio*, cit., 591, in cui si sottolinea l'importanza ormai acquisita del territorio in senso dimensionale, in connessione con la realizzazione della personalità umana (evidente il nesso con gli artt. 2 e 3 Cost).

⁸⁰ Corte cost., 29 dicembre 1982 n. 239, in *Foro amm.*, 1983, II, 103.

⁸¹ La Corte richiama in proposito la sentenza del 24 luglio 1972 n. 141.

⁸² Conformi Corte cost., 21 dicembre 1985 n. 359, in *Riv. giur. edil.*, 1986, I, 3 e Id., 7 ottobre 1999 n. 382, in *Giur. cost.*, 1999, 2941.

⁸³ P. URBANI, *Urbanistica*, cit.

⁸⁴ La definizione, che lo stesso Autore inserisce in un'ottica funzionale, è riconducibile a S. AMOROSINO, *Il "governo del territorio" tra Stato, Regioni ed Enti locali*, cit., 81.

⁸⁵ In tal senso Corte cost., 1 ottobre 2003 n. 303, in *Giur. cost.*, 2003, 5 e 19 dicembre 2003 n. 362, in *Giur. cost.*, 2003, 6.

o attività⁸⁶ possa indicarsi come l'insieme delle norme che consentono di identificare e graduare gli interessi in base ai quali possono essere regolati gli usi ammissibili del territorio⁸⁷. Pertanto governo del territorio è il complesso degli istituti che presiedono alla regolamentazione, al controllo e alla gestione dell'uso del territorio⁸⁸, la materia dell'urbanistica riguarda ogni possibile uso del territorio ma cambia la prospettiva la quale diviene dinamica⁸⁹, funzionalizzata, in quanto con la nuova locuzione si fa riferimento alla "governabilità" degli usi del territorio. In uno con il diverso approccio rispetto al riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, con la necessaria integrazione di funzioni si può dire che nel "nuovo" concetto di governo del territorio più che in altri settori emerge la necessità di un'azione sinergica ed equilibrata per coordinare i diversi interessi che sul territorio si manifestano e che richiedono tutela ai diversi livelli istituzionali. Tutto ciò impone di considerare il concetto di sviluppo sostenibile di derivazione comunitaria e che trova la sua ragione concreta nella scarsità della risorsa territorio, nonostante tutto chiamata a soddisfare esigenze sempre più numerose e variegate. In tal senso, sostenibilità non significa esclusivamente sviluppo che tenga conto delle esigenze di salvaguardia dell'ambiente ma un mutamento di prospettiva nello sviluppo urbanistico degli insediamenti esistenti che si realizza in interventi di riqualificazione e riorganizzazione. L'attività di governo del territorio, che si esprime anche attraverso la pianificazione urbanistica, non potrà prescindere da un certo grado di elasticità, per consentire che le scelte legate al soddisfacimento dei bisogni del presente non impediscano alle generazioni future di soddisfarne di nuovi⁹⁰; questa esigenza di maggiore elasticità ha portato a un nuovo modello di pianificazione incentrato sulla suddivisione del piano generale in componente strutturale ed operativa⁹¹. Da quanto fin qui affermato emerge la prima delle opzioni ermeneutiche relative alla reale

⁸⁶ Corte cost., 7 ottobre 2003 n. 307, in *Giur. cost.*, 2003, 5.

⁸⁷ Corte cost., 28 giugno 2004 n. 196, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, 1137.

⁸⁸ Così G. MORBIDELLI, *Il governo del territorio nella Costituzione*, cit., 12.

⁸⁹ Si veda tra gli altri P. URBANI, *Urbanistica*, cit.

⁹⁰ Art. 2, comma 2, lett. d) l.r. Lazio, n. 38 del 1999: "per sviluppo sostenibile si intende uno sviluppo che soddisfi i bisogni del presente, senza compromettere la capacità delle generazioni future di fruire delle risorse del territorio, comprese quelle storiche e culturali, per il soddisfacimento delle proprie necessità, coniugando la qualificazione dei sistemi insediativi con la preservazione dei caratteri del territorio". In tal senso l.r. Lombardia n. 12 del 2005, l.r. Toscana n. 1 del 2005, l.r. Campania n. 16 del 2004. L'argomento è sviluppato da M. SOLLINI, *La pianificazione urbanistica regionale allo specchio: profili comparativi sintetici e linee evolutive*, cit., 519.

⁹¹ La tematica verrà approfondita più avanti.

portata della riforma costituzionale del 2001, riassumendo il governo del territorio esprime qualcosa di più rispetto all'urbanistica intesa nel senso più ampio appena visto poiché comprende una serie di interventi che hanno come minimo comune denominatore la localizzazione sul territorio ma esprimono nel contempo la necessità di realizzazione coordinata rispetto a tutto quanto si svolge sul territorio stesso. Le funzioni riconducibili al governo del territorio si configurano in parte come nuove poiché rispondenti a nuove esigenze, si pensi al mutato ruolo degli Enti locali investiti ai sensi dell'art. 118 Cost. delle funzioni amministrative in via prioritaria ai quali si richiede la realizzazione di interventi che promuovano lo sviluppo anche sociale delle comunità di riferimento⁹². La seconda tesi è definita come evoluzionista e comporta la coincidenza tra urbanistica e governo del territorio: ormai l'urbanistica è disciplina dell'intero territorio e la locuzione governo del territorio sarebbe il punto di arrivo di una evoluzione normativa e giurisprudenziale della materia urbanistica riconosciuta con la nuova formulazione dell'art. 117 Cost.; tuttavia nonostante l'autorevolezza dei sostenitori di tale tesi⁹³ questa non sembra poter essere accolta poiché l'uso del termine governo del territorio indica un mutamento di prospettiva, così come sopra esaminato che non può essere risolto semplicemente come il recepimento delle istanze precedentemente emerse sia in sede legislativa che giurisprudenziale. La nuova prospettiva è legata anche al diverso peso delle Regioni e alla loro maggiore autonomia legislativa rispetto al previgente sistema di riparto; è evidente che l'elencazione tassativa delle materie di legislazione esclusiva dello Stato lascia ampi spazi di autonomia alle Regioni anche nelle materie nelle quali dovranno comunque seguire i principi dettati dalla legge statale. A rafforzare tale impostazione concorre anche l'attribuzione delle funzioni amministrative in capo agli

⁹² Ci si riferisce alle c.d. nuove figure programmatiche a finalità particolari, individuate da S.AMOROSINO, *Il "governo del territorio" tra Stato, Regioni ed Enti locali*, cit., 79-80. Tra queste si possono annoverare i contratti d'area, i piani di riqualificazione, i contratti di quartiere ma anche la localizzazione di grandi strutture commerciali e dei porti turistici. Sostenitore di tale prima opzione ermeneutica è anche F. MERLONI, *Lo Stato e la Regione di fronte alla pianificazione urbanistica*, in E. FERRARI, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, Atti del IV Convegno nazionale AIDU, Milano, 2001, 93.

⁹³ Tra questi spicca P.STELLA RICHTER, *La nozione di "governo del territorio" dopo la riforma dell'art. 117 Cost.*, cit.; P. URBANI, *Il governo del territorio e luoghi di vita e di lavoro* e P. STELLA RICHTER, *Governo del territorio ed infrastrutture*, entrambi in S.CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Atti del VI Convegno nazionale, Pescara, 29-30 novembre 2002, Milano, 2003, rispettivamente 183 e 273; F. SALVIA e F. TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 2002; G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, cit..

Enti locali secondo il nuovo art. 118 Cost., sul quale ci si soffermerà più avanti per svolgere una più approfondita indagine. Rimanendo all'oggetto della presente analisi non può che ritenersi confutata anche l'altra autorevole⁹⁴ opzione interpretativa dell'art. 117 Cost., denominata come separazionista secondo la quale l'urbanistica è la disciplina dell'assetto e dello sviluppo dei centri abitati mentre il governo del territorio attiene alla gestione di una serie di interessi che limitano l'urbanistica e se ne differenziano, riguardando la politica delle grandi infrastrutture, dello sviluppo economico e quella agricola⁹⁵. Pertanto l'urbanistica sarebbe rimessa alla potestà legislativa esclusiva delle Regioni e l'attribuzione alla potestà concorrente del governo del territorio consentirebbe all'ordinamento di perseguire l'unità del territorio anche contro i pericoli del pluralismo amministrativo. Seguendo tale tesi lo Stato non potrebbe più dettare i principi generali della materia urbanistica oltre quelli riconducibili all'ordinamento civile; al contrario, i principi generali devono ritenersi di ben più ampia portata, tale da negare la potestà esclusiva delle Regioni nella disciplina dell'assetto dei centri urbani, per aderire alla tesi che vede tale disciplina ricompresa nel governo del territorio e sottoposta alla potestà concorrente Stato-Regioni. Tali principi sono⁹⁶: il principio di pianificazione, di partecipazione ai procedimenti di pianificazione, la trasparenza e i limiti al potere discrezionale puro della p.a., pertanto anche l'evidenza pubblica e la perequazione (ma sul punto si rinvia oltre), il principio di salvaguardia vale a dire la subordinazione delle trasformazioni più rilevanti a provvedimento e l'imposizione di standard minimi di dotazioni infrastrutturali⁹⁷. D'altra parte le funzioni fondamentali degli Enti locali sono materia di legislazione esclusiva dello Stato e nelle suddette funzioni

⁹⁴ Sostenuta da V. CERULLI IRELLI, *Il "governo del territorio" nel nuovo assetto costituzionale*, cit.; P.L. PORTALURI, *La civiltà della conversazione nel governo del territorio*, in S.CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Atti del VI Convegno nazionale, Pescara, 29-30 novembre 2002, Milano, 2003, 397.

⁹⁵ Così V. CERULLI IRELLI, *Il "governo del territorio" nel nuovo assetto costituzionale*, cit., 504.

⁹⁶ L'argomento è tratto da S.AMOROSINO, *Il "governo del territorio" tra Stato, Regioni ed Enti locali*, cit., 82.

⁹⁷ Sul punto anche V. CERULLI IRELLI, *Il "governo del territorio" nel nuovo assetto costituzionale*, cit., 512 svolge alcune considerazioni; l'A. tuttavia, nel riconoscere il principio di salvaguardia come generale nella materia del governo del territorio – proprio perché sostenitore della tesi separazionista – giustifica tale assunto sulla base dell'inquadramento degli standard nei livelli essenziali delle prestazioni da assicurare a tutti i cittadini indipendentemente dalla loro collocazione sul territorio statale (art. 117 Cost., comma 2, lett. m)).

fondamentali non può non ricomprendersi anche l'attività di pianificazione, che è parte integrante dell'urbanistica⁹⁸.

5. Le funzioni amministrative nel governo del territorio.

Con specifico riferimento alle funzioni amministrative si deve notare la laconicità del testo costituzionale (art. 118) che mutando l'assetto precedente affida le funzioni amministrative ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, sia necessario il conferimento delle stesse a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Inoltre i Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze. Ne deriva che per delineare le funzioni amministrative degli Enti locali sarà indispensabile fare riferimento al riparto di competenze previsto dall'art. 117 prima esaminato. In particolare, con riguardo al governo del territorio non si potrà tralasciare la circostanza che lo Stato conserva la potestà legislativa dei principi generali della materia e ai sensi del comma 2 dello stesso art. 117, alla lettera p), nella competenza esclusiva dello Stato rientra anche l'attribuzione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane. In queste ultime rientrano con certezza le funzioni urbanistiche, per usare un termine omnicomprensivo, le quali si specificano principalmente nella pianificazione territoriale. C'è chi ha parlato di fine dell'urbanistica statale⁹⁹, residuando allo Stato solo i compiti di normazione fondamentale e di principio in materia di regime dei suoli e garanzie dei privati di fronte a pianificazioni vincolistiche, osservazione e monitoraggio generale delle trasformazioni del territorio e intervento straordinario. Tale ultima affermazione, tuttavia, deve essere in parte smentita poiché l'intervento statale si estende ad avviso di chi scrive anche a quei principi della materia elencati nel paragrafo che precede e che comprendono ambiti ben più ampi di intervento tra cui: la previsione di standard infrastrutturali, il principio di pianificazione e zonizzazione ma anche la

⁹⁸ Sulle funzioni dell'urbanistica v. P.STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984.

⁹⁹ F. MERLONI, *Lo Stato e la Regione di fronte alla pianificazione urbanistica*, cit., 105.

perequazione. Sul punto, invero, sono necessari alcuni chiarimenti, che verranno svolti più avanti, per evitare che l'inquadramento della perequazione nei principi generali risulti contraddittorio alla luce della presenza del principio di zonizzazione¹⁰⁰. Pertanto nel governo del territorio non può ritenersi preclusa allo Stato qualunque decisione politico-amministrativa comprese quelle ricadenti sul sistema Paese nel suo complesso, in virtù non solo del riparto di competenze legislative di cui all'art. 117 Cost. ma anche del principio di sussidiarietà ed adeguatezza. La necessaria unitarietà degli interventi che ad esempio deve caratterizzare la realizzazione di interventi infrastrutturali particolarmente importanti non può essere relegata alle responsabilità politiche ed amministrative delle Regioni interessate ma dovrà coinvolgere necessariamente il Governo, attraverso un sistema di intese anche obbligatorie (si pensi alla Legge obiettivo)¹⁰¹. Concludendo si può affermare con un sufficiente grado di certezza che il governo del territorio riassume una serie di funzioni diverse che necessitano di un modelli di *governance* a rete, che consenta di coordinare i diversi livelli territoriali di competenze, la legislazione statale può stabilire i principi del diritto urbanistico, "disciplinare i poteri statali di governo del territorio nazionale e individuare interventi speciali (che eccedono le normali funzioni del subsistema regionale e locale), a condizione di limitare i poteri statali alla sfera della *politica del territorio* nazionale, in funzione di esigenze unitarie o speciali o di riequilibrio territoriale ed economico, e di non configurare un'amministrazione operativa, salvo eccezioni tassative, essenzialmente in funzione sostitutiva"¹⁰². Da ultimo mi sia consentito fare un cenno al neonato Ente "Roma Capitale", v'è chi¹⁰³ ha sostenuto negli anni immediatamente successivi alla riforma del Titolo V che l'art. 119, comma 5 Cost., avrebbe reso costituzionalmente illegittime le leggi che avessero previsto riserve di funzioni e di apparati per l'attuazione di politiche straordinarie (tra le quali era annoverata Roma Capitale). Alla luce di quanto appena esposto si concorda con l'affermazione secondo cui "non v'è dubbio, infatti, che lo Stato, per provvedere *a scopi diversi dal normale esercizio*

¹⁰⁰ Si rinvia al capitolo che segue.

¹⁰¹ Per l'intero ragionamento si veda S.AMOROSINO, *Il "governo del territorio" tra Stato, Regioni ed Enti locali*, cit., 84-85.

¹⁰² Ancora, S.AMOROSINO, *Il "governo del territorio" tra Stato, Regioni ed Enti locali*, cit., 86.

¹⁰³ F. MERLONI, *I raccordi intergovernativi*, relazione al Convegno dell'Associazione dei Professori di Diritto Amministrativo, Torino 2-3 ottobre 2002.

delle loro funzioni, oltre che destinare risorse aggiuntive, possa anche *effettuare interventi speciali sul territorio* di Comuni, Province e Regioni”¹⁰⁴. Ed infatti con l’art. 24, comma 3 e 4, l. n. 42 del 2009 sono attribuite a Roma Capitale le seguenti funzioni amministrative: a) concorso alla valorizzazione dei beni storici, artistici, ambientali e fluviali, previo accordo con il Ministero per i beni e le attività culturali; b) sviluppo economico e sociale di Roma Capitale con particolare riferimento al settore produttivo e turistico; c) sviluppo urbano e pianificazione territoriale; d) edilizia pubblica e privata; e) organizzazione e funzionamento dei servizi urbani, con particolare riferimento al trasporto pubblico ed alla mobilità; f) protezione civile, in collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei ministri e la regione Lazio; g) ulteriori funzioni conferite dallo Stato e dalla regione Lazio, ai sensi dell’articolo 118, comma 2, della Costituzione. L’esercizio di tali funzioni è disciplinato con regolamenti adottati dal Consiglio comunale, che assume la denominazione di Assemblea capitolina, nel rispetto della Costituzione, dei vincoli comunitari ed internazionali, della legislazione statale e di quella regionale nel rispetto dell’articolo 117, comma 6, Cost. nonché in conformità al principio di funzionalità rispetto alle speciali attribuzioni di Roma Capitale.

6. Legittimazione costituzionale del fenomeno perequativo. Cenni preliminari.

Per comprendere quali siano i rapporti tra fenomeno perequativo¹⁰⁵ e Costituzione si deve definire il concetto di perequazione, sebbene con riserva di ulteriore specificazione e approfondimento. Perequazione è un termine che evoca in modo non equivoco il principio di uguaglianza e nel governo del territorio indica una tecnica di pianificazione territoriale volta alla eliminazione della intrinseca discriminatorietà che caratterizza quel tipo di attività amministrativa. Considerata esclusivamente sotto la stella polare dell’art. 3 Cost. la perequazione non pone affatto

¹⁰⁴ S.AMOROSINO, *Il "governo del territorio" tra Stato, Regioni ed Enti locali*, cit., 86.

¹⁰⁵ Il termine è volutamente generico poiché non si può parlare di perequazione ma di modelli perequativi, di principi attuati secondo diverse tecniche pianificatorie. Si rimanda per i dovuti approfondimenti al capitolo che segue.

problemi di compatibilità Costituzionale, semmai si pone come una tecnica necessaria per garantire il pieno sviluppo della persona umana; infatti, eliminare la discriminatorietà della pianificazione è conseguente ad una equa ripartizione dei costi e dei benefici di tale attività, la quale solamente può garantire - in ossequio al principio di proporzionalità - che la proprietà privata venga conformata a fini sociali nella misura strettamente necessaria al perseguimento degli stessi. Da una parte la perequazione, come si vedrà, risulta una tecnica alternativa all'imposizione del vincolo a contenuto espropriativo ed elimina tutte le difficoltà in ordine alla legittimità di tali vincoli alla luce del disposto dell'art. 42 Cost., dall'altra consente di ottenere i medesimi risultati della pianificazione c.d. tradizionale ma con maggiore garanzia di effettività. Sebbene il quadro fin'ora presentato non sembri offrire alcuno spunto originale in merito alla questione dei rapporti tra perequazione e Costituzione si noterà fin da subito che nei modelli perequativi proposti nella pratica emerge una grave problema di compatibilità con l'art. 117 Cost. Infatti, se la perequazione come principio ispiratore della pianificazione può essere legittimamente previsto nelle leggi regionali urbanistiche, tali ultime leggi non potrebbero legittimamente prevedere specifiche tecniche perequative formulate in modo da incidere così gravemente sul diritto di proprietà da modificarne lo statuto. In tale ultima evenienza le leggi regionali sarebbero contrarie a quanto previsto dall'art. 117, comma 2, lett. l), Cost. che riserva l'ordinamento civile alla competenza legislativa dello Stato. Inoltre, qualora si identificasse nella perequazione uno dei principi generali della materia urbanistica¹⁰⁶ si dovrebbe ricercare il fondamento normativo di tale affermazione il quale non sembra poter essere contenuto nella legge urbanistica del 1942 almeno non in modo assoluto¹⁰⁷. Pertanto è con tale consapevolezza che è bene concludere questo primo capitolo, potendo con certezza affermare che dalla tecnica perequativa adottata dipende la risposta al quesito sulla legittimità costituzionale della perequazione.

¹⁰⁶ In tal senso, v. , S.AMOROSINO, *Il "governo del territorio" tra Stato, Regioni ed Enti locali*, cit., 82.

¹⁰⁷ Il riferimento è all'istituto del comparto che secondo i fautori della perequazione legittimerebbe le leggi regionali all'adozione di tale nuova tecnica di perequazione.

Capitolo II

Tecniche perequative e modelli attuativi

1. L'intrinseca discriminatorietà della pianificazione.

Come viene ricordato in numerose occasioni¹⁰⁸ con il termine perequazione urbanistica si indicano quelle tecniche o modelli attuativi del principio di proporzionalità ed equità nella distribuzione dei vantaggi e svantaggi derivanti dalla pianificazione territoriale. Autorevole dottrina¹⁰⁹ ha ricordato come la materia urbanistica è materia concernente più il problema dell'eguaglianza nei confronti dell'azione amministrativa che della libertà, infatti pianificare attraverso modelli perequativi dimostra la volontà delle amministrazioni preposte all'attività di governo

¹⁰⁸ Tra gli altri, P.STELLA RICHTER, *Il difficile rapporto tra urbanistica e diritto di proprietà*, relazione al Convegno AIDU, Napoli, 12-13 maggio, 2005; ID., il meno recente contributo *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 1968, II, 123; ID., *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006; A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 465; P.URBANI, *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, in *www.pausania.it*, 2005; ma sul tema v. tra gli altri S.PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005; E.MICELLI, *Perequazione urbanistica*, Venezia, 2004; E.BOSCOLO, *La perequazione urbanistica: un tentativo di superare l'intrinseca discriminatorietà della zonizzazione tra applicazioni pratiche ed innovazioni legislative regionali in attesa della riforma urbanistica*, in E.FERRARI (a cura di) *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, 2000, 193; ID., *Le perequazioni e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 1, 104; A.POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 1, II, 3; G. MARI, *La perequazione urbanistica nei piani attuativi: la disciplina della l.r. Campania n. 16 del 2004*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 4, II, 125.; B.GRAZIOSI, *Figure polimorfe di perequazione urbanistica e principio di legalità*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 4-5, II, 147; G.MORBIDELLI, *Presentazione al volume di A. BARTOLINI e A. MALTONI (a cura di), Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU, Perugia 2007, Napoli, 2009; S. BELLOMIA, *Diritto privato regionale, perequazione urbanistica e nuovi strumenti di governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 2, II, 71-75; G.C.MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, 138.

¹⁰⁹ P.STELLA RICHTER, *L'evoluzione della dottrina in materia urbanistica ed edilizia*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 1, 25, relazione per i 50 anni della *Rivista giuridica dell'Edilizia* tenutasi il 10 novembre 2008 a Palazzo Spada, Roma.

del territorio di eliminare l'intrinseca discriminatorietà dell'attività di pianificazione, caratterizzata da un elevato grado di discrezionalità limitata esclusivamente dalla presenza aspettative qualificate dei privati¹¹⁰. La differenziazione delle destinazioni degli spazi è il connotato intrinseco e insopprimibile dell'attività di governo del territorio, cui non può porsi rimedio se non con una disciplina di natura perequativa, alla quale il legislatore (almeno quello statale) non ha mai seriamente inteso por mano¹¹¹. Nonostante il risultato che le amministrazioni potrebbero ottenere con i modelli perequativi sia quello di reperire le aree funzionali al raggiungimento degli interessi di cui sono portatrici senza sostenere i costi connessi alle procedure espropriative ma attraverso l'uso di modelli consensuali che si dimostrano essenziali per la realizzazione della perequazione, anche attraverso il meccanismo della compensazione volumetrica. Attraverso l'intervento dei privati nella riqualificazione degli spazi urbani i Comuni potrebbero conseguire senza ulteriori costi benefici per la collettività, offrendo come contropartita premialità edilizie. Tali modelli, inoltre, hanno l'indubbio vantaggio di eliminare il contenzioso legato a scelte pianificatorie non condivise e sentite come limitazioni ingiuste del diritto di proprietà da parte della pubblica autorità. Giova fin da subito rilevare che il momento autoritativo non può considerarsi eliminato del tutto¹¹², poiché se la effettiva realizzazione dei modelli perequativi di pianificazione territoriale è fondata sul consenso dei proprietari coinvolti è anche vero che tale consenso potrebbe non essere raggiunto e le p.a. potrebbero essere costrette a utilizzare le procedure espropriative per reperire le aree da destinare a fini sociali. Il mancato raggiungimento del consenso, comunque,

¹¹⁰ Chiaramente il riferimento è a tutta la giurisprudenza in tema di onere motivazionale delle scelte pianificatorie e di limiti del sindacato del giudice sulle esse, su cui da ultimo Cons. Stato, Sez. IV, 11 febbraio 2011 n. 1015, in cui si afferma: *“Le scelte urbanistiche adottate per ciò che attiene la destinazione delle singole aree non necessitano di una specifica motivazione se non nel caso che la scelta medesima vada ad incidere negativamente su posizioni giuridicamente differenziate, ravvisabili unicamente nell'esistenza di piani e/o progetti di lottizzazione convenzionati già approvati o situazioni di diverso regime urbanistico accertate da sentenze passate in giudicato. Un soggetto privato non può invocare una sorte di diritto alla immutabilità della classificazione urbanistica dell'area di sua proprietà sulla scorta di una semplice richiesta di edificazione, che è del tutto inidonea a configurare una posizione qualificata rispetto ai nuovi intendimenti dell'Amministrazione”*.

¹¹¹ P.STELLA RICHTER, *L'evoluzione della dottrina*, cit. Come si vedrà meglio più avanti l'AIDU ha recentemente proposto una legge di principi in materia urbanistica che recepisce le istanze della dottrina e della pratica in punto di perequazione urbanistica.

¹¹² Sul punto v. A.POLICE, *Governo e mercato dei diritti edificatori*, in A. BARTOLINI e A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU, Perugia 2007, Napoli, 2009, 37, il quale ricorda che l'espressione è di M.S. Giannini.

dipende dalla inidoneità delle proposte a soddisfare anche gli interessi dei privati che in un ottica di valutazione costi/benefici dell'operazione dovranno ritenere economicamente conveniente le proposte dei Comuni. Nell'attuazione dei principi appena enunciati si riscontra la mancanza di un modello unico di perequazione, in quanto gli effetti di redistribuzione dei vantaggi e degli oneri derivanti dalla pianificazione possono conseguire a soluzioni tecniche differenti. Prima di affrontare l'esame dei diversi modelli attuativi della perequazione si rende opportuna una breve analisi di quali sono le ragioni di fondo dell'emergere negli anni '90 del fenomeno perequativo. Le ragioni sono molteplici e tutte risiedono in un mutamento di prospettiva che tenta di dare una visione nuova al binomio autorità/libertà¹¹³. In primo luogo l'applicazione del principio di giustizia distributiva propria di altri settori dell'ordinamento (come in materia tributaria), senza l'attuazione di modelli perequativi il sistema di pianificazione tradizionale crea disuguaglianze; la pianificazione territoriale come delineata dalla legge urbanistica del 1942, infatti, trova il suo fulcro nella tecnica dello *zoning*, vale a dire la suddivisione del territorio in zone con destinazioni funzionali omogenee la cui individuazione è legata all'ampia discrezionalità dei Comuni che adottano il piano regolatore generale. In tale contesto i proprietari coinvolti dalle previsioni del piano si troveranno in una situazione di svantaggio a seconda che la loro proprietà ricada o meno su aree vincolate dal piano, destinate ad esprimere specifiche funzioni incompatibili col pieno svolgimento del diritto di proprietà ed in particolare con la realizzazione dello *jus aedificandi*. Più avanti si vedrà che il dibattito sull'inerenza di tale facoltà al diritto di proprietà è fondamentale per capire il fenomeno perequativo e per inquadrarlo nel sistema costituzionale. L'avvento di sistemi di *soft regulation* consente il superamento del concetto dell'unilateralità del comando pianificatorio; in proposito non è superfluo ricordare che la l. n. 241 del 1990 ancora produce frutti interessanti, a dimostrazione della sua centralità nel sistema, e legittima l'uso degli accordi tanto da portare a coniare l'espressione "urbanistica per accordi", in cui il modulo autoritativo è sostituito da quello consensuale con tutti i vantaggi che questo modello comporta sia in termini di effettività che di risparmio di risorse. Un'altra ragione dell'emergere del fenomeno perequativo è legata a quanto appena detto,

¹¹³ Le ragioni che seguono sono individuate da P.URBANI, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 587.

infatti il mutamento di prospettiva propone modelli in cui il privato diviene soggetto attivo nel processo di trasformazione del territorio anche in ossequio al principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. (in particolare ultimo comma). Attraverso forme particolari di partenariato pubblico privato (si pensi all'accollo delle opere di urbanizzazione, alla cessione volontaria delle aree, alla concessione di premialità edilizie in cambio della riqualificazione di aree industriali dismesse¹¹⁴) i Comuni realizzano i fini di interesse generale a loro attribuiti senza sostenere i costi legati alle procedure espropriative, tra i quali non si deve sottovalutare la misura dell'indennità dovuta ai proprietari espropriati. Tale ultima circostanza si collega ad una ulteriore causa dell'emersione della perequazione urbanistica, vale a dire la marginalizzazione dell'istituto espropriativo. I costi delle procedure espropriative non sono agilmente sostenibili dai Comuni anche in virtù delle pronunce della Corte costituzionale del 2007 che hanno dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 5-bis, d.-l. 11 luglio 1992 n. 333, convertito con modificazioni, nella l. 8 agosto 1992 n. 359 nella parte in cui non collega l'indennità di esproprio al valore venale del bene. Inoltre, spesso la realizzazione degli interventi non trova seguito in tempi rapidi o non lo trova affatto imponendo scelte differenti alle amministrazioni locali¹¹⁵. In questo assetto appena delineato gli Enti locali hanno un ruolo decisivo anche in virtù del diverso sistema di legittimazione elettorale di rappresentanza, agli stessi è affidato lo sviluppo della collettività di riferimento in cui l'assetto del territorio gioca un ruolo fondamentale poiché anche su di esso si fonda il consenso elettorale¹¹⁶. Un ultimo fattore di emersione della perequazione consiste nella necessità di assicurare il risultato delle scelte di piano. Tale esigenza ha portato l'Istituto Nazionale di Urbanistica ad enucleare un nuovo modello di pianificazione suddividendo il contenuto del piano

¹¹⁴ Il Comune di Roma ha dato avvio a tale ultima ipotesi applicativa in zone caratterizzate da un elevato grado di degrado urbano e tuttavia importanti per la presenza di attività economiche e sociali, come le zone di Pietralata e Tiburtina, la prima interessata da un ambizioso progetto di *housing sociale*, la seconda coinvolta nella realizzazione del Piano di Assetto, frutto dell'accordo di programma tra Comune di Roma e Ferrovie dello Stato.

¹¹⁵ Il caso è quello che si è presentato di fronte a TAR Veneto, 19 maggio 2009 n. 1504, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 5-6, 1875, il Comune aveva reiterato il vincolo ma non aveva mai realizzato gli interventi programmati inducendo l'amministrazione comunale all'approvazione di una variante generale al p.r.g. che in attuazione dei principi perequativi avrebbe consentito di riservare al Comune un'area per la realizzazione degli interventi di interesse pubblico.

¹¹⁶ In tal senso P.URBANI, *I problemi giuridici*, cit. 588.

regolatore in strutturale e operativo¹¹⁷. Tale modello fu seguito da molte Regioni tra le quali, Lombardia, Toscana, Emilia Romagna e Umbria e consiste nella sostituzione al modello di pianificazione a cascata, quello tradizionale dello *zoning* ormai non più rispondente alle esigenze della pratica, con un diverso modello di pianificazione articolato secondo un piano strutturale e uno operativo. Il nuovo modello si caratterizza per l'inserimento nella parte strutturale delle linee fondamentali dell'assetto del territorio comunale, derivante da una ricognizione delle caratteristiche peculiari di questo sotto ogni aspetto, sociologico, ambientale e morfologico, in uno con le direttrici fondamentali dello sviluppo dei nuovi insediamenti, prendendo in considerazione il lungo periodo dello sviluppo territoriale. Nel piano operativo, invece, si inseriscono le previsioni che hanno valore per il breve/medio periodo e che consistono nelle localizzazioni delle aree da trasformare, nelle quali si definiscono le trasformazioni ammesse dettando anche i parametri cui tali trasformazioni dovranno attenersi. La caratteristica dei nuovi piani è l'individuazione di ambiti territoriali con vocazione urbanistica omogenea che in alcuni casi si sostituiscono alle zone di cui alla legge urbanistica del 1942. Brevemente, ambiti sono definiti gli spazi destinati al perseguimento di scopi di trasformazione giustificati dalle caratteristiche degli stessi¹¹⁸, in un ottica di integrazione funzionale delle aree. Tale nuovo concetto sarà molto utile nel momento in cui si tratterà delle diverse tecniche perequative.

Prima di concludere si osserva che se la finalità dell'urbanistica nel senso più vicino al governo del territorio è quella di soddisfare tutti gli interessi che nell'uso del territorio hanno il loro fulcro allora va da sé che si pongono almeno due aspetti problematici. In primo luogo, la discrezionalità insita nelle scelte di piano soprattutto di tipo tradizionale la quale è legata alla selezione delle zone con vocazione edificatoria o meno. La legge urbanistica del 1942 all'art. 7, n. 2) dispone che il piano regolatore deve indicare la divisione in zone del territorio comunale con la

¹¹⁷ Sul tema si veda di recente F.PAGANO, *Il piano operativo nel processo di pianificazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 2, 67; M.SOLLINI, *La pianificazione urbanistica regionale allo specchio*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 507, spec. 534 ss, il quale si pone anche il problema della legittimità di quelle leggi regionali che sembrano derogare il principio della zonizzazione; E.SALZANO, *Sull'articolazione dei piani urbanistici in due componenti: come la volevamo, come è diventata, come sarebbe utile*, in *www.pausania.it*, 2008; P.URBANI, *La riforma regionale del prg: un primo bilancio. Efficacia, contenuto ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità di provvedere e garanzia del contenuto minimo della proprietà*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 4, 471.

¹¹⁸ M.SOLLINI, *La pianificazione urbanistica regionale allo specchio*, cit., 538.

precisazione di quelle destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona, senza alcuna limitazione alla discrezionalità amministrativa. Inoltre, si pone il problema del coordinamento dei vari usi del territorio, delle funzioni che ogni singola area è chiamata a svolgere, in ossequio all'esigenza di una disciplina globale del territorio che tenga conto degli interessi coinvolti e che mantenga una buona capacità di adattamento alle circostanze future¹¹⁹. Il problema dell'arbitrio connesso alle scelte urbanistiche è sentito da tempo, è stato evidenziato che nell'esercizio della funzione urbanistica non c'è una realtà che esiste prima della scelta amministrativa, la stessa scelta crea nuovi valori cui dare attuazione con la strumentazione urbanistica; pertanto la discrezionalità legata a tale attività è una discrezionalità pura non sindacabile al di là della illogicità, della irrazionalità o dell'errore di fatto. Solo attraverso una pianificazione che abbia un elevato grado di contenuto conoscitivo (consistente in analisi e studi sul territorio) al suo interno (la situazione si presenta in tal modo nel caso di piano strutturale¹²⁰) si potrà limitare la scelta discrezionale della p.a., questa, infatti, rimarrà vincolata alle risultanze del piano in ordine alle specifiche vocazioni delle singole aree.

2. Perequazione e compensazione.

Ad avviso di chi scrive è indispensabile distinguere il fenomeno perequativo da quello compensativo. L'operazione, tuttavia, risulta complessa poiché spesso l'associazione dei due termini lascia intendere che si tratti di un binomio inscindibile. La pronuncia della Corte Costituzionale che nel 1999¹²¹ ha sancito la legittimità di soluzioni tecniche alternative alla procedura espropriativa e ai suoi costi appare ormai una acquisizione consolidata e la compensazione si dimostra uno strumento utile per le amministrazioni comunali. La Corte ha affermato, infatti, che le modalità di attuazione del principio dell'indennizzabilità dei vincoli a contenuto espropriativo possono consistere in misure risarcitorie, indennitarie, ma anche in misure riparatorie

¹¹⁹ Il ragionamento è ispirato da P.STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, 44.

¹²⁰ P.URBANI, *La riforma regionale del prg: un primo bilancio*, cit., 485.

