

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA

IN

LA PROGRAMMAZIONE NEGOZIALE PER LO SVILUPPO E LA TUTELA DEL
TERRITORIO

XXVIII ° CICLO

IL RAPPORTO TRA DIRITTO DI PROPRIETÀ E *IUS AEDIFICANDI*
NELL' ATTUALE CONTESTO NORMATIVO

COORDINATORE

Chiar.mo Prof. Fiorenzo Liguori

DOTTORANDA

Dott.ssa Alessandra Bifani Sconocchia

TUTOR

Dott.ssa Giuseppina Mari

Anno accademico 2015/2016

INDICE - SOMMARIO

CAPITOLO I

IL DIRITTO DI PROPRIETÀ NELLA COSTITUZIONE E IL RAPPORTO CON IL DIRITTO DI EDIFICARE NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA E NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ED EUROPEA

1. Introduzione. Diritto di proprietà e funzione sociale	5
2. La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul diritto di proprietà	20
3. Diritto di proprietà e ordinamento sovranazionale	27
4. La questione della scorporabilità dello <i>jus aedificandi</i> dal diritto di proprietà	43
4.1. Lo spartiacque della legge c.d. Bucalossi n. 10 del 1977	50
5. Vincoli conformativi e vincoli sostanzialmente espropriativi	59
6. Edificabilità e piano urbanistico	69
7. Giurisprudenza e pianificazione: la sentenza del Consiglio di Stato n 2710/2012	75
8. Prime considerazioni	83

CAPITOLO II

IL DIRITTO DI EDIFICARE NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA ATTUALE

1. Premessa al capitolo. I diritti edificatori	85
2. Le criticità della tecnica dello “ <i>zoning</i> ”	88
3. La cessione di cubatura: i presupposti	91
3.1. Le ipotesi ricostruttive della dottrina e della giurisprudenza in tema di cessione di cubatura	96
4. Lo strumento urbanistico perequativo	105
4.1. Le differenti tecniche perequative	114
4.2. Modalità di applicazione della tecnica perequativa	129
5. Assenza di una adeguata copertura legislativa statale della tecnica perequativa	130
5.1 Segue: la pronuncia del Consiglio di Stato sul P.R.G. romano	139

5.2. La perequazione urbanistica nella regione campana	150
6. I limiti della tecnica di pianificazione territoriale perequativa	153
7. La compensazione	154
7.1. I caratteri distintivi tra perequazione e compensazione	158
8. L'incentivazione edilizia	161
8.1. I caratteri distintivi tra perequazione e premialità	164
9. Riconoscimento legislativo del fenomeno compensativo e premiale edilizio	168
10. Recenti novità normative che assumono a presupposto la circolazione dei diritti edificatori: il decreto Sviluppo n. 70 del 2011 (che integra l'art. 2643 c.c.) ed il decreto Sblocca Italia del 2014 (che disciplina il permesso di costruire convenzionato)	171
11. La controversa natura giuridica dei diritti edificatori	178
12. Il regime circolatorio dei diritti edificatori	188

CAPITOLO III

IL DIRITTO DI EDIFICARE NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA PIÙ RECENTE: VIENE MENO L'INERENZA AL DIRITTO DI PROPRIETÀ? LA DIFFERENZA CON LO *JUS* *UTENDI*

1. La <i>vexata quaestio</i> della inerenza dello <i>ius aedificandi</i> al diritto di proprietà	193
2. Il venir meno della ricostruzione "tradizionale" del diritto di edificare	195
3. Perché riaprire la <i>vexata quaestio</i> dell'inerenza dello <i>ius aedificandi</i> al diritto di proprietà. L'art. 9 t.u. Edilizia: l'attività edilizia consentita in assenza di piano comunale generale contribuisce ad identificare il contenuto minimo del diritto di proprietà	200
3.1. Segue: Vincoli scaduti ed applicazione dell'art. 9 t.u. edilizia	210
3.2 Segue: la specifica questione degli interventi produttivi	214
4. Verso un nuova concezione dell'urbanistica	216
5. Il contributo di costruzione di cui all'art. 16 t.u. edilizia	223
6. Ulteriori novità normative accentuano la rilevanza dello <i>ius restituendi</i>	232
7. Le conseguenze del constatato scorporo dello <i>jus aedificandi</i> sulla pianificazione. L'esigenza di una pianificazione concorrenzial e e competitiva	241

8. Riflessioni conclusive	246
---------------------------	-----

CAPITOLO IV

LA QUESTIONE DEI DIRITTI EDIFICATORI ACQUISITI

1. Lo <i>jus variandi</i> del pianificatore. Premessa	253
2. La portata del principio di cristallizzazione in materia di pianificazione urbanistica	254
3. Le critiche alla tesi dei diritti acquisiti. La c.d. vocazione edificatoria	259
4. Modifiche <i>in peius</i> e obbligo di motivare	261
5. Riflessioni conclusive	265
Conclusioni	267
Bibliografia	284

CAPITOLO I

IL DIRITTO DI PROPRIETÀ NELLA COSTITUZIONE E IL RAPPORTO CON IL DIRITTO DI EDIFICARE NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA E NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ED EUROPEA

SOMMARIO: 1. Introduzione. Diritto di proprietà e funzione sociale; 2. La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul diritto di proprietà; 3. Diritto di proprietà e ordinamento sovranazionale; 4. La questione della scorporabilità dello *jus aedificandi* dal diritto di proprietà; 4.1. Lo spartiacque della legge c.d. Bucalossi n. 10 del 1977; 5. Vincoli conformativi e vincoli sostanzialmente espropriativi; 6. Edificabilità e piano urbanistico; 7. Giurisprudenza e pianificazione: la sentenza del Consiglio di Stato n. 2710/2012; 8. Prime considerazioni.

1. Introduzione. Diritto di proprietà e funzione sociale.

Il mondo giuridico è caratterizzato da una inarrestabile evoluzione legata al mutamento del contesto sociale ed economico della realtà che circonda l'uomo. Non si sottrae a tale regola l'istituto del diritto di proprietà, che, al pari di ogni altro istituto giuridico, riflette il tessuto sociale ed economico di un dato momento storico.

Pertanto, ai fini di un corretto esame degli istituti giuridici, che sia attento ai cambiamenti che gli stessi subiscono nel corso del tempo, risulta necessario

rivisitarli in chiave evolutiva, risultando tale regola di metodo l'unica possibile via per evitare di incorrere in una disamina limitata ed anacronistica.

Scopo della ricerca è dimostrare come una diversa e più attuale concezione – al passo con i tempi - dello *jus aedificandi* (facoltà considerata tradizionalmente caratterizzante della proprietà edilizia¹) permetta, da un lato, di risolvere alcuni degli aspetti più problematici della disciplina urbanistica, nel pieno rispetto dei principi costituzionali e, dall'altro lato, consenta di superare alcune contraddizioni logiche createsi, con il passare del tempo, nel mondo giuridico su tematiche relative alla proprietà immobiliare.

A tale fine, quale indagine preliminare, risulta necessario analizzare l'evoluzione che il diritto di proprietà ha subito nel tempo, di quali connotati esso si è arricchito e quali ne costituiscano ancora il contenuto essenziale costituzionalmente tutelato. Si osserverà, inoltre, in che modo si realizza, nella disciplina urbanistica, la funzione sociale della proprietà in chiave costituzionale.

Se sotto la vigenza dello Statuto Albertino il diritto di proprietà rappresentava la piena ed assoluta signoria dell'uomo sui beni², un potere assoluto scevro da limitazioni se non quelle relative alle modalità di esercizio dello stesso³, con il

¹ In argomento, *ex multis*, G. PAGLIARI, *Il sistema pianificatorio urbanistico: quadro sintetico dei profili funzionali*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO, U. MORELLO, Volume IV, *Proprietà e pianificazione del territorio*, a cura di S. BELLOMIA, G. PAGLIARI, M.A. SANDULLI, Milano, 2012, 38.

² L'art. 29 dello Statuto Albertino affermava 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".

³ G. PAGLIARI, *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 4, 579; 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, 28: "l'art. 29

Codice civile del 1942, prima, e con la Costituzione del 1948, poco dopo, si è assistito al passaggio da una concezione della proprietà prettamente terriera ed immobiliare ad una in cui si preferisce dare centralità all'impresa ed alle attività produttive⁴.

Nel Codice civile, all'art. 832, i caratteri della proprietà sono individuati nella esclusività del godimento e nella assolutezza del potere di disposizione della stessa, il che esige, come naturale corollario, che gli interventi normativi volti a limitare tali facoltà debbano presentare carattere eccezionale.

Successivamente, l'assolutezza del diritto di proprietà affermata nel dettato civilistico viene mitigata dalla formulazione del Costituente, per contemperarsi con il complesso concetto di *funzione sociale* della proprietà⁵. L'adozione della

St. Albertino – pur non avendo dato una espressa definizione della proprietà – ne recepisce certamente la concezione del tempo: quella di un diritto (o super diritto), capace di dispensare al suo titolare il massimo possibile di libertà, trasformando il *dominus* in una sorta di sovrano in casa propria”.

⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984, 66-69, ove si legge che il Codice civile vigente “non è più imperniato sulla proprietà immobiliare e terriera ma pone al centro dell’attenzione l’impresa, l’attività produttiva, la regolamentazione del lavoro, la necessità di organizzare la produzione”. *Amplius* sul diritto di proprietà: G. ALPA, *Funzione sociale della proprietà e potere di destinazione dei beni*, in *Quaderni regionali*, 1988; A. BALDASSARRE, *Proprietà (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XXV, 1990; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, 147 ss.; 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; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da) e L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. VIII, tomo II, Milano, 1995; S. MANGIAMELI, *La proprietà nella Costituzione*, Milano, 1986; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino, 1971; S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; 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; C. SALVI, *Modelli di proprietà e principi costituzionali*, in *Riv. crit., dir. priv.*, 1986, 317; 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.

⁵ “La tradizionale assolutezza del diritto di proprietà è andata mitigandosi nel tempo e, in particolare, a seguito dell’entrata in vigore della Carta Costituzionale, essa va contemperata con i principi e i dettami della Costituzione” afferma F. GUALANDI, *Dallo “ius aedificandi” allo “ius restituendi” (inteso come diritto di recuperare, rigenerare e sostituire l’esistente). Riflessioni sulla rigenerazione urbana*”), in www.pausania.it.

Carta costituzionale suggella, pertanto, il cambiamento del modello tradizionale del diritto di proprietà, che perde i connotati di un tempo per essere ricondotto nell'ambito dei *rapporti economici* nel titolo III⁶.

Il testo costituzionale, nel comma 2 dell'art. 42⁷, si limita ad offrire una tutela formale al diritto dominicale, assicurando una riserva di legge in materia: è compito del legislatore determinare i modi di acquisto, di godimento nonché i limiti applicabili alla proprietà al fine di assicurarne la *funzione sociale* e renderla accessibile a tutti⁸. Inoltre, il Costituente non definisce il contenuto del diritto di proprietà, né fornisce agli interpreti elementi che indichino in che modo la proprietà possa adempiere alla funzione sociale stabilita; la relativa determinazione viene invece affidata al legislatore al quale viene anche assegnato il dovere-potere di individuarne il cd. "contenuto minimo"⁹. Si viene pertanto ad instaurare uno stretto legame tra riserva di legge e funzione sociale della proprietà, essendo rimesso alla prima il non facile compito di definire e realizzare la seconda¹⁰. In tale senso, la dottrina ha evidenziato che "il tema del contenuto minimo o essenziale del diritto di proprietà nell'ambito della pianificazione urbanistica rimanda sia all'interpretazione dell'art. 42 Cost. e sia

⁶ Tale ultima circostanza, ha indotto a ritenere che esso non è più considerato quale diritto inviolabile, al pari dei diritti fondamentali della persona: così G. ROLLA, *La disciplina costituzionale della proprietà privata in Italia*, (presentazione al seminario internazionale S. José del Costa Rica, 26-30 marzo 2011, in www.unisi.it/ricerca/dir.ec/comparato/apor.html, 4.

⁷ L'art. 42, comma 2, Cost. recita: "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"; al comma 3 si legge che "la proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale".

⁸ F. SALVIA, *Vincoli urbanistici*, cit., 28.

⁹ F.G. COCA, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006, 3, 519.

¹⁰ A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 90 ove si legge che "si pone il diritto di proprietà in una dimensione solidaristica, di rapporto con i diritti dei terzi".

al rinvio dello stesso articolo alla legge ordinaria, cui spetta determinare i modi di acquisto, di godimento del diritto ed i limiti al fine di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”¹¹.

All’indomani dell’entrata in vigore della Carta fondamentale la dottrina si schierò su due versanti opposti circa l’esatta portata del citato comma 2 dell’art. 42 Cost..

Secondo alcuni Autori esso si limitava ad introdurre una garanzia formale della proprietà privata prevedendo una riserva di legge in materia e affidando al legislatore il compito di conformarla, con il solo obbligo di garantirne la funzione sociale e l’accesso a tutti¹². A sostegno della tesi venivano valorizzati l’inserimento dell’art. 42 nel Titolo III della Costituzione relativo ai *rapporti economici* – e non nel Titolo II relativo ai diritti fondamentali –, nonché la previsione di una generica riserva di legge in materia. Inoltre, veniva evidenziata l’incapacità – sulla base degli elementi offerti dal Costituente - di definire il contenuto “minimo” o essenziale del diritto di proprietà. Si ravvisava nel nuovo concetto di “funzione sociale” non solo un limite all’esercizio del diritto di proprietà, ma anche il suo contenuto, Infine, si sanciva la dissoluzione

¹¹ P. URBANI, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, in www.pausania.it, 2014, 1.

¹² M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. Dir.*, 1971, 443. Non ritengono vi sia un contenuto minimo costituzionalmente garantito della proprietà privata, tra gli altri, anche: G. MOTZO, A. PIRAS, *Espropriazione e pubblica utilità*, in *Giur. cost.*, 1959, II, 151 ss.; A. PREDIERI, *Espropriazione e regime di proprietà delle aree edificabili*, in *Giur. cost.*, 1968, 1298; D. SORACE, *Espropriazione della proprietà e misura dell’indennizzo*, Milano, 1974; S. RODOTÀ, *Commento all’art. 42*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, I *rapporti economici*, II, Bologna Roma, 76 ss.; ID., *Il terribile diritto*, *Studi sulla proprietà privata*, Bologna 1981; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n. 260 del 1976)*, in *Giur. cost.*, 1977, 1345; P. STELLA RICHTER, *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 1991, 582.

della proprietà in diverse tipologie, ognuna dotata di un diverso contenuto che sarebbe stato “conformato” dal legislatore nel rispetto dei limiti predetti.

Secondo altri Autori¹³, invece, l’esistenza di un contenuto minimo essenziale del diritto di proprietà – e quindi di una garanzia di natura sostantiva suscettibile di essere fatta valere dinanzi e dalla Corte costituzionale¹⁴ - era confermata dal riconoscimento e dalla garanzia costituzionale ad esso offerta proprio dall’art. 42, comma 2, Cost.. Secondo tale lettura, appariva illogico negare un significato sostanziale all’espressione “*proprietà privata*” utilizzata dal Costituente, che “non potrebbe prescindere dal riconoscimento che ciò che la Costituzione vuol riconosciuto e garantito dalla legge (ordinaria) deve già avere, prima di questa, una sua identità e consistenza e non è, quindi, un’entità assolutamente indeterminata nel suo contenuto, tale da poter essere conosciuta e definita solo a seguito e sul fondamento della legge che ne tratti”¹⁵. A

¹³ A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà*, cit., 465; ID., *Natura giuridica ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 809; ID., *Urbanistica e Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1975, 211; ID., *Il diritto di costruire oggi*, *ivi*, 1976, II, 157; ID., *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, *ivi*, 1978, 73; ID., *Il regime dei suoli dopo il nuovo intervento della Corte*, *ivi*, 1980, II, 247. In argomento, inoltre: S. AMOROSINO, *Aldo M. Sandulli ed il regime dei suoli: un “riformista” non sufficientemente “riconosciuto”*, in AA.VV., ALDO M. SANDULLI, *Attualità del pensiero del maestro*, Milano, 2004, 465; G. D’ANGELO, *Limitazioni autoritative delle facoltà di edificare e diritto all’indennizzo*, Napoli, 1964; F. BARTOLOMEI, *L’espropriazione nel diritto pubblico*, Parte generale, I, Milano, 1965.

¹⁴ Così P. URBANI, *Il contenuto minimo*, cit., 2, nel riassumere le diverse interpretazioni del comma 2 che si sono fronteggiate nell’ambito della cultura giuridica.

¹⁵ L. MAZZAROLLI, *Riconoscimento e garanzia della proprietà privata tra leggi di eversione e sentenze di salvaguardia*, in AA.VV., *Libertà: abitare e intraprendere*, Napoli, 1983, 252 e 253; F. SALVIA, *Il contributo di Aldo M. Sandulli alla ricostruzione della proprietà alla luce della costituzione repubblicana*, in *Aldo M. Sandulli (1915-1984) attualità del pensiero giuridico del maestro*, Milano, 2004, 455. Si veda, però, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Qualificazione giuridica della proprietà e vincoli amministrativi (da verificarsi all’atto del suo trasferimento)*, relazione svolta al Convegno annuale del Consiglio notarile di Santa Maria Capua Vetere, 15 maggio 2009, Caserta, pubblicata in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*: “Se è vero, infatti, che si può ‘riconoscere’ solo ciò che già esiste, il che potrebbe significare che il diritto di proprietà in qualche modo preesiste all’intervento legislativo; è altrettanto vero, però, che la disposizione attribuisce il compito del riconoscimento alla legge (e non alla Repubblica, come invece la Carta fa, ad esempio, nell’art. 5 per le autonomie locali: non è la stessa cosa). Orbene, visto che la Costituzione assegna l’attività di riconoscimento ad una fonte giuridica

giudizio di questa parte della dottrina, la tesi non poteva essere contraddetta dall'esistenza di diversi regimi di proprietà, in quanto essi non escludevano la presenza di un contenuto minimo comune che si impone al legislatore. Il “*riconoscimento*” da parte della Costituzione dei diritti inviolabili dell'uomo, del diritto al lavoro, alla famiglia ecc. fa chiaramente riferimento a qualcosa di già esistente ed insito nella coscienza sociale e politica italiana; ciò varrebbe anche per il diritto di proprietà.

Il dibattito non ha avuto un rilievo meramente formale, in quanto la Corte costituzionale in diverse occasioni ha dovuto affrontare la questione se il legislatore, nell'apporre limiti al diritto “allo scopo di assicurarne la funzione sociale” (e quindi nel conformare il diritto di proprietà), possa giungere a svuotarne il contenuto incidendo sul godimento del bene tanto profondamente da renderlo inutilizzabile in rapporto alla destinazione inerente il bene stesso o determinando il venir meno o una penetrante incisione del suo valore di scambio¹⁶.

La ricerca non può prescindere dal considerare anche le influenze sovranazionali, poiché la nozione del nucleo essenziale della proprietà va ricavata anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁷. È del resto noto che il diritto europeo è di

che integra la espressione della volontà generale, si deve ritenere che il riconoscimento in parola è un effetto della manifestazione della volontà generale che si formalizza nella legge. Se, dunque, la disposizione del primo comma dell'art. 42 Cost. sicuramente impedisce alla legge di abolire la proprietà privata – questo è fuori discussione! –, al tempo stesso, però, ciò non significa che si possa fondatamente parlare, sulla sua base, di un diritto naturale alla proprietà, di tipo liberale classico”.

¹⁶ Così Corte cost., 19 gennaio 1966, n. 6, in *Giur. cost.*, 1966, I, 72.

¹⁷ In argomento: P. URBANI, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, cit., 7; V. CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in *Giust. civ.*, 2015, 1, 13.

rango costituzionale, vincolando, *ex art.* 117, comma 1, Cost., la legislazione ordinaria.

L'ordinamento sovranazionale¹⁸ – benché con le differenze di cui si dirà nel prosieguo - converge con il dettato costituzionale, riconoscendo il diritto di proprietà e consentendone limitazioni o esclusioni nei soli modi e casi fissati dal legislatore. In tale senso, si legge all'art. 1 del I Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU¹⁹) – titolato “*Protezione della proprietà*” - che “*ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni*” e che “*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*”. Analogamente, l'art. 17 (“*Diritto di proprietà*”) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea²⁰ (Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo) tutela il diritto di proprietà come diritto fondamentale (diversamente dalla Costituzione italiana) e sancisce che “*ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità*” e che “*nessuno può essere privato 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*”. Inoltre, “*l'uso*

¹⁸ Oltre ad aver aderito alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, l'Italia è uno Stato membro dell'Unione Europea e, considerando le notevoli implicazioni della stessa negli ordinamenti di ciascuno Stato membro, sembra opportuno esaminare anche la normativa europea in tema di diritto di proprietà nonché la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

¹⁹ Stipulata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955 n. 848.

²⁰ L'art. 6 TUE riconosce ed attribuisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 “*lo stesso valore giuridico dei Trattati*” e prevede l'adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale".

In linea con tale disposto, la giurisprudenza eurounitaria ha da sempre qualificato il diritto di proprietà quale diritto fondamentale ma, al tempo stesso, ha ammesso il potere di apportarvi limitazioni al fine di garantire altri interessi ed obiettivi "generalisti" fissati dall'Unione, contrapposti a quello della proprietà²¹, purché nel rispetto del principio di proporzionalità del sacrificio imposto rispetto al risultato perseguito. In alcune fattispecie decise dalla Corte il diritto di proprietà subisce delle limitazioni per esigenze del mercato e della concorrenza in settori regolati dal diritto comunitario: la Corte non affronta il tema del contenuto minimo, ma fa applicazione del principio di proporzionalità²², per cui "la sproporzione delle misure adottate è il metro attraverso il quale verificare se la sostanza stessa del diritto venga negata"²³. Particolare importanza nella giurisprudenza della Corte di giustizia ha assunto la pronuncia *Hauer*²⁴ relativa alla legittimità di un regolamento europeo²⁵ che vietava la piantagione di nuovi vitigni in alcune aree del territorio tedesco. La

²¹ Corte di Giustizia, 30 luglio 1996, n. 84, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications* e altri, in *Racc.*, 1996, I, 3953, § 12.

²² Cfr. Corte di Giustizia, 5 luglio 2004, cause riunite C-37/02 e C-38/02, *Di Lenardo - Dilexport c. Commissione delle Comunità europee*.

²³ In argomento P. URBANI, *Il contenuto minimo*, cit., 2014, 7. Con riguardo alla giurisprudenza cfr. Corte di Giustizia, 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung/Commissione delle Comunità europee*; Id., 13 dicembre 1979, C-44/69, *Liselotte Hauer contro Land Rheinland-Pfalz*. Nella sentenza *Kohlen* si legge che: "Benché l'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri tuteli il diritto di proprietà e di analoga 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" (punto 14).

²⁴ Corte di Giustizia, 13 dicembre 1979, C-44/79, *Hauer e. Land Rheinland - Pfalz*.

²⁵ Regolamento 1162/76.

Corte ha dichiarato il regolamento come non lesivo dei diritti fondamentali di proprietà e di libero esercizio dell'attività professionale *ex artt.* 12 e 14 della legge fondamentale tedesca (Grundgesetz), invocati dalla ricorrente. L'assunto della Corte si fondava sulla prevalenza, nel caso in esame, della necessità di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario in tutti gli Stati membri e sulla prevalenza, rispetto alla posizione del singolo, delle finalità di interesse generale europee; inoltre, la Corte ha affermato che il divieto di impiantare nuovi vitigni non può essere qualificato come una misura ablativa in quanto consente altre modalità di sfruttamento economico del bene. Tuttavia, la Corte si è limitata a stabilire come il vincolo in esame non fosse lesivo del diritto di proprietà considerando il sacrificio del privato necessitato dalla tutela di un interesse superiore (applicazione uniforme del diritto eurounitario) e, quindi, valutando la proporzionalità del sacrificio imposto rispetto al fine perseguito, senza occuparsi di stabilire quale fosse il contenuto minimo del diritto di proprietà e quando esso venisse leso.

Va notato, comunque, che l'art. 52 della citata Carta europea dispone attualmente che eventuali limitazioni *ex lege* ai diritti e alle libertà riconosciuti dalla stessa devono rispettare il "*contenuto essenziale*" di tali diritti e libertà, oltre al "*principio di proporzionalità*"; la medesima disposizione sottolinea che le limitazioni devono essere previste "*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*". Pertanto, anche la disciplina eurounitaria individua, nel contenuto del diritto di proprietà, una parte essenziale ed imprescindibile; il diritto può essere limitato solo per il

soddisfacimento di interessi pubblici che non comportino, comunque, una lesione del contenuto minimo del diritto stesso²⁶.

Anche dalla giurisprudenza della Corte EDU si ricavano indicazioni utili in tema di contenuto minimo del diritto di proprietà ed esse saranno esaminate nel prosieguo del capitolo²⁷.

Lasciando quindi ad un momento successivo l'analisi degli effetti che gli ordinamenti sovranazionali hanno avuto sul concetto interno di proprietà, ci si deve interrogare sul significato di "*funzione sociale*" ad essa assegnata dalla nostra Carta fondamentale.

È possibile fin da subito rilevare che i concetti di proprietà e di funzione sociale possono sembrare, a prima vista, inconciliabili ed antitetici tra loro: il diritto rappresenta una forma di libertà mentre la funzione sociale rimanda al rispetto di un obbligo o, in ogni caso, al rispetto di alcuni vincoli²⁸. Tant'è che la dottrina, nel commentare l'inserimento del diritto in questione nel titolo relativo ai rapporti economici in combinato con la finalizzazione sociale, ha

²⁶ P. URBANI, *Il contenuto minimo*, cit., 8. Cr., inoltre, V. CERULLI IRELLI, *Statuto*, cit., 13, che evidenzia che "Si tratta quindi di principi nella sostanza corrispondenti a quelli della nostra Costituzione (e di altre Costituzioni degli Stati membri): tutela della proprietà privata "come istituto" (ma il protocollo CEDU sottolinea l'esigenza del «rispetto dei propri beni» come quello che può essere preteso da ogni persona); disciplina concreta della proprietà (dell'uso dei beni da parte del proprietario) secondo disposizioni di legge emanate nell'interesse generale. La funzione sociale della proprietà privata ... che deve essere assicurata dal legislatore secondo la nostra Costituzione, è invero qualcosa di più incisivo (rispetto alla regolazione nell'interesse generale), ma nell'uno e nell'altro modello opera il principio che i modi d'uso dei beni (il godere) possano (debbano) essere disciplinati dal legislatore per la tutela di interessi che fuoriescono dall'ambito dell'interesse individuale del proprietario (al quale tuttavia la CEDU garantisce il rispetto dei suoi beni)". In argomento, anche, S. BONATTI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Proprietà immobiliare (vincoli e limiti)*, in M. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, III, Milano, 2007, A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni*, cit., M. TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, in *Eu. e dir. priv.*, 2002.

²⁷ In argomento 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.

²⁸ S. RODOTÀ, voce *Proprietà*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1967, 134.

evidenziato come la norma costituzionale rimandi al nesso problematico tra autorità e libertà. In primo luogo, la Costituzione segna lo spostamento della proprietà dal profilo individuale a quello istituzionale, considerandola “condizione necessaria di un ordine politico fondato sul mercato” e “come diritto di partecipazione alla vita economica” e in tale modo legittimando una differenziazione della garanzia della proprietà in base alla destinazione economico sociale del relativo oggetto. In secondo luogo, emerge il collegamento tra l’art. 42 e l’art. 41 Cost. (dove è menzionata l’ “*utilità sociale*”): la garanzia della proprietà privata è inserita “in un complesso di valori individuali e collettivi che ne determinano la funzione sociale in rapporto alla soddisfazione di altri interessi meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento”²⁹.

A ben vedere, la “*funzionalizzazione*” del diritto di proprietà in chiave sociale - che rappresenta una delle maggiori innovazioni del costituzionalismo novecentesco - costituisce il punto di arrivo di un processo evolutivo volto a contemperare il diritto di proprietà, come tradizionalmente inteso, con le consapevolezze acquisite nella società moderna³⁰. Essa rappresenta un elemento di originalità della nostra Costituzione che, secondo parte della dottrina, avrebbe sganciato definitivamente la concezione della proprietà dalle precedenti codificazioni³¹: essa deve perseguire (anche) un interesse diverso da quello del titolare del diritto³².

²⁹ P. URBANI, *Il contenuto minimo*, cit., 1.

³⁰ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Qualificazione giuridica*, cit..

³¹ M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., 471.

³² M. COSTANTINO, voce *Proprietà*, cit., 16: “Soltanto per un malinteso ossequio a una tradizione accademico-scolastica si continuano a presentare come limitazioni alla proprietà ...

Inoltre, la “funzione sociale” non fa riferimento – o, almeno, non esclusivamente – alla finalizzazione ad un benessere economico, essendo la proprietà piuttosto vocata al *benessere* non solo *materiale*, ma anche “*spirituale dei consociati*”³³, nel senso che l’utilizzazione produttiva dei beni deve essere subordinata al conseguimento di finalità che vadano oltre quelle tipiche dell’attività economica d’impresa ed attengano allo sviluppo della persona (in relazione agli artt. 2 e 3 Cost.).

Con l’affermazione della funzione sociale del diritto di proprietà si cerca inoltre di affrontare e risolvere il problema del conflitto sociale: da un lato, si persegue l’accesso alla proprietà da parte dei gruppi sociali ai quali, fino ad allora, era stato precluso³⁴ e, dall’altro, si mira a realizzare una politica redistributiva e ad affermare i diritti sociali attraverso limitazioni della proprietà giustificate dal perseguimento degli interessi della collettività. La funzione sociale viene difatti posta in stretto collegamento con i doveri di solidarietà economica e sociale di cui all’art. 2 Cost.: esercitare i propri diritti senza sacrificare gli interessi altrui³⁵.

Si vedrà nel prosieguo della ricerca come la tecnica di pianificazione perequativa realizzi (o tenti di realizzare) le istanze solidaristiche, con il minor sacrificio possibile del diritto di proprietà.

problemi che riguardano invece la positiva determinazione dei modi di godimento dei beni economici”.

³³ G. PALMA, Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà, Jovene, Napoli, 1971, 194.

³⁴ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 108, ove si legge “non tutti proletari, ma tutti proprietari”.

³⁵ F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il diritto di proprietà*, Relazione tenuta al secondo incontro italo-francese di Diritto amministrativo, Parigi, 12 ottobre 2007, in www.unirc.it.

Il concetto di funzione sociale costituisce, quindi, un “*concetto-valvola*”³⁶, mutevole nel tempo e non definibile *ex ante*: è il risultato delle impostazioni socio-culturali di un dato momento storico³⁷.

Peraltro, il riconoscimento costituzionale della proprietà privata implica che la relativa funzionalizzazione non possa azzerare totalmente il diritto di proprietà: occorre individuare un contenuto minimo del diritto, che sia garantito a chi abbia la disponibilità del bene.

Come rilevato dalla dottrina, detto contenuto va dedotto dall’analisi dei modi di godimento del bene che la legge stabilisce³⁸, mentre irrilevanti a tale fine risultano essere la titolarità del bene ed il potere di disposizione (quest’ultimo connotando ogni diritto patrimoniale)³⁹. Per potere di godimento va inteso il potere di scegliere come usare quel bene “nel quadro dei possibili indirizzi di utilizzazione stabiliti dalla legge (dall’ordinamento) per tutti i beni della categoria in cui il bene in discussione è ascritto”⁴⁰. Il “fine sociale” va poi garantito a prescindere dalla titolarità pubblica o privata della proprietà,

³⁶ L. PALADIN, *Gli odierni problemi della proprietà fondiaria nella prospettiva costituzionale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 412.

³⁷ P. URBANI, *Il contenuto minimo*, cit., 2; F. SALVIA, *Vincoli urbanistici*, cit., 33: “la vera caratteristica dei “concetti valvola” è quella della loro indeterminatezza: di non poter essere cioè definiti “a priori”, se non al prezzo di perdere la loro natura”.

³⁸ G. PALMA, *Beni di interesse pubblico*, cit., 164 : “l’elemento strutturale essenziale ... appare costituito dall’interesse al godimento (o all’utilizzazione) del bene, valutabile anche in termini economici” e pertanto si può dedurre “che un siffatto interesse può essere compreso, indirizzato, in una: tipicizzato, ma non completamente soppresso”.

³⁹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale*, cit., 12 che evidenzia che laddove la norma costituzionale fa riferimento ai “limiti” “si intende la disciplina legislativa dei modi di godimento ... in assenza della quale il diritto di proprietà si estende a tutti i possibili modi di godimento (salvo il divieto di atti emulativi, art. 833 c.c., e più in generale, di abuso del diritto) consentiti dalle potenzialità di fatto della cosa”. È questa una conseguenza della c.d. “elasticità” che caratterizza il diritto di proprietà, e su cui S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.

⁴⁰ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Qualificazione giuridica*, cit., che richiama al riguardo le considerazioni di G. PALMA, *Beni di interesse pubblico*, cit., 485: il diritto di proprietà “può configurarsi come l’interesse alla scelta del tipo di godimento, alla scelta, cioè, delle possibili destinazioni del bene; interesse che [...] non risulta garantito in nessun altra relazione di godimento”.

escludendo tuttavia che il potere pubblico, nascondendosi dietro l'interesse generale, possa azzerare le prerogative di quella privata. Il legislatore può imporre prescrizioni ed applicare restrizioni alla proprietà privata solo ed in quanto volte a realizzare una *utilitas* sociale, mentre gli è preclusa ogni restrizione su singoli beni che risulti idonea ad intaccare il nucleo interno del diritto di proprietà.

Però, come già rilevato, la formula del Costituente non risulta di aiuto allorquando si debba passare ad individuare gli esatti confini entro i quali i limiti al diritto di proprietà possono essere legittimamente applicati⁴¹.

In particolare, si è discusso nel tempo sull'inerenza o meno al nucleo essenziale della proprietà fondiaria dello *jus aedificandi*. L'attenzione alla questione, come constatato dalla dottrina⁴², è stata per molti anni recessiva, dopo una fase di particolare vivacità del dibattito contrassegnata da una serie di pronunce della Corte costituzionale. Le ragioni dell'attenuarsi dell'attenzione sono individuate dalla medesima dottrina in una serie di fattori: nell'essersi consolidato presso la Corte costituzionale un orientamento – che prende le mosse da alcune sentenze degli anni '60 dello scorso secolo – a favore di detta inerenza (su cui si rinvia al prosieguo del capitolo); nel diffondersi della tecnica di pianificazione della perequazione, con riduzione della disparità di trattamento tra i proprietari (seppure con i limiti che verranno illustrati nel capitolo II); nell'aumento dei vincoli di tipo conformativo di origine extraurbanistica, diretti alla tutela di interessi differenziati (vincoli

⁴¹ M. TAMPONI, *Il contenuto del diritto di proprietà alla luce dell'art. 42 Cost.*, in *I rapporti economici nella Costituzione*, III, Milano 1989, 165.

⁴² D.M. TRAINA, *Lo jus aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 257 ss.

idrogeologici, ambientali o collegati, ad esempio, alla tutela del paesaggio e dei beni culturali); nella tendenza alla riduzione del consumo di nuovo suolo a favore della riqualificazione del patrimonio edilizio esistente.

Ferma la rilevanza di tali fattori, la questione dell'inerenza dello *jus aedificandi* al diritto di proprietà è peraltro tornata attuale in quanto⁴³: la c.d. perequazione urbanistica non è sufficiente a risolvere la questione dei vincoli urbanistici, dati i limiti che verranno descritti nel prosieguo (sintetizzabili nella limitata applicabilità di tale tecnica di pianificazione e nel fatto che tale tecnica implica un incremento dell'urbanizzazione, a fronte invece dell'attuale esigenza di ridurre il consumo di nuovo suolo); l'edificabilità dei suoli è ormai un beneficio scarso, la cui attribuzione è rimessa a scelte ampiamente discrezionali, quali sono quelle sottese alla redazione di un piano urbanistico; gli strumenti, elaborati dal legislatore (sulla base di interventi della Corte costituzionale), di tutela dei proprietari incisi da previsioni particolari di inedificabilità, risultano di fatto inadeguati in ragione della tendenza in giurisprudenza a ridurre l'ambito dei vincoli sostanzialmente espropriativi (a favore di quelli conformativi, i quali esulano dalla regola della temporaneità e della indennizzabilità in caso di reiterazione).

2. La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul diritto di proprietà.

Data la genericità e la scarsa chiarezza del testo dell'art. 42 Cost. e data la latitanza del legislatore ordinario, più volte la Corte costituzionale è dovuta

⁴³ Il riferimento è di nuovo alle considerazioni di D.M. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 260.

intervenire in materia di diritto di proprietà. L'incidenza delle relative pronunce – come osservato⁴⁴ - è stata inversamente proporzionale all'assenza di una legislazione puntuale e precisa.

Con una prima pronuncia del 1968⁴⁵ si è definitivamente preso atto del venimento di quel carattere di assolutezza che aveva in passato contraddistinto il diritto di proprietà, “dovendosi invece ritenerlo caratterizzato dall'attitudine di essere sottoposto nel suo contenuto, ad un regime che la Costituzione lascia al legislatore di determinare”⁴⁶. Il legislatore, secondo la Corte, può sia escludere la proprietà privata per alcune categorie di beni che limitare, a titolo generale o particolare, il potere di disposizione e di godimento dei beni, purché, nel caso in cui le limitazioni abbiano carattere particolare, esse non eccedano “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”; il che, ove dovesse accadere, porterebbe ad un provvedimento di natura sostanzialmente espropriativa, con conseguente obbligo di indennizzo ai sensi dell'art. 42, comma 3, Cost..

Si anticipa che proprio l'affermazione della Corte che allude agli effetti dei mutamenti storici sugli istituti giuridici, si collega all'oggetto della presente ricerca, volta a rielaborare ed analizzare il rapporto tra diritto di edificare e diritto di proprietà alla luce del mutato contesto normativo e sociale.

⁴⁴ G. PAGLIARI, *Corso di Diritto Urbanistico*, Giuffrè, Milano, 2010, 114.

⁴⁵ La produzione della Corte in materia ha in realtà inizio nel 1966 con la sentenza n. 6 – su cui *infra* nel testo - in tema di servitù militari aventi contenuto negativo.

⁴⁶ Corte cost., 29 maggio 1968, n. 55, in *Giur. cost.*, 1968, 838 ss.: la Corte è intervenuta sulla questione dei vincoli di inedificabilità inseriti nel p.r.g. ed aventi efficacia a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 7, nn. 2, 3, 4, e 40 l. . 1150/1942.

Ormai appare anacronistica una concezione unitaria dell'istituto del diritto di proprietà, non avendo più esso un unico, ben definito contenuto il quale viene invece determinato dal legislatore; pertanto, a seconda delle caratteristiche di ciascuna categoria di appartenenza dei beni⁴⁷, si avranno discipline diverse della proprietà. In dottrina, già molti anni fa, si era osservato come si dovesse parlare della proprietà al plurale, sussistendo diversi tipi di proprietà frutto della “conformazione datane dal legislatore”, ognuna dotata di un diverso e specifico regime giuridico⁴⁸. Ancora recentemente la dottrina ha evidenziato come il godere e disporre delle cose designi la struttura della proprietà; “ma il godere e il disporre variano, con differenze amplissime, tali da vanificare l'identificazione di un concetto unitario (“le proprietà”, appunto), a secondo dal tipo di cose che della proprietà sono oggetto”; pertanto, le facoltà nelle quali si esprime il godere – vale a dire i modi di utilizzazione della cosa – sono stabilite dalla legge ed “ancorate alle potenzialità materiali che le cose presentano nella loro differenziata realtà a fronte della funzione sociale che in esse si rappresenta nei diversi momenti storici (nei quali si evolve la “coscienza sociale”)⁴⁹”.

Come osservato dalla dottrina, la Corte costituzionale, “pur non sovvertendo l'interpretazione letterale dell'art. 42, comma 2, Cost. (per cui il contenuto della proprietà deve essere cercato nella legge e non in un immaginario mondo delle idee)”, ha introdotto tuttavia un limite alla onnipotenza legislativa: quello

⁴⁷ Ad esempio, hanno diverse facoltà i proprietari di una area edificabile e di una agricola.

⁴⁸ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 148-149; F. SALVIA, *Vincoli urbanistici*, cit., 28: la legge ordinaria “potrà dettare ovviamente regimi giuridici diversi in relazione alla natura e alle caratteristiche del bene su cui incide il diritto stesso”.

⁴⁹ V. CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale*, cit., 11.

del nucleo essenziale del diritto; “il superamento di detto limite vanificherebbe l’essenza stessa del diritto e non spiegherebbe più il valore del suo “riconoscimento” in Costituzione”⁵⁰.

Più nel dettaglio, la citata sentenza del 1968 va collegata alla altrettanto importante precedente sentenza n. 6 del 1966⁵¹, alla quale si deve l’elaborazione della nozione di espropriazione sostanziale⁵², le cui affermazioni sono così sintetizzabili:

- “la nozione di espropriazione enunciata nell’art. 42, terzo comma, della Costituzione non può essere ristretta al concetto di trasferimento coattivo nell’obbligo della indennizzabilità può essere ricondotto esclusivamente a tale concetto”;

- “che cosa debba intendersi per espropriazione ai sensi del terzo comma dell’art. 42 risulta dal confronto di questa norma con i due commi precedenti dello stesso articolo. Con il primo comma e con la prima parte del secondo comma, si afferma, in correlazione con altri articoli, quali precipuamente il 41, il 43 ed il 44, il principio che l’istituto della proprietà privata é garantito; con la seconda parte del secondo comma si enuncia che la legge ne determina i modi

⁵⁰ F. SALVIA, *Vincoli urbanistici*, cit., 32.

⁵¹ Corte cost., 20 gennaio 1966, n. 6, cit..

⁵² F. CINTIOLI, M.R. SAN GIORGIO, *Proprietà e Costituzione*, Milano, 2002, 361: nel ripercorrere il dibattito in merito al regime costituzionale sull’espropriazione e sui limiti al diritto di proprietà, evidenziano che “durante il suo sviluppo ci si è interrogati dapprima sul concetto di “limite” della proprietà e sul grado di “resistenza” della proprietà stessa rispetto a previsioni urbanistiche tali da comprimere i diritti del privato ed aventi natura ed effetti diversi dal decreto di esproprio, poi sulla legittimità di vincoli preordinati all’esproprio aventi natura sostanzialmente indeterminata, capaci di inibire senza limiti cronologici precisi il diritto all’edificazione. Infine, una volta introdotto il principio della temporaneità dei vincoli, i dubbi si sono incentrati sulla legittimità costituzionale di un sistema che consentiva la proroga dei vincoli oltre il termine di decadenza senza assicurare il pagamento di un indennizzo”.

di acquisto, di godimento e i limiti; nel terzo comma si prevede che la proprietà può essere espropriata, salvo indennizzo”;

- “ciò comporta che la determinazione dei modi di acquisto e di godimento e dei limiti, volta, come deve essere, a regolare l'istituto della proprietà privata, a stabilirne, cioè, la configurazione nell'ordinamento positivo, non può violare la garanzia accordata dalla Costituzione al diritto di proprietà, sopprimendo l'istituto della proprietà privata o negando ovvero comprimendo singoli diritti senza indennizzo. La logica del sistema impone di considerare che la violazione della garanzia si avrebbe non soltanto nei casi in cui fosse posta in essere una traslazione totale o parziale del diritto, ma anche nei casi in cui, pur restando intatta la titolarità, il diritto di proprietà venisse annullato o menomato senza indennizzo”;

- “la legge può non disporre indennizzi quando i modi ed i limiti che essa segna, nell'ambito della garanzia accordata dalla Costituzione, attengano al regime di appartenenza o ai modi di godimento dei beni in generale o di intere categorie di beni ovvero quando essa regoli la situazione che i beni stessi abbiano rispetto a beni o a interessi della pubblica Amministrazione; sempre che, la legge, sia destinata alla generalità dei soggetti i cui beni si trovino nelle accennate situazioni, salva la possibilità di accertare con singoli atti amministrativi l'esistenza di tali situazioni rispetto a singoli soggetti ed a singoli beni”;

- “se le imposizioni non abbiano questo carattere generale ed obbiettivo, in quanto comportino un sacrificio per singoli soggetti o gruppi di soggetti

rispetto a beni che non si trovino nelle condizioni suindicate, allora sorge il problema dell'indennizzabilità”.

Pertanto, concludeva la Corte, è da considerarsi come di carattere espropriativo anche l'atto che, pur non disponendo una traslazione totale o parziale di diritti, imponga “limitazioni tali da svuotare di contenuto il diritto di proprietà 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 scambio”⁵³.

Nella successiva, già citata, sentenza n. 55 del 1968 la Corte ha rilevato che “la proprietà privata é condizionata, nel sistema della Costituzione, dagli artt. 41 al 44, alla subordinazione a fini, dichiarati ora di utilità sociale, ora di funzione sociale, ora di equi rapporti sociali, ora di interesse ed utilità generale. Ciò con maggiore ampiezza e vigore di quanto è stabilito dagli artt. 832 e 845 del Codice civile, i quali, per il contenuto del diritto di proprietà fondiaria in particolare, richiamano, rispettivamente, i limiti e gli obblighi stabiliti "dall'ordinamento giuridico" e le regole particolari per scopi di pubblico interesse”. Peraltro, “Secondo i concetti, sempre più progredienti, di solidarietà sociale, resta escluso che il diritto di proprietà possa venire inteso come dominio assoluto ed illimitato sui beni propri, dovendosi invece ritenerlo caratterizzato dall'attitudine di essere sottoposto nel suo contenuto, ad un regime che la Costituzione lascia al legislatore di determinare”. Nel

⁵³ Come osservato da F. CINTIOLI, M.R. SAN GIORGIO, *Proprietà*, cit., 362, “La sentenza consegna ... all'interprete i criteri generali atti a differenziare il potere ablativo dell'amministrazione da quello meramente conformativo...”.

determinare tale regime, il legislatore può – a giudizio della Consulta - persino escludere la proprietà privata di certe categorie di beni, così come può imporre, per categorie di beni, delle limitazioni in via generale, o 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 é connaturale al diritto dominicale, quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico” (oltre tale confine, esse assumono carattere espropriativo).

La Corte ha poi aggiunto che “I commi secondo e terzo dell'art. 42 ... vanno insieme considerati e coordinati, per ricavarne, - alla stregua di quello che, in base all'ordinamento giuridico attuale, rappresenta il vigente, concreto regime di appartenenza dei beni (art. 42, secondo comma) - l'identificazione dei casi, nei quali, incidendo essi negativamente, a titolo individuale, sulla proprietà riconosciuta secondo il regime stesso, occorre far luogo all'indennizzo (art. 42, terzo comma)”.

Con specifico riferimento alla disciplina urbanistica, la Corte ha osservato che “Per evitare lo sconfinato arbitrio del singolo e disciplinarne l'esercizio del diritto, e per dare un ordine e un'armonia allo sviluppo dei centri abitati, la proprietà in questione é ... sottoposta ad alcuni limiti, in relazione alla funzione sociale propria di essa. Tra questi limiti vanno senz'altro ritenuti legittimi, prima di tutto, perché compatibili con l'anzidetto sistema, quelli che possono esser considerati connessi e connaturali a detta proprietà, in quanto

hanno per scopo una disciplina dell'edilizia urbana nei suoi molteplici aspetti (inerenti all'intensità estensiva e volumetrica, alla localizzazione, al decoro e simili)".

La citata giurisprudenza ha avuto particolare rilievo per la distinzione tra vincoli conformativi e sostanzialmente espropriativi su cui si tornerà nel prosieguo del capitolo.

3. Diritto di proprietà e ordinamento sovranazionale.

È inevitabile che il diritto di proprietà sia oggetto di una disciplina multilivello. Le disposizioni contenute nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno svolto un ruolo propulsivo nella materia oggetto della presente ricerca, costringendo il nostro legislatore ad intervenire più volte sulla relativa disciplina nazionale e ad arginare consuetudini radicate nella giurisprudenza nazionale.

La Corte EDU ha affermato che è possibile enucleare tre distinti principi dall'art. 1, I Prot. della Convenzione (il cui testo è stato citato retro) che disciplina la proprietà: “la prima regola, contenuta nella prima frase del primo comma, è di natura generale ed enuncia il principio di pacifico godimento della proprietà; la seconda regola, contenuta nella seconda frase del primo comma, la garantisce dalla privazione del possesso e la rende soggetta a certe condizioni; la terza regola, contenuta nel secondo comma, riconosce che gli Stati contraenti hanno il compito, tra le altre cose, di controllare l'uso della proprietà per la

soddisfazione dell'interesse generale... Le tre regole non sono comunque distinte, col significato di non essere collegate tra loro. La seconda e la terza regola sono collegate con la particolare facoltà di interferenza con il diritto di godere pacificamente della proprietà e dovrebbero per questo essere reinterprete alla luce del principio enunciato dalla prima regola”⁵⁴. Secondo l’interpretazione della Corte EDU, l’art. 1, Prot. I implica un “giusto equilibrio” tra la realizzazione dell’interesse generale e la salvaguardia del diritto di proprietà.

È evidente l’esistenza di una differente impostazione dell’ordinamento interno e di quello sovranazionale con riguardo al diritto di proprietà, divergenza dovuta anche ai diversi contesti sociali, politici e storici in cui essi sono sorti: mentre nella Costituzione italiana, come già visto, esso viene collocato nell’ambito dei “Rapporti economici”, in ambito europeo viene qualificato come diritto della persona, ricompreso tra i diritti fondamentali e, di conseguenza, caratterizzato dalla assolutezza e dalla incomprimibilità. Inoltre, mentre nell’ordinamento nazionale il c.d. potere conformativo deve essere preordinato alla realizzazione della funzione sociale della proprietà, che funge al tempo stesso da scopo e limite, tale ultimo concetto non è presente nell’ordinamento europeo, ove il fine dell’interesse generale e della pubblica utilità non caratterizzano la proprietà ma figurano come limiti esterni.

⁵⁴ Cfr., tra gli altri, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. II, 1 aprile 2008, *Gigli Costruzioni s.r.l. c. Italia*; Id., Sez. II, 30 maggio 2000, *Carbonara e Ventura c. Italia*; Id., 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera Srl c. Italia*; Id., *James e altri c. Regno Unito*, 21 febbraio 1986; Id., 9 dicembre 1994, *I Santi Monasteri c. Grecia*; Id., 19 ottobre 2000, *Ambruosi c. Italia*, n. 31227/96, tutte in www.eur-lex.europa.eu.

Al riguardo, la mancanza di un riferimento nell'art. 17 della Carta dei diritti di Nizza (su cui *supra* nel capitolo) e nel predetto art. 1, I Prot. CEDU alla funzione sociale è stata da alcuni interpretata come volontà di elevare il diritto di proprietà a diritto fondamentale - che precede i diritti sociali, a differenza del primo "suscettibili di affievolimento"⁵⁵; di tal ch , in base al disposto di cui all'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti U.E., sarebbe precluso agli Stati aderenti contemperare i diritti proprietari con quelli sociali se non sfociando in una tutela minore della propriet  rispetto a quella offerta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, inammissibile ai sensi dell'art. 52, par.3 citato⁵⁶. Tuttavia, risulta doveroso ridimensionare la questione prospettata, essendo fisiologica ed inevitabile l'esistenza di differenze tra la disciplina nazionale e quella europea, senza dimenticare che il mancato riferimento alla funzione sociale della propriet  non ha impedito alla Corte EDU di invocare diversi concetti, come quello di "giusto equilibrio", per legittimare le limitazioni apposte dagli Stati membri al diritto di propriet  a fini sociali.   chiaro che il significato di "funzione sociale" sia diverso da quello di "interesse generale", ma   anche vero – come gi  rilevato - che il primo concetto costituisce una clausola aperta, che assume significato diverso a seconda della prospettiva dalla quale si osserva e del contesto in cui esso viene interpretato.

⁵⁵F. GALLO, *Propriet  e imposizione fiscale*, in www.cortecostituzionale.it, 2009, 1-15; G. ROLLA, *La disciplina costituzionale della propriet  privata in Italia*, in www.unisi.it.

⁵⁶Ai sensi del citato art. 52, "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libert  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 pi  estesa."

Sia la Corte Europea che la Corte costituzionale concordano nel ravvisare uno dei contenuti del diritto di proprietà di cui all'art. 1 Prot. I e all'art. 42 Cost. nel valore di scambio del bene ed ammettono restrizioni alle facoltà proprietarie con il limite, rispettivamente, del “*giusto equilibrio*” e della “*normale tollerabilità*”⁵⁷. Ad esempio, la Corte EDU ha considerato lesiva del citato art. 1 - in quanto uno stato di incertezza assoluta viola il principio del rispetto dei propri beni - l'ipotesi in cui si protraggano eccessivamente vincoli di inedificabilità preordinati all'esproprio, imposti da piani urbanistici, senza l'intervento dell'esproprio e in assenza della corresponsione di un indennizzo⁵⁸. Sulla base di tali premesse la Corte di Strasburgo ha condannato la giurisprudenza italiana in tema di occupazione acquisitiva, superando il consolidato orientamento della Cassazione secondo cui, in ipotesi di contrasto tra interesse pubblico dichiarato ed interesse privato, deve essere data prevalenza al primo tramite un'inversione del principio civilistico dell'accessione.

La giurisprudenza della Corte costituzionale e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo ha individuato, con riferimento al potere espropriativo, un “*nucleo minimo di tutela del diritto di proprietà*” garantito, rispettivamente,

⁵⁷ Sui rapporti tra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed ordinamento nazionale a seguito del Trattato di Lisbona, Corte cost., 12 marzo 2011, n. 80.

⁵⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, 26 maggio 2009, *Rossitto c. Italia*, ric. n. 7977/03; Id., 2 agosto 2001, *Elia c. Italia* (il vincolo preordinato all'espropriazione in sé non comporta alcuna violazione dell'art. 1 citato, “rimanendo giuridicamente intatto il diritto di proprietà e la possibilità di disporre del terreno”, tuttavia se il proprietario si trova a tempo indeterminato in uno stato di incertezza sulla sorte della sua proprietà la violazione è integrata. Nella specie il vincolo era stato più volte prorogato per 25 anni); Id., *Sporrong e Lonnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982 (i sacrifici derivanti da un vincolo preordinati all'esproprio protrattosi oltre i venti anni sono “eccessivi rispetto all'interesse pubblico in gioco” ed evitabili).

dall'art. 42, comma 3, Cost. e dall'art. 1 del Primo Protocollo addizionale della CEDU⁵⁹.

In particolare, il rafforzamento del principio di legalità operato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha contribuito notevolmente al potenziamento della posizione proprietaria tutte le volte in cui la stessa fosse esposta al potere espropriativo di una p.A.⁶⁰.

È a tutti nota al riguardo la vicenda delle occupazioni illegittime che culminò nel dilagare delle occupazioni cd. acquisitive, modo di acquisto a titolo originario della proprietà da parte della p.A. di creazione giurisprudenziale⁶¹: si può affermare infatti che l'origine di tale istituto proviene dalla soluzione di un caso che "divenne erroneamente una diffusa regola giurisprudenziale"⁶². Il fenomeno delle occupazioni cd. acquisitive ha infatti assunto un ruolo fondamentale nella configurazione del contenuto del diritto di proprietà.

⁵⁹ Corte cost., 22 dicembre 2011, n. 338 in *www.cortecostituzionale.it*. Con tale decisione i giudici si sono pronunciati sulla questione di legittimità sollevata dalle Sezioni unite della Cassazione in relazione alla disposizione dell'art. 16, comma 1, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, precisando che il suindicato articolo è incompatibile con la tutela minima del diritto di proprietà, poiché non contempla alcun meccanismo che, nel caso di omessa dichiarazione/denuncia ICI, consenta di porre un limite alla totale elisione dell'indennità, garantendo, in ogni caso, un ragionevole rapporto tra valore venale del suolo espropriato ed ammontare dell'indennità.

⁶⁰ F. S. SALVIA, *Vincoli urbanistici*, cit., 35.

⁶¹ Il *leading case* risale a Cass., 26 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.*, 1983, 626 ss. La p.A. acquista la proprietà nel momento in cui, dopo aver illegittimamente occupato un fondo di un privato, il suolo subisce una trasformazione irreversibile conseguente alla destinazione dello stesso ad una pubblica utilità. Più recentemente e a seguito delle severe condanne dell'istituto da parte della Corte europea, l'occupazione acquisitiva è stata "espunta" dal nostro ordinamento; da ultimo Cass., Sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735: "*l'illecito spossessamento del privato da parte della Pubblica Amministrazione e l'irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all'acquisto dell'area da parte dell'Amministrazione ed il privato ha diritto a chiederne la restituzione salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno*".

⁶² V. CARBONE, *Il nuovo t.u. in materia di espropriazione: scompare l'occupazione appropriativa?*, in *Corr. Giur.*, 2001, 10, 1267.

Come chiarito nella sentenza della Corte di Cassazione n. 1464/1983, ove fosse stata realizzata e mantenuta, in assenza di una legittima occupazione (o decorsi i termini che legittimano l'occupazione), un'opera pubblica su suolo privato, si assisteva, a causa della irreversibile trasformazione del suolo causata dalla destinazione dello stesso ad un fine pubblico, all'estinzione del diritto di proprietà in capo al privato con contestuale *acquisizione* a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore. Tale *modus operandi* – qualificato in giurisprudenza come illecito istantaneo ad effetti permanenti comportante l'obbligo di risarcire il danno - fu giustificato anche dalla Corte Costituzionale nell'ottica della funzione sociale della proprietà, essendo esso basato sul bilanciamento tra interesse privato ed interesse pubblico⁶³: la circostanza che il suolo fosse ormai trasformato in modo “irreversibile” comportava l'inutilizzabilità e il venir meno della proprietà privata, essendo ormai destinato ad uno scopo comune; di conseguenza, essendo ormai il bene preordinato al soddisfacimento di un interesse pubblico (e non più del privato), unica e corretta soluzione era reputata quella di attribuire il bene all'Amministrazione, affinché si realizzasse la “*funzione sociale*” del diritto di proprietà⁶⁴.

I giudici della Suprema Corte di Cassazione, al fine di giustificare il trasferimento della proprietà del bene in capo all'amministrazione senza ricorrere ad un tardivo decreto di esproprio che non avrebbe consentito la

⁶³ Corte cost., 31 luglio 1990, n. 384, in *Foro it.*, 1992, I, 1073; Id., 23 maggio 1995, n. 188, *ivi*, 1996, I, 464; Id., 2 novembre 1996, n. 369. Cfr. G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Giappichelli, Torino, 2013.

⁶⁴ G. COSTANTINO, *Le trasformazioni irreversibili dei beni giuridici fra fatti e atti di autonomia privata*, in *La Civilistica italiana degli anni '50 ad oggi: tra crisi dogmatica e riforme legislative* (Atti del congresso dei civilisti italiani, Venezia, 23-26 giugno 1989), Padova, 1991, 539.

pretesa risarcitoria del privato⁶⁵, affermarono che la trasformazione subita dal suolo determinante l'irreversibile destinazione dello stesso alla costruzione dell'opera pubblica, da un lato, comportava l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà del suolo in capo alla p.A. (o concessionario) e, su altro versante, costituiva un illecito che avrebbe legittimato il proprietario ad agire al fine di ottenere il risarcimento del danno patito nel termine breve di cinque anni decorrente dalla radicale trasformazione del suolo: il privato avrebbe avuto il diritto di ottenere un risarcimento del danno pari al valore commerciale del bene in quel dato momento storico con rivalutazione nonché di quello derivante dal mancato godimento ed utilizzo del bene occupato. Pertanto, l'acquisto del bene in capo all'amministrazione poggiava su due presupposti, la radicale trasformazione del bene e l'illiceità dell'attività della p.A. occupante il suolo in assenza di provvedimento o in presenza di un provvedimento successivamente dichiarato illegittimo o divenuto inefficace.

Il Supremo Consesso elaborò, quindi, attraverso un'inversione della regola civilistica dell'accessione, un principio volto a realizzare la funzione sociale del diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost., e cioè quello secondo cui, in presenza di un conflitto tra proprietario del suolo e p.A. che ha realizzato una opera pubblica, prevale colui che è portatore dell'interesse prevalente e che la proprietà passa in capo all'amministrazione che ha agito nell'interesse della collettività. L'istituto dell'accessione invertita ricevette un indiretto

⁶⁵ Oltre che l'indennità di esproprio pari ad una somma inferiore al valore venale del bene espropriato.

riconoscimento legislativo con la l. 27 ottobre 1988, n. 458, nella quale il legislatore ammise la possibilità che la proprietà del bene venga trasferita in capo all'Amministrazione occupante, riconoscendo al privato espropriato il diritto al risarcimento integrale del danno subito⁶⁶.

La Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi ripetutamente dell'accessione invertita⁶⁷: nella sentenza n. 384 del 1990⁶⁸, è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 l. n. 458 del 1988 (che, come anticipato, aveva dato espressa base normativa all'istituto giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva, sia pure con riferimento ad una specifica tipologia di opere pubbliche - riguardando l'utilizzo *sine titulo* di aree per finalità di edilizia residenziale pubblica -, prevedendo l'integrale risarcimento del danno); nella sentenza n. 188 del 1995⁶⁹ l'istituto dell'accessione invertita è stato ricondotto al fenomeno ablatorio in senso lato di cui all'art. 42 Cost. e l'acquisto della proprietà in capo alla p.A. è stato giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera in tesi pubblica) ed interesse privato (relativo alla riparazione del pregiudizio sofferto dal proprietario), concreta manifestazione

⁶⁶ Così recita l'art. 4 l. n. 458/1988 "1. Il proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata, ha diritto al risarcimento del danno causato da provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato, con esclusione della retrocessione del bene. 2. Oltre al risarcimento del danno spettano le somme dovute a causa della svalutazione monetaria e le ulteriori somme di cui all'art. 1224, secondo comma, del codice civile, a decorrere dal giorno dell'occupazione illegittima".

⁶⁷ In argomento cfr. G. MARI, *L'espropriazione indiretta: la sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010 sull'acquisizione sanante e le prospettive future*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, II, 347.

⁶⁸ Corte cost., 31 luglio 1990, n. 384, in *Giur. cost.*, 1990, 2343.

⁶⁹ Corte cost., 23 maggio 1995, n. 188, in *www.respamm.it*

della funzione sociale della proprietà; nella sentenza n. 369 del 1996⁷⁰ la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis l. n. 549 del 1995 che stabiliva la parificazione tra ristoro del danno per occupazione acquisitiva ed indennizzo espropriativo; nella sentenza n. 148 del 1999⁷¹ la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis, comma 7-bis, d.l. n. 333 del 1992 (convertito in l. n. 359 del 1992), introdotto nel 1996, secondo cui in caso di occupazione illegittima di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicavano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1 (ossia quelli previsti per l'espropriazione dei suoli edificatori, pari all'epoca alla semisomma tra valore di mercato e reddito catastale rivalutato, decurtata del 40 per cento), con esclusione di tale riduzione e con la precisazione che “in tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10 per cento”⁷².

In tale contesto, a partire da due note pronunce del 30 maggio 2000 (conosciute come Belvedere Alberghiera S.r.l. e Carbonara e Ventura), è intervenuta la condanna della Corte EDU dell'istituto dell'occupazione acquisitiva⁷³. La Corte di Strasburgo ha infatti ravvisato nella giurisprudenza italiana in tema di occupazioni senza titolo, accessione invertita e occupazione acquisitiva una

⁷⁰ Corte cost., 2 novembre 1996, n. 369, in *Giust. civ.*, 1997, I, 325.

⁷¹ Corte cost., 30 aprile 1999, n. 148 in www.giurcost.org/decisioni/1999/0148s-99.html

⁷² Si ricorda che detto criterio è stato infine dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 349 del 2007 (Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349) per contrasto con l'art. 117 Cost.. Anche in tale caso, la dichiarazione di incostituzionalità è stata determinata dalla giurisprudenza della Corte EDU in tema di indennità di esproprio. Tra tutte, si ricorda Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 marzo 2006, Scordino c. Italia, sul “ragionevole legame” che deve intercorrere tra indennizzo e valore venale del bene.

⁷³ In argomento F.G. SCOCA, S. TARULLO, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. amm.*, 2000, I, 457.

evidente violazione del principio di legalità derivante dalla mancanza di certezza e prevedibilità della normativa di riferimento e di effettività della tutela giurisdizionale in materia⁷⁴: la giurisprudenza nazionale in materia si è palesata contraddittoria, “fattore che potrebbe determinare evenienze non chiare ed arbitrarie e privare i ricorrenti della effettiva protezione dei propri diritti, con conseguenze contrarie al principio di legalità”⁷⁵. La tutela giurisdizionale viene poi gravemente vulnerata ove sia consentito “all'autorità di trarre beneficio da una situazione illegittima nella quale il proprietario del fondo si trovi dinanzi ad un fatto compiuto”⁷⁶; inoltre, la somma cui ha diritto di ricevere il privato ablato non viene versata allo stesso in conseguenza dell'occupazione dell'amministrazione ma, anzi, è suo onere richiederla nel termine di prescrizione breve quinquennale⁷⁷.

La Corte di Strasburgo ha quindi voluto sottolineare che il fenomeno in questione – così come elaborato e regolato dalla giurisprudenza italiana - integra una forma di “*espropriazione indiretta*”, lesiva di uno dei diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti e garantiti dalla CEDU. Quindi, l'ingerenza nel diritto dominicale, affinché sia conforme alla Convenzione, oltre a presupporre una causa di pubblica utilità, deve avvenire secondo le

⁷⁴ G. MARI, *La Corte di Cassazione torna ad occuparsi dell'accessione invertita: breve excursus tra giudice nazionale, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e nuovo T.U. in materia di espropriazione*, Riv. Giur. Ed., 2003, Giuffrè, 1215.

⁷⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 30 maggio 2000 in causa 31524196, *Belvedere Alberghiera Srl c./Italia*, par. 58, cit..

⁷⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 30 maggio 200 in causa 31524196, *Belvedere Alberghiera Srl c./Italia*, par. 59, cit.

⁷⁷ In argomento la ricostruzione di G. MARI, *La Corte di Cassazione torna ad occuparsi dell'accessione invertita: breve excursus tra giudice nazionale, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e nuovo T.U. in materia di espropriazione*, in Riv. giur. dd. 2003, 1215.

regole e procedure previste dalla legge nel rispetto dei principi del diritto sovranazionale, tra cui *in primis* quello di legalità⁷⁸.

Adeguandosi ai principi elaborati dalla Corte europea, la giurisprudenza nazionale, come meglio si esaminerà nel prosieguo, ha affermato, quindi, che nei casi in cui l'occupazione sia avvenuta *sine titulo* o il procedimento espropriativo non sia stato concluso con l'emanazione di un formale e valido provvedimento di acquisto del bene e, ciò nonostante, sia stata realizzata un'opera pubblica, si concretizza un illecito permanente che si perpetra *de die in diem*⁷⁹.

A fronte di tale situazione, il legislatore, nel t.u. espropriazioni (d.P.R. n. 327/2001), aveva inserito con l'art. 43 la disciplina della “*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*”, avente proprio la funzione di regolarizzare e sanare le procedure ablatorie illegittime e di ovviare alla mancanza di una base legale dell'acquisizione alla proprietà pubblica come effetto di occupazione illegittima.

Nei limiti di quanto rilevante ai nostri fini, va detto che l'art. 43 disciplinava il potere dell' “autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità”, di disporre, “valutati gli interessi in conflitto”, l'acquisizione al suo patrimonio indisponibile,

⁷⁸ A. BENIGNI, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo “boccia” l'occupazione appropriativa*, in *Urb. app.*, 3, 2001, 290.

⁷⁹ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2009, n. 5523; Id., 15 settembre 2014, n. 4696; Id., 19 marzo 2014, n. 1344; Id., 10 marzo 2014, n. 1105; Id., 16 maggio 2013, n. 2679; TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 12 marzo 2015, n. 755. Cfr., inoltre, l'ampia ricostruzione dell'occupazione *sine titulo* operata da Cass., Sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735, cit., su cui di nuovo *infra* nel testo.

prescrivendo che al proprietario venissero “risarciti” i danni nella misura corrispondente al valore del bene.

Dichiarato costituzionalmente illegittimo detto articolo (con la sentenza della Corte costituzionale n. 293/2010⁸⁰), per eccesso di delega, il vuoto normativo è stato colmato con l’inserimento nel t.u. espropriazioni dell’art. 42-*bis*, recante identica rubrica, ad opera dell’art. 34 d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111)⁸¹.

Nel dettaglio, il presupposto del provvedimento *ex art. 42-bis* è rappresentato dall’utilizzo di un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità. L’acquisizione – in base all’art. 42-*bis* non retroattiva – può essere disposta anche quando sia stato annullato l’atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all’esproprio, l’atto dichiarativo della p.u. o il decreto di esproprio e anche in pendenza di un giudizio per l’annullamento dei predetti atti, a condizione che la p.A. ritiri l’atto gravato. Il provvedimento, oltre a motivare in ordine alla valutazione degli interessi in conflitto, deve recare l’indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell’area e, se possibile, della data da cui essa ha avuto inizio, e motivare

⁸⁰ Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1420, con commenti di G. MARI, *L’espropriazione indiretta: la sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010 sull’acquisizione sanante e le prospettive future*, *ivi*, 2010, II, 347; G. D’ELIA, *Note a margine dell’illegittimità costituzionale per eccesso di delega legislativa dell’istituto dell’acquisizione sanante*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 1119; F. PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni a margine della Sentenza della corte costituzionale n. 293 del 2010, In tema di espropriazione indiretta*, *ivi*, 1435; P. TANDA, *Cancellata la c.d. acquisizione sanante: urge un intervento legislativo per colmare il vuoto*, *ivi*, I, 1440; E. ZAMPETTI, *Acquisizione sanante e principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2011, 569.

⁸¹ Le differenze tra la disciplina recata dall’art. 43 e quella recata dall’art. 42-*bis* sono esaminate da E. FOLLIERI, *La disciplina amministrativa dell’occupazione del suolo senza seguire le regole ordinarie dell’espropriazione, con particolare riferimento all’art. 42-bis T.U.E.P.U.*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, II, 198 ss..

“specificamente” in riferimento alle "attuali ed eccezionali" ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l’emanazione, da valutare comparativamente con i contrapposti interessi privati, evidenziando anche l’assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione. Esso, inoltre, deve liquidare l’ “*indennizzo*” per il “*pregiudizio*” patrimoniale (pari al valore venale) e non patrimoniale (nella misura del 10% del valore venale del bene).

La Corte costituzionale, con la sentenza 30 aprile 2015 n. 71⁸², ha giudicato la disciplina dell’acquisizione conforme all’art. 42 Cost., evidenziando che l’art. 42-*bis* “delinea pur sempre una procedura espropriativa”, anche se “eccezionale”, “che ha necessariamente da confrontarsi con la situazione fattuale chiamata a risolvere, in cui la previa dichiarazione di pubblica utilità dell’opera sarebbe distonica rispetto ad un’opera pubblica già realizzata. La norma censurata presuppone evidentemente una già avvenuta modifica dell’immobile, utilizzato per scopi di pubblica utilità: Si è, invece, in presenza di una procedura espropriativa che, sebbene necessariamente “semplificata” nelle forme, si presenta “complessa” negli esiti, prevedendosi l’adozione di un provvedimento «specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l’emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l’assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione»”. Pertanto, la Corte costituzionale ha evidenziato come la scelta di procedere all’acquisizione dell’immobile sia “consentita esclusivamente allorché

⁸² Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 612, con commento di G. MARI, G. STRAZZA, *L’acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015, n. 71.*

costituisca l'*extrema ratio* per la soddisfazione di “attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico”: “Solo quando siano state escluse, all’esito di una effettiva comparazione con i contrapposti interessi privati, altre opzioni, compresa la cessione volontaria mediante atto di compravendita, e non sia ragionevolmente possibile la restituzione, totale o parziale, del bene, previa riduzione in pristino, al privato illecitamente inciso nel suo diritto di proprietà”. Solo in tal modo – pur in assenza di una preventiva dichiarazione di pubblica utilità (o in caso di suo annullamento o perdita di efficacia) – “tornano ad essere valorizzati” i “motivi di interesse generale” presupposti dall’art. 42 Cost., il quale consente la compressione del diritto di proprietà “*quando lo esiga il limite della “funzione sociale”*”.

Degne di nota sono anche le numerose pronunce della Corte europea in tema di ammontare dell’indennizzo di esproprio. Tra le numerose sentenze con le quali i giudici di Strasburgo hanno condannato l’Italia va ricordata la pronuncia sul famoso caso Scordino⁸³, nella quale è stata denunciata la prassi dell’utilizzo di espropri *extra ordinem* ed è stato sancito il dovere di preferire, per i casi di espropri “isolati”, la *restituito in integrum* del bene occupato in luogo del risarcimento del danno. Nel dettaglio, è stata denunciata la lesione, da parte dei criteri di indennizzo nazionali, dell’art. 1 I Protocollo CEDU ed è stato imposto il criterio del valore venale per le espropriazioni a titolo particolare (o, meglio, del “*ragionevole legame*” tra indennizzo e detto valore): l’indennizzo inferiore è ammissibile solo in ipotesi di riforme economiche e sociali che

⁸³ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 6 marzo 2007, *Scordino c. Italia*; Id., Grande Camera, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*.

eventualmente attraversino il paese in quel dato momento storico (si parla di “obiettivi legittimi di utilità pubblica, come quelli perseguiti da misure di riforma economica o di giustizia sociale possono giustificare un indennizzo inferiore al valore di mercato effettivo”⁸⁴, elementi assenti nel caso Scordino). Pertanto, un atto della autorità pubblica, avente ad oggetto il diritto di proprietà, deve realizzare un giusto equilibrio tra le esigenze dell’interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui⁸⁵ e, a tal fine, lo Stato ha “un ampio margine di apprezzamento” nel determinare le modalità di attuazione di questo bilanciamento e nel valutare se la misura adottata sia giustificata da un fine di utilità pubblica⁸⁶.