¹²¹ Sentenza 20 maggio 1999 n. 179, in *Foro it.*, 1999, I, 1705.

alternative anche in forma specifica, mediante offerta ed assegnazione di altre aree idonee alle esigenze del soggetto che ha diritto ad un ristoro¹²², ovvero altri sistemi compensativi che non penalizzano i soggetti interessati dalle scelte urbanistiche che incidono su beni determinati. Recentemente in dottrina è stata sottolineata la presenza di una certa confusione terminologica, non giustificata data la diversità dei due istituti, anche negli effetti giuridici¹²³. La perequazione si pone come un'alternativa al vincolo e si fonda su una scelta razionale dei singoli proprietari che ritengono conveniente aderire alle scelte sull'assetto territoriale operate dal Comune. L'elemento consensuale si colloca nel momento conformativo della proprietà privata poiché solo se c'è il consenso il piano perequativo è realizzabile e il consenso può essere garantito esclusivamente attraverso la realizzazione di sufficienti vantaggi per i privati chiamati ad esprimerlo. Diversamente nella compensazione il vincolo è sempre presente, il momento autoritativo è presupposto del fenomeno che è volto a risolvere gli effetti negativi delle previsioni urbanistiche sfavorevoli: con il loro consenso i privati incisi dal vincolo possono ottenere un vantaggio superiore a quello ritraibile dall'indennizzo pecuniario¹²⁴. Il consenso risulta pertanto il comune denominatore di perequazione e compensazione. Con la perequazione si generano i c.d. diritti edificatori, che sono scorporati dal fondo oggetto della titolarità formale della proprietà e che consentono la realizzazione di volumi non più sullo stesso ma su altre aree denominate di atterraggio. Con la compensazione si generano i c.d. crediti compensativi, con funzione di riequilibrio del patrimonio del fondo inciso. Tuttavia, se con il termine compensazione si è soliti indicare tutti quei meccanismi attraverso i quali il Comune attribuisce dei vantaggi in cambio di sacrifici imposti ai privati, di recente è riscontrabile un esempio della complessità del fenomeno nel nuovo p.r.g. di Roma in cui si sono previsti dei meccanismi di carattere compensativo/premiale su base consensuale orientati al raggiungimento degli obiettivi di perequazione urbanistica. Come si vedrà più avanti una cosa è enunciare come obiettivo del piano la realizzazione della perequazione, in termini di più equa distribuzione di costi e benefici della pianificazione, un'altra è realizzare la

¹²² Come esempio di misura sostitutiva di indennità la Corte indicava l'art. 30, comma 1 e 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47.

¹²³ E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 1, 104, spec. 127-129.

¹²⁴ Ancora E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., 128.

perequazione urbanistica secondo specifici modelli e tecniche all'interno delle quali l'elemento compensativo altro non è che un sinonimo per l'equa distribuzione di sacrifici e vantaggi derivanti dalla pianificazione. La prima ipotesi si può dire realizzata con il p.r.g. di Roma¹²⁵, in un'ottica premiale viene previsto un meccanismo (contenuto nelle NTA) secondo il quale una quota di edificabilità aggiuntiva viene attribuita al privato in cambio della cessione al Comune di un'area ovvero in cambio della corresponsione di un contributo straordinario predeterminato *ex ante*. Il Consiglio di Stato ha riconosciuto la legittimità di tali previsioni nella misura in cui non incidano sugli indici di fabbricabilità previsti dalla disciplina urbanistica previgente. La legittimità di tali previsioni si fonderebbe su due principi fondamentali del nostro ordinamento nella materia urbanistica: da un lato, la potestà conformativa del territorio di cui l'amministrazione è titolare nell'esercizio della propria attività di pianificazione (la potestà conformativa dell'amministrazione trova il proprio limite nella sostanziale ablazione del diritto di proprietà, solo di fronte ad uno svuotamento del diritto sorgerà il diritto all'indennità); dall'altro, la possibilità di ricorrere a modelli privatistici e consensuali per il perseguimento di finalità di pubblico interesse (non si dubita che gli accordi di cui alla l.n. 241 del 1990 possano essere il fondamento anche dell'urbanistica consensuale¹²⁶). Come evidenziato, il consenso è il denominatore comune dei due fenomeni che possono essere considerati due schemi operativi volti a stimolare la spontanea adesione dei proprietari all'attuazione della pianificazione facendo coincidere gli obiettivi egoistici dei privati con quelli di utilità pubblica¹²⁷. Se alla perequazione verrà dedicato il prossimo paragrafo, in questa sede si può fare un rapido cenno al duplice aspetto della compensazione. Infatti essa può configurarsi come alternativa al vincolo preordinato all'esproprio, imposto su aree considerate di rango strategico primario e alle quali il Comune non può rinunciare anche a costo di instaurare una procedura espropriativa.

¹²⁵ Investito tra l'altro da numerose pronunce del giudice amministrativo tra cui Cons. Stato, Sez. IV, 13 luglio 2010 n. 4545, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 5 con nota di B.GRAZIOSI e TAR Lazio, Roma, sez. II, 4 febbraio 2010 n. 1524, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 4, 1186. Sul tema v. F. MARZARI, *Prg Roma, legittimo imporre ai privati di cedere quote di edificabilità aggiuntiva*, in *Edil. e terr.*, 2010, 29, 6; P.URBANI, *Le tecniche innovative del PRG di Roma. Il Tar annulla le disposizioni sulla cessione di volumetria al comune e le previsioni del contributo straordinario*, in www.astrid-online.it; ID., *Sistemi di pianificazione urbanistica perequativa e principio di legalità dell'azione amministrativa dopo le decisioni del Consiglio di Stato sul PRG di Roma*, in www.giustamm.it.

¹²⁶ Per approfondimenti si rinvia al capitolo dedicato.

¹²⁷ Così, E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., 122.

In tal caso il privato ha la possibilità di scegliere se cedere l'area in cambio dell'indennità ovvero di un certa percentuale di crediti compensativi da realizzare su aree preventivamente indicate dal Comune. Di compensazione può parlarsi anche sotto altro significato, in particolare ci si riferisce alla possibilità che il Comune disponga l'acquisizione di crediti compensativi in caso di accollo da parte del privato degli oneri legati alla riqualificazione di aree degradate (spesso sono vecchi immobili industriali dismessi); per tale fenomeno taluno¹²⁸ indica il termine di compensazione paesaggistico-ambientale, la quale viene utilizzata per realizzare politiche di riqualificazione urbana o di tutela ambientale (ad esempio realizzata attraverso politiche di incentivazione al risparmio energetico). Invero, in tali casi il modello è quello basato sulla sequenza incentivo/premio, sulla base del quale l'incentivo all'azione positiva per la realizzazione della politica di interesse generale è l'attribuzione di una volumetria aggiuntiva rispetto alla dotazione del fondo (così come assegnata dal piano)¹²⁹. Il doppio volto della compensazione si esprime nell'attitudine ad elidere le conseguenze pregiudizievoli della pianificazione tradizionale, che si manifestano quando sia necessario acquisire spazi per la città pubblica; ma nello stesso tempo si propone come strumento funzionale alla garanzia di un ristoro al proprietario a cui si chiede o si impone un *facere* per attuare politiche ambientali o paesaggistiche. Se, come si vedrà, la perequazione garantisce ai

¹²⁸ Ancora, E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., 127.

¹²⁹ In tal senso v. A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 429. Sulla compensazione ambientale si veda il contributo di G. CIAGLIA, *Della "compensazione urbanistica" ovvero di come rivoluzionare l'urbanistica senza che nessuno se ne accorga*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 3, 446, nel quale si analizza con attenzione la compensazione prevista nell'art. 1, comma dal 21 al 24, l.n. 308 del 2004. L'articolo dispone: "21. Qualora, per effetto di vincoli sopravvenuti, diversi da quelli di natura urbanistica, non sia più esercitabile il diritto di edificare che sia stato già assentito a norma delle vigenti disposizioni, è in facoltà del titolare del diritto chiedere di esercitare lo stesso su altra area del territorio comunale, di cui abbia acquisito la disponibilità a fini edificatori. 22. In caso di accoglimento dell'istanza presentata ai sensi del comma 21, la traslazione del diritto di edificare su area diversa comporta la contestuale cessione al comune, a titolo gratuito, dell'area interessata dal vincolo sopravvenuto. 23. Il comune può approvare le varianti al vigente strumento urbanistico che si rendano necessarie ai fini della traslazione del diritto di edificare di cui al comma 21. 24. L'accoglimento dell'istanza di cui ai commi 21 e 22 non costituisce titolo per richieste di indennizzo, quando, secondo le norme vigenti, il vincolo sopravvenuto non sia indennizzabile. Nei casi in cui, ai sensi della normativa vigente, il titolare del diritto di edificare può richiedere l'indennizzo a causa del vincolo sopravvenuto, la traslazione del diritto di edificare su area diversa, ai sensi dei citati commi 21 e 22, è computata ai fini della determinazione dell'indennizzo eventualmente dovuto". È evidente come in tal modo si attui una forma di compensazione di fronte alla sopravvenuta inedificabilità delle aree per ragioni di tutela ambientale, tale evenienza giustifica il trasferimento dell'area al Comune da parte del privato dietro la corresponsione del diritto ad edificare su altra area di proprietà, con la possibilità che il Comune modifichi lo stesso piano generale con una variante per consentire tale trasferimento.

proprietari dei vantaggi dalla realizzazione del piano, la compensazione affronta in termini nuovi il problema degli effetti delle previsioni urbanistiche sfavorevoli attribuendo vantaggi che vadano a elidere le conseguenze negative delle scelte di piano in alternativa all'ordinario indirizzo pecuniario, il quale risulta meno preferibile per le amministrazioni locali in periodo di ristrette disponibilità finanziarie.

3. Modelli attuativi della perequazione urbanistica.

Non esiste una definizione univoca di perequazione urbanistica, almeno non una che non sconti un elevato tasso di genericità e vaghezza; piuttosto si riscontrano una varietà di modelli e tecniche perequative. Si usa più propriamente il plurale poiché non vi è un solo modo di pianificare perequando, mentre si utilizza il termine "tecniche" perequative poiché siamo di fronte a strumenti/mezzi per raggiungere uno scopo preciso, vale a dire l'indifferenza dei singoli proprietari di fronte alle scelte discrezionali del piano. Pianificare attraverso modalità perequative significa rendere (o tentare di rendere) indifferenti i singoli proprietari di fronte alle scelte di piano, eliminare l'intrinseca discriminatorietà della pianificazione tradizionale delineata dalla legge urbanistica del 1942. Tale indifferenza sarebbe l'effetto di un'equa distribuzione degli oneri e dei vantaggi tra i proprietari incisi dall'attività pianificatoria e si realizzerebbe – in linea di massima - con l'attribuzione di un indice edificatorio uniforme e proporzionale all'estensione delle singole proprietà, limitato dalla volumetria stabilita dal piano e realizzabile anche in aree diverse rispetto a quella di appartenenza¹³⁰. In tal modo si creerebbero zone di partenza (o di decollo)

¹³⁰ Sulla perequazione in generale, oltre ai contributi già segnalati, v. F.PAGANO, *Un'oculata conformazione a fini compensativi*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 4, 92; G.MARI, *La perequazione urbanistica: finalità generali e disciplina regionale in Campania*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 4, 125; P.URBANI, *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 2, 47; S.BELLOMIA, *Diritto privato regionale, perequazione urbanistica e nuovi strumenti di governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 2, 71; P.URBANI, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, in *Edil. e terr.*, 2008, n. 30; P.URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urb. e app.*, 2006, 8; P.SALVATORE, *Piani di lottizzazione, comparti e perequazione urbanistica*, in *Giurisd. amm.*, 2006, 53; P.STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 04, 169; R.V. GRACILI, L.MELE, *Perequazione urbanistica e governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*,

dei diritti edificatori e zone di atterraggio degli stessi, residuando alla p.a. una quota di territorio comunale da destinare alla realizzazione della c.d. Città pubblica (in cui si realizzano gli interessi pubblici: costruzione di scuole, mercati etc.). Da tali cenni preliminari consegue con evidente chiarezza come la perequazione coinvolga la questione del rispetto dell'art. 117 Cost. e del riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni in esso definito, atteso che, l'ordinamento civile rientra nella competenza statale e il governo del territorio nella competenza concorrente tra lo Stato e le Regioni. Come si vedrà meglio più avanti, di fronte a un piano di matrice perequativa che effettua lo scorporo dello *jus aedificandi* rispetto alla titolarità formale del suolo non si può dubitare che tale effetto inserisca ad un ambito rientrante nell'ordinamento civile e in quanto tale riservato alla potestà legislativa dello Stato. Tuttavia, il legislatore nazionale rimane insensibile agli stimoli degli studiosi (da ultimo si ricorda la proposta dell'AIDU nell'ultimo convegno annuale svoltosi a Trento¹³¹) nonostante anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 121

2005, 3, 127; E.BOSCOLO, *Una conferma giurisprudenziale (e qualche novità legislativa) in tema di perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 3, 823; L.PISCITELLI, *Perequazione e integrazione fra le zone*, in E.FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, 2000, 165; E.BOSCOLO, *La perequazione urbanistica: un tentativo di superare la intrinseca discriminazione etè della zonizzazione tra applicazioni pratiche ed innovazioni legislative regionali in attesa della riforma urbanistica*, in E.FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, 2000, 193.

¹³¹ Si riporta l'articolato proposto dall'Associazione (il corsivo è aggiunto): Nuove norme in materia di contenuto della proprietà fondiaria, di determinazione dell'indennità di esproprio e di perequazione urbanistica:

Art. 1

La presente legge determina il contenuto della proprietà fondiaria e disciplina la indennità di espropriazione per pubblica utilità delle aree stesse nell'esercizio della potestà legislativa esclusiva nella materia ordinamento civile e *detta i principi fondamentali in materia di perequazione urbanistica nell'esercizio della potestà legislativa concorrente alla materia governo del territorio.*

Art. 2

1. Ai fini della presente legge si applicano le definizioni che seguono.

2. Area a vocazione edificatoria: terreno astrattamente idoneo alla edificazione, che, per essere inserito nel tessuto urbano e dotato delle opere di urbanizzazione primaria, presenta una oggettiva aspettativa economica di edificabilità.

3. Area fabbricabile: terreno destinato alla edificazione dal piano urbanistico, indipendentemente dalla sussistenza o meno di una sua vocazione edificatoria.

4. *Potenzialità edificatoria: densità edificatoria teorica spettante a tutte le aree a vocazione edificatoria, utilizzabile soltanto su aree qualificate fabbricabili.*

5. Edificabilità effettiva: volumetria realizzabile sull'area in base alla qualificazione di area fabbricabile operata dal piano urbanistico.

Art. 3

1. *In attuazione dell'articolo 42, comma secondo, della Costituzione, il contenuto economico della proprietà privata delle aree è determinato in funzione della inerente vocazione edificatoria.*

2. Sono aree a vocazione edificatoria quelle già legittimamente edificate, quelle non edificate in relazione alle quali, per assenza di vincoli connaturali, per caratteristiche geo-morfologiche e per essere inserite nel tessuto urbano e dotate delle opere di urbanizzazione primaria, il proprietario ha

acquisito una oggettiva aspettativa di trasformazione edificatoria. I Comuni individuano la vocazione edificatoria delle aree urbane libere con proprio atto tecnico di accertamento; la legge regionale disciplina i presupposti specifici per il riconoscimento della vocazione edificatoria.

3. Le aree già legittimamente edificate conservano, relativamente all'area di pertinenza, una potenzialità edificatoria pari alla volumetria esistente.

Art. 4

1. La potenzialità edificatoria delle aree a vocazione edificatoria è determinata dallo strumento urbanistico comunale sia ai fini della determinazione dell'indennità di esproprio sia ai fini dell'attuazione del principio di perequazione.

2. *Ai sensi dell'art. 117, terzo comma della Costituzione le Regioni possono con legge stabilire limiti minimi e massimi della potenzialità edificatoria delle aree, anche in modo differenziato tra i vari Comuni.*

3. *A fini di perequazione territoriale il piano regionale può attribuire ad alcuni Comuni una potenzialità edificatoria utilizzabile nel territorio di altro Comune.*

Art. 5

1. Nelle aree prive di vocazione edificatoria il proprietario può effettuare le sole trasformazioni non comportanti cubatura e consentite dal piano urbanistico.

Art. 6

1. La localizzazione delle volumetrie consentite (edificabilità effettiva) è stabilita dal piano regolatore.

2. *Il Comune può con il piano regolatore riservare a sé una quota della potenzialità edificatoria complessiva a fini di acquisizioni compensative di aree, di attuazione di finalità premiali e di calmieramento del mercato.*

3. Il piano regolatore commisura la potenzialità edificatoria complessiva alla edificabilità effettiva prevista.

4. Tutte le varianti al piano regolatore che incidano sulla edificabilità effettiva di un'area devono prevedere una corrispondente variazione dell'ammontare della edificabilità potenziale riservata al Comune.

5. Ove il Comune non possa o non voglia procedere alla modifica della propria quota riservata di potenzialità edificatoria, dovrà essere adottato un nuovo strumento urbanistico, che riproporzioni la potenzialità edificatoria di tutte le aree a vocazione edificatoria.

6. La potenzialità edificatoria non direttamente utilizzabile dal proprietario può dallo stesso essere trasferita nell'ambito dello stesso Comune su altra area, propria o di altro proprietario, per essere utilizzata fino a concorrenza della volumetria effettiva attribuita dal piano regolatore, senza che il trasferimento sia soggetto a oneri fiscali.

7. Nell'articolo 2643 del codice civile dopo il n. 1 sono inserite le parole *"1-bis) i contratti che trasferiscono la potenzialità edificatoria delle aree"*.

8. In alternativa all'acquisto da altri proprietari della potenzialità edificatoria occorrente per realizzare tutta la edificabilità effettiva attribuita dal piano urbanistico alla propria area, il proprietario può ottenere la potenzialità mancante dal Comune mediante acquisto a titolo oneroso. I criteri di determinazione del prezzo di acquisto sono stabiliti dalla Regione in relazione alle caratteristiche dei vari Comuni.

9. La edificabilità effettiva attribuita dal piano regolatore può essere utilizzata solo nella misura corrispondente alla potenzialità edificatoria di legge, eventualmente integrata da quella acquisita ai sensi dei commi precedenti.

Art. 7

1. Ai fini della determinazione della indennità di espropriazione per opere e interventi pubblici, le aree si distinguono in aree a vocazione edificatoria e aree prive di vocazione edificatoria.

Art. 8

1. L'indennità di espropriazione di un'area a vocazione edificatoria è determinata in misura pari al valore venale del bene, tenuto conto della sua potenzialità edificatoria. Nel caso di espropriazione per edilizia residenziale pubblica, il valore così ottenuto viene diviso per il coefficiente 1,3. Con il consenso dell'espropriato, l'indennità può essere corrisposta anche mediante cessione di potenzialità edificatoria da utilizzare su altre aree.

2. Con decreto del Ministro delle Infrastrutture sono determinati i criteri valutativi per la determinazione del valore di mercato delle aree a vocazione edificatoria.

3. Per la determinazione della indennità di esproprio delle aree prive di vocazione edificatoria si applica la disciplina vigente per le aree agricole.

del 2010¹³² abbia ribadito che la tecnica perequativa¹³³ pone questioni che attengono all'ordinamento civile. Invero nemmeno la giurisprudenza amministrativa sembra sensibile alla necessità di una legge nazionale ma nel trattare con sempre maggiore frequenza il fenomeno perequativo si limita ad effettuare sui piani sottoposti alla sua attenzione un controllo stringente al fine di evitare che le tecniche perequative nascondano espropriazioni realizzate al di fuori del procedimento espropriativo regolato dalla legge, come è avvenuto nel caso del p.r.g. di Bassano del Grappa (Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2006 n. 4833¹³⁴). La perequazione urbanistica non è prevista in una legge statale, se si esclude l'art 23 della legge urbanistica del 1942, il quale nel prevedere la possibilità di comparti edificatori offre solo una delle possibili attuazioni ai principi perequativi. Come noto, l'adozione di comparti edificatori con indice di edificabilità uniforme tra i proprietari è solo una delle modalità attuative della perequazione urbanistica, quella più aderente alla tecnica dello *zoning* e realizzabile nella fase attuativa del piano. Tuttavia, la realtà ha portato alla luce nuove esperienze, come quella della legge regionale della Lombardia, che utilizzano tecniche differenti per cui la perequazione acquista carattere generale ed esteso alla gran parte delle aree di espansione o di trasformazione. Tale perequazione, definita appunto "estesa" consentirebbe di riservare ai Comuni quote di edificabilità per la realizzazione delle finalità di interesse generale senza i costi che le procedure espropriative generano per le amministrazioni locali. Come accennato, la perequazione è però il riflesso di un cambiamento cui la legge urbanistica non riesce ad adattarsi pienamente. Per tali motivi da più parti si auspica una nuova legge in materia che recepisca le istanze di giustizia distributiva che nella perequazione urbanistica hanno trovato realizzazione e fugga i dubbi di legittimità costituzionale della normativa regionale più "audace" sul punto. Da quanto sin qui affermato, emerge con chiarezza la soluzione di continuità che la perequazione crea tra proprietà e zonizzazione, poiché l'attribuzione di un indice di edificabilità uniforme e proporzionale è indifferente alla classificazione delle zone. Per tali ragioni si è

Art. 9

1. Le previsioni di piano regolatore generale hanno efficacia a tempo indeterminato, fatta eccezione per i vincoli preordinati all'espropriazione, la cui efficacia è di cinque anni.

¹³² In *Giur. cost.*, 2010, 2, 1358.

¹³³ La pronuncia usa l'espressione: trasferimento ed alla cessione dei diritti edificatori.

¹³⁴ In *Riv. giur. edil.*, 2006, 6, 1237.

cercato nel sistema la legittimazione normativa e costituzionale del fenomeno. Sotto quest'ultimo profilo, a parte ogni discussione sulla conformità all'art.117 Cost.¹³⁵, è evidente come la perequazione applichi molteplici principi di derivazione costituzionale che fondano l'assetto dei rapporti tra p.a. e cittadino, come il principio di uguaglianza, di ragionevolezza, di proporzionalità ed adeguatezza. La perequazione attua gli artt. 3 e 97 Cost., in quanto è proiezione dei principi in essi contenuti¹³⁶. La perequazione, inoltre, si presenta come strumento di semplificazione dell'attività di governo del territorio poiché eliminando le discriminazioni connesse alle scelte urbanistiche rappresenta uno strumento per garantire l'effettiva realizzazione di quanto previsto dal piano poiché consente una più rapida e meno costosa realizzazione delle opere pubbliche assieme alla risoluzione del conflitto pubblico/privato insito nell'attività di pianificazione territoriale, che acquista una connotazione più giusta¹³⁷. Sebbene le considerazioni che precedono siano da ritenersi valide non si rinviene una espressa e generale legittimazione della perequazione nella legislazione ordinaria ad eccezione fatta per l'art. 23 della legge urbanistica del 1942, il quale prevede l'istituto del comparto edificatorio che, come accennato, consente di realizzare solo un modello di perequazione. Con la legge finanziaria 2008, l.n. 244 del 2007, all'art. 1 comma 258 e 259 si sono introdotte misure perequative per favorire la realizzazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica; in particolare è stato previsto (corsivo aggiunto): “Fino alla definizione della riforma organica del governo del territorio, in aggiunta alle aree necessarie per le superfici minime di spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, e alle relative leggi regionali, negli strumenti urbanistici sono definiti *ambiti la cui trasformazione è subordinata alla cessione gratuita da parte dei proprietari, singoli o in forma consortile, di aree o immobili da destinare a edilizia residenziale sociale*, in rapporto al fabbisogno locale e in relazione all'entità e al valore della trasformazione. In tali ambiti è possibile prevedere, inoltre, l'eventuale fornitura di alloggi a canone calmierato, concordato e sociale. Ai fini dell'attuazione

¹³⁵ Che si affronterà in modo esaustivo in proposito di perequazione di tipo esteso.

¹³⁶ G.MORBIDELLI, *Della perequazione urbanistica*, in www.giustamm.it; ID., *Il governo del territorio nella Costituzione*, in G.SCIULLO (a cura di), *Governo del territorio e autonomie territoriali*, 11, spec. 37 e ss.

¹³⁷ D.DE PRETIS, *Semplificazione, urbanistica ed edilizia*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 3, 316, spec. 333.

di interventi finalizzati alla realizzazione di edilizia residenziale sociale, di rinnovo urbanistico ed edilizio, di riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti, il Comune può, nell'ambito delle previsioni degli strumenti urbanistici, consentire un *aumento di volumetria premiale* nei limiti di incremento massimi della capacità edificatoria prevista per gli ambiti di cui" sopra. Evidentemente le esigenze di riqualificazione, rinnovamento urbano, soddisfazione delle esigenze abitative giustificano un parziale mutamento del modello tradizionale verso forme di collaborazione tra amministrazione e privati per la realizzazione degli obiettivi di interesse pubblico. Appare meritevole di particolare interesse la circostanza che negli strumenti urbanistici debbano essere definiti gli ambiti di trasformazione nei quali gli interventi sono subordinati alla cessione di alcune aree al Comune per realizzare immobili da destinare a edilizia residenziale sociale e che possano essere stabiliti aumenti premiali di volumetria. A parte queste isolate disposizioni a livello statale null'altro si prevede. Tutta la realizzazione dei modelli perequativi è affidata, legittimamente o meno, alle Regioni.

4. Perequazione di comparto e perequazione estesa.

Venendo all'esame dei diversi modelli perequativi se ne distinguono principalmente due la perequazione a posteriori (di comparto o parziale) e quella a priori (generalizzata)¹³⁸. La prima è considerata quella maggiormente conforme ai principi della legge urbanistica del 1942 e alla tecnica dello *zoning*, poiché utilizza l'istituto del comparto edificatorio per raggiungere finalità redistributive, di equità e di trasformazione urbana. In tale ipotesi applicativa il Comune, spesso attraverso una semplice variante al piano regolatore tradizionale, individua gli ambiti di trasformazione all'interno dei quali prevede il bilanciamento dei costi e benefici del nuovo progetto urbano. Come si vedrà, la presenza e la possibilità di trasformare vaste aree della città è il presupposto della perequazione e uno dei fattori che ne

¹³⁸ In realtà le classificazioni sono spesso più complesse alle due ipotesi indicate se ne aggiungono almeno altre 2, individuate da S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005, 33 e ss., il quale segnala anche una perequazione generale mista e una atipica.

condiziona la piena realizzazione. Di recente è stato rilevato¹³⁹ che il comparto edificatorio è un istituto che si presta a dare attuazione ai principi perequativi anche se esso non è stato concepito a tale scopo. A partire dai primi anni sessanta ci sono stati i primi esperimenti di perequazione¹⁴⁰ legati all'idea di suddividere il territorio comunale in aree omogenee dotate di elementi fortemente caratterizzanti (oggi note con il nome di “comparti perequativi” o “urbanistici”¹⁴¹), ciascuna dotata di opere di urbanizzazione proporzionali ai volumi sulla stessa realizzati. Tuttavia, il comparto edificatorio, così come disciplinato dal legislatore del 1942, non presuppone necessariamente una perequazione interna; infatti, è un istituto che ha la funzione di assicurare l'attuazione dello strumento urbanistico attraverso l'accordo dei privati proprietari (che si costituiscono in consorzio) in difetto del quale interverrà l'esproprio da parte del Comune e la riassegnazione dell'area espropriata a terzi. La sua disciplina è contenuta nell'art. 870 c.c., il quale statuisce che “Quando è prevista la formazione di comparti, costituenti unità fabbricabili con speciali modalità di costruzione e adattamento, gli aventi diritto sugli immobili compresi nel comparto devono regolare il loro rapporto in modo da rendere possibile l'attuazione del piano. Possono anche riunirsi in consorzio per l'esecuzione delle opere. In mancanza di accordo, può procedersi all'espropriazione a norma delle leggi in materia”. Come evidente, non è fatto alcun cenno alla possibilità di applicare i principi perequativi all'interno del comparto, le cui caratteristiche sono definite in termini di “unità fabbricabili con speciali modalità di costruzione e adattamento” e in ordine alla necessità di dare “attuazione al piano”. A ben vedere, comunque, il comparto edificatorio costituisce una porzione di territorio nell'ambito della quale l'edificazione deve avvenire in modo compatto e non frammentato, tale da non potersi prescindere dal consenso di tutti i proprietari, i quali sono tenuti a sottoscrivere accordi preliminari ovvero a riunirsi in consorzio. A conferma del fatto che nella materia urbanistica il momento dell'autorità non può venire meno è data la possibilità al Comune di espropriare le aree interne del comparto per dare attuazione al piano qualora i proprietari non diano il loro consenso agli accordi predetti. Il

¹³⁹ TAR Puglia, Bari, Sez. II, 1 luglio 2010 n. 2810 e Id., 20 maggio 2010 n. 1961, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 6.

¹⁴⁰ Ad opera di S. POMPEI, autore del volume *Il Piano regolatore perequativo*, Milano, 1998.

¹⁴¹ S. PERONGINI, *Profili giuridici*, cit., usa tale seconda espressione.

comparto edificatorio ha avuto una compiuta disciplina nell'art. 23 della l. 1150 del 1942, il quale ne ha esplicitamente collegato la formazione alla approvazione o alla attuazione di un piano particolareggiato. Il Comune ha l'obbligo di invitare i proprietari a manifestare, entro un certo termine, l'intendimento di procedere alla realizzazione dell'intervento e, in difetto, di assegnare l'intera area di comparto a terzi previa espropriazione della stessa, onde assicurare l'attuazione del piano. In quest'ottica l'esproprio dell'area delimitata come comparto non è più solo una facoltà, ma un obbligo per il Comune e uno strumento di coartazione dei proprietari¹⁴². La legislazione successiva (art. 13 l. n. 10/77), ha affrancato la formazione dei comparti edificatori dalla approvazione di piani particolareggiati ma l'ha agganciata ai programmi pluriennali di attuazione; tali strumenti sono deputati ad individuare le aree del territorio comunale in cui le previsioni dello strumento urbanistico, e le relative urbanizzazioni, debbono avere attuazione con riferimento ad un periodo di tempo non inferiore a 3/5 anni¹⁴³. Si ricorda che l'art. 23 della legge del 1942, limitatamente alle disposizioni riguardanti l'espropriazione, è stato abrogato dall'art. 58 del d.p.r. n. 327 del 2001, il quale all'art. 7 prevede la facoltà dei Comuni di espropriare, tra l'altro, gli immobili necessari per delimitare le aree fabbricabili e per attuare il piano regolatore, nel caso di mancato accordo tra i proprietari del comprensorio, nonché le aree inedificate e le costruzioni da trasformare secondo speciali prescrizioni, quando decorre inutilmente il termine, non inferiore a novanta giorni, fissato nell'atto determinativo della formazione del consorzio, notificato ai proprietari interessati. Da quanto detto si può comprendere perché la perequazione di comparto in quanto collocata nella fase attuativa del piano non deroghi il principio di zonizzazione¹⁴⁴. Tale modello consiste nella distribuzione tra i proprietari del comparto dei vantaggi e degli oneri derivanti dall'attuazione del piano, pertanto il comparto non potrà sviluppare complessivamente una volumetria diversa da quella attribuita dallo strumento generale e i diritti acquistati all'interno del comparto non potranno essere trasferiti all'esterno. In tal caso non si assiste al

¹⁴² Sul procedimento di formazione per tutti si veda G.C.MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, 373 e ss. e la dottrina ivi segnalata.

¹⁴³ "trattasi di un mezzo di coordinamento ed organizzazione su base temporale delle attività urbanistiche ed edilizie, finalizzato al perseguimento di un ordinato e razionale assetto del territorio, rispetto al quale pare evidente che la costituzione di un comparto edificatorio debba coordinarsi", così il T.A.R. Puglia segnalato.

¹⁴⁴ Sul punto v. G. MARI, *La perequazione urbanistica nei piani attuativi*, cit.

fenomeno del c.d. scorporo dei diritti edificatori o, quanto meno, non in termini tali da creare dubbi di legittimità costituzionale del modello perequativo posto in essere. Una variante del modello consiste nella limitata possibilità che i diritti acquistati all'esterno del comparto "atterrino" (in questo caso si verifica lo scorporo dello *jus aedificandi*) sullo stesso concorrendo alla sua formazione e alla conservazione delle aree esterne da cui i diritti sono "decollati"¹⁴⁵. Nella perequazione di comparto i valori oggetto di perequazione sono quelli che il piano attribuisce agli ambiti territoriali interessati¹⁴⁶. Invece, nel modello a comparto cd. discontinuo l'edificabilità convenzionale attribuita alle aree esterne di cui si richiede la conservazione viene spostata all'interno del comparto determinando una capacità edificatoria aggiuntiva mentre la perequazione degli oneri viene ripartita tra tutte le aree esterne o interne al comparto¹⁴⁷. Il caso è rappresentato dal p.r.g. di Reggio Emilia¹⁴⁸ in cui sono state previste le c.d. zone miste a valenza ecologica nelle quali sono previsti due perimetri: uno più ristretto nel quale si concentrano le capacità edificatorie della zona (o comparto) ed una più ampia destinata a verde da cedere gratuitamente all'amministrazione e la cui edificabilità viene trasferita sulla zona di concentrazione edilizia. Con tale meccanismo si distinguono le aree di concentrazione edilizia residenziale e quelle che, invece, contribuiscono alla realizzazione di spazi destinati alla "Città pubblica"¹⁴⁹, nell'ambito di un distretto di intervento¹⁵⁰ circoscritto al comparto. La realizzazione di tale modello è comunque legata al consenso dei proprietari coinvolti poiché solo attraverso un serie di negozi, quali vendite o permuta immobiliari e negozi di asservimento di aree, si attuerà quella equa distribuzione degli oneri posti dal piano, in mancanza dei quali la

¹⁴⁵ L'ipotesi si è presentata innanzi al TAR Piemonte, Sez. I, 1 marzo 2010, nn. 1295 e 1306, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 5. In tal caso si trattava di mantenere l'integrità di una zona collinare di elevato interesse ambientale e paesaggistico.

¹⁴⁶ P.URBANI, *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, in *www.pausania.it*, 2005.

¹⁴⁷ Ancora P.URBANI, *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, cit., il quale nota come nel p.r.g. di Roma si verifici tale ipotesi.

¹⁴⁸ Che come ricorda P.URBANI, *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, in *www.pausania.it*, 2005, ha dato luogo alla famosa sentenza TAR Emilia Romagna, Sez. I, 14 gennaio 1999 n. 22, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 1, 5, con nota di E.BOSCOLO.

¹⁴⁹ In particolare P.URBANI nei suoi molteplici contributi, tra cui *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, in *Edil. terr.*, 2008, n. 30; cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 14 gennaio 1999 n. 22, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 1, 5, con nota di E.BOSCOLO, sul p.r.g. di Reggio Emilia in cui erano state previste zone miste a valenza ecologica in cui si realizzava il modello di perequazione appena descritto.

¹⁵⁰ La locuzione è di S. PERONGINI, *Profili giuridici*, cit., 49.

realizzazione dello stesso verrebbe compromessa. Si evidenzia, invero, che la perequazione non può mai essere imposta dal piano e il consenso dei proprietari coinvolti rimane essenziale, poiché in caso contrario sul piano cadrebbero gravi sospetti di illegittimità perché adottato in violazione degli artt. 42 e 23 Cost.

Un modello diverso di perequazione consiste in quella generalizzata (o pura)¹⁵¹, che risulta estesa ad una parte rilevante delle aree in particolare quelle denominate di trasformazione¹⁵² sulle quali il Comune ritiene opportuno concentrare gli interventi edilizi. In questo modello gli indici di edificabilità sono molto bassi e uniformi per tutte le proprietà che concorrono alla trasformazione degli ambiti indicati dall'amministrazione. L'uniformità, tuttavia, non impedisce che vengano individuate specifiche categorie di aree, dotate di caratteri omogenei sulla base dello stato di fatto e di diritto esistente, a cui attribuire un medesimo indice di edificabilità proporzionale alla estensione delle stesse. Tale tecnica, come anticipato, sarebbe limitata solo ai comparti (o distretti) di trasformazione individuati dal piano e identificabili sulla base delle medesime caratteristiche anche morfologiche¹⁵³, pertanto lo strumento urbanistico individuerà le aree denominate "a concentrazione necessaria" e quelle dedicate alla realizzazione dei fini di interesse generale. L'indice territoriale convenzionalmente attribuito alle aree con le medesime caratteristiche è uniforme (in genere piuttosto basso) e non potrà essere realizzato se non all'interno delle prestabilite aree di concentrazione; invece, sulle aree lasciate libere il Comune potrà concentrare gli interventi di utilità sociale. Il risultato sarà quello di ottenere una quota di edificabilità riservata al Comune pari alla differenza tra il carico urbanistico effettivo previsto dal piano e la somma dei volumi riconosciuti ai proprietari. In tal modo si crea una "edificabilità pubblica priva di area", compresa nel carico urbanistico complessivo del piano ma che consente al Comune di acquisire aree al di fuori dei meccanismi appropriativi tipici e in misura non parametrata alle

¹⁵¹ Anche per questo modello le definizioni possono divergere in parte, si è adottata la classificazione adottata da P.URBANI, in seguito si darà conto di quella adottata da S. PERONGINI.

¹⁵² Sulla circostanza che la perequazione sia legata alla trasformazione delle aree e pertanto solo quelle da considerarsi di espansione possono essere soggette a tale modello attuativo si concentra anche L.PISCITELLI, *Perequazione e integrazione fra le zone*, in E.FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, 2000, 165. Non si riscontra una tale impostazione in S. PERONGINI, *Profili giuridici*, cit.

¹⁵³ In proposito E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., 119 afferma la necessità di addivenire preventivamente ad una classificazione dei suoli sulla base di tali caratteristiche comuni per evitare che in nome della perequazione si ingenerino inaspettate disparità.

effettive esigenze di standard e urbanizzazioni¹⁵⁴. Come è evidente, anche nella perequazione generalizzata il consenso dei privati è fondamentale per realizzare l'atterraggio dei diritti edificatori sulle aree a concentrazione necessaria¹⁵⁵. Infatti, solamente se i privati realizzano lo schema di cessioni e atterraggi previsti nel piano perequativo il Comune potrà ottenere la quota di edificabilità da destinare alla città pubblica senza ricorrere alle procedure espropriative, le quali invece si renderanno necessarie se gli scambi tra i privati non andranno a buon fine. Questi scambi hanno come oggetto le edificabilità, sulla cui trasferibilità si pongono alcuni interrogativi, attribuite dal piano che non possono concentrarsi su tutte le aree ma solo su quelle a concentrazione necessaria e sulle quali potranno svilupparsi i diritti edificatori anche di coloro che non ne hanno la titolarità formale. I proprietari coinvolti dovranno, dunque, poter ritenere fortemente conveniente tale sistema per consentirne il funzionamento altrimenti si renderà necessario l'intervento autoritativo del Comune, il quale rimane non eliminabile completamente.

Tale ultimo modello, il quale si sostanzia nell'attribuzione di un diritto edificatorio convenzionale e a prescindere dal piano, si pone in contrasto con l'impostazione tradizionale del procedimento pianificatorio il quale è diretto alla conformazione del territorio piuttosto avvicinandosi ad una redistribuzione di valori¹⁵⁶. In conseguenza di quanto appena affermato si impone la valutazione della compatibilità del modello di perequazione generalizzata con il principio di legalità dei poteri dell'amministrazione nonché con la ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni prevista nell'art. 117 Cost. Sotto il primo profilo in dottrina ci si è chiesti se in assenza di una disposizione di legge l'amministrazione possa attuare le tecniche perequative nella redazione degli strumenti urbanistici generali e attribuire un indice territoriale convenzionale¹⁵⁷ secondo il modello di perequazione generalizzata. Infatti, l'art. 42 Cost. ponendo una riserva di legge sullo

¹⁵⁴ P.URBANI, *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, in www.pausania.it, 2005; ID. *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 587; L. PISCITELLI, *Perequazione e integrazione tra zone*, in E.FERRARI (a cura di) *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, 2000, 165 (spec. 182).

¹⁵⁵ L'amministrazione dovrà adottare gli incentivi e le compensazioni atte a indurre i privati a fornire il loro consenso all'operazione. Sul punto v. E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit.

¹⁵⁶ P.URBANI, *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, in www.pausania.it, 2005.

¹⁵⁷ L. PISCITELLI, *Perequazione e integrazione tra zone*, in E.FERRARI (a cura di) *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, 2000, 163 (spec. 183).

statuto della proprietà impone una definizione normativa dei poteri conformativi dell'amministrazione¹⁵⁸. La questione si è posta nella trattazione dei limiti al potere conformativo dell'amministrazione nell'attività di governo del territorio e la soluzione di essa risiede nella sufficiente specificazione della legge¹⁵⁹. In tema di perequazione, tuttavia, non è possibile sostenere che via sia una legge sufficientemente specifica tale da fondare il potere dei Comuni. Almeno una legge statale; infatti, il tema investe anche la questione della necessità di una legge statale sul punto ovvero della sufficienza di una legge regionale. Alcuni ritengono che una legge statale che legittimi il ricorso della perequazione generalizzata sia necessaria alla luce del riparto di competenze previsto dall'art. 117 Cost.; infatti, è evidente che la riserva al Comune di una quota di edificabilità priva di area si pone in contrasto con la riserva alla competenza legislativa statale della materia dell'ordinamento civile poiché tale tecnica sembra incidere sullo statuto della proprietà, al quale ancora sembra inerire lo *jus aedificandi*. Al contrario, autorevole dottrina¹⁶⁰ ritiene di non aderire all'impostazione della giurisprudenza costituzionale sul punto poiché la teoria del contenuto minimo è considerata indeterminata, per la genericità dell'assunto, e negativa, poiché il concetto è utilizzato solo per dichiarare illegittime le norme sostanzialmente espropriative senza indennizzo ma non costruisce positivamente un criterio di indifferenziazione della proprietà privata nei confronti degli atti di pianificazione urbanistica. Secondo la stessa dottrina sarebbe preferibile una legge ordinaria che enucleasse il contenuto minimo della proprietà consentendo di individuare a priori quali determinazioni urbanistiche abbiano carattere ablatorio e quali ampliativo delle facoltà del proprietario, potendosi giungere per tale via alla soluzione del problema della discriminatorietà delle scelte di pianificazione. Tuttavia, i profili di attrito con la carta costituzionale sono anche altri. Da una parte, la necessità di distinguere il fenomeno perequativo da una espropriazione al di fuori delle procedure e delle garanzie di legge, *in primis* l'indennizzo¹⁶¹. Dall'altra,

¹⁵⁸ Per le diverse ipotesi ricostruttive cfr. L. PISCITELLI, *Perequazione e integrazione tra zone*, cit., 183.

¹⁵⁹ Il criterio è individuato da A.M. SANDULLI, *I limiti alla proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 962.

¹⁶⁰ P.STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, 81-82.

¹⁶¹ Il riferimento è alla nota vicenda del p.r.g. di Bassano del Grappa, bocciato dal Consiglio di Stato (sentenza 21 agosto 2006 n. 4833, in *Riv. giur. edil.*, 2006, I, 1237) in cui il Comune si era riservato il 50% della capacità insediativa totale, senza prevedere alcun accordo coi proprietari coinvolti.

qualora il piano preveda la disponibilità di una quota di diritti edificatori, da compensare o perequare, si potrebbe qualificare la vicenda come imposizione di una prestazione patrimoniale obbligatoria. Si ricorda che in proposito l'art. 23 Cost. pone una riserva di legge per la quale la Corte costituzionale ritiene idonea anche la legge regionale¹⁶². Secondo tale ultima impostazione la perequazione rientrerebbe nella materia del governo del territorio, attribuita alla competenza concorrente di Stato e Regioni, e solamente nel caso in cui si dovesse riconoscere la perequazione come principio fondamentale della materia la presenza di una legge statale sarebbe irrinunciabile pena la incostituzionalità delle leggi regionali che dovessero non solo prevedere e attuare tale principio. Purtroppo, nonostante gli evidenziati aspetti problematici la perequazione non è stata ancora oggetto della dovuta attenzione da parte del legislatore e nel silenzio della legge le Regioni si muovono per realizzare quegli obiettivi di governo del territorio che la perequazione sembra poter realizzare.

5. Altri modelli attuativi (*segue*).

La classificazione proposta è da considerarsi quella prevalente, tuttavia, in questa sede è opportuna qualche precisazione. In particolare si segnala che accanto a quella generale pura si può individuare una perequazione generale mista, caratterizzata anch'essa dall'estensione a tutto il territorio comunale ma comprendente sia le parti di primo impianto o da riplasmare sia la città c.d. consolidata. Infatti, la perequazione pura potrebbe essere realizzata, secondo tale ultima impostazione, solamente nei casi, a dire il vero eccezionali, in cui vi sia una città da realizzare *ex novo*. Di fronte alla città consolidata o configurata non è possibile adottare il medesimo approccio. La maggior parte delle città italiane è caratterizzata da limitati, quando non assenti, spazi liberi. Il suolo è una risorsa scarsa e i volumi assentibili sono stati in gran parte tutti realizzati, tutta la capacità insediativa è già consumata da chi ha costruito prima¹⁶³. Per tali ragioni la

¹⁶² S. BELLOMIA, *Diritto privato regionale, perequazione urbanistica e nuovi strumenti di governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 2, II, 74.

¹⁶³ S. PERONGINI, *Profili giuridici*, cit., 35, evidenzia come in una tale situazione di fatto per attuare la perequazione sarebbe necessario demolire e ricostruire secondo i nuovi criteri, soluzione che può dirsi eufemisticamente irrealistica.

perequazione possibile è solo quella c.d. tipologica che si realizza all'interno di ambiti nei quali si individuano alcune caratteristiche tipologiche comuni: da una parte si stabiliscono i nuovi parametri di omogeneizzazione dell'ambito, si opera con interventi di restauro e recupero conservativo, ma anche con interventi di demolizione e ricostruzione secondo i nuovi parametri; dall'altra si distribuiscono premialità edificatorie in caso di rottamazione di edifici vetusti o non adeguati. Accanto a tale modello si può individuare un'ulteriore forma di perequazione denominata atipica, la quale combina la perequazione generalizzata e quella parziale (o di comparto). Tale ultimo modello è caratterizzato dal fatto che l'indice edificatorio è attribuito in modo differente da un distretto di intervento all'altro anche se tale circostanza non sembra discostarsi molto da quanto detto in proposito della perequazione generalizzata nel paragrafo precedente, in proposito della necessaria preventiva classificazione dei suoli. Infatti, anche la perequazione generalizzata presuppone la differenziazione dell'intervento sulla base delle caratteristiche intrinseche (condizioni di fatto e di diritto) delle aree per evitare che l'attribuzione a tutti i suoli di un medesimo indice divenga causa di discriminazione invece che di perequazione. Tuttavia è palese come l'attribuzione di un determinato indice ad un'area con precise caratteristiche e la scelta di far rientrare la stessa area nel processo di trasformazione urbana possano correre il rischio di essere giudicate illegittime qualora non adeguatamente supportate da una logica e razionale motivazione. Ad esempio viene rilevata¹⁶⁴ l'arbitrarietà della decisione di limitare il conferimento dei diritti edificatori in quei casi in cui il suolo pretermesso, pur non incluso nelle aree attinte dai processi di trasformazione, presenti caratteristiche identiche a quelle possedute dai suoli ivi ricompresi, tale decisione deve considerarsi discriminatoria e come tale deve essere adeguatamente giustificata.

Una ulteriore classificazione prevede la distinzione tra perequazione endoambito ed estesa. La prima gode di una particolare affinità con la perequazione di comparto o parziale, anch'essa prevede la preventiva individuazione di un ambito di trasformazione all'interno del quale si realizzerà la perequazione tra i proprietari. Ogni ambito ha una volumetria potenziale non comprendente gli edifici già esistenti,

¹⁶⁴ S. PERONGINI, *Profili giuridici*, cit., 38.

di conseguenza è dotato di una rigidità esogena¹⁶⁵ a fronte della quale i proprietari dovranno avere un atteggiamento collaborativo pena la mancata realizzazione del piano e la mancata attribuzione dei benefici che la stessa comporta in termini di redistribuzione di costi e di benefici. Questa redistribuzione avviene attraverso una ricomposizione fondiaria, vale a dire l'approvazione di un piano comprendente le cessioni e le permutate immobiliari necessarie a far sì che la collocazione dello standard nell'ambito non pregiudichi nessun proprietario in modo prioritario. Il vettore di equità è rappresentato dall'incidenza percentuale delle aree riferibili a ciascun proprietario rispetto alla superficie complessiva dell'ambito e non al carattere edificatorio delle stesse¹⁶⁶. La perequazione estesa, espressamente richiamata dalla l.r. Lombardia n. 12 del 2005, è assimilabile a quella generalizzata e in essa il piano individua solo due macro-categorie di fondi, accipienti e di decollo, mentre l'evoluzione del piano e le possibili soluzioni di atterraggio sono lasciate alla contrattazione privata, limitata esclusivamente dalla necessaria corrispondenza tra interventi di trasformazione e atterraggio dei diritti edificatori. Per la realizzazione del modello è indispensabile che la vicenda di concentrazione non sia meramente eventuale e che le aree di atterraggio non siano volumetricamente sufficienti perché solamente in questo modo è possibile incentivare il gioco delle contrattazioni tra i privati (proprietari dei fondi accipienti e di quelli perequativi). Un problema di autosufficienza volumetrica si è presentato per il p.g.t. di Buccinasco, annullato dal TAR Lombardia¹⁶⁷ proprio perché tale autosufficienza impediva la realizzazione della perequazione come prevista dalla legge regionale. In sostanza al posto di un indice virtuale, che avrebbe obbligato i proprietari di terreni in ambito misto di trasformazione ad acquisire le aree, si è previsto un indice effettivo che permetteva ai proprietari delle aree di trasformazione di costruire anche senza l'acquisizione della volumetria sviluppata dalle aree inserite negli ambiti di perequazione¹⁶⁸. La legge regionale della Lombardia (n. 12 del 2005), come lo stesso TAR lombardo ricorda, prevede due sistemi di cessione di aree al Comune in corrispettivo dell'attribuzione

¹⁶⁵ L'espressione è di E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., 133.

¹⁶⁶ Ancora, E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., 133.

¹⁶⁷ Sez. II, 17 settembre 2009 n. 4671, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 5-6, 1859.

¹⁶⁸ Infatti il TAR Lombardia, cit., conclude che: "La differenza tra il meccanismo perequativo comunale e quello legale risulta (...) chiaro proprio con riferimento alla sostanziale facoltatività dell'utilizzo delle aree perequative introdotta dall'atto di approvazione del p.g.t."

di diritti edificatori, il primo è la cessione perequativa (oggetto della sentenza ricordata), ed il secondo quella compensativa. La cessione perequativa è prevista dall'art. 11 comma 1 e 2 della l.r. Lombardia n. 12 del 2005 ed è alternativa all'espropriazione perché non prevede l'apposizione di un vincolo sulle aree destinate a servizi pubblici ma prevede che tutti i proprietari, sia quelli che possono edificare sulle loro aree sia quelli i cui immobili dovranno realizzare la Città pubblica, partecipino alla realizzazione delle infrastrutture pubbliche attraverso l'equa ed uniforme distribuzione di diritti edificatori indipendentemente dalla localizzazione delle aree per attrezzature pubbliche e dei relativi obblighi nei confronti del Comune. La cessione compensativa, invece, si caratterizza per l'individuazione da parte del pianificatore di aree, destinate alla costruzione della Città pubblica, rispetto alle quali l'amministrazione non può rinunciare a priori al vincolo ed alla facoltà imperativa ed unilaterale di acquisizione coattiva delle aree. In queste aree, il Comune appone il vincolo preespropriativo ed entro il termine di cinque anni deve fare ricorso all'espropriazione con la possibilità di ristorare il proprietario mediante attribuzione di crediti compensativi od aree in permuta in luogo dell'usuale indennizzo pecuniario. La cessione perequativa si caratterizza per il fatto che il terreno che sarà oggetto di trasferimento in favore dell'amministrazione sviluppa volumetria propria (espressa, appunto dall'indice di edificabilità territoriale che gli viene attribuito) che, però, può essere realizzata solo sulle aree su cui deve concentrarsi l'edificabilità (aree alle quali è attribuito un indice urbanistico adeguato a ricevere anche la cubatura proveniente dai terreni oggetto di cessione). La legge regionale lombarda prevede che la cessione perequativa possa verificarsi solo in aree soggette a trasformazione. Infatti, la perequazione c.d. estesa (art. 11 comma 2 l.r. n. 12 del 2005) non può riguardare le aree destinate all'agricoltura e quelle non soggette a trasformazione urbanistica. In tale sistema perequativo, inoltre, la partecipazione di tutti i proprietari al mercato edilizio è necessaria. Nell'ambito della perequazione generalizzata di cui al comma 2 dell'art. 11 della l.r. n. 12 del 2005 il principio della necessaria partecipazione di tutti i proprietari alla rendita edilizia consegue all'obbligo di prevedere per tutte le aree del territorio comunale un "identico indice di edificabilità territoriale, inferiore a quello minimo fondiario". Tale requisito viene, invece, a scomparire nel caso di cessione compensativa. Infatti in tal caso i crediti

volumetrici attribuiti dal Comune, il cui utilizzo può essere limitato ad una parte del territorio comunale (con la conseguenza che alle aree “riceventi” possono essere attribuiti indici di base ridotti, tali da poter essere incrementati con i diritti edificatori in questione), sono parametrati al valore del vincolo espropriativo apposto sull’area e quindi possono anche non essere indispensabili per l’edificazione.

6. Esperienze regionali a confronto.

Quest’ultima parte del capitolo sarà dedicata ad una breve analisi delle esperienze regionali. Saranno analizzate alcune leggi regionali per mettere in evidenza come i principi perequativi possano trovare attuazione in modo diverso e come probabilmente tale diversità sia ineliminabile poiché ogni soluzione è legata alla specifica situazione. La prima Regione, anche per continuità con quanto detto per precedente paragrafo è la Lombardia. La legge regionale è la n. 12 del 2005¹⁶⁹, la quale all’art. 11, rubricato “compensazione, perequazione ed incentivazione urbanistica” dispone che sulla base dei criteri definiti dal documento di piano, i piani attuativi e gli atti di programmazione negoziata con valenza territoriale possono ripartire tra tutti i proprietari degli immobili interessati dagli interventi i diritti edificatori e gli oneri derivanti dalla dotazione di aree per opere di urbanizzazione mediante l’attribuzione di un identico indice di edificabilità territoriale, confermate le volumetrie degli edifici esistenti, se mantenuti. Si precisa che ai fini della realizzazione della volumetria complessiva derivante dall’indice di edificabilità attribuito, i predetti piani ed atti di programmazione individuano gli eventuali edifici esistenti, le aree ove è concentrata l’edificazione e le aree da cedere gratuitamente al Comune o da asservirsi, per la realizzazione di servizi ed infrastrutture, nonché per le compensazioni urbanistiche in permuta. Il p.g.t. dunque suddivide il territorio comunale in due tipologie di aree ed attua il modello di perequazione generalizzata o estesa, infatti, nella legge regionale è previsto che i Comuni¹⁷⁰, a fini di perequazione

¹⁶⁹ Sul tema per un’accurata disamina v. E.BOSCOLO, *Le regole dell’urbanistica in Lombardia*, Milano, 2006.

¹⁷⁰ Nel piano delle regole, che costituisce assieme al piano dei servizi e al documento di piano il p.g.t., esso definisce, all’interno dell’intero territorio comunale, gli ambiti del tessuto urbano consolidato, quali insieme delle parti di territorio su cui è già avvenuta l’edificazione o la trasformazione dei suoli,

urbanistica, possono attribuire a tutte le aree del territorio comunale, ad eccezione delle aree destinate all'agricoltura e di quelle non soggette a trasformazione urbanistica, un identico indice di edificabilità territoriale, inferiore a quello minimo fondiario, differenziato per parti del territorio comunale, disciplinandone altresì il rapporto con la volumetria degli edifici esistenti, in relazione ai vari tipi di intervento previsti. In tal caso, nel piano delle regole è regolamentata la cessione gratuita al Comune delle aree destinate nel piano stesso alla realizzazione di opere di urbanizzazione, ovvero di servizi ed attrezzature pubbliche o di interesse pubblico o generale, da effettuarsi all'atto della utilizzazione dei diritti edificatori, così come determinati in applicazione di detto criterio perequativo. La cessione al Comune, come evidente, è indispensabile per l'attuazione della perequazione e per l'utilizzazione dei diritti edificatori relativi alle aree non trasformabili. Una disposizione di notevole interesse è contenuta nel comma *2-bis*: "I Comuni possono determinare nel documento di piano i criteri uniformi di applicazione della perequazione urbanistica di cui al comma 2 in aree di trasformazione concordemente individuate nel territorio di uno o più di essi. In tal caso, le aree cedute alla rispettiva amministrazione comunale a seguito della utilizzazione dei diritti edificatori sono utilizzate per la realizzazione di servizi pubblici o di interesse pubblico o generale, di carattere sovracomunale, consensualmente previsti nel piano dei servizi del comune stesso". In essa è prevista la possibilità che per gli interventi di interesse sovracomunale più Comuni concordino una medesima linea di azione, in modo da coordinare gli interventi connessi. Nella legge regionale lombarda, come anticipato, è prevista una forma di cessione compensativa; infatti, alle aree destinate alla realizzazione di interventi di interesse pubblico o generale, non disciplinate da piani e da atti di programmazione, possono essere attribuiti, a compensazione della loro cessione gratuita al Comune, aree in permuta o diritti edificatori trasferibili su aree edificabili previste dagli atti di p.g.t. anche non soggette a piano attuativo. In alternativa a tale attribuzione di diritti edificatori, sulla base delle indicazioni del

comprendendo in essi le aree libere intercluse o di completamento; indica gli immobili assoggettati a tutela in base alla normativa statale e regionale; individua le aree e gli edifici a rischio di compromissione o degrado e a rischio di incidente rilevante; contiene, in ordine alla componente geologica, idrogeologica e sismica, quanto previsto dall'articolo 57, comma 1, lettera *b*), l.r. n. 12 del 2005; individua: le aree destinate all'agricoltura, le aree di valore paesaggistico-ambientale ed ecologiche, le aree non soggette a trasformazione urbanistica.

piano dei servizi il proprietario può realizzare direttamente gli interventi di interesse pubblico o generale, mediante accreditamento o stipulazione di convenzione con il Comune per la gestione del servizio¹⁷¹. Si segnala l'importante previsione della commerciabilità dei diritti edificatori attribuiti a titolo di perequazione e di compensazione. I Comuni sono tenuti ad istituire il registro delle cessioni dei diritti edificatori, aggiornato e reso pubblico secondo modalità stabilite dagli stessi. Non mancano, inoltre, gli strumenti di incentivazione che la legge limita ad una misura non superiore al 15% della volumetria ammessa per interventi ricompresi in piani attuativi finalizzati alla riqualificazione urbana e in iniziative di edilizia residenziale pubblica. Analoga disciplina di incentivazione può essere prevista anche ai fini della promozione dell'edilizia bioclimatica e del risparmio energetico, in coerenza con i criteri e gli indirizzi regionali, nonché ai fini del recupero delle aree degradate o dismesse che possono compromettere la sostenibilità e la compatibilità urbanistica, la tutela dell'ambiente e gli aspetti socio-economici, di cui all'articolo 1, comma 3-bis, e ai fini della conservazione degli immobili di interesse storico-artistico ai sensi del decreto legislativo n. 42 del 2004.

Un'altra esperienza regionale da considerare in questa breve disamina è quella dell'Emilia Romagna, l.r. n. 20 del 2000. In essa si recepisce la distinzione tra piano strutturale e piano operativo e all'art. 7 si occupa di perequazione. Si afferma programmaticamente che la perequazione urbanistica persegue l'equa distribuzione, tra i proprietari degli immobili interessati dagli interventi, dei diritti edificatori riconosciuti dalla pianificazione urbanistica e degli oneri derivanti dalla realizzazione delle dotazioni territoriali. Il piano strutturale identifica gli ambiti omogenei cui attribuire la medesima "possibilità edificatoria", mentre il piano operativo e i piani urbanistici attuativi (PUA), nel disciplinare gli interventi di trasformazione da attuare in forma unitaria, assicurano la ripartizione dei diritti edificatori e dei relativi oneri tra tutti i proprietari degli immobili interessati, indipendentemente dalle destinazioni specifiche assegnate alle singole aree. Il regolamento urbanistico edilizio (RUE) stabilisce i criteri e i metodi per la determinazione del diritto edificatorio spettante a

¹⁷¹ Il comma è stato dichiarato illegittimo, in combinato disposto con l'articolo 9, comma 12, dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 129 del 2006, nella parte in cui non prevede l'obbligo di procedure ad evidenza pubblica per tutti i lavori, da chiunque effettuati, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

ciascun proprietario, in ragione del diverso stato di fatto e di diritto in cui si trovano gli immobili al momento della formazione del piano strutturale. All'art. 7-bis (introdotto dall'art. 15 l.r. 6 del 2009) è disciplinato il concorso alla realizzazione delle politiche di edilizia residenziale sociale; in particolare, è stabilito che la pianificazione territoriale e urbanistica concorre alla realizzazione delle politiche pubbliche per la casa, disciplinando l'attuazione degli interventi edilizi, di recupero o in via subordinata di nuova costruzione, diretti a soddisfare il fabbisogno di alloggi per le famiglie meno abbienti, in conformità alla legislazione vigente. In attuazione dei principi di solidarietà e coesione economico sociale stabiliti dall'art. 42, comma 2, Cost. e di perequazione urbanistica i proprietari degli immobili interessati da nuovi insediamenti e da interventi di riqualificazione concorrono alla realizzazione degli interventi di edilizia residenziale sociale nelle forme stabilite dagli strumenti di pianificazione urbanistica, in conformità a quanto previsto dalla legge urbanistica regionale. Sono previste, inoltre, all'art. 7-ter misure per incentivare la qualificazione del patrimonio edilizio esistente, a tale scopo la pianificazione urbanistica può stabilire incentivi volumetrici e altre forme di premialità progressive e paramtrate ai livelli prestazionali raggiunti, per realizzare i seguenti obiettivi di interesse pubblico: a) promuovere la riqualificazione urbana, anche attraverso interventi edilizi che qualifichino i tessuti urbani e, nel contempo, disincentivare la diffusione insediativa e il consumo di suolo; b) realizzare un significativo miglioramento dell'efficienza energetica degli edifici; c) incentivare la realizzazione di interventi di adeguamento o miglioramento sismico, in applicazione della normativa tecnica per le costruzioni; d) promuovere l'eliminazione delle barriere architettoniche; e) assicurare il rispetto dei requisiti igienico sanitari degli abitati e dei locali di abitazione e lavoro, nonché dei requisiti relativi alla sicurezza degli impianti, alla prevenzione degli incendi e alla sicurezza dei cantieri; f) realizzare la semplificazione e la celerità delle procedure abilitative, pur assicurando lo svolgimento dei necessari controlli sui progetti, sulle opere in corso d'opera e su quelle realizzate. Da quanto esposto emerge chiaramente che la legge regionale emiliana non procede ad una definizione del concetto di perequazione, individuandone esclusivamente il fine, l'equa distribuzione dei diritti e degli oneri. Il modello che sembra essere stato scelto è quello della perequazione parziale o di comparto, che dovrà essere attuato esclusivamente nella fase attuativa

del piano. Tuttavia, la laconicità della disposizione regionale non ha impedito a Comuni come Ravenna o Modena, di portare alle estreme conseguenze le affermazioni di principio della legge urbanistica regionale facendo sorgere più di qualche dubbio sulla legittimità degli strumenti urbanistici approvati¹⁷². In particolare si evidenzia una mancanza di disciplina degli effetti ricadenti sullo statuto della proprietà dei meccanismi attuativi del principio perequativo così genericamente affermato. Ad avviso di chi scrive sembra che vi sia una importante perdita di legalità del sistema che risente dell'assenza di una legge statale al riguardo.

Altra ipotesi applicativa riguarda la l.r. Campania n. 16 del 2004. Apparentemente la perequazione è definita nell'art. 32 rubricato "perequazione urbanistica", essa persegue lo scopo di distribuire equamente, tra i proprietari di immobili interessati dalla trasformazione oggetto della pianificazione urbanistica, diritti edificatori e obblighi nei confronti del Comune o di altri enti pubblici aventi titolo. Il comma 2 dispone che il PUC, gli atti di programmazione degli interventi e i PUA ripartiscono le quote edificatorie e i relativi obblighi tra i proprietari degli immobili ricompresi nelle zone oggetto di trasformazione mediante i comparti di cui al successivo art. 33, "indipendentemente dalla destinazione specifica delle aree interessate". Il RUEC (regolamento urbanistico edilizio comunale) individua le modalità per la definizione dei diritti edificatori dei singoli proprietari, tenendo conto dello stato sia di fatto che di diritto in cui versano i relativi immobili all'atto della formazione del PUC. Pertanto, la ripartizione delle quote avviene sulla base dell'indice di edificabilità effettivamente previsto dal piano¹⁷³. Il modello seguito è quello del comparto, all'interno del quale si esaurisce ogni contrattazione per l'equa ripartizione dei costi e dei benefici derivanti dal piano. Il comparto è disciplinato negli artt. 33 e 34, in particolare le trasformazioni previste dal PUC, dai PUA o dagli atti di programmazione degli interventi possono essere realizzate (e non devono) essere realizzate mediante comparti edificatori, individuati dagli stessi PUC, dai

¹⁷² Su tali aspetti si è soffermato B.GRAZIOSI, *Figure polimorfe di perequazione urbanistica e principio di legalità*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 4-5, II, 147. L'A. svolge interessanti considerazioni sulle conseguenze di una legge regionale tanto vaga, in particolare oltre all'esame della pianificazione di Ravenna e Modena, si analizza il caso di S. Benedetto del Tronto, in cui si è previsto il c.d. rinnovo perequativo dei vincoli espropriativi, con l'attribuzione ai privati della possibilità di trasformare le aree a standard dietro cessione al Comune del 50% delle aree.

¹⁷³ G. MARI, *La perequazione urbanistica nei piani attuativi: la disciplina della l.r. Campania n. 16 del 2004*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 4, II, 125, cui si rimanda per maggiori approfondimenti.

PUA e dagli atti di programmazione degli interventi. La legge stabilisce che il comparto è costituito da uno o più ambiti territoriali, edificati o non, ed è individuato dal PUC, i PUA o gli atti di programmazione degli interventi che indicano le trasformazioni urbanistiche ed edilizie, i tipi di intervento, le funzioni urbane ammissibili, la volumetria complessiva realizzabile e le quote edificatorie attribuite ai proprietari degli immobili inclusi nel comparto, la quantità e la localizzazione degli immobili da cedere gratuitamente al Comune o ad altri soggetti pubblici per la realizzazione di infrastrutture, attrezzature e aree verdi. Pertanto appare evidente come la perequazione di comparto prevista dalla legge campana sia un'attuazione prudente del principio che vincola il comparto ad una rigidità esogena (l'edificabilità del comparto è stabilita dal piano al netto di quella necessaria per le attrezzature pubbliche)¹⁷⁴. Si nota l'importanza della previsione della libera commerciabilità delle quote edificatorie attribuite ai proprietari e di contro l'impossibilità di trasferirle in altri comparti edificatori¹⁷⁵. Tuttavia, tale commerciabilità non gode di alcuna regolamentazione e tale mancanza appare una gravissima nota negativa poiché come vedremo è proprio su tale aspetto che si appuntano le critiche maggiori ai sistemi di perequazione urbanistica¹⁷⁶.

Sul ruolo degli accordi punta la l.r. Basilicata n.23 del 1999, l'art. 33 disciplina le finalità e i contenuti della perequazione: “la perequazione urbanistica persegue l'equità distributiva dei valori immobiliari prodotti dalla pianificazione e la ripartizione equa tra proprietà private dei gravami derivanti dalla realizzazione della parte pubblica della città”. La pratica della perequazione urbanistica si basa su un accordo di tipo convenzionale che prevede la compensazione tra suolo ceduto o acquisito e diritti edificatori acquisiti o ceduti, pertanto nella fase attuativa del piano.

¹⁷⁴ Il comma 3 dell'art. 33 citato, infatti dispone che: “Le quote edificatorie sono espresse in metri quadrati o in metri cubi e sono ripartite tra i proprietari in proporzione alla frazione percentuale da ciascuno di essi detenuta del complessivo valore imponibile, accertato ai fini dell'imposta comunale sugli immobili per l'insieme di tutti gli immobili ricadenti nel comparto. La superficie necessaria per la realizzazione di attrezzature pubbliche non è computata ai fini della determinazione delle quote edificatorie”.

¹⁷⁵ L'attuazione del comparto è contenuta nell'art. 34, nel quale si prevede il ricorso alle procedure espropriative laddove manchi il consenso dei proprietari, similmente a quanto avviene in base anche alla disciplina nazionale.

¹⁷⁶ I diritti edificatori sono dei nuovi beni che non godono di alcuna regolamentazione quanto a pubblicità e regime giuridico creando non pochi problemi di legittimità costituzionale dei sistemi che prevedono tale libera circolazione.

Di particolare interesse la circostanza che la legge regionale della Basilicata stabilisce il criterio dell'asta pubblica per individuare i privati con cui il Comune si possa accordare in tema di perequazione urbanistica, infatti all'art. 33: "L'accordo fra e con i privati può essere determinato come esito di asta pubblica fra operatori, basata su condizioni di sostanziale equilibrio fra la domanda e l'offerta di suolo oggetto di trasferimento di diritti edificatori". Il legislatore regionale probabilmente ha avvertito le possibili distorsioni per disparità di trattamento verificabili in caso di interpretazione non corretta della pianificazione mediante accordi con i privati. Abbracciando il nuovo modello di pianificazione generale si prevede il piano strutturale (PSC) con il compito di individuare i Distretti Urbani di Trasformazione nei quali si applica la perequazione e i Distretti Urbani nei quali trasferire diritti edificatori da altre aree (in cui si attua una forma di compensazione). Mentre nel piano operativo (POC), si regolano le modalità di trasferimento e di compensazione dei diritti edificatori. Sembra, dunque, che il modello seguito sia quello della perequazione generale ma mista.