A seguito di tale pronuncia, la Corte costituzionale ha mutato il proprio precedente orientamento⁸⁷. Per la prima volta la Consulta si è trovata ad interpretare il nuovo testo dell’art. 117 Cost. – risultante dalla riforma del Titolo V del 2001 - nonché a definire i rapporti tra ordinamento interno e CEDU. Il Giudice delle leggi ha attribuito alle norme CEDU valore di norme interposta, poste a metà strada tra le norme ordinarie e quelle costituzionali, la cui interpretazione è affidata in via esclusiva alla Corte EDU; le stesse, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, devono essere rispettate dallo Stato e dalle Regioni, integrando il rispetto delle stesse un obbligo internazionale ai sensi dell’art. 117 Cost..

⁸⁴ §97 della motivazione.

⁸⁵ §93 della motivazione.

⁸⁶ §94 della motivazione.

⁸⁷ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Riv. giur edil.*, 2008, I, 184; id., 24 ottobre 2007, n. 349, in *www.cortecostituzionale.it*.

Con una prima decisione - sentenza n. 348 del 2007 - la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, d.l. 333/1992 e, quindi, dell'art. 37, comma 2, t.u. espropri, nella parte in cui prevedevano per il calcolo dell'indennizzo di esproprio per aree edificabili il c.d. criterio mediato, mentre con una seconda, la n. 349 del medesimo anno, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, comma 7-*bis*⁸⁸, “in quanto, non prevedendo un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione acquisitiva da parte della p.A., corrispondente al valore di mercato del bene occupato, è in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU e per ciò stesso viola l'art. 117, comma 1 Cost.”.

L'ordinamento interno, ai sensi dell'art. 117 Cost., deve valutare se le norme interne siano conformi e rispettose delle norme convenzionali e, in caso di potenziale incompatibilità, investire la Corte costituzionale ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.. Nella pronuncia n. 349, avente ad oggetto specificamente il risarcimento per l'ipotesi di occupazione acquisitiva, si afferma che, essendo la disciplina italiana - che prevede un ristoro economico non equivalente al valore reale del bene – illegittima a parere della Corte EDU perché lesiva dell'art. 1, I Protocollo, la stessa si pone in contrasto anche con l'art. 117, 1 comma, Cost.⁸⁹. Più di recente la Consulta ha affermato che, seppure il legislatore non abbia il dovere di commisurare l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene abitato, attesa la “funzione sociale” della proprietà, egli ha il dovere di conservare, nella commisurazione dell'indennità di

⁸⁸ La norma disponeva, per le ipotesi di espropri *contra legem* anteriori al 30 settembre 1996, lo stesso trattamento previsto per gli espropri secondo legge, con l'esclusione della decurtazione del 40% e l'aumento del 10% del valore del bene.

⁸⁹ §8 della sentenza n. 349.

espropriazione, un “ragionevole legame” con il valore venale del bene, a garanzia di un “serio ristoro”⁹⁰.

In definitiva, pertanto, dalla giurisprudenza europea si ricava che le limitazioni che incidono sul pacifico godimento dei beni superando i canoni di ragionevolezza e proporzionalità sono sottoposte alle garanzie della previsione di legge e della presenza di una pubblica utilità derivante dalla compressione stessa. Nella valutazione della ragionevolezza e proporzionalità del limite imposto al diritto è di fondamentale importanza considerare le modalità previste per la corresponsione dell’indennizzo.

4. La questione della scorporabilità dello *jus aedificandi* dal diritto di proprietà.

Assunto che la proprietà privata possa essere sottoposta a limiti previsti dalla legge, è necessario tornare ad esaminare il c.d. “*contenuto minimo*” del diritto di proprietà, lo “*zoccolo duro*” della proprietà, intangibile anche da parte del legislatore ordinario. A tale fine, viene in rilievo la questione della scorporabilità, o meno, dello *jus aedificandi* dal diritto di proprietà.

Tradizionalmente, il diritto di edificare è stato qualificato come facoltà dominicale compresa nel diritto di proprietà: infatti, in virtù della legge urbanistica fondamentale – l. 17 agosto 1942, n. 1150 -, esso poteva essere esercitato previo ottenimento della “licenza edilizia”, provvedimento

⁹⁰ Cfr. anche Corte cost., 10 giugno 2011, n. 181 e 22 dicembre 2011, n. 338.

amministrativo di natura autorizzatoria che consentiva al soggetto istante di esercitare un diritto (preesistente) di cui egli era già titolare.

La concezione tradizionale, che qualificava il diritto di edificare quale facoltà connaturale al diritto di proprietà dei suoli, è stata avallata dalla Corte costituzionale fin dall'importante pronuncia n. 6 del 1966⁹¹ (di cui si è riferito retro), i cui principi sono stati successivamente ribaditi in altrettanto note pronunce del 1968⁹² e del 1999⁹³.

Facendo riferimento ai concetti di “contenuto minimo” e di “ablazione sostanziale” del diritto di proprietà⁹⁴ (ricavati, rispettivamente, dal comma 2 e 3 dell'art. 42 Cost.), i Giudici costituzionali hanno definito la nozione di espropriazione sostanziale, affermando che “anche l'atto che, pur non disponendo una traslazione totale o parziale di diritti, imponga limitazioni tali da svuotare di contenuto il diritto di proprietà 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 scambio” presenta carattere espropriativo⁹⁵.

La proprietà, allo scopo di assicurare la funzione sociale ad essa attribuita dalla Costituzione, può subire limitazioni o prescrizioni ad opera dello Stato sia a titolo generale (ossia su categorie di beni) che a titolo particolare (ossia su beni

⁹¹ Corte cost., 20 gennaio 1966, n. 6 cit..

⁹² Corte cost. sentenza 29 maggio 1968, n. 55 cit. e sentenza 9 maggio 1968, n. 56 in *www.giurcost.it*.

⁹³ n. 179, *infra*.

⁹⁴ G. MARI, *Proprietà e piano regolatore generale comunale. Profili generali*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO E U. MORELLO, Volume IV, *Proprietà e pianificazione del territorio*, a cura di S. BELLOMIA, G. PAGLIARI, M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2012, 204.

⁹⁵ Corte cost., 20 gennaio 1966, n. 6 cit.

singolarmente intesi), purché, in tale ultimo caso, siano connaturali al diritto di proprietà come “riconosciuto nell’attuale momento storico”; diversamente, le limitazioni a carattere particolare assumono natura espropriativa, con conseguente obbligo di indennizzo.

Con la prima pronuncia del 1968 la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dei nn. 2, 3, 4 dell’art. 7 l.u.f. (relativo al contenuto del piano comunale generale⁹⁶) nonché dell’art. 40 della stessa legge (che fissa la regola generale della non indennizzabilità dei vincoli previsti del p.r.g.), per violazione dell’art. 42, 3 comma, Cost., in quanto le disposizioni non prevedevano un indennizzo per l’imposizione di vincoli *inaedificandi* operanti immediatamente e a tempo indeterminato, ravvisando nelle limitazioni stesse un contenuto espropriativo. In tale occasione la Corte ha affermato il carattere sostanzialmente espropriativo anche dei vincoli imposti a titolo individuale che, benché non incidano sulla titolarità del bene, operano “una definitiva incisione profonda, al di là dei limiti connaturali, sulla facoltà di utilizzabilità sussistenti al momento dell’imposizione”.

In particolare, la Consulta – premessa la generalizzata durata a tempo indeterminato delle previsioni del p.r.g. ai sensi dell’art. 11 l.u.f. – ha riconosciuto il carattere sostanzialmente espropriativo dei vincoli preordinati all’esproprio per la realizzazione di spazi o edifici pubblici o di opere ed impianti di interesse collettivo e dei vincoli imposti a titolo individuale e che,

⁹⁶ In argomento G. PAGLIARI, *Il sistema pianificatorio urbanistico: quadro sintetico dei profili funzionali*, in *Trattato dei diritti reali*, cit., 18.

pur consentendo la conservazione della titolarità del bene, sono destinati a operare immediatamente la predetta incisione.

La temporaneità dei vincoli di inedificabilità e l'obbligo di corrispondere un indennizzo in caso di superamento del limite temporale di normale tollerabilità delle limitazioni alle facoltà comprese nel diritto di proprietà non sono riferiti, invece, dalla Corte ai beni rientranti in categorie generali il cui godimento da parte del proprietario, a causa di caratteristiche intrinseche dei beni identificabili *a priori*, sia limitato *ex lege* o a seguito di un atto amministrativo avente carattere meramente ricognitivo.

Infatti, con la seconda pronuncia del 1968 la Consulta ha incluso i vincoli paesaggistici nella categoria dei vincoli conformativi, in tal modo escludendo la loro natura espropriativa. Il fondamento di tale assunto è rappresentato dalla circostanza che i beni che presentano i caratteri delle bellezze naturali costituiscono una “*categoria che più in generale originariamente è di interesse pubblico*”; l'amministrazione non “*modifica la situazione preesistente, ma acclara la corrispondenza delle concrete sue qualità alla prescrizione normativa*”.

La Corte ha così introdotto una rilevante distinzione, che utilizzerà in altre occasioni⁹⁷, quella tra “vincoli connaturati al bene” e vincoli “artificiali”⁹⁸.

⁹⁷ G. PAGLIARI, *Corso*, cit., 115; distinzione usata, ad esempio, in Corte cost., 28 luglio 1995, n. 417, in *Foro it.*, 1996, 422.

⁹⁸ Cfr. G. PAGLIARI, *La pianificazione e la proprietà edilizia. Il tema della conformazione-limitazione della proprietà privata alla luce della Costituzione. I c.d. vincoli urbanistici*, in *Trattato dei diritti reali*, cit., 60-61: i vincoli connaturali al bene, “tendendo a salvaguardare il valore (*rectius*: l'interesse pubblico) rappresentato dal bene in sé, non possono essere considerati compressivi del diritto di proprietà”; quelli artificiali, “pur essendo anch'essi imposti per il perseguimento di un fine pubblico (quello al corretto uso del territorio), non essendo dipendenti da valori intrinseci, naturalmente propri del bene, incidono sul diritto di proprietà, perché lo vincolano per ragioni non dipendenti dalle qualità del bene”.

Quando l'amministrazione esclude il diritto di edificare su aree vincolate, non comprime il diritto di proprietà del titolare dell'area perché tale diritto "è nato con il corrispondente limite e con quel limite vive"⁹⁹; il bene paesaggistico è un bene di interesse pubblico, la cui qualità non gli è stata attribuita da un provvedimento amministrativo, ma è intrinseca al bene. La relativa disciplina – fissata direttamente dalla legge o mediante atto amministrativo meramente ricognitivo¹⁰⁰ - va quindi ricondotta al secondo comma dell'art. 42 Cost. (anche grazie alla concorrente rilevanza dell'art. 9 Cost.). Diversamente, si è in presenza di un vincolo "artificiale" e si ricade nel disposto di cui all'art. 42, comma 3, Cost., allorquando la p.A., a seguito di un provvedimento amministrativo discrezionale, sceglie di sacrificare il diritto del privato su di un bene per favorire la realizzazione di un interesse pubblico ad esso contrapposto. Per questo tipo di vincolo si pone il problema del rispetto del riconoscimento costituzionale del diritto di proprietà e, quindi, è necessario che il vincolo non determini una incisione definitiva e profonda – ossia eccedente i limiti connaturali – delle facoltà di godimento e di disposizioni caratterizzanti il diritto di proprietà.

Ma quali erano state le ragioni di tale situazione? La Consulta era dovuta intervenire per arginare l'eccessiva discrezionalità lasciata ai comandi pianificatori che, non dovendo rispettare contenuti prestabiliti *ex lege* né limiti rigorosi, non assicuravano garanzia alcuna del contenuto "essenziale" della proprietà. Si aggiunga, inoltre, l'assenza di un disciplina nazionale organica.

⁹⁹ L. BALESTRA, *Proprietà e diritti reali*, Volume 1, Utet, 2011, 60.

¹⁰⁰ F. CINTIOLI, M.R. SAN GIORGIO, *Proprietà*, cit., 377.

Il potere conformativo impone limiti su intere categorie di beni quando essi “attengano, con carattere di generalità per tutti i consociati e quindi in modo obiettivo, ad intere categorie di beni, e per ciò interessino la generalità dei soggetti con una sottoposizione indifferenziata di essi - anche per zone territoriali - ad un particolare regime secondo le caratteristiche intrinseche del bene stesso”¹⁰¹; diversamente, il potere espropriativo è esercitato nei confronti di beni intesi nella loro singolarità. Si va in tale modo definendo una nozione di espropriazione intesa come incisione del diritto di proprietà nel suo contenuto minimo, pregiudicando essa le sue funzioni economico-sociali essenziali.

Con riguardo alla edificabilità, la Corte ha qualificato come conformativi i limiti imposti circa il *quantum* e il modo di edificare, nonché una limitazione temporanea dell’edificabilità; diversamente, hanno natura espropriativa, con conseguente obbligo di indennizzo, i divieti di costruire definitivi, apposti specificamente su singole aree, oppure quelli preordinati alla acquisizione del bene da parte della pubblica Amministrazione.

A fronte dei vincoli di localizzazione o sostanziali aventi carattere espropriativo si poneva, dunque, l’alternativa tra durata a tempo indeterminato del vincolo, accompagnata dall’indennizzo riparatore dell’esproprio

¹⁰¹ Corte cost., sentenze n. 6/1966 e n. 55/1968, cit.. Si legge nella sentenza n. 6/1966 che “la legge può non disporre indennizzi quando i modi ed i limiti che essa segna, nell’ambito della garanzia accordata dalla Costituzione, attengano al regime di appartenenza o ai modi di godimento dei beni in generale o di intere categorie di beni ovvero quando essa regoli la situazione che i beni stessi abbiano rispetto a beni o a interessi della pubblica Amministrazione; sempre che, la legge, sia destinata alla generalità dei soggetti i cui beni si trovino nelle accennate situazioni, salva la possibilità di accertare con singoli atti amministrativi l’esistenza di tali situazioni rispetto a singoli soggetti ed a singoli beni. Per questo può anche dirsi che le imposizioni devono avere carattere obbiettivo, nel senso che devono scaturire da disposizioni che imprimano, per così dire, un certo carattere a determinate categorie di beni, identificabili a priori per caratteristiche intrinseche”.

sostanziale, ovvero durata temporanea dello stesso, determinata dal legislatore entro limiti non irragionevoli di normale sopportabilità del peso gravante in modo particolare sul singolo.

La reazione degli Enti locali al dictat della Consulta del 1968 fu di allarme, considerato che si sarebbe dovuto procedere con l'indennizzare i privati proprietari di aree soggette a vincoli urbanistici. Fu pertanto adottata la legge 19 novembre 1968, n. 1187 (cd. Legge Tamponi) che, all'art. 2, limitò l'efficacia dei vincoli per un periodo di cinque anni decorrente dall'approvazione del p.r.g. e dispose che nello stesso termine si sarebbero dovuti adottare i piani particolareggiati e di lottizzazione; una volta adottati, i vincoli avrebbero continuato ad avere efficacia per il periodo di vigenza di tali piani attuativi¹⁰².

Si osserva che non mancarono critiche all'impostazione adottata dalla Consulta che auspicavano un intervento riformatore del legislatore che avocasse alla mano pubblica lo *ius aedificandi* e, di conseguenza, facesse venir meno l'obbligo di indennizzare i vincoli particolari di piano; come si vedrà di qui a poco le riforme portate avanti dal legislatore nella disciplina urbanistica non hanno portato ai risultati sperati.

¹⁰² In argomento la ricostruzione di F. CINTIOLI, M.R. SAN GIORGIO, *Proprietà*, cit., 388.

4.1. Segue: lo spartiacque della Legge c.d. Bucalossi n. 10 del 1977.

Il dibattito sulla natura giuridica dello *ius aedificandi* viene alimentato all'indomani dell'adozione della legge 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. Bucalossi). Come osservato, già da tempo in dottrina si auspicava un intervento innovatore del legislatore affinché “la facoltà di costruire” non venisse più qualificata “come connaturata al diritto di proprietà”¹⁰³: si evidenziava che i suoli non potevano considerarsi di per sé edificabili e che sarebbe stato il potere pubblico, a seguito della “sequenza gradualistica di comandi sempre meno astratti sempre più concreti”¹⁰⁴, ad imprimere tale destinazione. E proprio su tale spinta fu adottata la legge cd. Bucalossi (l. n. 10/1977)¹⁰⁵.

Essa configurava lo *ius aedificandi* come facoltà estranea al diritto di proprietà, ossia come una facoltà “concessa” dalla p.A. in quanto essa stessa titolare di tale diritto, stante il potere di pianificazione ad essa attribuito: pertanto, l'amministrazione avrebbe concesso all'istante il diritto di edificare mediante l'adozione di un provvedimento traslativo-costitutivo del diritto di edificare.

Né – si riteneva - l'impostazione seguita si poneva in contrasto con quella costituzionale perché la proprietà edilizia doveva considerarsi come “categoria

¹⁰³ A.M. SANDULLI propose come soluzione quella che “configuri la facoltà di costruire non più connaturata al diritto di proprietà, bensì come l'effetto di una concessione pubblica da accompagnare con l'imposizione di un tributo”.

¹⁰⁴ A. PREDIERI, *Riserva della facoltà di edificare e proprietà funzionalizzata delle aree fabbricabili*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio e espropriazione*, Milano, 1969, 82.

¹⁰⁵ Si legge in A. GAMBARO, P. SCHLESINGER, *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, 20, che dietro le quinte dell'adozione della legge Bucalossi si spingeva per un verso ad “ un emendamento presentato alla Camera, e tendente a introdurre esplicitamente il principio della “separazione” dalla proprietà dello *ius aedificandi*” ma non fu accolto; per altro verso si legge nella relazione di maggioranza al Senato che: “non si può affermare che si tratta di uno scorporo puro e semplice dello *ius aedificandi*”.

identificabile” secondo i parametri della Consulta e, pertanto, suscettibile di conformazione con esclusione della edificabilità¹⁰⁶.

Pertanto, il legislatore degli anni '70 modificava il *nomen juris* del provvedimento in esame da “licenza edilizia” a “concessione edilizia”¹⁰⁷, passando da un sistema basato su un provvedimento di tipo autorizzatorio - che rimuove un limite all’esercizio di un diritto preesistente di cui l’istante è già titolare - ad un sistema incardinato sul rilascio di un provvedimento di natura concessoria - ossia un titolo attributivo di un diritto “nuovo”, inesistente prima d’allora nel patrimonio giuridico del richiedente¹⁰⁸ -. In aggiunta era prevista l’onerosità del provvedimento concessorio, giustificata per il fatto che l’istante chiede di utilizzare un bene di interesse pubblico, lo *ius aedificandi* appunto¹⁰⁹.

Il mondo giuridico scorgeva in tale intervento legislativo il tramonto della concezione tradizionale dello *ius aedificandi* per sancire, in via definitiva, la sua separazione dal diritto di proprietà¹¹⁰.

Come osservato dalla dottrina, la Legge Bucalossi era ispirata ad una revisione dei rapporti tra diritto del proprietario ed esigenze della pianificazione urbanistica: “nel presupposto che la disciplina del territorio fosse espressione ed attuazione della funzione sociale della proprietà, si accentuava l’estensione del potere di programmazione urbanistica, fino al punto di configurare una pianificazione che, attraverso gli atti amministrativi esecutivi, fosse, essa

¹⁰⁶ G. MORBIDELLI, *Note sulla giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. espropriazioni sostanziali*, in *Foro amm.* 1970, II, 324 ss.

¹⁰⁷ L’art. 10 l. n. 10/1977 disponeva che “ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale partecipa agli oneri ad essa relativi e la esecuzione delle opere è subordinata a concessione da parte del sindaco, ai sensi della presente legge”.

¹⁰⁸ Sulla differenza tra autorizzazione e concessione O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni in diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 1884, IV, 7 ss.

¹⁰⁹ A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977 n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977.

¹¹⁰ A. GAMBARO, P. SCHLESINGER, *Le nuove leggi civili commentate*, cit., 18 ss.

soltanto, in grado di conferire al privato la facoltà di edificare il proprio fondo”¹¹¹. Per tale motivo, contestualmente veniva previsto che l’indennizzo di espropriazione fosse commisurato al valore agricolo medio, senza distinzione tra fondi agricoli ed edificabili.

Sembrava così risolto anche l’annoso problema della incostituzionalità dei vincoli espropriativi: essendo venuto meno il legame tra proprietà e diritto di edificare, il titolare di un fondo non sarebbe stato contestualmente titolare del diritto di edificare e, pertanto, la previsione di un vincolo di inedificabilità, che non avesse precluso altre forme di utilizzo del suolo, non avrebbe dovuto essere accompagnata da indennizzo alcuno¹¹², non ponendo alcun problema di lesione del contenuto minimo della proprietà¹¹³.

All’epoca la dottrina era divisa tra chi aderiva a tale nuova impostazione¹¹⁴ e chi relegava i mutamenti legislativi intervenuti al mero piano lessicale¹¹⁵, affermando ancora l’appartenenza del diritto di edificare al patrimonio giuridico del proprietario.

È stata ancora una volta la Corte costituzionale, con la nota pronuncia 30 gennaio 1980 n. 5¹¹⁶, a smentire gli assunti innovatori confermando l’inerenza

¹¹¹ F. CINTIOLI, M.R. SAN GIORGIO, *Proprietà*, cit., 388.

¹¹² A.M. SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, in *Riv.giur. edilizia*, 1978, II, 36 ss.; F. CINTIOLI, M.R. SAN GIORGIO, *Proprietà*, cit., 389.

¹¹³ F. CINTIOLI, M.R. SAN GIORGIO, *Proprietà*, cit., 389; G. PAGLIARI, *La pianificazione*, cit., 62.

¹¹⁴ A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977 n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, cit, 1-45.

¹¹⁵ Cfr. P. STELLA RICHTER, *funzionali dell’urbanistica*, Milano, 1984, 3.

¹¹⁶ Corte cost., 30 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. cost.*, 1980, 121, che, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dei criteri di calcolo dell’indennizzo (di cui alle leggi nn. 865/1971 e 10/1977) in caso di espropriazione di aree edificabili, statui che l’indennizzo va calcolato con riguardo al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, rientrando tra queste anche la potenziale edificabilità. In dottrina: G. MAZZAROLLI, *Considerazioni sull’indennità di espropriazione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1980, 1254; A.M. SANDULLI, *Il regime dei suoli dopo il nuovo intervento della Corte*, cit.; P.

dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà e dichiarando che la concessione ad edificare altro non è che un'autorizzazione non attributiva di nuovi diritti, ma che “presuppone facoltà preesistenti, sicché sotto questo profilo non adempie a funzione sostanzialmente diversa da quella dell'antica licenza avendo lo scopo di accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto, nei limiti in cui il sistema normativo ne riconosce e tutela la sussistenza”.

A coloro che affermavano che lo *ius edificandi* non inerisce più “al diritto di proprietà, potendo la edificabilità delle aree essere stabilita solo con provvedimento dell'autorità”, la Corte rispondeva affermando che: se è “indubbiamente esatto che il sistema normativo attuato per disciplinare l'edificabilità dei suoli demanda alla pubblica autorità ogni determinazione sul se, sul come e anche sul quando (mediante programmi pluriennali di attuazione previsti dall'art. 13 della legge n. 10 del 1977) della edificazione”, tuttavia, con riguardo alle aree destinate – secondo gli strumenti urbanistici - alla edilizia residenziale privata, il proprietario delle stesse “ha il diritto ad ottenere la concessione edilizia, che è trasferibile con la proprietà dell'area ed è irrevocabile, fatti salvi casi di decadenza previsti dalla legge (art. 4 legge n. 10 del 1977)”; “da ciò deriva che il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà e alle altre situazioni che comprendono la legittimazione a costruire anche se di esso sono stati tuttavia compressi e limitati portata e contenuto, nel senso che l'avente diritto può solo costruire entro limiti, anche temporali,

BONACCORSI, *Le indennità di esproprio e i "vincoli urbanistici" nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1980, 327.

stabiliti dagli strumenti urbanistici”. Pertanto, nonostante il *nomen juris* utilizzato dal legislatore, la Consulta bocciava l’intervento innovativo e l’edificabilità continuava a rappresentare una facoltà del proprietario.

A ben vedere, nonostante sia noto come la pronuncia appena citata costituisca una pietra miliare in tema di configurazione del diritto di edificare come incorporato nel diritto di proprietà, è possibile fornire una lettura diversa della stessa e giungere a risultati radicalmente diversi. Difatti, la Corte, allorquando sostiene l’inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà, afferma, contemporaneamente, che è demandata alla pubblica Amministrazione ogni determinazione sul “se, come e quando” dell’edificazione¹¹⁷: la Consulta ha pertanto difeso il legame tra proprietà e diritto di edificare (soprattutto) per ragioni di tutela del proprietario dinanzi al potere espropriativo della pubblica Amministrazione¹¹⁸.

La citata sentenza n. 5 del 1980, infatti, ha avuto ad oggetto la legittimità costituzionale delle norme, contenute nella l. n. 865 del 1971 e nella citata l. n. 10 del 1977, relative ai criteri di quantificazione – sulla base del valore agricolo medio - dell’indennizzo dovuto in caso di espropriazione di aree edificabili all’epoca vigenti. In tale occasione, il Giudice delle leggi ha chiarito come l’indennizzo, per non essere meramente simbolico, dovesse essere calcolato avendo riguardo “al valore del bene in relazione alle sue

¹¹⁷ Si legge al punto 4 della citata sentenza n. 5 del 1980:” È indubbiamente esatto che il sistema normativo attuato per disciplinare l’edificabilità dei suoli demanda alla pubblica autorità ogni determinazione sul se, sul come e anche sul quando (mediante programmi pluriennali di attuazione previsti dall’art. 13 della legge n. 10 del 1977) della edificazione, ma la rigidità del sistema non è tale da legittimare le conseguenze che se ne vorrebbero trarre”.

¹¹⁸ F. GUALANDI, *Dallo “ius aedificandi” allo “ius restituendi” (inteso come diritto di recuperare, rigenerare e sostituire l’esistente). Riflessioni sulla rigenerazione urbana*, cit., 3.

caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso, secondo legge” e come “per le aree destinate all’edificazione, in quanto poste in zone già interessate dallo sviluppo edilizio”, dovesse ritenersi essenziale tale destinazione.

Per arrivare ad affermare ciò la Corte ha escluso che la denominazione del titolo edilizio come concessione valesse ad escludere l’inerenza del diritto di edificare al diritto di proprietà nelle aree destinate nel p.r.g. alla trasformazione edilizia. Per queste aree la concessione presuppone facoltà preesistenti. Ma è altrettanto vero che è demandata “alla pubblica autorità ogni determinazione sul se, il come e il quando dell’edificazione”.

Pertanto, volendo porre la questione nei termini corretti, solo se e nella misura in cui dette facoltà preesistenti appartengano originariamente al proprietario si potrebbe parlare di inerenza dello *jus edificandi* al diritto di proprietà; invece, se dette facoltà nascono per volontà della p.A. in capo ai soli proprietari inclusi in zone destinate alla trasformazione in base a scelte discrezionali della p.A. stessa effettuate nei piani urbanistici, la conclusione è diversa.

I suoli non nascono edificabili *ab origine*, ma acquisiscono tale qualità all’esito di una sequenza gradualistica di comandi contenuti nei piani. Certamente quel diritto differenzia il proprietario del suolo dagli altri soggetti: se e quando la pubblica Amministrazione consente l’edificazione, essa è concessa al solo proprietario (o al titolare di altro diritto, legittimato ai sensi dell’art. 11 t.u. edilizia¹¹⁹) ed a nessun altro soggetto.

¹¹⁹ L’art. 11 d.P.R. n. 380/2001, dispone che “Il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell’immobile o a chi abbia titolo per richiederlo”.

Inoltre, la riconduzione dello *ius aedificandi* al nucleo centrale della proprietà da parte della Consulta è servita sostanzialmente per riaffermare l'importanza e la centralità della stessa in un momento storico in cui esigenza primaria del legislatore urbanistico era quella abitativa (e non ancora quella della riqualificazione urbana dell'esistente, di evitare che la risorsa dei suoli venga utilizzata dagli enti locali come strumento di guadagno e, infine, di tutelare gli interessi che i progetti di espansione urbanistica potrebbero ledere).

Il mancato scorporo dello *ius aedificandi* dalla proprietà è stato in quel periodo affermato anche dal Consiglio di Stato: “la facoltà di costruire, sia pure subordinatamente ad un provvedimento amministrativo impropriamente denominato concessione, continua a far parte integrante della sfera giuridica del proprietario del terreno che si intende destinare alla costruzione, in relazione al riconoscimento e alla garanzia del diritto di proprietà assicurati dall'art. 42, 2° comma, Costituzione”¹²⁰.

Alla domanda circa quale fosse – stando così le cose - la normativa applicabile ai vincoli urbanistici espropriativi, la Corte costituzionale rispondeva che si doveva considerare in vigore la poc'anzi citata l. n. 1187 del 1968 (art. 2), che aveva introdotto il principio di temporaneità dei vincoli di natura espropriativa¹²¹.

In seguito, riprendendo le fila del ragionamento già seguito nelle pronunce degli anni 1966 e 1968, la Corte costituzionale ha condannato la prassi della

¹²⁰ Cons.Stato, sez. V, 19 febbraio 1982, n. 122 in *Foro amm.*, 1982, I, 177.

¹²¹ Corte cost., 27 aprile 1982, n. 92, in *Foro amm.*, 1983, 275.

reiterazione dei vincoli espropriativi apposti dalla p.A. sulla proprietà privata, perché in contrasto con l'art. 42, comma 3, Cost.¹²².

La Corte ha inoltre ribadito la perdurante inerenza dello *jus aedificandi* al diritto di proprietà, “con il conseguente obbligo di indennizzo anche nel caso di espropriazioni di valore”.

Si osserva poi che la scelta di denominare il titolo abilitativo edilizio “permesso di costruire” nel t.u. dell'Edilizia (d.P.R. n. 380/2001)¹²³ rappresenta un chiaro segno della volontà di adeguarsi alla impostazione della Consulta, nonostante, come visto, l'aspetto terminologico non possa avere alcun effetto risolutivo definitivo sulla questione in disamina.

Da ultimo, ancora recentemente, la Corte di Cassazione¹²⁴ è tornata sul tema, ricordando “che con le sentenze Corte cost. n. 5 del 1980 e n. 127 del 1983¹²⁵ è

¹²²Nella sentenza 20 maggio 1999, n. 179 (ove si riprendono le fila del ragionamento delle sentenze n. 6/66 e n.55/68) la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto dei numeri 2, 3, 4 dell'art. 7 e dell'art. 40 l. n. 1550/1942 e dell'art. 2, comma 1, l. 19 novembre 1968, n. 1187, nella parte in cui consente all'Amministrazione di reiterare indefinitamente nel tempo i vincoli urbanistici scaduti, preordinati all'espropriazione o che comportino l'inedificabilità, senza la previsione di indennizzo.

¹²³ Per un commento al quale AA.VV., *Testo Unico dell'edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2015.

¹²⁴ Cass., Sez. II, 12 novembre 2015, n. 23130 in www.iusimpresa.it.

¹²⁵ Corte cost., n. 127 del 1983 ha sancito la legittimità costituzionale della partecipazione agli oneri di urbanizzazione, inquadrandosi essa nell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale, “salvo che non oltrepassi la soglia della ragionevolezza”. Contestualmente si è rioccupata dello *jus aedificandi* affermando che tra le fonti di limitazioni all'esercizio del diritto di proprietà, consentite dall'art. 42, comma 2, Cost. in relazione alla sua funzione sociale, si colloca l'istituto della concessione edilizia, che, senza scorporare da esso lo *jus aedificandi*, impone la corresponsione di un contributo: “Ora, poiché la concessione che il proprietario ha l'onere di chiedere prima di dare inizio alla costruzione è prevista dalla legge, sicché risulta rispettata la relativa riserva, e poiché ancora non v'è motivo ...di ritenere che essa sia stata stabilita per uno scopo diverso da quello di assicurare nella specie la funzione sociale della proprietà, sicché risulta avverata pure la seconda condizione posta dalla Carta costituzionale, è congruente dedurre la legittimità del limite allo *jus aedificandi*, costituito dalla concessione in discorso. Né varrebbe osservare in contrario che la testé affermata legittimità del prescritto provvedimento risulterebbe inquinata dalle norme a sensi delle quali il proprietario, in tanto può ottenere la concessione, in quanto corrisponda al Comune, "all'atto del rilascio della concessione", un "contributo commisurato all'incidenza delle spese di urbanizzazione nonché al costo di costruzione" (artt. 3, 5, 6, 11). "L'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà... economica e sociale", oltre che politica, è compreso tra i principi

stato escluso che, in base alle leggi che hanno disposto la conformazione edilizia del territorio e condizionato la edificabilità dei suoli al rilascio di una concessione, l'*jus aedificandi* non inerisca più al diritto di proprietà, potendo la edificabilità delle aree essere stabilita solo con provvedimento dell'autorità"; relativamente ai suoli destinati dagli strumenti urbanistici alla edilizia residenziale privata, infatti, la edificazione avviene ad opera del proprietario dell'area il quale, concorrendo le condizioni previste dalla legge, ha diritto ad ottenere la concessione edilizia, che non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti". L'istituto della concessione edilizia, introdotto dalla l. Bucalossi del 1977 "non ha dissociato il *jus aedificandi* dal diritto di proprietà, ma ha solo stabilito i limiti all'esercizio di quel diritto, in relazione alla funzione sociale della proprietà e nel rispetto del parametro costituzionale"; anche l'imposizione di un contributo al proprietario, da corrispondere al comune, "si inquadra nell'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale, oltretutto politica, sicché la partecipazione agli oneri di urbanizzazione non è illegittima se si mantiene nei limiti della ragionevolezza". Pertanto, ha concluso la Corte di Cassazione, "il diritto di costruire non trova fonte nel provvedimento amministrativo che si limita a verificare i presupposti per l'esercizio del diritto secondo quanto prescritto dalle norme di legge e dagli strumenti urbanistici".

della Costituzione, e pertanto una partecipazione agli oneri che comporta una moderna urbanizzazione (art. 1), ed i cui proventi sono espressamente destinati alla realizzazione delle relative opere (art. 12), non può di per sé ritenersi *contra Constitutionem*, salvo che non oltrepassi la soglia della ragionevolezza".

5. Vincoli conformativi e vincoli sostanzialmente espropriativi.

Si è accennato al termine del paragrafo 1 alla tendenza in giurisprudenza a ridurre l'ambito dei vincoli sostanzialmente espropriativi, a favore di un ampliamento di quelli conformativi. E si è detto che tale tendenza rappresenta una delle ragioni per cui è opportuno tornare a riflettere sul tema dello *jus aedificandi*.

La distinzione tra vincoli conformativi e vincoli sostanzialmente espropriativi non è scevra da incertezze anche in ragione della mancanza di chiarimenti da parte del legislatore. La soluzione è, invece, agevole nell'ipotesi di vincoli espressamente preordinati all'espropriazione.

Come evidenziato dalla dottrina che si è occupata del tema, l'incertezza, sul piano dell'ordinamento giuridico, sul contenuto minimo del diritto di proprietà e sulla naturale inerenza della facoltà di edificare al diritto di proprietà e la conseguente difficoltà di stabilire quando venga in rilievo la “ablazione di una facoltà” o “il mancato riconoscimento di una potenziale facoltà” hanno reso “più che mai incerta e complessa l'analisi della teoria dei vincoli urbanistici e della loro legittimità costituzionale”¹²⁶.

La giurisprudenza, basandosi, oltre che sull'art. 42 Cost., sul principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.¹²⁷, riconduce al potere conformativo (e quindi all'art. 42, comma 2, Cost.) la previsione delle modalità di godimento

¹²⁶ G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, cit., 105. In argomento cfr. G. PAGLIARI, *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, cit. 579 ss.; L. PISCITELLI, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici*, Padova, 1990; F. CINTIOLI, M.R. SAN GIORGIO, *Proprietà*, cit., 345 ss..

¹²⁷ V. CERULLI IRELLI, *Statuto*, cit., 30.

del bene attuata per zone territoriali, vale a dire con carattere di generalità¹²⁸.

Ha carattere conformativo la previsione “dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona” che accompagna la zonizzazione operata dal p.r.g. ai sensi dell’art. 7, comma 2, n. 2, l.u.f.¹²⁹.

Invece, le prescrizioni in deroga a quelle generali relative a singole aree e, in generale, quelle che “incidono su beni determinati” (art. 2, comma 1, l. n. 1187/1968) hanno carattere sostanzialmente espropriativo (e vanno ricondotte al comma 3 dell’art. 42 Cost.), a causa del sacrificio della posizione proprietaria “spinto al punto di svuotare quest’ultima (attraverso l’impossibilità di adibire il bene all’uso proprio degli altri beni della «zona», e quindi all’uso tipico e «proprio» della categoria) del suo contenuto essenziale”¹³⁰.

Il carattere conformativo dei vincoli stabiliti nei piani urbanistici non dipende dalla collocazione in una specifica categoria di strumenti urbanistici (piano

¹²⁸ P. STELLA RICHTER, *L’articolazione del potere di piano*, in *Dir. amm.*, 2000, 657; ID, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006, 84.

¹²⁹ Tra le più recenti: Cass., Sez. I, 25 settembre 2015, n. 19072, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cons. Stato, Sez. IV, 1 luglio 2015, n. 3256, in *www.giustizia-amministrativa.it*: “Non ogni vincolo posto alla proprietà privata dallo strumento urbanistico generale ha carattere espropriativo ed è soggetto alla relativa disciplina atteso che fra gli strumenti dedicati all’attuazione della pianificazione urbanistica si distingue, tra vincoli espropriativi e vincoli conformativi, secondo una linea di discriminazione che ha un preciso fondamento costituzionale, in quanto l’art. 42 Cost. prevede separatamente l’espropriazione (comma 3) e i limiti che la legge può imporre alla proprietà al fine di assicurarne la funzione sociale (comma 2); in sostanza i vincoli espropriativi, che sono soggetti alla scadenza quinquennale, concernono beni determinati, in funzione della localizzazione puntuale di un’opera pubblica, la cui realizzazione non può quindi coesistere con la proprietà privata; non può invece attribuirsi carattere ablatorio ai vincoli che regolano la proprietà privata al perseguimento di obiettivi di interesse generale, quali il vincolo di inedificabilità, c.d. “di rispetto”, a tutela di una strada esistente, a verde attrezzato, a parco, a zona agricola di pregio, verde, ecc. In particolare, i cosiddetti vincoli conformativi sono quei vincoli alla proprietà privata che incidono su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione assoluta dalla intera zona in cui questi ricadono e delle sue caratteristiche intrinseche, o del rapporto con un’opera pubblica, quali, ad esempio, per quanto in questa sede rileva, le destinazioni a viabilità”.

¹³⁰ A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972.

generale o attuativo)¹³¹. Esso dipende soltanto dai requisiti oggettivi, di natura e struttura, dei vincoli stessi¹³². Su tale base la giurisprudenza ha attribuito natura conformativa alle prescrizioni di destinazione dipendenti dalla suddivisione del territorio comunale in zone territoriali omogenee: esse incidono su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione dell'intera zona in cui i beni ricadono e in ragione delle sue caratteristiche intrinseche o del rapporto (per lo più spaziale) con un'opera pubblica¹³³.

Più in generale, in tale categoria sono stati inclusi i limiti previsti dalla legge o sulla base di essa disposti con provvedimento amministrativo relativi, con carattere di generalità, ad intere categorie di beni (in virtù delle loro caratteristiche o della relazione che essi hanno rispetto ad altri beni o interessi pubblici giudicati preminenti), con una sottoposizione indifferenziata di tali beni, anche per zone territoriali, ad uno specifico regime secondo le caratteristiche intrinseche del bene stesso. Si tratta dei limiti previsti ad esempio nei regolamenti edilizi o nei piani urbanistici e nelle norme tecniche di attuazione, come limiti di altezza, cubatura o superficie coperta, le distanze, le zone di rispetto, i diversi indici generali di fabbricabilità o i limiti e rapporti previsti per zone territoriali omogenee)¹³⁴.

¹³¹ Come invece affermato da un risalente orientamento giurisprudenziale, poi superato (Cass., Sez. un., 23 aprile 2001, n. 173, in *Foro it.*, 2002, I, 150). L'abbandono di tale orientamento è dovuto anche al tenore letterale dell'art. 7 l. n. 1150 del 1942 che, ai nn. 3 e 4, prevede le localizzazioni come contenuto del p.r.g. e dell'art. 2 l. n. 1187 del 1968 che fa esplicito riferimento alle indicazioni del p.r.g. incidenti su beni determinati, assoggettandoli a vincoli preordinati all'espropriazione o che comunque comportano l'inedificabilità".

¹³² Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 216, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 864.

¹³³ Cass., Sez. I, 3 giugno 2010, n. 13461, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1506.

¹³⁴ *Ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 6 dicembre 2006, n. 26160, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2006, 814.

Il criterio utilizzato dalla Consulta, già nella pronuncia n. 179 del 1999, per distinguere i vincoli conformativi da quelli sostanzialmente espropriativi si riferiva non alla natura pubblica o privata assegnata all'area, ma alla permanenza della possibilità del privato di utilizzare l'area. Difatti non sono vincoli espropriativi quelli che imprimono una destinazione "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"¹³⁵.

Pertanto, va esclusa la natura espropriativa in tutti i casi in cui l'interesse pubblico può essere realizzato mediante interventi privati, alludendo cioè a "tutte quelle iniziative suscettibili di operare in libero regime di economia di mercato" come, ad esempio, "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"¹³⁶. A tal fine è necessario aver riguardo alle norme tecniche di attuazione del piano, in

¹³⁵ Nella già citata sentenza n. 179 del 1999 la Corte costituzionale ha affermato che: "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 programmatoria 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".

¹³⁶ La Corte ribadisce quanto osservato nella sentenza n. 179/1999 in successive sentenze: Corte cost., 20 luglio 2007, n. 314, in *Giur. cost.*, 2007, 4; Id., 18 dicembre 2001, n. 411, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, 31.

cui è stabilito se le opere di interesse pubblico possono essere realizzate anche ad iniziativa privata in regime di convenzionamento: ad esempio, la previsione della realizzazione di un parcheggio pubblico, parco giochi o centri culturali¹³⁷ (anche) ad iniziativa privata - che consente al privato lo sfruttamento economico dell'opera in regime di libero mercato (tramite vendita o gestione diretta)¹³⁸ – non ricade nella categoria dei vincoli espropriativi perché non si assiste ad uno svuotamento del contenuto del diritto di proprietà in quanto resta in capo al privato il diritto alla utilizzazione dell'area¹³⁹. L'orientamento giurisprudenziale citato è stato criticato da chi¹⁴⁰ ha ritenuto che, così ragionando, si sia cercato unicamente di risolvere il problema della incapacità sia finanziaria che organizzativa dei comuni a fronteggiare i bisogni della collettività e realizzare le strutture necessarie. In particolare, la giurisprudenza citata non avrebbe dato il giusto peso ad un punto essenziale del ragionamento svolto dalla Consulta, ossia che l'iniziativa privata deve poter operare in *libero regime di economia di mercato* e poter sfruttare economicamente il bene

¹³⁷ T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 7 marzo 2011, n. 555, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2011, 3, 1017; Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2010, n. 1982, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1291; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 21 dicembre 2010, n. 7636, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 3780; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 27 agosto 2010, n. 17241, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 2544; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 21 giugno 2010, n. 2012, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 2018 ove si precisa che il vincolo “*a parcheggio pubblico*” che prevede la realizzazione sia ad iniziativa pubblica che privata, costituisce espressione della mera potestà conformativa e non ha natura espropriativa; cfr. G. DATO, *Le garanzie nel procedimento di reiterazione dei vincoli espropriativi*, in *Diritto e Pratica Sole24ore*, 2012, 48.

¹³⁸ Si è invece in presenza di un vincolo espropriativo quando è prevista “la destinazione a parcheggio senza che ne sia prevista la gestione in capo al proprietario”, in quanto, “anche se non può essere escluso che la gestione sia affidata a privati, l'eventuale scelta del gestore privato sarà conseguenza di apposita procedura di assegnazione e non costituisce una modalità di esplicazione dei diritti dominicali sulla proprietà incisa”, Cons. giust. amm. Sicilia, 28 giugno 2010, n. 964 in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³⁹ Pertanto il ragionamento della Consulta non vale solo per l'edificazione di tipo residenziale ma, in generale, per ogni tipologia di edificazione che non sia non preclusa al privato. Sul punto cfr. G. D'ANGELO, *Regime giuridico delle aree fabbricabili: necessità ed urgenza di una riforma legislativa*, in *Riv. giur. edil.*, 1999, 1181.

¹⁴⁰ P. URBANI, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà*, cit., 19.

inciso, in quanto il nucleo essenziale della proprietà consiste nell'utilità economica e non nella possibilità di edificazione¹⁴¹. Inoltre, non è sufficiente che la possibilità dell'iniziativa privata sia prevista in astratto, ma è necessario che sia concretamente possibile¹⁴²: in sostanza deve sussistere una utilità economica nella scelta del proprietario di intraprendere la realizzazione delle opere, della loro gestione oppure una convenienza economica derivante della vendita o dall'affidamento della gestione a terzi¹⁴³. Non da ultimo bisogna tener conto che in capo al privato vi sono "defatiganti incombenze" in quanto dovrà rispettare le procedure di evidenza pubblica in caso di lavori di valore pari o superiore alla soglia comunitaria¹⁴⁴.

Altra questione dibattuta riguarda la qualificazione dei vincoli c.d. procedurali, ossia di quelle previsioni contenute nel p.r.g. che subordinano l'edificabilità di una zona alla adozione di un piano attuativo. Oggi la giurisprudenza è pressoché unanime nel considerare che solo quando l'attività edificatoria è subordinata ad un piano di iniziativa pubblica si tratterebbe di un

¹⁴¹ P. URBANI, *Il contenuto minimo*, cit. 19.

¹⁴² Cons. Stato, IV, 24 febbraio 2004, n. 745 in *Foro amm.*, CDS, 2004, 408; Id. 22 giugno 2004, n. 4426 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁴³ P. URBANI osserva che "in molti casi i vincoli in parola prevedono il carattere pressoché esclusivamente pubblico (nel senso di "collettivo") degli usi ammessi e per di più l'esercizio dell'iniziativa privata è subordinato all'emanazione d'indirizzi dell'amministrazione ed a successivo convenzionamento", con la conseguenza che "il valore d'uso e di scambio dei beni è assolutamente inidoneo a qualunque iniziativa nel "libero mercato" in *Il contenuto minimo*, cit. 20.

¹⁴⁴ Cfr. Corte cost., 13 luglio 2009, n. 269, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, 2029, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18-*quater* l.p. Trento n. 16/2005 nella parte in cui, nel disporre che "le attrezzature e i servizi pubblici previsti dal piano regolatore generale possono essere realizzati direttamente dai proprietari delle aree gravate da vincolo preordinato all'espropriazione, previa convenzione con il comune volta ad assicurare l'effettiva realizzazione e destinazione pubblica delle attrezzature e dei servizi, nonché le loro modalità di realizzazione e gestione", ha omesso di prevedere l'obbligo per il proprietario di adottare procedure ad evidenza pubblica in ogni caso in cui l'appalto sia di importo uguale o superiore alla soglia comunitaria; Id., 28 marzo 2006, n. 129, in *Foro it.*, 2007, I, 36, con riguardo ad un'analoga disposizione di cui agli artt. 11, comma 3, e 9, comma 12, l. r. Lombardia n. 12 del 2005.

vincolo espropriativo mentre si verserebbe in un'ipotesi di vincolo conformativo in tutti i casi in cui la formazione del piano attuativo cui è subordinata l'edificabilità sia rimesso anche all'iniziativa privata¹⁴⁵. In dottrina si registrano orientamenti di segno opposto. Chi propende per la natura conformativa dei vincoli procedurali li considera espressione della potestà pianificatoria e funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico al corretto uso del territorio¹⁴⁶; inoltre si afferma che, ai sensi dell'art. 9, comma 2, t.u. edilizia, finché il piano attuativo non viene adottato, sono ammessi interventi conservativi e di ristrutturazione e pertanto è garantito il diritto di proprietà¹⁴⁷. La tesi di segno opposto, invece, sostiene che tali vincoli siano espropriativi - pertanto soggetti a decadenza - in quanto determinerebbero una compressione del diritto di edificare e quindi del contenuto essenziale del diritto dominicale¹⁴⁸. Si è esclusa la natura conformativa dei vincoli procedurali anche sulla base dell'assunto per cui nel caso in cui sia prevista l'iniziativa privata per la realizzazione delle opere di interesse pubblico, è necessario il consenso di tutti i proprietari (caso del piano di lottizzazione) o dei 2/3 in base

¹⁴⁵ E ciò in quanto l'attività edificatoria non è impedita totalmente ed il contenuto del diritto di proprietà non verrebbe svuotato; sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 31 luglio 2007, n. 4256, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 362

¹⁴⁶ G. PAGLIARI, *Corso*, cit., 134; cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 1995, n. 451, in *Riv. giur. urb.*, 1995, 168

¹⁴⁷ Corte cost., 29 dicembre 1995, n. 529, in *Riv. giur. edil.*, 1996, I, 3. Si osserva che l'argomento utilizzato dalla tesi indicata può valere in caso di vincoli apposti su costruzioni ma lo stesso non può dirsi in caso di aree inedificate, le quali non sono trasformabili se non con il piano attuativo.

¹⁴⁸ R. INVERNIZZI, *Art. 9*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 268 ss.. Sulla necessità di motivare la reiterazione del vincolo espropriativo nonché sull'obbligo di indennizzo cfr. Cons. Stato, Sez. II, 21 febbraio 1996, n. 2402/1995, in *Cons. St.*, 1997, I, 448; Id., Sez. IV, 7 giugno 2012 n. 3365 in www.giustizia-amministrativa.it; oggi la giurisprudenza non ammette la reiterazione dei vincoli scaduti - che rientra nella disciplina di cui all'art. 9 T.U. espropriazioni - senza che la p.A. abbia prima svolto una indagine volta all'accertamento della attualità dell'interesse pubblico e che esso non possa essere soddisfatto in altro modo; è tenuta inoltre ad indicare le iniziative già prese o di prossima attuazione per soddisfarlo nonché accantonare le somme per il pagamento dell'indennità di espropriazione.

all'imponibile catastale (caso del comparto) sebbene sia possibile ottenere l'esproprio delle aree di titolarità dei contrari: sebbene si intende così perseguire l'interesse pubblico alla corretta trasformazione del territorio, si pone tuttavia il problema di garantire adeguatamente il diritto di proprietà, dato che "il "fattore tempo" può rivelarsi talmente determinante da porre in aperta contraddizione quel rapporto d'integrazione – cui dovrebbe sovrintendere la riserva di legge – tra due principi concorrenti: la libertà d'iniziativa economica e la funzione sociale della proprietà"¹⁴⁹.

Come è stato osservato¹⁵⁰, le incertezze sulla natura del vincolo procedimentale si pongono in termini analoghi anche in riferimento al rapporto tra piano strutturale e piano operativo, derivante dalla scomposizione del tradizionale p.r.g. in due piani prevista in alcune leggi regionali. Dato che il piano strutturale ha vigore a tempo indeterminato, mentre quello operativo è a tempo determinato e può concernere porzioni del territorio comunale con riguardo alle quali scadenza e specifica le trasformazioni nel rispetto delle indicazioni di principio del piano strutturale, il rinvio al piano operativo incide sull'aspettativa dei proprietari di aree incluse in ambiti in cui la trasformazione

¹⁴⁹ P. URBANI, *Il contenuto minimo*, cit., 17. L'autore, riprendendo il pensiero di M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà*, in *Politica del diritto* cit., osserva che "la formula "funzione sociale" si mostra bidirezionalmente limitativa. Da un lato infatti qualifica il contenuto del diritto ordinandolo ad una funzione, ma dall'altro è anche disciplina costituzionale del riconoscimento e della garanzia del diritto ossia costituisce un "limite" alla legge ordinaria. Orbene, se la proprietà "obbliga", anche la pubblica amministrazione è tenuta al rispetto dell'obbligo del provvedere e delle garanzie procedurali, della salvaguardia delle aspettative del privato, del rispetto del contenuto minimo del diritto, in rapporto al carattere concreto ed effettivo dell'interesse pubblico ed al principio di proporzionalità". Sul tema, la l. n. 136/1999 ha introdotto una tempistica per l'adozione e l'approvazione di piani attuativi di iniziativa pubblica e privata, ma presuppone rispettivamente, la decisione pubblica di procedere alla redazione del piano o la presentazione di un progetto di piano da parte dei privati.

¹⁵⁰ G. MARI, *Proprietà e piano regolatore generale comunale. Profili generali*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO e U. MORELLO, Volume IV, cit., 269.

è subordinata alla redazione del piano operativo, ponendo il problema della garanzia del contenuto minimo della proprietà¹⁵¹. Poiché il piano operativo è relativo a porzioni del territorio comunale e la p.A. ha ampia discrezionalità nel decidere quali parti del piano strutturale attuare nei tempi fissati dal piano operativo (scegliendole autonomamente o in base ad iniziative private ritenute ammissibili), “la subordinazione dell’attuazione del piano strutturale al piano operativo – con riguardo agli ambiti di trasformazione – non costituirebbe altro che un *gigantesco* vincolo di rinvio alla pianificazione attuativa”¹⁵².

L’esame della giurisprudenza evidenzia, quindi, come essa si basi essenzialmente sul carattere *singolare* delle limitazioni al fine di affermare la natura espropriativa e non conformativa delle stesse, per cui la natura espropriativa competerebbe alle sole prescrizioni urbanistiche di inedificabilità che incidono a carattere “*lenticolare*” su suoli determinati.

Senonché, come osservato dalla dottrina¹⁵³, tale criterio di distinzione non è scevro da critiche sul piano logico e sul piano della conformità ai principi costituzionali.

Sotto il primo profilo, la previsione di inedificabilità non perde il suo carattere di sacrificio imposto al singolo in ragione della semplice inclusione del suolo del singolo in una zona urbanistica cui interamente è applicata la restrizione: oltre all’indeterminatezza del concetto di zona sotto il profilo della sua

¹⁵¹Cfr. P. URBANI, *La riforma regionale del PRG: un primo bilancio. Efficacia, contenuto ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità del provvedere e garanzia del contenuto minimo del diritto di proprietà*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 471.

¹⁵² P. URBANI, *La riforma regionale del PRG*, cit..

¹⁵³ D.M. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 262; Id., *Il t.u. dell’espropriazione lascia irrisolto il nodo dei vincoli urbanistici. Due ipotesi per superare l’inerzia del legislatore*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 379.

ampiezza¹⁵⁴, va rilevata l'ampia discrezionalità dell'amministrazione comunale nella suddivisione del territorio comunale in zone. Detta suddivisione non è strettamente vincolata alle caratteristiche obiettive e naturali delle aree, ma dipende da scelte della p.A., idonee a provocare sperequazioni tra i proprietari. Sotto il secondo profilo, la medesima dottrina da ultimo citata ha attentamente riletto la giurisprudenza costituzionale in tema di vincoli e, in particolare, le sentenze nn. 55 del 1968 e 179 del 1999, evidenziando come la Corte costituzionale, nell'affermare la non indennizzabilità dei limiti che attengono al regime di appartenenza o di godimento di "interesse categorie di beni", stante la riserva di legge di cui all'art. 42, comma 2, Cost., abbia fatto riferimento al *regime legale* dei beni e, quindi, al regime fissato dalla legge per interesse categorie di beni o da atti amministrativi di natura ricognitiva delle caratteristiche fissate dalla legge per interesse categorie di beni. Nelle citate sentenze, infatti, la Corte non avrebbe operato alcuna distinzione tra previsioni urbanistiche puntuali o singolari e previsioni di zona¹⁵⁵.

¹⁵⁴ D.M. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 262: "qual è la soglia dimensionale che la distingue dall' "area"?". Si consideri poi che "nella prassi si assiste da tempo alla scomposizione, all'interno degli strumenti urbanistici generali, delle zone urbanistiche in subzone diffuse a macchia di leopardo, comprensori o comparti, ed in alcuni casi anche singoli lotti o isolati, aventi una propria, specifica disciplina. Tanto che la giurisprudenza è giunta ad affermare che il termine zona non necessariamente indica una superficie di una certa ampiezza su cui sia possibile costruire un determinato numero di fabbricati, ma può essere inteso anche con riferimento ad un'area di modeste dimensioni nella quale sia possibile costruire anche una sola unità edilizia".

¹⁵⁵ D.M. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 263: "Anzi, la sentenza 55 ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 40 e 7, nn. 2, 3, 4, della legge n. 1150/1942 nella parte in cui "non prevedono un indennizzo per l'imposizione di limitazioni operanti immediatamente e a tempo indeterminato nei confronti dei diritti reali, quando le limitazioni abbiano carattere espropriativo nei sensi indicati in motivazione", e l'art. 7 n. 2 prevede appunto "la divisione in zone del territorio, con precisazione di quelle destinate all'espansione dell'aggregato urbano, ed i caratteri e vincoli di zona da osservare nell'edificazione"¹². Del resto nel giudizio a quo si discuteva di destinazioni a verde, a edificio scolastico e di "conservazione di fabbricato monumentale", cioè di due vincoli localizzativi singolari e di uno sicuramente zonale". Vi sono

Inoltre, per tornare alla questione posta in premessa sulla tendenza della giurisprudenza a ridurre l'ambito delle prescrizioni espropriative, va rilevato che la giurisprudenza ha escluso il carattere ablatorio oltre che dei vincoli effettivamente di zona, anche di vincoli incidenti su singole aree, come "edilizia scolastica"¹⁵⁶, "viabilità generale"¹⁵⁷, sul presupposto che la relativa previsione sia posta a servizio non esclusivamente della singola zona e non abbia, dunque, natura lenticolare.

6. Edificabilità e piano urbanistico.

Gli strumenti urbanistici comunali – p.r.g. e piani attuativi – delineano i modi e i limiti di godimento della proprietà edilizia sotto il profilo delle condizioni di

pochi dubbi, quindi, sul fatto che la Corte - almeno all'epoca - abbia ritenuto di carattere ablatorio un vincolo ricadente su un'intera zona urbanistica".

¹⁵⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 22 novembre 2013, n. 5538, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2013, 3177: "Il vincolo di destinazione delle aree all'edilizia scolastica ha natura conformativa, con conseguente determinazione del loro carattere non edificabile e relativa incidenza sul valore del bene: conclusione che è tanto più valevole "nel caso dell'edilizia universitaria, le cui finalità non trascendono soltanto le singole zone del piano regolatore del comune ma, normalmente, lo stesso territorio comunale", comportando che « la destinazione edilizia scolastica, e a maggior ragione universitaria, di natura peraltro normalmente conformativa e non espropriativa, escluda l'edificabilità legale a favore dei privati proprietari, e non giovi a questi in sede di liquidazione dell'indennità espropriativa e, di conseguenza, il risarcimento del danno va in ogni caso compiuto all'interno della categoria dei suoli inedificabili, ossia con riferimento a prezzi di mercato ben lontani da quelli assai elevati peculiari del mercato edilizio".

¹⁵⁷ Cass., Sez. I, 26 marzo 2013, n. 7585, in *Guida al dir.*, 2013, 52, 25: "Al fini della determinazione dell'indennità di esproprio per aree destinate a opere di viabilità previste dal piano regolatore, pur essendo vero che l'indicazione delle opere necessarie, che comporta un vincolo di inedificabilità delle parti del territorio interessate, non concreta un vincolo preordinato a esproprio, occorre che tale destinazione non sia assimilabile alla indicazione delle reti stradali all'interno e a servizio delle singole zone, come tali riconducibili a vincolo imposto a titolo particolare, a carattere espropriativo. È, in particolare, certamente a carattere conformativo il vincolo afferente la previsione - nello strumento urbanistico - di interventi di realizzazione della grande viabilità, nel mentre le previsioni stradali di zone o comprensoriali hanno certamente una prospettiva di segno lenticolare e sono a ritenersi impositive di vincoli espropriativi".

esercitabilità dello *jus aedificandi*¹⁵⁸. Come evidenziato dalla dottrina¹⁵⁹, “l’idea di un’edificabilità libera da parte del proprietario, nel rispetto delle eventuali limitazioni introdotte dalla disciplina urbanistica per fini generali, non trova più riscontro nel sistema della normativa vigente; oggi il piano regolatore si atteggia sostanzialmente come atto che attribuisce facoltà di edificare ai proprietari, piuttosto che come atto che comprime o sopprime tali facoltà. L’edificabilità è propriamente uno dei possibili effetti del potere conformativo della proprietà che si esercita in sede di pianificazione urbanistica”.

Le previsioni puntuali del p.r.g. e le prescrizioni dei piani attuativi hanno quindi un effetto conformativo della proprietà, determinano cioè le facoltà del proprietario sul bene per quel che riguarda le possibilità di trasformazione e per quel che riguarda l’uso cui può essere legittimamente destinato¹⁶⁰.

La pianificazione è connotata da una naturale ed intrinseca discriminatorietà¹⁶¹.

Le destinazioni, quando hanno l’effetto di vietare o limitare l’esercizio dello

¹⁵⁸ G. PAGLIARI, *Il sistema pianificatorio*, cit., 38.

¹⁵⁹ P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell’urbanistica*, cit., 135.

¹⁶⁰ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2014, 31. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Statuto*, cit., 16 ss.: dopo avere osservato che “allo stato dell’ordinamento, tutte le cose immobili costituiscono beni (pubblici o privati che siano) di interesse pubblico, anche al di là delle categorie di beni in ordine a quali la nozione è stata elaborata”, e che “il territorio, come complesso e nelle singole cose che lo compongono, è sempre oggetto di due specie di diritti, quelli a carattere privatistico di natura dominicale o reale ... e quelli a carattere collettivo, che si imputano indirettamente (in qualche caso direttamente) ai membri della collettività, a coloro che sul territorio vivono ed operano, e per essi, agli enti esponenziali delle collettività stesse” (tant’è che parte della dottrina configura il territorio come “bene comune”, unitamente all’ambiente e al paesaggio: P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani*, Roma, 2014, 21, osserva che “tutto il territorio (quindi tutto l’insieme delle cose immobili) è soggetto a poteri pubblici di pianificazione al fine di assicurarne la funzione sociale come luogo di vita della comunità”.

¹⁶¹ P. STELLA RICHTER, Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica, in Riv.giur. edil., 1968, II. 123; Id., I principi del diritto urbanistico, Milano, 2006, 93; Id., L’articolazione del potere di piano, in Dir. amm., 2000, 657; Id., Diritto urbanistico, cit., 55; E. BOSCOLO, La perequazione urbanistica: un tentativo di superare la intrinseca discriminatorietà della

jus aedificandi, incidono notevolmente sul valore dei suoli e generano grandi diseguglianze tra i proprietari fondiari¹⁶².

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 38 del 1966¹⁶³ ha ritenuto tale sistema conforme a Costituzione e, in particolare alla riserva di legge di cui all'art. 42, comma 2, Cost.: ammesso che l'Amministrazione comunale ha "un margine di discrezionalità, sia per quanto concerne la ripartizione in zone del territorio comunale (del che ora non si discute), sia per ciò che riguarda il regime della proprietà privata nell'ambito delle singole zone, in relazione alle esigenze, modificabili anche nel tempo, della vita moderna e dell'espansione urbanistica", la Corte ha evidenziato che "non si tratta di discrezionalità indiscriminata ed incontrollabile ... bensì di discrezionalità tecnica. La quale, ..., essendo condizionata da elementi di valutazione di carattere tecnico, importa che l'attività normativa devoluta all'Amministrazione (nella specie ai Comuni), si deve svolgere entro determinati confini di carattere obbiettivo, e che, per ciò stesso, rimane, sotto questo aspetto, delimitata nella libertà dell'apprezzamento"¹⁶⁴. Risulterebbe quindi rispettata la riserva di legge

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*, Atti del Convegno AIDU (Genova, novembre 1999), Milano, 2000, 195; A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 465.

¹⁶² P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, cit., 55: "l'urbanistica è dunque materia il cui effetto è necessariamente disuguagliante e in cui la regola è, paradossalmente, la disparità di trattamento".

¹⁶³ Corte cost., 14 maggio 1966, n. 38 in *Foro it.*, 1966, I, 1004.

¹⁶⁴ Le ordinanze di rimessione avevano prospettato dubbi sulla legittimità costituzionale della disposizione contenuta nel n. 2 dell'art. 7 della legge urbanistica fondamentale, ò. n. 1150 del 1942. Nel dettaglio, era stato prospettato che la disposizione, in quanto autorizza l'imposizione, mediante i p.r.g., di "vincoli di zona nell'edificazione", avrebbe violato la riserva di legge di cui al comma 2 dell'art. 42 Cost: "la disposizione impugnata, infatti, si limiterebbe ad indicare l'ambito territoriale, entro il quale in concreto funzionerebbero i vincoli predetti, conseguente alla spartizione in zone del territorio comunale, senza peraltro contenere, come sarebbe necessario ai fini della legittimità, alcun altro elemento idoneo a determinare la natura, le

relativa prevista al comma 2 dell'art. 42 Cost., la quale richiede che nella legge siano contenuti "elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell'amministrazione".

Senonché, in realtà, le decisioni di localizzazione e di conformazione imposte sulle singole aree solo raramente sono una mera conseguenza della natura e delle caratteristiche delle aree medesime (e, quindi, espressione di discrezionalità tecnica); più spesso, sono il frutto di scelte del pianificatore (oltretutto assegnate, ai sensi dell'art. 42 d.lgs. n. 267 del 2000, all'organo consiliare), sindacabili nei limiti del sindacato giurisdizionale consentito sulla discrezionalità amministrativa (errori di fatto o figure sintomatiche dell'eccesso di potere, come l'illogicità, la manifesta ingiustizia, la contraddittorietà, il difetto di motivazione, la sproporzione manifesta)¹⁶⁵, ed il cui esito è una differente conformazione giuridica del diritto di proprietà avente ad oggetto le singole aree prese in considerazione¹⁶⁶.

Più nel dettaglio, la pianificazione urbanistica ha, come noto, il fine di ottimizzare l'uso del territorio, prendendo in considerazione tutti gli interessi su di esso incidenti e coinvolti. Diversamente dai piani settoriali, quindi, i piani territoriali ed urbanistici – e tra questi il p.r.g. – sono finalizzati alla cura di un

caratteristiche e sopra tutto la portata delle limitazioni (negative o positive) alla proprietà privata, imposte dai piani".

¹⁶⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 24 dicembre 2008, n. 6566, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, 3352.

¹⁶⁶ Ad esempio la destinazione a verde agricolo di aree può prescindere da una specifica vocazione agricola del terreno e dipendere piuttosto da finalità di salvaguardia di equilibri territoriali (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2008, n. 6600, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, 3354); A.M. SANDULLI (*Profili costituzionali*, cit.) evidenziava la "facilità con cui un semplice tocco di pennello può trasformare la terra in oro e l'oro in terra (mentre sarebbe più giusto adottare un sistema – alla scelta del quale il giurista deve restare estraneo – per rendere indifferenti i proprietari al problema della destinazione urbanistica dei suoli)"; ID., *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1990, 314.

interesse pubblico primario generico ed astratto¹⁶⁷, suscettibile di molteplici modalità di realizzazione, con il quale devono essere “comparati” gli interessi secondari, pubblici e privati¹⁶⁸; il che implica un’amplissima discrezionalità del pianificatore¹⁶⁹ e conseguenti limiti alla sindacabilità da parte del g.a.. La giurisprudenza è pacifica nell’affermare che tali scelte, “nel merito, appaiono insindacabili e che sono per ciò stesso attaccabili solo per errori di fatto, per abnormità e irrazionalità delle stesse”¹⁷⁰, ovvero allorquando “risultino incoerenti con l'impostazione di fondo dell'intervento pianificatorio o manifestamente incompatibili con le caratteristiche oggettive del territorio ovvero ancora affette da vizi macroscopici di illogicità e irrazionalità riconducibili nell'alveo dell'eccesso di potere”¹⁷¹. Per quanto la discrezionalità incontri dei limiti (nelle direttive fissate nei piani territoriali di coordinamento;

¹⁶⁷ G. MARI, *Proprietà e piano*, cit., 171.

¹⁶⁸ P. URBANI, *Territorio*, cit., 117: “nei procedimenti di pianificazione urbanistica l’eterogeneità degli interessi è massima tanto che l’interesse primario – l’ordinato assetto del territorio cui tende con scarse norme l’art. 7, legge del 1942 – è in gran parte indeterminabile *a priori*, e quindi ammette un numero illimitato di possibilità di soddisfazione”; N. ASSINI, *La gerarchia degli interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, Atti del XXXVII Convegno di studi di Scienza dell’amministrazione, 19-21 settembre 1991, Milano, 1994, 123.

¹⁶⁹ A. BARONE, *La governance del territorio*, cit., 110; L. MAROTTA, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa*, Padova, 1988; P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali* cit.; ID., *L’articolazione del potere di piano*, in *Dir. amm.*, 2000, 657, che, con riferimento alla l. n. 1150 del 1942 evidenzia che essa detta una disciplina procedimentale del piano, che lascia invece libero quanto al contenuto ed alla durata: “il piano tutto può e tutto deve prevedere; esso è destinato veramente a costituire, nelle intenzioni del legislatore, quello che fu definito il manuale d’uso del territorio comunale”. Più recentemente V. CERULLI IRELLI, *Statuto*, cit., 22: relativamente alla pianificazione, osserva che “In questi casi, la funzione sociale non inerte alla cosa in sé, per i suoi caratteri oggettivi, che sono del tutto indifferenziati, ma per il suo collegamento con le esigenze di vita della comunità insediata sul territorio (esigenze interpretate e mediate attraverso gli atti di pianificazione)”; per tale motivo le relative determinazioni “non possono essere ascritte al tipo degli atti di accertamento, ma hanno un contenuto pienamente discrezionale nella valutazione degli interessi pubblici che quelle destinazioni rendono necessarie; anche a prescindere del tutto dai caratteri oggettivi delle cose in sé, che sono, appunto, indifferenziate”.

¹⁷⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2011, n. 1015.

¹⁷¹ Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2010, n. 1985, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 813.

nel contenuto c.d. eteronomo del piano, e, in particolare, nei vincoli imposti sul territorio di riferimento dalle autorità preposte alla tutela di interessi differenziati, di cui la pianificazione comunale è chiamata a compiere un'attività di mera ricognizione¹⁷²; negli standard urbanistici ed edilizi di cui al d.m. n. 1444/1968)¹⁷³, essa non può essere eliminata¹⁷⁴.

Tornando alla questione della riserva di legge di cui all'art. 42, comma 2, Cost., la dottrina ha evidenziato che, “non potendo rispettare il principio di legalità, facendo almeno risalire alla legge le diseguaglianze, non rimangono che due possibili soluzioni: riservare al Comune la facoltà di edificare, così parificando “al basso” le posizioni proprietarie, ovvero distribuire equamente i vantaggi dell'edificabilità attraverso un sistema di perequazione”¹⁷⁵. La prima soluzione, alla base del tentativo – ricordato sopra nel capitolo - operato dalla l.

¹⁷² V. CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1985, 386;; P. LOMBARDI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati: la difesa del suolo quale archetipo di virtuose forme di cooperazione tra distinti ambiti di amministrazione*, in Riv. giur. edil., 2010, II, 93.

¹⁷³ In argomento G. MARI, *Proprietà e piano*, cit., 171 ss.

¹⁷⁴ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, cit., 57; D.M. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 289: “nell'esercizio dei poteri di pianificazione, accanto ad una componente tecnica, trova insopprimibile spazio anche una componente squisitamente “politica” che deve arbitrare le scelte finali tra le tante opzioni “tecnicamente” equivalenti (o quasi) tra loro. Il famoso pennello dell'urbanistica solo in parte è guidato da criteri, obiettivi e controllabili, di carattere tecnico. Anche se l'area delle scelte libere è diminuita nel tempo (per la necessità di tener conto delle discipline “parallele”, che compongono un mosaico molto articolato che va dai vincoli paesaggistici “vestiti” ai piani paesaggistici, dai piani di bacino ai vincoli idrogeologici ... ecc.), e l'area delle scelte tecniche è aumentata (ad es. per la necessità di tener conto delle risultanze della valutazione ambientale strategica, per la predisposizione ad opera delle leggi regionali di tutta una serie di parametri da osservare nelle scelte di assetto del territorio), ancora oggi l'elaborazione del piano urbanistico “richiede anche e soprattutto valutazioni di discrezionalità amministrativa, vale a dire determinazione di ciò che corrisponde al perseguimento dell'interesse pubblico, attraverso una comparazione tra i vari interessi che vengono ad essere toccati dalla determinazione stessa”. La dottrina da ultimo citata aggiunge che “Le scelte di assetto territoriale devono essere “idonee”, ma non devono necessariamente scaturire da una comparazione fra tutte le scelte possibili, e pertanto si basano sul principio democratico (la volontà maggioritaria e il procedimento “partecipato” - tipico della pianificazione urbanistica - che ne costituisce metodo e applicazione) non meno che sul principio tecnocratico (riconoscimento della naturale “vocazione” dei suoli, come desumibile dalle loro caratteristiche obiettive accertabili mediante l'applicazione di regole tecniche)”.

¹⁷⁵ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, cit., 57.

n. 10 del 1977, è stata respinta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 5 del 1980, per cui è stata perseguita la strada della perequazione, di cui si tratterà nel capitolo II.

Da quanto detto sulla discrezionalità del pianificatore emerge anche che la facoltà di trasformare il suolo a fini edificatori difficilmente può ritenersi che preesista ai poteri di pianificazione urbanistica; essa, piuttosto, “è plasmata per intero dalla volontà dei pubblici poteri, che si esprime attraverso atti di natura diversa (pianificatoria/autorizzatoria e pianificatoria/concessoria), e può pervenire al proprietario del suolo o in forza di una attribuzione diretta (nella ipotesi di conformazione della proprietà tramite i piani) o per formazione progressiva (nell’ipotesi di conformazione dei suoli e di acquisto dei crediti edificatori [su cui *infra*, capitolo II n.d.r.]”¹⁷⁶.

7. Giurisprudenza e pianificazione: la sentenza del Consiglio di Stato n. 2710/2012.

Di particolare interesse per comprendere l’ampiezza della discrezionalità del pianificatore in sede di redazione del piano e l’ampiezza degli interessi presi in considerazione dallo stesso e per ulteriormente constatare che le scelte di piano prescindono da caratteristiche intrinseche dell’area, è la sentenza del Consiglio di Stato n. 2710 del 2012 relativa al p.r.g. di Cortina d’Ampezzo¹⁷⁷.

¹⁷⁶ D.M. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 284.

¹⁷⁷ Cons. St., Sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710, in *Urb. e app.*, 2013, 59, con commento di P. STELLA RICHTER, *Conformazione dei suoli e finalità economico-sociali*.

Sinteticamente, il comune di Cortina approvando, per l'intero territorio comunale, il proprio p.r.g., decide di assegnare l'edificabilità alle sole otto aree regoliere ampezzane e comunali, in regime superficiario o in regime di p.e.e.p., prevedendo che la volumetria riconosciuta sia destinata all'acquisizione in proprietà degli immobili da parte dei soli residenti di Cortina, escludendo che tale edificabilità sia riconosciuta ad altre aree di proprietà privata nelle zone del centro abitato e nelle zone B di completamento. I ricorrenti in primo grado contestavano tali scelte lamentando che le aree di completamento “siano state individuate sulla scorta di un criterio meramente domenicale e senza alcun apprezzamento circa l'effettiva vocazione urbanistica della varie aree”. Le doglianze dei ricorrenti si incentravano sulla violazione dell'art.42 Cost. per l'illegittima compressione dell'espansività del diritto di proprietà e per la scelta pregiudiziale di *favor* nei riguardi dell'edilizia pubblica: le scelte si sarebbero basate sul “protezionismo di aree pubbliche” e su “restrizioni delle facoltà edificatorie dei privati” nonostante la vocazione edificatoria delle aree interessate in zone dotate di opere di urbanizzazione e prospicienti aree già edificate; la scelta di piano che assegna a tali aree la destinazione agricola sarebbe stata incongrua non avendo esse un'effettiva vocazione agricola. Inoltre, i ricorrenti lamentavano “un esercizio del potere di pianificazione urbanistica debordante dai limiti che sono propri di questo, essendosi intese perseguire, più che finalità di pianificazione del territorio, distinte finalità economico-sociali”.

Confermando la sentenza di primo grado, il Consiglio di Stato ha giudicato legittima la scelta del pianificatore, fornendo una lettura della materia

urbanistica e del connesso potere comunale di conformazione dei suoli che secondo la dottrina “costituisce un elemento di svolta e di chiusura definitiva rispetto alla identificazione dei contenuti del potere conformativo”¹⁷⁸.

Appare utile riportare i passaggi più significativi della pronuncia.

- “il potere di pianificazione urbanistica del territorio – la cui attribuzione e conformazione normativa è costituzionalmente conferita alla potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni, *ex art. 117, comma terzo, Cost.* ed il cui esercizio è normalmente attribuito, pur nel contesto di ulteriori livelli ed ambiti di pianificazione, al Comune – non è limitato alla individuazione delle destinazioni delle zone del territorio comunale, ed in particolare alla possibilità e limiti edificatori delle stesse. Al contrario, tale potere di pianificazione deve essere retamente inteso in relazione ad un concetto di urbanistica che non è limitato solo alla disciplina coordinata della edificazione dei suoli (e, al massimo, ai tipi di edilizia, distinti per finalità, in tal modo definiti), ma che, per mezzo della disciplina dell’utilizzo delle aree, realizzi anche finalità economico – sociali della comunità locale (non in contrasto ma anzi in armonico rapporto con analoghi interessi di altre comunità territoriali, regionali e dello Stato), nel quadro di rispetto e positiva attuazione di valori costituzionalmente tutelati. Proprio per tali ragioni, lo stesso legislatore costituzionale, nel novellare l’art. 117 della Costituzione per il tramite della legge cost. n. 3/2001, ha sostituito – al fine di individuare le materie rientranti nella potestà legislativa concorrente Stato - Regioni - il termine “urbanistica”, con la più onnicomprensiva espressione di “governo del territorio”, certamente

¹⁷⁸ P. URBANI, *Conformazione dei suoli*, cit., 68.

più aderente, contenutisticamente, alle finalità di pianificazione che oggi devono ricomprendersi nel citato termine di “urbanistica”¹⁷⁹;

- “ l’urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo. Uno sviluppo che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli - non in astratto, bensì in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi –, sia di valori ambientali e paesaggistici, sia di esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, sia delle esigenze economico – sociali della comunità radicata sul territorio, sia, in definitiva, del modello di sviluppo che si intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione “de futuro” sulla propria stessa essenza, svolta - per autorappresentazione ed autodeterminazione - dalla comunità medesima, attraverso le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, attraverso la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio. In definitiva, il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all’interesse pubblico all’ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità

¹⁷⁹ Il Consiglio di Stato ha aggiunto che “Tali finalità, per così dire “più complessive” dell’urbanistica, e degli strumenti che ne comportano attuazione, sono peraltro desumibili fin dalla legge 17 agosto 1942 n. 1150, laddove essa individua il contenuto della “disciplina urbanistica e dei suoi scopi” (art. 1), non solo “nell’assetto ed incremento edilizio” dell’abitato, ma anche nello “sviluppo urbanistico in genere nel territorio della Repubblica””.

(civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione contemperata di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti. Ne consegue che, diversamente opinando, e cioè nel senso di ritenere il potere di pianificazione urbanistica limitato alla sola prima ipotesi, si priverebbe la pubblica amministrazione di un essenziale strumento di realizzazione di valori costituzionali, quali sono almeno quelli espressi dagli articoli 9, comma secondo, 32, 42, 44, 47, comma secondo, Cost.”¹⁸⁰.

Ciò premesso, il Consiglio di Stato ha chiarito che ad una diversa conclusione non può giungersi “nemmeno sostenendo che, attraverso la considerazione di esigenze diverse, l’amministrazione finirebbe per comprimere il contenuto stesso del diritto di proprietà, e lo stesso *ius aedificandi* allo stesso connesso”: “nel nostro ordinamento non è individuabile un solo astratto diritto di proprietà, dipendendo il contenuto dello stesso dalla natura intrinseca del bene (sentenze nn. 55 e 56 del 1968). La Corte Costituzionale ha, in particolare, affermato, con sent. 9 maggio 1968 n. 55, che “senza dubbio la garanzia della proprietà privata è condizionata, nel sistema della Costituzione, dagli artt. 41 al 44, alla subordinazione a fini, dichiarati ora di utilità sociale, ora di funzione sociale, ora di equi rapporti sociali, ora di interesse ed utilità generale. Ciò con maggiore ampiezza e vigore di quanto è stabilito dagli artt. 832 e 845 del Codice civile, i quali, per il contenuto del diritto di proprietà fondiaria in

¹⁸⁰ I principi elaborati dalla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 2710/2012 sono ripresi dalla giurisprudenza successiva; *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4716; Id., 6 maggio 2013, n. 2427; Id., 13 giugno 2013, n. 3262, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Per ulteriori richiami giurisprudenziali cfr. V. CERULLI IRELLI, *Statuto*, cit., 32-33.

particolare, richiamano, rispettivamente, i limiti e gli obblighi stabiliti "dall'ordinamento giuridico" e le regole particolari per scopi di pubblico interesse. . . . Secondo i concetti, sempre più progredienti, di solidarietà sociale, resta escluso che il diritto di proprietà possa venire inteso come dominio assoluto ed illimitato sui beni propri, dovendosi invece ritenerlo caratterizzato dall'attitudine di essere sottoposto nel suo contenuto, ad un regime che la Costituzione lascia al legislatore di determinare". Allo stesso tempo, anche laddove la Corte Costituzionale ha affermato l'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà (con la nota sentenza 30 gennaio 1980 n. 5), essa ha precisato che "è indubbiamente esatto che il sistema normativo attuato per disciplinare l'edificabilità dei suoli demanda alla pubblica autorità ogni determinazione sul se, sul come e anche sul quando . . . della edificazione . . .", di modo che se da ciò deriva che "il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà e alle altre situazioni che comprendono la legittimazione a costruire . . . di esso sono stati tuttavia compressi e limitati portata e contenuto, nel senso che l'avente diritto può solo costruire entro limiti, anche temporali, stabiliti dagli strumenti urbanistici".

Il Consiglio di Stato ha pertanto giudicato legittime le scelte del pianificatore osservando che "Nel caso di specie, il Comune . . . ha inteso perseguire "quale strategia fondamentale perseguita dal PRG", quella consistente nella "scelta di escludere in via generale una nuova edificazione residenziale nel territorio del Comune di Cortina d'Ampezzo, salvo la circoscritta deroga per nuove edificazioni da eseguirsi sulle sole aree di proprietà comunale e regoliera e destinate ad abitazione per i residenti"; una scelta "per certo imposta da una

situazione socio – economica che il Comune deve comunque affrontare e risolvere in quanto soggetto istituzionalmente esponenziale degli interessi della popolazione insediata nel proprio territorio e che al riguardo è titolare delle funzioni inerenti sia l’assetto e l’utilizzazione del territorio, sia lo sviluppo dell’economia locale”. Lo strumento urbanistico è stato, dunque, utilizzato dal Comune al fine di definire, per un verso, il modello di sviluppo del proprio territorio, negandone una ulteriore “terziarizzazione” o utilizzazione per cd. “seconde case”; per altro verso, al fine di risolvere il problema abitativo dei cittadini residenti”.

Quanto alla rilevanza delle caratteristiche intrinseche delle aree, il Consiglio di Stato ha escluso che “la natura di “lotto incluso in zona già edificata””, attribuita dai ricorrenti ai propri terreni, comportasse la necessaria attribuzione di destinazione edilizia ai lotti stessi: “l’esercizio del potere pianificatorio, anche in concreto considerato, non incide di per sé sul “diritto di proprietà nella sua espansività”, una volta che all’immobile non è impressa destinazione edificatoria”.

La dottrina che ha commentato la sentenza ha evidenziato come la funzione da essa riconosciuta al potere di pianificazione richiami “alla mente il dibattito tra Benvenuti e Miele negli anni ’50 lì dove si contrapponevano due tesi: la prima che sosteneva il nesso tra pianificazione territoriale e pianificazione economica giungendo alla conclusione in riferimento all’art. 41 ultimo comma Cost. di attribuire alla prima il compito della pianificazione delle attività economiche. La seconda che riteneva che alla disciplina urbanistica non competesse limitare

l'iniziativa economica bensì, più semplicemente, garantire che questa rispetti le regole giuridiche preposte all'ordinato sviluppo del territorio"¹⁸¹

L'arresto giurisprudenziale va a favore della tesi di Benvenuti, anche in considerazione dell'importanza che va attribuita al tema del consumo di suolo.

Anche nel caso di vocazione edificatoria dei terreni (per loro caratteristiche intrinseche, per la vicinanza con il centro abitato e la presenza di opere di urbanizzazione) il potere conformativo del Comune non è condizionato dalle caratteristiche oggettive dell'area o da precedenti determinazioni analoghe espresse in un piano previgente¹⁸², "pena la messa in discussione della potestà generale di piano"¹⁸³ e del potere di conformazione di cui all'art. 42, comma 2, Cost..

Come osservato dalla dottrina¹⁸⁴, a fronte della molteplicità di interessi presi in considerazione in sede di pianificazione, "l'interesse dei singoli proprietari e, segnatamente l'interesse ad ottenere proficue trasformazioni immobiliari (*jus aedificandi*), risulta non solo recessivo, ma addirittura scomparso (*nel senso che non necessita di un'opera di mediazione con quegli interessi di carattere pubblico*) alla stregua dell'ordinamento". Inoltre, ogni determinazione del

¹⁸¹ P. URBANI, *Conformazione dei suoli*, cit., 69, che richiama F. BENVENUTI, Gli elementi giuridici della pianificazione territoriale in Italia, in *Pianificazione territoriale e provinciale. Atti del convegno internazionale, Passo della Mendola settembre 1955*, Trento, 1956, 35 ss. MIELE, La pianificazione urbanistica, in *La pianificazione urbanistica. Atti del VII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 1962* 35 ss.; P. URBANI, *Urbanistica ad vocem*, in *Enc. Dir.*, 1990.

¹⁸² A tale ultimo proposito, specificatamente, T.A.R. Lombardia, Sez. II, 2 marzo 2015, n. 596, in *www.giustizia-amministrativa.it*: "le disposizioni del precedente p.r.g. non vincolano il Comune in occasione del nuovo esercizio della potestà pianificatoria, poiché l'Ente non è affatto tenuto a "riconoscere" le potenzialità edificatorie attribuite ai suoli dallo strumento previgente, potendo queste ultime essere limitate o escluse, laddove ciò risulti funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico, in coerenza con gli obiettivi assegnati alla nuova pianificazione".

¹⁸³ P. URBANI, *Conformazione dei suoli*, cit., 67.

¹⁸⁴ V. CERULLI IRELLI, *Statuto*, cit., 32.

pianificatore relativa alla destinazione delle zone deve essere ancorata al perseguimento degli scopi stabiliti dalla legge e, quindi, a garantire la funzione sociale della proprietà; ne consegue che le destinazioni con oggetto nuove edificazioni e trasformazioni del tessuto territoriale sono giustificate solo se alla base hanno specifiche esigenze di sviluppo e di trasformazione urbana imputate alla rispettiva comunità¹⁸⁵, ovvero se realizzano esse stesse la funzione sociale delle proprietà¹⁸⁶.

8. Prime considerazioni.

La giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di *ius aedificandi* si fonda sulla clausola “*rebus sic stantibus*” in quanto afferma l’inerenza del diritto di edificare al diritto di proprietà in relazione al momento storico delle pronunce adottate. È pertanto la stessa Consulta a manifestare la necessità di non definire il contenuto minimo essenziale del diritto dominicale una volta per tutte, ma determinarlo in relazione al mutare del contesto sociale, economico, istituzionale e giuridico in cui versa l’ordinamento giuridico. Il contenuto essenziale del diritto di proprietà, costituzionalmente garantito, va quindi

¹⁸⁵ V. CERULLI IRELLI, *Statuto*, cit., 35: “l’attribuzione di utilizzazioni che comportano trasformazioni immobiliari e segnatamente l’edificazione, delle proprietà comprese in una determinata zona, costituisce non la regola ma l’eccezione, data l’esigenza primaria di tutelare il territorio, laddove non trasformato da fenomeni di antropizzazione, nella sua naturalità (e segnatamente, negli usi agricoli)”.

¹⁸⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5516, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 2178: “lo sviamento di potere sussiste anche per falsità della causa, che si verifica quando l’amministrazione persegue un fine diverso da quello per il quale il potere esercitato è stato effettivamente conferito, tenendo fermo il principio che il potere di adottare atti di pianificazione è stato attribuito ai comuni al solo fine di disciplinare l’assetto urbanistico ed edilizio di una parte del territorio comunale. Deve giudicarsi pertanto affetto dal vizio di eccesso di potere il provvedimento con il quale l’amministrazione adotti una variante alla destinazione di piano, rendendo edificabile un’area destinata a verde pubblico, al dichiarato scopo di consentire a un soggetto privato, con il quale sussistano conflitti, la riedificazione, in questo nuovo sito, dell’immobile in precedenza espropriatogli per la realizzazione di un’opera pubblica”.

ricercato nel giusto equilibrio tra interesse del singolo proprietario e interesse della collettività, tra garanzia del bene privato e di quello collettivo¹⁸⁷: questa ricerca deve tener conto delle “variazioni legate al decorso del tempo o al mutamento del contesto istituzionale e normativo, che non possono restare senza conseguenze nello scrutinio di costituzionalità”¹⁸⁸. Scopo del presente lavoro è interrogarsi nuovamente, al fine di stabilire quale sia oggi il contenuto essenziale del diritto di proprietà e se l’impostazione tradizionale dell’inerenza dello *ius aedificandi* al diritto dominicale possa oggi considerarsi superata. Nei successivi capitoli si esamineranno tutti i fattori che hanno reso doveroso riflettere ancora una volta su tali questioni, quali la c.d. saturazione edilizia e il relativo problema di arginare il fenomeno del consumo di suolo non urbanizzato¹⁸⁹, la crescente tutela del paesaggio e la introduzione di previsioni legislative nazionali che hanno sempre più limitato, se non escluso, l’edificabilità dei suoli in assenza di pianificazione accompagnata da una legislazione regionale che ha reso l’edificabilità un bene a sé, “concesso” dall’amministrazione quando idonea a realizzare la funzione sociale della proprietà.

¹⁸⁷ F. SALVIA, *Vincoli urbanistici*, cit., 34: “la evoluzione o la trasformazione dei diversi istituti giuridici che operano in un certo sistema non è legata necessariamente ad un mutamento delle normative di specifico riferimento (come spesso si ritiene), ma dipende invece in molti casi dalla traforazione dell’*habitat* in cui i medesimi sono collocati”.

¹⁸⁸ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, cit., con la quale si è superata la precedente giurisprudenza che non parametrava l’indennità di espropriazione al valore venale del bene.

¹⁸⁹ In argomento G.F. CARTEI, L. DE LUCIA (a cura di), *Contenere il consumo di suolo. Saperi ed esperienze a confronto*, Napoli, 2014.

CAPITOLO II

IL DIRITTO DI EDIFICARE NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA ATTUALE

SOMMARIO: 1. Premessa al capitolo. I diritti edificatori 2. Le criticità della tecnica dello “*zoning*” 3. La cessione di cubatura: i presupposti 3.1. Le ipotesi ricostruttive della dottrina e della giurisprudenza in tema di cessione di cubatura 4. Lo strumento urbanistico perequativo 4.1. Le differenti tecniche perequative 4.2. Modalità di applicazione della tecnica perequativa 5. Assenza di una adeguata copertura legislativa statale della tecnica perequativa 5.1 Segue: la pronuncia del Consiglio di Stato sul P.R.G. romano 5.2. La perequazione urbanistica nella regione campana 6. I limiti della tecnica di pianificazione territoriale perequativa 7. La compensazione 7.1. I caratteri distintivi tra perequazione e compensazione 8. L’incentivazione edilizia 8.1. I caratteri distintivi tra perequazione e premialità 9. Riconoscimento legislativo del fenomeno compensativo e premiale edilizio 10. Recenti novità normative che assumono a presupposto la circolazione dei diritti edificatori: il decreto Sviluppo n. 70 del 2011 (che integra l’art. 2643 c.c.) ed il decreto Sblocca Italia del 2014 (che disciplina il permesso di costruire convenzionato) 11. La controversa natura giuridica dei diritti edificatori 12. Il regime circolatorio dei diritti edificatori

1. Premessa al capitolo. I diritti edificatori.

Nel capitolo I si è visto, da un lato, che lo *ius aedificandi* è oggetto del potere di pianificazione dell’amministrazione (non costituisce un *prius* rispetto al piano) e, dall’altro, che per il suo concreto esercizio è necessario il rilascio del titolo abilitativo edilizio da parte della stessa amministrazione, che consenta al

titolare la realizzazione dell'intervento edilizio nei limiti consentiti dagli strumenti urbanistici¹⁹⁰.

Al fine di meglio proseguire la disamina del tema di ricerca e comprendere gli istituti che di qui a poco verranno trattati, risulta imprescindibile esaminare dapprima la (diversa) nozione di “*diritto edificatorio*”.

Il diritto edificatorio indica la capacità edificatoria di un bene, un valore suscettibile di essere oggetto di disposizione e, quindi, di scambio e circolazione all'interno di un mercato. Il contesto cui i diritti edificatori ineriscono è quello della urbanistica consensuale e, più in generale, della attività di pianificazione territoriale e di conformazione della proprietà privata.

Non si è mancato di rilevare nel capitolo I che la pianificazione si caratterizza per la sua intrinseca discriminatorietà ed è appunto in tale contesto che intervengono i diritti edificatori, svolgendo un ruolo centrale quale strumento di riduzione delle diseguaglianze e discriminazioni create dalla pianificazione urbanistica; sul punto, vengono in rilievo i fenomeni della perequazione, della compensazione e della premialità edilizia. Come si vedrà nel prosieguo, nella perequazione urbanistica – che “consiste nell'attribuire anche ad aree qualificate dal piano non edificabili una cubatura potenziale da realizzare altrove, cioè su aree qualificate come edificabili”¹⁹¹ - i diritti edificatori consentono una distribuzione più equa dei vantaggi dell'edificabilità e dei conseguenti oneri. Nella compensazione, invece, i diritti edificatori operano

¹⁹⁰ A. BARTOLINI, *Profili giuridici del cd. credito di volumetria*, 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, 2.

¹⁹¹ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, Milano, 2010, 51.

quale corrispettivo attribuito dal Comune al privato titolare di una area in cambio della cessione gratuita della stessa; in tal modo il Comune utilizza la cubatura come “moneta” per ottenere la cessione di un’area da usare per uno scopo di interesse collettivo che, altrimenti, dovrebbe espropriare con elevati costi per le casse comunali.

Un altro ambito in cui il commercio dei diritti edificatori permette di raggiungere obiettivi di interesse pubblico è quello delle premialità edilizie; con esse si allude a quelle ipotesi in cui si prevede l’attribuzione, in funzione appunto “premiale”, di diritti edificatori ai privati che realizzano interventi di riqualificazione e di interesse collettivo.

Da tale premessa risulta evidente che i diritti edificatori si inseriscono nell’urbanistica consensuale e si presentano come evoluzione¹⁹² dei negozi di trasferimento di cubatura, mediante i quali si dispone “a favore di altro soggetto del proprio *ius aedificandi*”. Per tale ragione ci si propone di analizzare preliminarmente i negozi di cessione e di trasferimento di cubatura, per poi procedere, in un secondo momento, alla disamina degli istituti della perequazione, compensazione e della premialità edilizia, al fine di vagliare se questi, a differenza dei primi, presuppongano lo scorporo dello *jus aedificandi* dal diritto di proprietà.

¹⁹² S. FANTINI, *Profili pubblicistici dei diritti edificatori*, relazione svolta presso la Scuola Superiore del Ministero degli interni, nei giorni 3 e 4 ottobre 2011, in www.giustiziamministrativa.it.

2. Le criticità della tecnica dello “zoning”.

Con la c.d. legge Ponte, l. n. 765 del 1967¹⁹³, l’ordinamento italiano introdusse gli standards urbanistici ed edilizi per determinare gli indici di densità edilizia, di distanza tra fabbricati, di altezza ed infine il rapporto fra spazi destinati ad insediamenti residenziali e produttivi e quelli pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi. In particolare, è stato lo standard di tipo piano volumetrico – indicante la densità edilizia, ossia il rapporto tra volumetria realizzabile e superficie disponibile¹⁹⁴ - a dare origine ai contratti di trasferimento di volumetria.

Lo standard della densità edilizia è finalizzato a uno sviluppo edilizio controllato; esso, però, non presuppone e non comporta una distribuzione paritaria della potenzialità edificatorie tra i proprietari, occupandosi unicamente della distribuzione del carico edilizio sul territorio e non del relativamente equo frazionamento tra i privati.

Sulla base dell’art. 7 l. n. 1150/1942 – che ha previsto la zonizzazione tra i contenuti del p.r.g. - e della successiva Legge Ponte, ai Comuni è stato imposto – attraverso appunto la tecnica dello *zoning* - di predeterminare la cubatura complessiva da sviluppare in ciascuna zona del territorio comunale, che sarebbe stata diversa a seconda della relativa destinazione urbanistica. Fu subito chiaro, come già rilevato, che un’ampia discrezionalità lasciata al

¹⁹³ La l. n. 765/1965 ha introdotto l’art. 41-*quinquies* nella legge urbanistica fondamentale n. 1150/1942.

¹⁹⁴ Esso consente di controllare lo sviluppo edilizio distribuendo il carico edilizio sul territorio, senza tuttavia occuparsi anche della equa distribuzione tra i privati. In argomento A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ., Agg.*, Torino, 2000, 736; ID., *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, Giuffrè, 1994.

pianificatore nello stabilire gli indici volumetrici avrebbe portato ad una pianificazione “intrinsecamente discriminatoria” nonché ad una forte sperequazione tra i proprietari a seconda della zona di appartenenza (al riguardo si rinvia al capitolo I).

Tali ragioni hanno posto le basi per il fenomeno della cessione e dei trasferimenti di volumetria: si trattava di un correttivo che permetteva a coloro che non fossero intenzionati a sfruttare la cubatura assegnata dal piano al proprio fondo di trasferirla ai proprietari di altre aree, interessati invece a sviluppare progetti edilizi di cubature più ampie rispetto a quella del proprio fondo. Si iniziarono pertanto a concludere, in modo sempre più frequente, negozi in virtù dei quali il proprietario titolare dell’area edificabile cedeva (di regola a titolo oneroso) tutta o parte della capacità edificatoria del proprio suolo al titolare di altra area, rendendo inedificabile (in tutto o in parte) la propria; inoltre, di regola, si apponeva al negozio traslativo una condizione sospensiva di efficacia consistente nel rilascio da parte della p.A. del titolo edilizio c.d. “maggiorato”¹⁹⁵ relativo al fondo cessionario.

Si vuole sottolineare fin d’ora la differenza che intercorre tra due diverse figure.

I descritti accordi integrano un’ipotesi di “*cessione di cubatura*” quando non solo vengono individuati sia il suolo cedente che quello cessionario, ma detti suoli sono contigui. La giurisprudenza¹⁹⁶ ha qualificato la cessione di cubatura come una “fattispecie a formazione progressiva” che termina solo con

¹⁹⁵ Il titolo edilizio è “maggiorato” perché autorizza l’utilizzo della cubatura aggiunta.

¹⁹⁶ Cass., Sez. II, 24 settembre 2009, n. 20623, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 1, 72.

l'adozione da parte della p.A. del titolo edilizio maggiorato il cui rilascio o il cui diniego assurgono, rispettivamente, a condizione sospensiva o risolutiva di efficacia dell'intero negozio (a seconda del volere negoziale). L'operazione deve essere compiuta nel rispetto degli standard urbanistici ed edilizi previsti per la zona dallo strumento urbanistico.

Si qualificano, invece, come “*contratti di trasferimento di cubatura*” quei negozi in cui i suoli interessati appartengono a zone diverse e si può prescindere dalla individuazione delle aree cedenti e cessionarie: in tale ultima ipotesi, tuttavia, è necessario che lo strumento urbanistico consenta il maggior carico di cubatura nella zona di atterraggio. Tale ultimo istituto è collegato alle tecniche di pianificazione della perequazione e della compensazione, trovando in esse massimo utilizzo.

Tuttavia, si pone il problema di individuare il fondamento giuridico di tali trasferimenti, stante il silenzio serbato al riguardo dal legislatore nazionale e la presenza di una disciplina solo a livello regionale.

In linea di principio, infatti, in presenza di una riserva di legge statale in materia di “*ordinamento civile*”, potrebbe considerarsi lesiva del dettato costituzionale una legge regionale che consenta trasferimenti di volumetria, in ragione della loro incidenza sul regime del diritto di proprietà - ed in particolare sulla facoltà di edificare - di competenza legislativa esclusiva statale *ex art. 117, comma 2, Cost.*

Tuttavia, sulla base di quanto chiarito sul riparto di competenza legislative dalla giurisprudenza costituzionale¹⁹⁷, i diritti edificatori oggetto di trasferimento sono l'esito della conformazione urbanistica regionale e comunale (che attraverso la perequazione, compensazione e premialità riconoscono determinate cubature ai destinatari) e pertanto rientrano nella legislazione concorrente in materia di "governo del territorio" e non in quella relativa all' "ordinamento civile".

3. La cessione di cubatura: i presupposti.

La cessione di cubatura¹⁹⁸, come già osservato, è un istituto che affonda le proprie radici nel diritto vivente, quando accanto agli accordi volti alla urbanizzazione e riqualificazione urbana, si sono diffuse in modo esponenziale forme di "micropianificazione ad iniziativa privata"¹⁹⁹, ossia accordi tra privati mediante i quali il proprietario di un fondo cede la capacità edificatoria di quest'ultimo in favore di un altro soggetto che, in tal modo, può ottenere dal Comune il rilascio di un permesso di costruire "maggiorato" rispetto a quello che avrebbe potuto chiedere *ab origine*.

¹⁹⁷ 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. La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha sottolineato che al legislatore regionale è precluso legiferare in materia di diritti soggettivi con riguardo alla disciplina dei modi di acquisto, di estinzione e accertamento, regole sull'adempimento e rapporti di vicinato, mentre lo stesso non vale in materia di conformazione del diritto di proprietà.

¹⁹⁸ Sulla cessione di cubatura, G. CECCHERINI, *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, 1990, II, 103; R. CONTI, *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009, 413.

¹⁹⁹ L'espressione è di A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da P. RESCIGNO, VII, Torino 1982, 527; v. anche *Il diritto di proprietà* in *Trattato dr. Civ. e com.* a cura di A. CICU e F. MESSINEO, Milano 1995, 309.

Il fenomeno della cessione di cubatura, in assenza di una specifica disciplina, viene sviluppato ed elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza fino a trovare una regolamentazione dapprima esclusivamente nelle leggi regionali²⁰⁰ e solo successivamente a livello statale.

Ci si sorprende poi nello scoprire che, anche quando il legislatore compie i primi tentativi di regolamentazione della cessione di cubatura, seppur relativamente al solo regime di pubblicità (il riferimento è all’inserimento nel 2011 del numero 2-*bis* nell’art. 2643 c.c. in tema di trascrizione, su cui *infra*), questi si limitano ad enunciare i diritti edificatori lasciando alla normativa locale e all’interprete la loro regolamentazione negli aspetti sostanziali²⁰¹.

In ogni caso, però, gli interventi di legge, seppur sporadici e poco coerenti, dimostrano fin dal principio la volontà del legislatore di fornire un fondamento giuridico allo strumento della cessione di cubatura e la consapevolezza dell’importanza che il fenomeno ha assunto *infra tempore*.

Pertanto, l’esigenza di una disciplina univoca, la necessità di garantire ai terzi la conoscibilità dello stato giuridico dei terreni nonché di risolvere frequenti problemi di ordine applicativo e teorico hanno spinto la giurisprudenza e la

²⁰⁰ In assenza di disposizioni quadro di legge nazionale sopperiscono le leggi regionali oltrepassando a volte il confine di competenze stabilito dall’art. 117 della Costituzione e, in particolare, la competenza esclusiva statale in tema di “ordinamento civile”.

²⁰¹ A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd.premialità edilizie)*, in *Giust. amm.*, 2008, 167; S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, in *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, in *www.cesifin.it*, 2012, 59, che evidenzia che la disciplina statale prende le mosse dal profilo circolatorio, “fuggendo da disposizioni di tipo sostanziale o qualificatorio”; F. GUALANDI, *La circolazione dei diritti edificatori e altre questioni di giurisdizione in materia di edilizia e di urbanistica*, Relazione svolta al Convegno Nazionale organizzato dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, sul tema *Le questioni di giurisdizione ed il Giudice amministrativo*, Bologna, 16 novembre 2012, dallo scopo della norma – “garantire certezza ella circolazione dei diritti edificatori” – desume che per il legislatore “è del tutto normale e usuale ... che ci siano “diritti edificatori” e che questi “circolino”, indipendentemente dal suolo a cui inizialmente afferivano” e che “questa circolazione viene vista come u fenomeno positivo, a cui si vuole garantire “certezza””.

dottrina a fornire le ipotesi ricostruttive più varie dell'istituto in esame, tra cui quella di negozio ad effetti obbligatori, della cessione di contratto, del diritto reale atipico, della rinuncia o ancora della costituzione di servitù.

Si rende opportuno ancora una volta risalire allo *ius aedificandi*²⁰². Tale diritto, inerente la proprietà di un fondo, indica, come già osservato, la possibilità di edificare, nei limiti della capacità edificatoria del suolo, e si realizza secondo le previsioni degli atti di pianificazione (piani comunali, che stabiliscono, tra l'altro, gli indici di edificazione che, rapportati alla estensione del fondo, individuano l'area edificabile).

Con lo standard di tipo plano-volumetrico – che esprime l'indice di edificabilità fissato dalla legge e dagli strumenti di pianificazione urbanistica con riguardo alle aree edificabili comprese in ciascuna zona - si cerca di controllare lo sviluppo edilizio, distribuendo la capacità edificatoria sul territorio. Tale capacità edificatoria, volgarmente chiamata “cubatura”, può essere tuttavia incrementata tramite l'utilizzo dei diritti edificatori inerenti un altro fondo.

Come rilevato, tale risultato si raggiunge tramite la conclusione di un negozio giuridico, la cd. “cessione di cubatura”, in virtù del quale il proprietario di un'area edificabile trasferisce al proprietario di altra area edificabile, che si trova nella stessa zona urbanistica, tutta o una parte della cubatura utilizzabile

²⁰² Lo *ius aedificandi* è già stato trattato nel capitolo I. In argomento, in generale, si richiamano: A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1984, 843; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, II, 836 ss.; P. STELLA RICHTER, voce *Edilizia*, II, *Concessione edilizia*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, 1; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., 517; ID., *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975; M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia*, Milano, 1988, 166 ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo. I principi*, Milano, 1989, 600 ss..

per edificare sul proprio fondo (privandosi, di conseguenza, dei diritti edificatori relativi allo stesso), affinché il cessionario possa realizzare sul proprio fondo costruzioni per una volumetria maggiore rispetto a quella prevista dal piano urbanistico comunale. Pertanto, a seguito del predetto trasferimento della cubatura, il fondo cedente viene assimilato alle aree effettivamente edificate e, conseguentemente, non potrà più sfruttare la cubatura ceduta²⁰³.

Il negozio di cessione di cubatura è quindi indifferente alla materiale collocazione delle costruzioni, rilevando unicamente che il rapporto tra area edificabile e volume realizzabile in una determinata zona territoriale rispetti l'indice di fabbricabilità fissato dal piano²⁰⁴: come già osservato, il controllo dello sviluppo edilizio viene infatti realizzato con la distribuzione del carico edilizio sul territorio, a nulla rilevando come sia frazionato tra i privati²⁰⁵.

La cessione di cubatura deve tuttavia rispettare l'omogeneità d'uso e la contiguità territoriale intesa non come adiacenza dei fondi, ma come

²⁰³ A. SAVATTIERI, *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione*, in *Urb. e app.*, 4/2013.

²⁰⁴ Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 19 settembre 2014, n. 1657, in *Dir. e giust.*, 2014, 3 ottobre: "La pratica contrattuale conosce da tempo accordi fra privati proprietari (cd. "trasferimenti di cubatura") mediante i quali uno di essi "cede" ad un altro la facoltà di edificare, esistente sul suo terreno secondo le norme urbanistiche, affinché il cessionario possa avvalersi di tale facoltà per ottenere dal Comune, in sede di rilascio del permesso di costruire, l'autorizzazione a realizzare un volume edilizio maggiore di quello che gli spetterebbe, sul terreno di sua proprietà, secondo le previsioni della pianificazione vigente: a tale pratica può farsi ricorso anche a prescindere da un riconoscimento da parte di norme urbanistiche regionali e/o comunali, poiché il fenomeno in esame non lede, di regola, alcun interesse pubblico, in quanto generalmente non si riconnettono conseguenze negative al solo fatto che la densità edilizia massima fissata dallo strumento urbanistico venga sfruttata dal proprietario di un'ampia estensione di terreno, o da più proprietari associati o da uno dei proprietari che abbia ottenuto la cessione di facoltà edificatorie dei suoi vicini, purché comunque sia impedito il superamento, nella zona complessivamente considerata, degli standards consentiti dal piano".

²⁰⁵ S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 5, 199; M.A. MAZZOLA, *Le servitù*, in *Proprietà e diritti reali*, a cura di G. CASSANO, Padova, 2007, tomo II, 1815; F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, Milano, 2001, 246; A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 2000, 736.

“significativa vicinanza”²⁰⁶, nonché le previsioni contenute negli strumenti urbanistici, le quali potrebbero perfino vietare il trasferimento dei diritti edificatori in alcune aree determinate²⁰⁷.

In ordine alla condizione dell’“omogeneità urbanistica tra l’area ceduta e quella beneficiaria”, il Consiglio di Stato²⁰⁸ ha recentemente ribadito - chiarendolo ulteriormente - il principio per cui l'asservimento della volumetria di un lotto a favore di un altro, onde realizzare una maggiore edificabilità, è consentita solo con riferimento ad aree aventi una medesima destinazione urbanistica, posto che diversamente si verificherebbe un'evidente alterazione delle caratteristiche tipologiche della zona tutelate dalle norme urbanistiche²⁰⁹. Il requisito della

²⁰⁶Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6734, secondo cui “*la contiguità dei fondi non deve intendersi nel senso della adiacenza, ossia della continuità fisica tra tutte le particelle catastali interessate, bensì come effettiva e significativa vicinanza tra i fondi asserviti per raggiungere la cubatura desiderata. Secondo tale orientamento, la porzione di terreno che l'appellante intendeva asservire, trovandosi a distanza di trentacinque metri dal fondo destinato alla costruzione, ben poteva essere computato ai fini della volumetria richiesta*”; Id., Sez. V, 1 ottobre 1986, n. 477 non ha ritenuto rilevante, ai fini della legittimità del trasferimento di cubatura, che tra le due aree vi fosse una strada che li separava; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 21 gennaio 1994, n. 4 ha ritenuto che la presenza di una strada che separa limitatamente i fondi non impedisce l'asservimento; Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2006, n. 2488; Id., Sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6734; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4113; Id., 24 aprile 2012, n. 1129. Più recentemente T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 9 luglio 2015, n. 1880, in *Foro amm.*, 2015, 2123, secondo cui “La legittimità della cessione di cubatura, ai fini dello sfruttamento della cubatura ceduta in un progetto edilizio da parte dell'acquirente, è legata a due condizioni: la omogeneità dell'area territoriale entro la quale si trovano i due terreni (cedente la cubatura e ricevente la cubatura oggetto del contratto) e la contiguità dei due fondi; la contiguità, in particolare, sussiste non solo nel caso di lotti confinanti o fronteggianti per tutta la linea di confine, ma anche quando i medesimi siano materialmente vicini tra loro o siano congiunti in qualche punto seppure non materialmente accomunati per tutta la loro estensione e lungo una medesima linea di confine. Detto requisito, infatti, non è inteso dalla giurisprudenza 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”. Tutte le sentenze sono consultabili in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰⁷ T.A.R. Basilicata, Potenza, Sez. I, 21 giugno 2012, n. 306, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰⁸ Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2013, n. 2220, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 971.

²⁰⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 1991, n. 530; Id., Sez. IV, 4 maggio 1979, n. 302, in *Riv. amm.*, 1979, 523 ; Id., Sez. V, 3 marzo 2003, n. 1172, in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 1374; Id. 10 giugno 2005, n. 3052; Id. Sez. IV, 30 settembre 2008, n. 4708, in www.giustizia-amministrativa.it.

omogeneità non viene peraltro considerato soddisfatto per il semplice fatto che le due aree appartengano alla medesima zona in base al d.m. n. 1444 del 1968, allorquando rientrano in sottozone diverse: “le quante volte le diversità di disciplina riscontrabili tra le sottozone in giuoco abbiano, come nella specie, un’ apprezzabile incidenza sostanziale sulla destinazione di indirizzo dei rispettivi fondi, e possa dunque profilarsi quale effetto dell’asservimento un’elusione dei limiti posti dallo strumento urbanistico, con un’alterazione delle caratteristiche tipologiche da questo tutelate”²¹⁰.

3.1. Le ipotesi ricostruttive della dottrina e della giurisprudenza in tema di cessione di cubatura.

Come già accennato ed ai fini di una migliore comprensione delle problematiche che la circolazione dei diritti edificatori solleva, risulta opportuno procedere ad una breve rassegna di alcune delle più significative posizioni assunte nel tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza circa la (difficile) qualificazione giuridica dell’istituto in esame.

La cessione di cubatura è stata difatti (e continua ad esserlo) un istituto di difficile interpretazione anche a causa della commistione di interessi di diversa natura che ritroviamo in essa regolati: da un lato, vi è l’interesse pubblicistico

²¹⁰ Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2013, n. 2220, cit.; cfr., inoltre, Cass. pen., Sez. III, 18 settembre 2014, n. 8635, in *CED Cass. pen.*, 2015 in cui si legge che “in materia edilizia, integra il reato previsto dall’art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 la realizzazione di un immobile in assenza di valido permesso di costruire, perché ottenuto mediante illegittima cessione di cubatura a scopo edificatorio da parte di terreno asservito non contiguo avente un indice di fabbricabilità differente o una diversa destinazione urbanistica”.

volto a tutelare le prescrizioni urbanistiche, dall'altro, gli interessi privatistici al trasferimento della cubatura tra fondi vicini²¹¹.

Il dibattito si è focalizzato sulla definizione dei rapporti intercorrenti tra il profilo privatistico e quello pubblicistico presenti nell'istituto *de quo* nonché sulla sua natura reale od obbligatoria²¹².

²¹¹ Sulla cessione di cubatura in generale: A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria*, cit., 735 ss.; ID., *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1994; ID., *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. DE NOVA, Milano, 1994; F. GAZZONI, *La c.d. cessione di cubatura*, *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1991, artt. 2643-2645, vol. I, 655 ss.; N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, 2003, 5, 1113 ss.; G. CECCHERINI, *Il c.d. «trasferimento di cubatura»*, Milano, 1985; ID., *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, 1990, II, 103 ss.; ID., *Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 557 ss.; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e Materiali*, VI, 2, Milano, 2001, 669 ss.; ID., voce *Trasferimento di volumetria*, in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, Roma, 2002, V, 710 ss.; V. VANGHETTI, *Profili civilistici della c.d. «cessione di cubatura»*, in *Notariato*, 1996, 417 ss.; A. DI MAJO e L. FRANCARIO, voce *«Proprietà edilizia»*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, 356 ss.; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, 7, Torino, 1982, 526 ss.; ID., *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, I, II, 3 ss.; F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, 2001, 1675; F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura*, in *Contratto e impresa*, 2011, 3, 632 ss.. Successivamente alla novella dell'art. 2643 c.c.: G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 42 ss.; G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, in AA.VV., *Urbanistica e attività territoriale. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2011, 3, 75 ss., nonché in *Notariato*, 2012, 4, 411 ss.; B. CRETELLA, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, in *Gazzetta not.*, 2011, 481 ss.; G. A. DI VITA, *Riflessioni sul tema cessione di cubatura: una lettura provocatoria della novella*, in *Il Notaro*, 2011, 89 ss.; S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012; G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2012, 4, 775 ss.; B. MASTROPIETRO, *Dalla cessione di cubatura al trasferimento "in volo" dei diritti edificatori: l'art. 2643, n. 2 bis, c.c.*, in *Rassegna di diritto civile*, 2012, 2, 569 ss.; ID., *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013; G.P. CIRILLO, *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi*, in *Riv. not.*, 2013, 3, 601 ss.; G. MARENA, *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2013, 4, 893 ss..

²¹² Le persistenti perplessità sulla natura giuridica della cessione di cubatura sono evidenziate anche dal Consiglio Nazionale del Notariato nello Studio n. 540-2014/T in tema di *Negoziazione dei diritti edificatori e relativa rilevanza fiscale, anche alla luce dell'art. 2643 n. 2-bis) c.c.*: "Talvolta ... si è sottolineato il profilo obbligatorio della convenzione traslativa della cubatura, talaltra quello reale, e così pure, talvolta si è enfatizzato il ruolo assorbente e costitutivo dell'intervento pubblicistico ai fini del rilascio del titolo abilitativo edilizio, talaltra si è qualificato siffatto ruolo come uno degli elementi, benché essenziale, di un'unica fattispecie a formazione progressiva che si avvia con la stipula della convenzione traslativa e si conclude con il rilascio del titolo stesso".

Invero, pur in mancanza di una specifica disciplina in materia, fin dal 1971²¹³ il Consiglio di Stato ha ammesso il trasferimento dei diritti edificatori, considerando tali diritti come una *utilitas* separata dal fondo cui ineriscono e, pertanto, suscettibili di autonoma commerciabilità.

Alcuni autori²¹⁴ hanno configurato la cessione di cubatura quale rinuncia, dietro corrispettivo, al diritto di edificare (totale o parziale): il beneficiario può chiedere il permesso di costruire cd. “maggiorato”, che verrebbe rilasciato dall’amministrazione sulla base della rinuncia “abdicativa” intervenuta. A ben vedere però, l’incremento edificatorio discende sempre e unicamente dal rilascio del provvedimento amministrativo; inoltre, la rinuncia integra atto unilaterale di asservimento, non recettizio ed irrevocabile con il quale si dismette un diritto soggettivo: pertanto non vi è un collegamento diretto tra la riduzione della potenzialità edificatoria di un fondo e l’incremento della potenzialità di un altro fondo²¹⁵.

Proprio in ragione di tale ultima critica è stata prospettata la ricostruzione parzialmente diversa dell’istituto quale rinuncia “traslativa”, sostenuta anche dai giudici di legittimità i quali hanno in passato sottolineato come il trasferimento della potenzialità edificatoria da un fondo ad un altro derivi dalla

²¹³ Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 1971, n. 632 in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 427.

²¹⁴ Per le diverse ipotesi ricostruttive: V. VANGHETTI, *Profili civilistici della c.d. «cessione di cubatura»*, nota a Cass. 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Notariato*, 1996, 5, 417 ss.; S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2007, 65 ss..

²¹⁵ N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile* op. cit., 1132; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, in *Riv. Not.* 2003, 699 e ss.; F. PATTI E F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita Not.*, 1678; F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, cit., 251.

dichiarazione del cedente di voler rinunciare, a fronte di un corrispettivo, alla capacità edificatoria del proprio fondo a beneficio del fondo del cessionario²¹⁶. La cessione di cubatura è stata poi ricostruita come negozio traslativo di un “diritto reale *sui generis*”: la cubatura, intesa da questo orientamento quale diritto reale immobiliare nuovo e distinto (anche se derivante) dal diritto di proprietà, può essere oggetto di negozio giuridico a causa traslativa²¹⁷. Lo scetticismo mostrato avverso tale ultima ricostruzione si fonda su due ordini di motivi. In primo luogo, il termine cubatura identificherebbe, in termini economici e quantitativi, la capacità edificatoria di un fondo, e non un bene a sé stante suscettibile di autonoma disposizione²¹⁸. In secondo luogo, si osserva che tale ricostruzione renderebbe inutile la disposizione contenuta nell’art. 2643, n. 2-bis c.c. (su cui v. *infra* e che, si anticipa, è stata introdotta dal d.l. n. 70/2011 e prevede la trascrizione anche dei “*contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali ovvero da strumenti di pianificazione settoriale*”) perché il bene “cubatura” circolerebbe mediante negozi a titolo

²¹⁶ Cass., 6 luglio 1972, n. 2235, in *Riv. not.*, 1973, 1165; Id., 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 685; Id., 20 dicembre 1983, n. 7499, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 209.

²¹⁷ A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di cubatura*, Giuffrè, 1990, Milano, 53 ss.; M. DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura di area e «numero chiuso» dei diritti reali*, in *Riv. not.*, 1975, II, 547 ss.; M. LIBERTINI, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in *Contratto e Impresa*, 92 ss.; G. TRAPANI, “*Normative speciali e circolazione giuridica di diritti edificatori?*” cit.. Invocano la figura del diritto di superficie atipico: M. LIBERTINI, «*I trasferimenti di cubatura*», cit., 2277 ss., e G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989, 77 ss. In giurisprudenza: Cass. 14 maggio 2007, n. 10979, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8; Cass. 22 febbraio 1996, n. 1352, cit.; Cass. 9 marzo 1973, n. 641, in *Riv. not.*, 1973, 1165; Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 371.

²¹⁸ N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile* in *Riv. Not.*, 1132; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare Tomo I artt. 2643-2644* in *Il codice civile comm.* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1991, 657.

gratuito od oneroso che, pertanto, soggiacerebbero al disposto di cui all'art. 2643 n. 1 e n. 10 del c.c.-.

Nella prassi, con l'avallo di una parte della dottrina e della giurisprudenza²¹⁹, i privati hanno fatto ricorso al diverso istituto della servitù di non edificare. Il privato cedente costituisce a carico del proprio fondo e a favore del fondo altrui una servitù "non aedificandi" o "altius non tollendi" (a seconda che la cessione sia totale o limitata ad una certa volumetria), di modo che il fondo dominante riceva una capacità edificatoria maggiorata. La costituzione della servitù viene poi affiancata da un atto unilaterale d'obbligo del cedente in favore del Comune con il quale il primo si obbliga a non richiedere all'amministrazione il rilascio di provvedimenti edilizi per lo sfruttamento della cubatura ceduta²²⁰.

A ben vedere, anche tale tesi non è esente da critiche in quanto non considera che per ottenere la maggiore capacità edificatoria di un fondo è comunque indispensabile il rilascio da parte dell'amministrazione del provvedimento amministrativo, elemento essenziale della fattispecie seppur ricostruita in termini di servitù²²¹.

²¹⁹In dottrina, G. B. PICCO e A. M. MAROCCO, *I così detti «trasferimenti di cubatura»*, in *Riv. not.*, 1974, 632 ss.; M. DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura d'area e «numero chiuso» dei diritti reali*, in *Riv. not.*, 1975, 547 ss.; N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Riv. not.*, 1992, 1070. In giurisprudenza: Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Riv. not.*, 1975, II, 547 ss. e in *Giust. civ.*, 1974, I, 922; Cass. 20 dicembre 1983, n. 7499, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 211.

²²⁰M. LIBERTINI, *I trasferimenti di cubatura*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. GALGANO, III, Torino, 1995, 2273-2279.

²²¹F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, in *Giust. civ.*, 2012, 3, II, 102: «Alla luce del nuovo art. 2643, n. 2-bis, c.c. questa teoria non è comunque più proponibile, se non altro perché la norma si riferisce anche al trasferimento di diritti edificatori, trasferimento ovviamente incompatibile con la servitù, tant'è che il n. 2-bis precede e non già segue il n. 3». F. MESSINEO, *Le servitù*, Milano, 1949, 35. In giurisprudenza: Cass., Sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Giur. imp.*, 1989, 164. Si rileva difatti che il carattere di durevolezza e stabilità tipico e necessario delle servitù ex art. 1028 c.c. mancherebbe nei trasferimenti di cubatura, in cui la vera causa del negozio non è la costituzione della servitù quanto piuttosto il rilascio del titolo edilizio "maggiorato".

Nel silenzio normativo, le ricostruzioni della giurisprudenza hanno svolto un ruolo essenziale nella elaborazione dell'istituto della cessione di cubatura, soprattutto sotto il profilo pratico.

Da un lato, il giudice amministrativo²²² ha sottolineato che l'accordo tra i privati, in qualunque forma concluso, costituisce unicamente il presupposto di una più complessa vicenda volta alla adozione del provvedimento amministrativo, il quale opera il trasferimento.

Dall'altro lato, la giurisprudenza civile della Corte di Cassazione ha dapprima ritenuto sufficiente, ai fini del rilascio del cd. permesso maggiorato (all'epoca concessione edilizia), la notifica all'amministrazione comunale interessata dell'adesione del cedente, sotto forma di istanza o rinuncia ai propri diritti edificatori, senza che fosse necessario alcun negozio ad effetti reali od obbligatori²²³.

La Suprema Corte ha successivamente affermato il carattere di realtà della cessione di cubatura, considerando che si tratta di un negozio di trasferimento di una "*facoltà inerente il diritto di proprietà*". Essendo la cubatura un bene valutabile in senso economico e giuridico, la cessione della stessa da parte del proprietario di un fondo integra un negozio traslativo di un diritto reale immobiliare che va ad ampliare il contenuto del diritto di proprietà²²⁴.

²²² Cons. Stato, Sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3766 in *Giust. civ. mas.* 1983, 10; Id., Sez. V, 28 giugno 2000, n. 3637 in *App. urb. edil.*, 2001, 275; Id., 26 novembre 1994, n. 1382 in *Cons. Stato*, 1992, I, 678. *Contra*: Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 1988, n. 744, in *Cons. Stato*, 1988, I, 1418. Nel senso che l'accordo privatistico avvia la fattispecie a formazione progressiva, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 7 luglio 2001, n. 1677, in www.giustizia-amministrativa.it.

²²³ Cass., Sez. II, 12 settembre 1998 n. 9081, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1895; Id., 29 giugno 1981 n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 685.

²²⁴ Cass., Sez. I 14 dicembre 1988 n. 6807, *Nuova giur. civ. comm.* 1989, I, 368; Cass., Sez. V, 14 maggio 2007, n. 10979, in *Mass. Giur. It.*, 2007: "*La cosiddetta cessione di cubatura (..)*

In una pronuncia più recente la stessa Cassazione ha invece negato la natura reale del negozio di trasferimento di cubatura e, di conseguenza, ha escluso che l'atto richieda la forma scritta *ad substantiam*, non integrando un'ipotesi di contratto traslativo di un diritto reale²²⁵.

In altre pronunce, la stessa Corte di Cassazione ha ricostruito la cessione di cubatura quale “*fattispecie a formazione progressiva in cui confluiscono dichiarazioni private nel contesto di un procedimento amministrativo*”, volto alla adozione di un provvedimento di natura concessoria che determina il trasferimento della cubatura tra le parti; non si ravvisa pertanto la sussistenza, tra le parti, di un contratto privato ad efficacia traslativa in quanto è unicamente il provvedimento amministrativo a realizzare il trasferimento della cubatura in favore del cessionario²²⁶. Il negozio concluso tra i privati, con il quale un soggetto si impegna a prestare il consenso affinché la capacità edificatoria

essendo assimilabile al trasferimento di un diritto reale immobiliare è soggetta ad imposta proporzionale di registro”; Cass., Sez. V, 14 maggio 2003, n. 7417, in *Mass. Giur. it.*, 2003.

²²⁵Cass., Sez. II, 24 settembre 2009 n. 20623, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1, 72: “*L'accordo preliminare diretto alla cessione di cubatura - con cui una parte (proprietario cedente) si impegna a prestare il proprio consenso affinché la cubatura o parte di essa che, in base agli strumenti urbanistici, gli compete venga attribuita dalla p.a. al proprietario del fondo vicino (cessionario) compreso nella medesima zona urbanistica - non richiede la forma scritta "ad substantiam", dovendosene escludere la natura di contratto traslativo di un diritto reale. Ne consegue che, per ricostruire la comune volontà delle parti in relazione all'individuazione del fondo del cessionario, destinatario dell'aumento di volumetria, può farsi riferimento al comportamento complessivo dei contraenti in sede esecutiva, successivamente alla stipulazione dell'accordo*”.

²²⁶Cass., Sez. II, 24 settembre 2009, n. 20623, in *Riv. giur. edil.*, 2010, I, 72: “*Nella cessione di cubatura si è in presenza di una fattispecie a formazione progressiva in cui confluiscono, sul piano dei presupposti, dichiarazioni private nel contesto di un procedimento di carattere amministrativo; a determinare il trasferimento di cubatura, tra le parti e nei confronti dei terzi, è esclusivamente il provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che, a seguito della rinuncia del cedente, può essere emanato dall'ente pubblico a favore del cessionario, non essendo configurabile tra le parti un contratto traslativo. Ne consegue che, qualora il cedente, con la stipulazione dell'atto unilaterale di vincolo avente come destinatario immediato la p.a., si sia prestato al compimento di tutti gli atti necessari per far ottenere al cessionario la concessione per una volumetria maggiore, il mancato rilascio della concessione edilizia maggiorata determina l'inefficacia del negozio concluso dai proprietari dei fondi limitrofi e non già la sua risoluzione per inadempimento del cedente*”.

inerente il fondo di cui è titolare venga attribuita dalla p.A. ad un altro soggetto, proprietario del fondo vicino e insistente sulla stessa area urbanistica, costituisce unicamente uno dei presupposti del rilascio del provvedimento amministrativo che realizza il trasferimento.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato²²⁷, seguita anche dalla V Sezione²²⁸, ha affermato che il vincolo di asservimento di un'area, che “viene destinata a servire al computo dell'edificabilità di altro fondo”, costituisce una fattispecie atipica ad effetti obbligatori e che, in definitiva, “l'asservimento realizza una specie particolare di relazione pertinenziale, nella quale viene posta durevolmente a servizio di un fondo la qualità edificatoria di un altro”. Una volta che il fondo “dominante” ha esaurito le suddette potenzialità edificatorie ne consegue, *ex lege*, un regime di inedificabilità delle parti restanti²²⁹.

Si può osservare facilmente come l'assenza di una disciplina di legge del negozio di cessione di cubatura abbia alimentato dibattiti e diversità di vedute della giurisprudenza che si sono tradotti in difficoltà applicative sul piano operativo. Vedremo nel prosieguo come l'intervento del Legislatore con il cd. decreto sviluppo 13 maggio 2011 n.70 – che, come anticipato, ha previsto espressamente la trascrivibilità (anche) dei negozi di cessione di cubatura - non abbia avuto il risultato sperato, in quanto non ha dissipato i dubbi interpretativi ed applicativi dei negozi di trasferimento dei diritti edificatori.

²²⁷Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2009, n.3, in *Foro it.*, 2009, 10, 523.

²²⁸Cons. Stato, Sez V, 26 settembre 2013, n. 4547 in *www.giustizia-amministrativa.it* ; Id., 13 settembre 2013, n. 4531, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 6, I, 1142.

²²⁹S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 199.

Prima dell'intervento normativo citato si presentava il seguente scenario: da un lato, i sostenitori²³⁰ della natura reale della cessione di cubatura ne ritenevano opportuna la trascrizione e, dall'altro, coloro²³¹ che propendevano per la natura obbligatoria dell'accordo e per la centralità del provvedimento amministrativo, negandone, pertanto, la trascrivibilità. Forse proprio per tale ragione la Cassazione arrivò a definire il negozio di trasferimento di volumetria come una “*fattispecie complessa a formazione progressiva*” ove confluiscono aspetti privatistici e pubblicistici: si assiste ad una commistione tra il momento privatistico, preordinato al soddisfacimento dell'interesse delle parti rappresentato dal trasferimento della capacità edificatoria del proprio fondo a fronte di un corrispettivo, e quello pubblicistico, caratterizzato dall'esigenza di rispettare le previsioni urbanistiche vigenti relative all'area interessata. Tale duplice anima del negozio di cessione di cubatura è colta da coloro che qualificano il rilascio del permesso di costruire quale *condicio juris* di efficacia del contratto concluso tra cedente e cessionario: il mancato rilascio del provvedimento amministrativo, difatti, incide sulla giustificazione causale del negozio, determinandone l'inefficacia²³². In argomento, è stato poi osservato che non risulta corretto dare prevalenza alla fase privatistica o pubblicistica del

²³⁰ N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, cit., 388; M. LANGELLA, *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, in *Vita not.* 2007, 428.

²³¹ S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano 2001, 65; A. CANDIAN, *Il contratto* cit., 153

²³² N.A. CIMMINO, *La Cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.* 2003, 1120.

negozio in esame e, di conseguenza, preminenza alla disciplina di diritto privato o di diritto amministrativo²³³.

Tale duplice aspetto si riflette anche nella prassi frequente di ricorrere ad un duplice negozio, l'uno diretto alla costituzione di un diritto di servitù di non edificare a carico del fondo del cedente ed in favore del fondo del cessionario sotto la condizione risolutiva del mancato rilascio del permesso cd. maggiorato, e l'altro, nei confronti della p.A., con il quale il soggetto cedente si obbliga a non richiedere il permesso di costruire inerente il fondo "servente" (anche l'atto d'obbligo viene sottoposto alla medesima condizione risolutiva)²³⁴.

4. Lo strumento urbanistico perequativo.

In tale contesto si inseriscono le più recenti tecniche di pianificazione che hanno condotto ad nuova riflessione sul trasferimento dei diritti edificatori, configurando fattispecie diverse sotto svariati profili dalla tradizionale cessione di cubatura.

Come osservato, la perequazione urbanistica rappresenta una tecnica di pianificazione urbanistica elaborata per proporre una soluzione al problema

²³³ M.LEO, *Il trasferimento di cubatura*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 710; M. MARÈ, *Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica*, in *Riv. not.*, 1990, 1347.

²³⁴ Essendo il negozio di costituzione della servitù (di non edificare) non idoneo a trasferire la cubatura del fondo "servente" in favore del fondo "dominante", si rendeva necessario compiere contestualmente un atto d'obbligo nei confronti della pubblica amministrazione avente ad oggetto la rinuncia alla richiesta del permesso di costruire.

della “intrinseca discriminatorietà” della funzione pianificatoria, quale “disciplina necessariamente e per sua stessa natura disuguagliante”²³⁵.

Infatti, fin dall’introduzione della tecnica dello “zoning” negli anni ’60, era emersa l’eccessiva discrezionalità lasciata al pianificatore nello stabilire destinazione ed indici volumetrici di ciascuna zona del territorio comunale; le scelte effettuate comportavano una evidente sperequazione tra i proprietari degli immobili, alcuni favoriti ed altri no dal “pennarello” del pianificatore²³⁶.

La perequazione trova altresì ragion d’essere nell’art. 3, comma 1, Cost., mirando alla realizzazione di una uguaglianza formale tra i proprietari destinatari delle scelte di piano.

Attraverso il piano regolatore generale i Comuni, in base a quanto stabilito dalla legge urbanistica fondamentale (l. n. 1150/1942), hanno il dovere di suddividere il territorio in zone con destinazioni funzionali, avvalendosi del metodo dello “zoning”, nonché il compito di determinare (anche) le zone con vocazione edificatoria e quelle prive di tale qualità. Ne deriva la possibilità per i proprietari di trovarsi tanto in una situazione di vantaggio quanto di svantaggio, a seconda che le aree in loro titolarità siano state qualificate come

²³⁵E. BOSCOLO, *Dalla zonizzazione alla perequazione urbanistica (il caso del P.r.G. di Reggio Emilia)*, in *Riv.giur.urb.* 2010, 104; ID., *La perequazione urbanistica: un tentativo di superare la 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*, Atti del Convegno AIDU (Genova, novembre 1999), Milano, 2000, 195; P. STELLA RICHTER, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica*, in *Riv.giur. edil.*, 1968, II. 123; P. URBANI, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 587; M. A. QUAGLIA, *Pianificazione urbanistica e perequazione*, Torino, 2000.

²³⁶A.M. SANDULLI, *Urbanistica e Costituzione*, intervista ad Astrolabio del 7 luglio 1968, in G. CAMPOS VENUTI, *Urbanistica incostituzionale*, Padova, 1968, 104, il quale ricordava che la pianificazione fa dipendere “dal un (più o meno capriccioso e compiacente) tratto di penna o di pennarello se il suolo Y, di proprietà di X, debba essere esaltato al valore di miliardi oppure debba essere azzerato”.

edificatorie o meno. Sono altresì evidenti le ricadute di tale tecnica pianificatoria sullo *ius aedificandi*, circa l'esercizio dello stesso e la sua inerenza al diritto di proprietà. Il sistema di pianificazione tradizionale crea, quindi, in modo inevitabile delle diseguaglianze e dà facilmente adito a manipolazioni delle scelte di piano attraverso l'ingresso di interessi privati nelle valutazioni da effettuare.

Come evidenziato dalla dottrina²³⁷, la discrezionalità sottesa alle scelte di piano non può essere eliminata, non potendo la legge fissare regole tanto dettagliate da rendere vincolato il contenuto del p.r.g.. Pertanto, "non potendo rispettare il principio di legalità, facendo almeno risalire alla legge le diseguaglianze"²³⁸, in astratto le soluzioni alla sperequazione sono le seguenti: riservare al comune le aree di espansione (come nella proposta del Ministro Fiorentino Sullo) o riservare la facoltà di edificare al comune, in modo tale da perequare a valle la posizione dei proprietari, oppure elaborare i piani con la tecnica perequativa.

Il sistema perequativo è venuto in soccorso, operando in primo luogo quale contrappeso alle conseguenze negative della pianificazione sulla proprietà privata ed esprimendo al meglio il principio della partecipazione dei privati all'azione amministrativa. Esso si fonda, infatti, sulla adesione spontanea e non coattiva dei privati proprietari di una determinata zona alla attuazione delle scelte di piano ed opera attraverso accordi negoziali ai sensi del combinato disposto degli artt. 1, comma 1-*bis*, e 11 l. n. 241/1990. Oltre a rappresentare una tecnica di pianificazione che consente di superare (o quantomeno

²³⁷ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2012, 59.

²³⁸ Queste le parole dell'autore P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, cit., 59.

attenuare) le diseguglianze “tipiche” della pianificazione tradizionale, la perequazione dovrebbe garantire l’effettiva e piena attuazione delle scelte adottate: essa riduce il contenzioso potenziale e, conseguentemente, consente di applicare nell’immediato le scelte operate; incentiva una cooperazione tra amministrazione e cittadini coinvolti²³⁹, innescando quello che è stato definito un processo di “conformazione incentivata”²⁴⁰ atta ad evitare che le previsioni di infrastrutture rimangano solo sulla carta, superando la sequenza *vincolo-espropriato-lavoro pubblico* e, quindi, la logica vincolistica ed espropriativa²⁴¹.

Prima di esaminare le diverse forme di perequazione, è opportuno esaminare quali sono state le cause all’origine di tale tecnica di pianificazione, il suo *modus operandi* nonché la *ratio* ad essa sottesa.

La perequazione, come accennato, si propone come scopo quello di rendere indifferenti i proprietari dei suoli di un intero territorio pianificato o di un ambito dello stesso alle scelte del pianificatore, assegnando loro una identica potenzialità edificatoria: in particolare, essa cerca di distribuire i medesimi vantaggi e gli stessi oneri in capo ai proprietari coinvolti²⁴².

La nascita intorno agli anni ‘90 del secolo scorso del fenomeno perequativo – in alcuni piani e in alcune leggi regionali, nel silenzio del legislatore statale sul punto - è da ricondurre a molteplici fattori, tra i quali spicca, oltre alla già

²³⁹ Si riducono i rischi di contenzioso e pertanto si evitano ritardi e relativi costi.

²⁴⁰ M.A. CABIDDU, *Diritto del governo del territorio*, Torino, 2010, 151 “il pianificatore profila le condizioni affinché il proprietario razionale sia realmente indotto a dare spontanea attuazione alle previsioni del documento urbanistico”.

²⁴¹ Si ricorda che una spinta considerevole all’introduzione della perequazione è venuta dalla sentenza Corte cost. n. 179/1999 (su cui si rinvia al capitolo I, paragrafo 5), dove la Consulta ha individuato in tale modello una delle possibili soluzioni alla reiterazione dei vincoli.

²⁴² T.A.R. Emilia Romagna, 14 gennaio 1999, n. 22, in *Riv. giur. urb.* 1, 2000, 5 ss. in cui si legge che la tecnica pianificatoria perequativa investe la proprietà “contemporaneamente del beneficio dell’edificabilità e del peso di contribuire all’elevazione della qualità urbana generale, nella formazione di comparti entro cui i proprietari sono trattati tutti in modo identico”.

sottolineata necessità di eliminare le disequaglianze poste della pianificazione territoriale, l'esigenza di trovare un'alternativa al procedimento di espropriazione (e, soprattutto, ai suoi considerevoli costi per le casse comunali²⁴³) per la realizzazione degli interessi pubblici; una causa altrettanto rilevante che ha contribuito all'affermazione della tecnica perequativa è la "saturazione edilizia", ossia la necessità per gli enti locali di utilizzare il patrimonio edilizio esistente data la scarsità della risorsa "territorio".

Si rileva fin da ora che l'esigenza di offrire una soluzione alternativa alla procedura espropriativa ha rappresentato non solo la causa del sorgere del fenomeno perequativo, ma anche di altri istituti come l'incentivazione, le premialità edilizie che verranno trattate *infra*.

Infatti, a seguito delle pronunce della Corte costituzionale del 2007²⁴⁴ che, sulla scorta della giurisprudenza europea, dichiararono l'incostituzionalità dell'art. 5-*bis* d.l. 11 luglio 1992 n. 333 nella parte in cui non equiparava per le aree edificabili l'indennità di esproprio al valore di mercato del bene, i costi delle espropriazioni erano divenuti insostenibili per le casse dei Comuni italiani, con la contestuale ed impellente esigenza di cercare strade alternative.

Ma già prima, il Consiglio di Stato si era pronunciato favorevolmente circa l'applicazione della tecnica perequativa, contribuendo ad un maggior ricorso alla stessa: i giudici amministrativi hanno affermato il carattere obbligatorio dello strumento in esame in tutte le ipotesi in cui l'obiettivo del pianificatore sia quello di vaste acquisizioni di aree; in particolare, in caso di reiterazione di

²⁴³ In particolar modo da quando si è stabilita la necessaria uguaglianza tra indennità di esproprio dovuta e valore di mercato dell'immobile espropriato (su cui *infra* nel testo).

²⁴⁴ Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 e 10 giugno 2011, n. 181 tutte in www.giurcost.it.

vincoli urbanistici scaduti, è stato sottolineato l'obbligo di indicare, nella motivazione della delibera di reiterazione dei vincoli, la "mancanza di possibili soluzioni alternative o di perequazione fra i proprietari espropriabili"²⁴⁵, considerato che l'esproprio deve sempre rappresentare l'*extrema ratio* allorquando non sia possibile una soluzione su base volontaria.

In una prima fase di applicazione delle tecniche perequative e compensative la giurisprudenza ha quindi supplito alla mancanza di una organica disciplina nazionale in materia e ha consentito un sempre maggiore utilizzo delle stesse, nonostante la persistente alea di incertezza per gli operatori sul campo. Non da ultimo si rileva come abbia contribuito al loro utilizzo anche l'esigenza di riqualificare le aree urbane esistenti e di garantire l'effettiva applicazione delle scelte di piano. Difatti, la saturazione edilizia delle città italiane raggiunta negli anni '90 ha spinto gli operatori giuridici a cercare strumenti di pianificazione – come quello perequativo – idonei a riqualificare e recuperare il patrimonio edilizio esistente.

La perequazione urbanistica è annoverata tra gli strumenti di semplificazione dell'attività amministrativa di pianificazione in quanto garantisce tempi più

²⁴⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 16 ottobre 2006, n. 6171 in *Red. Amm.CDS*, 2006, 10; sulla stessa scia Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3535 in *Edilizia, pianificazione urbanistica, espropriazione*, a cura di C. TANGARI, 2008, 216. Si può osservare che la tecnica di pianificazione perequativa, lungi dall'essere obbligatoria, costituisce piuttosto uno strumento di pianificazione di cui gli enti locali hanno libertà di avvalersene o meno. Ciò nonostante, in assenza di una previsione normativa nazionale che incentivi o preveda come obbligatoria la applicazione dei modelli perequativi in determinati casi, sono stati progressivamente maggiori i casi in cui i Comuni hanno deciso di ricorrervi anche sulla spinta dalla giurisprudenza non solo amministrativa.

rapidi (essendo fondata su un accordo) e costi minori per l'urbanizzazione (essendo a carico dei privati)²⁴⁶.

Sotto il profilo costituzionale, la tecnica di pianificazione in esame rappresenta un'applicazione immediata dei principi del diritto amministrativo di derivazione costituzionale²⁴⁷, quali quello della uguaglianza distributiva, di ragionevolezza e proporzionalità, dell'efficienza e dell'efficacia²⁴⁸, di sussidiarietà orizzontale²⁴⁹ e della consensualità dell'azione amministrativa; inoltre, essa persegue il canone del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.²⁵⁰.

Data la centralità dell'elemento consensuale, la perequazione urbanistica è stata ricondotta al disposto di cui agli artt. 7 l.u.f., 1, comma 1-*bis*, e 11 l. n. 241/1990, quale ipotesi di "amministrazione concordata". Difatti, come osservato in dottrina, il privato partecipa all'attuazione "del disegno urbanistico anche oltre gli obiettivi egoistici che egli è razionalmente orientato a perseguire" e la perequazione consente – imponendo contestuali vantaggi ed oneri sul costruttore - di soddisfare interessi privati e collettivi "in termini di cessione di aree a verde o di formazione di opere destinate ad uso collettivo"²⁵¹. Si può qui rilevare, in via generale, che i sistemi di *soft regulation* hanno permesso di superare la tradizionale impostazione

²⁴⁶D. DE PRETIS, *Semplificazione, urbanistica ed edilizia*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 3, 316, spec. 333.

²⁴⁷In particolare artt. 3 e 97 Cost..

²⁴⁸P. CHIRULLI, *Mancata inclusione di aree in programmi pluriennali di attuazione e tutela delle aspettative edificatorie dei privati*, in *Gius. civ.*, 2006, 2568; S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, 2005, Giuffrè, 16.

²⁴⁹Art. 118, comma 4, Cost..

²⁵⁰G.MORBIDELLI, *Della perequazione urbanistica*, in *www.giustamm.it*.

²⁵¹E. BOSCOLO, *Espropriazione: la giurisprudenza della CEDU e l'urbanistica regionale tra perequazione, compensazione e premialità*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 1331.

dell'unilateralità del comando pianificatorio e di attribuire un ruolo centrale alla figura del privato creando la cd. "urbanistica per accordi": l'elemento autoritativo viene sostituito da quello consensuale.

È poi evidente che l'impostazione della perequazione realizza a pieno la "funzione sociale" della proprietà ex art. 42 Cost., dato che consente di soddisfare l'interesse del titolare perseguendo contestualmente un fine collettivo²⁵².

La perequazione urbanistica applica il principio di zonizzazione sulla base di criteri diversi da quelli della pianificazione tradizionale, in quanto attribuisce uno stesso indice edificatorio a tutti i suoli, distinguendo tra aree di trasformazione ed aree standard non edificabili: i titolari di queste ultime non sono tuttavia penalizzati in quanto ricevono un indice edificatorio "virtuale" che può essere utilizzato su una diversa area (individuata dal Comune e destinata a residenza o attività economica) o ceduto a terzi ottenendo un beneficio economico²⁵³.

Pertanto, anche ad aree qualificate dal piano come non edificabili viene attribuita una cubatura potenziale da realizzare altrove, su aree qualificate come edificabili. Viene così realizzata una scissione tra la conformazione della proprietà (che consiste nell'attribuire a ciascuna area la sua destinazione) e la

²⁵² E. BOSCOLO, *Il superamento del modello pianificatorio tradizionale*, in *Diritto del governo del territorio*, a cura di M.A. CABIDDU, Giappichelli, Torino, 2010, 115 ss.: "l'urbanistica "postvincolistica" si esprime attraverso schemi operativi tesi a stimolare una compartecipazione dei proprietari al disegno territoriale, facendo coincidere con forme di utilità pubblica il perseguimento degli obiettivi egoistici che essi sono razionalmente orientati a ricercare".