Al contrario in Calabria l.r. n.19 del 2002 si attua un modello di perequazione di tipo esteso. L'art. 54, rubricato "perequazione urbanistica" esordisce con l'enunciazione della finalità perseguita, vale a dire l'equa distribuzione dei valori immobiliari prodotti dalla pianificazione urbanistica e degli oneri derivanti dalla realizzazione delle dotazioni territoriali (che s'è visto è inserita programmaticamente anche nelle altre leggi regionali considerate). In modo espresso si prevede che la quantità di edificazione spettante ai terreni che vengono destinati ad usi urbani deve essere indifferente alle specifiche destinazioni d'uso previste dal piano strutturale comunale (PSC) e deve invece correlarsi allo stato di fatto e di diritto in cui i terreni stessi si trovano al momento della formazione del Piano stesso¹⁷⁷. A tal fine, il piano strutturale riconosce la medesima possibilità edificatoria ai diversi ambiti che presentino caratteristiche omogenee, in modo che ad uguale stato di fatto e di diritto corrisponda una uguale misura del diritto edificatorio (tale aspetto è presente, come visto, anche in Emilia Romagna e in Basilicata). L'edificabilità aggiuntiva prevista dal piano strutturale è riservata al Comune per realizzare le finalità di interesse

¹⁷⁷ L'espressione è usata dalla dottrina proprio per definire il modello di perequazione generalizzata e a priori.

generale (sviluppo economico, sociale e tutela ambientale) e le aree non necessarie saranno utilizzate per realizzare strade ed attrezzature urbane, nonché per ricavarne lotti edificabili da utilizzare sia per i previsti programmi di sviluppo economico e sociale sia per le permutate necessarie ad assicurare ai proprietari dei terreni destinati dal PSC ad usi pubblici, la possibilità di costruire quanto di loro spettanza. Anche in Calabria è previsto un accordo di tipo convenzionale che prevede la compensazione tra suolo ceduto o acquisito e diritti edificatori acquisiti o ceduti. Con il piano operativo e i piani attuativi si disciplinano gli interventi di trasformazione da attuare in forma unitaria, si assicura la ripartizione dei diritti edificatori e dei relativi oneri tra tutti i proprietari degli immobili interessati, indipendentemente dalle destinazioni specifiche assegnate alle singole aree. I criteri e i metodi per la determinazione del diritto edificatorio spettante a ciascun proprietario, in ragione del diverso stato di fatto e di diritto in cui si trovano gli immobili al momento della formazione del PSC sono affidati al regolamento edilizio ed urbanistico (REU)¹⁷⁸.

7. L'esperienza romana.

Come ultima ipotesi applicativa si analizza il caso del p.r.g. di Roma. L'importanza della presenza di Roma nell'esperienza del Lazio autorizza ad una tale parziale analisi¹⁷⁹. Tale scelta appare inevitabile per la rilevanza di Roma e per l'*affectio* che lega chi scrive alla città, ma anche per il fatto che proprio il nuovo p.r.g. contiene importanti previsioni in materia di perequazione. La legge regionale laziale (n. 38 del 1999) non è dotata di previsioni specifiche sul punto, la scelta operata nel 1999 fu quella di mantenere un sistema pianificatorio di tipo tradizionale, aderente allo schema della legge urbanistica n. 1150 del 1942. Il termine perequazione compare nell'articolo 30, comma 1, lett. h), dove si dispone che spetta

¹⁷⁸ Anche per la Calabria si rimanda a G. MARI, *La perequazione urbanistica nei piani attuativi*, cit., 125.

¹⁷⁹ Sul tema in particolare v. L.CASINI, *Perequazione e compensazioni nel nuovo piano regolatore generale di Roma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 2, 203; M.ANTONIOL, *Quale base legislativa può reggere un piano perequativo?*, in *www.espropionline.it*, 2010, 3; F.MARZARI, *Prg di Roma, legittimo imporre ai privati di cedere quote di edificabilità aggiuntiva*, in *Edil. e terr.*, 2010, 29, 6; E.MICELLI, *Prg di Roma, il Tar Lazio bocchia la perequazione se l'edificabilità viene ripartita fra privati e Pa*, in *Edil. e terr.*, 2010, 6, 6.

al piano urbanistico comunale generale (PUCG) indicare “quali trasformazioni debbono attuarsi previa acquisizione pubblica di immobili esattamente individuati o mediante le forme di perequazione previste nei PUOC”, ossia i piani urbanistici operativi comunali. Le norme regionali in tema di urbanistica contemplano l’ipotesi del comparto edilizio prevista dalla legislazione nazionale, senza particolari innovazioni (artt. 39 e 48 legge regionale)¹⁸⁰. Il caso della città di Roma è particolarmente interessante poiché solamente nel 2008 è stato approvato il piano dopo un lungo percorso che è stato reso ancora più impervio a causa dell’estensione del Comune, il più grande d’Europa¹⁸¹ e a causa della presenza di ampi spazi verdi (il c.d. agro romano) considerati aree da salvaguardare non solo per ragioni di carattere paesaggistico-ambientale ma anche per ragioni storiche e culturali¹⁸². Il percorso che ha portato al nuovo p.r.g. di Roma, avviato nel 1994, è stato particolarmente lungo e complesso. Nel 1997 è stata adottata la variante nota come Piano delle Certezze, che ha posto le basi per le scelte future, nel quale il territorio veniva suddiviso in ambito “extraurbano”, pari al 64% del territorio comunale, “città da completare e trasformare”, corrispondente al 31% dello stesso, nonché “città consolidata”, comprensiva dell’ultimo 5% del territorio comunale¹⁸³. Tale strumento, infatti, ha previsto un meccanismo¹⁸⁴ per compensare le capacità edificatorie sacrificate dalla previsione di aree destinate alla realizzazione di un sistema di salvaguardia ambientale; le cubature compensate dovevano essere recuperate nell’ambito della città da completare e trasformare, il cui assetto non è stato regolato dal Piano delle Certezze ma rinviato ad una successiva fase. Pertanto, sul nuovo p.r.g. gravava l’onere di collocare le capacità edificatorie dei proprietari da compensare in base alla variante del 1997¹⁸⁵. Il piano del 2008 ha confermato la suddivisione precedente ed in particolare ha previsto 3 sistemi: insediativo (città storica, la città consolidata, la città da ristrutturare, la città della trasformazione, i progetti strutturanti, gli ambiti di

¹⁸⁰ L.CASINI, *Perequazione e compensazioni*, cit.

¹⁸¹ I dati sono forniti da L.CASINI, *Perequazione e compensazioni*, cit.

¹⁸² Non v’è timore nell’affermare che Roma, capitale d’Italia, è ancora una città dove le tradizioni culturali sono legate all’agricoltura e alle attività pastorali.

¹⁸³ Così, M.ANTONIOL, *Quale base legislativa può reggere un piano perequativo?*, cit.; sul Piano delle certezze cfr. altresì M. MARCELLONI, *Pensare la città contemporanea. Il nuovo piano regolatore di Roma*, Roma, 2003.

¹⁸⁴ Che ha trovato il *placet* della giurisprudenza, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 19 luglio 1999 n. 1652, in *Riv. giur. edil.*, 1999, I, 1082.

¹⁸⁵ In tal senso v. L.CASINI, *Perequazione e compensazioni*, cit.

riserva a trasformabilità vincolata), agricolo (aree naturali protette, il reticolo idrografico, l'agro romano, i parchi agricoli) e dei servizi (servizi pubblici, servizi privati e verde privato attrezzato, infrastrutture per la mobilità, infrastrutture tecnologiche, reti tecnologiche). I meccanismi perequativi sono affidati alle NTA dagli artt. 17 a 22, dopo che all'art. 1, comma 2, è previsto che: "Il Piano persegue gli obiettivi della riqualificazione e valorizzazione del territorio, secondo i principi della sostenibilità ambientale e della perequazione urbanistica e nel rispetto dei criteri di economicità, efficacia, pubblicità e semplificazione dell'azione amministrativa, nel quadro della legislazione vigente". Nelle intenzioni del pianificatore la perequazione contenuta nel piano di Roma è una perequazione generalizzata realizzata secondo diverse modalità: gli ambiti di compensazione; il contributo straordinario; le compensazioni urbanistiche; gli incentivi per il rinnovo edilizio; la cessione compensativa (artt. da 18 a 22 delle NTA). Gli *ambiti di compensazione*: nel Sistema insediativo di nuovo impianto, la quota maggioritaria della SUL (superficie utile lorda) aggiuntiva è messa a disposizione del Comune, che la utilizza per finalità di interesse pubblico (riqualificazione urbana, tutela ambientale, edilizia con finalità sociali, servizi di livello urbano). Ai sensi dell'art. 18, comma 4, NTA gli ambiti di compensazione si attuano per intervento indiretto, di iniziativa pubblica o privata: approvato lo strumento urbanistico esecutivo, i proprietari dell'ambito cedono, a titolo gratuito, al Comune o a soggetti terzi dallo stesso individuati per le finalità di cui al comma 3, la superficie fondiaria corrispondente alle previsioni edificatorie riservate al Comune. Se il destinatario finale delle previsioni edificatorie riservate al Comune coincide con il proprietario dell'area di destinazione, non si dà luogo alla cessione predetta. *Contributo straordinario*: nel Sistema insediativo esistente, la quota maggioritaria delle principali valorizzazioni immobiliari generate dalle nuove previsioni urbanistiche è soggetta alla corresponsione di un contributo finanziario straordinario, che il Comune utilizza per il finanziamento di opere e servizi pubblici in ambiti urbani degradati, con finalità di riqualificazione urbana. *Compensazioni urbanistiche*: la capacità edificatoria dei comprensori urbanistici soppressi dal "Piano delle Certezze", se contrastanti con esigenze di tutela ambientale non già imposte da vincoli sovraordinati, è trasferita negli *ambiti di compensazione*. *Incentivi per il rinnovo*

edilizio: gli interventi di rinnovo del patrimonio edilizio degradato possono beneficiare di incentivi urbanistici, trasferibili negli *ambiti di compensazione*.

Cessione compensativa: le aree a destinazione pubblica, in specifici ambiti e per finalità di riqualificazione urbana, possono essere acquisite tramite la concessione ai proprietari di previsioni edificatorie da localizzare *in situ* o trasferibili negli *ambiti di compensazione*. Le NTA dispongono che l'applicazione delle modalità di perequazione può anche essere combinata e che l'accesso agli incentivi o compensazioni, avviene mediante procedimento consensuale di evidenza pubblica, a carattere concorsuale, nelle forme del Programma integrato e in coerenza con le norme statali in materia di partecipazione al procedimento amministrativo. Tuttavia, esperito con esito negativo o insufficiente tale procedimento, il Comune ha facoltà di conseguire i medesimi obiettivi, secondo priorità, con il ricorso a procedimenti e istituti autoritativi previsti dall'ordinamento statale o regionale. Il comma 5 dell'art. 17, NTA, contiene una disposizione molto importante poiché prevede che ai fini dell'applicazione dei meccanismi perequativi previsti il piano distingue tra previsioni edificatorie esercitabili *in situ* e quelle da trasferire in altre aree, nonché, sulla stessa area, tra previsioni edificatorie attribuite ai proprietari o riservate al Comune ovvero tra previsioni edificatorie attuabili per intervento diretto o indiretto. In ogni caso, il piano garantisce ai proprietari interessati dagli strumenti urbanistici esecutivi l'equa ripartizione delle previsioni edificatorie, indipendentemente dalle specifiche destinazioni assegnate alle singole aree e proporzionalmente alla quota di superficie in proprietà. Indipendentemente dai criteri e modalità di attribuzione delle previsioni edificatorie, il p.r.g. garantisce la ripartizione degli oneri da assumere nei confronti dell'amministrazione in proporzione alle stesse previsioni edificatorie assegnate, distinguendo tra previsioni edificatorie ordinarie, cui corrispondono oneri ordinari, e previsioni edificatorie aggiuntive, cui corrispondono oneri straordinari. A conclusione di questa breve disamina non si può che concordare con chi osserva: *“Il sistema descritto è particolarmente intricato e costituisce il risultato dell'uso di diverse tecniche: perequazione, compensazione, incentivi e premialità (...) con specifico riguardo al governo dei diritti edificatori, si traggono tre conseguenze: innanzitutto vi è l'uso di un principio generale di perequazione, la cui prevalente applicazione si ha nella formazione dei programmi integrati; le compensazioni*

*urbanistiche sono limitate a fattispecie definite, prima fra tutte l'edificabilità da localizzare a seguito dell'approvazione del Piano delle certezze; sono regolate forme di cessione compensativa, applicabili per il reperimento di aree a destinazione pubblica*¹⁸⁶. Da una parte si trovano le capacità edificatorie da localizzare, derivanti dagli interventi entro gli ambiti di compensazione, dalle compensazioni urbanistiche, dalle cessioni compensative e dagli incentivi urbanistici o anche da alcune ipotesi di contributo straordinario. Dall'altra, invece, le aree su cui queste capacità edificatorie possono "atterrare" sono non solo gli ambiti all'interno dei programmi integrati, ma anche gli ambiti di compensazione. Nella relazione tecnica della Conferenza di copianificazione è stato rilevato che il sistema è "unitario, organico e generalizzato", non incide sostanzialmente sui diritti urbanistici pregressi, prevede l'applicazione di oneri straordinari solo alle "nuove e maggiori previsioni urbanistiche", non incide sul dimensionamento del piano, si attua mediante procedimento consensuale, di evidenza pubblica e a carattere concorsuale¹⁸⁷. Ciò che è evidente è la presenza di un interesse pubblico alla realizzazione di opere e servizi per la collettività senza per questo erodere ulteriormente l'agro romano; inoltre, è fortemente sentita l'esigenza di non alterare la situazione pregressa fornendo ai proprietari la possibilità di ampliare anche soprattutto col contributo straordinario le proprie capacità edificatorie¹⁸⁸. Il piano così come illustrato ha ottenuto l'avallo della giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁸⁹ la quale ha ritenuto conforme ai poteri conformativi dell'amministrazione in materia di governo del territorio, come delineati dalla Corte costituzionale, l'attribuzione di una quota di edificabilità aggiuntiva al privato in cambio della cessione delle aree al Comune o della corresponsione del contributo straordinario predeterminato dall'amministrazione. Tali interventi, infatti, non intaccano la quota di edificabilità già posseduta dai suoli ma incidono su una quota aggiuntiva, futura ed eventuale. Il piano di Roma ha riconosciuto i precedenti indici di edificabilità ed ha proposto un modello in base al quale l'edificabilità aggiuntiva è il frutto di un accordo tra Comune e privati, contrariamente a quanto accadeva a Bassano del

¹⁸⁶ L.CASINI, *Perequazione e compensazioni*, cit.

¹⁸⁷ Tali circostanze sono evidenziate da L.CASINI, *Perequazione e compensazioni*, cit.

¹⁸⁸ Tale affermazione risulta maggiormente comprensibile qualora si tenga a mente che nel territorio romano vi è una forte presenza di società di costruzione e imprese che dispongono di fondi estesi. La circostanza è riportata da L.CASINI, *Perequazione e compensazioni*, cit.

¹⁸⁹ Sez. IV, 13 luglio 2010 n. 4545, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 5.

Grappa il cui piano è stato censurato dalla nota sentenza n. 4833 del 2006¹⁹⁰ del Consiglio di Stato. In tale ultimo caso, il Comune al di fuori di qualunque accordo coi privati si era riservato una quota del territorio comunale, incidendo anche sulla capacità edificatoria già posseduta dai privati, realizzando una forma dissimulata di esproprio.

¹⁹⁰ In *Riv. giur. edil.*, 2006, 6, 1237.

Capitolo III

Il mercato dei diritti edificatori

1. Diritti edificatori, nuovi beni?

Quanto descritto nel precedente capitolo in tema di perequazione impone una separata analisi della creazione e circolazione dei diritti edificatori. Il fenomeno perequativo e compensativo, infatti, postula l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva indicata come credito o diritto edificatorio di cui è interessante indagare la natura giuridica per risolvere le questioni inerenti da un lato alla disciplina applicabile e dall'altro alla loro circolazione. Sotto tale profilo la distinzione tra perequazione e compensazione non ha conseguenze particolari poiché l'effetto risulta essere analogo, vale a dire la creazione di un diritto edificatorio che esprime la dimensione quantitativa dello *jus aedificandi*, la misura della trasformazione realizzabile dal titolare dello stesso¹⁹¹ e che origina dall'applicazione di un indice edificatorio uniforme per ambiti omogenei ovvero dall'applicazione di tecniche di compensazione previste a vario titolo dalla legislazione statale ma soprattutto regionale¹⁹². La legittimazione alla creazione di tali diritti sembra provenire da

¹⁹¹ Così, A. MALTONI, *Perequazione e compensazione nella legislazione urbanistica della Regione Emilia Romagna e nella disciplina di alcuni strumenti urbanistici locali. Considerazioni generali in tema di alienazione di diritti edificatori*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU Perugia, 30 novembre 2007, Napoli, 2009, 87, spec. 99.

¹⁹² Su tali aspetti si rinvia a A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 429; ID., *L'esperienza umbra*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU Perugia, 30 novembre 2007, Napoli, 2009, 127; A. POLICE, *Governo e mercato dei diritti edificatori*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori*, cit., 21; G.F. CARTEI, T. PONTELLO, *Perequazione urbanistica e misure compensative. L'esperienza toscana*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori*, cit., 109; L. CASINI, *L'esperienza del Lazio*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei*

recenti disposizioni di legge statale le quali tuttavia non ne disciplinano il contenuto né la circolazione. E' interessante notare, inoltre, che la creazione dei diritti edificatori non deriva esclusivamente dal fenomeno perequativo e compensativo¹⁹³; i diritti in questione possono conseguire all'attribuzione in funzione premiale per la realizzazione da parte del privato di interventi finalizzati alla riqualificazione urbanistica, alla tutela e conservazione ambientale ovvero di interventi di edilizia residenziale pubblica e parimenti l'attribuzione di tali diritti premiali può derivare dall'attribuzione in conto prezzo a un imprenditore in cambio della realizzazione di opere di pubblica utilità¹⁹⁴. Le disposizioni della legge finanziaria per il 2008 e quella per il 2009 hanno consentito ai Comuni di perimetrare ambiti in cui la trasformazione è subordinata alla cessione gratuita delle aree in cambio della corresponsione di diritti premiali; in particolare con il c.d. piano casa è stata data la possibilità ai Comuni di trasferire diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo¹⁹⁵. In dottrina¹⁹⁶ si è affermato che tali disposizioni avrebbero dato copertura legislativa alle tecniche perequative, compensative e premiali, tale conclusione è comprensibile se si pensa che il trasferimento dei diritti edificatori sembra porsi in contrasto con la riserva di legge

diritti edificatori, cit., 159; M.D'ORSOGNA, *L'esperienza dell'Abruzzo*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori*, cit., 137; M. RENNA, *L'esperienza della Lombardia*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori*, cit., 57.

¹⁹³ In relazione ai quali attua il principio di eguaglianza formale.

¹⁹⁴ A.BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale*, cit., 440. L'A. sottolinea come le premialità siano riconducibili alle funzioni dello stato del benessere e attuino il principio di eguaglianza sostanziale (pagina 430). L'ultima ipotesi ha punti di contatto con l'appalto di opere pubbliche. L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) con una determinazione del 2008 (n. 4, su www.autoritalavoripubblici.it) ha ricondotto le convenzioni dirette a cedere diritti edificatori in cambio della realizzazione di infrastrutture alla figura all'appalto poiché in tali ipotesi l'onerosità per l'amministrazione può consistere nel riconoscimento di diritti suscettibili di valutazione economica. Da quanto detto conseguirebbe l'applicabilità della disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici. L'A. non ritiene di poter aderire a tale impostazione poiché l'onerosità andrebbe valutata solo in termini economico-monetari, sembrando applicabili solo i principi dei Trattati i quali impongono che le procedure siano informate al principio di non discriminazione e trasparenza per garantire un adeguato livello di pubblicità e concorrenzialità. Lo schema giuridico da utilizzare sarebbe quello delle sovvenzioni (art. 12 l. n. 241 del 1990), in base al quale è necessaria una predeterminazione dei criteri di selezione degli aventi diritto. Sul punto si rinvia comunque agli approfondimenti dell'A., in particolare da pagina 443 a 446. Sul punto si ricorda quanto affermato da M.P. CHITI, *Il ruolo della Comunità Europea nel governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, II, 91, spec. 101, in particolare è fortemente sentito il rischio che una visione pancomunitaria e troppo attenta al profilo concorrenziale delle operazioni in esame ridimensioni drasticamente il ruolo dell'art. 11 l. n. 241 del 1990 sugli accordi.

¹⁹⁵ Le disposizioni sono l'art. 1, comma 258 e 259 l. n. 244 del 2007 e l'art. 11 l.n. 133 del 2008.

¹⁹⁶ Tra gli altri v. P.URBANI, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, in *Edil. e terr.*, 2008, n. 30.

statale in materia di ordinamento civile¹⁹⁷. La possibilità che vengano creati diritti edificatori che esprimono la misura dell'esercizio dello *jus aedificandi* e che sono separabili dalla titolarità del fondo sembra incidere sullo statuto del diritto di proprietà. Nell'affermare che sussiste un contenuto minimo del diritto di proprietà si è sostenuto che tale contenuto minimo consiste in una adeguata possibilità di sfruttamento economico del fondo, il quale è legato principalmente alla possibilità di edificare sullo stesso. Se si assume che lo *jus aedificandi* possa essere scorporato dalla titolarità del bene immobile allora non può negarsi che con tale fenomeno avviene una sostanziale modifica dello statuto proprietario la quale potrebbe conseguire solo ad una disposizione statale. Purtroppo non sembra che le disposizioni delle leggi finanziarie appena ricordate siano sufficienti a fornire tale copertura a causa della loro laconicità e della mancanza di un espresso riferimento al fenomeno perequativo, il quale si avvale come esaminato nel precedente capitolo, della tecnica dello "scorporo dei diritti edificatori" e della traslazione degli stessi dalle aree di conservazione a quelle di concentrazione e trasformazione urbana. Quanto alla natura dei diritti edificatori si ritiene di dover aderire alla tesi di chi¹⁹⁸ sottolinea l'esigenza di separare tali posizioni soggettive dallo *jus aedificandi*, quest'ultimo è una facoltà inerente alla titolarità del diritto di proprietà e benché anche il diritto edificatorio sia legato alla titolarità, solo questo è trasferibile autonomamente rispetto al diritto sulla cosa. Lo *jus aedificandi* è il diritto all'esercizio di un'attività economica di trasformazione del suolo mediante la realizzazione di opere edilizie sottoposte ad un regime amministrativo¹⁹⁹. Tale attività è sottoposta al potere conformativo della pianificazione urbanistica con la quale si individuano le proprietà su cui la stessa può esercitarsi, gli strumenti urbanistici possono attribuire a tutti i proprietari una certa misura di edificabilità, espressa dai diritti edificatori (il rapporto è tra area e volume sviluppabile sulla stessa) anche se non è riconosciuto il potere di trasformazione connesso allo *jus*

¹⁹⁷ Anche se è possibile individuare un certo margine di intervento per le Regioni nel diritto privato. Conferma l'ammissibilità di un diritto privato regionale S. BELLOMIA, *Diritto privato regionale, perequazione urbanistica e nuovi strumenti di governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 2, II, 71-75; sul punto anche A.GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in A.CICU, F.MESSINEO, L.MENGONI (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. VIII, tomo 2, 1995, Milano, spec. 254. In realtà il problema del diritto privato regionale è legato al rilievo, tutto di fatto, che qualunque disciplina urbanistica che conformi la proprietà privata incide sull'effettività del diritto stesso.

¹⁹⁸ A. MALTONI, *Perequazione e compensazione*, cit., 97 e ss.

¹⁹⁹ A. MALTONI, *Perequazione e compensazione*, cit., 98.

aedificandi. Pertanto, il rapporto tra diritti edificatori e *jus aedificandi* è di tipo quantitativo: i diritti indicano la misura dello *jus aedificandi* esercitabile sul fondo, il suo contenuto. Con tale ipotesi ricostruttiva si ha l'indubbio vantaggio di non incorporare lo *jus aedificandi* in sé ma solo una certa misura dello stesso, risolvendo il problema della legittimità costituzionale delle leggi regionali che prevedano il decollo dei diritti edificatori. Ciò che può essere oggetto di trasferimento sono esclusivamente i diritti edificatori, vale a dire i volumi realizzabili, che atterrano su un altro fondo in relazione al quale il potere di trasformazione è comunque condizionato dal rilascio del titolo abilitativo la cui estensione è indicata proprio dai diritti edificatori su di esso trasferiti²⁰⁰. La commerciabilità di tali diritti è prevista ad esempio in Lombardia, in Campania e in Emilia Romagna (si pensi alle aste dei diritti edificatori di Reggio Emilia) ed è possibile che i Comuni li acquistino per creare una riserva, un tesoretto, da utilizzare in futuro per incentivare gli interventi dei privati²⁰¹. Il valore di tali diritti, comunque, è legato alla possibilità di realizzazione su un fondo vale a dire alla eventualità che vi sia l'incorporazione nello *jus aedificandi*, l'affermazione non è di poco conto poiché se il successo delle tecniche perequative dipende dalla realizzazione degli accordi tra i privati interessati questi accordi a loro volta dipenderanno dagli strumenti che il Comune ha predisposto per far "atterrare" tali diritti. In conclusione se l'alea del mancato raggiungimento di un accordo è ineliminabile, la sua incidenza dovrebbe essere ridotta nella misura maggiore possibile dall'amministrazione comunale chiamata alla redazione dello strumento urbanistico generale. Il riferimento all'alea è insito nell'impostazione di chi²⁰² vede nei diritti edificatori non dei beni immateriali ma delle *chance* edificatorie. In particolare è stato evidenziato come il contenuto dei diritti edificatori sia una *utilitas* del fondo in senso economico-giuridico poiché tale è la trasformazione edilizia dello stesso in quanto realizzante un plusvalore spesso

²⁰⁰ L'opzione interpretativa se può apparire una *factio iuris* dall'altra è l'unica che sembra possibile per fugare i dubbi di legittimità costituzionale di quelle leggi regionali che attuano il c.d. scorporo. Più avanti si approfondirà la tematica del trasferimento di volumetria in relazione al rilascio del permesso di costruire.

²⁰¹ E' il caso dell'Umbria, come evidenziato da A. BARTOLINI, *L'esperienza umbra*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori*, cit., 127.

²⁰² A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in www.pausania.it, 2007, Relazione svolta nell'ambito dell'Incontro di Studio "La disciplina del territorio tra regole del mercato e mercato dei diritti", organizzato dal Tribunale amministrativo regionale dell'Abruzzo, Sez. Pescara, il 28 giugno 2007.

anche notevole del bene oggetto del diritto di proprietà. Tale impostazione utilitaristica sarebbe in contrasto con la teoria civilistica dell'assimilazione dei diritti edificatori a beni liberamente trasferibili tra privati e imporrebbe di considerare i diritti edificatori come interessi di carattere pretensivo alla realizzazione di una determinata volumetria²⁰³. La teoria dei beni non esclude che beni in senso giuridico possano essere considerati anche i crediti o i beni immateriali²⁰⁴, tuttavia configurare il diritto edificatorio come un interesse pretensivo consentirebbe di risolvere i problemi legati alla qualificazione giuridica del fenomeno della cessione o trasferimento di cubatura che nel sistema del codice civile non ha una precisa collocazione e si pone in modo problematico rispetto al principio di tipicità e nominatività dei diritti reali. La *chance*, legata all'interesse pretensivo, consiste nella seria e concreta possibilità che il titolare del diritto edificatorio consegua il bene finale oggetto dello stesso, vale a dire la possibilità di trasformare il fondo secondo la volumetria espressa nello stesso diritto edificatorio. I margini di indeterminatezza e aleatorietà sopra ricordati sorgono in quanto la commerciabilità tra i privati, senza alcun riferimento alle aree cessionarie²⁰⁵, comporta un margine di rischio maggiore, atteso che l'atterraggio potrebbe anche non verificarsi a causa della mancanza o della scarsità di aree idonee su cui esercitare il diritto edificatorio, o per effetto di sopravvenienze di fatto o normative²⁰⁶. Nonostante la ricostruzione fin qui proposta appaia abbastanza chiara a conclusione di questa breve premessa non ci si può esimere dal ricordare che è stato spesso affermato come l'oggetto dei trasferimenti di volumetria sia lo stesso *jus aedificandi* che, rappresentando una delle facoltà del diritto di proprietà, può formare oggetto di disposizione da parte del titolare del diritto²⁰⁷. Anche se si concorda con l'affermazione dell'invasività della disciplina

²⁰³ A. BARTOLINI, *Profili giuridici*, cit., l'A. collega tale impostazione alla risarcibilità e negoziabilità degli interessi legittimi.

²⁰⁴ Sul punto per tutti v. F.GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 197 e ss. e la bibliografia ivi segnalata.

²⁰⁵ Come visto il problema si è presentato per il piano di Buccinasco, annullato dal TAR Lombardia, Sez. II, 17 settembre 2009 n. 4671, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 5-6, 1859.

²⁰⁶ In questi esatti termini A. BARTOLINI, *Profili giuridici*, cit. In relazione alla possibilità che intervengano mutamenti nelle determinazioni del Comune v. P.MARZARO GAMBÀ, *Credito edilizio, compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 4, 644, spec. 656, l'A. sottolinea la necessità di salvaguardare l'affidamento qualificato del privato.

²⁰⁷ In tal senso F.SAITTA, *Jus aedificandi o... dovere di costruire?*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 6, 416. *Contra*, A. DI MAJO, L. FRANCARIO, *Proprietà edilizia* (voce), in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 354; A. TRABUCCHI, *La facoltà di edificare tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*,

urbanistica sul diritto di proprietà dei suoli, non si dovrebbe dimenticare che la “proprietà diritto” resta comunque prevalente sulla “proprietà dovere”, atteso che soltanto nei casi preveduti dalla legge la proprietà privata cede interamente, conservando la sola funzione di “assicurare la realizzazione di esigenze, interessi e bisogni meritevoli di tutela di altri soggetti diversi dal proprietario”²⁰⁸. Ciò detto, sembra interessante notare che se la cessione di diritti edificatori viene definita come un trasferimento dello *jus aedificandi*, nondimeno non si può tralasciare il fatto tale operazione potrebbe svuotare completamente di contenuto la titolarità del diritto di proprietà, realizzando una compressione del diritto talmente grave da far pensare ad una compromissione del contenuto minimo del diritto così come individuato nella giurisprudenza costituzionale in tema di vincoli a carattere espropriativo²⁰⁹. In chi scrive v’è la consapevolezza della possibilità che un tale svuotamento del diritto avvenga anche con un trasferimento totale della volumetria da un fondo ad un altro (che può avvenire anche parzialmente); tuttavia, in tal caso tale svuotamento è il frutto di una libera scelta del proprietario che rinuncia, dietro pagamento di un adeguato corrispettivo, ad edificare sul proprio fondo. La suddetta rinuncia è il frutto di una valutazione di convenienza che si risolve nella sfera dell’autonomia negoziale dei privati e nella quale non possono inserirsi le considerazioni che si fanno in ordine all’apposizione di un vincolo a carattere espropriativo, infatti l’interesse dell’ordinamento non è quello all’assenza di vincoli tali da svuotare il contenuto del diritto di proprietà ma all’assenza di un *vincolo autoritativamente imposto* che abbia tale effetto. L’autonomia dei diritti edificatori dallo *jus edificandi*, pertanto, sembra garantire l’inerenza dello stesso al diritto di proprietà e, come si vedrà più avanti, sembra risolvere i delicati problemi di qualificazione giuridica dei trasferimenti di volumetria.

1980, II, 42 ss., che giunge a ritenere un *obiter dictum* l’affermazione contenuta nella sentenza della Corte costituzionale n. 5 del 1980, secondo cui “il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà”.

²⁰⁸ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà privata (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 113.

²⁰⁹ Sul punto si veda il capitolo I.

2. Cessione di cubatura e trasferimento di diritti edificatori, natura giuridica.

L'origine dei contratti di trasferimento di volumetria²¹⁰ risiede nella introduzione ad opera della c.d. legge ponte (l. n. 765 del 1967) di un articolo 41-*quinquies* nella legge urbanistica del 1942 contenente la previsione degli standard urbanistici ed edilizi volti a determinare gli indici di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati, nonché i rapporti massimi fra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi. Gli standard urbanistici indicano i rapporti fra gli spazi destinati agli insediamenti residenziali o produttivi e gli spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi; gli standard edilizi indicano la densità edilizia, altezza massima, distanza fra i fabbricati. Lo standard di tipo planovolumetrico è quello che ha dato origine alla prassi dei trasferimenti di volumetria ed indica la densità edilizia ovvero il rapporto tra il volume edificabile e la superficie disponibile. La funzione di tale standard è quella di consentire uno sviluppo edilizio controllato ma non implica una distribuzione della potenzialità edificatorie tra i proprietari bensì la distribuzione del carico edilizio sul territorio, indipendentemente dal modo con cui esso è frazionato tra i privati²¹¹. Tale rilievo ha portato all'emersione una prassi, quella dei trasferimenti di volumetria, la quale rappresentava una soluzione per quei proprietari che non avevano interesse a sfruttare a scopo edificatorio i propri fondi mentre consentiva ai proprietari che avevano un progetto edilizio, ma non disponevano di una proprietà sufficiente a realizzarlo, di procurarsi la volumetria mancante attraverso un negozio di trasferimento stipulato con i proprietari che al contrario non erano interessati a sfruttare la propria, i quali rinunciavano ad edificare. Il fenomeno segue il seguente schema: il proprietario di un'area edificabile cede (normalmente dietro corrispettivo) al proprietario di un'area finitima, tutta o parte della cubatura utilizzabile sul proprio

²¹⁰ La locuzione indica genericamente tutti i contratti di trasferimento della potenzialità volumetrica di un fondo.

²¹¹ Così, A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg., Torino, 2000, 735 (spec. 736).

fondo (rendendolo, in tutto o in parte, inedificabile), al termine dell'operazione il proprietario cessionario potrà edificare sfruttando anche la cubatura acquisita, in aggiunta a quella naturalmente espressa dal proprio fondo²¹². L'operazione in genere riguarda fondi compresi nella medesima zona nella quale dovrà essere rispettato lo *standard* urbanistico vigente²¹³. Il fenomeno, come anticipato, ha avuto origine dalla previsione degli standard urbanistici ed edilizi, in particolare della densità edilizia che ancorando al parametro della superficie edificabile a disposizione dei singoli costruttori la capacità edificatoria dei suoli, "ha sostanzialmente introdotto il concetto

²¹² Sul trasferimento di volumetria in generale si veda, A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, Agg., Torino, 2000, 735; ID. *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990; G. CECCHERINI, *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, 1990, II, 103; N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. notar.*, 2003, 1113; A. CHIANALE, *Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di volumetria*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1545; R. COLLETTI, *Le servitù e la cessione di cubatura. Spunti e riflessioni*, in *Nuova rass. leg. dott. e giur.*, 1996, 68; P. DE MARTINIS, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 213; M. DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura d'area e «numero chiuso» dei diritti reali*, in *Riv. notar.*, 1975, 547 ss.; N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, in *Riv. notar.*, 1992, 1069; A. IANNELLI, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, in *Giur. merito*, 1977, IV, 740 ss.; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e Materiali*, VI, 2, 1998-2000, Milano, 2001, 669; M. LIBERTINI, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in *Contr. e imp.*, 1991, 73 ss.; ID., *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in F.GALGANO (diretto da) *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, tomo 3, Torino, 1995, 2253; A. PAGANO, *In tema di c.d. trasferimento di cubatura*, in *Corr. giur.*, 1996, 1284 ss.; G.B. PICCO-A.M. MAROCCO, *I così detti «trasferimenti di cubatura»*, in *Riv. notar.*, 1974, 626 ss.; P. PITTER, *Limiti di volumetria e vincolo di inedificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 426; F. ROSELLI, Nota a Cass. 4245/81, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 685; S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 287; S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989; R. TRIOLA, Nota a Cass. 1231/74, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1424; ID., *La «cessione di cubatura»: natura giuridica e regime fiscale*, in *Riv. notar.*, 1974, 115; P. L. TROJANI, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, 285; V. VANGHETTI, *Profili civilistici della c.d. «cessione di cubatura»*, in *Notariato*, 1996, 417.