²⁵³ T.A.R. Lombardia, Brescia, 8 novembre 2006, n. 1384, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 11, 3459; N. CENTOFANTI, *Il piano regolatore nella legislazione regionale*, Giuffrè, Milano, 2010, 419.

distribuzione in modo uniforme a tutte le aree di una edificabilità che è sì potenziale, ma è comunque rilevante sotto il profilo economico²⁵⁴.

Per favorire la circolazione della potenzialità edificatoria il piano può assegnare una edificabilità potenziale inferiore rispetto a quella effettiva realizzabile nelle aree edificabili.

In cambio della potenzialità edificatoria assegnata, il privato la cui area non sia edificabile cede al Comune l'area per la realizzazione di opere pubbliche, oppure realizza direttamente le strutture di interesse collettivo. In questo modo si rendono indifferenti i proprietari dei suoli rispetto alle scelte effettuate nell'esercizio del potere di pianificazione e, soprattutto, si supera l'intrinseca discriminatorietà che si realizza tra aree edificabili ed aree sottoposte a vincolo di inedificabilità per fini pubblici.

Si persegue, inoltre, l'obiettivo di procedere alla trasformazione di un ambito territoriale senza dover ricorrere all'espropriazione²⁵⁵ delle proprietà destinate alla realizzazione di opere pubbliche, così evitando per i Comuni i relativi costi²⁵⁶.

Come si vedrà di qui a poco, non è corretto parlare della perequazione come concetto unico, potendo essere individuati svariati "modelli perequativi" con caratteri ed elementi molto diversi a seconda del modello prescelto²⁵⁷.

²⁵⁴ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, cit., 61.

²⁵⁵ G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, 154: "tutte le forme di perequazione sono misure alternative all'espropriazione per pubblica utilità, nel senso che sono ... finalizzate a ricercare la collaborazione con il proprietario, che diversamente dovrebbe essere espropriato, se il Comune volesse realizzare l'opera di pubblica utilità. Questa circostanza evidenzia che la perequazione non è tale se non garantisce alla proprietà "svantaggiata" non l'indennizzo, ma un "quid pluris", che concretizzi lo scopo perequativo e che non può che essere "economicamente valutabile".

²⁵⁶ P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti*, cit., 172; G. PAGLIARI, *Corso*, cit., 148.

²⁵⁷ M.A. CABIDDU, *Diritto del governo del territorio*, cit., 154 ss..

4.1. Le differenti tecniche perequative.

La perequazione c.d. parziale o a posteriori (anche detta di comparto) rappresenta un primo modello perequativo che trae origine dall'art. 23 della legge urbanistica fondamentale (l. n. 1150/1942), disciplinante l'istituto del comparto edificatorio, e costituisce pertanto il tipo di perequazione più conforme ai principi della l.u.f. e alla tecnica dello *zoning*²⁵⁸.

Il Comune stabilisce nel piano generale gli ambiti di trasformazione e bilancia al suo interno i costi ed i vantaggi derivanti dall'attuazione del piano. Si procede con l'assegnazione di un unico indice edificatorio all'intero comparto, suddiviso tra le aree in base alla loro estensione. Tuttavia, si parla di una edificabilità "virtuale", in quanto i titolari delle aree destinate alla realizzazione di opere pubbliche non potranno realizzare la volumetria loro assegnata ma esclusivamente trasferire detta capacità edificatoria ad altri compartisti (i quali, invece, potranno edificare sulle loro aree).

In tale modello di perequazione la capacità edificatoria deve restare all'interno del comparto e non può essere trasferita all'esterno. Per tale ragione non sono sorti particolari dubbi di legittimità costituzionale.

L'art. 23 l.u.f. non richiede, ai fini dell'attuazione del comparto, il consenso di tutti i proprietari delle aree incluse essendo sufficiente il consenso di compartisti pari alla quota di $\frac{3}{4}$ del valore dell'intero comparto²⁵⁹. Oggi il comparto rappresenta una importante occasione sia per le imprese che per i

²⁵⁸ Per un'analisi complessiva delle diverse forme di perequazione cfr. S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, cit., 27 ss..

²⁵⁹ Calcolato in base all'imponibile catastale. Le aree dei non consenzienti verranno invece espropriate in favore dei compartisti favorevoli.

proprietari di rivalutare e aumentare il valore delle proprietà nonché di dotare l'area di strutture pubbliche e quindi di aumentarne il pregio.

Anche la delimitazione dei comparti non è più rigorosa come un tempo ma, anzi, sempre più spesso, l'amministrazione consente una formazione graduale degli stessi derivante dalla adesione dei proprietari non più in una unica soluzione, ma durante tutta la fase di formazione del p.r.g.; in tal modo si permette di raggiungere accordi a geometria variabile²⁶⁰, suscettibili di modificazione e maggiormente aderenti agli assetti di interesse man mano creati. In tal modo, lo strumento del comparto edificatorio consente l'ingresso della tecnica perequativa nella pianificazione, redistribuendo i diritti edificatori tra tutti i proprietari coinvolti, sia che i loro suoli vengano destinati alla concentrazione volumetrica sia che vengano destinati a spazi pubblici²⁶¹.

Tale modello prevede che i proprietari coinvolti (i quali possono anche riunirsi in consorzio *ex art. 870 c.c.*) presentino al Comune un piano di "ricomposizione fondiaria" dell'area formato da permuta e cessioni di volumetria²⁶². Nel dettaglio, con il comparto sono predeterminate le aree trasformabili; il piano attuativo assegna poi all'intero comparto una capacità volumetrica proporzionale all'estensione dell'area e ripartisce gli oneri di pianificazione. Prima del piano attuativo, però, i proprietari possono accordarsi su come impiegare – all'interno del comparto - le potenzialità edificatorie

²⁶⁰ P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto Urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Giappichelli, 2013, 158.

²⁶¹ T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 5 luglio 2002, n. 670, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁶² Il privato che non intende parteciparvi può farlo, rinunciando ovviamente ai benefici derivanti dal piano attuativo di ricomposizione fondiaria. Alla base vi è dunque un negozio di ricomposizione fondiaria (G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, 156), cioè un contratto con cui i soggetti coinvolti definiscono consensualmente la ripartizione dei vantaggi e degli oneri correlati all'attuazione dell'assetto prefigurato dal piano.

assegnate al comparto e presentare al Comune un progetto di ricomposizione fondiaria, che funge da base del piano attuativo²⁶³. Sul punto si sottolinea fin d'ora come sia proprio la necessità di un accordo dei proprietari coinvolti (negozio di ricomposizione fondiaria, appunto) a rappresentare un elemento di favore e, contestualmente, uno dei limiti della tecnica perequativa dato che la relativa mancanza obbliga il Comune a procedere con l'espropriazione delle aree del comparto per realizzare in ogni caso gli obiettivi prestabiliti.

Il *modus operandi* di tale prima versione perequativa, quindi, “prevede che le proprietà inserite in un determinato ambito di intervento vengano investite contemporaneamente del beneficio dell'edificabilità e del peso di contribuire all'elevazione della qualità urbana generale e si estrinseca nella elaborazione di comparto entro cui i proprietari sono trattati in modo identico”²⁶⁴; inoltre, il piano prevede l'obbligo di sviluppare la volumetria prevista dallo strumento generale all'interno del comparto, senza possibilità di trasferimento delle potenzialità edificatorie al suo esterno. Pertanto non si assiste al fenomeno c.d. dello scorporo dei diritti edificatori.

La perequazione endocomparto trova solitamente applicazione nei piani attuativi e negli atti di programmazione negoziata.

²⁶³ F. D'ANGELO, *Riflessioni in tema di diritti edificatori: spunti ricostruttivi per una nuova interpretazione dell'istituto*, ove si legge che “in questo sistema, il piano attuativo risulta essere il frutto della cooperazione dei privati i quali partecipano alla pianificazione in ragione del fatto che questa scelta è avvertita come razionale e vantaggiosa” in *Riv. giur. edil.*, 2014, 70.

²⁶⁴ T.A.R. Lombardia, Brescia, 22 ottobre 2005, n. 1043, che afferma inoltre che “è conforme agli obbiettivi ed alla tecnica della perequazione urbanistica, nonché ai principi costituzionali in materia di tutela della proprietà privata che, in applicazione del principio della perequazione, i benefici e gli oneri derivanti dalla pianificazione vengano distribuiti in modo rigidamente proporzionale alla consistenza ed estensione delle singole proprietà” in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 4138.

In questi ambiti l'effetto perequativo discende direttamente dal vincolo di attuazione unitaria e contestuale delle previsioni di piano: come osservato dalla dottrina, “questa rigidità esogena costringe i proprietari ad un atteggiamento cooperativo, pena la vanificazione di ogni previsione edificatoria (la paralisi del piano attuativo). Condizione essenziale affinché si verifichi la cooperazione è una redistribuzione delle potenzialità ed oneri percepita come equa (cioè rispettosa di un principio proporzionale) dai proprietari interessati”; “Le regole urbanistiche sono scritte per garantire un disegno territoriale, ma la concreta attuazione di tale disegno (a cui il pianificatore non è più indifferente) è decisamente correlata al formarsi di coalizioni di cooperanti per effetto diretto dell'incentivo derivante da regole, che – su questo piano – assurgono a palinsesto capace di orientare la razionalità di ciascun attore”²⁶⁵.

Altra peculiarità da sottolineare è che la capacità edificatoria in questo modello non è assegnata ai singoli lotti edificabili, ma al piano attuativo complessivamente, come indice territoriale.

Sulla perequazione endocomparto è interessante riportare testualmente quanto recentemente osservato da un T.A.R.²⁶⁶ relativamente ad un p.r.g. che “accoglie il modello della perequazione ristretta per comparto all'interno del quale ogni area, indipendentemente dalla destinazione di zona, deve avere la stessa capacità volumetrica unitaria e tale meccanismo genera un indice perequativo di comparto inferiore all'indice di fabbricabilità territoriale attribuito alle aree in esso comprese destinate all'edificazione”. A giudizio del

²⁶⁵ M.A. CABIDDU, *Diritto del governo del territorio*, cit., 155; F. D'ANGELO, *Riflessioni*, cit., 70.

²⁶⁶ T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 16 marzo 2015, n. 416, in www.giustizia-amministrativa.it.

T.A.R. non ha rilievo il fatto che l'i.f.t. (indice di fabbricabilità territoriale) “di comparto - più basso di quello che il p.r.g. attribuisce alle zone a vocazione edificatoria che vi fanno parte - non sia previsto da alcuna norma, perché esso non è un presupposto della perequazione derogatorio della zonizzazione, ma un effetto della tecnica perequativa mediante comparto”; “l'i.f.t. di comparto è infatti una derivata dell'i.f.t. stabilito per zone dal p.r.g. perché è dato dal rapporto fra la volumetria esprimibile dalle aree edificabili comprese nel comparto, secondo gli i.f.t. di zona, ripartita – ecco la finalità perequativa - su tutta la superficie di comparto comprensiva delle aree destinate a servizi e verde pubblico. La conferma che la perequazione di comparto non contraddice, contrariamente all'assunto di parte ricorrente, ma implica una forma di attuazione del sistema di conformazione per zone omogenee (così detto *zoning*), sta nel fatto che i proprietari delle aree destinate all'edificazione privata, al fine di esercitare concretamente il loro diritto ad edificare, avranno interesse ad acquistare, dai proprietari delle aree con destinazione pubblica, i diritti edificatori che rappresentano una quota della volumetria esprimibile dalle aree edificabili già ripartita sulla intera superficie di comparto, favorendo così la cessione al Comune delle aree da destinare a servizi o a verde pubblico, salvo, in caso di disaccordo, il potere ablatorio del Comune, secondo lo schema tradizionale della zonizzazione e localizzazione degli standard”²⁶⁷.

²⁶⁷ In argomento cfr. P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti*, cit., 173-174, che osserva che, a legislazione statale invariata, si pone il problema della compatibilità dei sistemi perequativi con il sistema di pianificazione comunale vigente fondato sulla zonizzazione, e quindi il problema della compatibilità tra perequazione e principio di legalità che informa la pianificazione urbanistica: “il nucleo irrinunciabile della pianificazione comunale sta nello zoning ai sei dell'art. 7 della legge urbanistica... La strada quindi per ammettere la perequazione è quella di considerarla non un fine in sé ma un mezzo. Questa si deve collocare nella fase attuativa del

Con il passare del tempo si è andata sviluppando una variante a tale modello (chiamata “*discontinua*”), caratterizzata dall’utilizzo anche di diritti edificatori generati in un comparto esterno, ossia derivanti da aree appartenenti ad altri comparti, non necessariamente contigui a quello di provenienza. La volumetria all’interno del comparto è pertanto sviluppata mediante l’utilizzo di diritti edificatori esterni, in modo da preservare le aree di “decollo”²⁶⁸: infatti, si tratta di una variante spesso utilizzata per realizzare politiche urbane di riqualificazione ambientale²⁶⁹. In tale ipotesi è ovviamente necessario che il piano preveda non solo tale possibilità, ma anche un indice di edificabilità maggiore per i comparti riceventi²⁷⁰.

Non è inutile sottolineare che la cooperazione necessaria affinché ciò si realizzi presuppone che i proprietari dei lotti coinvolti considerino l’operazione vantaggiosa da un punto di vista economico e, quindi, a seguito di un bilancio positivo dei benefici traibili dalla trasformazione dei fondi c.d. accipienti e dei

piano ed inoltre deve riguardare alcuni ambiti particolari del territorio ordinati in comparto e preventivamente identificati dal piano. La perequazione quindi attua e non deroga al principio di zonizzazione del piano”; “In sostanza, quindi, piena legittimità del sistema perequativo parziale e *a posteriori* ... per ambiti di trasformazione preventivamente identificati dal PRG”.

²⁶⁸T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 1 luglio 2010, n. 2810, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 2607.

²⁶⁹ L’esempio tipico è quello del p.r.g. di Ravenna, dove il modello è stato usato per creare una cintura verde intorno alla città. In argomento cfr. P. URBANI, *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, in *www.pausania.it*, 2005: questo modello “prevede che anche l’edificabilità attribuita ad aree esterne al comparto (anche non contigue) possano concorrere alla trasformazione del comparto. In questo caso l’edificabilità convenzionale attribuita alle aree esterne di cui si richiede la conservazione (e quindi l’inedificabilità) 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 comparto. Questo sembra sia il caso utilizzato in determinate situazioni nel nuovo PRG di Roma in corso di adozione. Analogo mi sembra il caso del PRG di Reggio Emilia – che ha dato luogo alla famosa sentenza del T.A.R. Emilia n.22/98 - che ha previsto le cosiddette zone miste a valenza ecologica nelle quali sono previsti due perimetri: uno più ristretto nel quale concentrare 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”.

²⁷⁰ In argomento, il p.r.g. di Ravenna ha costituito la prima applicazione di tale variante all’art. 23 l.u.f..

costi da sopportare con la cessione all'amministrazione dei fondi c.d. sorgenti.

Il bilancio che i proprietari traggono deve essere positivo, con un risultato accrescitivo della loro sfera patrimoniale.

La mancanza del consenso dei privati interessati produce altrimenti un effetto paralizzante del modello perequativo.

Per tale motivo, si è pensato di predisporre una riserva di aree pubbliche in dotazione ai Comuni da poter cedere ai proprietari i cui lotti sono inedificabili o di attribuire ai comuni una quota del potenziale edificatorio²⁷¹.

È quanto accaduto nel Comune di Bassano del Grappa, il cui p.r.g. approvato nel 1995 aveva previsto per determinate zone una riserva comunale pari al 50% della capacità insediativa disponibile. La previsione è stata però censurata dal Consiglio di Stato²⁷² con la sentenza n. 4833/2006 in quanto giudicata una forma atipica di esproprio, una “compressione del diritto di proprietà, al di fuori delle garanzie previste in proposito dall’art. 42 della Carta costituzionale”: “Al Comune – in base alla normativa vigente in materia – è attribuita la possibilità di espropriare mediante lo strumento dei piani attuativi, ma tale ente non può, invece, “riservarsi” preventivamente l’acquisizione di aree con le modalità atipiche previste” nelle n.t.a. del piano comunale²⁷³.

²⁷¹ In argomento S. PERONGINI, *Profili giuridici*, cit., 97 ss..

²⁷² Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4833, in *Riv. giur. edil.*, 2006, III, 1237, nella quale i giudici affermano che la suddetta riserva integra una ipotesi di espropriazione senza prevedere un indennizzo né i modi procedurali *ex lege*.

²⁷³ In argomento P. URBANI, *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, cit., che relativamente a tale possibile riserva al Comune, osserva in termini generali: “Il complesso dei volumi così riconosciuti in materia uniforme a tutte le proprietà della stessa classe non coincide con il carico urbanistico effettivo previsto per il raggiungimento degli obiettivi del piano. In questo caso il meccanismo perequativo consente di individuare una maggiorazione di edificabilità che è dovuta esclusivamente alla pianificazione. Una parte di questa edificabilità aggiuntiva è gratuitamente riservata al comune, e coincide con le urbanizzazioni ed il fabbisogno di altri interventi pubblici, l'altra resta ad appannaggio dell'utilizzatore. Si può dire

La giurisprudenza del Consiglio di Stato²⁷⁴ ha ritenuto necessario, affinché possa considerarsi legittima una riserva al Comune di capacità edificatoria, che la stessa sia prevista da una normativa primaria; in sua assenza, si ha una illegittima compressione del diritto di proprietà nonché una “forma di espropriazione del tutto atipica, non ricondotta e non correttamente riconducibile ad alcuna specifica norma delle leggi vigenti in materia”²⁷⁵.

anzi che il riconoscimento a priori di capacità edificatorie convenzionali si converte in quantità di edificazione sensibilmente inferiori a quelle stimate complessivamente occorrenti per realizzare gli obiettivi del piano. Il risultato è che la differenza rappresenta la misura dell'edificabilità riservata alla mano pubblica. Ma questo meccanismo genera una sorta di edificabilità pubblica priva di area, acquisita dall'ente pubblico al di fuori dei meccanismi appropriativi tipici e consente l'acquisizione al patrimonio pubblico di aree in una misura che non è parametrata alle esigenze effettive delle urbanizzazioni e degli standards ma che deriva in pratica per differenza dalla mera conversione del parametro di edificabilità convenzionale”. Detto modello, osserva l'Autore, presenta dei profili critici: “Il primo riguarda il fatto che quest'ultimo sistema ovvero quello di attribuire, a prescindere dal piano, un diritto edificatorio meramente convenzionale alle aree considerate, è operazione estranea al concetto di conformazione dei beni attraverso la valutazione tipica del procedimento pianificatorio, poiché sembra perseguire aprioristicamente, il diverso scopo della mera distribuzione dei valori. Si pongono allora due questioni: la prima - che riguarda il tema della legalità dei poteri dell'amministrazione - se sia ammissibile, cioè, in via amministrativa l'applicazione di un metodo del genere - come è stato fatto in alcuni piani urbanistici - o non sia necessaria una definizione normativa dei poteri dell'amministrazione che definendo aprioristicamente valori convenzionali di edificabilità dei suoli, modifica il contenuto dei poteri urbanistici vigenti”; la seconda concerne la legittimità di leggi regionali nella materia dell'ordinamento civile.

²⁷⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4833, cit..

²⁷⁵ Cfr., in argomento, S. PERONGINI, *Profili giuridici*, cit., 99 il quale in merito alla tecnica di attribuire al suolo due indici edificatori - l'uno di cui sarebbe titolare il proprietario dell'immobile, l'altro aggiuntivo che si concretizza nella realizzabilità di un'ulteriore volumetria di cui sarebbe titolare il Comune - osserva: “i diritti edificatori, *alias ius aedificandi*, sono diritti reali parziali o facoltà ricomprese nel diritto di proprietà. Non vi è chi non veda che, se l'indice edificatorio aggiuntivo è attribuito al suolo, se detto indice implica il conferimento di diritti edificatori attinenti al suolo, la loro titolarità segue le sorti della titolarità del terreno. Qualora si pretenda di attribuire anche solo una parte dei diritti edificatori, vale a dire una parte dello *ius aedificandi*, che inerisca a una proprietà privata immobiliare, a un soggetto (il Comune) diverso da quello che ha la titolarità del suolo, si altera lo statuto generale della proprietà immobiliare, in forza del quale tutti i diritti e le facoltà che attengono a un immobile appartengono al titolare dello stesso”. Secondo l'Autore, anche se una legge regionale lo prevedesse, tale meccanismo non sarebbe legittimo, in quanto il legislatore regionale modifica in tale modo “lo statuto generale della proprietà immobiliare e incide su rapporti di diritto privato”, violando gli artt. 42 e 117 Cost.. Pertanto, “Se il Comune intende acquisire la titolarità dei diritti edificatori aggiuntivi, non è sufficiente che se la arroghi. È necessario che attivi una procedura espropriativa, sempre ovviamente che ne sussistano i presupposti giuridici e di fatto, fra i quali l'interesse pubblico a espropriare lo *ius aedificandi*”.

Prima di passare alla trattazione di altri modelli perequativi, si osserva che il modello perequativo c.d. a posteriori è stato comunque oggetto di critiche in quanto, secondo alcuni, realizzerebbe una giustizia distributiva limitata al comparto, lasciando l'intrinseca discriminatorietà della pianificazione al suo esterno. Sennonché, tale critica non può essere accolta in quanto non esiste una tecnica perequativa in grado di eliminare qualsiasi elemento di discriminatorietà nelle scelte di piano.

Inoltre, si può facilmente osservare che in linea generale la perequazione non coinvolge alcune categorie come i proprietari del patrimonio edilizio esistente e consolidato o delle zone a destinazione agricola²⁷⁶.

La possibile traslazione dei diritti edificatori in un altro comparto rispetto a quello di "nascita" ha posto le basi per la nascita di un altro modello di perequazione, c.d. generalizzata o a priori (anche detta pura). Essa si caratterizza per un'applicazione all'intero territorio comunale, nelle aree di espansione o trasformazione. Si assegna poi a ciascuna categoria di aree un indice edificatorio convenzionale (ICE) piuttosto basso. Tale modello perequativo non si avvale, pertanto, dello *zoning* come nell'ipotesi precedente, ma realizza una pianificazione per funzioni ossia in relazione allo stato di fatto e di diritto delle aree che si intendono trasformare per realizzare il progetto.

Seguendo tale *modus operandi* il Comune diviene titolare di una "*potere edificatorio*" pari alla differenza tra l'edificabilità prevista dal piano e quella

²⁷⁶ P. URBANI, *Urbanistica e attività notarile Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Bari 11 giugno 2011, 22 in www.pausania.it.

riconosciuta ai privati titolari delle aree interessate²⁷⁷ che utilizzerà per finalità di interesse pubblico e cioè, a titolo esemplificativo, per realizzare opere pubbliche o come corrispettivo a fronte della cessione di altre aree o, infine, semplicemente per ridurre il carico urbanistico.

A differenza del primo modello, è evidente che la perequazione cd. estesa si allontana dalla tecnica dello *zoning* realizzando piuttosto una “mera distribuzione di valori”²⁷⁸ e determinando la nascita di un “potere edificatorio” del Comune sganciato dalla proprietà di un’area²⁷⁹, con conseguenti implicazioni sullo statuto del diritto di proprietà.

È opportuno segnalare che accanto alla perequazione generalizzata pura vi è una variante definita mista che, sebbene riguardi anch’essa l’intero territorio comunale, comprende anche la c.d. città consolidata.

Anche nel modello di perequazione c.d. estesa il criterio perequativo viene applicato all’intero territorio comunale o, comunque, ad una parte estesa dello stesso. Si individuano due categorie di fondi, una di decollo e l’altra di atterraggio rimettendo alla contrattazione privata le possibili soluzioni di atterraggio e, quindi, lasciando piena autonomia nell’attuazione del piano comunale²⁸⁰. Per incentivare la contrattazione, le “receveing areas” hanno una

²⁷⁷ G. MARI, *La perequazione urbanistica: finalità generali e disciplina regionale in Campania*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 125.

²⁷⁸ P. URBANI, *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, 2005, in www.pausania.it.

²⁷⁹ P. URBANI, *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, cit.: “questo meccanismo genera una sorta di edificabilità pubblica priva di area, acquisita dall’ente pubblico al di fuori dei meccanismi appropriativi tipici e consente l’acquisizione al patrimonio pubblico di aree in una misura che non è parametrata alle esigenze effettive delle urbanizzazioni e degli standards ma che deriva in pratica per differenza dalla mera conversione del parametro di edificabilità convenzionale”.

²⁸⁰ F. D’ANGELO, *Riflessioni*, cit., 70; A. POLICE, *Perequazione urbanistica, ovvero della insostenibile leggerezza di una pianificazione equa*, in *Riv. amm. appalti*, Supplemento, 1-2, 2011, 9.

dotazione volumetrica insufficiente per procedere alla trasformazione dell'area, obbligando così i proprietari di tale aree ad acquistare capacità edificatorie delle aree di decollo, favorendo una concentrazione volumetrica solo nelle zone riceventi ed evitando la saturazione edificatoria dei fondi sorgente, destinati a restare liberi²⁸¹; ed infatti, sul punto, è stato censurato il p.g.t. di Buccinasco che prevedeva una autosufficienza volumetrica proprio perché, di fatto, impediva l'operare della perequazione²⁸².

Pertanto, la dissociazione tra proprietà dell'area e relativa dotazione volumetrica genera diritti edificatori che – non potendo essere esercitati sul fondo da cui originano perché qualificati come inedificabili - esigono l'individuazione di aree di “atterraggio” o “receiving areas” (ossia aree su cui vanno concentrati gli interventi edilizi) dove poter essere concretamente esercitati. In questo modo i proprietari delle aree inedificabili non sono penalizzati, ma possono trarre beneficio dai diritti edificatori loro assegnati, cedendoli dietro corrispettivo o sfruttandoli sulle aree di concentrazione edilizia.

Tale modello, quindi, prevede l'assegnazione “*a prescindere dal piano, (di) un diritto edificatorio meramente convenzionale alle aree considerate*”²⁸³ individuate in base allo stato di fatto e di diritto in cui si trovano; l'indice edificatorio potrà essere sviluppato esclusivamente nelle aree di “concentrazione” previamente individuate. In tal modo residuano delle aree libere che il Comune può destinare per scopi collettivi (area verde o per

²⁸¹ M.A. CABIDDU, *Diritto del governo del territorio*, cit., 152 ss..

²⁸² T.A.R. Lombardia, Sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671 ha annullato il p.g.t. del comune di Buccinasco, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 5-6, 1859.

²⁸³ P. URBANI, *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, cit..

interventi di utilità sociale). Onde evitare l'ingiusta omologazione di realtà disomogenee, il piano prevede inoltre dei coefficienti di ponderazione che tengano conto delle differenze morfologiche, di ubicazione ed altro tra le aree di decollo e quelle di atterraggio, in modo tale da evitare una ingiusta sovrapposizione tra uguaglianza distributiva ed uguaglianza aritmetica²⁸⁴.

Diversamente dal precedente tipo di perequazione, in tale caso non è previsto un vincolo di contestualità degli interventi, ma solo un vincolo di risultato territoriale: gli interventi edificatori che attuano il piano derivano da una preventiva concentrazione minima di diritti edificatori che devono essere acquistati per essere sommati a quelli di pertinenza propria dell'area trasformabile²⁸⁵. Rilevante, quindi, è per l'effettiva attuazione del piano la previa assegnazione al lotto di un indice fondiario minimo superiore alla dotazione intrinseca ed originaria del lotto, sì da incentivare la cooperazione tra proprietari.

Anche qui il momento autoritativo del pianificatore non è assente, ma è subordinato al mancato raggiungimento di un accordo tra i privati coinvolti circa la realizzazione degli "atterraggi" sulle aree di concentrazione edilizia necessaria. Dall'altro canto, è facile osservare che i privati giungeranno ad un accordo in tal senso solo se ed in quanto lo ritengano conveniente. Nel meccanismo perequativo potrà costruire solo il titolare di un suolo dotato di

²⁸⁴ M.A. CABIDDU, *Diritto del governo*, cit., 157: la tecnica perequativa cioè non deve "omologare la varietà dei valori immobiliari che sono a loro volta il riflesso della varietà territoriale ... Un piano che volesse assumere questo obiettivo contrasterebbe con i limiti costituzionali a tutela del diritto di proprietà e finirebbe per confondere l'uguaglianza aritmetica con l'uguaglianza distributiva".

²⁸⁵ M.A. CABIDDU, *Diritto del governo*, cit., 157: "l'edificazione presuppone quindi la circolazione giuridica di tali diritti edificatori o, comunque, la strutturazione di un accordo di sfruttamento edificatorio tra più proprietari, che diviene altresì vettore dei risultati – territoriali o infrastrutturali – che il pianificatore si è prefisso".

una edificabilità “effettiva” raggiungibile acquistando altri diritti edificatori “virtuali” da chi non può (concretamente) esercitarli. In questo modo anche i proprietari di aree destinate ad opere pubbliche traggono un beneficio in cambio del quale cedono gratuitamente al Comune le aree per realizzarvi scopi pubblici. Tale *modus operandi* consente di esercitare su un’area i diritti edificatori relativi ad un’area diversa.

Come osservato dalla dottrina, quindi, “la dotazione volumetrica si scorpora dal suolo che l’ha generata (fondo-sorgente) ed assume la forma di un “diritto edificatorio”- che potrà essere oggetto di futuri negozi di trasferimento tra privati – fino ad “atterrare” su di un fondo-accipiente nel quale andrà a saldarsi alla dotazione originaria”. Pertanto, mentre nella perequazione endocomparto “la partecipazione del privato alla determinazione del piano attuativo porta alla predeterminazione di tutte le aree di atterraggio dei diritti edificatori assegnati dal piano”, nella perequazione estesa “la mancata predeterminazione delle modalità d’impiego del potenziale volumetrico attribuito apre la strada alla possibile circolazione autonoma dello stesso, mediante atti di cessione tra i privati interessati”²⁸⁶.

Uno degli aspetti maggiormente limitanti della tecnica perequativa in generale è rappresentata dalla circostanza che essa può validamente applicarsi solo agli agglomerati urbani da realizzare *ex novo* e pertanto non è possibile realizzare a pieno i suoi principi nelle città consolidate.

²⁸⁶ F. D’ANGELO, *Riflessioni*, cit., 70.

Per sopperire a tale mancanza viene in soccorso un sottotipo di perequazione estesa, quella c.d. tipologica²⁸⁷, la quale ha una funzione conservativa e lavora *ex post* sugli agglomerati urbani consolidati. I diritti attengono alla conservazione urbanistica e la perequazione è in tale caso finalizzata ad adeguare le costruzioni che formano il tessuto urbano consolidato alle caratteristiche tipologiche prevalenti. Essa può operare, ad esempio, attribuendo diritti edificatori da esercitare su aree di atterraggio prestabilite dal Comune a patto che i destinatari, quali proprietari di immobili la cui volumetria va ridotta, procedano alla riduzione della stessa. Per lo più opera in aree con edifici non troppo diversi, ma di altezze e volumetrie diverse al fine di consentire interventi di omogeneizzazione del paesaggio e la riduzione delle sperequazioni esistenti tra i proprietari²⁸⁸. Questo modello di perequazione può essere suddiviso in tre varianti, una c.d. verso l'alto, un'altra verso il basso ed infine un'ultima che presenta elementi di entrambe. La prima variante prevede che i proprietari di edifici di dimensioni minori possano intervenire sugli stessi al fine di raggiungere gli altri con una maggiore uniformità anche del paesaggio: in tal caso si favoriscono solo i proprietari degli edifici più bassi. La seconda variante invece prevede l'obiettivo di abbassare le costruzioni più alte e portarle alla stessa altezza di quelle inferiori: i proprietari che procedono alla demolizione della parte in eccesso vengono compensati mediante assegnazione di diritti edificatori da esercitare altrove. Infine la perequazione tipologica mista racchiude elementi sia dell'una che dell'altra. Risulta in modo evidente

²⁸⁷ S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, cit., 142.

²⁸⁸ Oppure prevedendo la realizzazione di nuovi edifici su lotti interclusi ed inutilizzati delle stesse dimensioni delle costruzioni esistenti.

l'aspetto negativo di tale modello perequativo che, sebbene operi sulla città consolidata, pone il problema di individuare le aree per l'esercizio dei diritti edificatori assegnati ai proprietari in luogo della riduzione della volumetria, in netto contrasto con l'esigenza attuale di ridurre il consumo di suolo non urbanizzato²⁸⁹.

Quest'ultimo problema non si pone invece con la diversa tecnica perequativa c.d. funzionale in cui, in presenza di una area con edifici di dimensioni diverse, non si prevede alcun aumento o riduzione delle cubature, ma la possibilità per i proprietari degli immobili di dimensioni inferiori di modificare la destinazione d'uso e ottenere così una maggiore redditività del bene.

Infine, un'altra forma di perequazione è quella c.d. territoriale o anche definita intercomunale proprio perché riguarda ambiti discontinui di appartenenza di più Comuni: essa consentirebbe di far atterrare diritti edificatori che nascono da Comuni sovrappopolati ad altri caratterizzati da minore densità edilizia e che sono in grado di accogliere nuovi abitanti. È chiara la necessità di predisporre degli schemi di accordo di cui i Comuni possano avvalersi per ottenere i previ assenti. La Regione Umbria ha introdotto tale tecnica perequativa con l'art. 29 della legge 22 febbraio 2005, n. 11, "Norme in materia di governo del territorio – pianificazione urbanistica comunale" consentendo così ai Comuni di accordarsi su ambiti intercomunali²⁹⁰.

²⁸⁹ Il p.r.g. di Benevento ha previsto la perequazione tipologica.

²⁹⁰ Il comma 4 del predetto articolo così recita: "I comuni contermini possono stipulare accordi per attuare la perequazione in ambiti intercomunali".

4.2. Modalità di applicazione della tecnica perequativa.

Come osservato, la tecnica perequativa ha permesso di superare il tradizionale schema di pianificazione e distribuire in modo paritario tra i proprietari i vantaggi derivanti dalla nuova espansione urbanistica e gli oneri per la realizzazione delle infrastrutture pubbliche.

Da un punto di vista applicativo, per procedere con la perequazione è necessario definire nel piano urbanistico quali sono le aree “di concentrazione” e quelle “ad uso pubblico”. Le prime sono quelle ove è consentita l’edificazione e sulle quali è possibile realizzare la volumetria complessiva stabilita nell’indice di edificabilità attribuito al comparto edificatorio; le aree “ad uso pubblico” indicano, invece, quelle da cedere gratuitamente all’amministrazione comunale o da assoggettare a vincolo di uso pubblico, destinate alla realizzazione delle infrastrutture pubbliche o a compensazioni urbanistiche.

In tale scenario, la distribuzione egualitaria che la perequazione mira a realizzare può attuarsi in due diversi modi: attraverso l’assegnazione di diritti edificatori oppure mediante negozi di ricomposizione fondiaria.

La perequazione mediante il riconoscimento di diritti edificatori prevede l’attribuzione di un identico indice di edificabilità alle aree di trasformazione urbanistica: il suddetto indice è di regola inferiore a quello minimo fondiario richiesto per l’edificazione (diritto edificatorio), sì da favorire il mercato dei

diritti edificatori²⁹¹. I proprietari delle aree destinate ad uso pubblico non potranno tuttavia esercitare i loro diritti edificatori sulle aree predette (le quali andranno cedute gratuitamente al Comune), ma potranno cederli a terzi, proprietari delle aree di espansione dello stesso comparto o anche di un comparto edificatorio diverso preventivamente individuato dal piano e ciò affinché raggiungano l'indice di edificabilità minimo per costruire. Nella seconda ipotesi invece, le aree di concentrazione vengono distribuite tra tutti i proprietari delle aree ricomprese nel comparto di modo che ciascuno risulti proprietario di un'area con una capacità edificatoria pari a quella spettante loro inizialmente.

Pertanto, mentre nella prima ipotesi lo scopo distributivo della perequazione viene realizzato mediante negozi di assegnazione e trasferimento di diritti edificatori, nel secondo caso esso si realizza mediante negozi di ricomposizione fondiaria.

5. Assenza di una adeguata copertura legislativa statale della tecnica perequativa.

Con riguardo al fenomeno perequativo, una delle questioni più a lungo dibattute è stata quella legata alla mancanza di un'espressa copertura legislativa

²⁹¹ In merito all'analisi finanziaria che va condotta preliminarmente ai fini della determinazione dell'indice edificatorio (che produce o genera i diritti edificatori) a garanzia della redditività dell'intervento: S. PERONGINI, *Profili giuridici*, cit., 91 ss., il quale evidenzia (p. 94) che "sulla misura dell'indice di edificabilità propria e sull'entità dei relativi diritti edificatori influiscono vari fattori. Fra questi sono preminenti quelli determinati dalla redditività dell'investimento e dalle esigenze progettuali e morfologiche dell'intervento progettato".

di tale tecnica di pianificazione territoriale²⁹². Difatti, i criteri perequativi non sono previsti da alcuna legge organica statale, ad eccezione dell'art. 23 l.u.f., l. n. 1150/1942 (disciplinante l'istituto del comparto edificatorio) che, tuttavia, consente di applicare una sola tecnica di perequazione (quella endocomparto). Per tale ragione si è a lungo discusso circa la possibilità per le Regioni – le quali invece ne facevano uso - di prevedere tale tecnica di pianificazione in assenza di una legge statale. In particolare, ci si domandava se una previsione regionale della tecnica perequativa (sganciata da una previsione statale) integrasse una lesione del criterio costituzionale di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni di cui all'art. 117 Cost., considerando le inevitabili conseguenze che tale tecnica ha sul regime della proprietà, materia di competenza legislativa esclusiva statale.

È stato anche sostenuto che le Regioni, nell'esercizio della potestà legislativa concorrente in materia di governo del territorio, ben possono prevedere tale tecnica di pianificazione. Tuttavia, tale assunto (che può apparire a prima vista risolutivo) non considera che la perequazione – prima ancora di produrre effetti sul territorio - incide sullo statuto del diritto di proprietà ricadendo nella materia “ordinamento civile” di competenza esclusiva dello Stato.

Del difficile rapporto tra legislazione statale e regionale nella materia che qui interessa si è occupata a più riprese la Corte costituzionale affermando che, con riguardo alla conformazione in funzione sociale del diritto di proprietà, “la riserva di legge stabilita dall'art. 42 Cost. può trovare attuazione anche in leggi

²⁹² In argomento, in particolare, A. POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica. Magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 6 ss.; ID., *Perequazione urbanistica, ovvero della insostenibile leggerezza di una pianificazione equa*, in *Riv. amm. appalti*, Supplemento, 1-2, 2011, 9; P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino 2012, 190 ss..

regionali, nell'ambito, s'intende, delle materie indicate dal 117 Cost.”²⁹³. Sulla stessa scia ha sottolineato che: “se alle regioni è precluso legiferare in materia di diritto privato, tale preclusione concerne i rapporti intersoggettivi e non riguarda il potere di conformare il contenuto del diritto di proprietà al fine di assicurarne la funzione sociale”²⁹⁴; “la preclusione al potere legislativo regionale di interferenze nella disciplina dei diritti soggettivi” non riguarda la conformazione del contenuto dei diritti di proprietà, quanto piuttosto “i profili civilistici dei rapporti da cui derivano, cioè i modi di acquisto e di estinzione, i modi di accertamento, le regole sull'adempimento delle obbligazioni e sulla responsabilità per inadempimento, la disciplina della responsabilità extracontrattuale, i limiti dei diritti di proprietà connessi ai rapporti di vicinato, e via esemplificando”²⁹⁵.

Con riferimento alla disciplina delle distanze legali tra costruzioni private, ad esempio, i giudici costituzionali hanno affermato che, benché essa rientri certamente nella materia dell'ordinamento civile, tuttavia si deve considerare che le costruzioni insistono sul territorio, la cui disciplina coinvolge anche interessi pubblici e, pertanto, anche la prima non può considerarsi limitata ai rapporti interprivati²⁹⁶; di qui la possibilità per il legislatore regionale di derogare alla disciplina statale, sebbene unicamente per ragioni di assetto urbanistico.

²⁹³ Corte cost., 11 luglio 1989, n. 391 in *Foro it.*, 1990, I, 1806.

²⁹⁴ Corte cost., 14 giugno 2001, n. 190 in *Giur. cost.*, 2001, 1463.

²⁹⁵ Corte cost., 11 luglio 1989, n. 391 cit..

²⁹⁶ Corte cost., 16 giugno 2005, n. 232 in *www.giurcost.it*.

Si richiama poi una storica pronuncia della giurisprudenza amministrativa²⁹⁷ - avente ad oggetto la legittimità delle previsioni urbanistiche contenute nel p.r.g. di Reggio Emilia - nella quale il giudice amministrativo ha giudicato legittimo l'uso della tecnica perequativa (anche) in assenza di una precisa previsione contenuta in una legge urbanistica nazionale. La perequazione ha avuto pertanto un primo riscontro favorevole dai giudici amministrativi che la hanno considerata un possibile rimedio alle esternalità negative prodotte dallo *zoning*, consentendo essa che “le proprietà inserite in un determinato ambito di intervento vengano investite contemporaneamente del beneficio dell'edificabilità e del peso di contribuire all'elevazione della qualità urbana generale”²⁹⁸.

Viene pertanto sancita la funzione “rimediale” della perequazione rispetto alle discriminazioni causate dallo *zoning*, ove la condizione dei proprietari viene segnata dall'andamento del “pennarello” del pianificatore²⁹⁹. In queste prime sentenze la *ratio* della perequazione viene identificata nella “inscindibilità tra vantaggi della trasformazione ed oneri infrastrutturali”³⁰⁰ che la sua applicazione comporta, operando essa come legante tra interesse della

²⁹⁷ T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 5. Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, 20 ottobre 2005, n. 1043; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 7 agosto 2003, n. 844; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 5 luglio 2002, n. 670; T.A.R. Emilia Romagna Bologna, Sez. I, 19 dicembre 2001, n. 1286 tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹⁸ T.A.R. Lombardia Brescia, sentenza 20 ottobre 2005, n. 1043. Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 7 agosto 2003, n. 844; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 5 luglio 2002, n. 670; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 19 dicembre 2001, n. 1286; T.A.R. Emilia Romagna Bologna, Sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22 tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹⁹ L'espressione, già riportata nel capitolo, è di A.M. SANDULLI, *Urbanistica e Costituzione*, cit. 104. La intrinseca discriminatorietà della pianificazione mediante *zoning* è stata rilevata da P. STELLA RICHTER, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 1968, II, 123.

³⁰⁰ E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, Relazione generale introduttiva al convegno AIDU 2010, in www.pausania.it, 10.

collettività (miglioramento della qualità urbana) ed interesse del singolo privato (beneficio dell'edificabilità).

Nel tentativo di dare copertura legislativa statale alle tecniche in questione, il 24 luglio 2014 il Ministro Lupi ha presentato un disegno di legge intenzionato ad introdurre una disciplina espressa della perequazione, della compensazione e della premialità edilizia nonché volto a prevedere la commerciabilità dei diritti edificatori ed appositi registri presso i comuni³⁰¹. Il procedimento di approvazione del disegno di legge si è tuttavia arrestato, seguendo la stessa sorte già toccata al disegno di legge presentato dallo stesso ministro Lupi nel lontano 2005 ed avente le medesime finalità nonché dei disegni di legge cc.dd. Mariani e Mantini presentati negli anni di governo successivi a quest'ultimo. Da ultimo, nel novembre 2015 è stata presentata l'ulteriore proposta di legge "Lupi" C. 3408, dal titolo ""Disposizioni concernenti il governo del territorio, l'uso razionale del suolo, la rigenerazione urbana e l'edilizia residenziale sociale. Deleghe al Governo per la definizione delle dotazioni territoriali essenziali e per il riordino e la semplificazione delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia".

Anche la Consulta, nel vagliare la legittimità costituzionale del "Piano Nazionale di Edilizia Abitativa" introdotto dalla l. n. 133 del 2008, ha affermato la necessità di una regolazione di tale ambito da parte del legislatore statale trattandosi di una competenza *ex art. 117, comma 2, lett.l) Cost.* e

³⁰¹ Il testo del d.d.l. intitolato "*Principi in materia di politiche pubbliche territoriali e trasformazione urbana*" è consultabile sul sito www.mitgov.it. Sulla necessità di regole che disciplinino il trasferimento dei diritti edificatori cfr. P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti*, cit., 179.

sottolineando ancora una volta l'inerenza della previsione della tecnica perequativa alla materia dell'ordinamento civile³⁰².

Si è cercato di superare l'*impasse* anche qualificando la perequazione quale principio ispiratore generale dell'urbanistica che, in quanto tale, legittima il legislatore regionale a prevederla quale tecnica pianificatoria. Senonché, la tecnica perequativa non assurge a mero principio ispiratore e, anzi, determina la nascita di diritti edificatori ed un conseguente mercato in cui essi possono circolare. Ma quale sarebbe la base normativa di riferimento che consentirebbe di qualificare la perequazione quale principio generale di urbanistica? La si potrebbe ravvisare nell'art. 23 l.u.f.³⁰³; tuttavia, tale previsione legittimerebbe le Regioni ad adottare solo la perequazione di comparto o parziale, ma non anche le altre forme di perequazione, con la conseguenza che si avrebbe un

³⁰² Corte cost., 26 marzo 2010, n. 121, in *www.cortecostituzionale.it*, ove la Consulta afferma che le previsioni "relative al trasferimento ed alla cessione dei diritti edificatori, incidono sulla materia «ordinamento civile», di competenza esclusiva dello Stato" (punto 10). *Contra* Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2015, n. 3435, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si afferma che "la perequazione urbanistica attiene alla potestà pianificatoria e conformativa del territorio (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4545) e non all'ordinamento civile. È pur vero che a mezzo dell'esercizio delle tecniche perequative sono creati i presupposti per la l'utilizzabilità dei diritti edificatori in funzione perequativa e compensativa, sulla base di una autonoma trasmissibilità di tali posizioni giuridiche, ma ciò non toglie che le tecniche citate attengono alla fase della conformazione edilizia ed al suo dinamico evolversi e non alla creazione di diritti reali interferenti con quelli tipici di disciplina codicistica, o con la tutela e le garanzie assicurate dallo Stato. Ed anzi, occorre ricordare che proprio al fine di prevenire e dirimere problemi legati alla circolazione dei diritti edificatori, il legislatore statale, mercé l'art. 5, comma 3, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106, ha introdotto una novella al codice civile, prevedendo l'obbligo di trascrizione per "i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale", con ciò riconoscendo implicitamente che la posizione giuridica soggettiva, espressamente denominata "diritto edificatorio", possa essere oggetto di legislazione regionale".

³⁰³ S. AMOROSINO, *Il governo del territorio tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in *Il governo del territorio*, a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI E P. URBANI, 2003, 82.

diverso responso del giudizio di legittimità costituzionale a seconda del tipo di perequazione adottato dalle Regioni³⁰⁴.

Dall'altro canto, come rilevato³⁰⁵, la questione della mancanza di una copertura nazionale e quindi di un riferimento normativo che autorizzi le Amministrazioni ad avvalersi dei sistemi perequativi non deve essere “drammatizzata” soprattutto considerando che tra il lavoro svolto dalla giurisprudenza (non solo amministrativa)³⁰⁶ e la legislazione regionale era già stata data cittadinanza all'istituto in disamina. Invero, si tratta di una questione ormai ridimensionata nelle sue criticità grazie alle numerose leggi regionali che hanno introdotto il ricorso alla tecnica perequativa e considerata la previsione dell'istituto del comparto – sul quale la perequazione affonda le sue radici – nella legge fondamentale del 1942.

Al tempo stesso, quanto detto non significa che debba rinunciarsi ad una normativa statale in materia, la quale anzi è più che necessaria trattandosi di istituti che si pongono *border line* tra ordinamento civile e governo del territorio.

In argomento, seppur riservandosi di approfondire l'argomento *infra*, si rileva che il legislatore statale non ha colto la possibilità di introdurre una disciplina organica della perequazione e degli altri istituti a seguito dell'adozione del d.l.

³⁰⁴ Cfr. M. RAGAZZO, *Pianificazione urbanistica e perequazione: il caso del PRG di Roma*, in *Urb. e app.*, 2010, 1090.

³⁰⁵ R. GAROFOLI, *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa*, in *elibrary.fondazione-notariato.it*; G. SABBATO, “la perequazione urbanistica”, Atti del Convegno di Salerno, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 22 gennaio 2010.

³⁰⁶ Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 359, in *Giur. cost.*, 2003, 3722, ove si legge che “la mancanza di un'espressa, specifica disciplina statale contenente i principi fondamentali di una determinata materia di competenza legislativa concorrente, non impedisce alle regioni di esercitare i propri poteri, in quanto in ogni caso i principi possono e devono essere desunti dalla preesistente legislazione statale”.

n. 70 del 2011, limitandosi ad inserire nel comma 1 dell'art. 2643 c.c. il numero 2-bis)³⁰⁷ che ha incluso tra i contratti soggetti a trascrizione anche quelli “*che trasferiscono, costituiscono o modificano diritti edificatori*”: si è pertanto regolato l'aspetto pubblicitario del fenomeno senza prima regolarlo³⁰⁸.

In merito alla problematica della mancanza sia di un'apposita legge statale sullo statuto della proprietà edilizia sia di un'organica disciplina generale sulla perequazione è utile riportare quanto si legge in una recente sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, che riassume i diversi orientamenti: “Secondo un primo orientamento il modello legale tipico di conformazione del territorio e della proprietà privata fa capo alla zonizzazione e localizzazione degli interventi pubblici *ex art. 7 della l. 1150/42*. Pertanto i piani regolatori e le leggi regionali, che introducono strumenti di perequazione urbanistica, non previsti dalla legge urbanistica, sarebbero in contrasto con gli articoli 117 e 42 Cost. in materia di governo del territorio e di disciplina della proprietà privata. In particolare, mancando una disciplina statale di principio sulla perequazione urbanistica sarebbero incostituzionali le leggi regionali che ne disciplinano i vari modelli invalsi nella prassi. Secondo un altro orientamento, che ha trovato l'adesione della giurisprudenza (Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 14.1.1999, n. 22; Tar Campania, Salerno, sez. I, 5.7.2002, n. 670; Tar Lombardia, Brescia, 20.10.2005, n. 1043), la perequazione urbanistica, come la zonizzazione e la localizzazione degli standard, è solo una tecnica di conformazione della proprietà privata, espressione del potere attribuito dalla

³⁰⁷ Introdotta dall'art. 5, comma 3, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni in l. 12 luglio 2011, n. 106.

³⁰⁸ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, cit., 63.

legge statale n. 1150/1942 ai piani regolatori. È stata, quindi, ritenuta legittima la previsione di modelli perequativi, in sede di approvazione del piano regolatore generale, perché essi rientrano a pieno titolo nel legittimo esercizio della potestà pianificatoria e conformativa del territorio e dell'azione amministrativa consensuale che proprio in materia di perequazione assume particolare rilevanza (C.d.S, sez. V, 13.7.2010, n. 4545). Di ciò si trova conferma poi nell'art. 5, comma 3, d.l. 13.5.2011, n. 70 convertito con l. 12.7.2011, n. 106 che, nel prevedere l'obbligo di trascrizione per "i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale" (art. 2643, comma 1, 2-bis c.c.) ammette che i diritti edificatori siano generati da strumenti di pianificazione territoriale, quando non già riconosciuti dalle leggi regionali"³⁰⁹.

Anche di recente, come già osservato, la giurisprudenza amministrativa³¹⁰ ha dichiarato che lo strumento urbanistico perequativo non attiene all'ordinamento civile quanto piuttosto alla potestà pianificatoria e conformativa del territorio; a parere dei consiglieri la perequazione, sebbene crei i presupposti per la loro circolazione, non crea diritti reali interferenti con quelli tipici o con la tutela offerta dall'ordinamento. Invece, nei casi in cui la disciplina di tale categoria di diritti dovesse incidere sul diritto di proprietà e pertanto rientrare nella sfera di competenza esclusiva statale vengono in soccorso i più volte citati interventi del legislatore statale, seppure circoscritti.

³⁰⁹ T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 5 novembre 2015, n. 1457, in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2015, n. 3435, cit.

5.1 Segue: la pronuncia del Consiglio di Stato sul P.R.G. romano.

Significativa sul tema dei rapporti tra tecniche perequativo-incentivanti e principio di legalità dell'azione amministrativa è stata la pronuncia del Consiglio di Stato 13 luglio 2010, n. 4545³¹¹. Con essa, tra l'altro, è stato precisato e delimitato il precedente orientamento della giurisprudenza amministrativa espresso nella già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 4833 del 2006³¹².

In particolare, i giudici amministrativi hanno ritenuto legittimi gli strumenti perequativi disciplinati dalle norme tecniche di attuazione del p.r.g. romano – su cui *infra* - sulla base del seguente ragionamento: in mancanza di una normativa statale generale, l'istituto della perequazione trova il suo fondamento in “in due pilastri fondamentali” del nostro ordinamento, rappresentati dalla potestà conformativa del territorio della p.A. nell'attività di pianificazione e nella possibilità di utilizzare modelli consensuali per il perseguimento di finalità di interesse pubblico *ex artt.* 1, comma 1-*bis*, e 11 l. n. 241 del 1990.

È doveroso pertanto esaminare dapprima il contenuto delle previsioni censurate del piano, dirette a realizzare i principi perequativi. Il p.r.g. romano, adottato nel 2003 ed approvato nel 2008, prevede diversi meccanismi perequativi e compensativi dichiarando all'art. 1, comma 2, n.t.a. che il piano “persegue gli

³¹¹ Cons. Stato, 8 giugno 2010, n. 4545, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 9, 964: la sentenza riforma T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 4 febbraio 2010, n. 1524, in *Giur. merito*, 2010, 3119, con commento di F. LISENA, *Legalità vs. consensualità: il caso dell'annullamento del p.r.g. di Roma*.

³¹² Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4833 cit..

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”.

Il pianificatore romano ha previsto una perequazione di tipo generalizzato e a priori, sia di volumi che finanziaria³¹³, realizzabile in vari modi: mediante ambiti di compensazione, contributo straordinario, compensazioni urbanistiche, incentivi per il rinnovo edilizio e infine cessione compensativa (artt. 18-22 n.t.a.). L'art. 17 n.t.a. individua quale principio generale alla base del p.r.g. la necessità di ripartire le previsioni edificatorie secondo i principi di equità ed uniformità nonché tenendo conto della disciplina urbanistica previgente, del legittimamente costruito ed infine degli obiettivi di interesse pubblico o generale da perseguire. Fatti salvi i criteri di attribuzione differenziata delle previsioni edificatorie, il p.r.g. garantisce ai proprietari interessati dagli strumenti urbanistici esecutivi l'equa ripartizione delle previsioni edificatorie, e ciò indipendentemente dalle destinazioni assegnate a ciascuna area e in proporzione alla quota di superficie in proprietà; si propone altresì di ripartire gli oneri nei confronti della p.A. in proporzione alle previsioni edificatorie e, in particolare, tenendo conto di quelle ordinarie (cui corrispondono oneri ordinari) e di quelle aggiuntive (cui corrispondono oneri straordinari)³¹⁴.

La perequazione può essere realizzata anche con un'applicazione combinata delle diverse modalità previste – pocanzi elencate - ed avviene seguendo un

³¹³ L. CASINI, *Perequazione e compensazioni nel nuovo piano regolatore generale di Roma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 2, 203 ss..

³¹⁴ L. CASINI, *Perequazione e compensazioni*, cit. 205 ss..

procedimento consensuale, di evidenza pubblica e a carattere concorsuale, nelle forme del Programma integrato, nonché nel rispetto delle norme sulla partecipazione al procedimento amministrativo³¹⁵. Il meccanismo prevede l'attribuzione al privato di una quota aggiuntiva di edificabilità a fronte della cessione al comune di un'area oppure in cambio del pagamento di un contributo finanziario straordinario: sia l'area ceduta che il contributo finanziario sono poi utilizzati per finalità di tutela ambientale e di riqualificazione urbana. Ai fini perequativi, il piano deve indicare innanzitutto le previsioni edificatorie da esercitare sulle stesse aree e quelle da trasferire altrove; inoltre, esso deve indicare, con riguardo alla medesima area, quelle attribuite ai proprietari e quelle riservate al comune, nonché le previsioni edificatorie da attuare per intervento diretto o indiretto³¹⁶.

Il piano deve garantire poi l'equa ripartizione delle previsioni edificatorie tra i proprietari coinvolti e ciò indipendentemente dalle destinazioni assegnate a ciascuna area ed in proporzione alle quote di proprietà.

Più nel dettaglio e con riferimento agli ambiti di compensazione, le n.t.a. ne individuano sei, nello specifico³¹⁷: gli ambiti di riserva *ex art. 67*, le Centralità metropolitane e urbane *ex art. 65*, gli Ambiti di trasformazione ordinaria *ex art. 57* e quelli per i programmi integrati nella Città della trasformazione *ex art. 60*, i nuclei di edilizia *ex abusiva da recuperare ex art. 55* e gli Ambiti per i Programmi integrati nella Città da ristrutturare *ex art. 53*. In esse il p.r.g. distingue tra previsioni edificatorie attribuite ai proprietari in base alla

³¹⁵ In caso di esito negativo, tuttavia, il comune può procedere in via autoritativa seguendo i procedimenti previsti *ex lege*.

³¹⁶ Art. 17, comma 5, n.t.a..

³¹⁷ Art. 18 n.t.a..

disciplina urbanistica previgente e quelle riservate al Comune per finalità di interesse pubblico. Per la attuazione degli ambiti si procede con intervento indiretto che può essere di iniziativa pubblica o privata; dopo l'approvazione dello strumento urbanistico esecutivo si procede con la cessione a titolo gratuito in favore del Comune o di altro soggetto da questi indicato delle porzioni di territorio riservate al Comune.

Il contributo straordinario di urbanizzazione si propone di riequilibrare le valorizzazioni immobiliari derivanti dal nuovo p.r.g. e corrisponde a due terzi del valore immobiliare conseguibile a seguito del piano (incrementato o ridotto) e viene destinato alla realizzazione di opere di interesse pubblico.

La compensazione urbanistica è stata prevista con l'obiettivo, appunto, di "compensare" le capacità edificatorie inizialmente previste con il "Piano delle certezze" e con i comprensori "Tor Marancia" e "Casal giudeo", ma poi di fatto non assegnate. L'edificabilità da compensare deve essere localizzata innanzitutto negli Ambiti di compensazione; ma possono usarsi anche altri ambiti edificabili o di patrimonio edilizio esistente, purché vi sia l'accordo tra proprietari e titolari delle compensazioni. La misura di edificabilità non è calcolata trasferendo la edificabilità originaria sulla nuova area ma calcolando, per quantità e destinazioni d'uso ed in base al principio di equivalenza, il complessivo valore immobiliare originario rispetto alla capacità edificatoria da compensare³¹⁸. L'edificabilità da compensare viene assegnata tramite procedure di evidenza pubblica tra gli aventi diritto alle compensazioni e deve

³¹⁸ Spesso l'ambito di compensazione si trova in una area meno centrale e di valore commerciale inferiore di quella ove era stata assegnata in origine l'edificabilità e per questo motivo, non di rado, vi è stato un aumento consistente della cubatura iniziale.

essere compresa negli Ambiti di compensazione salvo, in caso di accordo, la possibilità di prendere in considerazione altri ambiti edificabili o dell'edilizia esistente. Svolgono invece la funzione di "premio" gli incentivi per il rinnovo edilizio che hanno come fine quello di incentivare interventi di riqualificazione urbana. Essi sono utilizzati per il reperimento di standard urbanistici, per la realizzazione e gestione di opere e servizi pubblici nonché per il rinnovo dell'esistente grazie ad una maggiorazione della Sul esistente³¹⁹. In ogni caso gli interventi da incentivare devono essere stabiliti nel Programma integrato che deve altresì prevedere gli ambiti prioritari di intervento, modalità, quantità degli incentivi ed eventuale trasferimento in altri Ambiti.

Infine, la cessione compensativa funge da alternativa alla espropriazione delle aree di interesse pubblico le quali possono essere cedute in mano pubblica a fronte della assegnazione di una edificabilità quantificata in base all'estensione dell'area e da esercitare su parte della stessa o su altra area. La cessione deve essere realizzata mediante atto pubblico e l'acquisizione può avvenire mediante intervento diretto o mediante partecipazione al Programma integrato con la differenza che nel primo caso l'edificabilità concessa è pari a 0,04 mq/mq da realizzare sul 1/10 dell'area e i restanti 9/10 vengono ceduti al Comune mentre nel secondo caso l'edificabilità è dello 0,06 mq/mq da realizzare non sull'area (che viene ceduta interamente) ma altrove, in ambiti compensativi o all'interno dei tessuti della Città da ristrutturare.

³¹⁹ Ai sensi dell'art. 21 n.t.a., "La quota eccedente di SUL, se non localizzabile *in situ* con soddisfacente soluzione progettuale, può essere trasferita negli ambiti di compensazione di cui all'art. 18, ovvero nelle aree dei Programmi di cui al comma 3, entro i limiti di SUL aggiuntiva stabiliti dalle norme di componente. In caso di trasferimento, ai fini della quantificazione della SUL premiale, si applica il criterio dell'equivalenza economica, di cui all'art. 18, comma 3".

Il Consiglio di Stato, riformando la pronuncia di primo grado³²⁰, ha avallato il p.r.g. capitolino e la previsione dell'attribuzione di una quota di edificabilità aggiuntiva al privato a fronte del pagamento di un contributo finanziario oppure della cessione delle aree al comune.

Il T.A.R. Lazio aveva giudicato illegittima detta disciplina sotto due profili. Il primo attiene all'attribuzione di una determinata edificabilità dell'area e alla cessione di una parte di essa al Comune, per la realizzazione di opere di urbanizzazione: a giudizio del T.A.R. – premessa l'inconferenza al caso di specie delle disposizioni introdotte dalla l. n. 244/2007, art. 2, commi 258 e 259, relativi specificamente all'edilizia sociale, e su cui infra nel capitolo³²¹ - alcuna disciplina legislativa autorizza una riserva di proprietà fondiaria alla mano pubblica al di fuori delle garanzie di cui all'art. 42 Cost.; il p.r.g. configura, invece, una forma di espressa sottrazione ai proprietari della parte maggioritaria della quota di edificabilità aggiuntiva agli stessi riconosciuta; questo, sottolineava il T.A.R., avviene non come esito di una negoziazione, in quanto la quota riservata al pubblico è stabilita *a priori* dal piano³²².

³²⁰ T.A.R. Lazio, 4 febbraio 2010, n. 1524, cit.; inoltre, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 17 febbraio 2010, n. 2383, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1310.

³²¹ “Ad avviso del Collegio, va anzitutto evidenziato - a parte ogni altra possibile considerazione - che: a) la disposizione di cui al comma 258 riguarda esclusivamente le esigenze di edilizia residenziale sociale, e quindi non appare in grado di coprire l'intera gamma delle finalità pubbliche indicate in maniera indifferenziata nell'art. 18, comma 3, delle N.T.A.; b) la disposizione di cui al comma 259 attiene alla possibilità di un aumento di volumetria premiale, e non contiene alcuna disciplina del fenomeno dell'avocazione al Comune di una quota della edificabilità riconosciuta ai privati”.

³²² Nella sentenza T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, n. 1524/2010, cit., si legge che: “lo strumento adottato dal Comune di Roma, con riferimento agli ambiti di compensazione, configura una forma di espressa sottrazione ai proprietari della parte maggioritaria della quota di edificabilità aggiuntiva agli stessi riconosciuta. E questo - si badi bene - non come esito di una negoziazione: la quota riservata alla mano pubblica è stabilita “*a priori*” dal piano, il quale dapprima la quantifica con precisione ... e conseguentemente stabilisce a carico dei proprietari degli Ambiti di compensazione (art. 18, comma 4 delle N.T.A.) un puntuale obbligo - una volta approvato lo strumento urbanistico esecutivo - di cedere al Comune, o a soggetti terzi dallo

In definitiva, osservava il T.A.R., il nostro ordinamento prevede che in materia di disciplina della proprietà si possa procedere o attraverso poteri conformativi o attraverso l'esproprio delle aree; non ci sono altre modalità.

Il secondo attiene al contributo straordinario (aggiuntivo rispetto agli oneri di urbanizzazione). A giudizio del T.A.R. esso andava considerato quale prestazione patrimoniale imposta soggetta a riserva di legge ai sensi dell'art. 23 Cost.: tale prestazione, infatti, non è determinata in base ad un accordo convenzionale, ma *ex ante* nella disciplina di piano.

Diversamente opinando, il Consiglio di Stato ha giudicato le previsioni di piano in linea con i poteri conformativi della p.A. in materia di governo del territorio. Il Consiglio di Stato ha basato la legittimità degli strumenti previsti dal p.r.g. romano su due pilastri argomentativi, quello della potestà conformativa del territorio di cui è titolare la p.A. e quello della possibilità di

stesso individuati, la superficie fondiaria corrispondente alle previsioni edificatorie riservate al Comune medesimo. Ora, è fondamentale osservare al riguardo: a) che questo meccanismo va ben oltre le classiche forme di perequazione "di comparto", già presenti nell'ordinamento, in quanto esso è strutturato in maniera tale da essere finalizzato a un'impostazione perequativa cd. "allargata"; b) che l'obbligo di cessione così introdotto va oltre le classiche obbligazioni richiamate nell'art. 13, comma 13 delle N.T.A., riguardanti la cessione di aree destinate a opere di urbanizzazione primaria e secondaria e simili; c) che esso è vincolante, essendo previsto dalle N.T.A., che hanno valore normativo; d) infatti, se è vero che si tratta di un meccanismo incentivante offerto al consenso del privato, che comunque può rifiutare (e in tal caso resta percorribile per l'Amministrazione la strada del ricorso ai poteri autoritativi), è pur vero che ciò costituisce in realtà un ulteriore indice del carattere sostanzialmente non negoziato dello stesso: infatti il privato, se intende accedere alla maggiorazione dell'edificabilità riconosciuta dal piano, non può sottrarsi a questa contestuale ablazione stabilita con una vera e propria norma vincolante "*ex ante*" in via generale; rilievo, questo, che consente al Collegio di prescindere dalla complessa questione dei limiti entro i quali la consensualità possa consentire il superamento del principio di legalità (questione che - nonostante la tesi favorevole di autorevolissima dottrina - rimane tuttora controversa, sotto alcuni profili, anche in giurisprudenza: vedi Cass., Sez. un., 24 giugno 1992, n. 7773 e Cass., Sez. I, 13 luglio 2001, n. 9524; Consiglio di Stato, Sez. V, 29 settembre 1999, n. 1209). In buona sostanza si ha, in tal modo, l'attribuzione al proprietario di una nuova quota di edificabilità con una contestuale - e sostanzialmente unilaterale - sottrazione parziale della stessa: fenomeno che non è conforme alla legislazione vigente, letta alla luce dei principi costituzionali in materia di proprietà e di legalità dell'azione amministrativa. Nella legislazione nazionale e nella legislazione della Regione Lazio esistono infatti il potere conformativo e il potere espropriativo, ma non esiste, in via generale, l'ibrido costituito dal meccanismo in esame".

utilizzare modelli privatistici e consensuali per perseguire finalità di pubblico interesse.

Soprattutto, i giudici hanno osservato che gli interventi indicati incidono su una quota di edificabilità aggiuntiva (futura ed eventuale) e non su quella già posseduta da ciascuna area³²³. Si è rilevato che il caso romano non può essere equiparato a quanto accaduto nel comune di Bassano del Grappa, il cui p.r.g. è stato censurato, come già esaminato, nel 2006 dal Consiglio di Stato perché aveva introdotto una forma celata di espropriazione: lì, infatti, era stata prevista una riserva di edificabilità in favore del comune in assenza di accordo alcuno con i privati ed incidendo sulle capacità edificatorie già previste³²⁴; mentre le previsioni del p.r.g. romano hanno confermato gli indici di fabbricabilità previgenti, limitandosi ad integrarli con la possibilità di ottenere una quota di edificabilità aggiuntiva, quelle del p.r.g. di Bassano del Grappa avevano previsto l'acquisizione da parte degli interessati di una quota aggiuntiva a condizione che la parte maggioritaria fosse messa a disposizione del comune.

Si legge quindi nella sentenza n. 4545 del 2010 che: “Nel caso di specie, invece, la previsione della cessione al Comune di una quota di edificabilità viene introdotta *de futuro*, in stretta correlazione con la previsione di una quota di edificabilità aggiuntiva di cui il proprietario potrà fruire consentendo - appunto - alla cessione di parte di essa; analogamente, a norma dell'art. 20

³²³ Cons. Stato, Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545, cit., ove si afferma, infatti, che “la previsione della cessione al Comune di una quota di edificabilità viene introdotta *de futuro*, in stretta correlazione con la previsione di una quota di edificabilità aggiuntiva di cui il proprietario potrà fruire consentendo - appunto - alla cessione di parte di essa; analogamente, a norma dell'art. 20 delle n.t.a., il proprietario del suolo potrà fruire di ulteriore edificabilità corrispondendo un contributo straordinario predeterminato *ex ante*”.

³²⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4833, cit..

delle N.T.A., il proprietario del suolo potrà fruire di ulteriore edificabilità corrispondendo un contributo straordinario predeterminato ex ante. In altri termini, il pianificatore in questo caso, dopo aver proceduto alla fase “statica” dell’assegnazione a ciascuna zona della propria destinazione urbanistica e dei relativi indici di edificabilità, ha inteso conferire al P.R.G. anche una dimensione “dinamica”, idonea a prevedere la possibile evoluzione futura dell’assetto del territorio comunale: in tale prospettive, per quanto concerne la realizzazione di opere pubbliche, urbanizzazioni e infrastrutture, in aggiunta e in alternativa all’imposizione di vincoli su specifici suoli finalizzati a future espropriazioni, per il reperimento dei suoli e delle risorse necessarie sono stati introdotti i meccanismi appena descritti”.

Con riguardo al potere conformativo comunale, il Consiglio di Stato, premessa la distinzione tradizionale tra vincoli conformativi ed espropriativi, ha ritenuto che: “l’operazione condotta dal Comune di Roma attraverso i ricordati meccanismi perequativi connessi all’attribuzione *de futuro* ai suoli di una cubatura aggiuntiva, lungi dal costituire un anomalo “ibrido” tra conformazione ed espropriazione come ritenuto dal primo giudice, rientri a pieno titolo nel legittimo esercizio della potestà pianificatoria e conformativa del territorio. Ed infatti ciò che l’Amministrazione ha fatto, in sostanza, è in primo luogo attribuire ai suoli un determinato indice di edificabilità (nella specie corrispondente a quello già posseduto sotto il vigore del precedente P.R.G.), ciò che pacificamente non travalica l’ordinario esercizio del potere di pianificazione; di poi, nella già evidenziata prospettiva “dinamica”, ha proceduto a porre le basi per possibili incrementi futuri della cubatura

edificabile, predisponendo i meccanismi con i quali questa potrà essere riconosciuta ai vari suoli, in ragione della loro zonizzazione e tipologia. La disciplina impressa ai suoli attraverso i due momenti pianificatori testé indicati, con tutta evidenza, non può in alcun modo essere ritenuta tale da integrare una sostanziale ablazione della proprietà né una surrettizia sottrazione di volumetrie le quali, in assenza delle previsioni perequative, sarebbero state edificabili”³²⁵.

³²⁵ Considerazioni analoghe sono riprese da T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 23 settembre 2015, n. 823, in *www.giustizia-amministrativa.it*: “la giurisprudenza più autorevole (es. Cons. Stato IV 13.7.2010, nn. 4542, 4543, 4544, 4545, 4546) ha chiarito che le previsioni di piano comportanti una quota di edificabilità aggiuntiva rispetto al passato (nella fattispecie è pacifico in causa che nel vigore del PRG l’ambito aveva destinazione agricola), in cambio di cessioni di aree da destinare ad attrezzature o finalità pubbliche extra-standards, non violano il principio di legalità e il diritto di proprietà, e trovano fondamento nella potestà conformativa del territorio. La copertura normativa di tali previsioni, volte a finalità perequative (previste in Emilia Romagna dall’art. 7 della L.R. 20/2000), è stata individuata nel combinato disposto degli artt. 1, comma 259, della finanziaria 2008 (legge 24.12.07, n. 244), che facoltizza i Comuni a consentire aumenti premiali di volumetria. La natura facoltativa di tali istituti perequativi (nel senso che la loro applicazione è rimessa alla libera scelta del proprietario, che intenda avvalersi delle possibilità edificatorie condizionate alla cessione di aree) ha portato ad escludere che negli stessi possa ravvisarsi una ablazione forzosa della proprietà. Inoltre, se l’indice di edificabilità è riferito, come nel caso di specie, all’intera area di proprietà degli interessati (ST: superficie territoriale), “tale metodica permette...il trasferimento della capacità edificatoria del lotto originario nell’area destinata alla costruzione effettiva, senza alcuna espropriazione, palese o occulta delle situazioni giuridiche attribuite ai privati....Con il sistema sopra descritto, il privato continua a godere della capacità edificatoria dell’area di sua proprietà, subendo solo un mutamento del luogo in cui tale capacità potrà trasformarsi in concreta edificazione” (Cons. Stato, IV, n. 216/2010). I vincoli espropriativi sono soltanto quelli che “comportano l’inedificabilità assoluta e dunque svuotano il contenuto del diritto di proprietà incidendo sul godimento del bene tanto da renderlo inutilizzabile rispetto alla sua destinazione naturale. Nel caso di specie, una tale circostanza non si verifica atteso che, sebbene conformata, una residua capacità edilizia continua a permanere, e ci si trova quindi di fronte ad una prescrizione diretta a regolare concretamente l’attività edilizia, in quanto inerente alla potestà conformativa propria dello strumento urbanistico generale” (Cons. Stato, IV, n. 216/2010). Del resto, «se lo statuto della proprietà dovesse considerarsi leso dalla limitazione dello *jus aedificandi* su una cubatura la cui edificabilità è prevista dal PRG solo in via futura ed eventuale, a fortiori ciò dovrebbe ritenersi per le limitazioni immediate e attuali discendenti dalle prescrizioni del Piano, col risultato di considerare inammissibili le stesse previsioni di indici di edificabilità e le connesse limitazioni della volumetria edificabile rispetto all’estensione dei suoli: ciò che, comportando il sostanziale svuotamento della potestà conformativa del territorio in capo all’Amministrazione, non appare certamente in linea con gli arresti giurisprudenziali, anche costituzionali (n. dr: Corte Cost. 20.5.99 n. 179), che si sono più sopra richiamati» (Cons. Stato IV 4542/2010).

E “uno degli elementi fondamentali, che consentono alle previsioni impositive di cessione di volumetrie.... in cambio di edificabilità di sottrarsi a critiche di illegittimità, è costituito dall’essere esse connesse alla possibile attribuzione di volumetria edificabile ulteriore rispetto a

Il Consiglio di Stato ha poi evidenziato come sia la cessione di aree che il contributo straordinario trovino copertura normativa nel combinato disposto degli artt. 1, comma 1-*bis*, e 11 l. n. 241/1990. Nel dettaglio: “nel caso di specie l’Amministrazione altro non ha fatto – lo si ribadisce - che predeterminare le condizioni alle quali potranno attivarsi i ridetti meccanismi convenzionali, solo se e quando i proprietari interessati ritengano di voler avvalersi degli incentivi cui sono collegati (e, cioè, di voler fruire della volumetria aggiuntiva assegnata ai loro suoli dal P.R.G.); ove ciò non avvenga, il Comune che fosse interessato alla realizzazione di opere di urbanizzazione e infrastrutture dovrà attivarsi con gli strumenti tradizionali all’uopo predisposti dall’ordinamento, *in primis* le procedure espropriative (naturalmente, se del caso, previa localizzazione delle aree su cui operare gli interventi e formale imposizione di vincoli preordinati all’esproprio con apposita variante urbanistica).

È proprio la natura “*facoltativa*” degli istituti perequativi *de quibus*, nel senso che la loro applicazione è rimessa a una libera scelta degli interessati, a escludere che negli stessi possa ravvisarsi una forzosa ablazione della proprietà nonché, nel caso del contributo straordinario, che si tratti di prestazione patrimoniale imposta in violazione della riserva di legge *ex art. 23 Cost.*”.

quella....già attribuita ai medesimi suoli dai pregressi strumenti urbanistici; diversamente, se cioè le ridette previsioni si fossero accompagnate a riduzioni o azzeramenti delle pregresse capacità edificatorie dei suoli, si sarebbe trattato effettivamente di larvate forme di esproprio...» (Cons. Stato IV 119/2012).

«In altri termini, altra è la situazione di chi, ferma restando la capacità edificatoria pregressa del proprio suolo, intenda acquisire ulteriore volumetria edificabile...; ben diversa è invece la situazione di chi abbia subito *sic ed simpliciter* una decurtazione rispetto al passato dell’edificabilità attribuita al proprio suolo» (Cons. Stato IV 119/2012)”.

Il p.r.g. capitolino costituisce quindi rilevante esempio di applicazione di meccanismi perequativi e compensativi strumentali alla realizzazione di servizi e opere pubbliche nonché a fini di riqualificazione ambientale e urbana³²⁶.

5.2. La perequazione urbanistica nella regione campana.

Un esempio di disciplina regionale che ha accolto la tecnica della perequazione è quella campana. Il legislatore campano, con l.r. n. 16/2004, ha introdotto espressamente tra i principi della pianificazione urbanistica la perequazione urbanistica³²⁷. Ai sensi dell'art. 32 della citata legge la perequazione “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”. Ai sensi del 2 comma, il piano urbanistico comunale (p.u.c.), gli atti di programmazione degli interventi ed i piani attuativi (p.u.a.) definiscono la ripartizione dei diritti edificatori e degli obblighi tra i proprietari delle aree ricomprese nelle zone oggetto di trasformazione tramite comparti, indipendentemente dalla

³²⁶ Sulle previsioni del p.r.g. di Roma e le questioni che le stesse sollevano cfr., tra gli altri, B. GRAZIOSI, *La perequazione urbanistica promossa dal Consiglio di Stato. Una prima risposta, molte ancora le domande*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1556; S. BIGOLARO, G. PIVA, *Perequazione urbanistica e art. 23 della Costituzione: la necessità di una norma di legge statale*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 543; M. RAGAZZO, *Pianificazione urbanistica e perequazione: il caso del PRG di Roma*, in *Urb. e app.*, 2010, 1087; P. URBANI, *Sistemi di pianificazione urbanistica e principio di legalità dell'azione amministrativa. A proposito delle sentenze del Tar Lazio sul PRG di Roma*, in *www.giustamm.*, 2010, 4.

³²⁷ In argomento SPASIANO M.R., *L'urbanistica in Campania*, in E. FERRARI, E. STICCHI DAMIANI, P. PORTALURI (a cura di), *Poteri regionali e urbanistica comunale*, Milano, 2005, 143; A. COPPOLA, *La redazione del piano urbanistico comunale nella regione Campania*, Potenza, 2013; G. D'ANGELO, *Compendio di legislazione urbanistica ed edilizia*, Potenza, 2015, 107 ss..

destinazione specifica delle aree interessate. Il regolamento urbanistico edilizio comunale invece, sulla base dello stato di fatto e di diritto in cui versano gli immobili in sede di redazione del p.u.c., individua i criteri astratti per ripartire i diritti edificatori tra i vari proprietari.

Il Regolamento regionale di attuazione in materia di governo del territorio, n. 5 del 2011, specifica la procedura da seguire in caso di applicazione del metodo perequativo in sede di redazione del PUC, disponendo che il piano urbanistico, “nell’ambito delle sue potenzialità edificatorie, “può essere attuato anche con sistemi perequativi, compensativi e incentivanti”, rendendo pertanto facoltativo il ricorso a detti criteri.

In caso di perequazione, è demandato al piano programmatico del p.u.c. (vigente a tempo determinato e redatto nel rispetto delle previsioni del piano strutturale) il compito di individuare gli ambiti di trasformazione urbana in cui intervenire tramite la perequazione (sulla base di elementi omogenei e, quindi, delle caratteristiche delle aree incluse, ricavabili dal piano strutturale). La capacità edificatoria di ogni ambito è “la somma dei diritti edificatori destinati allo specifico ambito assegnabile ai proprietari nelle trasformazioni fisiche previste dal piano strutturale e da quelle funzionali previste dal piano programmatico”³²⁸.

I diritti edificatori sono ripartiti, “*indipendentemente dalla destinazione specifica delle aree* interessate”, tra i proprietari degli immobili ricompresi negli ambiti in base al valore degli stessi che è determinato tenendo conto dello

³²⁸ Art. 12, comma 7, Regolamento regionale n. 5/2011 di attuazione per il governo del territorio in www.sito.regione.campania.it.

stato di fatto e di diritto in cui si trovano al momento della formazione del p.u.c.³²⁹.

Viene poi specificato che le quote edificatorie attribuite a ciascun proprietario sono liberamente commerciabili, ma solo all'interno dello stesso comparto edificatorio.

Nel dettaglio, il piano programmatico individua per ogni comparto la quantità della volumetria complessiva realizzabile e la quota di tale volumetria attribuita ai proprietari degli immobili inclusi nel comparto, nonché la quantità e la localizzazione degli immobili da cedere gratuitamente al comune o ad altri soggetti pubblici per la realizzazione di infrastrutture, attrezzature, aree verdi, edilizia residenziale pubblica e comunque di aree destinate agli usi pubblici e di interesse pubblico che formano le componenti del dimensionamento complessivo del piano”.

Il comparto edificatorio, strumento di cui il pianificatore campano ha la facoltà e non l'obbligo di avvalersi, può essere attuato dai proprietari delle aree incluse nel comparto, dal comune oppure da società miste. Ovviamente l'attuazione del comparto ad opera dei privati è preferita rispetto alle altre opzioni e in tal caso si procede con la cessione delle aree al comune (o altri soggetti pubblici da lui individuati) che serviranno per la realizzazione degli interventi di interesse pubblico; successivamente alla cessione si procede con la trasformazione. Si osserva che, al fine di realizzare il progetto di trasformazione, non è necessario

³²⁹ Ai sensi dello stesso comma 7 dell'art. 12 Reg. n. 5/2011, cit.: “I diritti edificatori sono espressi in indici di diritto edificatorio (IDE) che fissano il rapporto tra la superficie fondiaria relativa al singolo immobile e le quantità edilizie che sono realizzabili con la trasformazione urbanistica nell'ambito del processo di perequazione. L'ambito comprende aree edificate e non edificate, anche non contigue”.

l'accordo di tutti i proprietari coinvolti nel comparto ma è sufficiente il consenso del 51% dei proprietari, i quali procederanno poi con la acquisizione in modo coattivo delle aree dei proprietari contrari e, quindi, alla trasformazione. Nel caso in cui invece non sia possibile raggiungere il *quorum* del 51%, il comune o una società mista provvederà ad espropriare gli immobili e acquisire le quote edificatorie ed infine realizzare il progetto³³⁰.

6. I limiti della tecnica di pianificazione territoriale perequativa.

Benché la diffusione della tecnica perequativa abbia consentito di applicare i principi di equità e proporzionalità al sistema tradizionale di pianificazione territoriale, non sono mancate controindicazioni e limiti applicativi. Come già sottolineato, sono elevati i c.d. compliance costs rappresentati dalla necessità del consenso di tutti i proprietari coinvolti e di rendere indifferenti le reciproche scelte.

Ma uno dei limiti più evidenti è stata la tardiva diffusione dei modelli perequativi che è avvenuta in un momento storico in cui l'esigenza primaria era la riqualificazione ed il recupero del costruito (si parla di piani a c.d. "volume zero", su cui *infra*) piuttosto che di crescita edilizia³³¹: la perequazione invece si realizza a pieno quando sono presenti nuove aree di espansione. Ne consegue

³³⁰ Oltre alla società mista può procedervi anche una società di trasformazione urbana (S.T.U.), società costituite tra comuni e privati a cui possono partecipare anche regioni e province.

³³¹ E. BOSCOLO, *La perequazione da semplificare*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 47 ss.; D.M. TRAINA, *Lo ius aedificandi può ancora ritenersi connaturale al diritto di proprietà?*, cit., 257 ss..

la possibilità di prevedere un indice perequativo basso su aree estese, così riducendo la convenienza economica della ricomposizione fondiaria che si intende raggiungere.

7. La compensazione.

Come accennato, non è semplice trovare le condizioni per applicare una pianificazione fondata su criteri perequativi, nonostante la possibilità di ricorrere al modello perequativo c.d. esteso. Pertanto l'amministrazione è di regola costretta a ricorrere al vincolo preespropriativo e, successivamente, all'espropriazione dell'area di interesse pubblico.

È noto che la vicenda espropriativa si caratterizza per la sua complessità: di regola il privato – nell'intravedere una forte menomazione della sua situazione proprietaria – si oppone alla apposizione del vincolo mentre la p.A., dall'altro lato, resiste ed al tempo stesso cerca i mezzi finanziari per fronteggiare l'espropriazione.

Le difficoltà applicative della perequazione unitamente alla necessità di trovare una soluzione alla crisi finanziaria che ha afflitto (e affligge) i Comuni i quali, ad un certo punto³³², non sono più riusciti a corrispondere l'indennizzo dovuto ai privati proprietari espropriati, costituiscono due (benché non le uniche) ragioni d'essere della nascita della compensazione urbanistica.

³³² Soprattutto dopo che la giurisprudenza ha parametrato l'indennizzo al valore venale del bene espropriato (v. cap. I).

Anche qui, come nella perequazione, lo strumento urbanistico ha come obiettivo quello di coinvolgere il privato e spingerlo verso alcune scelte che perseguano, contestualmente, l'interesse del singolo e quello della collettività³³³. La compensazione è pertanto uno strumento utilizzabile nei casi in cui il Comune deve indennizzare i proprietari i cui suoli siano incisi da un vincolo ablativo e che consente al proprietario di ottenere, al posto dell'indennizzo in denaro, l'attribuzione di un potenziale edificatorio ossia di "crediti edilizi" da poter utilizzare su un fondo c.d. accipiente. A ben vedere, la compensazione tramite assegnazione di crediti edilizi può sostituire l'indennizzo dovuto al privato anche nelle ipotesi in cui gli sia imposta, ad esempio, una prestazione di *facere* specifico attinente al recupero o alla riqualificazione³³⁴, ad esempio, che arrechi una limitazione alle sue facoltà (si consideri, ad esempio, quanto previsto dall'art. 3-*bis* t.u. edilizia, introdotto dal cd. decreto Sblocca Italia, d.l. n. 133/2014, su cui *infra*).

In dottrina, con riferimento alla compensazione urbanistica, si è parlato di una "sequenza entro la quale il proprietario che adempie ad una obbligazione infrastrutturativo-urbanistica-paesaggistica ottiene il ristoro non mediante una contestuale controprestazione da parte dell'Amministrazione (come accadrebbe in caso di immediata liquidazione di una indennità in numerario o come accade quando al privato viene assegnata in permuta un'altra area), bensì tramite

³³³ E. BOSCOLO, *Verso il superamento del modello pianificatorio tradizionale*, cit.; A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori. Alcuni prolegomeni in La libera circolazione dei diritti edificatori nel Comune di Milano ed altrove*, Milano 2012, 187; P. MARZARO GAMBA, *Credito edilizio, compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta*, in *Riv. giur. urb.*, 4, 2005, 644.

³³⁴ O per compensare la delocalizzazione di insediamenti turistici come previsto dal Piano paesaggistico della Sardegna.

l'assegnazione di un titolo che garantisce a tale soggetto un soddisfacimento differito, conseguente ad un'altra vicenda giuridica di circolazione del suddetto titolo”³³⁵.

Si rileva fin d'ora la differenza che intercorre sul piano operativo tra i diritti edificatori ed i crediti compensativi: i primi sono previsti dal piano e vengono attribuiti dal Comune al proprietario dell'area vincolata solo a seguito della cessione della stessa all'ente locale in una ottica di “*datio in solutum*”³³⁶, mentre i crediti compensativi non nascono in seno al piano comunale ma la loro assegnazione svolge una funzione “rimediale” e di riequilibrio.

La compensazione paesaggistico-ambientale permette di incentivare la riqualificazione di costruzioni pre-esistenti mediante l'attribuzione di “crediti compensativi” ai proprietari che devono sobbarcarsi i relativi oneri e costi. Diversamente, la compensazione infrastrutturativa viene utilizzata dall'ente comunale allorquando non possa rinunciare – nella pianificazione - alla apposizione di vincoli pre-espropriativi per acquisire coattivamente le aree ma si prevede, quale alternativa all'indennizzo, l'assegnazione di “crediti compensativi”.

La compensazione ha indotto le amministrazioni comunali alla errata considerazione dello strumento compensativo come soluzione per abbattere i costi delle espropriazioni e, quindi, da poter usare come “moneta volumetrica” per realizzare gli interessi pubblici. Difatti, lo strumento della compensazione

³³⁵ E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, in *Urb. e app.*, 2011, 1061.

³³⁶S. FANTINI, *Profili pubblicistici dei diritti edificatori*, Relazione svolta presso la Scuola Superiore del Ministero degli interni, 3 e 4 ottobre 2011, in www.giustizia-amministrativa.it; L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, 2010, in www.wikijus.it.

urbanistica ha avuto ad oggi un utilizzo maggiore rispetto alla perequazione, anche a causa di questa (errata) considerazione secondo cui la “moneta volumetrica” rappresentasse una soluzione ad alcuni problemi di pianificazione nonché (e soprattutto) un costo nullo per i Comuni; la conseguenza di tale assunto è stata una crisi sistemica per cui gli enti hanno iniziato ad utilizzare “*la risorsa territorio come merce di scambio per coprire il fabbisogno di opere di urbanizzazione e di servizi per la collettività*”³³⁷, portando ad un incremento del consumo del territorio e ai connessi problemi della c.d. saturazione edilizia.

Tale assunto, in aggiunta ad una maggiore consapevolezza secondo cui il “suolo” costituisce una risorsa limitata e non rinnovabile, ha posto le basi per “*il passaggio da pianificazioni incrementalì, fondate sulla diffusione urbana (sprawl), a piani connotati da una impostazione fortemente contenitiva, nella quale ogni ulteriore consumo di suolo agro-naturale deve trovare una rigorosa giustificazione*”³³⁸. La risposta a tali esigenze è stata quella di una progressiva preferenza di una pianificazione volta al recupero e riqualificazione del patrimonio edilizio esistente, limitando invece la nuova edificazione ai soli casi in cui si comprovi la impossibilità oggettiva e/o finanziaria di recuperare l’esistente³³⁹.

³³⁷ P. URBANI, *Conformazione della proprietà diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urb. e app.*, 2006, 906.

³³⁸ E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., 6.

³³⁹ V. CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, cit., 8; P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino, 2012, 155 ss.: il tema della pianificazione di recupero e riqualificazione del patrimonio edilizio esistente verrà ripreso nel capitolo III.

7.1. I caratteri distintivi tra perequazione e compensazione.

Occorre esaminare quali sono i profili che caratterizzano i due istituti della perequazione e della compensazione e, conseguentemente, i tratti distintivi reciproci.

Come osservato, la tecnica perequativa rappresenta un'alternativa al vincolo espropriativo che incentiva i proprietari coinvolti ad aderire alle scelte perequative realizzando una equa distribuzione dei vantaggi e degli oneri.

E' uno strumento alternativo alla espropriazione perché non prevede l'apposizione di un vincolo preespropriativo sulle aree destinate alla realizzazione di interessi pubblici, ma consente a tutti i proprietari – siano essi titolari di aree edificabili o destinate alla costruzione delle opere pubbliche – di partecipare alla realizzazione della città pubblica grazie ad una equa distribuzione dei diritti edificatori.

Diversamente, la compensazione urbanistica può fungere sia da alternativa alle conseguenze derivanti dalla acquisizione coattiva di determinate aree (o meglio come alternativa all'indennizzo pecuniario dovuto) sia da ristoro o incentivo per i proprietari che vengono obbligati o indotti ad una prestazione di *facere*. Nell'ipotesi di espropriazione, la cessione compensativa non evita l'apposizione del vincolo espropriativo, ma opera in un secondo momento, quale alternativa al ristoro pecuniario mediante la corresponsione al soggetto abitato di crediti compensativi o aree in permuta.

Se ne deduce anche la radicale differenza nella finalità: chiaramente redistributiva nella perequazione, indennitaria nella compensazione.

Nella perequazione i diritti edificatori sono determinati e assegnati già in sede di pianificazione mentre i crediti compensativi, benché anch'essi quantificati in sede di pianificazione, sono assegnati solo a seguito della cessione dell'area da parte del privato oppure dell'adempimento della prestazione di carattere paesaggistico-ambientale. Inoltre, mentre i diritti compensativi non hanno limiti spaziali, quelli perequativi sono commerciabili nel momento in cui sono attribuiti dal Piano ma potranno essere utilizzati unicamente sulle aree di atterraggio³⁴⁰.

È stato rilevato che tale differenza presenta delle implicazioni anche in tema di *potestas variandi* comunale in quanto, mentre i diritti edificatori possono essere oggetto di revisione del piano da parte della p.A., non potrebbero esserlo i crediti "compensativi", avendo questi ultimi una funzione di "moneta volumetrica" a fronte di una data prestazione del privato (di cessione o *facere*)³⁴¹.

Nel fenomeno perequativo sussiste un collegamento genetico tra i diritti edificatori e il terreno in quanto essi costituiscono una qualità intrinseca del fondo (benché non possano essere esercitati sullo stesso); tale collegamento diretto può mancare nella compensazione perché i diritti vengono corrisposti in alternativa all'indennizzo³⁴².

Infine, mentre la tecnica perequativa si fonda su base volontaria in quanto viene applicata se ed in quanto considerata vantaggiosa da parte dei proprietari

³⁴⁰ R. GAROFOLI, *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa*, cit., 3.

³⁴¹ E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., 41.

³⁴² R. GAROFOLI, *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa*, cit., 4.

coinvolti che prestano il loro consenso, la compensazione (infrastrutturativa) opera quando il momento autoritativo è stato già imposto ed il proprietario sottoposto a vincolo ablativo non può respingerlo, ma solo scegliere se ricevere un indennizzo pecuniario oppure dei “crediti compensativi” da utilizzare su altre aree a ciò destinate. La compensazione paesaggistico-ambientale, invece, opera su base volontaria come incentivo ai privati alla realizzazione di determinati interventi e non quale alternativa all’indennizzo espropriativo.

La Legge n. 308 del 2004, all’art. 1, comma 21, prevede che 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; il comma successivo recita 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. In effetti, come previsto anche dalla Legge n. 244 del 2007, comma 258, si tratta di norme dettate per attuare la c.d. perequazione urbanistica – secondo le modalità previste dall’Amministrazione negli strumenti urbanistici – consentendo all’Amministrazione di ottenere la cessione gratuita di area destinata alla realizzazione di interessi pubblici senza procedere a espropriazione ma dando in corrispettivo la traslazione dei diritti edificatori su altra area di proprietà del cedente.

8. L'incentivazione edilizia.

La nascita dei diritti edificatori non è da ricondurre unicamente al fenomeno perequativo e compensativo dovendosi annoverare anche l'istituto della incentivazione edilizia.

Trattasi di uno strumento di microeconomia urbanistica volto, appunto, alla incentivazione (di qui il nome di misure "incentivanti" o "premiali") di interventi di riqualificazione urbanistica ed ambientale mediante attribuzione in funzione premiale dei diritti edificatori ai promotori degli stessi. Ancora una volta, quindi, l'interesse pubblico non viene realizzato secondo la sequenza tradizionale del comando – controllo ma, piuttosto, inducendo i privati ad intervenire autonomamente. Pertanto, l'amministrazione comunale attribuisce diritti edificatori – in aggiunta a quelli già previsti dagli strumenti urbanistici – in favore di coloro che abbiano adottato condotte virtuose nel settore urbanistico-ambientale. L'obiettivo perseguito con tale istituto è infatti quello di migliorare la qualità urbana, architettonica ed edilizia grazie ad interventi di elevata prestazione energetica ed ambientale nonché incentivare il settore della bioedilizia e il ricorso a materiali ecosostenibili. Si tratta di un istituto recente, inizialmente previsto dai legislatori regionali e solo in un secondo momento recepito nella legislazione nazionale. La *ratio* sottesa alla premialità edilizia risiede nel principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost. in quanto mira a rimuovere gli ostacoli socioeconomici che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese. I

legislatori regionali, in assenza di una disciplina statale di riferimento, hanno seguito impostazioni molto diverse tra loro nel regolare l'istituto in esame, anche da un punto di vista meramente terminologico. La regione Veneto, ad esempio, prima ad occuparsene, ha disciplinato l'istituto definendolo "credito edilizio"³⁴³ ed ha rimesso al p.r.g. la determinazione delle aree ove sarebbe stato possibile realizzare gli interventi di riqualificazione da incentivare. La regione Lombardia, invece, ha utilizzato il diverso termine di "disciplina di incentivazione", affidando alla pianificazione attuativa l'individuazione delle connesse aree³⁴⁴. Anche la regione Umbria³⁴⁵ e la provincia autonoma di Trento³⁴⁶ hanno rimesso al p.r.g. la determinazione delle zone di interesse per tali incentivi.

Anche sotto altro profilo vi sono delle differenze: nella maggioranza delle normative regionali si prevedeva la possibilità di esercizio dei diritti edificatori solo nelle aree in cui fossero stati realizzati gli interventi di riqualificazione, mentre in casi isolati - come ad esempio in quello veneto - era previsto il loro esercizio anche in zone (seppure prestabilite dal piano ma) diverse da quelle in cui erano stati "generati" tali diritti.

Impostazioni diverse riguardavano anche il regime circolatorio di tali diritti premiali nonché la loro quantificazione³⁴⁷: in alcuni casi essi erano liberalmente circolabili³⁴⁸, mentre in altri la loro commerciabilità era del tutto

³⁴³ Art. 36, l.r. Veneto 23 aprile 2004, n. 11.

³⁴⁴ Art. 11, l.r. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12.

³⁴⁵ Artt. 3, co. 3, lett. d), 4, co. 2, lett. e), 28 e 30 l.r. Umbria 22 febbraio 2005, n. 11.

³⁴⁶ Artt. 53, 55, 56 l.p. Trento 4 marzo 2008, n. 1.

³⁴⁷ Ad esempio pari al 15% della volumetria totale nella disciplina regionale lombarda o quantificata dal p.r.g. nella Provincia autonoma di Trento.

³⁴⁸ Si tratta della regione veneta, la più liberale.

esclusa³⁴⁹. Di regola si è previsto un limite quantitativo all'incentivo (ad esempio pari al 15 %) con la possibilità di spenderlo in un arco temporale determinato a seconda dell'entità dei vantaggi per la collettività.

Solo con la legge finanziaria per il 2008³⁵⁰ e quella per il 2009³⁵¹, di cui si dirà *infra*, il legislatore statale è intervenuto in materia di premialità edilizie³⁵². In realtà il legislatore statale ha disciplinato l'istituto in esame senza indicarne il fondamento quanto, piuttosto, dandone per presupposta la sua esistenza all'interno dell'ordinamento alla stregua di un fenomeno presente nel diritto vivente³⁵³. Difatti, il fondamento giuridico dell'incentivazione edilizia deve essere ricercato nel potere di conformazione della proprietà attribuito ai comuni ai sensi della legge urbanistica fondamentale e pertanto non è stato ritenuto opportuno definirlo, ma limitarsi ad introdurre una disciplina.

In argomento, non si è mancato di suggerire l'utilità di procedure paraconcorsuali per l'assegnazione dei diritti edificatori in funzione premiale³⁵⁴: difatti, sebbene siano stati introdotti dei limiti e percentuali per determinare la quantificazione di tali diritti a fronte degli interventi realizzati, una procedura paraconcorsuale creerebbe una maggiore competizione e ridurrebbe la discrezionalità nella scelta delle iniziative da premiare.

³⁴⁹ Si tratta della regione Lombardia. In Umbria è stata prevista la libera circolazione dei soli diritti edificatori derivanti da interventi di riqualificazione nei centri storici.

³⁵⁰ Art. 1, commi 258 e 259, l. 24 dicembre 2007, n. 244.

³⁵¹ Art. 11, l. 6 agosto 2008, n. 133, di conv. del d.l. 25 giugno 2008, n. 112.

³⁵² È intervenuto anche il d.lgs. 11 marzo 2011, n. 28 (art. 12) attuativo della direttiva 2009/28/CE.

³⁵³ A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, cit..

³⁵⁴ E. BOSCOLO, *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, in www.elibrary.fondazione-notariato.it.

8.1. I caratteri distintivi tra perequazione e premialità edilizie.

Come si è proceduto rispetto ai crediti compensativi, è necessario altresì distinguere l'istituto perequativo da quello della premialità edilizia.

In primo luogo vi sono due finalità radicalmente diverse: redistributiva nella perequazione, incentivante nella premialità. Difatti, mentre la perequazione trova come referente il principio di uguaglianza formale *ex art. 3, comma 1, Cost.*, le premialità si collegano a quello di uguaglianza sostanziale *ex art. 3, comma 2, Cost.*

Con riguardo a quest'ultime, ne consegue che l'attribuzione dei diritti edificatori avviene una volta realizzati gli interventi stessi e quindi *ex post*. Diversamente, nella perequazione i diritti vengono assegnati direttamente dal Piano così come approvato, mentre in tale ultima ipotesi sussiste un collegamento genetico tra i diritti edificatori e il terreno (appartengono al terreno sebbene non possano essere esercitati sullo stesso), nella incentivazione tale collegamento manca perchè l'attribuzione opera come corrispettivo.

Al pari di quelli compensativi e a differenza di quelli perequativi, i diritti assegnati in funzione premiale non dovrebbero sottostare all'(eventuale) *jus superveniens*, ossia alle variazioni del piano che l'amministrazione decida di apportare, considerando che essi fungono da corrispettivo agli interventi di riqualificazione.

Un ulteriore aspetto differenziale riguarda il regime applicabile al trasferimento dei diritti edificatori e di quelli premiali. In particolare, ci si è chiesto se tali trasferimenti debbano essere o meno oggetto di procedure di evidenza

pubblica. Con determinazione n. 4 del 2 aprile 2008 l’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici³⁵⁵, richiamando la giurisprudenza della Corte costituzionale³⁵⁶, ha sancito che in tutti i casi in cui una convenzione urbanistica preveda l’attribuzione di diritti edificatori ad un privato a fronte della cessione di aree o della realizzazione di interventi di trasformazione e riqualificazione da parte dello stesso e salvo che sia stata esperita una procedura di evidenza pubblica per l’individuazione del privato, la p.A. soggiace alla disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici di lavori. Il ragionamento svolto dall’Authority è stato quello di valutare in primo luogo se la cessione dei diritti edificatori possa essere qualificata alla stregua di un contratto di appalto secondo la definizione comunitaria di appalti pubblici (quali “contratti a titolo oneroso (...) aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”)³⁵⁷. Considerato che

³⁵⁵ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione n. 4/2008 del 2 aprile, 2008, in www.autoritalavoripubblici.it.

³⁵⁶ Corte cost., 23 marzo 2006, n. 129, in *Giur. cost.*, 2006, 2.

³⁵⁷ Art. 1, par. 2, lett a), direttiva 2004/18/CE. Nel suo ragionamento l’Autorità ha richiamato Corte di Giustizia U.E. 12 luglio 2001, C-399/98, in materia di esecuzione di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione oggetto delle convenzioni di lottizzazione: “il giudice europeo, con la sentenza citata, ha affermato che la realizzazione delle opere di urbanizzazione di cui trattasi è da ricondurre al genus “ appalto pubblico di lavori”, stante il ricorrere dei seguenti elementi: la qualità di amministrazione aggiudicatrice degli enti procedenti (enti pubblici territoriali); la riconducibilità delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria alla categoria delle opere pubbliche in senso stretto, stante la loro idoneità funzionale a soddisfare le esigenze della collettività ed il pieno controllo dell’amministrazione competente sulla realizzazione delle opere medesime, a nulla rilevando che; l’opera sia inizialmente privata, in quanto le opere di urbanizzazione hanno per propria natura una intrinseca finalità pubblica; la natura contrattuale del rapporto fra l’amministrazione e il privato lottizzante, posto che la convenzione di lottizzazione, sottoscritta dalle parti, stabilisce diritti ed obblighi delle parti, ivi compresa l’esatta individuazione delle opere di urbanizzazione che il privato è tenuto a realizzare, nonché le relative condizioni di esecuzione; la natura onerosa di tale contratto, considerando che l’amministrazione comunale, accettando la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, rinuncia a pretendere il pagamento dell’importo dovuto a titolo di contributo, ai sensi dell’art. 3 della l. n. 10/1977, e che, pertanto, il titolare della concessione edilizia o del piano di lottizzazione, attraverso la realizzazione diretta delle opere, estingue un debito di pari valore, secondo lo schema civilistico dell’obbligazione alternativa. Poiché si tratta, quindi, di appalti pubblici di lavori, la Corte di giustizia ha ritenuto applicabile agli stessi

nel concetto di onerosità si fanno rientrare, in via generale, le sole prestazioni che prevedono la corresponsione di un importo monetario da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e che la cessione di diritti edificatori non prevede alcuna prestazione in termini monetari, tale fattispecie non dovrebbe sottostare alla disciplina degli appalti. Tuttavia, nella determinazione 4/2008 l'Autorità di vigilanza ha fornito un'interpretazione estensiva del concetto di onerosità facendovi rientrare anche le ipotesi in cui il prezzo corrisposto è rappresentato da un riconoscimento di diritti suscettibili di valutazione economica (e non da denaro)³⁵⁸. In altri termini, i diritti edificatori assegnati in cambio degli interventi da parte del privato costituiscono una prestazione onerosa in quanto trattasi di diritti suscettibili di valutazione economica e per tale motivo devono rispettare la disciplina in tema di appalti pubblici e il codice dei contratti. Diversamente, mancando il carattere di corrispettività con riguardo ai diritti premiali, questi non sottostanno alla disciplina degli appalti,

l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria; obbligo che sussiste anche nel caso in cui la scelta degli imprenditori incaricati della progettazione e dell'esecuzione delle opere spetti al lottizzante (titolare del permesso di costruire), non essendo necessario che il soggetto che conclude un contratto con l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente la prestazione pattuita, potendo tale soggetto farla eseguire a terzi". Nel caso dei diritti edificatori, l'Autorità ha evidenziato in primo luogo come "non sembra dubbio che ricorra la qualità di amministrazione aggiudicatrice in capo all'ente pubblico precedente e, sotto il profilo oggettivo, che oggetto di esecuzione siano opere pubbliche, trattandosi comunque e sempre di opere di interesse generale realizzate a vantaggio della collettività"; "Del pari, può sostenersi la natura negoziale del rapporto pubblico-privato, in quanto le convenzioni urbanistiche hanno indubbia natura contrattuale, disciplinando il rapporto tra le parti con valore vincolante, sulla base di uno scambio sinallagmatico".

³⁵⁸ Secondo l'Autorità, "il carattere oneroso della prestazione deve ritenersi sussistere in qualunque caso in cui, a fronte di una prestazione, vi sia il riconoscimento di un corrispettivo che può essere, a titolo esemplificativo, in denaro, ovvero nel riconoscimento del diritto di sfruttamento dell'opera (concessione) o ancora mediante la cessione in proprietà o in godimento di beni. In altri termini, il vantaggio economico in cui consiste la causa del negozio non deve obbligatoriamente essere limitato ad una corresponsione in denaro, ma ben può consistere in un riconoscimento di diritti suscettibili di valutazione economica".

quanto piuttosto alla disciplina contenuta nell'art. 12 della legge n. 241/1990 in tema di sovvenzioni e aiuti economici³⁵⁹.

Non sono mancate critiche alla determinazione dell'Autorità di vigilanza da parte di chi riconduce il concetto di onerosità unicamente ad una controprestazione in termini monetari³⁶⁰.

Nella cessione dei diritti edificatori il privato realizza un'opera pubblica di cui beneficia l'amministrazione senza procedere ad esborso monetario alcuno. Tale ipotesi rientrerebbe piuttosto nella categoria dei contratti esclusi, ossia diversi dai contratti pubblici e soggetti ai soli principi del diritto eurounitario ma non anche alle direttive appalti e al codice dei contratti. Quanto osservato non esclude tuttavia il dovere di seguire procedure improntate alla trasparenza e non discriminatorietà garantendo un elevato livello di pubblicità che consenta un controllo di imparzialità delle procedure di aggiudicazione³⁶¹.

I trasferimenti premiali invece mancano non solo del requisito di corrispettività, ma anche di quello della controprestazione. Difatti, mentre nella cessione dei diritti edificatori la p.A. ottiene la realizzazione di una opera pubblica in cambio dell'attribuzione della capacità edificatoria al privato, il trasferimento di diritti premiali integra piuttosto un negozio unilaterale che accresce il patrimonio del privato da premiare o incentivare. Per tale motivo il trasferimento premiale è da ricondurre all'art. 12 legge 241/90, ai sensi del

³⁵⁹ In tal caso infatti la p.A. riceve in cambio la realizzazione di un'opera pubblica e quindi accresce il suo patrimonio. In argomento G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, Ipsoa, 2014, n. 642.

³⁶⁰ A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, cit.; M.A. QUAGLIA, *Convenzioni urbanistiche e lavori pubblici*, Torino, 2009, 96. In giurisprudenza vedi anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 31 marzo 2008, n. 1666, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶¹ Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunit.* 2000, 1419.

quale “la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l’attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi”. Non è pertanto necessario seguire le procedure competitive, salvo i casi limite (ad esempio il caso di un’asta di diritti edificatori) ove la procedura competitiva non deve comunque sottostare agli schemi comunitari.

9. Riconoscimento legislativo del fenomeno compensativo e premiale edilizio.

Il fenomeno compensativo, diffusosi nella prassi e in assenza di riconoscimento legislativo alcuno, è oggi previsto dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 1, comma 258, il quale dispone che *“fino alla definizione della riforma organica del governo del territorio, (..) 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.”*. Il comune può quindi prevedere, con p.r.g. o variante, di indurre una cessione volontaria delle aree dei privati in cambio dell’attribuzione di una volumetria

che non potrà essere utilizzata sull'area ceduta ma su una altra area c.d. di "atterraggio" che il piano dovrebbe già prevedere per evitare di correre ai ripari con una successiva variante. E' stato notato³⁶² che dalla lettera della norma sembrerebbe che non sia consentita una applicazione della compensazione per fini diversi da quello della acquisizione di aree per edilizia residenziale pubblica.

Con la citata legge finanziaria del 2008, al comma 259 dell'art. 1³⁶³ ha trovato altresì riconoscimento l'affine istituto della premialità edilizia benché tale intervento non abbia introdotto una disciplina organica scevra da dubbi interpretativi. Il predetto comma dispone che *“ai fini dell'attuazione 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 al comma 258”*(ossia degli ambiti previsti dal piano per le cubature offerte in “compensazione”³⁶⁴). E' stata rilevato che la norma non si preoccupa di regolare un aspetto di fondamentale importanza, ossia la circostanza per cui la cubatura conseguita - da utilizzare nel medesimo intervento “premiato”- avrà delle ripercussioni di non poco conto sulle proprietà vicine.

³⁶² P. STELLA RICHTER, *Diritto Urbanistico*, cit., 2010, 74, l'autore osserva come sulla base della lettera della norma “sia illegittima una sua utilizzazione a fini diversi, come quello (frequentemente perseguito) di acquisire aree da destinare a parco pubblico”.

³⁶³ Legge finanziaria per il 2008, l. 24 dicembre 2007, n. 244 cit..

³⁶⁴ P. STELLA RICHTER, *Diritto Urbanistico. Manuale breve*, cit., 92 ss..

Lo stesso problema si riscontra nella normativa introdotta dall'art. 11 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112³⁶⁵ (c.d. Piano Casa) che attribuisce volumetrie aggiuntive senza preoccuparsi delle conseguenze sul piano dell'edilizia. La norma, così come modificata dal d.l. 70/2011, si preoccupa di semplificare le procedure per procedere con lavori edilizi e attribuisce una capacità edificatoria premiale ai privati a fronte di interventi di demolizione e ricostruzione, consistenti a) nel riconoscimento di una volumetria aggiuntiva rispetto a quella preesistente come misura premiale, b) nella delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse, c) nell'ammissibilità delle modifiche di destinazione d'uso, purché si tratti di destinazioni tra loro compatibili o complementari, d) nelle modifiche della sagoma necessarie per l'armonizzazione architettonica con gli organismi edilizi esistenti. Si precisa poi che tali interventi *“non possono riferirsi ad edifici abusivi o siti nei centri storici o in aree ad inedificabilità assoluta, con esclusione degli edifici per i quali sia stato rilasciato il titolo abilitativo edilizio in sanatoria”*.

Rinviando al prosieguo della presente analisi per un approfondimento, si rileva fin d'ora che la normativa del 2008 del c.d. Piano Casa ha rappresentato un sostegno alla tesi che qualifica il diritto edificatorio come bene autonomo in quanto è stata prevista, per la prima volta, la trasferibilità senza necessario collegamento con un terreno.

Sulla stessa linea, il già citato d.l. n. 70 del 2011 ha previsto la possibilità per le Regioni di prevedere *“a) il riconoscimento di una volumetria aggiuntiva*

³⁶⁵Art. 11 d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133 ove si consente *“e) la cessione, in tutto o in parte, dei diritti edificatori come corrispettivo per la realizzazione anche di unità abitative di proprietà pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato, ovvero da destinare alla alienazione in favore delle categorie sociali svantaggiate(.)”*.

rispetto a quella preesistente come misura premiale; b) la delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse; (..)”.

Come spesso accade, è difficile capire quali siano state le ragioni che hanno spinto il legislatore statale ad intervenire in via sporadica, con la conseguenza di aver elaborato una disciplina di tali istituti non unitaria nè definita nei suoi contorni; altresì non ha permesso di sciogliere del tutto i dubbi circa la corretta qualificazione degli stessi.

Ulteriori interventi del legislatore sono contenuti nel d.l. Sblocca Italia (d.l. n. 133/2014, convertito in l. n. 164/2014), di cui si tratterà al termine del capitolo. Ancora una volta essi danno per presupposta le nozioni e la funzione della compensazione e della incentivazione, disciplinandone aspetti specifici.

10. Recenti novità normative che assumono a presupposto la circolazione dei diritti edificatori: il decreto Sviluppo n. 70 del 2011 (che integra l’art. 2643 c.c.) ed il decreto Sblocca Italia del 2014 (che disciplina il permesso di costruire convenzionato).

Definiti i tratti distintivi tra le diverse figure esaminate è possibile analizzare l’aspetto che li accomuna e che ne impone una trattazione unitaria: la capacità di generare diritti edificatori.

In argomento, l'introduzione del n. 2-bis nel comma 1 dell'art. 2643 c.c. ad opera dell'art. 5, comma 3, d.l. n. 70 del 2011³⁶⁶ impone di valutare quanto essa abbia effettivamente inciso sul regime circolatorio dei diritti edificatori.

Secondo la norma appena citata, devono essere trascritti *“i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale”*³⁶⁷. La novella legislativa ha posto in primo luogo un problema interpretativo nella parte in cui aggiunge all'ipotesi di trasferimento dei diritti edificatori anche i casi di costituzione e modificazione degli stessi: tale ultimo riferimento sembra riferirsi all'esercizio del potere della p.A. ed, in particolare, alle convenzioni stipulate tra la stessa (quale soggetto pubblico) ed i privati³⁶⁸. Un esempio di accordo *“potrebbe essere quello concluso ai sensi dell'art. 45 del t.u. sull'espropriazione, che nel sancire il diritto del proprietario di stipulare un atto di cessione volontaria del bene espropriando, consente di prevedere un controvalore in diritti edificatori anziché in denaro”*³⁶⁹.

Esaurito il problema di carattere interpretativo, è evidente innanzitutto l'esigenza di introdurre una forma di pubblicità di tali accordi e creare

³⁶⁶ Convertito nella legge n. 106 del 2011.

³⁶⁷ Il n. 2-bis del comma 1 dell'art. 2643 c.c. è stato introdotto dal d.l. 13 maggio 2001, n. 70, art. 5, comma 3, come modificato dalla legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106. In dottrina, E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, cit., 1051 ss..

³⁶⁸ Pertanto, con il termine *“trasferimento di diritti edificatori”* si sono intesi gli accordi conclusi tra privati oppure tra privati e p.A. quando essa agisce come soggetto di diritto privato, mentre il riferimento ai contratti che *“costituiscono o modificano”* i diritti edificatori si rinvia agli accordi tra privati e p.A..

³⁶⁹ P. URBANI, *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge n. 106/2011, di conversione del d.l. 70 del 13 maggio 2011. Semestre europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia*, in *www.giustamm.it.*, 8, 2011, 6.

maggior certezza nel settore della circolazione dei diritti edificatori che, nel corso del tempo, ha assunto (forse inaspettatamente) sempre maggior importanza.

A ben vedere, però, già prima della novella, gli atti con cui si trasferivano i diritti edificatori non erano privi di una forma di pubblicità: basti pensare alle prescrizioni urbanistiche indicate nel certificato di destinazione urbanistica che va tuttora allegato, a pena di nullità, ai negozi di trasferimento, costituzione (o scioglimento della comunione) di diritti reali relativi a terreni³⁷⁰ oppure al fatto che spesso è lo stesso negozio con cui si realizza il trasferimento della cubatura ad essere soggetto a trascrizione.

Sebbene la finalità sia apprezzabile, ci si trova dinanzi ad una decretazione d'urgenza e non, come sarebbe stato opportuno, ad un testo volto a disciplinare in modo organico l'istituto dei crediti volumetrici.

Il legislatore ha poi introdotto delle disposizioni relative alle premialità edilizie ed ha invitato le Regioni ad approvare, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto, leggi che prevedano incentivi per la riqualificazione di zone degradate e delle costruzioni a destinazione non residenziali dismesse oppure per la demolizione e ricostruzione di immobili.

Con un emendamento in sede di conversione del decreto si è inoltre previsto che, decorsi due anni dalla decadenza del Piano particolareggiato, il Comune può accogliere le proposte di privati i cui suoli siano interessati al fine di dare attuazione, in chiave perequativa, al Piano particolareggiato decaduto completando le infrastrutture ed i servizi previsti; ai fini di una maggior

³⁷⁰ D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 30, comma 3.

semplificazione e celerità del procedimento, i Comuni possono far approvare i comparti dal solo Consiglio comunale.

Nonostante il c.d. decreto sviluppo li abbia espressamente riconosciuti nonché previsto un regime di pubblicità, la disciplina dei diritti edificatori è tuttora da ricercarsi nelle previsioni delle prime leggi regionali che intorno agli anni novanta iniziarono a sperimentare diversi istituti nella pianificazione territoriale “generatori” di diritti edificatori. Ancora una volta non è stata colta l’opportunità (né la forte sollecitazione proveniente dal mondo giuridico) di predisporre una disciplina organica delle fattispecie di operatività dei diritti edificatori e l’intervento di cui all’art. 5, comma 3, del d.l. sviluppo finisce per tradursi in un intervento circoscritto, di certo non risolutivo delle questioni relative alla copertura normativa della perequazione e della compensazione urbanistica.

Di talché, è necessario ancora far riferimento alle leggi regionali ed alle previsioni di piano per individuare i molteplici ambiti di applicazione dei diritti edificatori e rinunciare all’idea di una normativa organica e dettagliata in materia. Allo stesso tempo la disposizione in esame non va completamente disprezzata in quanto ha il merito di aver risolto forse l’aspetto che più necessitava di regolazione al fine di garantire maggiore certezza giuridica nel campo dei diritti edificatori, quello circolatorio. Difatti, nel contesto precedente la novella dell’art. 2643 c.c., l’utilizzo massiccio di tali diritti in chiave perequativa, compensativa e premiale non era affiancata da un sistema circolatorio chiaro e garantista.

Da ultimo, con sentenza 9 luglio 2015 n. 3435 il Consiglio di Stato ha interpretato l'intervento statale in esame quale implicito riconoscimento a che i diritti edificatori possano essere oggetto di legislazione regionale³⁷¹.

Concludendo, la novella del 2011 si pone in linea con l'intervento statale auspicato più volte dalla giurisprudenza³⁷² al fine di regolare i profili circolatori, prevedere un regime di pubblicità opponibile ai terzi e risolvere i problemi di compatibilità costituzionale degli istituti generatori dei diritti edificatori³⁷³. Pertanto – seppure con alcune mancanze - l'intervento in questione costituisce un ulteriore tassello del percorso evolutivo dei diritti edificatori e ha predisposto un regime pubblicitario chiaro e sicuro dei negozi aventi ad oggetto gli stessi.

Tale pubblicità ha rilievo, in termini più generali, anche per le ipotesi di cessione o trasferimento di cubatura. In tale senso, recentemente la Cassazione³⁷⁴ ha evidenziato che con la norma del decreto sviluppo “il legislatore ha inteso dare riconoscimento (pubblicità) anche a quegli accordi fra proprietari (cessione di cubatura), con cui una parte (il proprietario cedente) si impegna a prestare il proprio consenso affinché la cubatura (o una parte di essa) che gli compete in base agli strumenti urbanistici venga attribuita dalla p.A. al proprietario del fondo vicino (cessionario), compreso nella stessa zona urbanistica, così consentendogli di chiedere ed ottenere una concessione per la

³⁷¹ Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2015, n. 3435, cit..

³⁷² Cons. Stato, 8 giugno 2010, n. 4545, cit., 964, dove è stato osservato come la legittimità della disciplina perequativa si regga “su due pilastri fondamentali, entrambi ben noti al nostro ordinamento: da un lato, la potestà conformativa del territorio di cui l'Amministrazione è titolare nell'esercizio della propria attività di pianificazione; dall'altro, la possibilità di ricorrere a modelli privatistici e consensuali per il perseguimento di finalità di pubblico interesse”.

³⁷³ Nella relazione illustrativa alla l. n. 106/2011 di conversione del d.l. n. 70/2011 si afferma che l'intervento è finalizzato a “garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori”.

³⁷⁴ Cass., Sez. II, 12 novembre 2015, n. 23130, in *www.cortedicassazione.it*.

costruzione di un immobile di volume maggiore di quello cui avrebbe avuto altrimenti diritto: al fine di consentire al proprietario finitimo di ottenere la concessione edilizia o il permesso di costruire per realizzare una volumetria maggiore di quella che sarebbe consentita, il cedente rinuncia allo sfruttamento edilizio del proprio fondo che è destinato a rimanere ineditato”.

Al fine di “semplificare le procedure edilizie e ridurre gli oneri a carico dei cittadini e delle imprese, nonché di assicurare processi di sviluppo sostenibile, con particolare riguardo al recupero del patrimonio edilizio esistente e alla riduzione del consumo del suolo” il c.d. decreto *Sblocca Italia* (d.l. n. 133 del 2014 convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164) ha introdotto diverse novità nel testo unico dell’edilizia³⁷⁵, tra cui l’art. 28-bis recante la disciplina del permesso di costruire convenzionato. Si tratta, come insegnano le esperienze regionali³⁷⁶, di uno strumento *utilizzabile in alternativa agli strumenti urbanistici attuativi – con maggiore facilità di utilizzo rispetto a questi – quando* “le esigenze di urbanizzazione possono essere soddisfatte, sotto il controllo del comune, con una modalità semplificata” rispetto alla approvazione di uno strumento attuativo (caratterizzato da procedimenti di approvazione più complessi e lunghi)³⁷⁷.

La *ratio legis* sottesa a tale intervento va ricercata in primo luogo nella necessità di disciplinare a livello statale uno strumento di semplificazione come quello in esame, ponendo fine alle inaccettabili diseguaglianze derivanti dalle

³⁷⁵ Art. 17, co. 1, lett. q) decreto Sblocca Italia.

³⁷⁶ Ad esempio, l’istituto era previsto già nella l.r. Lombardia n. 12/2005.

³⁷⁷ In argomento M. D’ORSOGNA, *Art. 18-bis*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell’edilizia*, Milano, 2015, 684 ss.; P. URBANI, *Le novità del decreto Sblocca Italia*, in *Giur. it.*, 2015, 236 ss.; E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall’art. 17 del decreto “Sblocca Italia”*, in *Urb. e app.*, 2015, 26 ss..

differenti discipline regionali³⁷⁸. In secondo luogo, ma non per importanza, l'intervento legislativo in esame si propone di porre un freno al fenomeno del consumo di suolo (di cui si tratterà in modo più dettagliato nel capitolo III), bene ormai sempre più raro, e consentire l'ottenimento del permesso di costruire convenzionato solo per gli interventi da realizzare nella città consolidata.

Ai fini della nostra ricerca rileva un aspetto in particolare, ossia la possibilità prevista dal legislatore che oggetto della convenzione che accompagna il titolo edilizio possa essere, tra l'altro, "la cessione di aree anche al fine dell'utilizzo di diritti edificatori": è evidente come il legislatore dia per acquisiti nel nostro ordinamento i diritti edificatori e, conseguentemente, anche gli istituti generatori degli stessi. Il permesso di costruire convenzionato è utilizzabile, quindi, ad esempio, ai fini dell'asservimento dei diritti – provenienti da compensazione o incentivi - all'area di intervento o per interventi che prevedono il trasferimento di diritti edificatori da un'area di pertinenza indiretta, con cessione della stessa, ad un'area di pertinenza diretta³⁷⁹.

³⁷⁸ La Corte Costituzionale nella sentenza 5 aprile 2013, n. 62 ha infatti ricondotto alla competenza legislativa esclusiva dello Stato *ex art. 117, co. 2, lett. m)*, Cost. le norme di semplificazione amministrativa, in *Giur. cost.*, 2013, 2, 937; P. URBANI, *Brevissime note sulle modifiche al t.u. edilizia dopo lo "sblocca cantieri"*, in *Riv. giur. edil.*, supplemento n. 6/2014, 128.

³⁷⁹ Si tratta di denominazioni previste, ad esempio, nel piano di governo del territorio di Milano; in caso di aree di pertinenza diretta i diritti edificatori sono esercitabili nella proprietà, mentre le aree di pertinenza indiretta sono aree inedificabili ma con diritti edificatori esercitabili su aree di pertinenza diretta.

11. La controversa natura giuridica dei diritti edificatori.

Definire la natura giuridica dei diritti edificatori è compito arduo, considerato il contesto normativo in cui essi sono nati, la successiva frammentata legislazione (regionale e statale), ma soprattutto l'inesistenza di una definizione normativa (l'art. 2643, n. 2-bis, c.c., come pocanzi esaminato, ha infatti dato per presupposta la qualificazione dei diritti edificatori). La delicatezza dell'argomento deriva inoltre dalla afferenza di tale categoria di diritti alla materia dell'ordinamento civile e dalla stretta connessione tra diritti edificatori, diritto di proprietà e *jus aedificandi*.

Va sottolineato fin d'ora a scanso di equivoci l'insussistenza di un rapporto di identità tra diritto edificatorio e *jus aedificandi*. Piuttosto, tra di essi vi è un rapporto di tipo quantitativo: il primo costituisce la dimensione quantitativa del secondo ed indica la "misura della trasformazione realizzabile dal titolare dello *ius aedificandi*"³⁸⁰. Inoltre, il diritto edificatorio ha la caratteristica di nascere per effetto della scissione tra la titolarità del fondo e l'esercizio dello *jus aedificandi*³⁸¹.

Considerare la volumetria come bene giuridico a sé stante è stato necessario – anteriormente alla novella legislativa del 2011 – per garantire idonea tutela all'interesse allo sfruttamento edificatorio (dapprima inteso come cubatura e

³⁸⁰ 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 *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, a cura di A. BARTOLINI, A. MALTONI, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, 87-108.

³⁸¹ F. GUALANDI, *La circolazione dei diritti edificatori e altre questioni di giurisdizione in materia di edilizia e di urbanistica*, cit..

successivamente quale diritto edificatorio) in assenza di una tipizzazione dello stesso: difatti la costruzione di un “nuovo” bene giuridico era necessaria per soddisfare una esigenza di tutela che il legislatore ha provveduto a garantire solo con l’introduzione nel 2011 del nuovo n. 2-*bis* all’art. 2643 c.c. (riconoscendo in modo espresso il diritto edificatorio come possibile oggetto di trasferimento slegato dalla proprietà del suolo)³⁸².

In dottrina, anteriormente alla citata novità, erano presenti da un lato teorie civiliste e dall’altro amministrativiste (o pubbliciste): le prime orientate a considerare il diritto edificatorio come diritto reale sul fondo o bene giuridico, le seconde ad attribuire loro natura di interesse legittimo.

La novella legislativa avrebbe confermato – secondo una delle teorie civiliste - la natura di diritto reale sul fondo sorgente del diritto edificatorio³⁸³, che corrisponde o ad un diritto di superficie atipico o di servitù *altius non tollendi* sul fondo.

Le critiche mosse a tale assunto si sono fondate, oltre che sulla lesione del principio di tipicità dei diritti reali, sulla mancata considerazione che i diritti edificatori possono anche mancare del collegamento genetico con il fondo c.d. sorgente ed essere assegnati dalla p.A. indipendentemente dalla sua esistenza (es. crediti edilizi in funzione premiale)³⁸⁴. Venendo meno il carattere reale del diritto ci si chiede, quindi, come si possa ricondurre i diritti edificatori alla

³⁸² R. BIANCHI, *Terreni sotto giuramento*, in *Immobili e proprietà*, 2013, 5, 308; M. ZANNI, *Regime impositivo e rivalutazione dei diritti edificatori*, in *Fisco*, 2013, 13, 1917.

³⁸³ Cass., Sez. trib., 14 maggio 2007 n. 10979; T.A.R. Catania, Sez. I, 7 luglio 2011 n. 1677 entrambe in *Temì di diritto civile, penale, amministrativo*, a cura di R. GIOVAGNOLI, Giuffrè, Milano, 2012, 126; A. PISCHETOLA, *La circolazione di cubatura, di crediti edilizi e di diritti edificatori: profili fiscali*, in *Fisco*, 2011, 2664 ss..

³⁸⁴ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, volo e trascrizione*, in *Giust. civ.*, 2012, 101.

categoria dei diritti reali. Inoltre, la giurisprudenza amministrativa ha rilevato che “nel rapporto tra piani urbanistici succedutisi nel tempo, un nuovo strumento generale è libero di attribuire capacità edificatoria ad un fondo che l’abbia in passato espressa anche interamente (Consiglio di Stato sez IV 19 ottobre 2006 n.6229, T.A.R. Puglia Bari sez II, 25 agosto 2010, n.3414) rientrando ciò nella ampia discrezionalità del pianificatore”³⁸⁵; ne consegue che l’atto di asservimento non comporta una inedificabilità dell’area la quale ben può essere destinataria di altre previsioni urbanistiche che le attribuiscono ulteriore volumetria, la quale potrà essere spesa sull’area non essendo legata al precedente negozio costitutivo della servitù³⁸⁶. Altri hanno invece posto in evidenza la circostanza che tali diritti debbano essere considerati come un bene a sé stante, valutabile dal punto di vista economico e giuridico, che perde il legame con il bene fisico (il fondo) e pertanto definibile come bene immateriale di origine immobiliare. A sostegno di tale assunto vgono richiamate alcune ipotesi simili esistenti nel nostro ordinamento, come il caso della c.d. quota latte – la quale può essere ceduta o data in affitto dal produttore agricolo a cui spetta, senza dover cedere anche l’azienda – o del c.d. diritto al reimpianto del vitigno – del pari alienabile o cedibile in affitto ad altri viticoltori senza dover cedere l’intera vigna³⁸⁷. Di conseguenza, non

³⁸⁵ T.A.R. Puglia, Bari, 25 novembre 2011 n. 1807, in www.giustizia-amministrativa.it. *Contra* Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2011 n. 1629, nonché Id., 20 luglio 2011, n. 4450 entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸⁶ D. LAVERMICOCCA, *La cessione di cubatura e l’asservimento di area tra presente e futura applicazione*, in *Urb. e app.*, 2006, 946.

³⁸⁷ G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 428; A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di dir.civ. e comm.* a cura di A. CICU, F. MESSINEO E L. MENGONI, 2012, 126 ss.; L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, 2013, in www.e-glossa.it che fa riferimento anche ai diritti all’aiuto previsti dal regolamento CE n. 1782/2003 - che dispone l’erogazione di un sussidio in

sussisterebbe nemmeno un pericolo di violazione del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, appunto perché la cubatura costituisce un bene giuridico autonomo e non un diritto reale³⁸⁸. Nello stesso filone, i diritti edificatori sono stati qualificati come beni immobili “virtuali”, a sé stanti e separati dal suolo, oggetto di proprietà o altro diritto reale e soggetti alla disciplina dei diritti immobiliari³⁸⁹. Altri³⁹⁰, nel soffermarsi in particolare sul ruolo svolto dalla p.A. nella vicenda in esame, guardano ai diritti edificatori come *utilitas* del fondo, ossia una “*chance*” edificatoria “concessa” dalla p.A.: è questa, infatti, che rilascia il titolo edilizio che “autorizza” il richiedente ad utilizzare la volumetria. Il richiedente è titolare di un mero interesse legittimo pretensivo a che “l’astratta volumetria riconosciuta dal potere di piano, o altre fattispecie equipollenti, possa concretizzarsi tramite il rilascio del titolo abilitativo (e *similia*)”³⁹¹.

Secondo altra tesi il diritto edificatorio avrebbe natura di diritto di credito: esso coincide con l’impegno assunto dal cedente a non costruire sul proprio fondo e cedere la volumetria; grazie alla prestazione di carattere obbligatorio del

favore degli agricoltori in base alla estensione della superficie aziendale destinata ad attività agricola ed indipendentemente dalla quantità e tipo di produzione - che l’agricoltore cui spettano può trasferire con o senza terra ad altro agricoltore stabilito nello stesso Stato membro.

³⁸⁸ E. BERGAMO, *La cessione dei diritti edificatori*, in *Corriere del merito*, 2012, 2, 119.

³⁸⁹ A. GAMBARO, *I beni*, cit., 135; ID., *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori. Alcuni prolegomeni in La libera circolazione dei diritti edificatori nel Comune di Milano ed altrove*, Milano 2012, 187.

³⁹⁰ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, volo e trascrizione*, in *Giust. civ.*, 2012, 101 ss.; A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007; B. MASTROPIETRO, *Dalla cessione di cubatura al trasferimento “in volo” dei diritti edificatori: l’art. 2643, n. 2 bis, c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 569; ID., *La natura e circolazione dei diritti edificatori*, Esi, Napoli, 2013, 106.

³⁹¹ A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, cit., 303.

cedente è possibile il rilascio da parte della p.A. del titolo edilizio maggiorato, che determina l'effettivo trasferimento del diritto edificatorio.

Il diritto edificatorio viene inoltre qualificato come un interesse legittimo di tipo pretensivo³⁹², economicamente valutabile e presente nel patrimonio del titolare del fondo non in virtù del diritto di proprietà, ma in base alla norma urbanistica vigente. Tale interesse legittimo, al pari di un'aspettativa di diritto, può circolare ed essere oggetto di disposizione da parte del titolare³⁹³. Il trasferimento dei diritti integrerebbe una fattispecie a formazione progressiva ove il negozio tra i privati rappresenta unicamente una fase all'interno di un procedimento amministrativo che si concluderà con il rilascio o meno del titolo edilizio da parte dell'amministrazione procedente.

È noto tuttavia che il diritto edificatorio può essere oggetto di successive cessioni (anche indipendentemente dall'individuazione dell'area di atterraggio); far dipendere l'effetto traslativo della volumetria dal rilascio del titolo edilizio maggiorato, come sostenuto dalla ultima tesi citata, significherebbe pertanto sostenere che i privati trasferirebbero solo aspettative o prestazioni obbligatorie, il che, se non pone particolari problemi nella ipotesi "base" di cessione di cubatura tra due soggetti con previa individuazione del fondo "accipiente", lo stesso non può dirsi in tutti i casi in cui i diritti edificatori restano "in volo".

³⁹²F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, cit., 101 ss..

³⁹³ L'art. 1376 c.c. infatti fa riferimento ad "ogni altro diritto".

Sebbene non sia d'aiuto il silenzio della legge, il diritto edificatorio è un istituto "sempre uguale a sé stesso"³⁹⁴, il quale non può presentare regimi diversi a seconda che si trovi in "volo" o meno.

Con riguardo al ruolo svolto dalla p.A., per quanto esso sia indispensabile, non è possibile ricondurre ad esso l'effetto costitutivo-traslativo del diritto edificatorio. Una conferma che i negozi di trasferimento sono già perfetti, del resto, si trova nelle ipotesi di perequazione, compensazione e premialità edilizie previste dal pianificatore che assegnano direttamente la cubatura ai destinatari.

Ad ogni modo, la possibilità di autonoma circolazione dei diritti edificatori, slegati dal fondo di atterraggio, l'assegnazione degli stessi in sede di pianificazione in via diretta o a seguito di convenzione e la norma sulla trascrivibilità dei relativi negozi costituiscono una serie di fattori che hanno indotto parte della dottrina³⁹⁵ ad attribuire ai diritti edificatori la natura di beni immateriali, possibile oggetto, in base ad una interpretazione estensiva³⁹⁶, di diritti *ex art. 810 c.c.*³⁹⁷: la immaterialità sarebbe confermata anche dal regime circolatorio di cui al citato art. 2643, n. 2-*bis* c.c. potendo circolare anche "in volo", ossia slegati dalla proprietà di un terreno. Ulteriore sostegno è stato riscontrato nell'art. 11, comma 5, l. n. 133/2008 (c.d. Piano Casa) che, per la

³⁹⁴ G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 428.

³⁹⁵ A. GAMBARO, *I beni*, cit., 126; ID., *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edil.*, 3/2010; G. TRAPANI, *La cubatura quale bene in senso tecnico*, 2011 in www.notaicomolecco.it; ID., *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 411 sostiene che, quando si trova in volo, la cubatura ha natura giuridica di bene mobile, mentre con l'atterraggio sul fondo acquisterebbe la qualità immobiliare.

³⁹⁶ U. MATTEI, *Proprietà*, in *Dig. civ.*, 1997.

³⁹⁷ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 775.

prima volta, ha previsto la trasferibilità dei diritti edificatori senza necessario collegamento con un terreno³⁹⁸.

La normativa del c.d. Piano Casa ha consentito infatti all'Amministrazione di attribuire diritti edificatori in funzione compensativa, premiale o quale incentivazione a fronte della realizzazione di alcuni interventi di pubblico interesse. La normativa in esame ha posto numerosi interrogativi in quanto non ha chiarito come vengono generati tali diritti nè ha regolato il loro trasferimento. Certamente essa presuppone l'esistenza di un "tesoretto" pubblico di crediti edilizi di cui l'amministrazione può disporre; tali crediti edilizi potrebbero pertanto derivare o da aree di proprietà della stessa Amministrazione³⁹⁹ o essere stati acquistati dalla stessa da privati⁴⁰⁰ o, finanche, possono essere sganciati dalla proprietà di un suolo⁴⁰¹. Mentre le prime due ipotesi non pongono particolari problemi (qui i diritti edificatori hanno carattere "prediale"), lo stesso non può dirsi con riguardo alla generazione di diritti edificatori per "auto poiesi" ad opera dello strumento urbanistico. In tale ultimo caso, non essendo legato alla proprietà del suolo, il

³⁹⁸ P. MARZARO GAMBA, *Credito edilizio, compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, II, 644. Nel c.d. Piano Casa si legge che gli interventi di edilizia residenziale e di riqualificazione urbana possono realizzarsi mediante "il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo" o con "incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e di miglioramento della qualità urbana, (...)" e tramite "la cessione, in tutto o in parte, dei diritti edificatori come corrispettivo per la realizzazione anche di unità abitative di proprietà pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato, ovvero da destinare alla alienazione in favore delle categorie sociali".

³⁹⁹ È il caso del comune di Reggio Emilia.

⁴⁰⁰ È il caso di Terni su cui v. A. BARTOLINI, *Governo e mercato dei diritti edificatori: l'esperienza umbra*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Atti del Convegno di Perugia*, 30 novembre 2007, 5.

⁴⁰¹ Il p.g.t. del comune di Monza è stato approvato il 29 novembre 2007: il documento di piano al punto 7.2.4 prevede che il comune, indipendentemente dall'effettiva proprietà delle aree generatrici, "acquisisce con i fondi derivanti dalle monetizzazioni degli interventi di ristrutturazione il 21% dei diritti volumetrici derivanti dalle aree destinate ai servizi ed alla viabilità esterne ai comparti, lasciando alla libera contrattazione tra privati il restante 79%".

diritto edificatorio verrebbe sganciato dallo *jus aedificandi* e ricondotto, piuttosto, alla fattispecie concessoria; pertanto, sarebbe l'amministrazione a "concedere" al richiedente il diritto edificatorio, inteso come un "nuovo" diritto attribuito alla sua sfera patrimoniale.

Un'ipotesi di tal fatta soggiace tuttavia al principio di tipicità e la previsione contenuta nel Piano Casa non sembra attribuire all'Amministrazione il potere di autogenerare diritti edificatori, limitandosi a consentire il loro trasferimento senza preoccuparsi di definirne il momento genetico. In argomento è stata richiamata la nota pronuncia della Corte costituzionale n. 5/1980⁴⁰² che, occupandosi incidentalmente della questione della natura giuridica della "concessione edilizia" introdotta dalla l. Bucalossi, ha escluso la imputabilità *ab origine* al Comune del diritto di edificare; pertanto esso non potrebbe autogenerare diritti edificatori, in assenza di un collegamento con un proprio diritto di proprietà sui suoli⁴⁰³. Ne deriverebbe che la normativa in esame inerisce alle sole ipotesi di trasferimento dei diritti edificatori derivanti dall'esercizio del potere di conformazione della proprietà⁴⁰⁴.

È infatti questione complessa quella riguardante la provenienza dei diritti edificatori in mano pubblica, ossia la definizione di quale sia la fonte da cui la p.A. può, legittimamente, trarre quei diritti che utilizza come "moneta volumetrica".

Vi è chi ritiene che la p.A. possa essere legittimamente titolare di crediti edilizi solo se li abbia previamente acquistati da privati o se essi sono collegati a suoli

⁴⁰² Corte cost., 30 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. cost.*, 1980, 21 ss..

⁴⁰³ A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, cit., 11.

⁴⁰⁴ A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, cit., 12 ss..

di proprietà pubblica; diversamente opinando, è stato osservato che “non saremmo più in presenza di conformazione della proprietà ma di concessione, che non è consentita dal nostro ordinamento, né potendosi rinvenire fondamento nelle laconiche previsioni del Piano Casa”⁴⁰⁵. Una parte della dottrina, pertanto, denuncia la previsione di una autopoesi dei crediti edilizi rilevando che “appaiono gravemente illegittimi i piani perequativi (secondo il modello a volumetria aggiuntiva, invero non rarissimi: Monza) nei quali viene attribuita al Comune una quota di edificabilità disgiuntamente dalla titolarità del terreno atto a produrla”⁴⁰⁶. Quanto rilevato è stato confermato anche nella pronuncia del Consiglio di Stato del 21 agosto 2006, n. 4833 in cui è stata giudicata illegittima la previsione contenuta nel p.r.g. del Comune di Bassano del Grappa che prevedeva una riserva della quota pari al 50% della capacità insediativa totale in favore del Comune⁴⁰⁷. Il giudice amministrativo in tale occasione ha affermato che “non è dato rinvenire alcuna disciplina, di fonte legislativa, che autorizzi una riserva di proprietà fondiaria alla mano pubblica - come quella prefigurata nella specie - al fine di contenimento dei prezzi, in un’ottica "dirigista" del mercato dei terreni edificabili. Va ribadito, quindi, che in assenza di specifica normativa primaria la disposizione in parola si manifesta priva del supporto legislativo necessario per giustificare la cennata compressione del diritto di proprietà, al di fuori delle garanzie previste in proposito dall’art. 42 della Carta costituzionale”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ G. SABBATO, *La perequazione*, cit..

⁴⁰⁶ E. BOSCOLO, *La perequazione da semplificare*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 50, nota 16; A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, cit., 10.

⁴⁰⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4833, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁰⁸ Punti 2.1. e 2.2. della motivazione.

Sul punto, al fine di capire l'esatta portata della pronuncia, è d'obbligo far riferimento alla vicenda del p.r.g. di Roma, censurato – come ricordato nel corso del capitolo - dal T.A.R. Lazio ma ritenuto legittimo dal Consiglio di Stato, evidenziando le apparenti somiglianze con il caso di Bassano del Grappa. Nel caso romano, una previsione del nuovo p.r.g. capitolino aveva confermato gli indici di fabbricabilità della vecchia disciplina urbanistica e previsto la possibilità di assegnare una edificabilità aggiuntiva in favore del privato a fronte della corresponsione di un contributo straordinario in favore del Comune e mettendo a disposizione di quest'ultimo una quota maggioritaria di quella ricevuta.

Ciò che subito preme sottolineare è la differenza rispetto alla vicenda del p.r.g. del Comune di Bassano rilevata dal Consiglio di Stato: mentre la previsione capitolina ha di fatto previsto la possibilità per il privato di scegliere se accontentarsi della edificabilità già prevista dal precedente p.r.g. e non essere tenuto ad alcuna prestazione patrimoniale, oppure ottenere una edificabilità aggiuntiva a fronte del pagamento di un contributo straordinario, nella vicenda del Comune di Bassano, invece, l'Amministrazione si era riservata una quota (50%) della edificabilità insediativa totale, attraverso un prelievo forzato e quindi senza offrire al privato la scelta di mantenere la edificabilità prevista *quo ante*⁴⁰⁹.

Pertanto si tratta di due vicende solo apparentemente analoghe dalle quali non si evince che il Consiglio di Stato ha escluso la possibilità per il Comune di

⁴⁰⁹ E pertanto integrando “una forma di espropriazione del tutto atipica” come affermato in Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4833, cit. che conferma la sentenza del T.A.R. Veneto, sez. I, 30 agosto 1997, n. 1356.

riservarsi una quota di edificabilità, affermandone anzi la legittimità, sebbene chiarendo che essa non possa avvenire attraverso una forma larvata di esproprio: pertanto, una legittima riserva di cubatura in favore del Comune e strumentale al reperimento di aree per la realizzazione di interessi pubblici può avvenire senza incidere sull'edificabilità già riconosciuta ma unicamente su una "quota futura ed eventuale rispetto a quella immediatamente e attualmente attribuita ai suoli stessi dallo strumento urbanistico"⁴¹⁰.

12. Il regime circolatorio dei diritti edificatori.

È necessario ora procedere con l'esposizione degli aspetti più problematici del meccanismo di funzionamento dei diritti edificatori.

Con riguardo al fenomeno del "decollo" dei diritti edificatori, si è osservata la possibilità per il titolare di un fondo di riservarsi o trasferire la capacità edificatoria dello stesso a favore di un altro soggetto mediante un negozio di cessione in virtù del quale il cessionario acquista un credito edilizio; a sua volta, tale credito può essere trasferito a terzi o essere utilizzato su di un'area di "atterraggio" non necessariamente predeterminata.

Un primo problema è se in caso di trasferimento di un credito volumetrico "in volo" - ossia con determinazione dell'area di "decollo" ma non anche quella di

⁴¹⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545, cit. ove si legge che è "proprio la natura facoltativa degli istituti perequativi de quibus, nel senso che la loro applicazione è rimessa ad una libera scelta degli interessati, ad escludere che negli stessi possa ravvisarsi una forzosa ablazione della proprietà nonchè, nel caso del contributo straordinario, che si tratti di prestazione patrimoniale imposta in violazione della riserva di legge ex art. 23 Cost."