²¹³ Tuttavia si segnala che il giudice amministrativo ritiene usualmente necessaria la contiguità dei fondi, intesa come prossimità e non adiacenza (Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2003 n. 6734, in *Foro amm.-Cds.*, 2003, 2992; ID., Sez. V, 1 aprile 1998 n. 400, in *Foro amm.*, 1998, 1042); TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 12 ottobre 2010 n. 4113, in www.giustizia-amministrativa.it, afferma che la contiguità tra i fondi non è da intendersi come una condizione fisica (ossia contiguità territoriale), ma giuridica e viene a mancare quando tra i fondi sussistano una o più aree aventi destinazioni urbanistiche incompatibili con l'edificazione. In altri termini, è necessario che le stesse aree siano se non contigue almeno significativamente vicine, non potendosi accomunare sotto un regime urbanistico unitario aree ricadenti in zone urbanistiche non omogenee. Di recente è stato affermato che la distanza tra il fondo "di decollo" e quello di atterraggio" della cubatura trasferita può essere ritenuta in concreto irrilevante quando entrambi siano siti all'interno della stessa zona urbanistica, attributiva di una determinata densità complessiva agli immobili siti al suo interno: "il presupposto logico dell'asservimento va rinvenuto nella indifferenza, ai fini del corretto sviluppo della densità edilizia, per come configurato negli atti pianificatori, della materiale collocazione dei fabbricati, atteso che, per il rispetto dell'indice di fabbricabilità fondiaria, assume esclusiva rilevanza il fatto che il rapporto tra area edificabile e volumetria realizzabile nella zona di riferimento resti nei limiti fissati dal piano, risultando del tutto neutra l'ubicazione degli edifici all'interno del comparto" (Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2009 n. 4469, in www.giustizia-amministrativa.it).

di superficie minima edificabile, secondo cui l'attività edilizia sulle aree è consentita solo se a disposizione del costruttore vi sia un'area con la superficie legale minima idonea a contenere una determinata volumetria²¹⁴. Il sistema, dunque, sembra essere sorto dalla scarsità della risorsa suolo che impedisce la creazione di proprietà sufficientemente estese per poter sviluppare una adeguata volumetria. Per tale ragione gli accordi di cessione di cubatura sono apparsi lo strumento migliore per garantire ai proprietari interessati allo sviluppo edilizio del proprio fondo la volumetria necessaria. Tali accordi possono definirsi cessioni o trasferimenti di cubatura (o volumetria) e le due fattispecie, secondo la dottrina, differiscono per la esatta individuazione delle aree quella cedente e quella cessionaria nella prima, in cui il carattere della realtà è più accentuato rispetto al trasferimento di cubatura, nel quale si può anche prescindere dalla contemporanea presenza di un'area cedente e di una cessionaria²¹⁵. Altro aspetto differenziale, rispetto alla cessione, è quello che nel trasferimento di cubatura l'aterraggio del diritto edificatorio può riguardare aree poste in zone ed ambiti diversi. In questo caso l'aterraggio del diritto edificatorio comportando un sovradimensionamento della cubatura prevista dallo strumento urbanistico deve essere preventivamente disciplinato nello stesso²¹⁶. Evidentemente tali trasferimenti trovano il loro terreno di elezione nelle tecniche di tipo perequativo e compensativo. Si pone dunque il problema del fondamento giuridico di tali operazioni. In quanto vicende attinenti al diritto di proprietà, ed in particolare allo svolgimento dello *jus aedificandi*, le leggi regionali e gli strumenti urbanistici che prevedono i trasferimenti di volumetria sarebbero privi di copertura costituzionale poiché non rispetterebbero la riserva di legge statale e sconfinerebbero nell'ordinamento civile. Tuttavia, è stato osservato che laddove "l'assetto concreto della struttura giuridica complessa sia la risultante dell'esercizio di poteri amministrativi, il legislatore competente non è più quello che si muove all'interno della materia ordinamento civile, dovendosi individuare il titolo legislativo di legittimazione in ragione degli interessi che risultano prevalenti e che vanno ad integrare la funzione sociale"²¹⁷. Pertanto, se i diritti edificatori oggetto della

²¹⁴ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit.

²¹⁵ A. BARTOLINI, *Profili giuridici*, cit.; P.URBANI, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, in *Edil. e terr.*, 2008, n. 30.

²¹⁶ Come avviene in Lombardia. Si rinvia a quanto detto per il piano di Buccinasco.

²¹⁷ A. BARTOLINI, *Profili giuridici*, cit.

cessione sono il frutto della conformazione urbanistica operata a livello regionale e comunale questi stessi sono sottratti alla materia dell'ordinamento civile e sottoposti alla legislazione concorrente in materia di governo del territorio²¹⁸. Tale impostazione sarebbe compatibile con la teoria dell'autonomia dei diritti edificatori e *jus aedificandi*. In ogni caso nell'ipotesi di trasferimento di cubatura (come è stato fatto in tema di perequazione) occorre verificare se la legislazione nazionale abbia introdotto, nell'ambito del governo del territorio principi fondamentali ai quali le Regioni devono conformarsi. In proposito non possono considerarsi leggi di principio quelle che contengono disposizioni particolari, quali la legge n. 308 del 2004 (in cui si prevedono crediti compensativi in caso di vincolo ambientale sopravvenuto²¹⁹) né le disposizioni della legge finanziaria per il 2008 e per il 2009, stante la loro laconicità. Sopperisce a tale mancanza la legge urbanistica del 1942 così come modificata dalla c.d. legge ponte che impone il principio di zonizzazione e la determinazione di limiti di densità edilizia, altezza e distanza tra fabbricati, ma non sembra ammissibile ritenere che le disposizioni del d.m. n. 1444 del 1968 (contenente la disciplina degli standard urbanistici ed edilizi) siano inderogabili. Infatti le Regioni sarebbero libere di suddividere il territorio in zone anche secondo criteri differenti da quelli previsti dal d.m. del 1968 e di prevedere ad esempio la delimitazione del territorio in ambiti, aree, spazi territoriali (e non in zone)²²⁰. In tale prospettiva la zonizzazione non costituisce un principio fondamentale della materia e ciò consente di affermare la possibilità di creare zone miste ad integrazione

²¹⁸ Anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 179 del 1999 ha avallato il ricorso a forme di compensazione/perequazione, secondo quanto rilevato anche nel capitolo precedente. La giurisprudenza costituzionale ha precisato, inoltre, che la preclusione del potere legislativo regionale di interferire nella disciplina dei diritti soggettivi riguarda i profili civilistici dei rapporti da cui derivano, modi di acquisto e di estinzione, modi di accertamento, regole sull'adempimento, i rapporti di vicinato ma non la conformazione del diritto di proprietà. Così Corte cost., 14 giugno 2001 n. 190, in *Foro it.*, 2001, I, 2733; Id., 31 maggio 2000 n. 164, in *Giur. cost.*, 2000, 1465; Id., 7 novembre 1994 n. 379, in *Riv. giur. edil.*, 1995, I, 279 e 11 luglio 1989 n. 391, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 338.

²¹⁹ Sulla legge richiamata v. P.MARZARO GAMBA, *Credito edilizio*, cit.

²²⁰ Le zone omogenee di cui al d.m. n. 1444 del 1968 sarebbero diverse rispetto alle zone di cui all'art. 7 della legge urbanistica, necessarie per individuare le aree suscettibili di espansione edilizia o meno, le prime non sarebbero incompatibili con un sistema di pianificazione differente rispetto al tradizionale come quello che divide la parte strutturale del piano da quella operativa. In tal senso v. M.SOLLINI, *La pianificazione urbanistica regionale allo specchio*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 507, spec. 542-543. In giurisprudenze anche di recente si è affermato che il discostamento dagli standard minimi di cui al d.m. n. 1444 del 1968 non necessita di motivazione laddove si tratti di aumento contenuto, ma la motivazione s'impone, con riguardo alle specifiche e peculiari esigenze che sostengono la scelta pianificatoria, qualora questa si sostanzi in un consistente sovradimensionamento rispetto alle soglie suindicate; così Cons. Stato, Sez. IV, 1 marzo 2010 n. 1176, in *Foro amm.-CdS*, 2010, 3, 544.

funzionale²²¹. In giurisprudenza il fenomeno è affrontato sotto due differenti profili, quello relativo alla possibile qualificazione giuridica e quello attinente ai presupposti di ammissibilità di tale pratica. Con riguardo a quest'ultimo, il primo sarà oggetto del paragrafo successivo, si nota la diffusa preoccupazione che i trasferimenti possano incidere, nel presente e nell'avvenire, sull'equilibrio tra cittadini residenti ed opere di urbanizzazione sotteso alle previsioni dello strumento urbanistico ed il trasferimento di volumetria si ritiene consentito solo ove tale circostanza non sia dimostrata o dimostrabile²²². Inoltre, presupposti imprescindibili per la legittimità della cessione di cubatura sono: la omogeneità dell'area territoriale, entro la quale si trovano i due terreni tra i quali viene ipotizzato il trasferimento della cubatura, e la contiguità dei due fondi. Con specifico riferimento alla particolare cubatura consentita per un lotto intercluso, questa impedisce un qualsiasi ulteriore incremento della stessa e allo stesso modo non è ammissibile la cessione di un'area derivante da lotto intercluso rispetto ad un'area ordinaria, proprio perché verrebbe ad essere trasferita in una zona caratterizzata dai normali indici stabiliti dal p.r.g. una volumetria maggiore "caratteristica" di una specifica tipologia di lotto (appunto, quello intercluso)²²³. L'utilizzo della volumetria rinveniente da un fondo per realizzare nuove costruzioni su un diverso fondo è ritenuto possibile ove tra i fondi interessati, aventi una medesima destinazione urbanistica, sussista una "significativa vicinanza", e ciò al fine di mantenere inalterata, nella zona interessata dalla nuova costruzione, la densità edilizia fissata dallo strumento urbanistico²²⁴. Tuttavia la significativa vicinanza non

²²¹ In verità l'affermazione è risalente v. TAR Emilia Romagna, Sez. I, 14 gennaio 1999 n. 22, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 1, 5, con nota di E.BOSCOLO, *Dalla zonizzazione alla perequazione urbanistica*.

²²² Da ultimo v. TAR Puglia, Bari, Sez. II, 25 agosto 2010 n. 3418, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 6, nella quale si afferma inoltre che qualora lo strumento urbanistico non preveda la possibilità di trasferimenti di volumetria il trasferimento (finalizzato all'autorizzazione di una variante al progetto preventivamente assentito col permesso di costruire) può essere sempre attuato tra fondi situati all'interno di una medesima maglia urbanistica soggetta a pianificazione attuativa unitaria, essendo in tal caso evidente che l'accumulo di cubatura in un punto della maglia o in un altro è indifferente ai fini della conservazione della densità edilizia ed del rapporto tra cittadini residenti e dislocazione delle opere di urbanizzazione; ove lo strumento urbanistico non perimetri le maglie soggette a pianificazione attuativa unitaria, o comunque il trasferimento di volumetria coinvolga fondi situati fuori da esse, il rispetto degli equilibri sottesi al piano regolatore può essere perseguito ammettendo il trasferimento di volumetria solo tra fondi "vicini".

²²³ Così TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 14 luglio 2010 n. 3034, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 6, in cui si afferma l'inammissibilità di un trasferimento di volumetria da un lotto intercluso ad uno ordinario perché comportante una violazione del criterio di omogeneità che giustifica la cessione di cubatura e, di fatto, la trasformazione di una zona ordinaria in speciale, in assenza dei necessari requisiti urbanistici.

²²⁴ Così, Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2006 n. 2488, in *Vita not.*, 2006, 1, 227.

si realizza per il solo fatto che i fondi sono nella stessa zona omogenea. Infatti, in mancanza di una previsione espressa dello strumento generale in tema di trasferimento di volumetria, in sede di redazione dello stesso le aree a standard e le opere di urbanizzazione, primarie e secondarie, vengono previste in guisa da servire adeguatamente le varie parti del tessuto urbano, nel rispetto di un equilibrio che può essere compromesso ove in una determinata parte di una certa zona omogenea la densità fondiaria superi i limiti massimi stabiliti dallo strumento urbanistico: in siffatta circostanza le opere di urbanizzazione, nel frattempo realizzate sul presupposto di dover accogliere una determinata quantità di utenti, rischiano di non poter più rispondere in maniera adeguata al bisogno dei cittadini residenti nei dintorni. Per tale ragione il trasferimento di volumetria deve ritenersi consentito solo ove sia dimostrato o dimostrabile che esso non è idoneo ad incidere, nel presente e nell'avvenire, sull'equilibrio tra cittadini residenti ed opere di urbanizzazione sotteso alle previsioni dello strumento urbanistico²²⁵. In tema di asservimento di un fondo ad un altro si è recentemente sottolineato²²⁶ che nel caso in cui la normativa urbanistica imponga limiti di volumetria, il vincolo sull'area discende senza necessità di strumenti negoziali privatistici (atto d'obbligo, trascrizione), che devono invece sussistere nel caso di asservimento dei suoli limitrofi per ottenere una volumetria maggiore, anche reciproca; l'atto di asservimento di un lotto, che costituisce una qualità oggettiva dello stesso (una sorta di obbligazione *propter rem*) e realizza una specie particolare di relazione pertinenziale, non comporta un divieto assoluto di edificazione, pur costituendo un vincolo che rimane cristallizzato nel tempo, non può costituire un limite rispetto alle determinazioni del pianificatore generale, che resta libero di dettare una nuova disciplina sulla volumetria e sulla capacità edificatoria. In tal senso, quindi, l'asservimento di un terreno per realizzare una costruzione non rende lo stesso definitivamente inedificabile anche per il futuro; la destinazione ed utilizzazione delle aree rappresenta, infatti, un dato dinamico ed evolutivo, potendo mutare nel tempo l'indice fondiario, nonché la stessa previsione dei lotti minimi, per cui la potenzialità edificatoria di un terreno va necessariamente valutata ed esaminata alla stregua della modificazione della pianificazione urbanistica e della normativa

²²⁵ Cfr. il già citato TAR Puglia, 3418 del 2010.

²²⁶ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 10 settembre 2010 n. 32217, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 9, 2848

sopravvenuta²²⁷. Il presupposto logico dell'asservimento va rinvenuto nella indifferenza, ai fini del corretto sviluppo della densità edilizia, per come configurato negli atti pianificatori, della materiale collocazione dei fabbricati, atteso che, per il rispetto dell'indice di fabbricabilità fondiaria, assume esclusiva rilevanza il fatto che il rapporto tra area edificabile e volumetria realizzabile nella zona di riferimento resti nei limiti fissati dal piano, risultando del tutto neutra l'ubicazione degli edifici all'interno del comparto (fatti salvi, ovviamente, il rispetto delle distanze e di eventuali prescrizioni sulla superficie minima dei lotti)²²⁸, in presenza della medesima destinazione urbanistica²²⁹.

2.1 Qualificazione giuridica dei trasferimenti di volumetria.

Con riferimento alla questione della esatta qualificazione giuridica dell'operazione i trasferimenti di volumetria hanno interessato la giurisprudenza sia amministrativa che civile. Il giudice amministrativo ha qualificato tali cessioni come un contratto atipico ad effetti obbligatori avente natura di atto preparatorio, senza oneri di forma pubblica o di trascrizione, finalizzato al trasferimento di volumetria, che si realizza soltanto con il provvedimento amministrativo²³⁰. La giurisprudenza civile ha affermato che la cessione di cubatura, onde consentire il rilascio della concessione a costruire (ora permesso) nel rispetto del rapporto area-volume, non necessita di alcun atto negoziale ad effetti obbligatori o reali, essendo sufficiente l'adesione del cedente, manifestata o sottoscrivendo l'istanza e/o il progetto del cessionario o rinunciando alla propria cubatura a favore di questi e notificando al Comune tale sua volontà, mentre il c.d. vincolo di asservimento rispettivamente a carico e a favore del fondo si costituisce, sia per le parti che per i terzi, per effetto del rilascio della concessione edilizia, che legittima lo *ius aedificandi* del cessionario sul suolo attiguo²³¹. L'affermazione della natura non negoziale della cessione si

²²⁷ In tale evenienza la posizione dei privati coinvolti nel vincolo di asservimento sarebbe assimilabile ad una aspettativa qualificata e pertanto tutelabile attraverso la garanzia di una più puntuale motivazione a carico dell'amministrazione in sede di modifiche allo strumento urbanistico.

²²⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2006 n. 2488, in *Vita not.*, 2006, 1, 227.

²²⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2009 n. 4469, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 7-8, 1698; Id., Sez. V, 3 marzo 2003 n. 1172, in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 1374.

²³⁰ Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2000 n. 3637, in *Giur. it.*, 2001, 400 e in *Foro amm.*, 2000, 2186.

²³¹ Così A.GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1, II, 3, spec. 7, il quale tra l'altro nota che "forse è eccessivo sostenere che si tratta di atto non

giustifica con il ruolo che nella fattispecie ha il rilascio del permesso di costruire, infatti solo con esso (non con l'atto di trasferimento) si avrà l'effetto giuridico voluto dalle parti consistente nell'accrescimento della volumetria edificabile da parte del cessionario. La conseguenza è che se si vogliono far valere i vizi che inficiano la validità della cessione, questi riflettendosi sulla legittimità di ciò che è stato edificato, o si sta per edificare, sul fondo dell'acquirente, radicano la giurisdizione davanti al giudice amministrativo e non al giudice ordinario²³². Pertanto il trasferimento di volumetria è una fattispecie complessa in cui si individua un momento preliminare a carattere privatistico (l'accordo di cessione) e uno di carattere amministrativo che coinvolge le parti e il Comune chiamato a rilasciare il permesso di costruire maggiorato della volumetria trasferita; l'effetto finale sarebbe imputabile esclusivamente all'atto amministrativo e non al negozio posto in essere tra i privati. L'Adunanza plenaria n. 3 del 23 aprile 2009²³³ ha affermato che dal provvedimento edilizio abilitativo - il cui rilascio definisce le potenzialità edificatorie di un fondo, determinandone anche la cubatura assentibile in relazione ai limiti imposti dalla normativa urbanistica - sorge un vincolo di asservimento per cui, una volta esaurite le predette potenzialità, le restanti parti del fondo sono sottoposte ad un regime di inedificabilità che discende *ope legis* dall'utilizzazione del fondo medesimo. Secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, l'accordo preliminare di cessione di cubatura ha efficacia obbligatoria, poiché è dedotto in contratto non il trasferimento del diritto edificatorio ma il compimento da parte del cedente degli atti necessari affinché la p.a., all'esito del procedimento volto ad assentire l'attività edificatoria sul fondo del cessionario, conferisca allo stesso una volumetria maggiorata; ad operare la traslazione della capacità edificatoria tra i due fondi non sarebbe il contratto preliminare intercorso tra le parti, ma il successivo procedimento amministrativo attivato dal cessionario, integrato dalle dichiarazioni di "assenso" del cedente e concluso con il rilascio del titolo abilitativo in favore del cessionario. In proposito, si è affermato che: "l'accordo con il quale una delle parti

negoziale, perché in effetti esso rientra perfettamente nella categoria delle dichiarazioni di volontà cui consegue un effetto giuridico condizionato simmetrico". In termini v. Cass., Sez. II, 12 settembre 1998 n. 9081, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1895; in senso conforme Id., 22 febbraio 1996 n. 1352, in *Notariato*, 1996, 417; Id., 29 giugno 1981 n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I,1, 685.

²³² Cfr. A.GAMBARO, *Compensazione urbanistica*, cit., 7.

²³³ In *Foro it.*, 2009, 10, 523.

cede parzialmente o per intero la facoltà di edificare dal proprio terreno a quello appartenente all'altra parte, compreso nella stessa zona urbanistica, per consentirle di chiedere ed ottenere una concessione per la costruzione di un immobile di volume maggiore di quello a cui avrebbe avuto diritto (c.d. trasferimento di cubatura), ha efficacia solo obbligatoria tra i suoi sottoscrittori, mentre il trasferimento di cubatura fra le parti e nei confronti dei terzi è determinato esclusivamente dal provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che a seguito della rinuncia all'utilizzazione della volumetria manifestata al Comune dal cedente, aderendo al progetto edilizio presentato dal cessionario, può essere emanato in favore di quest'ultimo dall'ente pubblico"²³⁴. Nell'operazione non è ritenuta necessaria *ad substantiam* la forma scritta poiché il trasferimento di cubatura non sarebbe un contratto traslativo di un diritto reale²³⁵. La lacuna legislativa sulla disciplina di tali cessioni alimenta le incertezze sulla qualificazione giuridica delle stesse poiché nonostante la giurisprudenza sembri propendere per una ricostruzione in termini di contratto atipico con effetti obbligatori²³⁶, vi sono autorevoli ricostruzioni in direzione opposta che riconoscono natura reale a tali trasferimenti, partendo dalla qualificazione come beni dei diritti edificatori ceduti²³⁷.

La opzioni interpretative²³⁸ emerse in dottrina e giurisprudenza sono molteplici. La cessione può qualificarsi come un atto ad effetti reali, in tal caso si tratta di un atto costitutivo di servitù *altius non tollendi* sul fondo del cedente²³⁹; oppure come un atto ad effetti esclusivamente obbligatori, il quale in realtà è un

²³⁴ Cass., n. 1352 del 1996, cit.

²³⁵ Cfr. Cass., Sez. II, 24 settembre 2009 n. 20623, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1, 72.

²³⁶ Espresso riferimento al credito edilizio, quindi in termini di diritto relativo si trova in TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 17 settembre 2009 n. 4671, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 5-6, 1859; Cons. Stato, Sez. IV, 5 febbraio 2009 n. 684, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Liguria, Sez. I, 16 febbraio 2008 n. 305, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 2, 422; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 7 agosto 2003 n. 844, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 2369; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 5 luglio 2002 n. 670, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 3, 823 con nota di E.BOSCOLO. Quanto alla normativa regionale, cfr. art. 36 comma 4, l.r. Veneto 23 aprile 2004 n. 11.

²³⁷ A.GAMBARO, *Compensazione urbanistica*, cit.

²³⁸ Sulle quali v. *amplius* S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura*, cit.

²³⁹ Sottoposta alla *condicio juris* del rilascio del permesso di costruire. L'ipotesi è confutata dalla circostanza che il peso del fondo servente genera anche il diritto del fondo dominante di costruire con una volumetria aggiuntiva, tale schema tuttavia non può essere ricondotto alla servitù, nonostante non vi sia un contenuto tipico della stessa, bensì ad uno schema di tipo traslativo o con effetti obbligatori.

contratto al quale la giurisprudenza riconosce la meritevolezza dell'interesse²⁴⁰; ai fini degli effetti verso terzi ed anche del Comune, l'atto può assumere la forma dell'atto unilaterale abdicativo²⁴¹ o di un atto costitutivo di un diritto di superficie atipico. La giurisprudenza tributaria ha qualificato l'operazione come un trasferimento di un diritto reale immobiliare in quanto la volumetria realizzabile può essere considerata come nuovo bene di cui è possibile disporre separatamente dalla titolarità del fondo. A tale ricostruzione non osterebbe l'art. 810 c.c. il quale non esclude che le cose oggetto del diritto di proprietà siano anche beni immateriali come le volumetrie, le quali possono essere assimilate ai beni immobili cui ineriscono soprattutto per le questioni relative alla loro circolazione. Tuttavia quanto sostenuto non elimina il dubbio che l'individuazione dei beni oggetto del diritto di proprietà rientri nella competenza legislativa dello Stato, il quale ancora non si è mostrato pronto ad una regolamentazione giuridica di tale prassi; quest'ultima sembrerebbe imprescindibile per attribuire certezza ai traffici giuridici. La concezione utilitaristica qui proposta, la quale intende i diritti edificatori come beni suscettibili di valutazione economica, sembrerebbe risolvere almeno in parte il problema della libera circolazione dei diritti edificatori poiché non insorgerebbero difficoltà di tipo dogmatico ad intendere i diritti edificatori come bene oggetto di diritti. Se la volumetria edificabile può essere considerata un bene a se stante separabile dal bene-suolo anche in assenza della costituzione di un diritto di superficie, la struttura del diritto che compete su tale bene è quella del diritto di proprietà e non già quella di un diritto reale limitato, con ciò risolvendosi anche il problema del rispetto del principio di tipicità e nominatività dei diritti reali²⁴². Alla luce di quanto detto chi acquista un diritto ad edificare maggiorato perché incorpora nella sua proprietà una volumetria

²⁴⁰ S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura*, cit. ricorda che secondo tale ricostruzione sorge a carico dei privati l'obbligo di non richiedere la concessione edilizia per la realizzazione della cubatura del proprio fondo e l'obbligo di cedere alla richiesta del cessionario, diretta al Comune, allo scopo di ottenere la concessione edilizia riferita alla cubatura superiore. L'A. prosegue affermando che secondo tale orientamento "la cubatura non può essere considerata un'*utilitas* o un bene in senso economico giuridico, oggetto di proprietà o di altro diritto reale", poiché essa esprime l'indice o il parametro di edificabilità che la legge o, nei limiti da questa stabiliti, il piano regolatore, fissano per ogni zona con riferimento alle aree edificabili comprese nella zona stessa ed in misura proporzionale alla loro superficie.

²⁴¹ Si vedano le sentenze già segnalate, Cass., Sez. II, 12 settembre 1998 n. 9081, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1895; in senso conforme Id., 22 febbraio 1996 n. 1352, in *Notariato*, 1996, 417; Id., 29 giugno 1981 n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I,1, 685.

²⁴² Così A.GAMBARO, *Compensazione urbanistica*, cit., 11.

originariamente concessa ad altri acquista un bene (e l'acquisto è soggetto ad imposta di registro) che però non è giuridicamente diverso da quello che gli spetta *naturaliter* in quanto proprietario del fondo, ma che è maggiore di quello che gli spetterebbe senza tale acquisto²⁴³. V'è da chiedersi che tipo di *utilitas* rimanga al proprietario che rinunci a realizzare la propria volumetria in favore del cessionario, se il rapporto tra la posizione del cedente e quella del cessionario è di tipo quantitativo v'è da chiedersi se la cessione di cubatura non incida così profondamente sulla misura del diritto da svuotarlo completamente. Lo svuotamento del diritto di proprietà viene realizzato attraverso quella che in dottrina è indicata come "micropianificazione ad iniziativa privata"²⁴⁴.

A quanto detto, tuttavia, è opportuno aggiungere alcune considerazioni di carattere più generale. Infatti, nell'aderire alla teoria della fattispecie complessa in cui non può sottacersi il ruolo fondamentale del provvedimento amministrativo è opportuno richiamare, seppur brevemente, il concetto di presupposizione²⁴⁵. Tuttavia, a voler richiamare tale concetto si dovrà accettare il postulato che si possa avere una presupposizione di tipo eterogeneo, ovvero tra un atto privato ed uno di natura pubblicistica (il permesso) tale che il trasferimento di volumetria non assurga più a semplice presupposto di fatto. La conseguenza di tale interpretazione sarebbe quanto si è poc'anzi accennato in ordine alle conseguenze di una invalidità del trasferimento di volumetria sul permesso rilasciato. L'invalidità del negozio privato travolge il permesso con la conseguenza che i vizi del negozio dovrebbero essere conosciuti dal giudice amministrativo per l'effetto che producono sul provvedimento emanato sulla base dell'assetto di interessi concordato. Si verifica, pertanto, una illegittimità sopravvenuta del titolo abilitativo e l'intera operazione economica posta in essere non può prescindere dalla considerazione dell'interesse pubblico al rispetto della disciplina urbanistica che sta alla base del rilascio dei permessi di costruire. La sede per tale valutazione non può che essere il giudizio amministrativo. Per tale

²⁴³ La conclusione è coerente con quanto sostenuto da A. MALTONI, *Perequazione e compensazione*, cit.

²⁴⁴ A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in P. RESCIGNO (diretto da) *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982, vol. VII, 526.

²⁴⁵ Sul tema si rimanda all'approfondito studio di S. DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo*, Napoli, 2006; nonché tra gli altri F. LUBRANO, *L'atto amministrativo presupposto: spunti di una teorica*, Roma, 1992.

ragione, come si vedrà nel capitolo successivo, l'intera operazione economica, compreso l'accordo dei privati, dovrebbe essere ricondotta a categorie pubblicistiche, attraverso le quali si eliminerebbero le incertezze dovute alla mancanza di una disciplina legislativa del fenomeno. Il richiamo al concetto di presupposizione è reso problematico non solo dalla eterogeneità degli atti connessi ma anche dal fatto che il trasferimento di volumetria non realizza l'effetto finale se non è seguito dal titolo edilizio. In proposito secondo quanto osservato in dottrina²⁴⁶ l'atto presupposto si distingue dall'atto preparatorio per l'idoneità del primo a produrre effetti propri ed è finalizzato a realizzare "immediatamente ed esclusivamente la funzione cui è preordinato" mentre gli atti preparatori sono "in stretta ed immediata funzione della fattispecie cui si riferiscono". Applicando tali conclusioni alla fattispecie complessa trasferimento di volumetria/permesso non si può dubitare che in questo caso il negozio privato non assuma una propria autonomia e che sia assimilabile ad un atto preparatorio del provvedimento finale²⁴⁷. Naturalmente tale conclusione non è ammissibile se l'interprete rimane ancorato ad una impostazione che scinde il momento privatistico da quello pubblicistico. Diversamente, considerando l'operazione posta in essere nel suo complesso e nella sua unitarietà, data dal raggiungimento del risultato condiviso dalle parti tra cui si inserisce doverosamente la p.a., è forse più proficuo adottare una prospettiva differente in chiave pubblicistica²⁴⁸.

3. La circolazione dei diritti edificatori.

Veniamo ora all'esame di quello che è l'aspetto maggiormente problematico dei diritti edificatori le due tesi esposte, l'una che vede tali diritti come *chance* e l'altra che li considera come beni oggetto del diritto di proprietà, vale a dire le importanti e differenti conseguenze sulla loro circolazione. E' stato sottolineato²⁴⁹

²⁴⁶ S. DETTORI, *Il rapporto di presupposizione*, cit., in particolare 68. L'A. richiama la più autorevole dottrina sul tema tra cui A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959.

²⁴⁷ Invero la giurisprudenza amministrativa non ha negato la funzione preparatoria della cessione *de qua* ma ne ha mantenuto una qualificazione in termini esclusivamente privatistici.

²⁴⁸ Si veda il capitolo successivo.

²⁴⁹ A.GAMBARO, *Compensazione urbanistica*, cit., 11.

che giuridicamente il problema è quello della prova del titolo di acquisto. Infatti colui che sfrutta una volumetria superiore a quella assentibile sul proprio fondo dovrebbe poter esibire in ogni momento un titolo su cui fondare la legittimità di quanto ha edificato. Come rilevato da autorevole dottrina²⁵⁰, tutta la sostanza dell'aspetto istituzionale del mercato dei diritti edificatori pone capo ad un "assetto operativo perfettamente omologo a quello che è in uso da decenni se non da secoli nel settore della proprietà immobiliare". In campo immobiliare, l'art. 2643 c.c. impone la trascrizione dei contratti che trasferiscono la proprietà o trasferiscono, costituiscono o modificano diritti reali, "in tale settore il principio consensualistico è un principio fuorviante e che è in via di sparizione nel contesto del diritto contrattuale europeo"²⁵¹. Pertanto è indispensabile che venga prevista una disciplina certa dei trasferimenti riguardanti i diritti edificatori. Tale esigenza risulta ancora più pressante se si pensa che se si vuole creare un vero e proprio mercato dei diritti edificatori gli operatori di questo mercato potranno svolgere le contrattazioni nel modo più efficiente solo se vi saranno regole certe sui trasferimenti e sulla loro pubblicità, come sulla effettiva possibilità di realizzare le volumetrie scambiate. Il concetto di mercato in senso proprio non può essere esportato nelle operazioni riguardanti il trasferimento dei diritti edificatori e il mercato di tali diritti non viene considerato dall'ordinamento un bene in sé per sé, tanto che il ruolo dei poteri pubblici non può essere ricondotto alla mera *governance* di esso²⁵². La prospettiva dovrebbe essere diametralmente opposta in quanto la commerciabilità delle volumetrie sviluppabili sui suoli è funzionale all'efficiente governo del territorio, la dimostrazione di quanto affermato si trova nel fatto che gli scambi avvengono proprio nella pianificazione territoriale, pertanto il ruolo dei pubblici poteri sarà non tanto di regolazione ma di determinazione poiché i profili problematici del fenomeno riguardano le forme utilizzabili e la tutela degli interessi anche superindividuali

²⁵⁰ A.GAMBARO, *Compensazione urbanistica*, cit., 11.

²⁵¹ A.GAMBARO, *Compensazione urbanistica*, cit., 11; l'A. richiama U. DROBNIG, CH. VON BAR, *The Interaction of Contract law and Tort and property law in Europe. A Comparative Study*, Sellier, 2004; U DROBNIG, *Transfer of Property*, in A. S. HARTKAMP, E. H. HONDIUS (eds), *Towards a European civil code*, Kluwer, 2004, 725.

²⁵² A.POLICE, *Governo e mercato dei diritti edificatori*, in A. BARTOLINI e A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU, Perugia 2007, Napoli, 2009, 21.

coinvolti nelle contrattazioni²⁵³. Data la mancanza di una legge statale sul punto l'AIDU in una recente proposta di riforma legislativa²⁵⁴ ha disposto un breve articolato contenente “Nuove norme in materia di contenuto della proprietà fondiaria, di determinazione dell'indennità di esproprio e di perequazione urbanistica”, in cui oltre a determinarsi espressamente il contenuto della proprietà fondiaria (art. 1) e a fornire alcune importanti definizioni normative (art. 2, ad esempio ai fini della presente trattazione è importante evidenziare la definizione di *potenzialità edificatoria*: densità edificatoria teorica spettante a tutte le aree a vocazione edificatoria, utilizzabile soltanto su aree qualificate fabbricabili) è prevista una modifica all'art. 2643 c.c., con l'aggiunta dopo il n. 1 delle parole “*1-bis) i contratti che trasferiscono la potenzialità edificatoria delle aree*”. Le Regioni, inoltre, tengono conto della necessità che forme di pubblicità accompagnino i trasferimenti di diritti edificatori, ma non ne dispongono nel dettaglio la disciplina. In proposito si ricorda che in Veneto come in Lombardia è prevista la costituzione di registri in cui trascrivere le vicende riguardanti i diritti edificatori²⁵⁵. Nella giurisprudenza anche amministrativa v'è probabilmente la convinzione che le vicende legate al trasferimento dei diritti edificatori coinvolgono questioni risolvibili all'interno della disciplina urbanistica non riguardando in alcun modo questioni di diritto civile. Invero, per gli uffici tecnici dei Comuni si pone il problema di capire se sia necessaria una verifica della titolarità esclusiva del fondo cedente o come comportarsi qualora il fondo sia ipotecato o gravato da servitù. Se la *ratio* dell'art. 2643 c.c. va rintracciata nella circostanza che alcuni contratti devono essere trascritti poiché pur non avendo per oggetto il trasferimento o la modifica di diritti reali costituiscono il veicolo di trasferimento di diritti che possono costituire una forte limitazione del diritto di proprietà e come tali diretti a incidere in maniera notevole sul valore economico del bene, allora aderendo alla tesi della natura obbligatoria dei contratti di trasferimento dei diritti edificatori sarebbe possibile ritenerli trascrivibili. Nel caso si aderisse alla tesi della natura reale degli effetti prodotti si dovrebbe risolvere prima il problema della creazione in tal modo di un diritto reale diverso da

²⁵³ Sul punto v. P.URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000, ma anche ID., *Territorio e poteri emergenti*, Torino, 2007.

²⁵⁴ Al Convegno nazionale 2010, Trento.