“atterraggio”- si possa parlare di un vero e proprio mercato di titoli smaterializzati, esistente in altri ordinamenti come quello degli Stati Uniti d’America⁴¹¹. Benché sia stata prospettata anche nell’ordinamento italiano l’idea di una “borsa dei diritti edificatori” alla stregua di titoli di credito, tale ipotesi è rimasta sullo sfondo preferendo le forme di circolazione tipiche dei diritti reali benché oggetto dei trasferimenti siano dei crediti volumetrici e non aree. Inoltre un eventuale mercato di capacità edificatorie virtuali risentirebbe del profilo pubblicistico che caratterizza il tema in esame, in altre parole dovrebbe sottostare al c.d. *ius superveniens* e quindi al potere di revisione del piano della p.A. la quale potrebbe, ad esempio, adottare una variante che modifichi o finanche estingua i diritti edificatori⁴¹². Ciò nonostante, per i motivi già esposti e benché il legislatore statale sia intervenuto con il citato d.l. 70 del 2011 introducendo una forma di pubblicità opponibile ai terzi, un mercato di titoli volumetrici virtuali rischierebbe di essere inefficiente in quanto non idoneo a garantire quella certezza giuridica necessaria per un corretto funzionamento dello stesso⁴¹³. In merito alla possibilità e alla rilevanza dello *jus variandi* della p.A. va peraltro tenuto conto della differenza, evidenziata nel corso del capitolo, tra diritti derivanti da forme perequative, diritti derivanti da compensazioni o da premialità edilizie⁴¹⁴.

⁴¹¹ Si fa riferimento all’istituto del Transfer of development Rights.

⁴¹² Salvo ove la p.A. si sia obbligata a non modificare le previsioni per un determinato lasso temporale.

⁴¹³ M. RENNA, *L’esperienza della Lombardia*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, a cura di A. BARTOLINI, A. MALTONI, Napoli, 2009, 85, scrive che “ove si intende istituire un ... mercato di diritti edificatori virtuali ... si deve essere consapevoli del fatto che si tratterebbe di diritti per forza esposti, con il passare del tempo e con l’allungarsi del loro “volo”, al rischio di non poter essere totalmente concretizzati”.

⁴¹⁴ In argomento F. GUALANDI, *La circolazione dei diritti edificatori e altre questioni di giurisdizione in materia di edilizia e di urbanistica*, cit., il quale nell’esaminare i rapporti tra

Difatti ci si interroga sul rapporto che intercorre tra pianificazione e diritti edificatori e se ed in che modo un successivo piano possa incidere sui diritti edificatori già assegnati. Inoltre in che modo un nuovo piano si interfaccia con la introdotta trascrizione dei diritti edificatori? E' evidente che la trascrivibilità introduce una "cristallizzazione" dei diritti edificatori generati di cui il pianificatore non può non tener conto. Di certo, in tal modo la pianificazione perderebbe la sua originaria natura ed il ri-esercizio della potestà pianificatoria per "sopravvenuti" interessi pubblici dovrà interfacciarsi con le scelte dei titolari dei diritti edificatori e, quindi, allo stato attuale, delle società e dei fondi immobiliari⁴¹⁵. È pertanto opportuno prevedere una scadenza dei diritti edificatori assegnati in modo da ridurre il condizionamento degli interessi delle società immobiliari sulla pianificazione territoriale? È necessario inoltre rilevare che mentre i diritti edificatori di origine perequativa risentono delle modifiche della pianificazione perché parte di un più ampio disegno urbanistico in cui trovano la loro ragion d'essere, quelli compensativi e premiali non possono risentire delle modifiche della pianificazione perché legati al bene ceduto o all'intervento di interesse pubblico ed operano alla stregua di un corrispettivo corrisposto dalla p.A..

Con riguardo alla certezza delle situazioni giuridiche dei diritti edificatori, era stata positivamente accolta la previsione contenuta nella l.r. Lombardia del

diritti edificatori e pianificazione evidenzia come con la trascrizione si verifichi una sorta di "cristallizzazione o oggettivazione del Diritto edificatorio di cui appare difficile non tenere conto in sede di Pianificazione".

⁴¹⁵ F. GUALANDI, *La circolazione dei diritti edificatori e altre questioni di giurisdizione in materia di edilizia e di urbanistica*, cit., afferma come sia "indubitabile che l'utilizzo eccessivo o sfrenato di questi nuovi strumenti mina alla base i metodi tradizionali di pianificazione a favore di forme c.d. "Market oriented".

2005⁴¹⁶ che aveva istituito un “registro comunale delle cessioni dei diritti edificatori” da utilizzare per registrare i relativi trasferimenti. Si tratta della istituzione di un apposito ufficio al quale è demandato il compito di annotare gli estremi della cessione e rilasciare un certificato che servirà quando si vorrà utilizzare il diritto edificatorio: pertanto, in caso di vendita il venditore dovrà utilizzare il certificato e l’ufficio controllerà l’esistenza del diritto di proprietà e la validità del certificato rilasciandone uno nuovo all’acquirente⁴¹⁷. Istituito un registro dei diritti edificatori nazionali si garantirebbe la certezza dei negozi aventi ad oggetto il trasferimento di diritti edificatori, consentendo al notaio rogante di accertare l’effettiva titolarità tramite l’esibizione del certificato e l’estratto del registro.

È stato osservato⁴¹⁸ che l’esigenza di pubblicità non riguarda unicamente le vicende traslative dei diritti edificatori, ma anche quelle estintive e modificative, in quanto una mancata pubblicità di queste ultime potrebbe condurre alla circolazione di diritti inesistenti. Detta esigenza non può essere soddisfatta (solo) con la introdotta trascrizione delle vicende estintive quanto piuttosto anche mediante un sistema che documenti le vicende estintive e modificative dei diritti edificatori. Difatti, non è improbabile che, in assenza di idonea documentazione, possano circolare diritti edificatori già esercitati e quindi estinti: in argomento è stata proposta la soluzione di affiancare alla trascrizione lo strumento del Catasto introducendo una nuova classe catastale.

⁴¹⁶ Art. 11, comma 4, l.r. Lombardia n. 12 del 2005, nel testo novellato dalla successiva l.r. 14 marzo 2008, n. 4.

⁴¹⁷ F. GUALANDI, *La circolazione dei diritti edificatori e altre questioni di giurisdizione in materia di edilizia e di urbanistica*, cit..

⁴¹⁸ S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit., 69.

In particolare, si tratta di prevedere una categoria fittizia (F/7) e inserire gli intestatari e gli identificativi di ogni particella generatrice dei diritti edificatori: una volta utilizzati si procederà alla cancellazione del riferimento catastale⁴¹⁹.

⁴¹⁹ S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit. 69 ss..

CAPITOLO III

IL DIRITTO DI EDIFICARE NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA PIÙ RECENTE: VIENE
MENO L'INERENZA AL DIRITTO DI PROPRIETÀ? LA DIFFERENZA CON LO *JUS*
UTENDI

SOMMARIO: 1. La *vexata quaestio* della inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà; 2. Il venir meno della ricostruzione “tradizionale” del diritto di edificare; 3. Perché riaprire la *vexata quaestio* dell'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà. L'art. 9 t.u. edilizia: l'attività edilizia consentita in assenza di piano comunale generale contribuisce ad identificare il contenuto minimo del diritto di proprietà; 3.1. Segue: Vincoli scaduti ed applicazione dell'art. 9 t.u. edilizia; 3.2 Segue: la specifica questione degli interventi produttivi; 4. Verso un nuova concezione dell'urbanistica; 5. Il contributo di costruzione di cui all'art. 16 t.u. edilizia; 6. Ulteriori novità normative accentuano la rilevanza dello *ius restituendi*; 7. Le conseguenze del constatato scorporo dello *jus aedificandi* sulla pianificazione. L'esigenza di una pianificazione concorrenziale e competitiva; 8. Riflessioni conclusive.

1. La *vexata quaestio* della inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà.

Si è potuto osservare come il tema della “scorporabilità” del diritto di edificare dal diritto di proprietà costituisce una *vexata quaestio* del diritto urbanistico, tuttora dibattuta e che involge anche il tema dei diritti edificatori.

Considerato che la ricostruzione della Corte costituzionale – che qualificò, nella più volte citata sentenza n. 5 del 1980, lo *ius aedificandi* quale facoltà connaturale ed intrinseca al diritto di proprietà, dando origine alla visione

“tradizionale” del diritto stesso – era legata al preciso “*momento storico*” in cui essa si pronunciava, bisogna ora chiedersi se lo stesso ragionamento sia tuttora valido.

Il criterio di valutazione che a suo tempo i giudici costituzionali utilizzarono – ossia guardare a “*ciò che è connaturale al diritto dominicale quale viene riconosciuto nell’attuale momento storico*” - non rappresentava all’epoca nè costituisce tutt’oggi un concetto chiaro in quanto non indica a quale normativa far riferimento o, ad esempio, se bisogna far riferimento unicamente alla “*funzione sociale*” della proprietà; tuttavia, è lo stesso criterio di valutazione utilizzato dalla Corte costituzionale che consente di dedurre il carattere non assoluto nè definitivo della sua ricostruzione, caratterizzato come rilevato dalla clausola “*rebus sic stantibus*”⁴²⁰ e che consente di guardare alla questione da nuove prospettive. Difatti appare opportuna e necessaria una disamina dello *ius aedificandi* in rapporto alle mutate condizioni socio-economiche, al fine di giungere a risultati maggiormente aderenti allo stato attuale delle cose e vagliare la validità della qualificazione di esso quale diritto intrinseco al diritto dominicale.

Inoltre, come già osservato nel capitolo I, è opportuno domandarsi se una diversa ricostruzione dello *ius aedificandi* rispetto a quella tradizionale permetta di applicare nuove tecniche pianificatorie, in grado di superare i problemi derivanti dalla discrezionalità del pianificatore nonchè maggiormente

⁴²⁰D.M. TRAINA, *Lo ius aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, op. cit, 24, in www.cesefin.it.

rispettose dei principi di uguaglianza, trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa.

A tal fine occorrerà ripercorrere brevemente i punti salienti del problema per poi esaminare come il mutare del contesto sociale, economico e normativo abbia influenzato la questione in esame e giungere a delle riflessioni conclusive.

2. Il venir meno della ricostruzione “tradizionale” del diritto di edificare.

Il diritto di proprietà, come definito dall'art. 832 c.c. quale diritto di godere e disporre delle cose in modo “pieno ed esclusivo”, è stato mitigato nel suo contenuto dalla adozione della Carta Costituzionale e dai principi in essa enunciati che, tra l'altro, hanno introdotto il discusso concetto di funzione sociale della proprietà. Sebbene il Costituente non abbia dato una definizione di predetta funzione, l'impasse interpretativo è stato superato rilevando come tale funzione vada riferita piuttosto che alla proprietà in sé considerata, ai beni oggetto di essa⁴²¹, assicurando una destinazione sociale dei beni, anche se privati.

Con riguardo alla proprietà dei suoli, le limitazioni delle facoltà del proprietario, in particolare quelle riguardanti il diritto di edificare, hanno spinto a riflettere sul tema della inerenza o meno dello *ius aedificandi* al diritto di

⁴²¹ V. CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in *Giust. civ.*, 2015, 5 ss..

proprietà, inerenza per molto tempo data “per scontata”, ma sempre più discussa. Difatti, la crescente limitazione delle possibilità di edificare - e quindi i crescenti limiti al diritto di edificare - unitamente alla sua subordinazione al rilascio del titolo edilizio da parte dell’amministrazione, hanno posto numerosi interrogativi circa gli assunti raggiunti in giurisprudenza ed in dottrina sul punto.

Anche a seguito delle pronunce della Corte costituzionale – la quale stabilì fermamente l’inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà - il mondo giuridico non ha smesso di domandarsi se tale scissione non fosse effettivamente avvenuta.

Le pronunce della Corte costituzionale sul punto⁴²² hanno offerto in realtà una duplice e antitetica interpretazione. Difatti, se da un lato è stato affermato che lo *ius aedificandi* è una delle facoltà ricomprese nel diritto dominicale del titolare del suolo e che la concessione edilizia rilasciata dall’amministrazione “*non è attributiva di diritti nuovi, ma presuppone facoltà già esistenti*”, al tempo stesso si è statuito che “*ogni determinazione sul se, il come e il quando dell’edificazione*” è demandata alla p.A.⁴²³.

La Consulta ha pertanto delineato un diritto di edificare quale facoltà preesistente e insita nel diritto di proprietà, ma che necessita di una “abilitazione” da parte dell’amministrazione affinché possa essere esercitato, il cui rilascio dipende da una sua determinazione.

⁴²² C. Cost, 20 gennaio 1966, n. 6; Id. 29 maggio 1968, n. 55 e 56; Id. 20 maggio 1999, n. 179 in www.giurcost.org.

⁴²³ Così afferma la Consulta nella sentenza 30 gennaio 1980, n. 5.

Tuttavia, non bisogna dimenticare che la ricostruzione offerta dalla Consulta era legata ad una esigenza di quei tempi, ossia garantire e accordare una tutela del diritto di proprietà dinanzi al potere espropriativo della pubblica amministrazione (la sentenza n. 5 del 1980 interviene, infatti, sulle disposizioni all'epoca vigenti che commisuravano al valore agricolo medio l'indennizzo di esproprio anche per le aree edificabili). Nel capitolo I sono state inoltre esaminate le numerose pronunce in tema di vincoli urbanistici, conformativi e sostanzialmente espropriativi. A tale ultimo proposito, si è visto che la distinzione si basa sul discrimine tra le limitazioni apposte al regime giuridico di intere categorie di beni imposte dalla legge o dal piano con la zonizzazione⁴²⁴ e quelle riguardanti beni singolarmente considerati: queste ultime sarebbero legittime solo allorquando non incidono sul bene oltre ciò che è connaturale al diritto di proprietà *“quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico”*.

Pertanto, con riguardo alla proprietà immobiliare, la Consulta ha qualificato come limitazioni a carattere generale quelle che incidono sul “quomodo” ed sul “quantum” dell'edificazione o che la escludono per un lasso di tempo definito, mentre quelle limitazioni che vanno ad escludere la edificabilità - in modo assoluto o in ragione di una successiva (incerta) acquisizione coattiva del bene

⁴²⁴ Nella sentenza n. 179 del 1999 la Consulta afferma che “la legge può non disporre indennizzi quando i modi ed i limiti imposti - previsti dalla legge direttamente o con il completamento attraverso un particolare procedimento amministrativo - attengano, con carattere di generalità per tutti i consociati e quindi in modo obiettivo (sentenze n. 6/1966 e n. 55/ 1968), ad intere categorie di beni, e per ciò interessino la generalità dei soggetti con una sottoposizione indifferenziata di essi - anche per zone territoriali - ad un particolare regime secondo le caratteristiche intrinseche del bene stesso. Non si può porre un problema di indennizzo se il vincolo, previsto in base a legge, abbia riguardo ai modi di godimento dei beni in generale o di intere categorie di beni, ovvero quando la legge stessa regoli la relazione che i beni abbiano rispetto ad altri beni o interessi pubblici preminenti”.

da parte della p.A - presentano carattere particolare e devono essere accompagnate da un indennizzo⁴²⁵, pena la loro illegittimità.

Le prime critiche sollevate rilevavano l'inesattezza della qualificazione dell'edificabilità quale facoltà insita al diritto di proprietà, osservando invece come essa fosse una facoltà non liberamente esercitabile dai proprietari dei suoli quanto, piuttosto, loro attribuita dall'Amministrazione mediante titolo edilizio a seguito di apposita richiesta; si recriminava, inoltre, la possibilità – seguendo il ragionamento della Consulta - di escludere l'edificabilità in via generale per la proprietà edilizia rappresentando essa una categoria “*obiettivamente identificabile*” e quindi suscettibile di subire limitazioni senza obbligo di indennizzo⁴²⁶. Infine si criticava la previsione di un obbligo di indennizzo per le sole limitazioni a tempo indeterminato e non anche per quelle temporalmente circoscritte, considerando che in ambo i casi vi sarebbe una discriminazione tra i proprietari nonché spesso l'impossibilità di una successiva riespansione del diritto del soggetto inciso seppur per un periodo di tempo limitato⁴²⁷.

⁴²⁵ Pertanto nella sentenza n. 55 del 1968 sono stati dichiarati incostituzionali gli artt. 7, nn. 3,4,5 e 40 della legge urbanistica fondamentale (l. n. 1150/1942) perchè prevedono dei vincoli di inedificabilità operanti a tempo indeterminato sulle proprietà fondiari senza disporre un contestuale indennizzo.

⁴²⁶ Nella indicata sentenza n. 55 del 1968 la Consulta aveva invece affermato che i vincoli di inedificabilità assoluti previsti dagli artt. 7, nn. 2,3,4 e 40 della legge urbanistica integravano dei vincoli a titolo particolare perchè non riguardanti con carattere di generalità tutti i terreni. Cfr. M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n. 260 del 1976)*, in *Giur. cost.*, 1977, I, 1389.

⁴²⁷ Un esempio era il caso delle servitù militari o dell'occupazione temporanea. S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella costituzione*, Milano, Giuffrè, 1996, 155.

E' stato inoltre rilevato un errore di fondo nella disamina della questione⁴²⁸: si è concentrata l'attenzione su quale soggetto dovesse essere il destinatario del titolo abilitativo edilizio, senza interrogarsi sulla riconducibilità del diritto di edificare - oggetto del provvedimento - al diritto di proprietà.

Concentrandosi sul primo aspetto, è stato inevitabile concludere che è il titolare del fondo (o chi legittimato da questi) unico destinatario del provvedimento amministrativo edilizio e, di conseguenza, che il titolo abilitativo non attribuisce alcun diritto ma semplicemente rimuove un ostacolo all'esercizio di una facoltà preesistente nella sfera giuridica del proprietario, appunto lo *ius aedificandi*.

In tale modo non è stata posta l'attenzione sulla vera questione che andava affrontata, e che non coincideva con il chiedersi se il diritto di edificare potesse essere esercitato anche da soggetti diversi dal proprietario del fondo.

Tutti i proprietari fondiari detengono *ab origine* tale facoltà oppure solo alcuni di essi e previo rilascio del titolo abilitativo da parte dell'Amministrazione possono esercitare lo *ius aedificandi*? La Corte costituzionale, occupandosi solo del provvedimento amministrativo che consente l'esercizio dello *ius aedificandi*, è giunta alla ovvia conclusione che solo il proprietario dell'area può esserne destinatario, ma non ha affrontato la questione se detto *ius* contrassegni il regime di appartenenza dei suoli come elemento connaturale ovvero sia una facoltà attribuita dall'amministrazione.

⁴²⁸ D.M. TRAINA, *Lo ius aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, op. cit., 27.

È stato rilevato al termine del capitolo I che lo *jus aedificandi* può essere oggi considerato una facoltà inerente alla proprietà solo di alcune categorie di beni immobili, individuate dagli atti di pianificazione con previsioni finalizzate ad assicurare la funzione sociale del bene stesso⁴²⁹.

3. Perché riaprire la *vexata quaestio* dell'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà. L'art. 9 t.u. edilizia: l'attività edilizia consentita in assenza di piano comunale generale contribuisce ad identificare il contenuto minimo del diritto di proprietà.

Come accennato in precedenza, è proprio la circostanza per cui fu la stessa Consulta a contestualizzare il suo ragionamento - circa il rapporto tra diritto di proprietà e *ius aedificandi* - al momento storico e sociale in cui si pronunciava a rendere doveroso tornare sull'argomento e riflettere di nuovo sul punto in base al contesto sociale, economico e giuridico che attualmente ci circonda.

Le vicende che hanno interessato il nostro paese si ripercuotono inevitabilmente anche sulla concezione del diritto di proprietà, il cui contenuto non è cristallizzato in nessuna norma costituzionale o statale, ma che da sempre viene dedotto in via interpretativa dagli operatori del diritto. Quanto appena affermato è anche confermato dalla “*chiara e conclamata impronta compromissoria*” dell'art. 42 Cost.⁴³⁰, che ha permesso interpretazioni antitetiche e radicalmente diverse circa le garanzie poste a tutela del diritto di

⁴²⁹ V. CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale*, cit., 45-46.

⁴³⁰ A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, Giuffrè, 1995, 41.

proprietà. Difatti, come osservato, il contenuto minimo di tale diritto “costituisce il risultato “dinamico” di un ragionevole contemperamento tra l’interesse egoistico del proprietario e l’interesse pubblico”⁴³¹ e spetta al legislatore disciplinare le facoltà proprietarie anche in relazione alla funzione economico-sociale di ciascun bene⁴³².

Il crescente problema della saturazione edilizia, la sempre maggiore importanza riservata alla tutela del paesaggio e dell’ambiente, la crescita “zero” della popolazione ed i problemi idrogeologici sempre più frequenti hanno posto le basi per una elaborazione dell’urbanistica in una ottica diversa, orientata ad obiettivi di riqualificazione e rigenerazione urbana piuttosto che di espansione edilizia. Alla necessità di tutelare il contenuto essenziale del diritto di proprietà si è contrapposto il problema del consumo del suolo e della salvaguardia del territorio.

Si aggiunge anche un mutato quadro giuridico che pertanto, unitamente alle circostanze addotte, induce a riformulare le riflessioni finora compiute.

Nell’analisi della relazione che intercorre tra potere di pianificazione, diritto di proprietà e *ius aedificandi* particolare rilievo ha assunto la disciplina dei c.d. standards edilizi generali dapprima contenuta nell’art. 41-*quinquies* della legge urbanistica fondamentale (l. n. 1150 del 1942) ed oggi nell’art. 9 t.u. edilizia (d.P.R. n. 380 del 2001)⁴³³.

⁴³¹ D.M. TRAINA, *Lo ius aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, cit., 24.

⁴³² Per una panoramica delle tesi sostenute circa la funzione sociale della proprietà v. P. MARZARO GAMBA, *Pianificazione urbanistica ed immobili esistenti - Garanzia delle proprietà e scelte della P.a.*, Padova, Cedam, 2002, nonché la dottrina citata nel capitolo I.

⁴³³ P. URBANI, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, in Atti del convegno AIDU, Verona 2008, in www.pausania.it.

All'epoca del consolidamento della concezione "tradizionale" dello *ius aedificandi* il quadro normativo presupponeva, in assenza del p.r.g. o del piano di fabbricazione comunale, una edificabilità di base per i proprietari fondiari.

Anche a seguito dell'introduzione dei citati standards urbanistici nel 1967, con la l. n. 765⁴³⁴, la situazione non cambiò di molto.

Difatti tali standards escludevano la edificabilità solo negli agglomerati urbani di carattere "*storico, artistico o di particolare pregio ambientale*", permettendola invece nel resto del territorio. Se ne poteva dedurre una configurazione della edificabilità quale caratteristica naturale dei suoli.

Solo nel 1977 con la legge n. 10, c.d. Bucalossi, lo *ius aedificandi* ha subito una maggiore compressione in quanto il divieto di nuova edificazione fu esteso all'intero ambito dei centri abitati (dove risultavano consentiti gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, di restauro e risanamento conservativo del patrimonio edilizio esistente). Al di fuori della perimetrazione del centro abitato, la nuova edificazione era possibile nei limiti dell'indice di metri cubi 0,003 per metro quadrato di area e per gli edifici produttivi nel rispetto di un rapporto di copertura pari a 1/10 dell'area⁴³⁵.

Tuttavia, la norma di salvaguardia avrebbe operato laddove non ci fosse stata una diversa volontà del legislatore regionale (in virtù dell'inciso "in mancanza di norme regionali e fino all'entrata in vigore di queste"). In tale contesto, al di fuori dei centri abitati il piano comunale approvato si può dire che intervenisse su posizioni soggettive "che *naturalmente*, o per meglio dire direttamente in

⁴³⁴ L'art. 41-*quinquies* è stato introdotto nella legge 1150/1942 dall'art. 17 della legge n. 765/1967.

⁴³⁵ Art. 4 della legge c.d. Bucalossi, 27 gennaio 1977, n. 10; Cfr. T.A.R. Campania, Sez. II, 11 aprile 2008, n. 2080, in www.giustizia-amministrativa.it.

forza della legge, contenevano il potere di usare il suolo a fini edilizi”⁴³⁶: il piano comunale avrebbe potuto disporre l’aumento, la riduzione o l’esclusione della edificabilità nella quantità di volumetria consentita dalla normativa statale. In caso di esclusione, peraltro, poiché il piano privava la proprietà di una facoltà qualificante e naturale, sarebbe stato necessario prevedere, a fronte di un esproprio sostanziale, un indennizzo.

La disciplina dell’attività edilizia in assenza di piano comunale generale mirava, da un lato, a dare certezza al contenuto della proprietà e, dall’altro, a penalizzare l’inerzia dell’Amministrazione nel procedere alla redazione dello strumento urbanistico, fissando così *ex lege*, standards applicabili a tutto il territorio comunale privo di piano urbanistico. Come rilevato⁴³⁷, “alla proprietà non conformata è riconosciuta, in caso di proprietà edilizia il potere di mantenerla per garantirne il valore d’uso o di scambio, mentre nel caso di proprietà fondiaria, con una disposizione legislativa unica nel suo genere, il legislatore ne fissa una edificabilità minima”. Gli standard urbanistici sono inoltre espressione del generale principio di salvaguardia, in passato riguardante solo le porzioni di territorio e gli immobili vincolati per un interesse storico artistico culturale, e poi esteso a tutto il territorio comunale⁴³⁸.

⁴³⁶ D.M. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 276.

⁴³⁷ P.URBANI, *Contenuto minimo*, cit.

⁴³⁸ G. FARRI, *Gli standard urbanistici*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO E U. MORELLO, Volume IV, *Proprietà e pianificazione del territorio*, a cura di S. BELLOMIA, G. PAGLIARI, M.A. SANDULLI, Milano, 2012, 447. Sull’art. 9 citato: F. CORTESE, *Il regime delle costruzioni in mancanza di una disciplina di piano (art. 9, D.P.R. 6.6.2001, n. 380)*, in S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI, C. VITALE, *Codice di Edilizia e Urbanistica*, Torino, UTET, 2013, p. 1158 ss.; P. LATTANZI, *Art. 9 (Attività edilizia in assenza di pianificazione urbanistica)*, in R. GAROFOLI, V. DE GIOIA, *Codice dell’edilizia*, t. I, Milano, 2006, p. 122 ss..

La disciplina dell'attività edilizia in assenza di piano – poi estesa alle c.d. zone bianche stralciate in sede di approvazione del piano⁴³⁹ o risultanti dalla decadenza di vincoli espropriativi⁴⁴⁰ - è confluita, infine, nell'art. 9, comma 1, t.u. edilizia introdotto con d.P.R. n. 380 del 2001. La disposizione ripropone la precedente distinzione tra centri abitati e non, ma, diversamente dalla precedente formulazione ha limitato il potere di intervento delle regioni alla sola introduzione di limiti “più restrittivi” rispetto a quelli statali, facendo venir meno il potere di aumentare la volumetria realizzabile⁴⁴¹.

La *ratio* che ha spinto il legislatore ad intervenire in materia è, ovviamente, quello di tutelare l'interesse pubblico ad uno sviluppo del territorio organico ed ordinato che “assicuri la salvaguardia dei valori culturali, urbanistici, ed ambientali ivi esistenti”⁴⁴², nonché quello di evitare la totale consumazione del

⁴³⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 14 ottobre 1992, n. 879, in *Foro amm.*, 1992, 10.

⁴⁴⁰ Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 1984, n. 7, in *Vita not.*, 1984, 955; Cons. Stato, Sez. IV, 23 settembre 2004, n. 6216, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, 1964, con nota di 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*. La decadenza del vincolo comporta l'assimilazione alle c.d. “zone bianche” e l'applicazione della disciplina recata per l'attività edilizia nei comuni sprovvisti di strumenti urbanistici (di cui all'art. 4 l. n. 10/1977 e, attualmente, art. 9 t.u. edilizia). L'estensione della disciplina delle zone bianche è stata frutto, prima, di interpretazione analogica da parte della giurisprudenza, ed è stata, poi, esplicitamente prevista dal legislatore – con riferimento ai vincoli preordinati all'esproprio - tramite il rinvio operato dall'art. 9 T.U. Espropriazioni – d.P.R. n. 327/2001 - alla disciplina dettata dall'art. 9 t.u. edilizia.

⁴⁴¹ L'art. 9 T.U. Edilizia stabilisce che “salvi i più restrittivi limiti fissati dalle leggi regionali e nel rispetto delle norme previste dal decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, nei comuni sprovvisti di strumenti urbanistici sono consentiti: a) gli interventi previsti dalle lettere a), b), e c) del primo comma dell'articolo 3 che riguardino singole unità immobiliari o parti di esse; b) fuori dal perimetro dei centri abitati, gli interventi di nuova edificazione nel limite della densità massima fondiaria di 0,03 metri cubi per metro quadro; in caso di interventi a destinazione produttiva, la superficie coperta non può comunque superare un decimo dell'area di proprietà.” Cfr. F. SALVIA, *Standard e parametri tra regole di pianificazione e disciplina dell'edificabilità*, in E. FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Atti del terzo Convegno nazionale AIDU, Milano, Giuffrè, 2000, p. 111 ss.; P. URBANI - S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, Giappichelli, 2010, 79 ss.

⁴⁴² T.A.R. Campania, sez. II, 5 maggio 2014, n. 2448, T.A.R. Campania, sez. VII, 14 gennaio 2011, n. 181, in www.giustizia-amministrativa.it.

suolo nazionale⁴⁴³; la disciplina delle zone bianche è infatti pacificamente considerata dalla dottrina e dalla giurisprudenza quale espressione di un principio fondamentale del governo del territorio con il fine precipuo di conformare la proprietà nelle more dell'esercizio della potestà pianificatoria pubblica⁴⁴⁴⁴⁴⁵.

Le limitate potestà edificatorie previste rappresentano una soluzione di compromesso tra la tutela dello *ius aedificandi* dei proprietari e la salvaguardia del territorio.

Tra l'alternativa della totale inedificabilità dei suoli sprovvisti di disciplina urbanistica e quella di un'edificabilità libera nonostante l'assenza di piano, il legislatore ha previsto la possibilità di un'edificazione ridotta al fine di non svuotare del tutto lo *ius aedificandi*, da un lato, e di non compromettere sul nascere le future scelte urbanistiche, dall'altro lato.

Parte della dottrina ricava proprio dai limiti di edificabilità previsti dall'art. 9 t.u. edilizia il contenuto minimo della proprietà: l'art. 9 sarebbe espressione di un principio fondamentale atto a garantirlo⁴⁴⁶.

Sennonchè, l'aspetto che ai nostri fini maggiormente rileva della disciplina di cui all'art. 9 t.u.e. è l'aver attribuito alle regioni il potere di prevedere (unicamente) dei limiti più restrittivi rispetto agli standards urbanistici statali e,

⁴⁴³Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1466 in in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴⁴T.A.R. Campania, sez. II, 05 maggio 2014, n. 2448; T.A.R. Lazio, sez. II, 8 luglio 2010, n. 23738; T.A.R. Veneto, sez. I, 5 giugno 2002, n. 2492; T.A.R. Campania, sez. IV, 20 giugno 2002, n. 3634.

⁴⁴⁵ Ritiene invece che l'art. 9 T.U.E. sia lesivo delle prerogative legislative delle regioni e quindi del disposto di cui all'art. 117 Cost. R. INVERNIZZI, *Attività edilizia in assenza di pianificazione urbanistica (sub. art. 9)*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Testo Unico dell'Edilizia*, III ed., Milano, Giuffrè, 2015, 266-267.

⁴⁴⁶P. URBANI, *Il contenuto minimo*, cit.

quindi, anche la possibilità di escludere del tutto la possibilità di nuova edificazione.

Rispetto alla disciplina previgente, in base a quella attuale le regioni non possono più aumentare l'edificabilità dei suoli, ma esclusivamente ridurla rispetto allo standard statale, oppure scegliere di azzerarla: proprio in tale ultima opzione, una parte della dottrina ha ravvisato il venir meno della "garanzia di edificabilità" dei suoli rappresentata dagli standard generali e, pertanto, la scissione tra lo *ius aedificandi* ed il diritto di proprietà, il primo non essendo più elemento connaturale del secondo⁴⁴⁷. Le regioni, infatti, possono conformare diversamente il contenuto del diritto di proprietà fondiaria al fine di assicurare la funzione sociale⁴⁴⁸.

Difatti, mentre alcune regioni si sono limitate a far propria la disciplina statale⁴⁴⁹ ed altre hanno introdotto limiti più restrittivi di edificabilità rispetto a quelli statali⁴⁵⁰, altre ancora hanno invece scelto di escludere l'edificabilità dei suoli se non per fini agricoli⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ D.M. TRAINA, *Lo ius aedificandi*, cit., 276 ss., il quale ravvisa nella clausola che fa salvi "i più restrittivi limiti fissati dalle leggi regionali" "una piccola, silente e forse anche per questo poco avvertita rivoluzione ... Infatti il legislatore statale ha rinunciato ad imporre un regime uniforme della proprietà edilizia, attribuendo alle regioni, nell'esercizio delle competenze in materia di governo del territorio, il potere di conformare liberamente il contenuto del diritto di proprietà dei suoli al fine di assicurare la funzione sociale".

⁴⁴⁸ Va rilevato al riguardo che la Corte costituzionale ha più volte chiarito che "se è vero che le regioni non hanno competenza a legiferare in materia di diritto privato, tale preclusione concerne i rapporti intersoggettivi da cui i diritti stessi derivano, mentre, per quanto attiene alla normazione conformativa del contenuto dei diritti di proprietà allo scopo di assicurarne la funzione sociale, la riserva di legge stabilita dall'art.42 della Costituzione può trovare attuazione anche in leggi regionali nell'ambito delle materie indicate dall'art. 117 della Costituzione": Corte cost., 7 novembre 1994, n. 379; Id., 14 giugno 2001, n. 190. In argomento V. CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale*, cit., 43.

⁴⁴⁹ E' il caso della regione Lazio, con la l.r. 8 febbraio 1999, n. 38 (art. 50).

⁴⁵⁰ Il Friuli Venezia Giulia ha previsto con l.r. 11 novembre 2009, n. 19 (art. 6) un indice di fabbricabilità a 0,01 mc/mq.

⁴⁵¹ E' il caso, ad esempio, del Veneto, l.r. 23 aprile 2004, n. 11 (art. 33: "Nelle aree non pianificate esterne al perimetro dei centri abitati, fino alla approvazione di un nuovo piano

Dal quadro normativo delineato sembrerebbe pertanto esser venuto meno uno *ius aedificandi* di “base” dei suoli così come da impostazione tradizionale; il diritto di costruire non rappresenta più un attributo del diritto di proprietà, non sembra più appartenergli, ma appare piuttosto un diritto generato, conformato e determinato nel *quantum* dal potere pubblico mediante l’esercizio della potestà pianificatoria.

Come rilevato dalla dottrina⁴⁵², lo *jus aedificandi* cessa di contrassegnare il regime di appartenenza della generalità dei suoli, per divenire attributo di una certa categoria di suoli, quelli individuati come edificabili dal piano.

Con riguardo alla proprietà agricola è necessario tuttavia rilevare alcune differenze. Nello specifico, si allude al diverso regime giuridico riservato dalla legislazione regionale ai fondi agricoli rispetto ai quali (e diversamente dalle aree non pianificate) è di base consentita una edificabilità, sebbene funzionalizzata alla conduzione dell’impresa agricola⁴⁵³.

degli interventi o di una sua variante che le riguardi, sono consentiti i soli interventi ammessi per la zona agricola limitatamente alla residenza”). La possibilità di edificare per fini agricoli attiene al regime dell’impresa agricola, il cui *favor* si fonda sull’art. 44 Cost..

⁴⁵² D.M. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 279: “dal piano, dunque, il proprietario può *acquistare* ciò che non ha, non *perdere* quel che già possiede”; “L’edificabilità non costituisce più una caratteristica connaturale della proprietà del suolo, ma un attributo che può essere dato, come non dato, dal piano urbanistico. Una facoltà “concessa”, non “riconosciuta”, al proprietario, e quindi il risultato eventuale e non il limite invalicabile della conformazione della proprietà fondiaria”.

⁴⁵³ La disciplina urbanistica delle zone agricole (ossia delle zone territoriali omogenee E di cui all’art. 2 d.m. 2 aprile 1968, n. 1444) è fortemente vincolistica, in quanto sono limitate in modo drastico le possibilità edificatorie sotto il profilo sia quantitativo sia funzionale. In via di principio le zone in questione sono escluse dal novero delle aree suscettibili di trasformazione urbanistica e sono destinate agli usi agricoli di cui all’art. 2135 c.c., con divieto di utilizzazioni economiche non coincidenti con lo sfruttamento agrario. In dottrina S. CASTELLAZZI, *La destinazione a verde agricolo tra potere di pianificazione e vincolo di inedificabilità*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 389.

Si tratta, è bene sottolinearlo, di una edificabilità in senso lato, legata ad esigenze residenziali o imprenditoriali⁴⁵⁴. Difatti, l'edificabilità per uso agricolo è collegata al regime dell'impresa agricola e l'edificabilità, anziché costituire connotato della proprietà immobiliare, è connessa ad una specifica attività da tutelare, quella agricola.

L'essenzialità del possesso del requisito soggettivo (titolarità di impresa agraria nella forma organizzativa e per le attività sancite dall'art. 2135 c.c. da parte del richiedente il titolo edilizio) viene stabilita nella convinzione che la qualifica di imprenditore agricolo dell'avente titolo all'edificazione costituisca l'unico carattere capace di assicurare la reale destinazione delle opere all'agricoltura, non venendo considerate sufficienti a tale fine la localizzazione dell'intervento in zona rurale o la compatibilità dell'intervento da realizzare con l'attività agricola⁴⁵⁵.

Sul punto, la Corte costituzionale ha respinto le censure sollevate alla legge regionale toscana 19 febbraio 1979, n. 10 (artt. 2, comma 1 e 3)⁴⁵⁶ e a quella lombarda 7 giugno 1980, n. 93⁴⁵⁷ le quali avevano previsto un regime di inedificabilità per tutte le zone agricole con la sola eccezione per interventi edilizi strumentali all'agricoltura, richiesti dagli imprenditori agricoli. La Consulta ha statuito che, ai sensi dell'art. 44 Cost., "al fine di conseguire il

⁴⁵⁴ P.URBANI, *Lo jus aedificandi. La disciplina urbanistica delle aree agricole*, in L. COSTATO, E. ROOK BASILE e A. GERMANÒ, a cura di, *Trattato di diritto agrario*, 2011, UTET Giuridica, Torino.

⁴⁵⁵ Cfr. G. MORBIDELLI, *La legislazione urbanistica regionale per le zone agricole*, in *Riv.dir.agr.*, 1981, I, 55.

⁴⁵⁶ Corte cost., ordinanza 23 giugno 1988, n. 709, in www.giurcost.it.

⁴⁵⁷ Corte cost., ordinanza 16 maggio 1995, n. 167, in www.giurcost.it.

razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali”⁴⁵⁸, anche il legislatore regionale può introdurre previsioni favorevoli e di sostegno all’impresa agricola: pertanto, la previsione in esame costituisce il frutto di una scelta del legislatore regionale “diretta a limitare l’utilizzazione edilizia dei territori agricoli e a frenare il processo di erosione dello spazio destinato alle colture”⁴⁵⁹. In tali casi l’edificabilità non risulta connessa alla qualità di proprietario del fondo, ma a quella di agricoltore diretto o imprenditore agricolo del richiedente (in aggiunta alla funzionalità dell’intervento rispetto all’attività agricola ed ulteriori elementi richiesti dalle varie legislazioni regionali)⁴⁶⁰.

Sempre con riferimento alla proprietà agricola, alcune regioni hanno introdotto delle normative di favore al riuso e recupero del patrimonio immobiliare rurale, indipendentemente dai requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti invece per l’edificabilità funzionale all’impresa agricola. La mancanza del collegamento funzionale è certamente legato alla crisi dell’attività agricola ed è evidente la spinta al recupero di immobili agricoli ormai abbandonati, consentendo un

⁴⁵⁸ Corte cost., ordinanza 16 maggio 1995, n. 167, cit..

⁴⁵⁹ Inoltre non può considerarsi lesiva dell’art. 3 Cost. essendo necessario accertare i requisiti soggettivi del richiedente (qualità di imprenditore agricolo) e la funzionalità all’attività agricola delle opere da realizzare affinché la ratio legis non cada nel nulla, Corte cost., ordinanze n. 167 e n. 709 cit..

⁴⁶⁰ In argomento F. ALBISINNI, *L’interesse agricolo quale valore di rango costituzionale nella disciplina urbanistica*, in *Riv. dir. agrario*, 1996, 201. D. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 277, nota 51, con riguardo alla disciplina regionale esaminata dalla Consulta nelle citate ordinanze, osserva che “si tratta quindi di un regime di eccezione, che non nasce dal contenuto essenziale della proprietà ma dall’esigenza di tutelare le attività agricole” e (nota 52) che “dalla legislazione regionale emerge dunque che se lo *jus aedificandi* contrassegna una posizione soggettiva al di fuori delle scelte di piano, lo fa con esclusivo riferimento all’imprenditore agricolo. Ciò non solo perché le regioni che hanno soppresso ogni edificabilità nelle aree non pianificate hanno previsto un’espressa eccezione per gli usi agricoli, ma anche perché il piano urbanistico, nella maggior parte delle leggi regionali, recede dinanzi alle esigenze dell’impresa agricola”. In argomento anche P. URBANI, *Le aree agricole tra disciplina urbanistica e regolamentazione dell’attività economica*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 29.

mutamento della destinazione d'uso non solo funzionale, ma anche strutturale e quindi con la possibilità, se previsto nel piano, oltre che di ristrutturare anche di aumentare la volumetria esistente con opere strumentali al mutamento di destinazione. In questa ipotesi non ci troviamo più dinanzi ad una edificabilità “funzionale” ma in presenza di una politica di recupero urbano con possibilità di edificazione aggiuntiva che tuttavia rientra nel concetto di riqualificazione⁴⁶¹.

3.1. Segue: Vincoli scaduti ed applicazione dell'art. 9 t.u. edilizia.

È già stato ricordato che l'art. 9 citato trova applicazione anche nelle ipotesi di vincoli espropriativi scaduti e non reiterati, in attesa della ripianificazione dell'area. In tale caso la scadenza del vincolo non fa riemergere l'originaria destinazione dell'area⁴⁶², né può estendersi la destinazione delle aree limitrofe a quella non pianificata⁴⁶³.

Il proprietario è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del potere di ripianificare l'area. Onde evitare che per effetto della decadenza dei vincoli si passi ad un regime comunque sfavorevole e a tempo indeterminato, il proprietario può sollecitare l'Amministrazione al relativo esercizio ed eventualmente agire con l'azione avverso il silenzio *ex artt.* 31 e 117 c.p.a.: “alla provvisorietà di tale regime ... il proprietario non soggiace passivamente, essendogli riconosciuti poteri di reazione al fine di indurre l'amministrazione

⁴⁶¹ Normativa adottata, ad esempio, dalla regione Marche, l.r. 8 marzo 1990, n. 13 (art. 3) e dalla regione Emilia-Romagna, l.r. 24 marzo 2000, n. 20 (A-21).

⁴⁶² Cons. Stato, Ad. plen., n. 7/1984, cit..

⁴⁶³ Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2008, n. 4661.

all'esercizio del potere istituzionale di ripianificazione, vuoi sollecitando il potere sostitutivo della regione, vuoi" agendo giudizialmente contro il silenzio della p.A."⁴⁶⁴ e proponendo eventuale azione risarcitoria⁴⁶⁵ (la prorata incertezza circa l'*an* o il *quantum* della suscettibilità edificatoria è di per sé tale da svilire sia il valore d'uso del bene, sia il suo valore di scambio).

In capo al proprietario dell'area non viene invece riconosciuta alcuna aspettativa giuridicamente qualificata al riconoscimento dell'edificabilità del proprio fondo⁴⁶⁶. Pertanto, la Corte di Cassazione ha escluso che la situazione di inerzia della p.A. e la conseguente condizione di incertezza derivante dall'assenza di una disciplina urbanistica dell'area siano equiparabili ai limiti derivanti da vincoli preordinati all'esproprio o all'espropriazione di valore descritta nel capitolo I: il proprietario, infatti, non dispone di "alcun

⁴⁶⁴ *Ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 26 settembre 2003, n. 14333, in *Foro it.*, 2004, I, 792; Id., 26 gennaio 2007, n. 1754, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, 1135; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 9 settembre 2009, n. 10032, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 2980.

⁴⁶⁵ Cass. civ., Sez. I, 26 settembre 2003, n. 14333, in *Foro it.*, 2004, I, 792, ha affermato che "il ritardo dell'amministrazione comunale nell'adozione di una nuova disciplina urbanistica non è idoneo a compromettere l'interesse al bene della vita, in cui il proprietario riponga le aspettative edificatorie con riguardo al fondo" (posto che la situazione che si configura successivamente alla decadenza quinquennale del vincolo è qualificabile come "vuoto urbanistico", che non crea nel proprietario alcun affidamento ad una qualsiasi aspettativa di edificabilità o, comunque, di particolare utilizzabilità del fondo); tuttavia, "a voler ricercare un fondamento al potere di reazione individuale all'inerzia dell'amministrazione nella ripianificazione delle aree bianche, ovvero un bene della vita diverso dall'estrinsecazione edificatoria del diritto di proprietà, esso può tutt'al più identificarsi nell'aspirazione ad acquisire una *certezza* in ordine all'utilizzabilità dell'area". La sentenza ha valorizzato, quindi, l'aspettativa qualificata del richiedente ad ottenere una disciplina urbanistica dell'area, quale essa sia, ma comunque idonea a porre fine ad uno stato di incertezza urbanistica. Cfr., al riguardo, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. IV, 21 aprile 2010, n. 2262, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 831.

⁴⁶⁶ In tal senso Cons. Stato, sez. IV, 5 dicembre 2006, n. 7131 ove si afferma che l'obbligo di ripianificazione «non comporta necessariamente che detta area consegua una destinazione urbanistica edificatoria [...], essendo in ogni caso rimessa al potere discrezionale dell'amministrazione comunale la verifica e la scelta della destinazione, in coerenza con la più generale disciplina urbanistica del territorio, più idonea e più adeguata in relazione all'interesse pubblico al corretto e armonico utilizzo del territorio (potendo perfino ammettersi la reiterazione degli stessi vincoli scaduti, sebbene nei limiti di una congrua e specifica motivazione sulla perdurante attualità della previsione, comparata con gli interessi pubblici [...])» in *www.giustizia-amministrativa.it*.

affidamento ad una qualsiasi aspettativa” di ricevere una capacità edificatoria maggiore di quella che discende dal regime delle zone bianche⁴⁶⁷; detto regime garantirebbe comunque una redditività del fondo diversa dallo sfruttamento edilizio⁴⁶⁸.

Viene quindi escluso l’obbligo di indennizzare per il solo fatto dell’applicazione dei limiti all’attività edilizia di cui all’art. 9 t.u. edilizia.

Va peraltro osservato che la Corte EDU⁴⁶⁹ ha incluso tra i pregiudizi suscettibili di indennizzo non solo quelli arrecati dalla reiterazione del vincolo, ma anche quelli afferenti i periodi compresi tra la decadenza del vincolo e la relativa reiterazione, in cui la proprietà è assoggettata al regime previsto per le “zone bianche” dall’art. 9.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla reiterazione dei vincoli espropriativi ha affermato infatti il carattere eccezionale del regime dell’art. 9 t.u. edilizia, sottolineando come esso debba essere circoscritto al tempo necessario per la predisposizione di una nuova pianificazione. Pertanto, a parere della Corte Edu, qualora il suddetto regime dovesse protrarsi per un tempo illimitato e senza disporre un indennizzo per il privato si assisterebbe, di fatto, alla imposizione di un vincolo di inedificabilità illegittimo.

⁴⁶⁷Cass. civ., sez. I, 26 ottobre 2003, n. 14333, in *Giust. civ.*, 4, 2004, 987 con nota di G. D. COMPORI, *La tutela risarcitoria della certezza giuridica sulle facoltà inerenti al diritto dominicale assoggettato al potere pianificatorio della pubblica amministrazione.*

⁴⁶⁸ In argomento M. DE DONNO, *Tutela dello ius aedificandi e salvaguardia del territorio non pianificato di nuovo all’attenzione della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. edil.*, 2015.,

⁴⁶⁹ Corte EDU, 15 luglio 2004, n. 36815, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 689 (con nota di R. INVERNIZZI, *Reiterazione dei vincoli scaduti e indennizzo: teoria (italiana) e pratica (europea)*). In argomento anche E. MARTINETTI, *La reiterazione di vincoli urbanistici senza indennizzo al vaglio critico della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 21; A. ZELLA, *Il diritto di proprietà tra ordinamento interno e CEDU*, Key Editore, 2015, 70.

Tuttavia, si deve rilevare che il bene giuridico che la Corte Edu intende tutelare non è il diritto di proprietà, quanto il diritto alla certezza dei rapporti giuridici e alla effettività della tutela giurisdizionale. Anzi, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è chiara nell'ammettere la discrezionalità di cui gode il pianificatore, il quale può legittimamente limitare (nel soddisfare l'interesse pubblico) le facoltà edificatorie della proprietà privata⁴⁷⁰.

A parere della Corte, un divieto assoluto di edificare accompagnato dalla predisposizione di rimedi giurisdizionali atti a superare lo stato di incertezza sulla sorte del bene e che consentano al proprietario il godimento e lo sfruttamento economico del bene non integra un'ipotesi di espropriazione nè in senso formale (il proprietario resta tale) nè in senso sostanziale (il titolare continua ad avere accesso alla proprietà, ha il diritto di godimento e di alienazione del bene sebbene quest'ultima resa più difficoltosa)⁴⁷¹.

Nel momento in cui, tuttavia, tale vincolo si protrae per un lungo lasso di tempo, si determina uno stato di incertezza quanto alla sorte del bene rispetto al quale l'ordinamento italiano non offre adeguati strumenti al privato per porvi rimedio: ed è tale situazione ad integrare una violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione, a norma del quale "*ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni*", in quanto provoca uno squilibrio "*tra le esigenze dell'interesse generale da un lato e la salvaguardia del diritto al rispetto dei beni dall'altro lato*"⁴⁷².

⁴⁷⁰ Corte EDU, 23 settembre 1982, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, serie A n. 52, § 63; Id., 2 agosto 2001, *Elia s.r.l. c. Governo italiano*, ricorso n. 37710/97, § 54-57 in www.giust.it.

⁴⁷¹ Corte EDU, 26 maggio 2009, *Rossitto c. Italia*, ricorso n. 7977/03 § 33; Id. *Elia s.r.l. c. Governo italiano*, § 56, cit..

⁴⁷² Corte EDU, *Rossitto c. Italia*, § 45, cit.

3.2 Segue: la specifica questione degli interventi produttivi.

Come sopra illustrato, il menzionato art. 9 d.P.R. 380/2001, al comma 1, lett. b) - con riferimento ai comuni sprovvisti di strumenti urbanistici - consente, al di fuori del perimetro dei centri abitati, gli interventi di nuova edificazione nel limite della densità massima fondiaria di 0,03 metri cubi per metro quadro; qualora sia prevista la costruzione di un'opera a destinazione produttiva, la superficie coperta non può comunque superare un decimo dell'area di proprietà.

In merito agli interventi produttivi al di fuori dei centri abitati il testo dell'art. 9 dà adito a differenti interpretazioni⁴⁷³. Secondo un primo orientamento, facendo uso dei criteri di interpretazione di cui all'art. 12 preleggi, tali interventi sarebbero soggetti ad un doppio limite imposto dagli standard, vale a dire il limite di densità fondiaria e quello del rapporto tra superficie coperta ed area di proprietà⁴⁷⁴. Un secondo orientamento, in vero minoritario, ritiene vada applicato solo il parametro della superficie coperta⁴⁷⁵.

⁴⁷³ In argomento, R. INVERNIZZI, *Edificazione produttiva e doppio limite ex art. 9 d.p.r. 380 del 2001: la necessità di un ripensamento... matematico*, in *Riv. giur. edil.* 2010, 457.

⁴⁷⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3658, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 216; Id., 12 marzo 2010, n.1461, *ivi*, 2010, 457. Da ultimo T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, ord. 14 settembre 2015, n. 4447: "la formulazione testuale della disposizione di cui all'art. 9 d.p.r. 380/2001 induce a leggerla nel senso del concorso e non della natura alternativa tra i due limiti descritti al comma 1, lett. b). L'uso del punto e virgola tra la prima e la seconda frase della disposizione indica, in particolare, in maniera chiara, che l'ipotesi contemplata nella seconda parte (e, cioè, il caso di interventi a destinazione produttiva) rinviene una frazione della sua regolamentazione nella disciplina contenuta nella frase precedente il segno di interpunzione (altrimenti le due frasi sarebbero state staccate da un punto). Decisivo è poi l'avverbio "comunque", il cui uso non è casuale ma rivela che il secondo limite è stabilito in aggiunta, e non in sostituzione, al primo parametro; diversamente il suo utilizzo sarebbe del tutto privo di senso".

⁴⁷⁵ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 5 dicembre 2007, n. 15765, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2007, 3874. In dottrina R. INVERNIZZI, *Edificazione produttiva*, cit., 457; A. MANDARANO, *Vincoli di PRG soggetti a decadenza e pianificazione di dettaglio*, in *Urb. e app.*, 10, 2003, 1190 ss.; G.C. MENGOLI, *Manuale di Diritto Urbanistico*, Milano, 2009, 284.

La questione è rilevante ai fini della presente ricerca in quanto il T.A.R. Campania, con la recente ordinanza n. 4447 del 2015⁴⁷⁶ ha sollevato questione di legittimità costituzionale della previsione del doppio limite riferito agli interventi produttivi (aderendo a tale opzione interpretativa), tra l'altro, per contrasto con l'art. 42 Cost.: ricordata la sentenza della Corte costituzionale n. 5/1980 e l'ivi affermata inerenza dello *jus aedificandi* al diritto di proprietà, il T.A.R. ha sollevato “il dubbio se il doppio limite all'edificabilità, introdotto dal legislatore statale, abbia effetti di eccessiva compressione sulle concrete possibilità realizzative dello *ius aedificandi* in spregio alle conclusioni alle quali la Corte costituzionale è pervenuta, volte a preservare uno dei contenuti fondamentali del diritto dominicale, in quanto tali non surrettiziamente espropriabili”.

Sull'assunto della inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà, il T.A.R. ha prospettato l'estensione dell'obbligo di indennizzo anche ai fondi soggetti al regime delle zone bianche quale rimedio effettivo alla compressione in tal modo cagionata.

La Corte è quindi chiamata nuovamente a pronunciarsi in tema di *jus aedificandi*.

⁴⁷⁶ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 14 settembre 2015, n. 4447.

4. Verso un nuova concezione dell'urbanistica.

Come acutamente osservato⁴⁷⁷, le nostre città non si trovano più in una fase di espansione edilizia quanto, piuttosto, in un momento storico in cui v'è la impellente esigenza di recuperare e riutilizzare il patrimonio edilizio esistente.

Difatti, l'esigenza, sempre maggiore, di frenare il consumo di suolo agricolo naturale ha indotto il legislatore a promuovere misure dirette a ridurre l'utilizzo e, piuttosto, concentrarsi su interventi di recupero e riqualificazione del patrimonio esistente. Gli interventi riformatori più recenti nel settore dell'urbanistica si contraddistinguono, oltre che per il fine di semplificazione dei procedimenti, soprattutto per incentivare interventi di riqualificazione e rigenerazione urbana⁴⁷⁸.

Come si vedrà *infra*, le introdotte novità sul regime dei titoli abilitativi (che hanno, tra l'altro, ridotto l'onerosità degli interventi di recupero dell'esistente) non hanno raggiunto gli obiettivi sperati⁴⁷⁹ forse a causa della mancanza di un progetto politico ad ampio raggio volto alla preservazione del suolo, incentivazione al riuso del patrimonio edilizio esistente e tutela

⁴⁷⁷ P. STELLA RICHTER, *I sostenitori dell'urbanistica consensuale*, in P. URBANI, *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino, 2013, 21.

⁴⁷⁸ Il riferimento è ai decreti legge "Sviluppo" e "Del fare", rispettivamente d.l. n. 70 del 2011 e d.l. n. 69 del 2013.

⁴⁷⁹ D. ZONNO, *Trasformazione degli edifici, riuso e disciplina dei titoli abilitativi (alcune considerazioni su parte delle modifiche al t.u. edil. n. 380/2001 introdotte dal d.l. n. 133/2014, conv. in l. n. 164/2014)*, Relazione al Convegno *Il governo del territorio tra fare e conservare*, svoltosi a Trento il 18-19 dicembre 2014 ove afferma che "una seria politica legislativa richiederebbe, però, che gli interventi normativi vengano valutati nella loro portata complessiva, considerandone l'impatto, non solo (...) sul singolo edificio, ma sulla programmata pianificazione territoriale che rischia di essere completamente stravolta da interventi normativi affrettati."

dell'ambiente⁴⁸⁰. Sarebbe più che opportuna una normativa nazionale che riconosca espressamente il “bene suolo” quale risorsa naturale e che introduca i principi di riqualificazione e rigenerazione urbana tra quelli generali.

Ad ogni modo, alla tradizionale tutela del diritto di proprietà espressa (anche) nello *ius aedificandi* deve ora anteporsi la tutela di una risorsa limitata quale è quella del suolo e favorire il recupero dell'esistente: le scelte urbanistiche dovrebbero quindi, in linea di principio, delimitare gli interventi di nuova costruzione ai soli casi in cui sia dimostrata l'impossibilità di riutilizzo e riqualificazione dell'edilizia esistente⁴⁸¹.

Inoltre, si osserva che la necessità di ridurre il consumo di suolo non si limita a quello cittadino, ma ricomprende anche quello agricolo e paesaggistico che devono essere preservati nonostante le continue pressioni di crescita: sul punto, infatti, anche l'art. 135, comma 4 lett c), Codice dei beni culturali e del paesaggio prevede che il piano paesaggistico contenga apposite prescrizioni e previsioni ordinate alla salvaguardia delle caratteristiche paesaggistiche degli ambiti territoriali non vincolati “*assicurando, al contempo, il minor consumo del territorio*”⁴⁸². Con stretto riguardo alla proprietà agricola si ricorda il regime di maggior favore - in termini di edificabilità - previsto da molte legislazioni regionali: la ragione va ricercata nelle diverse e preminenti esigenze dell'impresa agricola, il che non costituisce un ostacolo alla tesi, qui

⁴⁸⁰ Monitoraggio del consumo del suolo in Piemonte, Regione Piemonte, aprile 2012, in <http://www.regione.piemonte.it/territorio/dwd/documentazione/pianificazione/consumoSuolo.pdf>

⁴⁸¹ P. URBANI, *L'urbanistica per accordi nella nuova prospettiva della pianificazione*, relazione svolta durante il convegno “*Estetica, salvaguardia e sviluppo del territorio*” presso la sala della Protornoteca del Palazzo Senatorio - Campidoglio il 9 marzo 2014.

⁴⁸² Art. 135, comma 4, lett. c), Codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. n 42 del 2004.

sostenuta, del venir meno, allo stato attuale, dello *ius aedificandi* come elemento intrinseco del diritto di proprietà, trattandosi come già osservato di una edificabilità “funzionalizzata”.

In attesa di un intervento organico del legislatore statale in materia, le regioni, ancora una volta, hanno fronteggiato il problema indicato all’interno dei propri confini; a titolo esemplificativo, la Regione Lombardia ha introdotto, con l.r. 28 novembre 2014, n. 31, delle “*Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato*”, volte a favorire gli interventi nelle zone già edificate con esigenze di riqualificazione. Gli strumenti urbanistici non possono inoltre disporre previsioni di espansione edilizia finchè quelle già previste non siano attuate e, soprattutto, le nuove previsioni saranno ammesse “*esclusivamente*” quando si dimostri che non sia possibile recuperare l’esistente - che si trovi in stato di degrado o sia dismesso - a causa dell’insostenibilità tecnica ed economica del relativo progetto⁴⁸³. Anche l’Emilia Romagna con l.r. 30 luglio 2013, n. 15, intitolata “*Semplificazione della Disciplina Edilizia*”, ha considerato, in materia di permesso di costruire in deroga, gli interventi di riqualificazione urbana e di qualificazione del patrimonio edilizio esistente come interventi di interesse pubblico.

Già si intuisce pertanto come una nuova concezione dell’urbanistica improntata al recupero, al miglioramento ed alla riqualificazione dell’esistente oltre ad essere una scelta opportuna sul piano etico, potrebbe rappresentare una chance

⁴⁸³Art. 2, comma 3, l.r. Lombardia 28 novembre 2014, n. 31 “*Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato*”.

di rilancio del settore edilizio; sul punto, si sottolinea che il Rapporto CRESME del dicembre 2013 ha evidenziato che l'attività di recupero costituisce già il 61% del mercato delle costruzioni con una previsione di crescita ulteriore⁴⁸⁴.

In realtà anche il legislatore statale si è mosso in tal senso (sebbene senza farlo in modo organico) introducendo misure idonee a favorire la ripresa economica del paese puntando sulla rigenerazione e riqualificazione urbana. Difatti, con il preciso obiettivo di "incentivare la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente nonché di promuovere e agevolare la riqualificazione di aree urbane degradate con presenza di funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti nonché di edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione ovvero da rilocalizzare, tenuto conto anche della necessità di favorire lo sviluppo dell'efficienza energetica e delle fonti rinnovabili", il d.l. "Sviluppo" n. 70/2011 ha demandato alle regioni il dovere di adottare specifiche leggi per incentivare tali azioni con la previsione di una volumetria aggiuntiva in funzione premiale, l'ammissibilità di modifiche della sagoma necessarie per l'armonizzazione architettonica con gli organismi esistenti nonché l'ammissibilità di modifiche di destinazione d'uso (purchè tra loro compatibili o complementari)⁴⁸⁵; inoltre è stata prevista, ove le regioni non

⁴⁸⁴ www.cresme.it/rapporti/

⁴⁸⁵ Art. 5, comma 9, d.l. 13 maggio 2011, n.70 convertito in l. 12 luglio 2011, n. 106 ai sensi del quale "Al fine di incentivare la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente nonché di promuovere e agevolare la riqualificazione di aree urbane degradate con presenza di funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti nonché di edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione ovvero da rilocalizzare, tenuto conto anche della necessità di favorire lo sviluppo dell'efficienza energetica e delle fonti rinnovabili, le Regioni approvano entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto specifiche leggi per incentivare tali azioni anche con interventi di demolizione e ricostruzione che prevedano: a) il riconoscimento di una volumetria aggiuntiva

avessero rispettato il termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto per legiferare sul punto, la possibilità di avvalersi del permesso di costruire in deroga di cui all'art. 14 t.u.e. "anche per il mutamento delle destinazioni d'uso"⁴⁸⁶.

Già anteriormente al 2011, la promozione di interventi di rinnovo urbanistico ed edilizio, di riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti era stata incentivata con lo strumento della premialità affidando ai comuni il compito di introdurre tali possibilità nello strumento urbanistico⁴⁸⁷; era stato inoltre già previsto il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori di interventi di incremento del patrimonio abitativo, incrementi premiali finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e di miglioramento della qualità urbana, nonché la previsione della cessione di diritti edificatori come corrispettivo a fronte della costruzione di unità abitative di proprietà pubblica da destinare alle categorie svantaggiate⁴⁸⁸.

Tuttavia, è facile intuire che se su un versante il fine era quello di incentivare interventi edilizi di recupero e riqualificazione piuttosto che di nuova edilizia, sull'altro la scelta legislativa di premiare tali interventi tramite la assegnazione di nuova edificazione si è palesata contraddittoria con l'obiettivo principale.

rispetto a quella preesistente come misura premiale; b) la delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse; c) l'ammissibilità delle modifiche di destinazione d'uso, purché si tratti di destinazioni tra loro compatibili o complementari; d) le modifiche della sagoma necessarie per l'armonizzazione architettonica con gli organismi edilizi esistenti."; T.A.R. Lombardia, Milano, 30 maggio 2013, n. 1417; T.A.R. Emilia-Romagna, 24 luglio 2012, n. 518 in www.ildirittoamministrativo.it; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 28 novembre 2013, n. 1287 (commentata da A. FRIGO, *Gli strumenti della riqualificazione urbana del decreto sviluppo. Nota a TAR Piemonte, 28 novembre 2013, n. 1287*, in www.pausania.it, dicembre 2013).

⁴⁸⁶ Anticipando parzialmente quanto disposto successivamente dal c.d. d.l. "Sbolca Italia", 12 settembre 2014, n. 133 conv. in l. 11 novembre 2014, n. 164.

⁴⁸⁷ Art. 2, comma 259, l. 24 dicembre 2007, n. 244.

⁴⁸⁸ Art. 11, comma 5, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133.

Successivamente e riprendendo quanto iniziato dal d.l. n. 70/2011, con il decreto “*Sblocca Italia*”⁴⁸⁹ il legislatore ha ampliato l’ambito di applicazione dell’art. 14 del t.u.e. consentendo di ottenere il permesso di costruire in deroga ivi disciplinato (dapprima limitato agli interventi su “*edifici ed impianti pubblici o di interesse pubblico*” con esclusione di possibile modifica delle destinazioni d’uso) anche in deroga alle destinazioni d’uso per interventi di ristrutturazione edilizia (che non comportino aumento di volumetria) di edilizia privata, comunque destinati alla collettività⁴⁹⁰.

Si rileva inoltre che al fine di accordare il rilascio del permesso di costruire in deroga, il legislatore ha introdotto, quale criterio di valutazione, la sussistenza dell’“interesse pubblico”⁴⁹¹ che, tuttavia, necessita di una puntualizzazione: mentre con riguardo agli interventi di cui al comma 1 dell’art. 14 t.u.e. deve sussistere un interesse pubblico degli edifici ed impianti oggetto dell’intervento, con riguardo invece agli interventi di ristrutturazione edilizia

⁴⁸⁹ Il c.d. d.l. “Sblocca Italia” 12 settembre 2014, n. 133 conv. in l. 11 novembre 2014, n. 164 ha introdotto il comma 1-bis nel testo dell’art. 14 T.U.E. disciplinante il permesso di costruire in deroga che così recita “*Per gli interventi di ristrutturazione edilizia, attuati anche in aree industriali dismesse, è ammessa la richiesta di permesso di costruire anche in deroga alle destinazioni d’uso, previa deliberazione del Consiglio comunale che ne attesta l’interesse pubblico, a condizione che il mutamento di destinazione d’uso non comporti un aumento della superficie coperta prima dell’intervento di ristrutturazione, fermo restando, nel caso di insediamenti commerciali, quanto disposto dall’articolo 31, comma 2, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, e successive modificazioni.*”

⁴⁹⁰ Il citato comma 1-bis ammette gli interventi di ristrutturazione “*anche*” in aree industriali dismesse e quindi ne derivano ulteriori ambiti di operatività; sul punto, A. SAVATTERI, *Gli interventi di recupero delle aree urbane ed il permesso di costruire in deroga*, in *Urb. e app.*, 2014, 842: “la deroga è stata ... estesa anche ad interventi edilizi privati, comunque destinati alla collettività. La giurisprudenza ha così ritenuto legittimo il permesso di costruire in deroga rilasciato per interventi privati volti a perseguire un interesse pubblico riferito ad esigenze di tipo economico bancario-assicurativo, culturale, industriale, igienico, religioso, medico, sportivo, turistico-alberghiero, fermo restando che il principale ambito applicativo è rinvenibile negli immobili destinati all’attività da ultimo indicata”; M. CALABRÒ, *Art. 14*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell’edilizia*, Milano, 2015.

⁴⁹¹ Ai sensi dell’art. 14 T.U.E. il permesso di costruire in deroga viene rilasciato “*previa deliberazione del Consiglio comunale che ne attesta l’interesse pubblico*”.

del nuovo comma 1-bis sembra che l'interesse pubblico non debba afferire l'immobile in sè (che quindi può essere anche privato) quanto, piuttosto, l'intervento per cui si richiede il titolo edilizio⁴⁹². Sul punto, come già rilevato, la l.r. Emilia Romagna n. 15/2013 ha invece espressamente qualificato, all'art. 20 (disciplinante il "*Permesso di costruire in deroga*"), come interventi di interesse pubblico quelli di "riqualificazione urbana e di qualificazione del patrimonio edilizio esistente"⁴⁹³.

Come prontamente osservato dalla giurisprudenza amministrativa, tali disposizioni costituiscono tanti tasselli di un più ampio progetto teso a favorire interventi di riqualificazione e di rigenerazione urbana limitando invece il consumo di suolo non urbanizzato⁴⁹⁴, "nel dichiarato obiettivo di introdurre misure volte a favorire lo sviluppo economico in una fase storica di particolare difficoltà per il Paese" introducendo "più ampi margini di azione per chi intenda provvedere all'attività edilizia, così da incoraggiarne l'esercizio"⁴⁹⁵. Si è giunti a prendere coscienza del fatto che la presenza di funzioni urbane eterogenee e di tessuti edilizi disorganici nel territorio nazionale costituisce un forte ostacolo alla razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente: anche la destinazione produttiva spesso assegnata dallo strumento urbanistico a vaste aree, ne preclude il recupero e pertanto la introdotta derogabilità delle

⁴⁹² S. BIGOLARO, *La nuova norma in tema di perequazione urbanistica (art. 17, d.l. 133/2014, conv. l. 164/2014)*, in *www.venetoius*, 18 novembre 2014.

⁴⁹³ F. GUALANDI, *Dallo "jus aedificandi"*, cit..

⁴⁹⁴ In linea con tale obiettivo, lo "*Sblocca Italia*" ha escluso che il mutamento in deroga della destinazione d'uso possa comportare un incremento della volumeria precedente all'intervento di ristrutturazione; cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5756 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁹⁵ T.A.R. Emilia-Romagna, 24 luglio 2012, n. 518, cit.; T.A.R. Lombardia, 30 maggio 2013, n. 1417 ove si afferma con riferimento all'art. 5, comma 9 del d.l. n. 70/2011 che "la ratio espressa dalla norma è quella di razionalizzare il patrimonio edilizio esistente e superare la presenza di funzioni eterogenee e di tessuti edilizi disorganici".

destinazioni d'uso per interventi di ristrutturazione deve essere accolta positivamente.

Si osserva pertanto un crescente *favor* per gli interventi di riqualificazione e recupero del patrimonio edilizio esistente, riducendo invece le possibilità di nuove edificazioni su suoli non urbanizzati: sembrerebbe, come acutamente rilevato, che “la riedificazione sia diventata la regola mentre la edificazione *ex novo* (di suoli non urbanizzati) l’eccezione (quest’ultima “concessa” dal soggetto pubblico sulla base di principi e di regole "concorsuali" e negoziali)”⁴⁹⁶.

5. Il contributo di costruzione di cui all’art. 16 t.u. edilizia.

Nel medesimo filone delle previsioni finora esaminate si inserisce un'altra novità introdotta dal d.l. *Sblocca Italia*⁴⁹⁷, relativa alla differenziazione del contributo di costruzione a seconda del tipo di intervento da realizzare, in modo da favorire quelli di recupero, ristrutturazione e di riuso dell’edilizia esistente anziché interventi di nuova costruzione.

Si tratta di una scelta coerente con il più ampio progetto del legislatore di muoversi in questa direzione, legata alla minore incidenza che gli interventi di recupero edilizio hanno in termini di oneri di urbanizzazione rispetto a quelli che deriverebbero da interventi di nuova edilizia. Nello specifico, il testo

⁴⁹⁶F. GUALANDI, *Dallo “jus aedificandi”*, cit., 9.

⁴⁹⁷ Il quale è intervenuto sul testo dell’art. 16 del t.u.e. in tema di contributo di costruzione.

modificato dell'art. 16 del t.u.e. prevede che, nel definire le tabelle parametriche di cui i consigli comunali si avvarranno per stabilire l'incidenza degli oneri di urbanizzazione, la regione è tenuta a considerare, tra i vari parametri, anche quello relativo alla "differenziazione tra gli interventi al fine di incentivare, in modo particolare nelle aree a maggiore densità del costruito, quelli di ristrutturazione edilizia ... anziché quelli di nuova costruzione"⁴⁹⁸.

Medesima *ratio* è sottesa alla modifica del comma 10 dell'art. 16 t.u.e. che ha introdotto la possibilità per i comuni di deliberare costi di costruzione inferiori ai valori determinati per le nuove costruzioni per gli interventi di ristrutturazione.

Tra i parametri elencati al comma 4 dell'art. 16 da utilizzare per la determinazione delle predette tabelle, il d.l. ne ha inserito un altro che prevede la valutazione del maggior valore "generato da interventi su aree o immobili in variante urbanistica, in deroga o con cambio di destinazione d'uso"⁴⁹⁹.

A seguito dell'intervento legislativo non sono mancati dubbi circa l'esatto tenore della norma, soprattutto nel capire se essa si riferisca alle varianti che

⁴⁹⁸ Il d.l. *Sblocca Italia* ha inserito la lettera d-bis) al comma 4 dell'art. 16 t.u.e. per cui la regione è tenuta a considerare quale ulteriore parametro quello relativo "alla differenziazione tra gli interventi al fine di incentivare, in modo particolare nelle aree a maggiore densità del costruito, quelli di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), anziché quelli di nuova costruzione"; inoltre, ai sensi del successivo comma 5, ove la regione non definisca le tabelle parametriche, il comune è tenuto ad osservare i medesimi parametri elencati al comma 4.

⁴⁹⁹ Ai sensi del comma 4 dell'art. 16 t.u. edilizia, "L'incidenza degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria è stabilita con deliberazione del consiglio comunale in base alle tabelle parametriche che la regione definisce per classi di comuni in relazione: ... d-ter) alla valutazione del maggior valore generato da interventi su aree o immobili in variante urbanistica, in deroga o con cambio di destinazione d'uso. Tale maggior valore, calcolato dall'amministrazione comunale, è suddiviso in misura non inferiore al 50 per cento tra il comune e la parte privata ed è erogato da quest'ultima al comune stesso sotto forma di contributo straordinario, che attesta l'interesse pubblico, in versamento finanziario, vincolato a specifico centro di costo per la realizzazione di opere pubbliche e servizi da realizzare nel contesto in cui ricade l'intervento, cessione di aree o immobili da destinare a servizi di pubblica utilità, edilizia residenziale sociale od opere pubbliche" ..

prevedono interventi in deroga o con cambio di destinazione d'uso⁵⁰⁰ o se, piuttosto, faccia riferimento alle varianti urbanistiche *ad hoc* ed agli interventi in deroga (che corrisponderebbero al permesso di costruire in deroga) e con cambio di destinazione d'uso⁵⁰¹.

Al di là dei problemi di carattere interpretativo, l'art. 16 disciplina pertanto le ipotesi in cui l'amministrazione comunale ed un privato concordano una variante o un permesso in deroga o con cambio di destinazione d'uso a fronte della corresponsione di un contributo straordinario da parte del privato.

Con riguardo alle modalità di corresponsione del contributo in esame, l'art. 16 prevede che esse possano consistere o in un "versamento finanziario, vincolato a specifico centro di costo per la realizzazione di opere pubbliche e servizi da realizzare nel contesto in cui ricade l'intervento" oppure nella "cessione di aree o immobili da destinare a servizi di pubblica utilità, edilizia residenziale sociale od opere pubbliche".

Ciò che rileva particolarmente ai nostri fini è il successivo comma a quello appena esaminato, il 4-*bis* dell'art. 16 che fa salve, con riferimento al secondo periodo della lettera d-*ter*), comma 4, art. 16, le diverse disposizioni delle legislazioni regionali e degli strumenti urbanistici generali comunali.

In questo modo il legislatore ha fornito una base legale alla prassi del contributo straordinario a fronte di edificabilità aggiuntiva⁵⁰², prassi di fatto già

⁵⁰⁰ P. MANTINI, *Luci e ombre della semplificazione edilizia dopo il decreto Sblocca-Italia*, relazione al seminario di formazione specialistica, confronto tra giuristi e urbanisti sul tema "Il territorio tra tutela e trasformazione" 2014.

⁵⁰¹ S. BIGOLARO, *La nuova norma*, cit.

⁵⁰² S. PERONGINI, *Profili giuridici*, cit., 99, osserva che secondo il criterio dell'edificabilità aggiuntiva ad un suolo privato si attribuiscono due indici edificatori di cui il primo è attribuito al privato, mentre del secondo - c.d. aggiuntivo - sarebbe titolare il Comune.

diffusa e adottata da molte amministrazioni comunali a fronte di valorizzazioni immobiliari derivanti da interventi di trasformazione urbana e prive, finora, di idonea copertura normativa⁵⁰³. Di fatto, avvalendosi di questa tecnica perequativa, i comuni ottengono una riserva di edificabilità che non è riferibile ad alcun fondo “sorgente” e che può essere utilizzata o in via diretta (ad esempio per realizzare infrastrutture pubbliche) o come moneta volumetrica. Tale prassi ha una funzione finanziatrice per le casse comunali che, in tal modo, sopperiscono alle carenze in fatto di opere di urbanizzazione e strutture pubbliche⁵⁰⁴.

Ciò che più rileva ai fini del presente lavoro è osservare che il legislatore, a seguito dell'intervenuta modifica dell'art. 16 del t.u.e., ha di fatto avallato anche la possibilità di prevedere una edificabilità sganciata dalla proprietà fondiaria cui i soggetti interessati possono accedervi a fronte del pagamento di un contributo di costruzione (così rispettando la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.): un ulteriore fattore che corrobora il superamento dell'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà tradizionalmente inteso.

La disposizione in esame ha introdotto un criterio per incrementare gli oneri di urbanizzazione ogni volta che l'intervento – realizzato in variante o in deroga rispetto alle previsioni urbanistiche generali - produca un maggior valore economico. Tuttavia dal tenore letterale della norma sono sorti dei dubbi con

⁵⁰³ P. MANTINI, *Luci e ombre*, cit.; F. D'ANGELO, *Riflessioni in tema di diritti edificatori*, cit. nota 39, l'autrice osserva che la titolarità da parte dei comuni di diritti edificatori è spesso dovuta alla circostanza per cui il pianificatore riserva gratuitamente una quota di edificabilità al comune creando una “sorta di edificabilità pubblica decontestualizzata e cioè priva di aree-sorgenti”.

⁵⁰⁴ F. D'ANGELO, *Riflessioni in tema di diritti edificatori*, cit.; P. URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Studi in onore di LEOPOLDO MAZZAROLLI*, cit., 519.

riguardo alla corretta quantificazione del contributo da corrispondere. Il contributo è rapportato al maggior valore conseguito, il quale è calcolato dall'amministrazione comunale ed è "suddiviso in misura non inferiore al 50% tra il Comune e la parte privata ed erogato da quest'ultima al Comune stesso sotto forma di contributo straordinario, che attesta l'interesse pubblico, in versamento finanziario, vincolato a specifico centro di costo per la realizzazione di opere pubbliche e servizi da realizzare nel contesto in cui ricade l'intervento, cessioni di aree o immobili da destinare a servizi di pubblica utilità, edilizia residenziale sociale o opere pubbliche"⁵⁰⁵: potrebbe sembrare che almeno il cinquanta per cento del maggior valore debba essere corrisposto al comune sotto forma di contributo straordinario; tuttavia, aderendo ad una siffatta interpretazione si rischierebbe di rendere poco convenienti economicamente per il privato gli interventi in questione. Pertanto l'opinione comune è quella per cui all'amministrazione spetti una percentuale oscillante tra il venticinque ed il cinquanta per cento del maggiore valore⁵⁰⁶. Ad ogni modo il contributo straordinario integra una prestazione patrimoniale imposta diversa ed aggiuntiva rispetto agli oneri di urbanizzazione⁵⁰⁷.

Ritornando al comma 4 *bis* dell'art. 16 t.u.e. si è visto che esso fa salve le diverse disposizioni delle legislazioni regionali e degli strumenti urbanistici generali; pertanto è stato fatto salvo anche l'art. 20 delle N.t.a. del p.r.g. capitolino del 2008 disciplinante il contributo straordinario di urbanizzazione e

⁵⁰⁵ Così recita la seconda parte del comma *d-ter* dell'art. 16 t.u.edilizia.

⁵⁰⁶ S. BIGOLARO, *La nuova norma*, cit..

⁵⁰⁷ G. MARI, *Disciplina edilizia e sviluppo sostenibile nel recente decreto "Sblocca Italia"*, in AA.VV., *Territori Governance Sviluppo sostenibile*, Alto Osservatorio sulle Politiche D'Europa HOPE del Centro LUPT- Federico II, Diogene Edizioni, 2015, 71.

oggetto di discussione nonché di numerose pronunce giurisprudenziali. In argomento, è utile soffermarsi nuovamente sulle previsioni perequative del nuovo p.r.g. di Roma nominate “ambiti di compensazione” e “contributo straordinario” già trattate nel capitolo II, perché rappresentano un chiaro esempio del riconoscimento di una riserva di edificabilità in favore dell’amministrazione comunale sganciata dalla proprietà del suolo, a conferma, ancora una volta della tesi qui sostenuta. Nella prima ipotesi, a fronte dell’assegnazione al privato di una nuova edificabilità è previsto che una quota della stessa venga messa a disposizione del comune affinché esso la utilizzi per finalità di interesse pubblico; nella seconda ipotesi invece, la quota maggioritaria delle valorizzazioni immobiliari prodotte dal nuovo piano in aggiunta alle precedenti previsioni urbanistiche, è subordinata al pagamento di un contributo straordinario finanziario che verrà utilizzato dal comune per il finanziamento di opere pubbliche⁵⁰⁸. Sulla legittimità di tali previsioni si è pronunciato il Consiglio di Stato nel 2010 con la già citata sentenza n. 4545, dichiarandone la legittimità sulla considerazione per cui, nell’esercizio del potere conformativo, il pianificatore può ricorrere a modelli privatistici e consensuali per il perseguimento di fini pubblici e prevedere, a seguito dell’assegnazione degli indici di edificabilità, una dimensione “dinamica” con la possibilità di assegnare una edificabilità aggiuntiva rispetto a quella prevista dal piano precedente. Inoltre, a parere dei Cnsiglieri, la circostanza per cui il p.r.g. capitolino abbia introdotto una mera facoltà di ricorrere allo strumento perequativo (e non un obbligo per i privati), escluderebbe sia che si versi in una

⁵⁰⁸ G. MARI, *Disciplina edilizia e sviluppo sostenibile*, cit..

sostanziale ablazione della proprietà sia che il contributo configuri una prestazione patrimoniale imposta in violazione della riserva di legge *ex art. 23 Cost.*⁵⁰⁹.

Nel medesimo anno della pronuncia esaminata il legislatore è intervenuto con la l. 30 luglio 2010, n. 122 offrendo copertura normativa *ex post* alla disposizione del p.r.g. romano sul contributo straordinario di urbanizzazione disponendo all'art. 14, comma 16, lettera f) che “in considerazione della specificità di Roma quale Capitale della Repubblica, e fino alla compiuta attuazione di quanto previsto ai sensi dell'articolo 24 della legge 5 maggio 2009, n. 42, per garantire l'equilibrio economico-finanziario della gestione ordinaria, il Comune di Roma può adottare le seguenti apposite misure: ...f) contributo straordinario nella misura massima del 66 per cento del maggior valore immobiliare conseguibile, a fronte di rilevanti valorizzazioni immobiliari generate dallo strumento urbanistico generale, in via diretta o indiretta, rispetto alla disciplina previgente per la realizzazione di finalità

⁵⁰⁹ In realtà i consiglieri non hanno considerato che, in ossequio a quanto affermato dalla Consulta (Corte cost., 10 giugno 1994, n. 236), si incappa in una prestazione imposta quando si riscontra una prevalente coattività che non è esclusa dal mero ricorso a schemi negoziali e consensuali ma deriva da più fattori come, ad esempio, la limitata possibilità per il privato di scegliere se rinunciare o accettare le condizioni fissate dalla p.A. unilateralmente. Il p.r.g. romano ha di fatto previsto una prestazione patrimoniale prestabilita nelle N.t.a. del piano, stabilendo il contenuto dell'accordo tra p.A. e privati interessati. Si osserva inoltre che nella sentenza di primo grado - riformata dal Consiglio di Stato (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 4 febbraio 2010, n. 1524, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1186) - i giudici avevano affermato che la previsione degli “ambiti di compensazione” hanno configurato “una forma di espressa sottrazione ai proprietari della parte maggioritaria della quota di edificabilità aggiuntiva agli stessi riconosciuta”; avevano inoltre considerato che la predetta quota veniva stabilita non a seguito di negoziazione ma “*a priori*” dal piano, il quale dapprima la quantifica con precisione, facendo salve le indicazioni del Programma preliminare solo in senso più restrittivo, e conseguentemente stabilisce a carico dei proprietari degli Ambiti di compensazione (art. 18, comma 4 delle n.t.a.) un puntuale obbligo - una volta approvato lo strumento urbanistico esecutivo - di cedere al Comune, o a soggetti terzi dallo stesso individuati, la superficie fondiaria corrispondente alle previsioni edificatorie riservate al Comune medesimo”. Amplius: S. BIGOLARO, *La nuova norma*, cit., G. MELIS, *Prestazioni imposte (dir. trib.)*, in Enc. giur. Treccani.

pubbliche o di interesse generale, ivi comprese quelle di riqualificazione urbana, di tutela ambientale, edilizia e sociale. Detto contributo deve essere destinato alla realizzazione di opere pubbliche o di interesse generale ricadenti nell'ambito di intervento cui accede, e può essere in parte volto anche a finanziare la spesa corrente, da destinare a progettazioni ed esecuzioni di opere di interesse generale, nonché alle attività urbanistiche e servizio del territorio. Sono fatti salvi, in ogni caso, gli impegni di corresponsione di contributo straordinario già assunti dal privato operatore in sede di accordo o di atto d'obbligo a far data dall'entrata in vigore dello strumento urbanistico generale vigente” . Pertanto, a maggior ragione, anche tale disposizione rientra nel “salvataggio” operato dal neo introdotto comma 4 *bis* nell’art. 16 del t.u. dell’Edilizia.

In argomento è interessante osservare che, con ordinanza n. 3167 del 2015⁵¹⁰, il Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale del citato art. 14, comma 16, lett. *f*), l.n. 122/2010 per violazione, sotto diversi profili, degli artt. 3, 23, 53, 97 cost.. Nei limiti di quanto utile nella presente ricerca, va osservato che il Consiglio di Stato, nel riprendere la giurisprudenza della Corte costituzionale per cui - affinché sia rispettata la riserva relativa di legge *ex art. 23 Cost.* - è innanzitutto necessaria la predeterminazione di “sufficienti criteri direttivi di base e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa” aventi natura oggettiva o tecnica ed idonei a limitare l’ambito di discrezionalità dell’amministrazione, ritiene che la norma in questione non superi tale vaglio. Ciò in quanto pone criteri vaghi ed imprecisi come il

⁵¹⁰ Il testo dell’ordinanza è consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

riferimento a “rilevanti valorizzazioni immobiliari”, mentre con riguardo alla quantificazione del contributo si limita a riferirsi ad una misura massima del 66%, lasciando all’amministrazione un ampio margine di scelta⁵¹¹. Inoltre, a parere dei consiglieri il contributo da corrispondere non può coincidere con il “prezzo” della valorizzazione perché, così facendo, si porrebbero le basi per la nascita di una pianificazione “lucrativa” con evidente danno per l’imparzialità e buon andamento dell’amministrazione⁵¹². Inoltre, la funzione perequativa assegnata al contributo non realizza di fatto una pianificazione imparziale né beneficia tutti i proprietari: difatti delle valorizzazioni ne beneficiano solo alcuni proprietari senza un ritorno (anche indiretto) per gli altri. Inoltre, il gettito ottenuto dall’amministrazione verrebbe utilizzato non solo per la “realizzazione di opere pubbliche o di interesse generale ricadenti nell’ambito dell’intervento cui accede”, ma anche per “finanziare la spesa corrente, da

⁵¹¹ Sulla necessità di limitare, tramite la previsione di criteri e parametri precisi, la discrezionalità, cfr., *ex multis*, T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 23 settembre 2015, n. 823, con riguardo all’art. 4.6, commi 4-10 e 15, delle Norme del PSC approvato dal Comune di Budrio il 15 dicembre 2010, nonché le schede e tavole afferenti l’A.N.S. (“Ambito per nuovi insediamenti”) C.4 “Pieve di Sopra”, le quali stabiliscono che, in sede di attribuzione dei diritti edificatori da parte del POC, dovrà prevedersi la cessione gratuita delle aree su cui non sia previsto insediamento, in eccedenza rispetto alla cessione delle ordinarie dotazioni di legge, sia per recuperare carenze pregresse, che per le politiche per la residenza sociale, e in generale per rendere attuabile il disegno di piano, anche attraverso permuta e trasferimenti di diritti edificatori, al Collegio sembra del tutto irragionevole ritenere che il potere di prevedere cessioni gratuite extra-oneri per cause urbanistiche (in Emilia Romagna dall’art. 7 della L.R. 20/2000), “possa essere esercitato senza individuazione contestuale della causa urbanistica specifica e concreta e dei relativi fabbisogni, anche quantitativi, bensì soltanto per “rendere attuabile il disegno di Piano”. “Al contrario, tanto più è lata la discrezionalità dell’amministrazione, tanto più stringente è l’onere della stessa di individuare concretamente i presupposti e le finalità del suo esercizio”.

⁵¹² SPASIANO M.R., *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, 2015, 39 ss..

destinare a progettazioni ed esecuzioni di opere di interesse generale, nonché alle attività urbanistiche e servizio del territorio”⁵¹³.

6. Ulteriori novità normative accentuano la rilevanza dello *ius restituendi*.

Una concezione dell’urbanistica sotto questa nuova luce comporta inevitabili ripercussioni sulla questione dell’inerenza dello *ius aedificandi* rispetto al diritto di proprietà. La qualificazione di interventi di “interesse pubblico” nei casi di recupero e rigenerazione urbana costituiscono un evidente cambio di rotta della moderna urbanistica, il cui fine principale è pertanto la conservazione dei suoli non urbanizzati e la residualità degli interventi di nuova costruzione.

Si denota un progressivo cambiamento anche nell’adozione di nuove tecniche di pianificazione che si riflettono sulla “funzionalizzazione” della proprietà ai sensi del dettato costituzionale: con riguardo al patrimonio edilizio esistente, l’attenzione si sta spostando verso un diritto che è stato definito in dottrina come “*ius restituendi*”⁵¹⁴.

In altre parole, l’attenzione del legislatore si sta focalizzando sul diritto di conservare, mantenere e migliorare il valore economico della proprietà immobiliare.

⁵¹³ “La formula è così ampia e vaga da legittimare, nella sostanza, la generica utilizzabilità del gettito per qualsivoglia esigenza del Comune di Roma”: così si legge nell’ordinanza di rimessione alla Consulta.

⁵¹⁴ Si allude alla proprietà di immobili già edificati, non potendosi parlare di *ius utendi* con riguardo alla proprietà c.d. edilizia ossia quella ancora non edificata. Cfr. F. GUALANDI, *Dallo “jus aedificandi”*, cit. 9.

In tale senso, anche la modifica, in senso ampliativo, delle definizioni degli interventi edilizi di cui all'art. 3 t.u.e. - in particolare quelle relative agli interventi di manutenzione straordinaria⁵¹⁵ e di ristrutturazione⁵¹⁶ (art. 3, comma 1, lett. b) e d)) - rappresenta un effetto del cambiamento della concezione della proprietà immobiliare e della sua funzionalizzazione secondo la coscienza sociale attuale.

L'attuale testo del citato art. 3, comma 1, lett. b) supera i due precedenti limiti – quello “strutturale” (divieto di alterare i volumi e le superfici delle unità immobiliari) e quello “funzionale” (divieto di modificazione della destinazione d'uso, ammissibilità di interventi di mera sostituzione o rinnovo dell'immobile) – cui un intervento doveva sottostare per essere qualificato di manutenzione straordinaria, richiedendo unicamente che per effetto dell'intervento non risulti alterata la volumetria complessiva. Vengono inoltre ricompresi nella categoria gli interventi di frazionamento o accorpamento di unità immobiliari, anche se comportino variazione delle superfici delle singole unità immobiliari e del carico urbanistico (permane invece la immodificabilità della destinazione d'uso e della volumetria complessiva dell'edificio). Anche con riguardo agli interventi di ristrutturazione di cui alla lett. d), si amplia il novero di interventi riconducibili alla categoria, includendovi la ricostruzione di un manufatto già

⁵¹⁵Lettera così modificata dall'art. 17, comma 1, lett. a), nn. 1) e 2), D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 novembre 2014, n. 164.

⁵¹⁶Lettera così modificata dal D.L. 27 dicembre 2002, n. 301 e, successivamente, dall'art. 30, comma 1, lett. a), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.

da tempo crollato o demolito, ove sia possibile provarne la originaria consistenza⁵¹⁷.

Appare evidente che la nuova normativa sia indicativa di una maggiore attenzione del legislatore all'attività di recupero e ricostruzione del patrimonio edilizio esistente, anche al fine di ricavarne un miglioramento sotto diversi profili (energetico, antisismico ecc.)⁵¹⁸.

Una rinnovata concezione del contenuto del diritto di proprietà emerge anche dal disposto di cui all'art. 3-bis t.u.e., inserito dal citato d.l. "Sblocca Italia", che costituisce il riconoscimento legale degli strumenti compensativi finalizzati alla riqualificazione urbana.

Nello specifico, la disposizione stabilisce che lo strumento urbanistico può favorire, in alternativa all'espropriazione, la riqualificazione degli edifici esistenti non più compatibili con gli indirizzi della pianificazione, attraverso forme di compensazione incidenti sull'area interessata e senza aumento della superficie coperta, rispondenti al pubblico interesse nel rispetto dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

⁵¹⁷In precedenza era necessario che la demolizione e ricostruzione del manufatto avvenisse contestualmente mentre in base alla attuale disciplina non è più richiesta la contestualità temporale ma unicamente l'onere di provare l'originaria consistenza del bene; su tal ultimo punto il legislatore, tuttavia, non ha chiarito le modalità di tale accertamento ma cfr. Cass. Pen., Sez. III, 25 giugno 2015, n. 26713 ove afferma che *"anche in questi casi è pur sempre necessario, onde accertare che sia rimasta invariata anche la preesistente volumetria, che sia possibile operare la verifica della originaria consistenza in base a riscontri documentali od altri elementi certi e verificabili (Corte di cassazione, Sezione III penale, 7 febbraio 2014, n. 5912)";* difatti, chiarisce la Suprema Corte, *"la norma non chiarisce attraverso qual strumenti detto accertamento possa o debba essere compiuto, ma (...) considera indubitabile che il sistema in vigore escluda che si possa ricorrere a fonti non documentali o comunque prive dei caratteri di certezza e verificabilità"*, Cass. Pen., sez. III, 7 febbraio 2014, n. 5912.

⁵¹⁸ S. ANTONIAZZI, G. LEONE, G. MAIONE, A. PARISI, *Art. 3*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 42.

Sembra pertanto proporsi un piano regolatore di nuova “generazione” orientato ad una regolamentazione del territorio c.d. senza espansione, senza cioè ulteriore consumo di suolo e salvaguardando le zone inedificate: il pianificatore dovrà guardare alla riqualificazione come valida alternativa all’espropriazione e vi procederà mediante l’individuazione degli edifici la cui riqualificazione soddisfi i motivi di interesse pubblico a fondamento della loro espropriazione.

Come incentivo alla riqualificazione, affinché tale soluzione possa essere valutata più conveniente dai privati rispetto ad una espropriazione, si propongono forme di compensazione edilizia sulla medesima area (benchè senza aumento della superficie coperta, il che ne rappresenta il maggior limite applicativo come si vedrà *infra*). Tralasciando per il momento i dubbi sulla concreta operatività del sistema così proposto, è da salutare con favore la previsione normativa di uno stretto collegamento tra espropriazione, compensazione e riqualificazione urbana all’interno dello strumento urbanistico. Se di regola il meccanismo compensativo opera mediante assegnazione di crediti edificatori al privato a fronte della cessione gratuita da parte dello stesso dell’area in sua titolarità (da espropriare), nel caso in esame l’assegnazione dei crediti compensativi avviene a fronte dell’accollo da parte del privato dell’intervento di riqualificazione dell’immobile individuato. Quanto previsto realizza a pieno la funzione sociale della proprietà in quanto la riqualificazione del bene giova non solo al titolare dello stesso, ma anche alla collettività⁵¹⁹.

⁵¹⁹E. BOSCOLO, *La compensazione e l’incentivazione*, cit.: “Anche l’obiettivo della rimozione dei manufatti incongrui si persegue stimolando l’iniziativa dei privati a muoversi nella

Come accennato, si è dubitato, tuttavia, della efficacia della norma rispetto al fine che si prefigge di perseguire in quanto, in primo luogo, si prevedono crediti compensativi benchè l'esigenza primaria sia quella di adottare piani urbanistici c.d. contenitivi, volti a ridurre il consumo di suolo, ed in secondo luogo sono previsti la possibilità di sfruttamento della capacità volumetrica unicamente sulla medesima area nonchè l'esclusione di un aumento della superficie coperta⁵²⁰: permangono inevitabili dubbi sulla convenienza per il privato di procedere ad una riqualificazione dell'immobile in luogo dell'espropriazione⁵²¹.

Al di là delle criticità rilevabili della disposizione, anche qui si riconferma la presenza di un grande *favor* per gli interventi di riqualificazione e ristrutturazione dell'esistente che riconduce a quello "*ius restituendi*" cui si è accennato. E proprio a tale diritto sembra riferirsi la seconda parte del disposto dell'art. 3-*bis* t.u.e. la quale, nelle more dell'attuazione del piano, limita le facoltà del proprietario ai soli interventi conservativi⁵²², con esclusione della demolizione e successiva ricostruzione che non sia giustificata da obiettive ed improrogabili esigenze di ordine statico o igienico sanitario. È evidente che

direzione indicata dal piano, creando cioè le condizioni affinché i detrattori percettivi vengano eliminati"

⁵²⁰Si tratta certamente di una modifica legata alla necessità di ridurre il consumo di suolo, manovra definita "un eccesso di prudenza": così E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 17 del decreto "Sblocca Italia"*, in *Urb. e app.*, 2015, 35.

⁵²¹G. MARI, *Disciplina edilizia e sviluppo sostenibile nel recente decreto "Sblocca Italia"*, in AA.VV., *Territori Governance Sviluppo sostenibile*, Alto Osservatorio sulle Politiche D'Europa HOPE del Centro LUPT- Federico II, Diogene Edizioni, 2015, 71-93, isbn 978-88-6647-121-9; in sede di conversione del decreto Sblocca Italia è stata esclusa la trasferibilità altrove della capacità volumetrica e che la compensazione non può eccedere la superficie coperta. Sul punto l'autrice osserva che "*per recuperare le potenzialità dello strumento, una diversa forma di vantaggio assegnabile a fronte dell'assolvimento dell'obbligo di riqualificazione potrebbe consistere nel mutamento di destinazione d'uso (come previsto dall'art. 5, co. 9, l. n. 106 del 2011 relativamente al c.d. "Piano casa")*".

⁵²²Il legislatore non elenca gli interventi ma dovrebbero coincidere con quelli di manutenzione ordinaria e straordinaria, restauro e risanamento conservativo.

l'interesse del legislatore sia quello di preservare una corretta attuazione del piano urbanistico e del meccanismo compensativo. La previsione in esame offre una tutela al contenuto minimo della proprietà che, si evidenzia, sembra consistere nel diritto a tutelare l'integrità fisica del bene, preservarne il valore economico, conservarne le funzionalità e nelle facoltà di godimento dello stesso. Difatti, in ossequio a quanto affermato dalla Consulta⁵²³, i limiti posti dalla legge alle facoltà del proprietario non possono spingersi fino a ricomprendere il diritto di intervenire sull'immobile al fine di mantenerlo e ristrutturarlo se non incappando in una lesione del contenuto minimo del diritto di proprietà.

È possibile osservare che gli interventi conservativi consentiti nelle more dell'attuazione del piano urbanistico di cui all'art. 3-*bis* coincidono con gli interventi edilizi ammessi dall'art. 9 in assenza di pianificazione urbanistica: ne consegue la conferma del mutare del contenuto minimo del diritto di proprietà il quale non sembra più essere radicato (come tradizionalmente accaduto) nello *ius aedificandi*, relegato oggi ad un ruolo marginale o finanche assente, quanto piuttosto rappresentato da uno *ius utendi*, ossia un diritto a promuovere interventi di recupero leggero degli immobili esistenti⁵²⁴.

Pertanto sono molteplici i fattori che inducono a ribaltare la tradizionale impostazione della potenziale edificabilità dell'intero territorio nazionale e

⁵²³Corte cost., 29 dicembre 1995, n. 529, in *Riv. giur. edil.*, 1996, I, 3

⁵²⁴Si è già osservato che in virtù dell'art. 9 T.U.E. le regioni hanno potuto finanche introdurre un regime di assoluta inedificabilità dei suoli salvo che per usi agricoli, così attribuendo una "funzione generatrice e non meramente regolatrice del diritto di edificare" D.M. TRAINA, *Lo ius aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, op. cit, 30, in www.cesefin.it.

della intrinseca edificabilità dei suoli; come già prospettato⁵²⁵, oggi il territorio nazionale deve considerarsi di regola imm modificabile, salvi gli interventi sull'esistente (*ius utendi*) e le (limitate) previsioni di trasformazione urbanistica derivanti dalle scelte di piano⁵²⁶. Alla tendenza alla espansione edilizia si sostituisce, quale obiettivo della “nuova” urbanistica, l'esigenza di recupero e della razionalizzazione dell'esistente in base alle necessità della collettività⁵²⁷. È possibile pertanto concludere nel senso che l'impostazione della Consulta della appartenenza dello *ius aedificandi* alla proprietà non costituisce più un punto fermo⁵²⁸, dovendosi oggi pervenire a riflessioni divergenti. Il che era inevitabile e affermato dalla stessa Corte la quale aveva ancorato il suo ragionamento alla considerazione del diritto dominicale secondo la “coscienza sociale” dell'epoca, quasi a rendere doverosa una successiva rielaborazione dell'argomento. Ed un fattore di non poco rilievo è rappresentato proprio dal diminuire dei suoli “naturalmente” edificabili che non consente più di guardare allo *ius aedificandi* come elemento intrinseco alla

⁵²⁵G. MORBIDELLI, *Tutela dell'ambiente e normativa urbanistica - Riflessi sul diritto di proprietà*, in *Riv. giur. edilizia*, 1988, II, 130.

⁵²⁶Le previsioni di trasformazione urbanistica dovrebbero essere limitate alle ipotesi in cui non sia possibile un riutilizzo o conversione dell'esistente; in tal senso si sono mossi dapprima i legislatori regionali tra cui, a titolo esemplificativo, la legge reg. toscana 3 gennaio 2005, n. 1 che all'art. 3, c. 3 dispone che “... nuovi impegni di suolo a fini insediativi e infrastrutturali sono consentiti esclusivamente qualora non sussistano alternative di riutilizzazione e riorganizzazione degli insediamenti e delle infrastrutture esistenti”.

⁵²⁷V. CERULLI IRELLI, *Le prospettive della riforma urbanistica in italia nel mutato quadro dei rapporti tra stato centrale ed autonomie territoriali*, in *La disciplina urbanistica in italia, Problemi attuali e prospettive di riforma*, a cura di P. Urbani, torino, Giappichelli, 1998, 49. P. MARZARO GAMBA, *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti - Garanzia delle proprietà e scelte della P.A.*, Padova, Cedam, 2002, 4 afferma che “ci si trova di fronte ad una sorta di “saturazione” del territorio, utilizzato spesso fino oltre un livello sostenibile e questo dato di fatto, soprattutto nell'ultimo decennio, ha portato sempre più frequentemente a sottolineare la necessità di considerare l'urbanistica come scienza della “qualità e della sostenibilità” dello sviluppo del territorio stesso, inteso ormai come risorsa limitata (e già ampiamente adoperata)”.

⁵²⁸D. SORACE, *Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione: fra tutela dell'affidamento, esigenze risarcitorie e problemi della rendita urbana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 405 ss..

proprietà fondiaria, rischiando altrimenti di divenire un diritto di pochi. Oltre ad essere sempre più rara per ragioni di fatto, l'edificabilità dei suoli non urbanizzati appare essere un bene "concesso da scelte amministrative discrezionali, come facoltà trasferita dalla p.A. a seguito di negoziazione"⁵²⁹.

Inoltre, la stessa rinnovata visione della funzione sociale della proprietà conduce alle medesime conclusioni: le numerose previsioni normative, a livello statale e regionale, confermano la tendenza al riuso del patrimonio edilizio esistente e la preferenza del recupero rispetto alla nuova edificazione, alla quale invece si cerca di assegnare un ruolo residuale⁵³⁰.

Lo *ius aedificandi*, già fortemente limitato dai numerosi vincoli conformativi apposti alla maggior parte delle aree non edificate, si trova oggi a convivere con una nuova concezione di urbanistica, non più improntata alla regolamentazione della edificabilità, ma piuttosto alla tutela del "bene suolo" e dei connessi interessi sociali.

Ma forse l'evento che ha maggiormente contribuito a separare il diritto di edificare dal diritto di proprietà è rappresentato dalla nascita di diritti edificatori privi di ogni connessione con la proprietà del suolo⁵³¹. Si allude precisamente a quelli derivanti dal fenomeno compensativo e premiale in cui l'assegnazione dei "crediti edilizi" (in luogo dell'indennizzo o quale corrispettivo a fronte della realizzazione di un intervento di interesse pubblico)

⁵²⁹ P. MANTINI, *Rigenerazione urbana, resilienza, re/evolution. Profili giuridici*, Atti del XXVIII Congresso nazionale dell'INU, 2013 in www.inu.it

⁵³⁰ Cons. Stato, 10 maggio 2012, n. 2710 cit.. Sulla stessa scia Cons. Stato, 13 giugno 2013, n. 3262 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵³¹ D.M. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 34.

non presenta alcun collegamento reale con un fondo, ma avviene per volontà dei pubblici poteri⁵³². Benchè sarà certamente necessario individuare un fondo sul quale esercitare il diritto, in questi casi il momento genetico dello *ius aedificandi* va ricercato nell'esercizio della potestà pianificatrice. In altre parole, il diritto di costruire sembra qui non appartenere in alcun modo al contenuto essenziale del diritto di proprietà e sembra si sia trasformato oggi in un *quid* previsto dallo strumento di pianificazione.

Da ultimo si rileva anche un ulteriore fattore, sebbene di minore importanza, che conferma il venir meno dello *ius aedificandi* dal regime genetico del diritto di proprietà. Ci si riferisce alla stratificazione di oneri ed opere di urbanizzazione che il richiedente deve accollarsi sempre più di frequente al fine di ottenere il rilascio del permesso di costruire: sembra quasi che il titolo edilizio non rimuova più un ostacolo all'esercizio di un diritto preesistente nella sfera giuridica del richiedente e che, invece, attribuisca il diritto di edificare a fronte di un corrispettivo oggetto di contrattazione con l'amministrazione.

⁵³² Permane invece il collegamento al fondo nel caso dei diritti edificatori derivanti dal piano perequativo in cui, come ampiamente osservato, la capacità edificatoria è assegnata ad un fondo sebbene non sia possibile esercitarla sullo stesso perchè destinato alla realizzazione di opere di interesse pubblico.

7. Le conseguenze del constatato scorporo dello *jus aedificandi* sulla pianificazione. L'esigenza di una pianificazione concorrenziale e competitiva.

Nel corso del tempo ha assunto particolare rilievo un nuovo modello di urbanistica, che si può definire “concorsuale”, fondato su un dialogo tra amministrazioni, imprenditori e privati nel rispetto del principio di trasparenza dell'azione amministrativa.

Un utilizzo in misura massiccia delle procedure di evidenza pubblica nel settore dell'urbanistica agevolerebbe l'amministrazione nella individuazione dei migliori progetti, potendo accertare i vantaggi sociali ed economici offerti nonché le modalità con cui si propone di realizzare l'interesse pubblico.

In tal modo si permetterebbe, come rilevato, di “iniettare concorrenza nel settore delle aree fabbricabili” ed “assicurare imparzialità, trasparenza, coordinamento degli apporti privati nel quadro definito dagli atti di pianificazione pubblica”⁵³³.

In tal senso ha agito, ad esempio, il Comune di Quarrata (PT) introducendo, con regolamento urbanistico (così è chiamato il piano operativo nella l.r. Toscana n. 1/2005), una procedura competitiva e comparativa per le aree a pianificazione differita (APD). A tal fine si è previsto che il consiglio comunale approvi un atto di indirizzo che precisi gli obiettivi pubblici da privilegiare con riferimento alla singola procedura, avviso pubblico, presentazione di proposte da parte dei soggetti privati interessati, valutazione

⁵³³ D.M. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 50.

delle proposte da parte di una commissione giudicatrice, compilazione di graduatoria di merito, assegnazione fino ad esaurimento della edificabilità prevista dal bando secondo la graduatoria di merito⁵³⁴; vanno indicati poi i parametri di valutazione di tipo qualitativo e di tipo quantitativo da utilizzare per la selezione delle proposte nonché il diverso peso attribuito a ciascuno di essi (è possibile che il singolo bando non contenga tutti i parametri qualitativi e quantitativi oppure che ne aggiunga altri)⁵³⁵. Dalla applicazione di tali regole nella pianificazione ne deriva il riconoscimento della edificabilità delle aree (tra quelle astrattamente edificabili previamente individuate) in via non immediata, ma successiva allo svolgimento delle procedure selettive.

Si tratta indubbiamente di una nuova e diversa modulazione dell'esercizio della funzione pianificatoria, improntata ad un maggior coinvolgimento dei proprietari, accolta con favore anche dalla giurisprudenza. Difatti è stato osservato che benché si tratti di un esercizio della funzione pianificatoria diverso, è pienamente legittimo e la "innovativa previsione di una procedura di carattere comparativo in luogo del diretto esercizio della discrezionalità amministrativa da parte della p.a. appare funzionale – al netto della verifica delle sue concrete modalità disciplinari – al duplice obiettivo di rendere trasparenti le scelte pubbliche, attraverso la predeterminazione dei criteri valutativi, e di realizzare quanto più possibile l'interesse pubblico, in linea quindi con i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost."⁵³⁶.

⁵³⁴ Artt. 52 ss. R.U. Comune di Quarratta (PT) in www.comunequarratta.it.

⁵³⁵ Art. 54 R.U. cit.

⁵³⁶ T.A.R. Toscana, I sez., 14 febbraio 2011, n. 310 in www.giustizia-amministrativa.it.

Con riguardo al regolamento urbanistico del Comune di Quarrata, la giurisprudenza amministrativa,⁵³⁷ riprendendo quanto osservato dalla Corte Costituzionale nella storica sentenza n. 5 del 1980 secondo cui “il sistema normativo attuato per disciplinare l’edificabilità dei suoli demanda alla pubblica autorità ogni determinazione sul se, sul come e sul quando...della edificazione”, ha ritenuto legittime le scelte del Comune adottate mediante gli strumenti di pianificazione urbanistica nonchè in linea con la giurisprudenza costituzionale in materia di diritto di proprietà.

Una pianificazione che si muove in tale direzione appare coerente con l’evoluzione sociale ed economica che l’originaria concezione della proprietà edilizia e della sua funzione sociale hanno subito. Alla luce di quanto osservato, si pone ancor più in evidenza come l’edificabilità delle aree non urbanizzate stia diventando un “bene sempre più <concesso> da scelte amministrative discrezionali, come facoltà trasferita dalla p.A. a seguito di negoziazione”⁵³⁸.

Tuttavia, seppure rappresenti un ulteriore passo in questa direzione, è da rilevare che anche la tecnica pianificatoria indicata presuppone l’assegnazione di una edificabilità di base alle aree che presentano le stesse connotazioni,

⁵³⁷ T.A.R. Toscana, I sez., 14 febbraio 2011, n. 310 cit. in cui si legge “è incontrovertibile, ed è affermato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 5 del 1980, “che il sistema normativo attuato per disciplinare l’edificabilità dei suoli demanda alla pubblica autorità ogni determinazione sul se, sul come e sul quando...della edificazione” e che la p.a. effettua le proprie scelte attraverso gli strumenti della pianificazione urbanistica. Ciò è quanto è avvenuto anche nella specie, seppur attraverso una dinamica procedimentale più complessa e articolata dell’ordinario”; sul punto v. M. A. CABIDDU, *Diritto del governo del territorio*, cit., 200; cfr. T.A.R. Toscana, 20 luglio 2011, n. 1259 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵³⁸ P. MANTINI, *Rigenerazione urbana, resilienza, re/evolution. Profili giuridici*, cit.; anche D.M. TRAINA, afferma che “la facoltà di trasformare il terreno a fini edificatori non può più dirsi, nell’attuale contesto normativo, consustanziale alla proprietà” in *Lo jus aedificandi*, cit., 39.

previsione necessaria per non cadere nella censura del vincolo ablatorio e rientrare invece nell'ambito della potestà conformativa della proprietà. Difatti, la piena legittimità di una pianificazione "concorsuale" senza la previa assegnazione di una capacità edificatoria "di base" potrebbe essere raggiunta solo superando la tesi, qui criticata, della inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà.

Anche l'Emilia Romagna con la l.r. n. 20/2000 ha previsto la possibilità per il comune di indire un concorso pubblico per la redazione del piano comunale operativo (POC) che individui gli interventi di nuova urbanizzazione, di sostituzione o riqualificazione tra tutti quelli individuati dal PSC⁵³⁹; in tal modo si permette di valutare le proposte di intervento che risultano più idonee a soddisfare gli obiettivi e gli standard di qualità urbana ed ecologico ambientale definiti dal PSC (senza, però, che si arrivi al punto di prevedere l'assegnazione dell'edificabilità tramite procedure concorsuali, ma unicamente prevedendo che le proposte dei privati siano "elementi di valutazione" nella formazione del piano⁵⁴⁰).

Inoltre la norma in esame rinvia, per gli interventi di riqualificazione urbana, all'art. 1, comma 1-bis, l.r. Emilia-Romagna 3 luglio 1998, n. 19 (come modificata dalla l.r. 6 luglio 2009, n. 6)⁵⁴¹, che incentiva sia la partecipazione

⁵³⁹ Ai sensi dell'art. 30, comma 1, l.r. 24 marzo 2000, n. 20: "Il Piano Operativo Comunale (POC) è lo strumento urbanistico che individua e disciplina gli interventi di tutela e valorizzazione, di organizzazione e trasformazione del territorio da realizzare nell'arco temporale di cinque anni(..)".

⁵⁴⁰ In argomento D. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 293.

⁵⁴¹ Ai sensi dell'art. 1, comma 1, l.r. 3 luglio 1998, n. 19 la Regione Emilia-Romagna si propone "*nel quadro dei principi stabiliti dalla normativa vigente ed in coerenza con le previsioni degli strumenti di pianificazione territoriale e urbanistica, promuove la riqualificazione urbana, favorendo una più equilibrata distribuzione dei servizi e delle infrastrutture e il miglioramento della qualità ambientale e architettonica dello spazio urbano,*

dei cittadini alla definizione degli obiettivi della riqualificazione urbana attraverso processi partecipativi o laboratori di urbanistica partecipata nonché il ricorso, da parte dei Comuni, a procedure concorsuali che consentano la scelta del progetto che meglio corrisponde agli obiettivi di qualità attesi⁵⁴².

Una pianificazione del territorio di tipo “concorsuale”⁵⁴³ può realizzarsi solo abbandonando la tradizionale impostazione della appartenenza della capacità edificatoria alla proprietà fondiaria e prendendo atto dell’attuale contesto che ci circonda. Seguendo tale direzione si consente inoltre di superare i limiti applicativi della tecnica perequativa che si è andata diffondendosi troppo tardi, quando l’espansione edilizia era divenuto un fenomeno da arginare piuttosto che da regolare affinché si evitassero diseguaglianze tra i proprietari.

L’attuale tendenza seguita dal pianificatore è infatti quella del recupero e del riuso del patrimonio edilizio esistente, al fine di preservare il suolo non urbanizzato ed a tal fine i criteri perequativi non sono idonei.

Inoltre, l’applicazione delle regole dell’urbanistica concorsuale permette l’ulteriore beneficio di superare gli inconvenienti dell’urbanistica “consensuale” che si caratterizza per prassi censurabili condotte su tavoli bilaterali⁵⁴⁴: con ciò non si intendono dimenticare i benefici del ricorso alla

al fine di eliminare le condizioni di abbandono e di degrado edilizio, ambientale e sociale che investono le aree urbanizzate”.L’art. 3 disciplina in modo dettagliato il concorso pubblico, le modalità con cui devono essere presentate le proposte, i loro contenuti, la scelta della migliore proposta e la acquisizione dell’impegno da parte degli interessati mediante atto unilaterale d’obbligo o di un accordo ex art. 11 l. 241/90.

⁵⁴² P.URBANI, *Territorio e poteri emergenti*, Torino, Giappichelli, 2007, 142 ss..

⁵⁴³ P. MANTINI, *Rigenerazione urbana*, cit., 22.

⁵⁴⁴ In tale senso D. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 292, che inoltre osserva come tale prassi dia inoltre adito “*al sospetto che l’Amministrazione sia forte con i deboli e debole con i forti*”, 50 L’urbanistica “consensuale” risente inevitabilmente dei giochi di forza che vengono ad instaurarsi, con sacrificio dell’interesse della collettività nonché una ridotta trasparenza e imparzialità dell’azione amministrativa.

consensualità nella pianificazione che consente un risparmio in termini di costi e tempistiche derivante dall'acquisizione preventiva del consenso dei privati interessati ma, al tempo stesso, non si possono omettere le disparità di trattamento che essa non riesce ad evitare. Mutuando il procedimento di evidenza pubblica utilizzato nel settore degli appalti pubblici e applicandolo nella pianificazione si ridurrebbe invece l'incidenza di interessi politici e della corruzione nelle scelte dell'amministrazione, rendendo più trasparente la selezione delle proposte.

Inoltre, con il “dialogo competitivo”⁵⁴⁵ che viene ad instaurarsi grazie a tale visione dell'urbanistica non solo si ottengono proposte migliori perché competitive, ma si attenua anche il problema della rendita di posizione.

Quanto osservato non può non rimettere in discussione la questione solo apparentemente chiarita della inerenza del diritto di edificare nella proprietà dei suoli non urbanizzati.

8. Riflessioni conclusive

Possono ora compiersi alcune riflessioni finali. Si è osservato che in gran parte delle (rare) aree ancora non urbanizzate del territorio nazionale il pianificatore esclude una capacità edificatoria “di base”, individuando le aree trasformabili se ed in quanto la previsione di edificabilità è necessaria al soddisfacimento di determinati obiettivi di interesse pubblico.

⁵⁴⁵ P. MANTINI, *Rigenerazione urbana*, cit., 21.

Nelle aree invece non pianificate, operano gli stretti limiti di edificabilità introdotti dal legislatore, se non quelli, ancora più ristrettivi, previsti dalle singole regioni che tendono ad escludere in via assoluta l'edificabilità salvo che per piccoli interventi edilizi funzionali all'uso agricolo del suolo (es. piccoli fabbricati per ricovero degli attrezzi)⁵⁴⁶.

A ciò si aggiunga la attuale e principale preoccupazione del pianificatore, ossia quella di preferire l'adozione di c.d. piani a "volume zero", evitare il consumo di suolo vergine e piuttosto favorire il recupero, la conservazione e riqualificazione del patrimonio edilizio esistente⁵⁴⁷.

Pertanto, quando il pianificatore qualifica come edificabile un'area non urbanizzata, si tratta di una scelta legata ad un interesse pubblico che solo così può essere soddisfatto (ad esempio quando non è possibile favorire lo sviluppo industriale mediante il recupero e conversione dell'esistente).

Il punto che preme sottolineare è che in tutti i casi accennati - territorio pianificato e non, inedificabile o edificabile - è sempre il concetto di funzione sociale ad indirizzare e

guidare le scelte del legislatore e del pianificatore. Se a ciò si aggiunge che la funzione sociale della proprietà immobiliare varia a seconda delle circostanze e

⁵⁴⁶ Si è fatto riferimento al regime di favor che riguarda non tanto il terreno agricolo in sé quale bene immobile ma piuttosto la sua strumentalità rispetto all'impresa agricola, vera destinataria di tale politica di favore.

⁵⁴⁷ Si è detto del favor legislativo per gli interventi di riconversione, ristrutturazione e riqualificazione da attuare anche in deroga allo strumento urbanistico su aree edificate o dismesse che ha come obiettivo la riduzione del consumo di suolo ancora in edificato o agricolo, nel rispetto degli obiettivi della Commissione Europea di ottenere un consumo di suolo pari a zero entro il 2050, *Guidelines on best practice to limit, mitigate or compensate soil sealing (Orientamenti in materia di buone pratiche per limitare, mitigare e compensare l'impermeabilizzazione del suolo)*, SWD (2012) 101, in <http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/IT%20-%20Sealing%20Guidelines.pdf>; v. E. BOSCOLO, *Oltre il territorio: il suolo quale matrice ambientale e bene comune*, in *Urb. e Appalti*, 2/2014, 129.

degli interessi della collettività da garantire in ciascun caso, ne deriva che è possibile sfociare tanto in previsioni con finalità di conservazione tanto di trasformazione del territorio.

Dal quadro delineato emerge un primo dato certo ossia che la capacità edificatoria dei suoli è collegata all'interesse pubblico al corretto utilizzo del territorio ed alla funzione sociale della proprietà in relazione alle diverse esigenze della collettività.

E' poi altresì evidente che il proprietario di un fondo non possa considerarlo edificabile se non quando è qualificato come tale dal pianificatore ed a seguito dell'ottenimento del titolo edilizio. Sul punto, si è allora prospettato se l'assegnazione dello *ius aedificandi* non integri ormai una ipotesi di concessione amministrativa da parte della p.A. al privato richiedente; si può dare immediata risposta negativa considerato che, *in primis*, l'assegnazione dello *ius aedificandi* presuppone la titolarità del diritto di proprietà (o altro diritto reale) dell'immobile da parte del soggetto interessato e, in secondo luogo, in tal caso non si assiste, come accade nella concessione, ad una concorrenza di più soggetti interessati ad ottenere la disponibilità di un bene di titolarità pubblica.

Inoltre, l'assegnazione del diritto di edificare non solo presuppone la proprietà (o altro diritto d'uso) del bene immobile, ma richiede altresì l'esito positivo della valutazione dell'amministrazione circa la conformità dell'intervento edilizio alle previsioni di legge e di piano⁵⁴⁸. Vi è un terzo passaggio: anche se l'assegnazione del diritto di edificare presuppone necessariamente la proprietà

⁵⁴⁸ V. CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale*, cit., 19.

(o altro diritto d'uso) del bene immobile unitamente all'accertamento di conformità da parte della p.A., esso potrà essere esercitato solo se ed in quanto ritenuto rispondente agli interessi della collettività, valutazione quest'ultima compiuta a monte dal pianificatore⁵⁴⁹.

Ed il punto da sottolineare e che qui maggiormente rileva è la necessità che l'area sia stata qualificata in sede di piano come edificabile, scelta questa che è direttamente connessa al corretto bilanciamento degli interessi della collettività in gioco e pertanto in ossequio alla funzione sociale della proprietà, al benessere della società ed alla valutazione, caso per caso, della edificabilità come unica risposta all'interesse pubblico da soddisfare nel caso specifico⁵⁵⁰.

Dalle riflessioni finora compiute ne discende innanzitutto che il regime giuridico dei suoli non può considerarsi unico ed anzi, è necessario operare delle distinzioni a seconda che riguardi aree urbanizzate o non urbanizzate.

Difatti, mentre si è potuto osservare che il regime delle prime prevede un diritto di "riedificazione" dell'esistente (promuovendo la riqualificazione e recupero dell'esistente), quello delle aree non urbanizzate non sembra più contemplare – come a lungo affermato - un diritto di edificare "di base" o, si può dire, naturalmente intrinseco alla proprietà del suolo ma, piuttosto, un regime che prevede l'assegnazione dello ius aedificandi solo se ed in quanto

⁵⁴⁹ Per completezza e rinviando a quanto già osservato, si ricorda che le stesse considerazioni valgono anche per il fenomeno dei diritti edificatori "in volo" data la necessità, da parte di chi eserciterà in concreto la capacità edificatoria ricevuta, di procurarsi la titolarità del bene (a titolo di proprietario o altro titolo) sul quale edificare.

⁵⁵⁰ Si ricorda che la problematica dell'inerenza dello ius aedificandi alla proprietà non riguarda anche gli edifici esistenti il cui regime, come rilevato, si è differenziato nel tempo rispetto a quello della proprietà edilizia e non contempla il diritto di edificare ma piuttosto lo ius utendi e servandi.

ritenuto idoneo a soddisfare l'interesse pubblico a seguito di valutazione del pianificatore.

La conferma di quanto detto è data, per le aree non pianificate, dalla presenza di limiti di edificabilità quasi o del tutto azzerati (per volontà del legislatore nazionale e regionale) e, per quelle oggetto di pianificazione, per la individuazione di aree edificabili solo a seguito delle scelte dello strumento urbanistico e quindi senza considerare lo *ius aedificandi* come un *prius* al piano ma, piuttosto, come un derivato di esso. Inoltre, si aggiunge, la previsione in larga misura di vincoli con finalità conservativa (es. ambientale o paesaggistico) che non prevedono un ristoro per i proprietari⁵⁵¹.

Tali riflessioni si allineano perfettamente con quanto già rilevato all'epoca della legge c.d. Bucalossi del 1977, ossia che il diritto di proprietà “non comporta una facoltà di trasformare ed edificare, che è riservata al potere pubblico e che è bloccata sino a quando non siano approvati gli strumenti urbanistici”⁵⁵². Pertanto solo grazie alle scelte contenute nel piano il proprietario acquista il diritto di edificare⁵⁵³ e non, come a lungo sostenuto, perde un diritto di cui è già titolare.

Non da ultimo si ricorda che il principio dell'immanenza dello *ius aedificandi* nella proprietà è altresì messo in discussione dalla sovente abitudine dei comuni di utilizzare la capacità edificatoria dei suoli a mò di moneta (c.d. “volumetrica”) e risolvere così la loro incapacità di fronteggiare le

⁵⁵¹ Se invece si dovesse considerare lo *ius aedificandi* connaturale alla proprietà dei suoli, ci si dovrebbe porre il problema di come compensare i proprietari per la perdita subita.

⁵⁵² A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, Giuffrè, 1977, 58.

⁵⁵³ M. TRAINA, *Lo ius aedificandi*, cit. scrive “dal piano, dunque, il proprietario può acquistare ciò che non ha, non perdere quel che già possiede”, 33.

esigenze della collettività in un momento di crisi per le casse comunali: lo strumento perequativo ma soprattutto quello compensativo e premiale hanno determinato la nascita di diritti edificatori “dereificati”, sganciati dal parametro plano-volumetrico e che rendono difficile guardare allo *ius aedificandi* come una facoltà intrinseca alla proprietà immobiliare.⁵⁵⁴

La prova del nove di quanto affermato è infine data dalla crescente adozione da parte delle regioni di procedure competitive e concorrenziali al fine di individuare i migliori progetti di trasformazione delle aree qualificate come edificabili – seguendo lo schema della concessione - nella consapevolezza che solo il confronto consente di ottenere il migliore bilanciamento tra gli interessi economici dei privati e l’interesse della collettività al corretto uso del territorio. Si prende quindi atto della crisi dell’urbanistica c.d. “autoritativa” per andare incontro ad una urbanistica di tipo solidale⁵⁵⁵ o sussidiario⁵⁵⁶ ed in ogni caso più elastica ed in grado di rispondere alle esigenze di ciascuna comunità, responsabilizzando il privato che si fa carico della realizzazione, oltre che dei propri interessi, anche di quelli della collettività⁵⁵⁷. Questa tendenza è poi di per sé agevolata dalla natura della materia in esame, l’urbanistica, che rappresenta un terreno fertile per l’instaurarsi di rapporti di collaborazione tra

⁵⁵⁴ Come già osservato mentre nel fenomeno perequativo si ravvisa ancora un collegamento genetico tra il diritto edificatorio assegnato e la proprietà immobiliare (sebbene non sia poi esercitabile sulla stessa), esso viene a mancare nel fenomeno compensativo e premiale ove i c.d. crediti edilizi vengono assegnati in funzione meramente di indennizzo nel primo caso o come premio nel secondo.

⁵⁵⁵ Secondo la ricostruzione di P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino, 2012, 17.

⁵⁵⁶ P.MANTINI, *Le trasformazioni del diritto urbanistico*, Padova, 2012, 22.

⁵⁵⁷ Accollandosi, sempre più spesso, l’obbligo di realizzare opere di interesse pubblico, in un’ottica di interessi, o beni comuni (in parallelo con l’immagine dei “beni sociali principali” di J. Rawls) in P.MANTINI, *Rigenerazione*, cit. 25.

cittadini ed amministrazione e che tende naturalmente a ricercare il consenso del privato ed il suo contributo⁵⁵⁸.

Con ciò non significa voler commercializzare lo *ius aedificandi*, quanto piuttosto “orientarlo in funzione di una urbanizzazione rispondente all’interesse della collettività” e rendere trasparenti e verificabili le scelte dell’amministrazione grazie alla previa indicazione dei criteri di tipo qualitativo e quantitativo che la guideranno nella scelta delle proprietà cui assegnare l’edificabilità tra quelle potenzialmente idonee⁵⁵⁹.

Muta la originaria concezione della proprietà edilizia e con essa la qualificazione dello *ius aedificandi*, non più facoltà immanente alla prima, ma quale diritto assegnato in via diretta (prevista in sede di pianificazione) o progressiva (ipotesi della previsione di crediti edificatori). Ciò che si rende necessario è un intervento organico del legislatore nazionale su tali temi, in quanto finora si è limitato a prendere (progressivamente) posizione sulle questioni trattate mediante interventi settoriali.

⁵⁵⁸ Amplius, F. CANGELLI, *Piani strategici e piani urbanistici*, Torino, 2012.

⁵⁵⁹ T.A.R. Toscana, 20 luglio 2011, n. 1259 in www.giustizia-amministrativa.it.

CAPITOLO IV

LA QUESTIONE DEI DIRITTI EDIFICATORI ACQUISITI

SOMMARIO: 1. Lo *jus variandi* del pianificatore. Premessa. 2. La portata del principio di cristallizzazione in materia di pianificazione urbanistica. 3. Le critiche alla tesi dei diritti acquisiti. La c.d. vocazione edificatoria. 4. Modifiche *in peius* e obbligo di motivare.

1. Lo *jus variandi* del pianificatore. Premessa.

Una questione di particolare importanza attinente ai rapporti tra privati e pianificatore alla quale, in ragione della stretta connessione al tema della presente disamina, è doveroso accennare è quella relativa ai c.d. diritti edificatori acquisiti (o anche “quesiti”). Il nocciolo del problema è il seguente: può il proprietario di un suolo - qualificato come edificabile - pretendere dall’Amministrazione un indennizzo in caso di limitazione o esclusione della capacità edificatoria a seguito di successive previsioni di piano?

Ci si chiede se i principi del nostro ordinamento impongano all’Amministrazione di compensare il proprietario fondiario al quale non sia più consentito esercitare l’edificabilità in precedenza assegnatagli. In altri termini, se il Comune, con una variante o con un nuovo piano, modifica la destinazione di un’area da edificabile in zona agricola, il proprietario può considerarsi leso nel proprio “diritto di edificare”, ritenendo lo stesso già acquisito nel suo patrimonio?

2. La portata del principio di cristallizzazione in materia di pianificazione urbanistica.

Propedeutica alla risoluzione della questione è la necessità di stabilire quale sia l'esatta portata del c.d. "*principio di cristallizzazione*" in materia urbanistica.

Una prima ed immediata considerazione al fine di procedere correttamente è quella per cui l'urbanistica, in generale, e la pianificazione, in particolare, sono strumentali alla cura degli interessi della collettività, in una logica – come ribadito ancora recentemente dal giudice amministrativo⁵⁶⁰ - di coerenza diacronica e sincronica: "diacronica, in quanto l'evoluzione della pianificazione segue (o dovrebbe seguire) l'evoluzione del contesto sociale e istituzionale di riferimento" e "sincronica, perché un atto di pianificazione, segnatamente a carattere generale, non può non considerare le posizioni e le situazioni coinvolte nella loro contestuale complessità, allo scopo di configurare quello che ... è qualificato *non come un mero coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà*, bensì come un atto con il quale gli enti esponenziali del territorio ne definiscono le linee di sviluppo complessivo ed armonico in funzione delle esigenze delle comunità in esso insediate e sulla base di un procedimento aperto alla partecipazione dei cittadini"⁵⁶¹.

⁵⁶⁰T.A.R. Lazio, Sez. II-*quater*, 30 gennaio 2015, n. 1789, in www.giustizia-amministrativa.it

⁵⁶¹ Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710, cit.. La sentenza è già stata oggetto di analisi nel capitolo I; per il tema dei diritti acquisiti è utile ricordare come in essa si legge che il "potere di pianificazione deve essere rettamente inteso in relazione ad un concetto di urbanistica che non è limitato solo alla disciplina coordinata della edificazione dei suoli (e, al massimo, ai tipi di edilizia, distinti per finalità, in tal modo definiti), ma che, per mezzo della disciplina dell'utilizzo delle aree, realizzi anche finalità economico – sociali della comunità

Pertanto, l'immanente "attualità" della pianificazione urbanistica è una caratteristica necessaria affinché essa possa seguire ed adattarsi ai cambiamenti del contesto sociale ed economico ed alle mutate esigenze della collettività. Ciò implica che le istanze per l'ottenimento dei titoli abilitativi edilizi vengano vagliate sulla base delle prescrizioni degli strumenti urbanistici vigenti al momento della conclusione del procedimento amministrativo⁵⁶².

L'assunto trova un'eccezione nel cd. "principio di cristallizzazione", avente, tuttavia, una portata estremamente circoscritta. Detto principio trova riscontro nella giurisprudenza originata dalla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 1986⁵⁶³, secondo la quale la disciplina urbanistica da applicare in sede di esame di una richiesta di concessione edilizia, conseguente all'annullamento giurisprudenziale di un diniego o conseguente alla

locale (non in contrasto ma anzi in armonico rapporto con analoghi interessi di altre comunità territoriali, regionali e dello Stato), nel quadro di rispetto e positiva attuazione di valori costituzionalmente tutelati. Proprio per tali ragioni, lo stesso legislatore costituzionale, nel novellare l'art. 117 della Costituzione per il tramite della legge cost. n. 3/2001, ha sostituito – al fine di individuare le materie rientranti nella potestà legislativa concorrente Stato - Regioni - il termine "urbanistica", con la più onnicomprensiva espressione di "governo del territorio", certamente più aderente, contenutisticamente, alle finalità di pianificazione che oggi devono ricomprendersi nel citato termine di "urbanistica"⁵⁶².

⁵⁶² Nella sentenza T.A.R. Lazio, Sez. II-*quater*, 30 gennaio 2015, n. 1789, cit. la rilevanza dello *jus variandi* trova "riscontro normativo nella previsione di cui all'art. 15, comma 4, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, secondo la quale il permesso di costruire "decade con l'entrata in vigore di contrastanti previsioni urbanistiche, salvo che i lavori siano già iniziati e vengano completati entro il termine di tre anni dalla data di inizio". Nella giurisprudenza questa disposizione è stata ricollegata alla logica del principio *tempus regit actum*. In realtà, essa va oltre, stabilendo che l'entrata in vigore di previsioni urbanistiche contrastanti non consenta di costruire neppure sulla base di un provvedimento (pur legittimamente) adottato alla stregua della disciplina previgente, proprio in omaggio alle menzionate esigenze connesse all'immanente "attualità" del potere pianificatorio. A maggior ragione, quindi, sarebbe irragionevole pretendere - in linea di principio - che le istanze di permesso di costruire pendenti al momento dell'entrata in vigore del nuovo PRG vengano decise secondo la precedente normativa superata dal nuovo assetto pianificatorio. La *ratio* del sistema risiede, in ultima analisi, nell'esigenza di garantire indefettibile applicazione alle sopravvenute previsioni in quanto volte ad un più razionale assetto del territorio (Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2011, n. 5028), con la conseguenza che dette previsioni hanno un carattere di assoluta prevalenza e non possono essere disapplicate dallo stesso Comune, in favore di una "ultrattività" del precedente p. r.g. (Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 693)".

⁵⁶³ Cons. Stato, Ad. plen., 8 gennaio 1986, n. 1, in *Cons. St.*, 1986, I, 1.

declaratoria d'illegittimità del silenzio rifiuto, è quella vigente al momento in cui la sentenza è notificata o comunicata in via amministrativa al sindaco, quale capo e legale rappresentante dell'amministrazione comunale, titolare dell'iniziativa in materia di pianificazione urbanistica, divenendo inopponibili all'interessato le variazioni dello strumento urbanistico sopravvenute successivamente a detta notificazione. Tale impostazione è finalizzata ad assicurare nell'ambito della materia urbanistica l'effettività della tutela giurisdizionale e realizza un ragionevole bilanciamento della posizione costituzionalmente tutelata di chi agisce in giudizio con le esigenze inerenti agli interessi pubblici, anch'essi di rilievo costituzionale, coinvolti nella pianificazione urbanistica.

Al di fuori di tali ipotesi, la disciplina urbanistica previgente non ha rilievo. L'esercizio dello *ius variandi* in sede pianificatoria, del resto, è lo strumento che consente alla p.A. di mutare, in presenza di ragioni giustificative, la vocazione in senso giuridico dei suoli⁵⁶⁴.

Entrando nel vivo della questione, il dibattito sul c.d. "principio di cristallizzazione" dei diritti edificatori è stato da sempre molto acceso, considerati i forti interessi del sistema fondiario-immobiliare. La tesi dei diritti edificatori acquisiti si fonda sulla considerazione per cui qualora uno strumento

⁵⁶⁴ In argomento P. URBANI, *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*, in *Urb. e app.*, 2013, 65, nel trattare della discrezionalità del pianificatore e della molteplicità degli interessi valutabili, osserva che "nell'ambito di tale discrezionalità l'amministrazione comunale, qualora avvii un procedimento teso alla redazione di un nuovo piano regolatore generale, o di una sua variante generale, ha la potestà di ripianificare quelle parti del territorio le cui destinazioni d'uso vigenti non sembrano essere più consone alle nuove scelte. E ciò può riguardare simmetricamente sia la retrocessione delle aree edificabili ad aree agricole sia quello di riconoscere a queste ultime la destinazione edificatoria. Ovviamente, sono le prime che destano maggiore conflitto con gli interessi proprietari che tuttavia restano pur sempre meri interessi legittimi".

urbanistico abbia previsto l'edificabilità di un'area, il patrimonio giuridico del titolare si è arricchito di un nuovo diritto soggettivo che non potrà essere escluso da future scelte urbanistiche, salva idonea compensazione. Pertanto, il pianificatore, ove dovesse procedere – per esigenze sopravvenute – alla modifica dell'assetto urbanistico, non potrebbe, *sic et simpliciter*, eliminare la capacità edificatoria già prevista, ma potrebbe unicamente spostarla in altra zona. Ciò tramite lo strumento compensativo, il quale consente all'Amministrazione di trasferire quella capacità edificatoria in una zona diversa, evitando in tal modo di ledere quei diritti edificatori già acquisiti dal titolare dell'area.

Questo orientamento si fonda – soprattutto nei casi ove manchi una l.r. sul tema - su una interpretazione della l.u.f. del 1942 secondo cui la capacità edificatoria prevista continua a sussistere anche a seguito dell'adozione di successivi piani e, di conseguenza, non può essere esclusa o limitata se non tramite adeguata compensazione (in termini economici o di diritti edificatori esercitabili altrove). Pertanto, ciò che alla tesi in esame maggiormente preme è garantire l'esercizio di una facoltà insita nella proprietà, lo *ius aedificandi*: le volumetrie assegnate e successivamente limitate od escluse da nuovi assetti urbanistici sono considerate alla stregua di “diritti quesiti”⁵⁶⁵ rispetto ai quali l'ordinamento deve fornire adeguata tutela.

Un chiaro esempio dell'applicazione del principio dei diritti edificatori acquisiti si ritrova nel c.d. *Piano delle certezze*, la variante generale del 1997⁵⁶⁶

⁵⁶⁵ L. CASINI, *Perequazioni e compensazioni nel nuovo piano regolatore di Roma*, cit., 8.

⁵⁶⁶ Deliberazione Consiglio comunale 29 maggio 1997, n. 92.

al p.r.g. capitolino del 1965. Il caso è di particolare rilievo in quanto si pone in netto contrasto con l'ampia giurisprudenza sul tema che esclude categoricamente, in caso di mutamento della destinazione urbanistica di un suolo in precedenza qualificato edificabile, la conservazione dei diritti edificatori in capo al proprietario.

Nello specifico, la predetta variante si è occupata (anche) del particolare caso della tenuta di Tor Marancia, un'area qualificata come edificabile dal p.r.g. del 1962-1965 e successivamente inserita nel Parco dell'Appia Antica (2002) nonché oggetto di vincolo da parte della Soprintendenza⁵⁶⁷. In applicazione della tesi dei diritti "quesiti" o acquistati che dir si voglia, si è attivata la procedura per la compensazione della cubatura assegnata all'area di Tor Marancia al fine di individuare ambiti di compensazione ove spostare la cubatura: la volumetria da compensare è stata calcolata in 1.946.408 mc e, tenendo conto dell'aggravio dello spostamento in termini di profitti per i proprietari, lo spostamento totale è stato quantificato in quattro milioni di metri cubi, ossia il doppio della edificabilità originariamente prevista⁵⁶⁸. Ne è derivato un quadro generale di *favor* nei confronti del sistema fondiario

⁵⁶⁷ Con vittoria dell'iniziativa popolare e dei gruppi attivi come quello del WWF, cfr. <http://www.wwfroma11.it/documenti/Tormarancia/torma%20oggi.htm>.

⁵⁶⁸ Delibera consiglio comunale di Roma, 28 marzo 2003 n. 53, *Indirizzi al Sindaco ex art. 24 dello Statuto Comunale ai fini della sottoscrizione degli Accordi di Programma, ex art. 34 del D.Lgs. n. 267/2000 concernente la compensazione edificatoria del comprensorio El Tor Marancia, attraverso la rilocalizzazione delle volumetrie nei Programmi di Trasformazione Urbanistica di "Prato Smeraldo" - "Magliana G.R.A." - "Muratella" - "Massimina" - "Colle delle Gensole" - "Torrino Sud" - "Pontina" - "Aurelia km. 13" - "Prima Porta" - "Tenuta Rubbia" - "Grottaperfetta" - "Olgiata" - "Cinquina Bufalotta" - "Divino Amore" - "Fontana Candida"*.

immobiliare e degli interessi privati in gioco che si è inevitabilmente riflesso sul rapporto tra questi e l'interesse pubblico, creando un caso peculiare⁵⁶⁹.

3. Le critiche alla tesi dei diritti acquisiti. La c.d. vocazione edificatoria.

Le critiche alla tesi dei diritti "acquisiti" sono fondate in particolare sulla mancata considerazione, da parte della stessa, della funzione sociale del diritto di proprietà stabilita dalla Costituzione che ne consente la compressione senza obbligo di indennizzo o compensazione, salve le ipotesi di vincoli sostanzialmente espropriativi⁵⁷⁰. Sembra poi non tenersi conto dell'impatto che un orientamento simile può avere sulla potestà pianificatoria, che di fatto verrebbe snaturata perché costretta a compensare le previsioni edificatorie rimaste inesercitate, senza poter modificare le precedenti scelte in vista delle mutate esigenze della collettività⁵⁷¹.

Inoltre, lo sviluppo del territorio deve tener conto di molteplici esigenze, non solo di quelle abitative ma anche ambientali e paesaggistiche; deve inoltre contemperare il dovere di tutelare la salute dei cittadini, ma contestualmente prendere in considerazione anche gli interessi economici orbitanti sul territorio⁵⁷².

⁵⁶⁹ S. CALDARETTI, *Il primato del privato. Diritti edificatori e compensazioni a Roma*, 26 2013, in www.lacapitaledeiconflitti.it.

⁵⁷⁰ L. CASINI, *Perequazioni e compensazioni nel nuovo piano regolatore di Roma*, cit., 8.

⁵⁷¹ In argomento, sul Piano delle certezze di Roma cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2012, n. 119.

⁵⁷² Sul punto *amplius* nel capitolo I.

Ad esempio, con riguardo ad una modifica della destinazione d'uso di un'area privata, in precedenza edificabile, ad opera del Comune di Monteroni di Lecce che, con nuovo p.r.g., la destinava a verde privato, il Consiglio di Stato ha sottolineato che il concetto di “naturale vocazione edificatoria” dei suoli presuppone la preesistenza di una edificabilità di fatto e, quindi, riguarda propriamente le vicende espropriative (costituendo un elemento valutabile in sede di determinazione dell'indennità di esproprio anche con riferimento ad aree che non hanno destinazione edificatoria in base ai piani vigenti⁵⁷³), mentre non è utilizzabile allo scopo di contestare le scelte *in peius* del pianificatore. Ciò sul presupposto che nella pianificazione devono trovare “spazio anche esigenze di tutela ambientale ed ecologica, tra le quali spicca proprio la necessità di evitare l'ulteriore edificazione e di mantenere un equilibrato rapporto tra aree edificate e spazi liberi”⁵⁷⁴; l'urbanistica, infatti, nel disegnare lo sviluppo complessivo del territorio, tiene conto “sia delle potenzialità edificatorie dei suoli, non in astratto, ma in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi, sia dei valori ambientali e paesaggistici, delle esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, delle esigenze economico-sociali della comunità

⁵⁷³ Cass., Sez. I, 6 luglio 2012, n. 11408, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 39. In argomento D.M. TRAINA, *Lo jus aedificandi*, cit., 286; P. URBANI, *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*, in *Urb. e app.*, 2013, 65 (“non vi è chi non veda che il tema della “vocazione edificatoria” sia nato all'indomani delle lunghe e contrastate vicende per la determinazione dell'indennizzo espropriativo e nulla ha a che fare con la questione del potere di pianificazione lì dove il principio generale è quello della conformazione della proprietà al fine di assicurarne la funzione sociale, richiamata dall'art. 42, comma 2, della Costituzione”; “il potere conformativo del Comune non può essere condizionato dalle caratteristiche oggettive dell'area o da precedenti determinazioni analoghe, pena la messa in discussione della potestà generale di piano”).

⁵⁷⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 6656 in *www.ediltecnico.it* e E. SALZANO, *È confermato: non esistono “diritti edificatori” né “vocazioni edificatorie” di suoli non ancora edificati*, in *www.eddyburg.it*.

radicata sul territorio, sia, in definitiva, del modello di sviluppo che s'intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione *de futuro* sulla propria stessa essenza, svolta per autorappresentazione ed autodeterminazione dalla comunità medesima, con le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, con la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio”.

Ne consegue, quindi, che non è corretto ragionare in termini di “vocazione edificatoria” di un suolo riferendosi a precedenti previsioni urbanistiche legittimamente modificate o a situazioni di fatto diverse dalla già avvenuta edificazione⁵⁷⁵. Non è possibile invocare una vocazione naturale dei terreni alla destinazione edilizia, “non potendo una siffatta circostanza, anche nei casi in cui è stata inizialmente riconosciuta da atti formali, costituire condizione sufficiente a conseguire una sorta di diritto alla permanenza di detta destinazione: d'altra parte se così non fosse verrebbe messo in discussione lo *jus variandi* dell'Amministrazione che in materia è pacificamente ammesso, come più sopra precisato”⁵⁷⁶.

4. Modifiche *in peius* e obbligo di motivare.

Con riguardo alle ipotesi di successive modifiche *in peius* della destinazione urbanistica dei suoli, la giurisprudenza del Consiglio di Stato è pressoché

⁵⁷⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2418, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 958.

⁵⁷⁶ C.G.A. Sicilia, parere 30 giugno 2015, n. 672, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

uniforme nel ritenere che “l’aspettativa di mero fatto derivante da una precedente previsione urbanistica che consenta un utilizzo dell’area in modo più proficuo è ... cedevole dinanzi alla discrezionalità del potere pubblico di pianificazione urbanistica e non comporta la necessità di motivazioni ulteriori rispetto a quelle che si possono desumere dai criteri di ordine tecnico-urbanistico seguiti nella elaborazione progettuale del piano”⁵⁷⁷.