²⁵⁵ Per approfondimenti v. *infra*.

quelli esistenti, atipico, ovvero si potrebbe considerare i diritti edificatori alla stregua di beni immateriali. In tale ultimo caso, però, non si potrebbe applicare l'art. 2643, la cui elencazione è tassativa, ma l'art. 2645 che è norma residuale che permette di trascrivere anche atti non espressamente menzionati purché producano gli stessi effetti degli atti elencati nell'articolo 2643 del c.c.²⁵⁶. La Corte costituzionale con la sentenza n. 318 del 4 dicembre 2009, in relazione alla trascrivibilità di determinati vincoli di destinazione prevista dalla legge regionale ligure n.16/2008, ha negato che tale trascrizione possa costituire una violazione dei limiti previsti dall'ordinamento statale ed ha evidenziato che l'articolo 2645 c.c. sancisce il superamento del principio del carattere tassativo degli atti da trascrivere, avendo adottato il legislatore una formulazione aperta, la trascrizione di detti vincoli d'uso è legittima pur essendo esclusa dall'elenco degli atti trascrivibili di cui all'articolo 2643 del c.c.. Tale conclusione non esclude che si possa applicare il 2645 c.c. anche in caso di trasferimento di diritti edificatori che produrrebbe effetti analoghi a quelli prodotti dai diritti reali su beni immobili. La questione fondamentale da risolvere sta nel fatto che il legame con un bene immobiliare richiederebbe una forma di pubblicità regolamentata data la valenza *erga omnes* dei diritti reali. Pertanto solo la natura obbligatoria degli stessi sembrerebbe salvare il mercato dall'incertezza. Tale opzione ermeneutica si avvicina molto a quella che intende i diritti edificatori come *chance*, come espressione di interessi di tipo pretensivo, la quale ha l'indubbio pregio di mettere in evidenza come tali trasferimenti non hanno natura eminentemente privata e bilaterale poiché senza l'intervento dell'amministrazione nel rilascio dei titoli edilizi la fattispecie non produce l'effetto desiderato dai contraenti. A ragione, pertanto, la giurisprudenza di legittimità anche più recente²⁵⁷ ha ritenuto di qualificare i trasferimenti di volumetria come fattispecie complesse a formazione progressiva in cui il consenso privato non è sufficiente a produrre gli effetti tipici

²⁵⁶ In tal senso v. Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2009 n. 2768, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 3, 729; interessante Cass., Sez. II, 14 novembre 1997 n. 11250, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 2166 in cui si afferma che il negozio con il quale il costruttore di uno stabile, nell'alienare la costruzione, riserva a sé il diritto di proprietà del lastrico di copertura e il relativo *ius inaedificandi*, essendo finalizzato ad incidere sul regime dominicale della *res* e, in particolare, su diritti considerati dall'ordinamento inerenti al bene immobile oggetto della convenzione negoziale (e, pertanto, in assenza di contrario titolo, appartenenti al proprietario - o ai proprietari - dell'immobile medesimo), è soggetto a trascrizione, ai sensi del disposto dell'art. 2645 c.c., la cui mancanza, a mente del combinato disposto degli art. 2644 e 2645 c.c., rende detto negozio inopponibile ai terzi. Il principio ad avviso di chi scrive potrebbe essere esteso anche al trasferimento di diritti edificatori.

²⁵⁷ V. Cass., n. 20623 del 2009, cit.

dell'accordo. Risulterà forse banale considerare che un mercato funziona bene se: l'acquirente è sicuro che il *tradens* è proprietario del diritto che gli vende e che di conseguenza si acquista un titolo valido *erga omnes*; il contratto mediante il quale il trasferimento avviene è perfettamente valido e vincolante e non impugnabile da chicchessia²⁵⁸. Pertanto in mancanza di tali condizioni gli scambi potranno avvenire solamente se l'acquirente sarà disposto a farsi carico dell'alea pagando un prezzo inferiore, ma l'esito ultimo potrà anche essere il mancato collocamento sul mercato dei diritti ovvero il venditore potenziale non avrà interesse a ricevere un prezzo minorato e preferirà essere espropriato del suo terreno al valore di mercato, con conseguente fallimento dell'intero programma di compensazione urbanistica²⁵⁹. Il rischio in tali trasferimenti è dato non solo dall'incertezza dei traffici ma anche dalla possibile incompleta regolazione del fenomeno da parte delle amministrazioni. Infatti il primo problema, più volte ricordato, è quello della necessaria presenza o individuabilità a priori delle aree di atterraggio poiché solo in vista di un atterraggio si presume che i privati ritengano economicamente conveniente acquistare un diritto che esprime semplicemente una potenzialità edificatoria. In Lombardia si è cercato di garantire che ad ogni "decollo" corrisponda un "atterraggio". In proposito l'articolato predisposto dall'AIDU sopra richiamato ha stabilito alcune brevi e importanti regole volte a risolvere i problemi appena esposti; in particolare all'art. 6 si prevede che il Comune possa con il piano regolatore riservare a sé una quota della potenzialità edificatoria complessiva a fini di acquisizioni compensative di aree, di attuazione di finalità premiali e di calmieramento del mercato (si è prevista dunque la formazione di un "tesoretto" comunale). Tale riserva è garantita anche contro le varianti del piano regolatore poiché in caso di incidenza sulla edificabilità effettiva di un'area deve essere prevista una corrispondente variazione dell'ammontare della edificabilità potenziale riservata al Comune. Nel disporre la possibilità di trasferire la potenzialità edificatoria si afferma la non assoggettabilità della stessa ad oneri fiscali. In alternativa all'acquisto da altri proprietari della potenzialità edificatoria occorrente per realizzare tutta la edificabilità effettiva attribuita dal piano urbanistico alla propria area, è previsto che il proprietario possa ottenere la potenzialità mancante dal Comune mediante acquisto a titolo oneroso (si pensi a quanto avviene nel Comune di

²⁵⁸ A.GAMBARO, *Compensazione urbanistica*, cit., 12.

²⁵⁹ In tal senso ancora A.GAMBARO, *Compensazione urbanistica*, cit., 12.

Roma con il contributo straordinario). Nelle vicende legate al trasferimento dei diritti edificatori anche il trascorrere del tempo comporta una serie di questioni problematiche sia dal punto di vista di una eventuale prescrizione per l'esercizio del diritto edificatorio acquisito sia per sopravvenienze normative o di fatto²⁶⁰. In particolare le sopravvenienze possono verificarsi anche in seguito a modifiche dello strumento urbanistico, in tal caso poiché il privato titolare dei diritti edificatori ancora in volo ha un'aspettativa qualificata dovrà essere tutelato il suo legittimo affidamento attraverso l'onere di puntuale motivazione, contenente le ragioni dell'affievolimento dei diritti edificatori circolanti²⁶¹. Appare evidente come la possibilità che il Comune rinunci alla volumetria "cartolare" renda ancor meno appetibile l'istituto soprattutto per i proprietari non propensi ad assumersi un rischio di impresa, a nulla valendo la predeterminazione delle regole da parte della Regione e dei Comuni negli strumenti urbanistici²⁶². Il sistema, così come prospettato appare strutturalmente a rischio di inefficienza poiché più i diritti rimangono in volo, dunque più i diritti vengono cartolarizzati, minore sarà la soddisfazione dei rispettivi titolari. Il mercato dei diritti edificatori non può prescindere dalla concreta realizzazione delle potenzialità edificatorie cedute.

4. Esperienze applicative.

Come anticipato vi sono alcuni esempi applicativi di mercati di diritti edificatori. Tuttavia le Regioni che hanno suscitato l'attenzione degli studiosi sono la Lombardia, il Veneto e l'Umbria le quali si esamineranno nel presente paragrafo, il quale sarà dedicato anche alla breve comparazione del sistema italiano con quello statunitense.

²⁶⁰ A. BARTOLINI, *Profili giuridici*, cit.

²⁶¹ Sulle conseguenze di carattere risarcitorio di un atto illegittimo v. A. BARTOLINI, *Profili giuridici*, cit. Il problema è evidenziato anche da M. RENNA, *L'esperienza della Lombardia*, cit., 85

²⁶² È stato individuato un contenuto necessario e uno eventuale ed in ogni caso la determinazione del *quantum* di cubatura dovrebbe essere costituita dallo stato di fatto e di diritto del bene, con la considerazione dei criteri per la determinazione dell'indennità di espropriazione. In tali termini P. MARZARO GAMBA, *Credito edilizio*, cit., 655.

Nel precedente capitolo si è esaminata la legge urbanistica della Lombardia (l.r. n. 12 del 2005) la quale all'art. 11 regola le vicende riguardanti i diritti edificatori²⁶³. L'esame che segue coinvolgerà le disposizioni introdotte con le modifiche del 2008 ad opera della l.r. n. 4, con le quali è stato affidato ai Comuni il compito di stabilire le modalità di gestione degli istituendi registri delle cessioni dei diritti edificatori. Sicuramente le regole stabilite dai singoli Comuni non possono introdurre forme di pubblicità costitutiva data la competenza statale sul punto ma è possibile trovare modalità innovative di gestione del mercato, in particolare si è pensato alla istituzione di una vera e propria Borsa dei diritti edificatori. Nel capitolato speciale d'appalto del 15 luglio 2007²⁶⁴ avente ad oggetto l'affidamento a trattativa privata dell'attività di progettazione di *program management* finalizzata alla redazione del p.g.t. del Comune di Milano, tra gli obiettivi dell'attività appaltata figurava la definizione di un modello di massima della Borsa dei diritti edificatori (art. 2, punto 5, del capitolato), intesa quale strumento di regolazione delle transazioni dei diritti relativi agli indici volumetrici. Si tratta della configurazione di un ampio mercato dei titoli volumetrici i quali, una volta decollati dalle aree che li hanno generati possono essere liberamente scambiati in modo autonomo rispetto alle aree di atterraggio (sono i più volte richiamati diritti edificatori in volo). E' forse opportuno notare che l'art. 11 della legge regionale lombarda non sembra garantire che tutti i diritti volumetrici dallo stesso contemplati nascano contestualmente all'individuazione delle loro aree di atterraggio sebbene si preoccupi comunque di stabilire che le aree assegnate in compensazione sono indicate nei p.g.t. e si preoccupi di indicare le modalità di cessione al Comune delle aree destinate alla realizzazione di opere di urbanizzazione, ovvero di servizi ed attrezzature pubbliche o di interesse pubblico o generale, da effettuarsi all'atto della utilizzazione dei diritti edificatori, così come determinati in applicazione del criterio perequativo. In particolare, non viene stabilita alcuna regola di commerciabilità dei diritti attribuiti a titolo di perequazione e di compensazione e l'idea di allestire un mercato di diritti

²⁶³ Sul tema v. M. RENNA, *L'esperienza della Lombardia*, cit.; E.BOSCOLO, *Le regole dell'urbanistica in Lombardia*, Milano, 2006; ID., *Le perequazioni e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 1, 104.

²⁶⁴ Come segnalato da M. RENNA, *L'esperienza della Lombardia*, cit., 80.

edificatori che rimangano scorporati per un periodo di tempo lungo e indefinito appare esuberante rispetto alla *ratio* delle disposizioni della legge n. 12 del 2005²⁶⁵.

Anche l'esperienza del Veneto si sta dimostrando particolarmente interessante poiché anche in questa Regione si vuole promuovere la creazione di un mercato regolamentato dei diritti edificatori²⁶⁶. La l.r. n. 11 del 2004 prevede come strumenti di governo del territorio “tra loro coordinati nel rispetto dei principi di sussidiarietà e coerenza” (art.3): il piano territoriale regionale di coordinamento (PTRC), il piano territoriale di coordinamento provinciale (PTCP) ed il piano regolatore comunale generale (PRG), a propria volta suddiviso nel piano di assetto del territorio (PAT) e nel piano degli interventi (PI). Come è evidente in Veneto si utilizza il nuovo modello di pianificazione strutturale e operativa, la prima è contenuta nel PAT, cui spettano “le scelte strategiche di assetto e di sviluppo per il governo del territorio comunale, individuando le specifiche vocazioni e le invarianti di natura geologica, geomorfologia, idrogeologica, paesaggistica, ambientale, storico-monumentale e architettonica, in conformità agli obiettivi ed indirizzi espressi nella pianificazione territoriale di livello superiore ed alle esigenze della comunità locale” (art.12), fissando “gli obiettivi e le condizioni di sostenibilità degli interventi e delle trasformazioni ammissibili” (art.13) mentre la parte operativa è il PI, che “in coerenza e in attuazione del PAT, individua e disciplina gli interventi di tutela e valorizzazione, di organizzazione e di trasformazione del territorio programmando in modo contestuale la realizzazione di tali interventi, il loro completamento, i servizi connessi e le infrastrutture per la mobilità” (art.12). La legge veneta ha codificato il ricorso alle tecniche di perequazione urbanistica e agli strumenti di compensazione dei sacrifici imposti ai privati, attraverso l'attribuzione di crediti edilizi al fine di compensare il cittadino per il determinato sacrificio e/o per l'impegno che si assuma ai fini della riqualificazione del territorio. All'art. 35 (Perequazione urbanistica) si definisce lo scopo della perequazione: “l'equa distribuzione, tra i proprietari degli immobili interessati dagli interventi, dei diritti

²⁶⁵ Il giudizio è espresso da M. RENNA, *L'esperienza della Lombardia*, cit., 81, ma è condiviso anche da chi scrive.

²⁶⁶ Per l'esperienza veneta v. P.MARZARO GAMBÀ, *Credito edilizio*, cit.; ID., *La legge regionale del Veneto n. 11 del 2004 recante “Norme sul governo del territorio”: note complessive per una valorizzazione delle procedure nella formazione degli strumenti urbanistici*, in www.pausania.it, 2007.

edificatori riconosciuti dalla pianificazione urbanistica e degli oneri derivanti dalla realizzazione delle dotazioni territoriali”. Nel PAT (parte strutturale) si stabiliscono i criteri e le modalità per l’applicazione della perequazione urbanistica, mentre nel PI (parte operativa) e nei PUA, nei comparti e negli altri atti di programmazione negoziata si attua la perequazione attraverso la disciplina degli interventi di trasformazione da realizzare unitariamente, assicurando un’equa ripartizione dei diritti edificatori e dei relativi oneri tra tutti i proprietari delle aree e degli edifici interessati dall’intervento, indipendentemente dalle specifiche destinazioni d’uso assegnate alle singole aree. In tal modo si realizza l’obiettivo primario della perequazione, vale a dire l’indifferenza dei proprietari rispetto alla destinazione d’uso che l’amministrazione attribuisce al fondo. Per realizzare tale sistema, però, è indispensabile che vengano individuati (attraverso gli strumenti attuativi, comma 4 art. 35) gli eventuali edifici esistenti, le aree ove è concentrata l’edificazione e le aree da cedere gratuitamente al Comune o da asservirsi per la realizzazione di servizi ed infrastrutture, nonché per le compensazioni urbanistiche (previste dall’art. 37). La nascita dei crediti edilizi è legata non solo alla tecnica della perequazione ma anche alla previsione di strumenti di natura premiale, infatti all’art. 36 è prevista l’attribuzione di crediti per incentivare la realizzazione degli obiettivi di ripristino e di riqualificazione urbanistica, paesaggistica, architettonica e ambientale del territorio individuati dal PAT, gli interventi vengono disciplinati dal PI. Come accade in altre Regioni anche in Veneto l’attribuzione di crediti edilizi può conseguire dagli interventi dei privati diretti alla riqualificazione urbana che si realizza attraverso demolizioni e ricostruzioni che eliminino il degrado o interventi specificamente diretti al miglioramento della qualità urbana, paesaggistica, architettonica e ambientale²⁶⁷. La disposizione più interessante per quel che riguarda il mercato dei diritti edificatori è il comma 4 dell’art. 36, il quale prescrive l’annotazione dei crediti edilizi nell’apposito registro previsto nell’art. 17, comma 5, lett. e), contenuto nello stesso PI e la loro libera commerciabilità. Al PI è inoltre assegnata la funzione di individuare e disciplinare gli ambiti in cui è consentito l’utilizzo di tali crediti edilizi, prevedendo l’attribuzione di indici di edificabilità differenziati in funzione degli

²⁶⁷ Opportunamente la legge definisce cosa sia un credito edilizio, art. 36: “quantità volumetrica riconosciuta a seguito della realizzazione degli interventi di cui al comma 3 ovvero a seguito delle compensazioni di cui all’articolo 37”.

obiettivi di ripristino e di riqualificazione urbanistica, paesaggistica, architettonica e ambientale del territorio ovvero delle compensazioni di cui all'art. 37. Quest'ultimo contiene la disciplina delle misure di compensazione, le quali consentono ai proprietari di aree ed edifici oggetto di vincolo preordinato all'esproprio di recuperare una adeguata capacità edificatoria, anche nella forma del credito edilizio, su altre aree e/o edifici, anche di proprietà pubblica, previa cessione all'amministrazione dell'area oggetto di vincolo. In questo caso la compensazione può avvenire solo contestualmente alla realizzazione dell'interesse pubblico, vale a dire l'acquisizione tramite cessione dell'area oggetto di vincolo. In tal caso il credito edilizio inteso come volumetria realizzabile dovrebbe essere tale da soddisfare gli interessi del privato "vincolato" in modo più vantaggioso rispetto alla procedura ordinaria di espropriazione. A prescindere dalle questioni relative alla legittimità costituzionale della creazione dell'istituto con una legge regionale, nulla è comunque stabilito quanto ai criteri per l'attribuzione di queste quantità volumetriche, alla necessità di una loro quantificazione complessiva al momento di determinare la volumetria complessiva realizzabile sul territorio, né sulle regole da applicare in sede di attribuzione dei singoli crediti, così come si tace sulla consensualità dell'istituto e sulle regole che vi si debbono applicare nel caso di mutamento delle scelte di piano²⁶⁸. Peraltro, sembra che il sistema veneto non sia immune da rischi sperequativi a causa della presentazione di un progetto di legge dinanzi all'Assemblea regionale veneta (n. 161 dell'VIII legislatura) recante "Disciplina per la formazione e la commercializzazione di crediti edilizi e riqualificazione ambientale", con lo scopo di "finanziarizzare il credito edilizio, cioè trasformarlo da aspettativa precipuamente edilizia in un "item" finanziario, ampliarne l'ambito di circolazione, estendendolo all'intero territorio regionale. Questo avverrebbe attraverso la "Società sistema scambi", la cui costituzione è promossa dalla Giunta regionale e a cui il titolare del credito edilizio sarebbe vincolato a trasferire in sede di prima cessione i diritti edificatori, qualora non intenda cedere al Comune un'area in misura tale da realizzare la cubatura corrispondente ai crediti trascritti a suo nome. Peraltro, il ricorso agli strumenti dell'urbanistica consensuale è diffuso e dotato di grande capacità di penetrazione, infatti coinvolge diversi istituti come il comparto

²⁶⁸ Tali perplessità sono così esposte da P.MARZARO GAMBA, *La legge regionale del Veneto n. 11 del 2004*, cit.

(art. 21), gli accordi di programma tra enti pubblici, e tra questi e soggetti privati (art.7) “per la definizione di programmi d’intervento o di opere pubbliche o di interesse pubblico” anche “in variante” al piano strutturale (PAT), ovvero gli accordi con i privati sul contenuto degli strumenti urbanistici, “per assumere...proposte di progetti ed iniziative di rilevante interesse pubblico” (art. 6), e per individuare le aree nelle quali realizzare interventi di nuova urbanizzazione o riqualificazione (art. 17), a seguito dell’attuazione di “procedura di evidenza pubblica, cui possono partecipare i proprietari degli immobili nonché gli operatori interessati, per valutare le proposte di intervento che risultano più idonee a soddisfare gli obiettivi e gli standard di qualità urbana ed ecologico ambientale definiti dal PAT”.

In Umbria, la legge urbanistica è la n. 11 del 2005, la quale si occupa della perequazione e compensazione agli artt. 29 e 30. In via generale viene confermato quanto già presente in altre leggi regionali, la perequazione urbanistica persegue l’equa distribuzione, tra i proprietari degli immobili interessati dagli interventi, dei diritti edificatori riconosciuti o attribuiti dalla pianificazione urbanistica e degli oneri derivanti dalla realizzazione delle dotazioni territoriali e funzionali. Nella parte operativa del piano si disciplinano gli interventi di ristrutturazione urbanistica e di nuovo insediamento, assicurando una equa distribuzione dei diritti edificatori in riferimento alle condizioni urbanistiche ed allo stato di fatto e di diritto degli immobili. La perequazione, però, viene realizzata solo nella fase attuativa, a tale fine sono evidenziate le aree da cedere gratuitamente al Comune per la realizzazione dei servizi e delle infrastrutture, nonché, le aree dove concentrare l’utilizzazione dei diritti edificatori, individuando gli edifici esistenti, compresi quelli da demolire ed eventualmente compensare. Come in Lombardia è prevista l’attuazione della perequazione anche in ambiti intercomunali, mediante accordi di programma. La creazione di diritti edificatori è associata a strumenti di compensazione, di cui all’art. 30 ai sensi del quale gli strumenti urbanistici comunali possono prevedere l’utilizzazione dei diritti edificatori e delle aree acquisite dal Comune ai sensi dell’articolo 4, comma 5, per compensazioni di oneri imposti ai proprietari in materia di acquisizione pubblica degli immobili, di demolizioni senza ricostruzioni in loco per finalità urbanistiche, di ripristino e di riqualificazione di spazi, di eliminazione di detrattori ambientali. La misura di tali diritti è definita sulla base di perizie tecnico-

estimative e le compensazioni sono deliberate dal Comune. Le aree da cedere in compensazione ai sensi del citato art. 4, comma 5 sono stabilite nel PRG, parte operativa, all'interno delle aree da assoggettare a piano attuativo, nelle quali si può prevedere l'obbligo della cessione al Comune di superfici fondiarie e relativi diritti edificatori, in percentuale non inferiore al venti per cento e non superiore al quaranta per cento del totale, i cui contenuti economici sono definiti in sede di convenzione. Il Comune utilizza le aree ed i diritti suddetti per il soddisfacimento di esigenze di pubblica utilità, ivi compresa la realizzazione di edilizia residenziale pubblica, la realizzazione di edilizia pubblica per finalità sociali e, come anticipato, per le operazioni di compensazione di cui all'art. 30. In alternativa all'obbligo di cessione delle superfici fondiarie e delle volumetrie, il Comune può autorizzare, previa convenzione per la determinazione dei prezzi di vendita e dei canoni di locazione, i proprietari delle aree stesse, in possesso di idonei requisiti, alla realizzazione di alloggi con le caratteristiche dell'edilizia residenziale pubblica, entro i limiti volumetrici stabiliti. Tuttavia, nulla viene specificato in ordine alla commerciabilità degli stessi.

Da quanto brevemente riportato appare evidente come la creazione e il mercato dei diritti edificatori sia, anche nelle Regioni più innovative, legato principalmente a meccanismi compensativi e non perequativi. Se le operazioni di scambio dei diritti edificatori avvengono secondo i meccanismi appena ricordati non si può dubitare dell'autonomia delle amministrazioni comunali nella loro gestione. Al contrario qualora si volesse creare un sistema generalizzato di scambi autonomamente gestiti dai privati allora si potrebbe creare un problema di legittimità costituzionale di tali pratiche. Infatti non si può prescindere del tutto dal momento autoritativo che garantisce la corretta gestione degli interessi pubblici gravanti sul territorio. A conferma di quanto appena detto si nota che anche nel caso del negozio di trasferimento di cubatura, se qualificato come contratto ad effetti obbligatori, si è in presenza di una fattispecie complessa che richiede l'assenso della pubblica amministrazione relativamente all'incremento del volume edificabile richiesto. In questo caso, come correttamente rilevato da autorevole dottrina²⁶⁹, il privato è

²⁶⁹ P.URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione dei suoli*, in *Urb. e App.*, 2006, 8.

portatore di un interesse legittimo e ci si deve chiedere cosa succeda nel caso in cui il Comune non ritenga spendibile in quelle aree la volumetria aggiuntiva richiesta perché in contrasto con il piano urbanistico sia per motivi di carattere strutturale. Le implicazioni di tale riflessione sono molteplici, tuttavia ciò che desta maggiore preoccupazione è il rischio che in caso di cattiva gestione del mercato dei diritti edificatori l'amministrazione si trovi in una posizione di "debito" nei confronti del privato e questo possa compromettere la realizzazione degli interessi pubblici di cui il Comune è portatore²⁷⁰.

Passando all'esperienza statunitense²⁷¹ si rileva in primo luogo che il fenomeno del trasferimento dei diritti immobiliari è nato quando negli anni 60' si è posto il problema di limitare lo *sprawl* urbano in risposta alle istanze di conservazione del territorio. I profili di maggiore interesse riguardano la possibilità di stipulare contratti di zonizzazione ma soprattutto l'idea di fondo che il potenziale di sviluppo edilizio dei suoli privati è un bene che in parte è comune e che il governo può distribuire per valorizzare determinate aree ed aumentare così il benessere comune. Tale operazione si chiama *Transfer of development rights* (TDR) e comporta la separazione delle potenzialità edificatorie della proprietà fondiaria, le quali possono essere commercializzate separatamente dal fondo. I TDR vengono utilizzati con funzione prevalentemente compensativa (come in Italia) ma vengono poi associati a sentite esigenze di conservazione del territorio. Questo viene suddiviso in zone di conservazione e zone di trasferimento (come avviene nel modello di perequazione generalizzato). Il mercato provvederà a tenere immuni i proprietari limitati dai programmi pubblici di sviluppo attraverso la rendita garantita dalla vendita dei DR. Rispetto all'istituto italiano dei diritti edificatori che stenta a trovare una precisa definizione in dottrina, i DR statunitensi sono connotati da una duplice valenza: sono beni del fondo, una sorta di frutti come i minerali o i raccolti, ma sono

²⁷⁰ Ancora P.URBANI, ult. cit., osserva che c'è il rischio: "minare nelle fondamenta il principio di pianificazione che attribuisce al potere pubblico il potere conformativo dei suoli e di determinazione degli interessi pubblici generali, potendosi sostanzialmente prefigurare l'ipotesi che la funzione di assetto del territorio diventi – al contrario – da condividere "necessariamente" con i privati a fronte dei numerosi "debiti" edificatori maturati"; ancora l'A. aggiunge: "il rischio è quello di depotenziare la potestà decisionale dell'apparato pubblico, rafforzando nel contempo la posizione dei titolari della rendita".

²⁷¹ Su cui si veda F. VARONE, *Trasferimento di edificabilità, così negli Stati Uniti si induce il privato a tutelare beni e aree*, in *Edil. e terr.*, 2010, 10, 15 cui è dovuta la gran parte delle informazioni qui riportate.

anche soggetti al potere dell'autorità che nella pianificazione stabilisce le capacità di utilizzazione fondiaria dei suoli. Negli USA non è in dubbio che i DR siano trasferibili separatamente dal fondo poiché non vi sono ostacoli nel regime giuridico della proprietà a tale pratica. Vale la pena indagare su quali sono gli scopi del TDR anche se non si dimostrano differenti rispetto a quelli che i modelli perequativo-compensativi realizzano (o vogliono realizzare in Italia). In primo luogo le esigenze di conservazione ambientale e degli edifici storici ma anche la necessità di superare anche negli Stati Uniti la tecnica dello *zoning*. Come in Italia, sono presenti due tipologie di TDR una legata a singole zone ed utilizzata per la conservazione di edifici storici denominata *single transfer zone*; l'altra denominata *dual transfer zone*, è caratterizzata dall'individuazione di *sending* e di *receiving areas*. Sotto altro profilo si distinguono i programmi volontari da quelli imposti dall'autorità, in questi ultimi si attribuisce (alla stregua della nostra perequazione generalizzata) una bassa densità di base per incentivare il mercato dei DR (*development rights*), poiché i privati con una bassa densità ma interessati a sfruttare dal punto di vista edilizio il fondo vorranno addivenire ad accordi di trasferimento con gli altri proprietari per costruire una densità maggiore. I programmi di tipo volontario sono in genere associati a *single transfer zone* mentre quelli imposti sono spesso legati alla zonizzazione del territorio. In entrambi i casi la dottrina americana indica i requisiti di sistema per la corretta attuazione dei TDR: l'individuazione dei distretti di pianificazione, la definizione dei crediti da emettere (assieme al massimo carico urbanistico), la disciplina della circolazione di tali crediti. In particolare si evidenzia come in caso di creazione di crediti edilizi per finalità conservative solamente i proprietari delle aree riceventi possono utilizzare i diritti mentre in caso di *dual transfer zone* i diritti vengono "spalmati" su tutti i proprietari del distretto di trasformazione²⁷². Da quanto esposto emerge un certo parallelismo negli strumenti utilizzati in Italia e negli USA, tuttavia oltreoceano non si pone alcun problema di qualificazione giuridica di tali diritti, trattati alla stregua di beni o frutti del fondo né di pubblicità dei trasferimenti ad essi relativi.

²⁷² Interessanti le esperienze di New York e Santa Monica, riportate da F. VARONE, *Trasferimento di edificabilità*, cit.

5. Prime conclusioni.

Sul piano delle fonti normative si paventa il rischio di uno sconfinamento della legislazione regionale nell'ambito della disciplina della proprietà privata, ossia nella materia dell'ordinamento civile, riservata alla legislazione esclusiva statale. Invero, aderendo alla tesi della possibile applicabilità delle norma sulla trascrizione anche ai trasferimenti di diritti edificatori il problema non si porrebbe, tuttavia la dottrina continua a porsi il problema del regime di pubblicità adottabile in assenza di una disposizione di legge statale. La costituzione di registri comunali risponde all'esigenza di certezza ma può assumere anche una funzione di volano²⁷³ delle negoziazioni, esempio ne è la pubblicizzazione in rete delle disponibilità attuali di titoli volumetrici alla ricerca di atterraggio. Inoltre, la vicenda assume connotati simili a quelli assunti dalla circolazione dei titoli di credito poiché anche nel mercato dei diritti edificatori si assiste ad una dematerializzazione dei titoli. Pertanto il titolo legittimante vale a dire il credito o diritto edificatorio dovrebbe essere contenuto una *cartula* rilasciata dal Comune (una sorta di certificato di destinazione urbanistica, trasferibile e cedibile, secondo la logica dei titoli di credito corrispondente alle annotazioni sull'apposito registro comunale²⁷⁴), idonea ad assicurare certezza in ogni contesto negoziale. In questa scheda dovrebbero essere indicati i dati relativi al diritto circolante con il vantaggio di fornire al mercato tutti i parametri per una valutazione della convenienza dell'operazione di acquisto del titolo. In un ottica di cartolarizzazione la circolazione sarebbe retta dalla regola delle girate, proprio come avviene per i titoli di credito. I titoli così circolanti sarebbero caratterizzati dalla medesima astrattezza dei titoli di credito rispetto alle vicende contrattuali sottostanti. Tale soluzione potrebbe considerarsi alternativa a quella della trascrizione ai sensi dell'art 2645 c.c. e forse maggiormente rispondente alle esigenze di fluidità e elasticità che un mercato dei diritti edificatori impone. In tal modo però non viene risolto il *trade off* apparentemente non risolvibile con la natura immobiliare degli effetti che la titolarità dei diritti edificatori comporta. Probabilmente è questa la

²⁷³ E.BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., 139.

²⁷⁴ E.BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., 139.

ragione che sta alla base della più volte invocata disciplina statale. Se non possono essere utilizzati gli strumenti a disposizione *de jure condito* allora le Regioni non possono legittimamente istituire un mercato dei diritti edificatori con regole di pubblicità e circolazioni differenti senza incorrere nella violazione dei limiti alla loro potestà previsti dall'art. 117 Cost. ma anche in una violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.. E' evidente che la creazione di regole differenti da Regione a Regione con riguardo al medesimo fenomeno significa realizzare una sperequazione nello statuto della proprietà. Tali criticità del sistema emergono solo che si ponga a mente che spesso al fenomeno è associato lo scorporo dello *jus aedificandi* stesso dalla titolarità del bene, con buona pace dei civilisti e della teorie sul contenuto minimo della proprietà. Se scorporando lo *jus aedificandi* non rimane più alcun margine per lo sfruttamento economico del fondo allora la proprietà diventa un guscio vuoto. Seguendo il metodo proposto si avrebbe l'indubbio vantaggio di consentire al Comune, in sede di rilascio del titolo edilizio di verificare, data l'annotazione nei registri comunali della girata, che il presentatore del titolo sia effettivamente il soggetto legittimato – sulla base di validi negozi attributivi – ad utilizzare tale dotazione volumetrica²⁷⁵. Una ipotesi ricostruttiva minoritaria ma autorevole²⁷⁶ ritiene che la capacità edificatoria assegnata ad un fondo possa considerarsi alla stregua di un frutto dello stesso, in tal modo si attribuisce una certa "realità" ai diritti edificatori e si riconducono al sistema vigente poiché i frutti possono essere oggetto di autonome vicende contrattuali. Tale ricostruzione non incorrerebbe nelle criticità evidenziate in merito alla teoria dei diritti come "nuovi beni" e alla impostazione di tipo obbligatorio, la quale non riesce a spiegare del tutto perché il diritto a sviluppare una data volumetria debba essere privato del carattere reale che rimane comunque innegabile.

²⁷⁵ Nel caso in cui sia prevista la cessione del fondo-sorgente al Comune il diritto allo sfruttamento del titolo edificatorio non si può dispiegare a prescindere dall'adempimento dell'onere di cessione. V. E.BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., 140.

²⁷⁶ G. MORBIDELLI, *Della perequazione*, Introduzione a A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU Perugia, 30 novembre 2007, Napoli, 2009; P.URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione dei suoli*, in *Urb. e App.*, 2006, 8.

Il rapporto pubblico-privato nel governo del territorio. Gli accordi nella pianificazione.

1. Pianificazione del territorio, interessi pubblici e interessi privati.

Nel governo del territorio ed in particolare nell'attività di pianificazione emerge con particolare vigore il confronto tra la sfera pubblica e quella privata degli interessi legati allo sviluppo e alla trasformazione territoriale. Sul territorio si concentrano la maggior parte delle attività umane soprattutto imprenditoriali pertanto non v'è da sorprendersi se l'evoluzione dei rapporti tra p.a. e privato abbia investito anche il settore. In particolare è stato più volte ricordato che con la legge sul procedimento (l. n. 241 del 1990) e le sue successive modifiche il privato ha raggiunto la "dignità" di controparte necessaria nell'esercizio dell'attività amministrativa (si pensi alla partecipazione o agli accordi). Contestualmente le istanze egualitarie trovavano accoglimento in numerosi settori dell'attività amministrativa, ed in conseguenza la p.a. si è trovata a risolvere nuovi problemi senza gli opportuni strumenti legislativi (si pensi all'evoluzione del sistema di pianificazione). Infine le difficoltà della finanza locale hanno contribuito a costruire una sorta di *soft regulation* anche nell'attività di pianificazione, con la quale il comando autoritativo è stato sostituito in molti casi da una congerie di strumenti di tipo concordato o negoziato, nei quali il consenso del privato al programma di

governo del territorio è spesso fondamentale²⁷⁷. Nel presente capitolo non si tratterà di quei moduli consensuali che regolano la formazione di accordi tra pubbliche amministrazioni ma di quegli accordi tra p.a. e privati che trovano fondamento normativo generale nell'art. 11 della legge 241 del 1990. Prima di esaminare le manifestazioni dell'urbanistica consensuale, però, si vuole qui introdurre la questione relativa al ruolo degli accordi nella determinazione degli assetti territoriali, alla luce del processo di ponderazione e composizione²⁷⁸ compiuto dall'amministrazione per l'individuazione dell'interesse prevalente perseguito nello svolgimento della funzione di governo del territorio. Tale interesse si individua nell'ordinato assetto del territorio ed è condizionato dalla presenza di interessi dominanti (proprietà, ambiente e risorse economiche) e altri definiti emergenti (concorrenza, servizi di interesse generale e difesa dei diritti umani), la sua realizzazione presuppone uno sviluppo sostenibile del territorio²⁷⁹. In via preliminare può dirsi che nei moduli consensuali è presente una spinta verso la partecipazione e la semplificazione delle procedure, tuttavia nella pratica tale spinta è frenata da un duplice ordine di fattori: da un lato la vetustà degli istituti partecipativi del sistema di pianificazione territoriale (tanto è vero che sono le Regioni ad aver previsto innovativamente forme ulteriori di partecipazione dei privati alle scelte di pianificazione), dall'altro la difficoltà di inserire i moduli consensuali nell'ordinario svolgimento dell'attività amministrativa a causa di una impostazione (ad avviso di chi scrive non rinunciabile) ancora legata all'idea di una reale impossibilità di condivisione effettiva delle scelte tra amministrazione e privati²⁸⁰. Il problema, in sostanza, è legato alla mancanza di regole preventive nel determinare l'oggetto degli accordi, che non possono configurare un'alternativa totale al potere amministrativo, mentre le condizioni della loro ammissibilità vanno definite alla stregua delle norme dettate per l'esercizio del potere. La predeterminazione legislativa, in ossequio al principio di legalità che regge l'attività amministrativa, deve essere estesa anche agli accordi ed in particolare a quelli che si pongono non "a valle" delle scelte di piano ma che si inseriscono nella

²⁷⁷ Come accade nella realizzazione della perequazione.

²⁷⁸ Su tali aspetti v. ampiamente L.CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005, spec. capitolo III.

²⁷⁹ L.CASINI, *L'equilibrio degli interessi*, cit., 244.

²⁸⁰ Ricorda A.TRAVI, *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore e oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, V, 274: "la prospettiva della contrattualizzazione è male intesa e deve essere considerata criticamente, se sacrifica le regole e le ragioni dell'azione amministrativa".

fase decisoria degli assetti territoriali²⁸¹. Malgrado ciò, ritengo che non si possano trascurare le considerazioni di chi²⁸² rileva come spesso le previsioni di piano rimangono inattuato per la mancanza di un concreto interesse dei soggetti privati alla loro realizzazione, la convenienza per i privati rispetto a specifiche scelte pianificatorie non può essere sottovalutata poiché tale convenienza è il preludio del raggiungimento di un accordo che, nell'ottica della realizzazione del buon andamento della p.a., può comportare un notevole risparmio di risorse²⁸³. F. Benvenuti²⁸⁴, ha sottolineato come la progettazione del territorio inteso come bene comune non possa che salire dal basso verso l'alto, vale a dire che l'attività di pianificazione dovrebbe essere preceduta dall'apporto dei cittadini, attraverso il quale è possibile fondare le scelte di piano sulla realtà fattuale e socio-economica onde evitare che queste siano così lontane dalla realtà su cui dovrebbero incidere da essere irrealizzabili o da richiedere costanti modifiche in sede di variante. Secondo autorevole dottrina il fatto che la consensualità sia emersa nella fase di revisione dello strumento urbanistico ha contribuito alla crisi dell'urbanistica per piani ed ha favorito l'espansione dell'urbanistica "consensuale"²⁸⁵, la quale in alcune sue manifestazioni, come si vedrà, presenta alcuni punti di frizione con i principi che regolano l'esercizio del potere pubblico.

²⁸¹ L'esigenza è sentita in particolare da P.URBANI, *Pianificare per accordi*, in *www.pausania.it*, 2005 e in *Riv. giur. edil.*, 2005,4, 177.

²⁸² P.URBANI, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, 2007, 110-112.

²⁸³ Che si esprime in riduzione del contenzioso, dei costi legati alle espropriazioni, dei costi connessi alla tardiva realizzazione delle scelte di piano ma anche dei costi legati alla rivalutazione di tali scelte. In molti casi, infatti, i Comuni procedono "a macchia di leopardo", con l'approvazione di varianti legate a contingenti esigenze e non inserite in un programma di sviluppo territoriale a lungo termine.

²⁸⁴ In *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Dir ed econ.*, 2002, 138.

²⁸⁵ P. URBANI, *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 221; ID., *Pianificare per accordi*, cit.; V. MAZZARELLI, *Urbanistica e pianificazione territoriale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Milano 2003, 3335, spec. 3375; P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, Torino, 1995.

2. Pianificare per accordi, dalla fase attuativa alla co-determinazione degli assetti urbanistici.

Nell'attività di pianificazione si assiste, come più volte ricordato, ad una progressiva costante modifica dei modi di formazione delle scelte e delle tecniche di pianificazione, a causa della sempre maggiore erosione degli spazi di imperatività dell'attività amministrativa a vantaggio di modelli consensuali, anche nella realizzazione dell'interesse all'ordinato assetto del territorio. Le convenzioni urbanistiche (in particolare di lottizzazione)²⁸⁶ costituiscono l'archetipo dell'accordo pubblico/privato nella pianificazione urbanistica ma nel loro contenuto sono dotate di una certa rigidità poiché nelle prescrizioni del p.r.g. sono indicate le volumetrie ammesse e la destinazione d'uso delle aree. La consensualità investe solamente la regolamentazione della suddivisione tra i proprietari degli oneri²⁸⁷. Tali accordi sono definiti "a valle" delle prescrizioni urbanistiche²⁸⁸ poiché sono convenzioni di tipo attuativo. In tali ipotesi non avviene una negoziazione sulla realizzazione dell'interesse pubblico, sull'esercizio del potere discrezionale, poiché gli accordi si inseriscono nella fase attuativa del piano ed hanno carattere eteronomo e servente rispetto ad esso nel rispetto del principio di legalità. Al contrario, l'altra tipologia di accordi quelli denominati "a monte", rischia di mettere seriamente in crisi il rispetto

²⁸⁶ Definite da M.S.GIANNINI "centauriesse", in *Prefazione* a V.MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979. Sul riconoscimento delle convenzioni di lottizzazione come il prototipo delle convenzioni urbanistiche v. M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, in M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela dei privati*, Milano, 1995, 43. Sul tema si rimanda anche a G.PERICU, M.GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005; V. MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. dir.*, Agg. vol. V, Milano, 2001; P.URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2004.

²⁸⁷ Sul punto si ricorda come la Corte di giustizia, con la sentenza del 12 luglio 2001, in causa C-399/98, abbia ritenuto obbligatorio l'esperimento delle procedure ad evidenza pubblica per la realizzazione di opere di urbanizzazione. Sul tema v. G.CUGURRA, *Normativa comunitaria e opere di urbanizzazione*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 193; M.A. QUAGLIA, *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 842. La l. n. 166 del 2002 ha di conseguenza introdotto l'obbligo dell'evidenza pubblica per le opere superiori alla soglia comunitaria.

²⁸⁸ P. URBANI, *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 222; ID., *Pianificare per accordi*, cit.; ID., *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 2, 47.

del principio anzidetto poiché privi di un contenuto predeterminato dalla legge. Quest'ultima tipologia di accordi inserendosi nel momento in cui la p.a. esercita il suo potere discrezionale, nonostante il vantaggio di una maggiore flessibilità decisionale, pone una questione di compatibilità della co-determinazione degli assetti urbanistici al sistema; in tale caso l'amministrazione sembra rinunciare all'esercizio autoritativo delle sue funzioni e in ultima analisi sembrano porsi le basi per una legittimazione del potere attraverso la consensualità²⁸⁹. Gli accordi che sono previsti nella legislazione nazionale e regionale possono esser distinti in perequativi, compensativi, premiali²⁹⁰ o ad evidenza pubblica²⁹¹. Gli accordi da ultimo ricordati sono definiti anche preparatori o procedurali e sono riconducibili al modello di cui all'art. 11 l. n. 241 del 1990, l'amministrazione in accoglimento di osservazioni o proposte può concludere tali accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale o in sostituzione di questo. Il contenuto di questi accordi è "in funzione della variazione del piano poiché la diversa conformazione del territorio richiesta comporta nuovi o diversi diritti edificatori e nuovi impegni dei privati non previsti dal piano urbanistico (effetto e consolidamento dell'accordo ratificato dal Consiglio comunale). Si tratta cioè, sempre secondo la più attenta dottrina, di "codeterminazione" degli assetti urbanistici pubblico/privato a monte delle vigenti norme di piano, concordate proprio in funzione della modificazione degli assetti esistenti"²⁹². Il contenuto di questa tipologia di accordi, tuttavia, non essendo condizionato dalle disposizioni del piano, sarebbe esposto ad una logica di "urbanistica contrattata", la quale non appare compatibile con l'attuale assetto dei pubblici poteri nel governo del territorio. I

²⁸⁹ P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, cit., che richiama F. PUGLIESE, *Risorse finanziarie, contestualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in E. FERRARI (a cura di), *Presente e futuro delle pianificazioni urbanistiche*, Milano, 1999, 69. I moduli consensuali, è appena il caso di rilevare come siano largamente utilizzati anche per regolare i rapporti tra amministrazioni, ai sensi dell'art. 15, l. n. 241 del 1990, sul quale si rinvia a R.FERRARA, *Sub art. 15*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 673.

²⁹⁰ Su questi si è già discusso nei capitoli che precedono. Sul punto si ricorda ancora una volta quanto sia stato fondamentale l'impulso della finanziaria per il 2008 e per il 2009 (rispettivamente l. n. 244 del 2007 e 133 del 2008).

²⁹¹ E' il caso dell'Emilia Romagna, l.r. n. 19 del 1998 che all'art. 3 prevede una selezione pubblica aperta a tutti i soggetti interessati a partecipare alla realizzazione della riqualificazione attraverso la presentazione di un progetto preliminare degli interventi pubblici e privati che il soggetto si dichiara disposto a realizzare. La conclusione della procedura avverrà con la sottoscrizione di un impegno unilaterale ovvero con un accordo espressamente definito ai sensi dell'art. 11 l. n. 241 del 1990.

²⁹² Così P. URBANI, *Pianificare per accordi*, cit.

mutamenti nei rapporti tra p.a. e privati, il ruolo del principio di sussidiarietà, il sempre maggiore ricorso agli strumenti civilistici e in ultima analisi la dequotazione dell'autoritatività dell'amministrazione non giustificano il ricorso a tali accordi in assenza di una predeterminazione legislativa delle condizioni di utilizzazione di tali strumenti (il ricorso ad essi dovrebbe trovare una base legislativa di origine statale e non semplicemente regionale). Non può cancellarsi il momento dell'autoritatività che è insito nell'attività amministrativa di cura degli interessi ad essa istituzionalmente affidati.

3. I nuovi problemi dell'urbanistica consensuale.

Nella legislazione regionale vi sono alcuni interessanti esempi di accordi espressamente ricondotti all'art. 11 l. n. 241 del 1990. In Emilia Romagna (l. n. 20 del 2000) si è previsto all'art. 18 che: "Gli enti locali possono concludere accordi con soggetti privati per assumere nella pianificazione proposte di progetti e iniziative di rilevante interesse per la comunità locale, al fine di determinare talune previsioni del contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale e urbanistica, nel rispetto della legislazione e pianificazione sovraordinata vigente e senza pregiudizio dei diritti dei terzi (...) L'accordo costituisce parte integrante dello strumento di pianificazione cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione. L'accordo è recepito con la delibera di adozione dello strumento ed è condizionato alla conferma delle sue previsioni nel piano approvato". In Umbria, nella l. n. 11 del 2005 all'art. 12 è stabilito che: "I soggetti privati singoli o associati, durante le fasi di deposito e pubblicazione del p.r.g., parte operativa, possono partecipare alla sua definizione e a quelle delle relative varianti, proponendo i piani attuativi (...) o i programmi urbanistici (...) accompagnati da atti d'obbligo unilaterali relativi agli impegni anche economici dei proponenti in materia di infrastrutture, di dotazioni territoriali e funzionali minime. Qualora il Comune accolga in sede di esame delle osservazioni tali proposte, il loro contenuto si intende adottato anche come piano attuativo o programma urbanistico (...) è comunque fatto salvo quanto stabilito dalle disposizioni in materia di procedure concorsuali di

evidenza pubblica”. In Veneto, nella l. n. 11 del 2004 all’art. 6 è disposto: “I Comuni, le Province e la Regione, nei limiti delle competenze di cui alla presente legge, possono concludere accordi con soggetti privati per assumere nella pianificazione proposte di progetti ed iniziative di rilevante interesse pubblico. Gli accordi (...) sono finalizzati alla determinazione di alcune previsioni del contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale ed urbanistica, nel rispetto della legislazione e della pianificazione sovraordinata, senza pregiudizio dei diritti dei terzi. L’accordo costituisce parte integrante dello strumento di pianificazione cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione. L’accordo è recepito con il provvedimento di adozione dello strumento di pianificazione ed è condizionato alla conferma delle sue previsioni nel piano approvato”²⁹³. In tutti i casi vi è l’espresso riferimento all’art. 11 legge 241 del 1990. In proposito si deve precisare che il richiamo all’art. 11, cit., non è sufficiente per una definizione di tali accordi in termini di integrazione o sostituzione dell’atto di pianificazione. In tal senso è forse illuminante notare che sia nella legge veneta che in quella emiliana è affermato che l’accordo costituisce parte integrante dello strumento di pianificazione cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione. L’accordo *de quo* sembra assumere lo stesso valore giuridico del piano nel quale il privato assume un ruolo di co-determinazione degli assetti urbanistici ed il potere risulta esercitato in modo consensuale²⁹⁴. Nelle due leggi regionali da ultimo richiamate, inoltre, si dispone che l’accordo è recepito con il provvedimento di adozione dello strumento di pianificazione ed è condizionato alla conferma delle sue previsioni nel piano approvato, sottoponendo l’efficacia dell’accordo alla condizione sospensiva della riconferma del piano approvato²⁹⁵. L’applicabilità della disciplina sugli accordi contenuta nella legge sul procedimento comporta, peraltro, che qualora un successivo piano si discosti da quanto contenuto nell’accordo, data la vincolatività dello stesso anche per la p.a., al privato spetti un indennizzo secondo quanto previsto dal comma 4 dell’art. 11, cit. (“per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l’amministrazione recede unilateralmente dall’accordo,

²⁹³ Sul tema v. M.BREGANZE, *La nuova pianificazione urbanistico-territoriale in Veneto e gli accordi con i privati*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 210.

²⁹⁴ Le conclusioni sono di V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003, 240.

²⁹⁵ V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi*, cit., 241.

salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato"). Sulla natura sostitutiva o meno di tali accordi non vi sono indicazioni univoche poiché se da una parte l'esegesi delle norme in cui essi sono disciplinati conduce ad una simile interpretazione vi sono altri argomenti a sostegno della natura integrativa o procedimentale. Una ulteriore questione interpretativa, inoltre, riguarda la legittimità del richiamo all'art. 11, cit. o l'art. 13 della stessa legge impedisce di applicare ai procedimenti di pianificazione territoriale le disposizioni dettate in tema di partecipazione²⁹⁶? Secondo una parte della dottrina²⁹⁷ l'articolo 13, cit. non avendo la natura di disposizione di principio non vincolerebbe la potestà regionale in ordine alla possibilità o meno di prevedere ipotesi di accordi anche nell'attività di pianificazione e la disposizione in esame non escluderebbe che le leggi regionali stabiliscano la facoltà di tenere conto di detti accordi in sede di formulazione degli strumenti urbanistici. Altra dottrina²⁹⁸, invece, ritiene che l'art. 13, cit. non sia un limite alla configurabilità degli accordi a monte delle prescrizioni urbanistiche poiché la clausola di salvaguardia che lo stesso articolo pone rispetto alle "particolari norme che ne regolano la formazione" diretta agli atti di pianificazione e programmazione, non impedirebbe che proprio attraverso le norme che disciplinano la formazione di tali atti vengano introdotti moduli convenzionali di determinazione dell'assetto urbanistico. V'è anche chi, in ossequio a quanto è stato riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa in ordine alla portata dell'intera legge sul procedimento, vale a dire che la legge n. 241 del 1990 non toglie garanzie ma le aggiunge, si è spinto fino ad affermare che il fondamento di accordi diretti a sostituire o integrare gli atti di pianificazione del territorio è lo stesso art. 11, cit., poiché l'art. 13, cit., non vieta affatto il ricorso al modulo convenzionale, semplicemente esclude che vi sia l'obbligo per la p.a. di prendere in considerazione

²⁹⁶ La disposizione non costituirebbe un divieto alla stipula degli accordi nella pianificazione urbanistica. Per tale orientamento v. A.TRAVI *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, V 2002, 274; S.CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche* in F.PUGLIESE, E.FERRARI (a cura di) *Presente e futuro nella pianificazione urbanistica*, Milano, 1999, 163

²⁹⁷ P.URBANI, *L'urbanistica consensuale*, Torino, 2000..

²⁹⁸ S.CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche* in F.PUGLIESE, E.FERRARI (a cura di) *Presente e futuro nella pianificazione urbanistica*, Milano, 1999, 163; S. AMOROSINO, *Alla ricerca dei principi fondamentali della materia urbanistica tra poteri normativi statali e regionali*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 1, 3.

la proposta di accordo di un privato²⁹⁹. La posizione della giurisprudenza in punto di applicazione dell'art. 13, cit. è concorde nell'affermare il divieto di addivenire ad accordi nell'attività di pianificazione salvo le ipotesi predeterminate per legge, sul rilievo che l'attività in questione è caratterizzata dalla presenza di amplissimi profili di discrezionalità coincidenti con le scelte politiche dell'amministrazione agente³⁰⁰. Mi sia consentito, sulla falsariga di un recente contributo sul tema³⁰¹, rinviare ad un passo di B. Bessone³⁰² "essendo l'esercizio dei poteri pubblicistici correlato esclusivamente alle esigenze di interesse pubblico, l'eventuale contratto mediante il quale l'amministrazione si impegnasse ad esercitare in un certo modo tali poteri o ad adottare determinati provvedimenti resterebbe privo di valida causa. Ed invero, se il modo di esercizio del potere e l'adozione del provvedimento obbligatorio in forza del contratto fossero conformi all'interesse pubblico, essi risulterebbero dovuti solo per questa ragione, onde il contratto sarebbe privo di causa, e costituirebbe un indebito arricchimento a favore dell'ente pubblico il corrispettivo posto a carico del privato.

²⁹⁹ Così, A. TRAVI *Accordi tra proprietari e comune*, cit., 277. Sebbene anche lo schema originario della Commissione Nigro prevedesse l'inserimento degli accordi tra la ipotesi di semplificazione, non sarebbe possibile fondare tale tesi su una supposta erronea collocazione della disposizione sugli accordi, infatti non si può negare il dato testuale dell'art. 13, cit. Di conseguenza è forse più corretto aderire alla prima delle tesi esposte, che ritiene possibile una normativa regionale in deroga al divieto *de quo* il quale non avrebbe valore di principio generale.

³⁰⁰ Risulta indispensabile una previsione legislativa degli accordi "di pianificazione", v. TAR Toscana, Sez. I, 3 marzo 2009 n. 383, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 3, 690, il quale esclude che la disciplina degli accordi integrativi di provvedimento dell'art. 11 si applichi agli atti di pianificazione e di programmazione e, quindi, agli atti propri della pianificazione urbanistica anche se possono essere le singole leggi di settore, cui lo stesso art. 13 rinvia, a prevedere accordi infraprocedimentali, come avviene per le convenzioni di lottizzazione, e a questi accordi previsti da disposizioni espresse si estendono in via suppletiva le disposizioni dettate in via generale dall'art. 11; ancora, l'amministrare per accordi *ex art. 13 l. n. 241 del 1990* non può avere ad oggetto i poteri di pianificazione e programmazione che rappresentano, per espressa volontà di legge, il punto di primo raccordo tra livello politico e livello amministrativo (nella specie è stata negata l'applicabilità del suindicato articolo, quindi l'intervento di un accordo sostitutivo del procedimento pianificatorio concernente la localizzazione di una grande struttura commerciale), così Cons. Stato, Sez. IV, 9 dicembre 2002 n. 6685, in www.giustizia-amministrativa.it; lo sbarramento dell'art. 13 opera solo con riferimento a, provvedimenti di pianificazione generale programmatica espressione di scelte politiche, così Cass., Sez. un., 15 dicembre 2000 n. 1262, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2485. In dottrina, G. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, 691-692; G. CUGURRA, *Accordi e pianificazione territoriale e ambientale*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 143; ID., *Principio di legalità e amministrazione negoziata*, relazione al Convegno "Principio di legalità e sicurezza", 2006, www.prefettura.it/parma/multidip/4992.htm, in cui l'A. afferma la natura di principio generale della disposizione.

³⁰¹ S. MORO, *Gli accordi a monte delle prescrizioni urbanistiche*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 3-4, 453 (spec. 464), all'A. devo le ultime considerazioni circa l'ambito di applicazione dell'art. 13, l.n. 241 del 1990.

³⁰² *Natura giuridica dei piani di lottizzazione*, in M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela dei privati*, Milano, 1995.

Se invece difettasse la conformità tra il provvedimento previsto dal [contratto] e le esigenze dell'interesse pubblico, il contratto avrebbe causa illecita". E' evidente come i cambiamenti che negli ultimi anni hanno coinvolto lo stesso concetto di interesse pubblico rendono possibile una rimediazione di tale impostazione, almeno in modo parziale. L'interesse pubblico risulta oggi non come una entità acquisita e statica ma assume un carattere dinamico attraverso quell'attività di ponderazione e composizione degli interessi di cui si è già dato conto nel primo paragrafo di questo capitolo. In ambito urbanistico, inoltre, non può negarsi la multiformità dell'interesse pubblico poiché il corretto assetto del territorio può essere realizzato attraverso modalità differenti e parimenti soddisfacenti rispetto alle esigenze di cura degli interessi che fanno capo al Comune. Ciò che rende variabile l'attuazione di tale esigenze è proprio la specificità delle situazioni che di volta in volta si presentano alle amministrazioni, specificità che possono essere colte nella loro interezza anche attraverso l'apporto dei privati. Quest'ultimo non dovrebbe più essere relegato alla fase della presentazione delle osservazioni ma trovare nuove forme di partecipazione anche nelle decisioni di piano. Come si vedrà più avanti sembra ammissibile una soluzione che consenta l'uso degli accordi almeno di carattere integrativo, ai quali la p.a. rimane libera se accedere o meno, ma che consentirebbe l'assunzione di scelte anche pianificatorie condivise dai soggetti sui quali tali scelte andranno a ricadere. Rimane, tuttavia, da risolvere il problema della possibile illegalità e dell'emersione di fenomeni di c.d. *maladministration*. Se non possono negarsi le esigenze che sono alla base di questo nuovo approccio alla pianificazione territoriale nello stesso modo si deve notare che ogni considerazione è fatta *de jure condendo* poiché allo stato la legislazione statale è silente mentre quella regionale trova soluzioni troppo diversificate. Lodevole è comunque lo sforzo di predeterminazione delle condizioni di trasformabilità che si trova in alcune leggi regionali. Ad esempio queste possono essere legate alla realizzazione di opere pubbliche già individuate dall'amministrazione nel programma triennale delle opere pubbliche o come avviene in qualche legge regionale (Lombardia o Umbria) attraverso il piano dei servizi. Tutte le possibili soluzioni, in realtà, dovrebbero salvaguardare la discrezionalità dell'amministrazione nel determinare le scelte fondamentali dell'assetto del territorio. In determinati casi il piano potrebbe conferire un'edificabilità minima

suscettibile di essere aumentata nel caso in cui vi sia la disponibilità dei privati a realizzare una parte di opere pubbliche o, come avviene nel p.r.g. di Roma, nel caso in cui gli stessi privati siano disposti ad intervenire per la riqualificazione di determinate aree; in altri casi, la trasformazione è ancorata ad un confronto concorrenziale per il miglior risultato dell'assetto urbano e dei servizi (Veneto).

4. Trasferimenti di volumetria e permesso di costruire. Spunti per una nuova ricostruzione in termini pubblicistici e il ruolo degli accordi.

Si è osservato come nella pianificazione urbanistica si pone in modo sempre più pressante il problema degli accordi tra privati e p.a. in ordine alle scelte di assetto del territorio. Si è anche sostenuto che la consensualità gioca un ruolo fondamentale nella piena realizzazione delle finalità perequativo/compensative previste in alcuni strumenti urbanistici. Tuttavia ad avviso di chi scrive le potenzialità di un approccio consensuale non sono state sufficientemente analizzate con riferimento ai trasferimenti di volumetria i quali svolgono un ruolo determinante per la realizzazione degli obiettivi di perequazione urbanistica. Nel capitolo precedente si è fatto un breve cenno alla possibilità di ricondurre la fattispecie complessa trasferimento di volumetria/permesso di costruire in categorie di stampo pubblicistico tuttavia senza analizzarne le conseguenze. Questo è quanto si tenterà di realizzare in questa sede, con l'avvertenza che il presente studio rappresenta un tentativo di ricostruzione alternativo del tutto nuovo. Punto di partenza quasi obbligato sono le teorie sull'operazione amministrativa³⁰³, l'idea che l'attività amministrativa debba essere intesa come unitariamente volta al raggiungimento di un risultato vale a dire la realizzazione dell'interesse pubblico quale emerge da un procedimento aperto alla partecipazione dei privati. Nella fattispecie complessa composta da trasferimento di volumetria e permesso di costruire si verrebbe a creare un nesso imprescindibile tra le due operazioni tale che si possa parlare di operazione economica unitaria, che richiede una parimenti unitaria qualificazione giuridica.

³⁰³Per le quali sia consentito rinviare a D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.

Quest'ultima, con la consapevolezza che la presente ricostruzione si discosta dalle opzioni interpretative esposte nel terzo capitolo³⁰⁴, potrebbe consistere in una nuova ipotesi di accordo di cui all'art. 11, l. n. 241 del 1990. Precisamente la fattispecie complessa potrebbe essere sostituita da un accordo integrativo del successivo provvedimento di permesso di costruire, a tale accordo dovrebbe partecipare sia il proprietario cessionario (richiedente il titolo edilizio) sia il proprietario cedente. L'ammissibilità di tale accordo non è ostacolata dall'esclusione di cui all'art. 13 l.n. 241 del 1990; infatti, questo non si configura come accordo di co-determinazione dell'assetto urbanistico ma come attuativo dello stesso, poiché mira nell'ambito del medesimo indice territoriale al trasferimento di un indice edificatorio da un fondo all'altro, rimanendo immutata la densità complessiva della zona. Seguendo le conclusioni cui la giurisprudenza è giunta in ordine alle convenzioni di lottizzazione³⁰⁵ si può affermare che anche di fronte a tali accordi/convenzioni una corretta interpretazione dell'art. 13, cit. impone di limitare l'esclusione in esso prevista ai soli atti di pianificazione generale frutto di scelte politiche non anche a quei provvedimenti che costituiscono attuazione dell'assetto urbanistico già stabilito nello strumento generale (tali sarebbero gli accordi qui ipotizzati). Parimenti alcuni spunti interessanti possono trarsi dalle conclusioni della giurisprudenza in relazione alle c.d. convenzioni edilizie. Con tali convenzioni i privati ai sensi dell'art. 16, t.u. edilizia³⁰⁶, si possono obbligare a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo relativo agli oneri di urbanizzazione. Nelle convenzioni edilizie, invero, possono essere compresi anche quegli accordi con i quali i privati si assumono alcune obbligazioni unilaterali ai fini dell'ottenimento del titolo edilizio³⁰⁷, che hanno un carattere ufficioso poiché non riconducibili ad alcuna

³⁰⁴ Le quali devono considerarsi dominanti

³⁰⁵ Cass., Sez. un., 15 dicembre 2000 n. 1262, cit. e Id., 11 agosto 1997 n. 7452, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1393.

³⁰⁶ La disposizione sostituisce quella della l.n. 10 del 1977, art. 11.

³⁰⁷ Si noti che in ogni caso il privato non può assumersi obbligazioni che esulano dalla disciplina legale dettata per il potere. In tal senso, A.TRAVI *Accordi tra proprietari e comune*, cit., 281. L'A. prosegue sostenendo che non si può ammettere un accordo che introduce oneri maggiori per il privato nel caso in cui l'impegno dell'amministrazione consista nell'emanazione di un atto a carattere vincolato. In giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 1999 n. 2056 in *Riv. giur. edil.*, 2000, I, 295, ha affermato che l'obbligo della corresponsione del contributo di urbanizzazione, essendo obiettivamente collegato alla posizione di titolare della concessione edilizia rilasciata, dà vita a un'obbligazione di diritto pubblico dalla quale va esclusa ogni connotazione negoziale. Pertanto, anche la sottoscrizione, al momento del rilascio della concessione, di un impegno a corrispondere al Comune il contributo di urbanizzazione nella misura determinata dal Comune stesso non preclude

fattispecie normativamente prevista. La giurisprudenza di legittimità ha in più occasioni affrontato il problema della compatibilità e del rapporto tra convenzioni edilizie e accordi *ex art. 11, cit.*, giungendo ad affermare una vera e propria intersezione di uno schema negoziale nella sequenza procedimentale³⁰⁸. Le conseguenze di tale affermazione risiedono nel fatto che l'unica fonte di regolamentazione del rapporto è il provvedimento, il quale potrebbe anche disattendere l'assetto di interessi deciso in precedenza. Nell'individuare il discrimine tra l'attività contrattuale della p.a. e quella di tipo convenzionale la Corte di cassazione³⁰⁹ ha precisato che "mentre nel caso del contratto ad oggetto pubblico la fase procedimentale è preordinata alla formulazione della volontà (a contrarre) della p.a. (secondo la logica di esternazione dell'interesse pubblico che deve sorreggere tale opzione), venendo poi la volontà del soggetto pubblico, così formata ed evidenziata, a comporsi con quella contrapposta del privato nel sinallagma contrattuale; nell'ipotesi dei moduli convenzionali, si ha una situazione specularmente inversa dacché l'accordo non già segue il provvedimento, ma ne precede invece la conclusione, inserendosi, in funzione di questa, come un segmento interno alla procedura. Con l'ulteriore conseguenza che mentre il contratto, una volta esaurito il procedimento di evidenza pubblica, si pone come fonte autonoma di disciplina del rapporto (o di un aspetto di esso) essendo anche autonomamente impugnabile (per vicende inerenti alla sua esecuzione, ovvero anche per l'incidenza che su di esso possono esercitare eventuali vizi del pregresso procedimento), il modulo convenzionale, viceversa, non raggiunge una equivalente autonomia giuridica, potendo alternativamente o essere disatteso dalla p.a. (che, anche dopo le intese raggiunte con il privato, resta pur sempre titolare del potere pubblicistico) ovvero, essere trasfuso in un elemento - eventualmente accidentale (condizione, onere) - del provvedimento che, come detto, è in questo caso l'unico strumento di regolamentazione del rapporto". Le conclusioni della giurisprudenza se hanno il

all'interessato la tutela giurisdizionale per l'accertamento del diritto a non pagare tale contributo in misura eccedente a quanto dovuto per legge, vertendosi in materia sottratta alla disponibilità delle parti. Tuttavia, nell'ipotesi di trasferimento di cubatura, solo il permesso di costruire determina il trasferimento di cubatura tra le parti (e nei confronti dei terzi) e tale provvedimento concessorio in tal caso è discrezionale e non vincolato (così Cass., sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Cons. St.*, 1996, II, 1015), circostanza questa che renderebbe legittimo l'accordo contenente l'impegno del cedente, del cessionario e della p.a. per la realizzazione dell'intera operazione economico-amministrativa.

³⁰⁸ Cass., Sez. I, 15 aprile 1992 n. 4572, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2037.

³⁰⁹ Cass., n. 4572 del 1992, cit.

merito di aver correttamente individuato il rapporto tra le convenzioni e il permesso di costruire, non hanno poi applicato la disciplina sugli accordi amministrativi a tali convenzioni, implicitamente accettando il rischio del verificarsi di alcune conseguenze pregiudizievoli al privato³¹⁰. Se la fattispecie complessa trasferimento di volumetria/permesso è assimilabile alle convenzioni appena esaminate si dovrebbero applicare ad esse le medesime conclusioni. In particolare, è opportuno interrogarsi sulle conseguenze di una invalidità del contratto di trasferimento di volumetria sul permesso di costruire rilasciato in base al primo. Se l'accordo è elemento accidentale o presupposto di fatto del provvedimento³¹¹, il permesso non potrà che essere affetto da una sorta di illegittimità sopravvenuta perché emanato sulla base di una situazione giuridica e di fatto differente, per risolvere la quale la p.a. potrebbe emanare un provvedimento di autotutela. Inoltre, se l'esclusione della natura negoziale della cessione di volumetria ha come conseguenza che nel momento in cui si facciano valere i vizi che inficiano la validità della cessione, questi riflettendosi sulla legittimità di ciò che è stato edificato, o si sta per edificare, sul fondo dell'acquirente, radicano la giurisdizione davanti al giudice amministrativo e non al giudice ordinario³¹². Allora, qualificando la cessione come un presupposto di fatto del permesso le conseguenze in ordine alla giurisdizione saranno le medesime ma a ciò si aggiunge l'impossibilità di far valere autonomamente i vizi della cessione che avrebbe valenza eminentemente procedimentale (tale effetto si riscontra anche per le convenzioni edilizie c.d. non ufficiose³¹³). In verità anche gli accordi integrativi non possono essere impugnati autonomamente tuttavia possono essere censurati mediante i rimedi previsti dal codice civile (art. 11, comma 2, l.n. 241 del 1990), ma l'invalidità di carattere civilistico che li coinvolge non travolge il provvedimento amministrativo che li recepisce in modo automatico, dovendosi in ogni caso transitare per la sussistenza dei vizi di legittimità dei provvedimenti

³¹⁰ V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi*, cit., 337.

³¹¹ Come afferma Cass., Sez. un., 12 novembre 2001 n. 14031, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1909 in ordine alle convenzioni edilizie.

³¹² Cfr. A.GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1, II, 3, spec. 7.

³¹³ Di cui s'è detto prima e che sono attentamente analizzate da V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi*, cit., spec. 338.

amministrativi³¹⁴. L'applicazione delle disposizioni sugli accordi *ex art. 11*, cit. consentirebbe di limitare la discrezionalità dell'amministrazione in sede di adozione del provvedimento secondo la regola del comma 4 dello stesso articolo, attribuendo una maggiore vincolatività agli impegni assunti da tutte le parti. Tale soluzione, tuttavia, non riesce ad ottenere risultati utili nella circolazione dei diritti edificatori così come postulata dalle tecniche di perequazione urbanistica, per la corretta attuazione della quale è indispensabile (come ricordato più volte) un intervento del legislatore che ponga fine all'incertezza creatasi anche in seguito alle previsioni di alcune leggi regionali che hanno voluto istituire il c.d. mercato dei diritti edificatori³¹⁵. Da quanto esposto risulta evidente come non vi siano ragioni per negare la possibilità per le parti coinvolte dalla fattispecie complessa trasferimento di volumetria/permesso di costruire di stipulare un accordo integrativo ai sensi dell'art. 11, legge sul procedimento, contenente l'impegno del cedente a rinunciare alla volumetria trasferita e del Comune a rilasciare il permesso qualora il cessionario lo richieda.

5. Soluzioni e prospettive future.

La circostanza che il territorio di gran parte delle città italiane sia già trasformato ha favorito dagli anni '90 (la prima legge è la n. 179 del 1992), il sorgere di nuovi strumenti di pianificazione volti al recupero dell'esistente in funzione sociale. La presenza di aree urbane dismesse, obsolete o da riqualificare e la mancanza di risorse economiche comunali ha favorito l'emergere di soluzioni concordate per il recupero urbano, che di norma si sviluppa secondo un procedimento che inizia con un accordo *ex art. 11 l. n. 241 del 1990* e che prosegue col recepimento nella variante di piano del contenuto dell'accordo. Questo in genere prevede a fronte di interventi a carattere oneroso per il privato, il riconoscimento allo

³¹⁴ Interessante l'analisi svolta da V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi*, cit., 91 e ss.; l'A. opera un interessante parallelismo tra vizi di nullità e annullabilità civilistici e vizi di legittimità del provvedimento, ad esempio la mancanza di causa dell'accordo o i vizi della volontà sono ricondotti al vizio di eccesso di potere del provvedimento mentre la contrarietà a norme imperative comporta il vizio di violazione di legge.

³¹⁵ Si rinvia a quanto già detto nei capitoli che precedono.

stesso di diritti edificatori premiali o di modifiche di destinazione d'uso. In tal modo "lo scambio entra a pieno titolo nel procedimento urbanistico ed il contratto sostituisce o determina il contenuto del provvedimento"³¹⁶. Dopo la modifica della legge 241 del 1990 la generalizzazione del ricorso agli accordi sostitutivi potrebbe far propendere per una utilizzazione degli stessi anche in quei casi in cui l'accordo utilizzato era quello di tipo procedimentale. Premesso che il limite dell'art. 13 non è applicabile alla cessione di cubatura poiché non attiene all'attività di pianificazione il rilascio di un titolo edilizio che lasci inalterato il rapporto volume superficie delineato dallo strumento urbanistico, ci si è chiesti se davvero l'operazione complessa formata dal trasferimento della cubatura e dal provvedimento di rilascio del permesso di costruire sia una ipotesi di accordo sostitutivo ovvero non abbia una valenza procedimentale. Come già evidenziato tale ultima ipotesi appare preferibile, a sostegno della stessa si richiama la giurisprudenza, anche amministrativa, che ritiene ineludibile il momento autoritativo. In realtà il trasferimento tra privati assume i connotati di una proposta alla p.a. la quale rimane libera di accettare o meno³¹⁷. Probabilmente è questa la soluzione per eludere il rischio di una dequotazione pericolosa del provvedimento autoritativo. La crisi finanziaria dei Comuni, come anticipato, giustifica il ricorso a forme di urbanistica contrattata ma aumenta il rischio che si verificano fatti a rilevanza penale (corruzione, concussione, abuso d'ufficio), malgrado ciò c'è chi avverte che il giudice penale dovrebbe comunque tenere presente che l'accordo è divenuto ormai una modalità di svolgimento della funzione pubblica. Solamente adeguate forme di pubblicità e previsioni atte a rendere trasparenti le scelte della p.a. potrebbero risolvere il problema legato all'emergere di tali fattispecie criminose; in particolare, si dovrebbe creare un sistema per valutare la misura dell'interesse pubblico in rapporto ai benefici concessi ai privati, poiché spesso dietro scambi ineguali si nasconde la possibilità che l'agente pubblico ricavi un vantaggio illecito dall'accordo. Non giova ricordare che la normativa statale sul punto è assente e che le leggi regionali lasciano ampi margini di apprezzamento ai Comuni. In questa sede si propongono alcune soluzioni ideate da illustre dottrina a che allo stato risultano sicuramente le migliori

³¹⁶ P.URBANI, *Urbanistica consensuale*, cit.

³¹⁷ F.CANGELLI, *La cessione di cubatura nel contesto dell'amministrazione cd. concordata*, in E. FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, 2000, 249, spec. 269.

prospettate in materia³¹⁸. In primo luogo le amministrazioni dovrebbero prevedere forme di partecipazione più ampie rispetto alle osservazioni di cui alla legge del 1942, ad esempio attraverso l'organizzazione di pubbliche udienze finalizzate alla raccolta delle proposte e alla giusta pubblicizzazione di quelle ritenute idonee. Questo *modus operandi* permetterebbe di “sottoporre a valutazione i termini dello scambio ovvero quali opere di urbanizzazione secondaria rispondano alle specifiche esigenze della città o dell'area interessata, quali oneri (in termini di volumi edificatori e di *mix* delle funzioni ammesse) l'amministrazione s'impegna a concedere ai privati”. Infatti, è di tutta evidenza che le udienze così organizzate attraverso il confronto potrebbero suggerire soluzioni alternative migliori. In tal modo verrebbe scongiurato il rischio di scambi ineguali a discapito della realizzazione dell'interesse pubblico e non sarebbe di alcuna utilità discutere sull'ammissibilità degli accordi di co-determinazione dei piani tra p.a. e privati poiché l'amministrazione non sarebbe comunque vincolata a seguire le proposte dei privati. Nel caso decidesse di seguirle il momento autoritativo verrebbe anticipato a quello della deliberazione *ex art 11 comma 4-bis*: “A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento”. L'effetto positivo sarebbe quello di una maggiore partecipazione e condivisione delle scelte pubbliche senza alcuna perdita di autoritatività, poiché la partecipazione, ai fini della valutazione della congruità della proposta, verrebbe assicurata prima che la formazione della volontà dell'amministrazione sia definitiva. A ciò si aggiunga che sarebbe parimenti proficuo riportare il regime degli accordi nell'ordinario svolgimento dell'attività di pianificazione e non relegarli ad ipotesi straordinarie di intervento, “occorre cioè tornare a ragionare di scambi edificatori *nelle* scelte di piano e non *in deroga al piano*”³¹⁹. Tale approccio, tuttavia, implica una rimediazione del piano regolatore alla luce anche della possibile suddivisione dello stesso in piano strutturale e piano operativo. Nella parte strutturale si eserciterebbe la funzione pubblica, l'attività autoritativa dell'amministrazione e solo nella parte operativa vi sarebbe spazio per

³¹⁸ P.URBANI, *Urbanistica consensuale*, cit.

³¹⁹ Così P.URBANI, più volte citato.

una contrattazione coi privati. Si è in più occasioni sottolineato che la tecnica dello *zoning* non risponde più alle esigenze del mercato, che richiedono soluzioni urbanistiche flessibili e rapide. Il piano dovrebbe deve aprirsi alla co-determinazione degli assetti con gli interessi privati acquisendo quella flessibilità che permette le migliori soluzioni urbanistiche nel momento in cui queste concretamente si manifestano. Dunque nel piano dovrebbe essere già delineato lo schema dei possibili accordi ove disciplinare i casi nei quali amministrazione e privati possono concordare le scelte di trasformazione e i termini dell'accordo, soprattutto per quanto riguarda gli standard di raggiungimento minimo dell'interesse pubblico. Lo scopo sarebbe quello di evitare che il piano venga sostituito dal contratto. Nella legislazione tedesca i criteri di valutazione di ammissibilità degli scambi pubblico/privato sono: il nesso di casualità, il rispetto del principio di proporzionalità, il divieto di arricchimento, la tutela del contraente più debole (che potrebbe essere, a seconda dei casi urbanistici, a volte il privato, ma anche il comune), la necessaria forma scritta. Non è inutile notare che tali parametri potrebbero servire anche al giudice in sede di sindacato sull'attività amministrativa. Da quanto esposto appare evidente che una legge nazionale si impone per garantire certezza e uniformità in una materia così delicata come il rapporto tra pubblico e privato nell'assetto del territorio.

Considerazioni conclusive

Cambiare la struttura urbanistica di una città significa cambiarne la morale (R. La Capria)³²⁰. La citazione sembra riassumere in poche parole il senso di quanto fin qui affermato. Il sistema di pianificazione dal 1942 ad oggi ha subito una progressiva evoluzione la quale, però, non è avvenuta ad opera del legislatore statale; i mutamenti, si pensi alla scissione del p.r.g. in piano strutturale e piano operativo, sono avvenuti grazie agli interventi del legislatore regionale che, incurante dei possibili punti di frizione col sistema di ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni, ha introdotto nella legislazione urbanistica modelli attuativi e istituti ispirati alla perequazione e alla consensualità. In più passi è emerso che su tale produzione normativa, che ha l'indubbio pregio di aver coraggiosamente tentato di trovare soluzioni differenti al problema della discriminatorietà della pianificazione, pende la spada di Damocle della incostituzionalità. I profili di possibile incostituzionalità sarebbero molteplici ma in fondo tutti legati alla necessità che una legge statale introduca nel sistema il principio generale della perequazione e modifichi lo statuto del diritto di proprietà per consentire legittimamente le operazioni di scissione e trasferimento dei c.d. diritti edificatori. Nel corso della trattazione si è usato il termine diritti poiché è quello che viene comunemente utilizzato, tuttavia si ritiene più opportuno denominarli come potenzialità edificatorie³²¹. Tale espressione, nulla aggiungendo per la soluzione della questione relativa alla loro natura, ha il pregio di contenere in sé la peculiarità di tali posizioni soggettive, vale a dire il fatto che con esse il titolare ha la facoltà di realizzare una determinata volumetria sul fondo. Con specifico riferimento alla natura di tali potenzialità edificatorie, sebbene vi sia stata in chi scrive la tentazione di

³²⁰ Conversazione di Raffaele La Capria con Alessandro Piperno, *Corriere della sera*, 28 novembre 2008, 55.

³²¹ La locuzione è contenuta nella proposta di legge urbanistica AIDU del 2010.

riconoscerle come “nuovi beni” o “frutti amministrativi”, in virtù dei vantaggi che tale ricostruzione sembra offrire³²², si è optato per la tesi della natura obbligatoria, la quale però non riesce a risolvere del tutto i problemi di circolazione di tali diritti. Interessante è sembrata la teoria dei diritti edificatori come interessi pretensivi. La ricostruzione non è sostenuta da una dottrina numerosa, nondimeno ha il pregio di valorizzare un elemento fondamentale caratterizzante il mercato dei diritti edificatori, vale a dire la presenza dell’amministrazione. Secondo la giurisprudenza anche amministrativa, la fattispecie del trasferimento di volumetria è dotata di carattere obbligatorio ed è di tipo complesso poiché l’effetto finale deriva dal provvedimento di rilascio del titolo edilizio che recepisce l’accordo tra i privati. Sul punto si è proposta una ricostruzione dell’operazione in termini di accordo (integrativo) di cui all’art. 11 l. n. 241 del 1990. L’intervento pubblicistico manterrebbe natura costitutiva, in quanto solamente attraverso il provvedimento è possibile ottenere legittimamente il risultato dell’accordo tra privati (solo la p.a. è titolare della cura dell’interesse urbanistico), nello stesso tempo tutte le parti coinvolte nella complessa operazione economica (p.a., cedente e cessionario) sarebbero vincolate al rispetto dell’accordo sottoscritto³²³. Non sembra meritare accoglimento la tesi che vede l’art. 13 l. n. 241 del 1990 come un ostacolo a tale ricostruzione poiché il divieto di applicazione delle norme sulla partecipazione non si applica al rilascio dei titoli edilizi non rientrando tale attività in quella di pianificazione, nella quale si operano le scelte urbanistiche discrezionali. La conferma di quanto sostenuto sta nel fatto che l’accordo privato deve mantenere inalterato quanto previsto dal piano in relazione al rapporto volume/superficie (standard piano volumetrico). Quanto detto spiega come nei casi in cui la legge regionale consenta la commerciabilità dei diritti edificatori vi sia sempre la preoccupazione di riservare una quota di volumi al mercato anzidetto, per evitare che lo svolgimento delle contrattazioni tra i privati porti ad uno sviamento rispetto alle scelte iniziali del piano in merito alla volumetria ritenuta realizzabile. Ciò nonostante, rimane problematica la gestione delle sopravvenienze di fatto e di diritto tra il momento di stipula dell’accordo tra i privati e la domanda per il rilascio

³²² Si rinvia a quanto detto in proposito nel III capitolo, l’ipotesi ricostruttiva avrebbe come conseguenza quella di non dover implicare lo scorporo dello *jus aedificandi* dalla titolarità del fondo e la possibilità di trascrivere gli atti di cessione ai sensi degli artt. 2643 e 2645 c.c., anche se si dovrebbe comunque giustificare la creazione di questi nuovi beni attraverso la legislazione regionale.

³²³ Si rinvia per gli approfondimenti al capitolo IV.

del titolo edilizio. Da una parte il Comune non può essere vincolato alle scelte di piano sulla base delle quali i privati si sono decisi al trasferimento dei diritti edificatori poiché l'interesse prevalente rimane quello alla corretta gestione del territorio, dall'altra parte si pone un problema di affidamento nei confronti di un certo assetto urbanistico, che andrà tutelato sulla base delle regole costantemente affermate dalla giurisprudenza amministrativa in ordine allo specifico obbligo motivazione che deve accompagnare le scelte di piano incidenti sulle aspettative qualificate dei privati. Gli accordi così individuati svolgono i loro effetti in una fase successiva alla predisposizione del piano, pertanto le scelte effettuate dal Comune in merito all'assetto del territorio sono scelte che rimangono dotate di un elevato grado di autoritatività. Tali sono i piani che attuano anche le leggi regionali più innovative (come Lombardia o Veneto) poiché il mercato dei diritti edificatori che si è creato si riferisce per la gran parte ad ipotesi di compensazione. L'ipotesi che più affascina gli studiosi è quella di una urbanistica consensuale che ponga gli accordi col privato nella fase di definizione delle scelte di piano, quasi che si possa parlare di urbanistica contrattata. E' evidente quali siano i rischi di tale approccio se realizzato con scarsa lungimiranza. I poteri economici forti sul territorio avranno la possibilità di "imporre" all'amministrazione i progetti di trasformazione della città col rischio di compromettere la effettiva realizzazione degli obiettivi di carattere generale. Dal punto di vista più strettamente giuridico si verrebbe a creare una condivisione del potere che necessita dell'avallo del legislatore ordinario poiché si prefigurerebbe una parziale rinuncia della p.a. ad esercitare funzioni fondamentali ad essa attribuite. Probabilmente il fondamento legislativo di tale tipologia di accordi risiede nell'art. 1, comma 1 della legge 241 del 1990 secondo cui l'attività della p.a. è retta dai criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario. Il rispetto di tali criteri autorizzerebbe l'adozione di nuove forme di pianificazione contrattata la quale avrebbe l'indubbio vantaggio di assicurare la realizzazione degli obiettivi del piano e l'eliminazione del rischio di contenzioso con i privati. Se l'art. 13 l. n. 241 del 1990 potrebbe in tal caso impedire il ricorso agli accordi "a monte" non può escludersi l'applicazione dei principi di cui all'art. 1 comma 1 cit. all'attività di pianificazione. In particolare mi sembra di poter riconoscere particolare rilevanza al richiamo ai principi

dell'ordinamento comunitario poiché tra questi il principio di proporzionalità potrebbe giocare un ruolo fondamentale nel dibattito che qui si propone. Infatti, per evitare che le scelte urbanistiche siano considerate in contrasto con tale principio si dovrà operare come noto una valutazione circa l'idoneità, la necessità e l'adeguatezza³²⁴ delle prescrizioni di piano, ma potrà avvenire solo una volta individuato l'interesse pubblico concreto (il razionale assetto del territorio) che è dato dalla ponderazione di tutti gli interessi che insistono sul territorio, sia pubblici che privati. Solamente la valutazione degli interessi privati in relazione all'interesse pubblico concreto potrebbe consentire la "massimizzazione legittima" degli interessi privati³²⁵. Tale impostazione sembra legittimare una partecipazione dei privati alle scelte urbanistiche che non sia limitata, come ora, alle osservazioni sul piano adottato ma che si estenda alla fase di ideazione dello stesso. In questo caso dovrebbe prevedersi la giusta pubblicità a tale partecipazione per evitare che il monopolio delle informazioni si ripercuota sulle scelte in termini di difetto di imparzialità. Il rischio di tale soluzione è quello di realizzare, attraverso la polverizzazione delle modalità consensuali e la scelta di soluzioni caso per caso, l'esatto contrario della giustizia distributiva. In conclusione, se è necessaria la tutela di un interesse generale l'elemento autoritativo è ineludibile e lo spazio riservato alla consensualità non potrà che essere residuale³²⁶. Un ulteriore profilo problematico di cui si è dato ampiamente conto nel lavoro proposto riguarda il dibattito sulla costituzionalità o meno delle tecniche perequative proposte nelle leggi regionali in assenza di una disposizione statale sul punto, poiché non sembra possibile rintracciare in alcuna norma il rinvio ai principi perequativi, almeno nella materia del governo del territorio. Tra le altre è una soluzione suggestiva quella che vede la perequazione come un principio fondamentale della materia. Nondimeno, gli argomenti che sono alla base dell'affermazione secondo cui la perequazione sarebbe principio fondamentale del governo del territorio sono ad avviso di chi scrive poco convincenti. Si potrebbe convenire con tale soluzione solo nel caso in cui il sistema nel complesso fornisse gli

³²⁴ Sulla proporzionalità, v. per tutti D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2010, 111.

³²⁵ In tal senso A. BARONE, *Pianificazione urbanistica e principio di proporzionalità*, in E. FERRARI, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, Atti del IV Convegno nazionale AIDU, Milano, 2001, 303, spec. 311.

³²⁶ GU. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, 23.

strumenti per la risoluzione delle rilevanti questioni pratiche che si pongono nella fase attuativa della perequazione, prima fra tutte la commerciabilità dei diritti edificatori e la loro autonomia rispetto alla titolarità della proprietà. L'assenza di certezze su tali temi porta alla conclusione che in realtà la perequazione non sia un principio fondamentale e che sia indispensabile una legge nazionale al riguardo, soprattutto alla luce delle esperienze regionali che in alcuni casi si presentano come fortemente innovative (si pensi alla borsa dei diritti edificatori a Milano, ancora *in fieri*). Una nuova legge urbanistica in quanto risolutiva delle criticità evidenziate realizzerebbe nel lungo periodo un assetto dotato di maggiore certezza ed effettività, che dovrebbe garantire un notevole (ed apprezzabile) risparmio di spesa per gli Enti locali.

Che la disciplina urbanistica sia fortemente caratterizzata dalla "tecnica" non si è mai posto in discussione. Malgrado ciò, si è assistito ad un vero e proprio ribaltamento dei ruoli del diritto e della tecnica di fronte alla creazione dei modelli di pianificazione perequativa. La tecnica si è sostituita, per evidenti ragioni pratiche legate all'esigenza di effettività degli strumenti urbanistici, al diritto nelle scelte inerenti la creazione di nuovi strumenti giuridici e il modo in cui realizzare determinati scopi. In un famoso dialogo tra il giurista N. Irti e il filosofo E. Severino, il primo rilevava come il diritto dovesse agevolare il progresso della tecnica, ma esclusivamente come un mezzo per raggiungere gli scopi scelti in sede politica³²⁷. Se, però, la politica non compie le scelte che le sono proprie allora il sistema rischia di perdere il suo baricentro e di cadere in balia della tecnica, con tutte le conseguenze in termini di certezza (*rectius* incertezza) del diritto e, in conclusione, di effettività di tutela delle posizioni giuridiche incise dal pubblico potere. Da quanto fin qui sostenuto si comprende il senso della citazione iniziale. I cambiamenti che si sono prodotti nel governo del territorio e nel sistema di pianificazione, non sono ancora riusciti a provocare un profondo rinnovamento del sistema, il quale rimane ancorato a vecchi principi e nel quale le nuove istanze sembrano come imprigionate e incapaci di sviluppare le possibili e, si spera, benefiche conseguenze sull'assetto delle nostre città.

³²⁷ Per una sintetica ma efficace ricostruzione del rapporto tra tecnica e diritto v. L.MENGGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2001, 1, 1.

Bibliografia

- G. ABBAMONTE, *Riserva di legge, pianificazione territoriale e tutela della proprietà*, in M.A. SANDULLI, M.R. SPASIANO, P. STELLA RICHTER (a cura di), *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 53
- S. AMOROSINO, *Alla ricerca dei principi fondamentali della materia urbanistica tra poteri normativi statali e regionali*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 1, 3
- S.AMOROSINO, *Il "governo del territorio" tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 3, 77
- S. AMOROSINO, *Gli indirizzi dell'Unione europea per l'organizzazione del territorio comune e le funzioni statali e regionali-locali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 2-3, 383
- S. ANTONIAZZI, *Le conseguenze della reiterazione di vincoli espropriativi e di inedificabilità, secondo la più recente giurisprudenza amministrativa: gli obblighi di motivazione e di indennizzo nonché di nuova pianificazione dell'area priva di destinazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 6, 1975
- M. ANTONIOL, *Quale base legislativa può reggere un piano perequativo?*, in www.esproprioonline.it, 2010, 3
- A. BARONE, *Pianificazione urbanistica e principio di proporzionalità*, in E. FERRARI, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, Atti del IV Convegno nazionale AIDU, Milano, 2001, 303
- A. BARTOLINI, *L'esperienza umbra*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU Perugia, 30 novembre 2007, Napoli, 2009, 127

- A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 429
- A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in www.pausania.it, 2007
- N. BASSI, *Sub art. 11*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 559
- N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004
- S. BELLOMIA, *Diritto privato regionale, perequazione urbanistica e nuovi strumenti di governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 2, II, 71-75
- S. BELLOMIA, nota a Corte cost., n. 179 del 1999, in *Riv. giur. edil.*, 1999, 636
- S. BENINI, note a Corte cost., n. 179 del 1999, in *Cons. St.*, 1989, II, 735
- F. BENVENUTI, in *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Dir ed econ.*, 2002, 138
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. VI, *La proprietà*, Milano, 1999
- G. BOBBIO, *Vincoli conformativi e vincoli espropriativi: una tradizionale dicotomia ancora significativa nella pianificazione del territorio*, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 2, 700
- E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 1, 104
- E. BOSCOLO, *Le regole dell'urbanistica in Lombardia*, Milano, 2006
- E. BOSCOLO, *Una conferma giurisprudenziale (e qualche novità legislativa) in tema di perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 3, 823
- E. BOSCOLO, *La perequazione urbanistica: un tentativo di superare l'intrinseca discriminatorietà della zonizzazione tra applicazioni pratiche ed innovazioni legislative regionali in attesa della riforma urbanistica*, in E. FERRARI (a cura di) *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, 2000, 193

- E. BOSCOLO, *Dalla zonizzazione alla perequazione urbanistica*, nota a TAR Emilia Romagna, Sez. I, 14 gennaio 1999 n. 22, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 1, 5
- M. BREGANZE, *La nuova pianificazione urbanistico-territoriale in Veneto e gli accordi con i privati*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 210
- E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 1
- E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati*, Milano, 1996
- A. CALEGARI, *Sul ruolo dei soggetti pubblici e privati nel procedimento di formazione del p.r.g.*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 1-2, 157
- A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria* (voce), in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg., Torino, 2000, 735
- A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990
- F. CANGELLI, *La cessione di cubatura nel contesto dell'amministrazione cd. concordata*, in E. FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, 2000, 249
- V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà privata (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 111
- G.F. CARTEI, T. PONTELLO, *Perequazione urbanistica e misure compensative. L'esperienza toscana*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU Perugia, 30 novembre 2007, Napoli, 2009, 109
- L. CASINI, *Perequazione e compensazioni nel nuovo piano regolatore generale di Roma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 2, 203
- L. CASINI, *L'esperienza del Lazio*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU Perugia, 30 novembre 2007, Napoli, 2009, 159

- L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005
- G. CECCHERINI, *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, 1990, II, 103
- A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?(in margine alla sentenza n.1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in *www.giustamm.it*
- N. CENTOFANTI, *L'espropriazione per p.u.*, Milano, 2009
- V. CERULLI IRELLI, *Il "governo del territorio" nel nuovo assetto costituzionale*, in S.CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Atti del VI Convegno nazionale, Pescara, 29-30 novembre 2002, Milano, 2003, 499
- V.CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa negoziale*, in *Dir. amm.*, 2003, 217
- A. CHIANALE, *Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di volumetria*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1545
- M.P. CHITI, *Il ruolo della Comunità Europea nel governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, II, 91
- G.CIAGLIA, *Della "compensazione urbanistica" ovvero di come rivoluzionare l'urbanistica senza che nessuno se ne accorga*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 3, 446
- N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. notar.*, 2003, 1113
- F.CINTIOLI e M.R.SAN GIORGIO, *Proprietà e Costituzione. principi giurisprudenziali*, Milano, 2002
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche* in F. PUGLIESE, E. FERRARI (a cura di) *Presente e futuro nella pianificazione urbanistica*, Milano, 1999, 163

- R. COLLETTI, *Le servitù e la cessione di cubatura. Spunti e riflessioni*, in *Nuova rass. leg. dott. e giur.*, 1996, 68
- M. COMPORTI, *La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo*, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, 1, 10
- A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000
- M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, vol. VII, *Proprietà*, tomo I, Torino, 1982
- M. COSTANTINO, *Proprietà. II) Profili generali - Dir. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991
- G. CUGURRA, *Contributo allo studio delle cd. espropriazioni anomale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 577
- G. CUGURRA, *Urbanistica e governo del territorio nella legislazione regionale*, in G. SCIULLO (a cura di), *Governo del territorio e autonomie locali*, Bologna, 2010, 45
- G. CUGURRA, *Normativa comunitaria e opere di urbanizzazione*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 193
- G. D'ANGELO, *Regime giuridico delle aree fabbricabili: necessità ed urgenza di una riforma legislativa*, in *Riv. giur. edil.*, 1999, I, 635,1181
- G. D'ANGELO, *Limitazioni autoritative delle facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Napoli, 1963
- P. DE MARTINIS, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 213
- D. DE PRETIS, *Semplificazione, urbanistica ed edilizia*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 3, 316
- S. DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo*, Napoli, 2006

- A. DI MAJO, L. FRANCIOSI, *Proprietà edilizia* (voce), in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 354
- M. DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura d'area e «numero chiuso» dei diritti reali*, in *Riv. notar.*, 1975, 547
- D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005
- M. D'ORSOGNA, *L'esperienza dell'Abruzzo*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU Perugia, 30 novembre 2007, Napoli, 2009, 137
- M. DUGATO, *Urbanistica e governo del territorio: il ruolo degli enti locali*, in G. SCIULLO (a cura di), *Governo del territorio e autonomie locali*, Bologna, 2010, 69
- G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984
- R. FERRARA, *Sub art. 15*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 673
- R. FERRARA, *Gli accordi tra privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985
- G.F. FERRARI e R. FERRARA, *Sub art. 42*, in *Commentario breve alle leggi in materia di Urbanistica ed Edilizia*, Padova, 2010, 15
- E. FERRARI, *I Comuni e l'urbanistica*, in S.CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Atti del VI Convegno nazionale, Pescara, 29-30 novembre 2002, Milano, 2003, 125
- D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2010, 111
- A.GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1, II, 3
- A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in A. CICU e F. MESSINEO (diretto da) e L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. VIII, tomo II, Milano, 1995

- A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in P.RESCIGNO (diretto da) *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982, vol. VII, 526
- R. GAROFOLI e G. MELE, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007
- R.V. GRACILI, L.MELE, *Perequazione urbanistica e governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 3, 127
- N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, in *Riv. notar.*, 1992, 1069
- B. GRAZIOSI, *Figure polimorfe di perequazione urbanistica e principio di legalità*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 4-5, II, 147
- A. IANNELLI, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, in *Giur. merito*, 1977, IV, 740
- M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e Materiali*, VI, 2, 1998-2000, Milano, 2001, 669
- M. LIBERTINI, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in *Contr. e imp.*, 1991, 73
- M. LIBERTINI, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in F.GALGANO (diretto da) *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, tomo 3, Torino, 1995, 2253
- A. MALTONI, *Perequazione e compensazione nella legislazione urbanistica della Regione Emilia Romagna e nella disciplina di alcuni strumenti urbanistici locali. Considerazioni generali in tema di alienazione di diritti edificatori*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU Perugia, 30 novembre 2007, Napoli, 2009, 87
- F. MANGANARO, *L'indennità di espropriazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, rielaborazione della relazione dal titolo *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà (il diritto dell'espropriazione)*, presentata al secondo incontro italo-francese di Diritto amministrativo, svoltosi a Parigi il 12 ottobre 2007, modificata dopo l'emanazione

delle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, in www.giustamm.it

M. MARCELLONI, *Pensare la città contemporanea. Il nuovo piano regolatore di Roma*, Roma, 2003

G. MARI, *La perequazione urbanistica nei piani attuativi: la disciplina della l.r. Campania n. 16 del 2004*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 4, II, 125

F. MARZARI, *Prg Roma, legittimo imporre ai privati di cedere quote di edificabilità aggiuntiva*, in *Edil. e terr.*, 2010, 29, 6

P. MARZARO GAMBA, *La legge regionale del Veneto n. 11 del 2004 recante "Norme sul governo del territorio": note complessive per una valorizzazione delle procedure nella formazione degli strumenti urbanistici*, in www.pausania.it, 2007

P. MARZARO GAMBA, *Credito edilizio, compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 4, 644

V. MAZZARELLI, *Urbanistica e pianificazione territoriale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Milano 2003, 3335

V. MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. dir.*, Agg. vol. V, Milano, 2001

V. MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979

G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009

V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003

L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2001, 1, 1

F. MERLONI, *I raccordi intergovernativi*, relazione al Convegno dell'Associazione dei Professori di Diritto Amministrativo, Torino 2-3 ottobre 2002

- F. MERLONI, *Lo Stato e la Regione di fronte alla pianificazione urbanistica*, in E. FERRARI, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, Atti del IV Convegno nazionale AIDU, Milano, 2001, 93
- E. MICELLI, *Prg di Roma, il Tar Lazio boccia la perequazione se l'edificabilità viene ripartita fra privati e Pa*, in *Edil. e terr.*, 2010, 6, 6
- E. MICELLI, *Perequazione urbanistica*, Venezia, 2004
- G. MORBIDELLI, *Il governo del territorio nella Costituzione*, in G. SCIULLO (a cura di), *Governo del territorio e autonomie locali*, Bologna, 2010, 11
- G. MORBIDELLI, *Presentazione* al volume di A. BARTOLINI e A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU, Perugia 2007, Napoli, 2009
- S. MORO, *Gli accordi a monte delle prescrizioni urbanistiche*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 3-4, 453.
- M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, in M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela dei privati*, Milano, 1995,
- F. PAGANO, *Il piano operativo nel processo di pianificazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 2, 67
- F. PAGANO, *Un'oculata conformazione a fini compensativi*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 4, 92
- A. PAGANO, *In tema di c.d. trasferimento di cubatura*, in *Corr. giur.*, 1996, 1284
- G. PAGLIARI, *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 4, 579
- L. PALADIN, *Gli odierni problemi della proprietà fondiaria nella prospettiva costituzionale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988

- C. PANZARINO, *Il diritto di proprietà nell'art. 1 del 1° Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2003, III, 329
- G. PERICU, M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005
- A. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino, 1971
- S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005
- G. PERULLI, *La governance del territorio*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 4, 592
- G.B. PICCO-A.M. MAROCCO, *I così detti «trasferimenti di cubatura»*, in *Riv. notar.*, 1974, 626
- L. PISCITELLI, *Perequazione e integrazione fra le zone*, in E.FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, 2000, 165
- P. PITTER, *Limiti di volumetria e vincolo di inedificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 426
- A. POLICE, *Governo e mercato dei diritti edificatori*, in A. BARTOLINI e A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU, Perugia 2007, Napoli, 2009, 21
- A. POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 1, II, 3
- P.L. PORTALURI, *La civiltà della conversazione nel governo del territorio*, in S.CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Atti del VI Convegno nazionale, Pescara, 29-30 novembre 2002, Milano, 2003, 397
- S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964

- S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, Roma, 1951
- M.A. QUAGLIA, *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 842
- M. RENNA, *L'esperienza della Lombardia*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU Perugia, 30 novembre 2007, Napoli, 2009, 57
- P. RESCIGNO, *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 254
- V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in P. PERLINGIERI, *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale dl notariato*, Napoli, 2009.
- S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Nov. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 125
- S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 1252
- F. ROSELLI, Nota a Cass. 4245/81, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 685
- F. SAITTA, *Jus aedificandi o... dovere di costruire?*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 6, 416
- P. SALVATORE, *Piani di lottizzazione, comparti e perequazione urbanistica*, in *Giurisd. amm.*, 2006, 53
- F. SALVIA, *Vincoli urbanistici e uso della proprietà*, in M.A. SANDULLI, M.R. SPASIANO, P. STELLA RICHTER (a cura di), *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 25
- E. SALZANO, *Sull'articolazione dei piani urbanistici in due componenti: come la volevamo, come è diventata, come sarebbe utile*, in www.pausania.it, 2008
- A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989
- A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 465

- A.M. SANDULLI, *I limiti alla proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 962
- A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione dei vincoli paesistici*, in *Atti del convegno di studi giuridici per la tutela del paesaggio*, Milano, 1963
- A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 826
- M.A. SANDULLI, *Trent'anni dopo: l'impatto delle sentenze della corte costituzionale n. 55 e 56 del 1968 sull'evoluzione successiva dell'ordinamento giuridico e dell'urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 1998, 6, II, 255
- G. SANTANIELLO, *Espropriazione per pubblica: d) forme anomale*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, 899
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 953
- F. SATTA, *Atto amministrativo, I) Dir. amm. (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma.
- S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 287
- V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. I, Roma, 1033, 269
- S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989
- R. SESTINI, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla nota del Prof. Alfonso Celotto sulla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in www.giustamm.it
- M. SOLLINI, *La pianificazione urbanistica regionale allo specchio: profili comparativi sintetici e linee evolutive*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 507
- P. STELLA RICHTER, *L'evoluzione della dottrina in materia urbanistica ed edilizia*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 1, 25

- P. STELLA RICHTER, *Il difficile rapporto tra urbanistica e diritto di proprietà*, relazione al Convegno AIDU, *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006
- P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006
- P. STELLA RICHTER, *Il difficile rapporto tra urbanistica e diritto di proprietà*, relazione al Convegno AIDU, Napoli, 12-13 maggio, 2005
- P. STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 04, 169
- P. STELLA RICHTER, *La nozione di "governo del territorio" dopo la riforma dell'art. 11 Cost.*, in *Giust. civ.*, 2003, 4, 107
- P. STELLA RICHTER, *Governo del territorio ed infrastrutture*, entrambi in S. CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Atti del VI Convegno nazionale, Pescara, 29-30 novembre 2002, Milano, 2003, 273
- P. STELLA RICHTER, *A proposito dei vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativo*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2597
- P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984
- P. STELLA RICHTER, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 1968, II, 123
- E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992
- A. TRABUCCHI, *La facoltà di edificare tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 42
- A. TRAVI *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, V 2002, 274
- F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. e dir.*, 1993, 238

- R. TRIOLA, Nota a Cass. 1231/74, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1424
- R. TRIOLA, *La «cessione di cubatura»: natura giuridica e regime fiscale*, in *Riv. notar.*, 1974, 115
- P. L. TROJANI, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, 285
- P. URBANI, *Le tecniche innovative del PRG di Roma. Il Tar annulla le disposizioni sulla cessione di volumetria al comune e le previsioni del contributo straordinario*, in www.astrid-online.it;
- P. URBANI, *Sistemi di pianificazione urbanistica perequativa e principio di legalità dell'azione amministrativa dopo le decisioni del Consiglio di Stato sul PRG di Roma*, in www.giustamm.it
- P. URBANI, *Urbanistica* (voce), in *Enc. Trecc.*, agg. XVII, 2009
- P. URBANI, *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 2, 47
- P. URBANI, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, in *Edil. e terr.*, 2008, n. 30
- P. URBANI, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, relazione presentata al XI Convegno nazionale AIDU, Verona, 2008.
- P. URBANI, *La riforma regionale del p.r.g.: un primo bilancio. Efficacia, contenuto ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità nel provvedere e garanzia del contenuto minimo della proprietà*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 4, 471
- P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti*, Torino, 2007
- P. URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urb. e app.*, 2006, 8
- P. URBANI, *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 221

- P. URBANI, *Pianificare per accordi*, in *www.pausania.it*, 2005 e in *Riv. giur. edil.*, 2005, 4, 177
- P. URBANI, *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, in *www.pausania.it*, 2005
- P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2004
- P. URBANI, *Il governo del territorio e luoghi di vita e di lavoro*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Atti del VI Convegno nazionale, Pescara, 29-30 novembre 2002, Milano, 2003, 183
- P. URBANI, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 587
- P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000
- P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, Torino, 1995
- V. VANGHETTI, *Profili civilistici della c.d. «cessione di cubatura»*, in *Notariato*, 1996, 417
- F. VARONE, *Trasferimento di edificabilità, così negli Stati Uniti si induce il privato a tutelare beni e aree*, in *Edil. e terr.*, 2010, 10, 15