Sotto il profilo del dovere di motivazione in capo al pianificatore per i mutamenti della vocazione giuridica dei suoli, alcuna motivazione è dovuta se non nei casi in cui si incida su posizioni giuridicamente differenziate, come ad esempio in presenza di un piano di lottizzazione già convenzionato⁵⁷⁸. Difatti, anche la preesistenza di un piano di lottizzazione approvato e convenzionato non costituisce per la giurisprudenza un impedimento alla modifica della destinazione urbanistica di una zona nel caso in cui vi siano sopravvenute esigenze di pubblico interesse obiettivamente esistenti e che facciano ritenere superata la disciplina dettata dal precedente p.r.g. ma dovranno essere adeguatamente motivate⁵⁷⁹.

Diversamente, ove una variante o un nuovo p.r.g. abbiano modificato la preesistente qualità edificatoria di un’area, l’amministrazione non è tenuta a

⁵⁷⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 353 in *www.giustizia-amministrativa.it*. In argomento R. MONTEFUSCO, *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2002, 2861; G. TULUMELLO, *L’impugnabilità degli atti amministrativi in materia urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 59; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2012, 388 ss.; G. MARI, *Proprietà e piano regolatore generale comunale. Profili generali*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO E U. MORELLO, Volume IV, *Proprietà e pianificazione del territorio*, a cura di S. BELLOMIA, G. PAGLIARI, M.A. SANDULLI, Milano, 2012, 226 ss..

⁵⁷⁸ Oppure, ad es., in caso di giudizio di annullamento del diniego alla richiesta del titolo edilizio.

⁵⁷⁹ T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, 12 gennaio 2001, n. 2 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

motivare nello specifico tale scelta ma è sufficiente il rinvio alla relazione di accompagnamento al piano⁵⁸⁰. Sul punto si sottolinea quanto affermato in una più recente pronuncia per cui “l’esistenza di una precedente diversa previsione urbanistica non comporta per l’Amministrazione la necessità di fornire particolari spiegazioni sulle ragioni delle diverse scelte operate, anche quando queste siano nettamente peggiorative per i proprietari e per le loro aspettative, dovendosi in tali altri casi dare prevalente rilievo all’interesse pubblico che le nuove scelte pianificatorie intendono perseguire ...Più specificamente, la mera esistenza, nella pianificazione previgente, di una destinazione urbanistica più favorevole al proprietario non è circostanza sufficiente a fondare in capo a quest’ultimo quell’aspettativa qualificata la cui sussistenza, ad avviso della consolidata giurisprudenza, imporrebbe all’Amministrazione un obbligo di più puntuale e specifica motivazione rispetto a quella, di regola sufficiente, basata sul richiamo alle linee generali di impostazione del Piano”⁵⁸¹. Verrebbe dunque in rilievo una mera aspettativa generica⁵⁸².

⁵⁸⁰ Le ragioni alla base della scelta urbanistica si dovranno desumere dai criteri tecnici adottati.

⁵⁸¹ Cons. Stato, Sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3142; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 29 luglio 2015, n. 1871; Cons. Stato, Sez. IV, 28 novembre 2012, n. 6040; Cons. Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6703; T.A.R. Toscana, Sez. I, 20.11.2013, n. 1593; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 4.12.2013, n. 2696; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 29.1.2013, n. 26; T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Bolzano, 17.7.2012, n. 255 tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁸² C.G.A. Sicilia, parere 30 giugno 2015, n. 672, cit.: “l’incisione di un affidamento generico, concretantesi nell’auspicio della *non reformatio in pejus* di precedenti previsioni urbanistiche che consentivano una più proficua utilizzazione dell’area, non richiede che la possibilità di essere coerentemente collegata con l’esposizione dei criteri di ordine tecnico-urbanistico seguiti per la redazione del piano”; Id., 23 settembre 2008, n. 374; Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2545, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1289; Cons. Stato, Ad. plen., 22 dicembre 1999, n. 24, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 348: “l’obbligo della motivazione specifica degli strumenti urbanistici generali è stato individuato in ipotesi nelle quali vi è un affidamento qualificato del privato. 4.3.1. Tale non è il caso dell’interesse correlato ad una precedente previsione urbanistica che consenta un utilizzo dell’area in modo più proficuo (sez. IV, 25 febbraio 1988, n. 99), per il quale vale il principio generale della non necessità di motivazione ulteriore rispetto a quelle che si possono evincere dai criteri di ordine tecnico - urbanistico seguiti per la

Inoltre, come osservato, è crescente la preoccupazione dell'eccessivo consumo di suolo non edificato e non sono rari i casi in cui l'Amministrazione si vede costretta a modificare, per tale ragione, precedenti scelte urbanistiche. Ebbene, sul punto si riporta un caso oggetto di recente pronuncia del T.A.R. Lombardia⁵⁸³ relativo alla modifica della destinazione urbanistica di un'area, in precedenza destinata alla concentrazione edificatoria e successivamente qualificata come area di pregio ambientale. Invece di confermare la precedente destinazione edificatoria, il Comune, al fine di contenere il consumo di suolo, ha deciso di preservare l'area ed inserirla nel Parco. Rigettando le pretese della società ricorrente - che lamentava l'illogicità e l'irrazionalità della scelta in quanto lesiva delle sue aspettative al mantenimento dell'edificabilità -, i giudici amministrativi hanno ritenuto non illogica né irrazionale la modifica della destinazione dell'area, considerandola necessaria per tutelare l'interesse pubblico alla conservazione di suolo non edificato ed assicurarne la prevalenza rispetto a all'interesse imprenditoriale allo sfruttamento edilizio dell'area. Infatti, i motivi a fondamento del cambiamento di destinazione vanno ricercati nella l.r. Lombardia n. 31/2014 ed in particolare nelle finalità di riduzione del consumo di suolo⁵⁸⁴.

redazione del progetto di strumento. In questo caso, infatti, viene in considerazione una aspettativa generica del privato alla *non reformatio in peius* delle destinazioni di zona edificabili, cedevole dinanzi alla discrezionalità del potere pubblico di pianificazione urbanistica, per ragioni analoghe a quelle per cui il divieto della *reformatio in peius* è un criterio "del tutto inidoneo, atteso il difetto di qualsivoglia copertura costituzionale, a vincolare il legislatore" (Corte cost., sent. n. 219 del 1998, nonché sent. n. 153 del 1985)".

⁵⁸³ T.A.R. Lombardia, Sez. II, 11 novembre 2015, n. 2370 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁸⁴ Cfr. C.G.A. Sicilia, parere 30 giugno 2015, n. 672, cit.: "la scelta delle aree in sede di zonizzazione rientra nelle valutazioni tecnico-discrezionali dell'Amministrazione, per cui non sono ipotizzabili, tra l'altro, censure di disparità di trattamento basate sulla comparazione con la destinazione impressa ad altri terreni o immobili, a meno che non siano riscontrabili errori di fatto o abnormi illogicità (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 17 settembre 2010, n. 2536/09 e Sez. IV,

5. Considerazioni conclusive.

Anche recentemente la giurisprudenza amministrativa ha confermato la possibilità per il pianificatore di adottare modifiche *in peius* rispetto alle precedenti previsioni urbanistiche, ribadendo il principio giurisprudenziale per cui “nessuna aspettativa deriva al privato dalla diversa destinazione urbanistica pregressa della medesima area, rispetto alla quale l'amministrazione conserva ampia discrezionalità di variazioni, ben potendo apportare modificazioni *in peius* rispetto agli interessi del proprietario”⁵⁸⁵. Ciò sino a quando la “possibilità” edificatoria non abbia dato luogo ad un affidamento qualificato, ravvisabile unicamente in circoscritte ipotesi individuate dalla giurisprudenza, quali: la stipula di convenzioni di lottizzazione o accordi *ex art.* 11 l. n. 241/1990 fra Comune e proprietari delle aree; esistenza di un giudicato di annullamento di dinieghi di titoli abilitativi edilizi o di accertamento dell'illegittimità del silenzio rifiuto su una domanda di titolo abilitativo⁵⁸⁶. A queste ipotesi si aggiunge quella, specifica e non generalizzabile, della

21 aprile 2010, n. 2264) che, nel caso di specie non sussistono, anche in considerazione del fatto che proprio la circostanza che le aree limitrofe siano edificate giustificherebbe il perseguimento di un obiettivo di riequilibrio territoriale attraverso la destinazione delle aree non ancora edificate a zona verde attrezzata a parco e a zona per attrezzature di interesse comune”; Cons. Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2012, n. 119, in www.giustizia-amministrativa.it che richiama il “pacifico indirizzo secondo cui in sede di pianificazione generale ben possono essere soddisfatte, attraverso l'attribuzione di destinazioni limitative o preclusive dell'edificazione, esigenze di contenimento dell'espansione dell'abitato nonché di salvaguardia di valori paesaggistici e ambientali, in vista del perseguimento di obiettivi di miglioramento della vivibilità del territorio comunale (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 3 novembre 2008, nr. 5478)”.

⁵⁸⁵ T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 12 gennaio 2016, n. 24; T.A.R. Toscana, Sez. I, 25 settembre 2015, n. 1288 e 13 aprile 2015, n. 586; T.A.R. Veneto, Sez. I, 11 novembre 2013, n. 1246; T.A.R. Napoli, Sez. VII 25 marzo 2013, n. 1639; in precedenza cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 dicembre 2009, n. 9006, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁸⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2010, n. 1015, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., 10 febbraio 2009, n. 2418, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 958.

modificazione in zona agricola della destinazione di un'area interclusa da fondi edificati in modo non abusivo⁵⁸⁷. Ricorrendo dette ipotesi, l'esistenza di interessi particolarmente qualificati impone all'Amministrazione solo l'onere di motivare le scelte compiute nel nuovo piano urbanistico, ma non la priva dello *jus variandi*⁵⁸⁸ e, quindi, del potere di procedere anche ad un sacrificio di tali interessi a fronte di interesse diversi reputati prevalenti⁵⁸⁹.

In conclusione, la giurisprudenza amministrativa nega l'esistenza dei diritti edificatori "acquisiti" considerando che la *ratio* del potere pianificatorio consiste "nell'esigenza di garantire indefettibile applicazione alle sopravvenute previsioni in quanto volte ad un più razionale assetto del territorio (Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2011, n. 5028), con la conseguenza che dette previsioni hanno un carattere di assoluta prevalenza e non possono essere disapplicate dallo stesso Comune, in favore di una "ultrattività" del precedente p.r.g. (Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 693)"⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2010, n. 7492, in www.giustiziia-amministrativa.it.

⁵⁸⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 2009, n. 811, cit.

⁵⁸⁹ In argomento G. MARI, *Proprietà e piano regolatore generale comunale*, cit., 231; S. COGNETTI, *Interessi e pianificazione urbanistica*, Perugia, 1986, 301; L. MAROTTA, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa*, Padova, 1988, 104.

⁵⁹⁰ T.A.R. Lazio, Sez. II-quater, 30 gennaio 2015, n. 1789 cit..

CONCLUSIONI

Il fine che si è tentato di perseguire con il presente lavoro è quello di dimostrare come una diversa e più attuale concezione dello jus aedificandi (facoltà considerata tradizionalmente caratterizzante della proprietà edilizia) permetta, da un lato, di risolvere alcuni degli aspetti più problematici della disciplina urbanistica, nel pieno rispetto dei principi costituzionali e, dall'altro lato, consenta di superare alcune contraddizioni logiche createsi, con il passare del tempo, nel mondo giuridico su tematiche relative alla proprietà immobiliare.

A tale fine, nel capitolo I si è percorsa l'evoluzione che il diritto di proprietà ha subito nel tempo, cercando di individuare di quali connotati esso si è arricchito e quali ne formano tuttora il contenuto essenziale. Ci si è inoltre chiesto in che modo si realizza, nella disciplina urbanistica, la funzione sociale della proprietà costituzionalmente sancita, riportando i diversi schieramenti presenti nel mondo giuridico. La “*funzionalizzazione*” del diritto di proprietà in chiave sociale - che rappresenta una delle maggiori innovazioni del costituzionalismo novecentesco - costituisce il punto di arrivo di un processo evolutivo volto a contemperare il diritto di proprietà, come tradizionalmente inteso, con le consapevolezze acquisite nella società moderna⁵⁹¹. Essa rappresenta un elemento di originalità della nostra Costituzione che sembra aver sganciato definitivamente la concezione della proprietà dalle precedenti codificazioni⁵⁹²,

⁵⁹¹ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Qualificazione giuridica*, cit..

⁵⁹² M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., 471.

imponendo il dovere di perseguire (anche) un interesse diverso da quello del titolare del diritto. La ricerca non ha potuto prescindere dal considerare anche le influenze sovranazionali, poiché la nozione del nucleo essenziale della proprietà va ricavata anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. e della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. L’affermazione della funzione sociale del diritto di proprietà ha cercato inoltre di affrontare e risolvere il problema del conflitto sociale: da un lato, si persegue l’accesso alla proprietà da parte dei gruppi sociali ai quali, fino ad allora, era stato precluso e, dall’altro, si mira a realizzare una politica redistributiva e ad affermare i diritti sociali attraverso limitazioni della proprietà giustificate dal perseguimento degli interessi della collettività. Difatti, il concetto di funzione sociale costituisce un “*concetto-valvola*”⁵⁹³, mutevole nel tempo e non definibile *ex ante*, e, quindi, il risultato delle impostazioni socio-culturali di un dato momento storico.

Ed è proprio questo assunto ad aver permesso di tornare a riflettere sul tema dell’inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà. L’attenzione alla questione, come constatato dalla dottrina⁵⁹⁴, è stata per molti anni recessiva, dopo una fase di particolare vivacità del dibattito contrassegnata da una serie di pronunce della Corte costituzionale. Le ragioni dell’attenuarsi dell’attenzione sono individuate dalla medesima dottrina in una serie di fattori: nell’essersi consolidato presso la Corte costituzionale un orientamento – che prende le mosse da alcune sentenze degli anni ’60 dello scorso secolo – a favore di detta

⁵⁹³ L. PALADIN, *Gli odierni problemi della proprietà fondiaria nella prospettiva costituzionale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 412.

⁵⁹⁴ D.M. TRAINA, *Lo jus aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 257 ss.

inerenza; nel diffondersi della tecnica di pianificazione della perequazione, con riduzione della disparità di trattamento tra i proprietari (tuttavia non priva di limiti che sono stati esaminati nel capitolo II); nell'aumento dei vincoli di tipo conformativo di origine extraurbanistica, diretti alla tutela di interessi differenziati (vincoli idrogeologici, ambientali o collegati, ad esempio, alla tutela del paesaggio e dei beni culturali); nella tendenza alla riduzione del consumo di nuovo suolo a favore della riqualificazione del patrimonio edilizio esistente.

Data la genericità e la scarsa chiarezza del testo dell'art. 42 Cost. e data la latitanza del legislatore ordinario, più volte la Corte costituzionale è dovuta intervenire in materia di diritto di proprietà e pertanto nel capitolo I ci si è soffermati in modo dettagliato sulle relative pronunce.

Considerato poi che il diritto di proprietà è oggetto di una disciplina multilivello, di conseguenza, anche le disposizioni contenute nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno svolto un ruolo propulsivo nella materia oggetto della presente ricerca, costringendo il nostro legislatore ad intervenire più volte sulla relativa disciplina nazionale e ad arginare consuetudini radicate nella giurisprudenza nazionale. Si è rilevata la fisiologica ed inevitabile esistenza di differenze tra la disciplina nazionale e quella europea, senza dimenticare che il mancato riferimento alla funzione sociale della proprietà non ha impedito alla Corte EDU di invocare diversi concetti, come quello di "*giusto equilibrio*", per legittimare le limitazioni apposte dagli Stati membri al diritto di proprietà a fini sociali. È chiaro che il significato di

“*funzione sociale*” sia diverso da quello di “*interesse generale*”, ma è anche vero che il primo concetto costituisce una clausola aperta, che assume significato diverso a seconda della prospettiva dalla quale si osserva e del contesto in cui esso viene interpretato.

Successivamente si è tornati ad esaminare il c.d. “*contenuto minimo*” del diritto di proprietà, lo “*zoccolo duro*” della proprietà, intangibile anche da parte del legislatore ordinario e, di conseguenza si è tornati sul tema dell’edificabilità dei suoli. Si è reso necessario, ai fini di una maggiore completezza del lavoro, riportare la concezione tradizionale del diritto edificare e, quindi, ripartire dalla legge urbanistica fondamentale 17 agosto 1942, n. 1150. La concezione tradizionale, che qualificava il diritto di edificare quale facoltà connaturale al diritto di proprietà dei suoli, è stata avallata dalla Corte costituzionale fin dall’importante pronuncia n. 6 del 1966⁵⁹⁵ (di cui si è riferito retro), i cui principi sono stati successivamente ribaditi in altrettanto note pronunce del 1968⁵⁹⁶ e del 1999⁵⁹⁷. Il dibattito sulla natura giuridica dello *ius aedificandi* è stato poi alimentato all’indomani dell’adozione della legge 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. *Bucalossi*). Già da tempo in dottrina si auspicava un intervento innovatore del legislatore affinché “la facoltà di costruire” non venisse più qualificata “come connaturata al diritto di proprietà”⁵⁹⁸: si evidenziava che i suoli non potevano considerarsi di per sé edificabili e che sarebbe stato il

⁵⁹⁵ Corte cost., 20 gennaio 1966, n. 6 cit.

⁵⁹⁶ CORTE COST. sentenza 29 maggio 1968, n. 55 cit. e sentenza 9 maggio 1968, n. 56 in www.giurcost.it.

⁵⁹⁷ n. 179, infra.

⁵⁹⁸ A.M. SANDULLI propose come soluzione quella che “configuri la facoltà di costruire non più connaturata al diritto di proprietà, bensì come l’effetto di una concessione pubblica da accompagnare con l’imposizione di un tributo”.

potere pubblico, a seguito della “sequenza gradualistica di comandi sempre meno astratti sempre più concreti”⁵⁹⁹, ad imprimere tale destinazione. E proprio su tale spinta fu adottata la citata legge cd. *Bucalossi*⁶⁰⁰. Si è rilevato come una parte del mondo giuridico abbia ravvisato in tale intervento legislativo il tramonto della concezione tradizionale dello *ius aedificandi* per sancire, in via definitiva, la sua separazione dal diritto di proprietà⁶⁰¹; tuttavia, come riportato, non fu esattamente così. La legge *Bucalossi*, ispirata ad una revisione dei rapporti tra diritto del proprietario ed esigenze della pianificazione urbanistica, aveva anche previsto che l’indennizzo di espropriazione fosse commisurato al valore agricolo medio, senza distinzione tra fondi agricoli ed edificabili. Sembrava così risolto anche l’annoso problema della incostituzionalità dei vincoli espropriativi: essendo venuto meno il legame tra proprietà e diritto di edificare, il titolare di un fondo non sarebbe stato contestualmente titolare del diritto di edificare e, pertanto, la previsione di un vincolo di inedificabilità, che non avesse precluso altre forme di utilizzo del suolo, non avrebbe dovuto essere accompagnata da indennizzo alcuno, non ponendo alcun problema di lesione del contenuto minimo della proprietà. All’epoca la dottrina era divisa tra chi aderiva a tale nuova impostazione⁶⁰² e chi⁶⁰³ invece affermava ancora l’appartenenza del diritto di edificare al patrimonio giuridico del proprietario. È

⁵⁹⁹ A. PREDIERI, *Riserva della facoltà di edificare e proprietà funzionalizzata delle aree fabbricabili*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio e espropriazione*, Milano, 1969, 82.

⁶⁰⁰ Si legge in A. GAMBARO, P. SCHLESINGER, *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, 20, che dietro le quinte dell’adozione della legge Bucalossi si spingeva per un verso ad “ un emendamento presentato alla Camera, e tendente a introdurre esplicitamente il principio della “separazione” dalla proprietà dello *ius aedificandi*” ma non fu accolto; per altro verso si legge nella relazione di maggioranza al Senato che: “non si può affermare che si tratta di uno scorporo puro e semplice dello *ius aedificandi*”.

⁶⁰¹ A. GAMBARO, P. SCHLESINGER, *Le nuove leggi civili commentate*, cit., 18 ss.

⁶⁰² A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977 n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, cit, 1-45.

⁶⁰³ Cfr. P. STELLA RICHTER, *funzionali dell’urbanistica*, Milano, 1984, 3.

stata ancora una volta la Corte costituzionale, con la nota pronuncia 30 gennaio 1980 n. 5⁶⁰⁴, a smentire gli assunti innovatori confermando l'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà e dichiarando che la concessione ad edificare altro non è che un'autorizzazione non attributiva di nuovi diritti, ma che "presuppone facoltà preesistenti". Tuttavia furono le stesse affermazioni della Consulta a permettere di dare una diversa interpretazione di quanto dalla stessa affermato: nelle sue parole si legge che è demandato "alla pubblica autorità ogni determinazione sul se, il come e il quando dell'edificazione"; pertanto, volendo porre la questione nei termini corretti, solo se e nella misura in cui dette facoltà preesistenti appartengano originariamente al proprietario si potrebbe parlare di inerenza dello *jus edificandi* al diritto di proprietà; invece, se dette facoltà nascono per volontà della p.A. in capo ai soli proprietari inclusi in zone destinate alla trasformazione in base a scelte discrezionali della p.A. stessa effettuate nei piani urbanistici, la conclusione è diversa. Dalle riflessioni compiute nel capitolo I si è osservato come dalla circostanza per cui è la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di *ius aedificandi* a fondarsi sulla clausola "*rebus sic stantibus*" che impone di non definire il contenuto minimo essenziale del diritto dominicale una volta per tutte, ma in relazione al mutare del contesto sociale, economico, istituzionale e giuridico in cui versa l'ordinamento giuridico. Difatti il contenuto essenziale del diritto di proprietà, costituzionalmente garantito, va ricercato tenendo conto delle "variazioni

⁶⁰⁴ Corte cost., 30 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. cost.*, 1980, 121, che, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dei criteri di calcolo dell'indennizzo (di cui alle leggi nn. 865/1971 e 10/1977) in caso di espropriazione di aree edificabili, statui che l'indennizzo va calcolato con riguardo al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, rientrando tra queste anche la potenziale edificabilità.

legate al decorso del tempo o al mutamento del contesto istituzionale e normativo, che non possono restare senza conseguenze nello scrutinio di costituzionalità”⁶⁰⁵. Ed è questo il fulcro della ricerca che si è intesa compiere nei successivi capitoli, analizzando tutti i fattori che hanno reso doveroso riflettere ancora una volta sul tema, quali la c.d. saturazione edilizia e il relativo problema di arginare il fenomeno del consumo di suolo non urbanizzato, la crescente tutela del paesaggio e la introduzione di previsioni legislative nazionali che hanno sempre più limitato, se non escluso, l’edificabilità dei suoli in assenza di pianificazione accompagnata da una legislazione regionale che ha reso l’edificabilità un bene a sé, “concesso” dall’amministrazione quando idonea a realizzare la funzione sociale della proprietà.

Nel proseguire al meglio la ricerca è risultato imprescindibile esaminare dapprima la nozione di “*diritto edificatorio*”, termine utilizzato per indicare la capacità edificatoria di un bene, un valore suscettibile di essere oggetto di disposizione e, quindi, di scambio e circolazione all’interno di un mercato. Il contesto cui i diritti edificatori ineriscono è quello della urbanistica consensuale e, più in generale, della attività di pianificazione territoriale e di conformazione della proprietà privata: la intrinseca discriminatorietà della pianificazione viene temperata dall’utilizzo dei diritti edificatori che svolgono un ruolo centrale quale strumento di riduzione delle diseguaglianze e discriminazioni create dalla pianificazione urbanistica. In particolare, vengono in rilievo i fenomeni della perequazione, della compensazione e della premialità edilizia le cui rispettive discipline sono state esaminate in modo

⁶⁰⁵ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, cit..

dettagliato nel capitolo II. Tuttavia, considerato che i diritti edificatori si presentano come evoluzione dei negozi di trasferimento di cubatura, mediante i quali si dispone “a favore di altro soggetto del proprio *ius aedificandi*”, ci si è proposto di analizzare preliminarmente i negozi di cessione e di trasferimento di cubatura, per poi procedere, in un secondo momento, alla disamina degli istituti della perequazione, compensazione e della premialità edilizia, anche al fine di vagliare se questi, a differenza dei primi, presuppongano lo scorporo dello *jus aedificandi* dal diritto di proprietà. Si è riportato come la tecnica di pianificazione dello *zoning* abbia posto le basi per la nascita del fenomeno della cessione e dei trasferimenti di volumetria: dei correttivi che permettevano a coloro che non fossero intenzionati a sfruttare la cubatura assegnata dal piano al proprio fondo di trasferirla ai proprietari di altre aree, interessati invece a sviluppare progetti edilizi di cubature più ampie rispetto a quella del proprio fondo. Si iniziarono pertanto a concludere, in modo sempre più frequente, negozi in virtù dei quali il proprietario titolare dell’area edificabile cedeva (di regola a titolo oneroso) tutta o parte della capacità edificatoria del proprio suolo al titolare di altra area, rendendo inedificabile (in tutto o in parte) la propria. Si è poi sottolineata la differenza che intercorre tra le due diverse figure della “*cessione di cubatura*” e dei “*contratti di trasferimento di cubatura*” soffermandosi sulle diverse ipotesi ricostruttive della giurisprudenza e della dottrina. Ciò nonostante l’eccessiva discrezionalità lasciata al pianificatore continuava a sussistere, con evidente sperequazione tra i proprietari degli immobili, alcuni favoriti ed altri no dal “pennarello” del

pianificatore⁶⁰⁶: pertanto sono venute in soccorso altre tecniche di pianificazione tra cui quella perequativa, compensativa e premiale di cui sono stati esaminati i *modus operandi*, le differenze in punto di disciplina e le criticità che in alcuni casi ne hanno compromesso l'utilizzo. Non si è potuto poi non affrontare una delle questioni più a lungo dibattute con riguardo al fenomeno perequativo, ossia quella legata alla mancanza di un'espressa copertura legislativa di tale tecnica di pianificazione territoriale⁶⁰⁷, riportando la giurisprudenza sul punto, le tesi sostenute dalla dottrina ma soprattutto il modo in cui le regioni hanno disciplinato la materia in assenza di una disciplina organica a livello statale. Successivamente, in tema di rapporti tra tecniche perequativo-incentivanti e principio di legalità dell'azione amministrativa particolare attenzione è stata riservata alla vicenda del p.r.g. romano del 2008 (ripresa in più punti anche nei successivi capitoli)⁶⁰⁸ ed alla disciplina della regione Campania che, con l.r. n. 16/2004, ha introdotto espressamente tra i principi della pianificazione urbanistica la perequazione urbanistica. Nel prosieguo ci si è soffermati sulla disciplina della tecnica compensativa, inteso come strumento alternativo all'indennizzo non solo espropriativo ma anche legato ad una prestazione di *facere* specifico attinente al recupero o alla riqualificazione del territorio (come ad esempio, previsto dall'art. 3-bis t.u. edilizia, introdotto dal cd. decreto *Sblocca Italia*, d.l. n. 133/2014). Si è al

⁶⁰⁶ A.M. SANDULLI, *Urbanistica e Costituzione*, cit..

⁶⁰⁷ In argomento, in particolare, A. POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica. Magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 6 ss.; ID., *Perequazione urbanistica, ovvero della insostenibile leggerezza di una pianificazione equa*, in *Riv. amm. appalti*, Supplemento, 1-2, 2011, 9; P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino 2012, 190 ss..

⁶⁰⁸ Il p.r.g. capitolino costituisce un rilevante esempio di applicazione di meccanismi perequativi e compensativi strumentali alla realizzazione di servizi e opere pubbliche nonché a fini di riqualificazione ambientale e urbana.

tempo stesso rilevato che il ricorso allo strumento compensativo in misura maggiore a quello perequativo è legato alla errata considerazione, nata in seno alle amministrazioni comunali, di poter usare l'edificabilità come "moneta volumetrica" per realizzare gli interessi pubblici; la conseguenza di tale assunto è stata una crisi sistemica per cui gli enti hanno iniziato ad utilizzare "la risorsa territorio come merce di scambio per coprire il fabbisogno di opere di urbanizzazione e di servizi per la collettività"⁶⁰⁹, portando ad un incremento del consumo del territorio ed ai connessi problemi della c.d. saturazione edilizia, sui quali il capitolo III si è maggiormente focalizzato.

Definiti i tratti distintivi tra le diverse figure esaminate è stato possibile analizzare l'aspetto che li accomuna: la capacità di generare diritti edificatori. Sul punto, l'introduzione del n. 2-*bis* nel comma 1 dell'art. 2643 c.c. ad opera dell'art. 5, comma 3, d.l. n. 70 del 2011⁶¹⁰ è stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa⁶¹¹ come implicito riconoscimento a che i diritti edificatori possano essere oggetto di legislazione regionale⁶¹²; non si è mancato di rilevare che la novella del 2011 si è posta in linea con l'intervento statale auspicato più volte dalla giurisprudenza⁶¹³ al fine di regolare i profili circolatori, prevedere un regime di pubblicità opponibile ai terzi e risolvere i problemi di compatibilità costituzionale degli istituti generatori dei diritti

⁶⁰⁹ P. URBANI, *Conformazione della proprietà diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urb. e app.*, 2006, 906.

⁶¹⁰ Convertito nella legge n. 106 del 2011.

⁶¹¹ Con. Stato, 9 luglio 2015 n. 3435 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹² Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2015, n. 3435, cit..

⁶¹³ Cons. Stato, 8 giugno 2010, n. 4545, cit., 964.

edificatori⁶¹⁴. È stato pertanto necessario esporre anche le diverse tesi prospettate in dottrina ed in giurisprudenza circa l'esatta qualificazione giuridica di tali diritti nonché gli aspetti più problematici del meccanismo di funzionamento dei diritti edificatori. Ai fini della nostra ricerca si è poi rilevato un aspetto in particolare tra le novità introdotte nel t.u. dell'edilizia dal decreto *Sblocca Italia*⁶¹⁵, ossia la possibilità prevista all'art. 28-bis che oggetto della convenzione che accompagna il permesso di costruire possa essere, tra l'altro, "la cessione di aree anche al fine dell'utilizzo di diritti edificatori": è evidente come il legislatore dia per acquisiti nel nostro ordinamento i diritti edificatori e, conseguentemente, anche gli istituti generatori degli stessi.

Sulla considerazione per cui la ricostruzione della Corte costituzionale che diede origine alla visione "tradizionale" dello *ius aedificandi* era legata al preciso "momento storico" in cui essa si pronunciava, nel capitolo III ci si è proposti di affrontare nuovamente la questione al fine di capire se lo stesso ragionamento possa ritenersi tuttora valido. Difatti, la crescente limitazione delle possibilità di edificare - e quindi i crescenti limiti al diritto di edificare - unitamente alla sua subordinazione al rilascio del titolo edilizio da parte dell'amministrazione, hanno posto numerosi interrogativi circa gli assunti raggiunti in giurisprudenza ed in dottrina sul punto. In particolare, il crescente problema della saturazione edilizia, la sempre maggiore importanza riservata alla tutela del paesaggio e dell'ambiente, la crescita "zero" della popolazione ed i problemi idrogeologici sempre più frequenti hanno posto le basi per una

⁶¹⁴ Nella relazione illustrativa alla l. n. 106/2011 di conversione del d.l. n. 70/2011 si afferma che l'intervento è finalizzato a "garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori".

⁶¹⁵ D.l. n. 133 del 2014 convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

elaborazione dell'urbanistica in una ottica diversa, orientata ad obiettivi di riqualificazione e rigenerazione urbana piuttosto che di espansione edilizia: alla necessità di tutelare il contenuto essenziale del diritto di proprietà si è contrapposto il problema del consumo del suolo e della salvaguardia del territorio. In aggiunta a tali eventi, il mutato quadro giuridico induce a riformulare le riflessioni finora compiute. Nell'analisi della relazione che intercorre tra potere di pianificazione, diritto di proprietà e *ius aedificandi* ha assunto particolare rilievo la disciplina dei c.d. standards edilizi generali dapprima contenuta nell'art. 41-*quinquies* della legge urbanistica fondamentale (l. n. 1150 del 1942) ed oggi nell'art. 9 t.u. edilizia (d.P.R. n. 380 del 2001): sul punto, l'aspetto che ai nostri fini maggiormente rileva è l'aver attribuito alle regioni il potere di prevedere (unicamente) dei limiti più restrittivi rispetto agli standards urbanistici statali e, quindi, anche la possibilità di escludere del tutto la possibilità di nuova edificazione. Difatti, dal quadro normativo sembrerebbe esser venuto meno uno *ius aedificandi* di "base" dei suoli così come da impostazione tradizionale; il diritto di costruire non sembra più rappresentare un attributo del diritto di proprietà, non sembra più appartenergli, ma appare piuttosto un diritto generato, conformato e determinato nel *quantum* dal potere pubblico mediante l'esercizio della potestà pianificatoria. Si è inoltre rilevato che anche la disciplina di *favor* nei confronti della proprietà agricola con riguardo all'edificabilità non smentisce quanto affermato, sottolineando come si tratti in realtà di una edificabilità in senso lato, legata ad esigenze residenziali o imprenditoriali.

La circostanza per cui le nostre città non si trovano più in una fase di espansione edilizia quanto, piuttosto, in un momento storico in cui v'è la impellente esigenza di recuperare e riutilizzare il patrimonio edilizio esistente e di frenare il consumo di suolo agro-naturale ha indotto il legislatore a promuovere misure dirette a ridurre l'utilizzo e, piuttosto, concentrarsi su interventi di recupero e riqualificazione del patrimonio esistente. Sembra che alla tradizionale tutela del diritto di proprietà espressa (anche) nello *ius aedificandi* deve ora anteporsi la tutela di una risorsa limitata quale è quella del suolo e favorire il recupero dell'esistente: le scelte urbanistiche dovrebbero quindi, in linea di principio, delimitare gli interventi di nuova costruzione ai soli casi in cui sia dimostrata l'impossibilità di riutilizzo e riqualificazione dell'edilizia esistente⁶¹⁶.

Oltre alle esperienze regionali in materia, si sono riportate le novità introdotte dal legislatore statale in particolare con il decreto "*Sviluppo*"⁶¹⁷ e con il decreto "*Sblocca Italia*"⁶¹⁸ i quali conducono a confermare che "la riedificazione sia diventata la regola mentre la edificazione *ex novo* (di suoli non urbanizzati) l'eccezione (quest'ultima "concessa" dal soggetto pubblico sulla base di principi e di regole "concorsuali" e negoziali)"⁶¹⁹. Nel medesimo filone si inserisce un'altra novità introdotta dal d.l. *Sblocca Italia*⁶²⁰, relativa alla differenziazione del contributo di costruzione a seconda del tipo di intervento

⁶¹⁶P. URBANI, *L'urbanistica per accordi nella nuova prospettiva della pianificazione*, relazione svolta durante il convegno "*Estetica, salvaguardia e sviluppo del territorio*" presso la sala della Protornoteca del Palazzo Senatorio - Campidoglio il 9 marzo 2014.

⁶¹⁷ D.l. n. 70/2011 cit..

⁶¹⁸ Il c.d. d.l. "*Sblocca Italia*" 12 settembre 2014, n. 133 conv. in l. 11 novembre 2014, n. 164.

⁶¹⁹F. GUALANDI, *Dallo "ius aedificandi"*, cit., 9.

⁶²⁰ Il quale è intervenuto sul testo dell'art. 16 del t.u.e. in tema di contributo di costruzione.

da realizzare, in modo da favorire quelli di recupero, ristrutturazione e di riuso dell'edilizia esistente anziché interventi di nuova costruzione. E' stato altresì esaminato il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 16 del t.u.e. che ha fornito una base legale alla prassi del contributo straordinario a fronte di edificabilità aggiuntiva⁶²¹, prassi di fatto già diffusa e adottata da molte amministrazioni comunali a fronte di valorizzazioni immobiliari derivanti da interventi di trasformazione urbana e prive, finora, di idonea copertura normativa⁶²²: in questo modo il legislatore ha avallato anche la possibilità di prevedere una edificabilità sganciata dalla proprietà fondiaria cui i soggetti interessati possono accedere a fronte del pagamento di un contributo di costruzione (così rispettando la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.): un ulteriore fattore che corrobora il superamento dell'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà tradizionalmente inteso.

Si è poi documentato il progressivo cambiamento di rotta del legislatore italiano, con crescente attenzione per un diritto che è stato definito in dottrina come "*ius restituendi*"⁶²³. Nascono i piani regolatori di nuova "generazione" orientati ad una regolamentazione del territorio c.d. senza espansione, senza cioè ulteriore consumo di suolo e salvaguardando le zone inedificate: il pianificatore dovrà guardare alla riqualificazione come valida alternativa all'espropriazione e vi procederà mediante l'individuazione degli edifici la cui

⁶²¹ S. PERONGINI, *Profili giuridici*, cit., 99, osserva che secondo il criterio dell'edificabilità aggiuntiva ad un suolo privato si attribuiscono due indici edificatori di cui il primo è attribuito al privato, mentre del secondo - c.d. aggiuntivo - sarebbe titolare il Comune.

⁶²² P. MANTINI, *Luci e ombre*, cit.; F. D'ANGELO, *Riflessioni in tema di diritti edificatori*, cit. nota 39.

⁶²³ Si allude alla proprietà di immobili già edificati, non potendosi parlare di *ius utendi* con riguardo alla proprietà c.d. edilizia ossia quella ancora non edificata. Cfr. F. GUALANDI, *Dallo "jus aedificandi"*, cit. 9.

riqualificazione soddisfi i motivi di interesse pubblico a fondamento della loro espropriazione; pertanto lo *ius aedificandi*, già fortemente limitato dai numerosi vincoli conformativi apposti alla maggior parte delle aree non edificate, si trova oggi a convivere con una nuova concezione di urbanistica, non più improntata alla regolamentazione della edificabilità, ma piuttosto alla tutela del “bene suolo” e dei connessi interessi sociali.

Si è infine sottolineata la nascita, mediante lo strumento perequativo ma soprattutto quello compensativo e premiale, di diritti edificatori “dereificati”, sganciati dal parametro plano-volumetrico e che rendono sempre più difficile guardare allo *ius aedificandi* come una facoltà intrinseca alla proprietà immobiliare⁶²⁴. La prova del nove di quanto affermato è infine data dalla crescente adozione da parte delle regioni, di cui sono state riportate le esperienze, di procedure competitive e concorrenziali al fine di individuare i migliori progetti di trasformazione delle aree qualificate come edificabili – seguendo lo schema della concessione - nella consapevolezza che solo il confronto consente di ottenere il migliore bilanciamento tra gli interessi economici dei privati e l’interesse della collettività al corretto uso del territorio. Si è preso quindi atto della crisi dell’urbanistica c.d. “autoritativa” per andare incontro ad una urbanistica di tipo solidale⁶²⁵ o sussidiario⁶²⁶ ed in ogni caso più elastica ed in grado di rispondere alle esigenze di ciascuna comunità,

⁶²⁴ Come già osservato mentre nel fenomeno perequativo si ravvisa ancora un collegamento genetico tra il diritto edificatorio assegnato e la proprietà immobiliare (sebbene non sia poi esercitabile sulla stessa), esso viene a mancare nel fenomeno compensativo e premiale ove i c.d. crediti edilizi vengono assegnati in funzione meramente di indennizzo nel primo caso o come premio nel secondo.

⁶²⁵ Secondo la ricostruzione di P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino, 2012, 17.

⁶²⁶ P.MANTINI, *Le trasformazioni del diritto urbanistico*, Padova, 2012, 22.

responsabilizzando il privato che si fa carico della realizzazione, oltre che dei propri interessi, anche di quelli della collettività⁶²⁷. Questa tendenza è poi di per sé agevolata dalla natura della materia in esame, l'urbanistica, che rappresenta un terreno fertile per l'instaurarsi di rapporti di collaborazione tra cittadini ed amministrazione e che tende naturalmente a ricercare il consenso del privato ed il suo contributo⁶²⁸. E' quindi mutata la originaria concezione della proprietà edilizia e con essa la qualificazione dello *ius aedificandi*, non più facoltà immanente alla prima, ma quale diritto assegnato in via diretta (prevista in sede di pianificazione) o progressiva (ipotesi della previsione di crediti edificatori). Si è sottolineata tuttavia la necessità di un intervento organico del legislatore nazionale su tali temi, che invece si è limitato a prendere (progressivamente) posizione sulle questioni trattate mediante interventi settoriali.

Infine, nell'ultimo capitolo si è affrontata una questione di particolare importanza, relativa ai c.d. diritti edificatori acquisiti (o anche "quesiti"). Ci si è chiesti in particolare se i principi del nostro ordinamento impongano all'Amministrazione di compensare il proprietario fondiario al quale non sia più consentito esercitare l'edificabilità in precedenza assegnatagli. In argomento è risultata propedeutica alla risoluzione della questione la necessità di stabilire l'esatta portata del c.d. "*principio di cristallizzazione*" in materia urbanistica nonché riportare i motivi a fondamento della tesi dei diritti edificatori acquisiti ed infine l'andamento della giurisprudenza sul tema che

⁶²⁷ Accollandosi, sempre più spesso, l'obbligo di realizzare opere di interesse pubblico, in un'ottica di interessi, o beni comuni (in parallelo con l'immagine dei "beni sociali principali" di J. Rawls) in P.MANTINI, *Rigenerazione*, cit. 25.

⁶²⁸ Amplius, F. CANGELLI, *Piani strategici e piani urbanistici*, Torino, 2012.

oggi conferma la possibilità per il pianificatore di adottare modifiche *in peius* rispetto alle precedenti previsioni urbanistiche, ribadendo il principio giurisprudenziale per cui il privato non risulta titolare di nessuna aspettativa derivante da una diversa destinazione urbanistica pregressa della propria area. Pertanto, finchè la “possibilità” edificatoria non abbia dato luogo ad un affidamento qualificato, le cui ipotesi individuate dalla giurisprudenza sono state debitamente riportate, l’esistenza di interessi particolarmente qualificati impone all’Amministrazione solo l’onere di motivare le scelte compiute nel nuovo piano urbanistico, ma non la priva dello *jus variandi*⁶²⁹ e, quindi, del potere di procedere anche ad un sacrificio di tali interessi a fronte di interesse diversi reputati prevalenti⁶³⁰. Si è concluso riportando la giurisprudenza amministrativa che ha negato l’esistenza dei diritti edificatori “acquisiti” considerando che la *ratio* del potere pianificatorio consiste nel provvedere ad un razionale sviluppo del territorio e, quindi, adeguarsi alle sopravvenute esigenze le quali non possono non essere soddisfatte in favore di una “ultrattività” delle previsioni urbanistiche precedenti⁶³¹.

⁶²⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 2009, n. 811, cit.

⁶³⁰ In argomento G. MARI, *Proprietà e piano regolatore generale comunale*, cit., 231; S. COGNETTI, *Interessi e pianificazione urbanistica*, Perugia, 1986, 301; L. MAROTTA, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa*, Padova, 1988, 104.

⁶³¹ T.A.R. Lazio, Sez. II-quater, 30 gennaio 2015, n. 1789 cit..

BIBLIOGRAFIA

ABBAMONTE G., *Riserva di legge, pianificazione territoriale e tutela della proprietà*, IN SANDULLI M.A., SPASIANO M.R., STELLA RICHTER P. (A CURA DI), *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, NAPOLI, 2007, 53.

ALBISINNI F., *L'interesse agricolo quale valore di rango costituzionale nella disciplina urbanistica*, in *Riv. dir. agrario*, 1996, 201.

ALPA G., *Funzione sociale della proprietà e potere di destinazione dei beni*, in *Quaderni regionali*, 1988.

AMADIO G., *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Milano, 2011, 42 ss..

AMOROSINO S., *Aldo M. Sandulli ed il regime dei suoli: un "riformista" non sufficientemente "riconosciuto"*, in AA.VV., ALDO M. SANDULLI, *Attualità del pensiero del maestro*, Milano, 2004, 465.

AMOROSINO S., *Il governo del territorio tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in *Il governo del territorio*, a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI E P. URBANI, 2003, 82.

ANTONIAZZI S., *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.ed.* 2004, I, 1975.

ANTONIAZZI S., LEONE G., MAIONE G., PARISI A., *Art. 3*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 42.

ASSINI N., *La gerarchia degli interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, Atti del XXXVII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, 19-21 settembre 1991, Milano, 1994, 123.

BALDASSARRE A., *Proprietà (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XXV, 1990.

BALESTRA L., *Proprietà e diritti reali*, Volume 1, Utet, 2011, 60.

BARONE A., *La nuova governance del territorio. Sistema della autonomie e principi comunitari*, Acireale-Roma, 2003, 110.

BARTOLINI A., *Governmento e mercato dei diritti edificatori: l'esperienza umbra*, in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Atti del Convegno di Perugia*, 30 novembre 2007, 5.

BARTOLINI A., *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd.premialità edilizie)*, in *Giust. amm.*, 2008, 167.

BARTOLINI A., *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007.

BARTOLOMEI F., *L'espropriazione nel diritto pubblico*, Parte generale, I, Milano, 1965.

BELLOMIA S., *Diritto privato regionale, perequazione urbanistica e nuovi strumenti di governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 2, II, 71-75.

BENIGNI A., *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo "boccia" l'occupazione appropriativa*, in *Urb. app.*, 3, 2001, 290.

BENVENUTI F., *Gli elementi giuridici della pianificazione territoriale in Italia*, in *Pianificazione territoriale e provinciale. Atti del convegno internazionale*, Passo della Mendola settembre 1955, Trento, 1956, 35 ss..

BERGAMO E., *La cessione dei diritti edificatori*, in *Corriere del merito*, 2012, 2, 119.

BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, Milano, 1988, 166 ss..

BIANCA C.M., *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999.

BIANCHI R., *Terreni sotto giuramento*, in *Immobili e proprietà*, 2013, 5, 308.

BIGOLARO S., *La nuova norma in tema di perequazione urbanistica (art. 17, d.l. 133/2014, conv. l. 164/2014)*, 18 novembre 2014, in www.venetoius.it.

BIGOLARO S., PIVA G., *Perequazione urbanistica e art. 23 della Costituzione: la necessità di una norma di legge statale*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 543.

BONACCORSI P., *Le indennità di esproprio e i "vincoli urbanistici" nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1980, 327.

BONATTI S., S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Proprietà immobiliare (vincoli e limiti)*, in M. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, III, Milano, 2007.

BOSCOLO E., *Dalla zonizzazione alla perequazione urbanistica (il caso del P.r.G. di Reggio Emilia)*, in *Riv.giur.urb.* 2010, 104.

BOSCOLO E., *Espropriazione: la giurisprudenza della CEDU e l'urbanistica regionale tra perequazione, compensazione e premialità*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 1331.

BOSCOLO E., *Il superamento del modello pianificatorio tradizionale*, in *Diritto del governo del territorio*, a cura di M.A. CABIDDU, Giappichelli, Torino, 2010, 115 ss..

BOSCOLO E., *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, in www.elibrary.fondazione-notariato.it.

BOSCOLO E., *La perequazione da semplificare*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 47 ss..

BOSCOLO E., *La perequazione urbanistica: un tentativo di superare la 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*, Atti del Convegno AIDU (Genova, novembre 1999), Milano, 2000, 195.

BOSCOLO E., *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, in *Urb. e app.*, 2011, 1061.

BOSCOLO E., *Le perequazioni e le compensazioni*, Relazione generale introduttiva al convegno AIDU 2010, in *www.pausania.it*.

BOSCOLO E., *Oltre il territorio: il suolo quale matrice ambientale e bene comune*, in *Urb. e Appalti*, 2/2014, 129.

CABIDDU M.A., *Diritto del governo del territorio*, Torino, 2010, 151.

CALABRÒ M., *Art. 14*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015.

CALDARETTI S., *Il primato del privato. Diritti edificatori e compensazioni a Roma*, 26, 2013, in *www.lacapitaledeiconflitti.it*.

CANDIAN A., *Il contratto di trasferimento di cubatura*, Giuffrè, 1990, Milano, 53 ss..

CANDIAN A., *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. DE NOVA, Milano, 1994.

CANDIAN A., *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ., Aggiorn.*, Torino, 2000, 736.

CANGELLI F., *Piani strategici e piani urbanistici*, Torino, 2012.

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

CARBONE V., *Il nuovo t.u. in materia di espropriazione: scompare l'occupazione appropriativa?*, in *Corr. Giur.*, 2001, 10, 1267.

CARDARELLI F., *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2012, 388 ss..

CARTEI G.F., DE LUCIA L. (a cura di), *Contenere il consumo di suolo. Saperi ed esperienze a confronto*, Napoli, 2014.

CARTEI G.F., PONTELLO T., *Perequazione urbanistica e misure compensative. L'esperienza toscana*, in BARTOLINI A., MALTONI A. (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto*, Atti del Convegno AIDU, Perugia, 30 novembre 2007, Napoli, 2009, 109.

CASINI L., *Perequazione e compensazioni nel nuovo piano regolatore generale di Roma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 2, 203 ss..

CASTELLAZZI S., *La destinazione a verde agricolo tra potere di pianificazione e vincolo di inedificabilità*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 389.

CECCHERINI G., *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, 1990, II, 103 ss..

CECCHERINI G., *Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 557 ss..

CECCHERINI G., *Il c.d. «trasferimento di cubatura»*, Milano, 1985.

CENTOFANTI N., *Il piano regolatore nella legislazione regionale*, Giuffrè, Milano, 2010, 419.

CERULLI IRELLI V., *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, cit., 8.

CERULLI IRELLI V., *Le prospettive della riforma urbanistica in italia nel mutato quadro dei rapporti tra stato centrale ed autonomie territoriali*, in *La disciplina urbanistica in italia, Problemi attuali e prospettive di riforma*, a cura di P. Urbani, torino, Giappichelli, 1998, 49.

CERULLI IRELLI V., *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 386.

CERULLI IRELLI V., *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in *Giust. civ.*, 2015, 1, 13.

CERVELLI S., *I diritti reali*, Milano, 2007, 65 ss..

CHIRULLI P., *Mancata inclusione di aree in programmi pluriennali di attuazione e tutela delle aspettative edificatorie dei privati*, in *Gius. civ.*, 2006, 2568.

CHITI M.P., *Il ruolo della Comunità Europea nel governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, II, 91.

CIMMINO N.A., *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, 2003, 5, 1113 ss..

CINTIOLI F., SAN GIORGIO M.R., *Proprietà e Costituzione*, Milano, 2002.

CIRILLO G.P., *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi*, in *Riv. not.*, 2013, 3, 601 ss..

CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Qualificazione giuridica della proprietà e vincoli amministrativi (da verificarsi all'atto del suo trasferimento)*, relazione svolta al Convegno annuale del Consiglio notarile di Santa Maria Capua Vetere, 15 maggio 2009, Caserta, pubblicata in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*.

COGNETTI S., *Interessi e pianificazione urbanistica*, Perugia, 1986, 301.

CONTIERI A., *La programmazione negoziata. La con sensualità per lo sviluppo. I principi*. Napoli, 2000.

CONTI R., *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009, 413.

COPPOLA A., *La redazione del piano urbanistico comunale nella regione Campania*, Potenza, 2013.

CORTESE F., *Il regime delle costruzioni in mancanza di una disciplina di piano (art. 9, D.P.R. 6.6.2001, n. 380)*, in S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI, C. VITALE, *Codice di Edilizia e Urbanistica*, Torino, UTET, 2013, p. 1158 ss..

COSTANTINO G., *Le trasformazioni irreversibili dei beni giuridici fra fatti e atti di autonomia privata*, in *La Civilistica italiana degli anni '50 ad oggi: tra crisi dogmatica e riforme legislative* (Atti del congresso dei civilisti italiani, Venezia, 23-26 giugno 1989), Padova, 1991, 539.

COSTANTINO M., *Il diritto di proprietà*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, vol. VII, *Proprietà*, tomo I, Torino, 1982.

CRETELLA B., *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, in *Gazzetta not.*, 2011, 481 ss..

D'ANGELO F., *Riflessioni in tema di diritti edificatori: spunti ricostruttivi per una nuova interpretazione dell'istituto*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 70.

D'ANGELO G., *Compendio di legislazione urbanistica ed edilizia*, Potenza, 2015, 107 ss..

D'ANGELO G., *Limitazioni autoritative delle facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Napoli, 1964.

D'ANGELO G., *Regime giuridico delle aree fabbricabili: necessità ed urgenza di una riforma legislativa*, in *Riv. giur. edil.*, 1999, 1181.

D'ELIA G., *Note a margine dell'illegittimità costituzionale per eccesso di delega legislativa dell'istituto dell'acquisizione sanante*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 1119.

D'ORSOGNA M., *Art. 18-bis*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 684 ss..

DATO G., *Le garanzie nel procedimento di reiterazione dei vincoli espropriativi*, in *Diritto e Pratica Sole24ore*, 48.

DE DONNO M., *Tutela dello ius aedificandi e salvaguardia del territorio non pianificato di nuovo all'attenzione della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. edil.*, 2015.

DE PAOLIS S., *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 5, 199.

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

DI MAJO A. e FRANCARIO L., voce «*Proprietà edilizia*», in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, 356 ss..

DI PAOLO M., *Trasferimenti di cubatura di area e «numero chiuso» dei diritti reali*, in *Riv. not.*, 1975, II, 547 ss..

DI VITA G.A., *Riflessioni sul tema cessione di cubatura: una lettura provocatoria della novella*, in *Il Notaro*, 2011, 89 ss..

FANTINI S., *Profili pubblicistici dei diritti edificatori*, relazione svolta presso la Scuola Superiore del Ministero degli interni, nei giorni 3 e 4 ottobre 2011, in www.giustiziamministrativa.it.

FANTINI S., *Profili pubblicistici dei diritti edificatori*, Relazione svolta presso la Scuola Superiore del Ministero degli interni, 3 e 4 ottobre 2011, in www.giustizia-amministrativa.it.

FARRI G., *Gli standard urbanistici*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO E U. MORELLO, Volume IV, *Proprietà e pianificazione del territorio*, a cura di S. BELLOMIA, G. PAGLIARI, M.A. SANDULLI, Milano, 2012, 447.

FELIS F., *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura*, in *Contratto e impresa*, 2011, 3, 632 ss..

FOLLIERI E., *La disciplina amministrativa dell'occupazione del suolo senza seguire le regole ordinarie dell'espropriazione, con particolare riferimento all'art. 42-bis T.U.E.P.U.*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, II, 198 ss..

FRIGO A., *Gli strumenti della riqualificazione urbana del decreto sviluppo. Nota a TAR Piemonte, 28 novembre 2013, n. 1287*, 2013, in www.pausania.it.

GALLO F., *Proprietà e imposizione fiscale*, in www.cortecostituzionale.it, 2009.

GAMBARO A., *La proprietà edilizia*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da P. RESCIGNO, VII, Torino 1982, 527.

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

GAMBARO A., *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori. Alcuni prolegomeni in La libera circolazione dei diritti edificatori nel Comune di Milano ed altrove*, Milano 2012, 187.

GAMBARO A., *I beni*, in *Trattato di dir.civ. e comm.* a cura di A. CICU, F. MESSINEO E L. MENGONI, 2012, 126 ss..

GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di dir.civ. e comm.* a cura di A. CICU, F. MESSINEO (diretto da) e L. MENGONI (continuato da), vol. VIII, tomo II, Milano, 1995.

GAMBARO A., *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975.

GAMBARO A., SCHLESINGER P., *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, 20.

GAROFOLI R., *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa*, in *elibrary.fondazione-notariato.it*.

GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare Tomo I artt. 2643-2644* in *Il codice civile comm.* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1991, 657.

GAZZONI F., *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, in *Giust. civ.*, 2012, 3, II, 102.

GAZZONI F., *La c.d. cessione di cubatura, La trascrizione immobiliare*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1991, artt. 2643-2645, vol. I, 655 ss..

GERBO F., *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, Milano, 2001, 246.

GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. Dir.*, 1971.

GRASSANO N., *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Riv. not.*, 1992, 1070.

GRAZIOSI B., *La perequazione urbanistica promossa dal Consiglio di Stato. Una prima risposta, molte ancora le domande*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1556.

GUALANDI F., *Dallo “ius aedificandi” allo “jus restituendi” (inteso come diritto di recuperare, rigenerare e sostituire l’esistente). Riflessioni sulla rigenerazione urbana*”, in www.pausania.it.

GUALANDI F., *La circolazione dei diritti edificatori e altre questioni di giurisdizione in materia di edilizia e di urbanistica*, Relazione svolta al Convegno Nazionale organizzato dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, sul tema *Le questioni di giurisdizione ed il Giudice amministrativo*, Bologna, 16 novembre 2012.

INVERNIZZI R., *Art. 9*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell’edilizia*, Milano, 2015, 268 ss..

INVERNIZZI R., *Attività edilizia in assenza di pianificazione urbanistica (sub. art. 9)*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Testo Unico dell’Edilizia*, III ed., Milano, Giuffrè, 2015, 266-267.

INVERNIZZI R., *Edificazione produttiva e doppio limite ex art. 9 d.p.r. 380 del 2001: la necessità di un ripensamento... matematico*, in *Riv. giur. edil.* 2010, 457.

INVERNIZZI R., *Reiterazione dei vincoli scaduti e indennizzo: teoria (italiana) e pratica (europea)* in *Riv. giur. edil.*, 2005, 689.

LANGELLA M., *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, in *Vita not.* 2007, 428.

LATTANZI P., *Art. 9 (Attività edilizia in assenza di pianificazione urbanistica)*, in R. GAROFOLI, V. DE GIOIA, *Codice dell'edilizia*, t. I, Milano, 2006, 122 ss..

LAVERMICOCCA D., *La cessione di cubatura e l'asservimento di area tra presente e futura applicazione*, in *Urb. e app.*, 2006, 946.

LEO M., *Il trasferimento di cubatura*, *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e Materiali*, VI, 2, Milano, 2001, 669 ss..

LEO M., voce *Trasferimento di volumetria*, in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, Roma, 2002, V, 710 ss..

LIBERTINI M., *I trasferimenti di cubatura*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. GALGANO, III, Torino, 1995, 2273-2279.

LIBERTINI M., *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in *Contratto e Impresa*, 92 ss..

LIGUORI F., *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013.

LISENA F., *Annullamento di alcune parti del piano regolatore generale del Comune di Roma. Legalità vs. con sensualità: il caso dell'annullamento del P.R.G. di Roma (n.d.r. commento a T.A.R. Lazio, sez. II, 4 febbraio 2010, n. 1524)* in *Giurisprudenza di merito*, 2010, fasc. 12., 3119-3152.

LOMBARDI P., *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati: la difesa del suolo quale archetipo di virtuose forme di cooperazione tra distinti ambiti di amministrazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, II, 93.

LUCIANI M., *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n. 260 del 1976)*, in *Giur. cost.*, 1977.

LUCIANI M., *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n. 260 del 1976)*, in *Giur. cost.*, 1977, I, 1389.

MADDALENA P., *Il territorio bene comune degli italiani*, Roma, Donzelli, 2014.

MALTONI A., *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 *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a*

confronto, a cura di A. BARTOLINI, A. MALTONI, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, 87-108.

MANDARANO A., *Vincoli di PRG soggetti a decadenza e pianificazione di dettaglio*, in *Urb. e app.*, 10, 2003, 1190 ss..

MANGANARO F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, Relazione tenuta al secondo incontro italo-francese di Diritto amministrativo, Parigi, 12 ottobre 2007, in *www.unirc.it*.

MANGIAMELI S., *La proprietà privata nella costituzione*, Milano, Giuffrè, 1996, 155.

MANTINI P., *Le trasformazioni del diritto urbanistico*, Padova, 2012, 22.

MANTINI P., *Luci e ombre della semplificazione edilizia dopo il decreto Sblocca-Italia*, relazione al seminario di formazione specialistica, confronto tra giuristi e urbanisti sul tema “*Il territorio tra tutela e trasformazione*” 2014.

MANTINI P., *Rigenerazione urbana, resilienza, re/evolution. Profili giuridici*, Atti del XXVIII Congresso nazionale dell'INU, 2013 in *www.inu.it*.

MARÈ M., *Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica*, in *Riv. not.*, 1990, 1347.

MARENA G., *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2013, 4, 893 ss..

MARI G., *Disciplina edilizia e sviluppo sostenibile nel recente decreto "Sblocca Italia"*, in AA.VV., *Territori Governance Sviluppo sostenibile*, Alto Osservatorio sulle Politiche D'Europa HOPE del Centro LUPT- Federico II, Diogene Edizioni, 2015, 71.

MARI G., *L'espropriazione indiretta: la sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010 sull'acquisizione sanante e le prospettive future*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, II, 347.

MARI G., *La Corte di Cassazione torna ad occuparsi dell'accessione invertita: breve excursus tra giudice nazionale, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e nuovo T.U. in materia di espropriazione*, *Riv. Giur. Ed.*, 2003, Giuffrè, 1215.

MARI G., *La perequazione urbanistica: finalità generali e disciplina regionale in Campania*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 125.

MARI G., *Proprietà e piano regolatore generale comunale. Profili generali*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO E U. MORELLO, Volume IV, *Proprietà e pianificazione del territorio*, a cura di S. BELLOMIA, G. PAGLIARI, M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2012, 204.

MARI G., *L'acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015, n. 71*, in Riv.giur.edil., 2010.

MAROTTA L., *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa*, Padova, 1988, 104.

MARTINETTI E., *La reiterazione di vincoli urbanistici senza indennizzo al vaglio critico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. giur. urb., 2006, 21.

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

MARZARO GAMBA P., *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti – Garanzia delle proprietà e scelte della P.A.*, Padova, Cedam, 2002, 4

MASTROPIETRO B., *Dalla cessione di cubatura al trasferimento "in volo" dei diritti edificatori: l'art. 2643, n. 2 bis, c.c.*, in Rass. dir. civ., 2012, 569.

MASTROPIETRO B., *La natura e circolazione dei diritti edificatori*, Esi, Napoli, 2013, 106.

MATTEI U., *Proprietà*, in *Dig. civ.*, 1997.

MAZZAROLLI G., *Considerazioni sull'indennità di espropriazione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1980, 1254.

MAZZAROLLI L., *Riconoscimento e garanzia della proprietà privata tra leggi di eversione e sentenze di salvaguardia*, in AA.VV., *Libertà: abitare e intraprendere*, Napoli, 1983, 252 ss..

MAZZOLA M.A., *Le servitù*, in *Proprietà e diritti reali*, a cura di G. CASSANO, Padova, 2007, tomo II, p. 1815.

MELIS G., voce *Prestazioni imposte (dir. trib.)*, in www.treccani.it.

MENGOLI G.M., *Manuale di Diritto Urbanistico*, Milano, 2009, 284.

MESSINEO F., *Le servitù*, Milano, 1949, 35.

MEUCCI S., *La circolazione dei diritti edificatori*, in *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, in www.cesifin.it, 2012, 59.

MONTEFUSCO R., *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2002, 2861.

MORBIDELLI G., *La legislazione urbanistica regionale per le zone agricole*, in *Riv. dir. agr.*, 1981, I, 55.

MORBIDELLI G., *Della perequazione urbanistica*, in www.giustamm.it.

MORBIDELLI G., *Note sulla giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. espropriazioni sostanziali*, in *Foro amm.* 1970, II, 324 ss.

MORBIDELLI G., *Tutela dell'ambiente e normativa urbanistica - Riflessi sul diritto di proprietà*, in *Riv. giur. edilizia*, 1988, II, 130.

MOSCARINI A., *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006.

MOTZO G., PIRAS A., *Espropriazione e pubblica utilità*, in *Giur. cost.*, 1959.

PAGLIARI G., *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, 154 ss..

PAGLIARI G., *Il sistema pianificatorio urbanistico: quadro sintetico dei profili funzionali*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO, U. MORELLO, Volume IV, *Proprietà e pianificazione del territorio*, a cura di S. BELLOMIA, G. PAGLIARI, M.A. SANDULLI, Milano, 2012.

PAGLIARI G., *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2009.

PALADIN L., *Gli odierni problemi della proprietà fondiaria nella prospettiva costituzionale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 412.

PALMA G., *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Jovene, Napoli, 1971, 194.

PANZARINO C., *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.

PATRONI GRIFFI F., *Prime impressioni a margine della Sentenza della corte costituzionale n. 293 del 2010, In tema di espropriazione indiretta*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 1435.

PATTI F. e RUSSO F. , *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, 2001, 1675.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984.

PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino-Napoli, 1971.

PERONGINI S., *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, 2005, Giuffrè, 16.

PICCO G.B. e MAROCCO A.M., *I così detti «trasferimenti di cubatura»*, in *Riv.not*, 1974, 632 ss..

PISCHETOLA A., *La circolazione di cubatura, di crediti edilizi e di diritti edificatori: profili fiscali*, in *Fisco*, 2011, 2664 ss..

PISCITELLI L., *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici*, Padova, 1990.

POLICE A., *Gli strumenti di perequazione urbanistica. Magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 6 ss..

POLICE A., *Perequazione urbanistica, ovvero della insostenibile leggerezza di una pianificazione equa*, in *Riv. amm. appalti*, Supplemento, 1-2, 2011, 9.

PREDIERI A., *Espropriazione e regime di proprietà delle aree edificabili*, in *Giur. cost.*, 1968.

PREDIERI A., *La legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, Giuffrè, 1977, 58.

PREDIERI A., *Riserva della facoltà di edificare e proprietà funzionalizzata delle aree fabbricabili*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio e espropriazione*, Milano, 1969, 82.

PUGLIATTI S., *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.

QUAGLIA M. A., *Pianificazione urbanistica e perequazione*, Torino, 2000.

QUAGLIA M. A., *Convenzioni urbanistiche e lavori pubblici*, Torino, 2009, 96.

RAGAZZO M., *Pianificazione urbanistica e perequazione: il caso del PRG di Roma*, in *Urb. e app.*, 2010, 1090.

RAMACCIONI G., *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Giappichelli, Torino, 2013.

RANELLETTI O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni in diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 1884, IV, 7 ss..

RENNA M., *L'esperienza della Lombardia*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, a cura di A. BARTOLINI, A. MALTONI, Napoli, 2009, 85.

RESCIGNO P., *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988.

RESTAINO L., *I diritti edificatori*, 2010, in www.wikijus.it.

RESTAINO L., *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, 2013, in www.e-glossa.it.

RODOTÀ S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960.

RODOTÀ S., *Commento all'art. 42*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, I *rapporti economici*, II, Bologna Roma, 1982.

RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

RODOTÀ S., *Il terribile diritto*, *Studi sulla proprietà privata*, Bologna 1981.

RODOTÀ S., *Proprietà (diritto vigente)*, in *Nov. dig. it.*, XIV, Torino, 1967.

RODOTÀ S., voce *Proprietà*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1967, 134 .

ROLLA G., *La disciplina costituzionale della proprietà privata in Italia*, (presentazione al seminario internazionale S. Josè del Costa Rica, 26-30 marzo 2011, in www.unisi.it).

SABBATO G., “*la perequazione urbanistica*”, Atti del Convegno di Salerno, in www.giustiziaamministrativa.it, 22 gennaio 2010.

SAITTA F., *Jus aedificandi o... dovere di costruire?*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 6, 416.

SALVI C., *Modelli di proprietà e principi costituzionali*, in *Riv. crit., dir. priv.*, 1986.

SALVIA F., *Il contributo di Aldo M. Sandulli alla ricostruzione della proprietà alla luce della costituzione repubblicana*, in *Aldo M. Sandulli (1915-1984) attualità del pensiero giuridico del maestro*, Milano, 2004, 455.

SALVIA F., *Standard e parametri tra regole di pianificazione e disciplina dell'edificabilità*, in E. FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Atti del terzo Convegno nazionale AIDU, Milano, Giuffrè, 2000, p. 111 ss..

SALVIA F., *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.

SALZANO E., *È confermato: non esistono “diritti edificatori” né “vocazioni edificatorie” di suoli non ancora edificati*, in www.eddyburg.it.

SANDULLI A.M., *Il regime dei suoli dopo il nuovo intervento della Corte*, *ivi*, 1980, II, 247.

SANDULLI A.M., *Natura giuridica ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 809.

SANDULLI A.M., *Diritto amministrativo*, Milano, 1984, 843.

SANDULLI A.M., *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1990, 314.

SANDULLI A.M., *Il diritto di costruire oggi*, *ivi*, 1976, II, 157.

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, II, 836 ss..

SANDULLI A.M., *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, in *Riv.giur. edilizia*, 1978, II, 36 ss..

SANDULLI A.M., *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 465.

SANDULLI A.M., *Urbanistica e Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1975, 211.

SANTORO PASSARELLI F., *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972.

SAVATTERI A., *Gli interventi di recupero delle aree urbane ed il permesso di costruire in deroga*, in *Urb. e app.*, 2014, 842.

SAVATTIERI A., *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione*, in *Urb. e app.*, 4/2013.

SCOCA F.G., *Modalità di espropriazione e “rispetto” dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006.

SCOCA F.G., TARULLO S., *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. amm.*, 2000, I, 457.

SELVAROLO G., *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989, 77 ss.

SORACE D., *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, Milano, 1974.

SORACE D., *Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione: fra tutela dell'affidamento, esigenze risarcitorie e problemi della rendita urbana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 405 ss..

SPASIANO M.R., *L'urbanistica in Campania*, in E. FERRARI, E. STICCHI DAMIANI, P. PORTALURI (a cura di), *Poteri regionali e urbanistica comunale*, Milano, 2005, 143.

SPASIANO M.R., *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 39 ss..

STELLA RICHTER P., *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006, 93.

STELLA RICHTER P., *L'articolazione del potere di piano*, in *Dir. amm.*, 2000, 657.

STELLA RICHTER P., *Conformazione dei suoli e finalità economico-sociali*.

STELLA RICHTER P., *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2014, 31.

STELLA RICHTER P., *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006, 84.

STELLA RICHTER P., *I sostenitori dell'urbanistica consensuale*, in P. URBANI, *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino, 2013, 21.

STELLA RICHTER P., *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica*, in *Riv.giur. edil.*, 1968, II. 123.

STELLA RICHTER P., *L'articolazione del potere di piano*, in *Dir. amm.*, 2000, 657.

STELLA RICHTER P., *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*

STELLA RICHTER P., voce *Edilizia (Concessione edilizia)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, 1.

STELLA RICHTER P., *Diritto urbanistico*, Milano, 2010, 51.

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

STELLA RICHTER P., FERRARI R., GALLO C., VIDETTA C. (a cura di), *Recupero urbanistico e ambientale delle aree industriali dismesse*, AIDU, 2008.

TAMPONI M., *Il contenuto del diritto di proprietà alla luce dell'art. 42 Cost.*, in *I rapporti economici nella Costituzione*, III, Milano 1989, 165.

TANDA P., *Cancellata la c.d. acquisizione sanante: urge un intervento legislativo per colmare il vuoto*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 1440.

TANGARI C., *Edilizia, pianificazione urbanistica, espropriazione*, Giuffrè, 2008, 216.

TRAINA D.M., *Il t.u. dell'espropriazione lascia irrisolto il nodo dei vincoli urbanistici. Due ipotesi per superare l'inerzia del legislatore*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 379.

TRAINA D.M., *Lo jus aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 257 ss..

TRAPANI G., *I diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2012, 4, 775 ss..

TRAPANI G., *La cubatura quale bene in senso tecnico*, 2011, in www.notaicomolecco.it.

TRAPANI G., *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, in *Notariato*, 2012, 4, 411 ss..

TRIMARCHI M., *Proprietà e diritto europeo*, in *Eu. e dir. priv.*, 2002.

TULUMELLO G., *L'impugnabilità degli atti amministrativi in materia urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 59.

URBANI P. - CIVITARESE MATTEUCCI S., *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, Giappichelli, 2010, 79 ss..

URBANI P., *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 587.

URBANI P., *Brevissime note sulle modifiche al t.u. edilizia dopo lo “sblocca cantieri”*, in *Riv. giur. edil.*, Supplemento n. 6/2014, 128.

URBANI P., CIVITARESE MATTEUCCI S., *Diritto Urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Giappichelli, 2013, 158.

URBANI P., *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*, in *Urb. e app*, 2013, 65.

URBANI P., *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Studi in onore di LEOPOLDO MAZZAROLLI*, cit., 519.

URBANI P., *Il contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, in Atti del convegno AIDU, Verona 2008, in www.pausania.it.

URBANI P., *L'urbanistica per accordi nella nuova prospettiva della pianificazione*, relazione svolta durante il convegno “*Estetica, salvaguardia e sviluppo del territorio*” presso la sala della Protornoteca del Palazzo Senatorio-Campidoglio il 9 marzo 2014.

URBANI P., *La riforma regionale del PRG: un primo bilancio. Efficacia, contenuto ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità del provvedere e garanzia del contenuto minimo del diritto di proprietà*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 471.

URBANI P., *Le aree agricole tra disciplina urbanistica e regolamentazione dell'attività economica*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 29.

URBANI P., *Le novità del decreto Sblocca Italia*, in *Giur. it.*, 2015, 236 ss..

URBANI P., *Lo jus aedificandi. La disciplina urbanistica delle aree agricole*, in L. COSTATO, E. ROOK BASILE e A. GERMANÒ, a cura di, *Trattato di diritto agrario*, 2011, UTET Giuridica, Torino.

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

URBANI P., *Sistemi di pianificazione urbanistica e principio di legalità dell'azione amministrativa. A proposito delle sentenze del Tar Lazio sul PRg di Roma*, 2010, 4, in www.giustamm.it.

URBANI P., *Territorio e poteri emergenti*, Torino, Giappichelli, 2007, 142 ss..

URBANI P., *Urbanistica ad vocem*, in *Enc. Dir.*, 1990.

URBANI P., *Urbanistica e attività notarile Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Bari 11 giugno 2011, 22 in www.pausania.it.

URBANI P., *Urbanistica solidale*, Torino 2012, 190 ss..

URBANI P., *Conformazione della proprietà diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urb. e app.*, 2006, 906.

URBANI P., *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge n. 106/2011, di conversione del d.l. 70 del 13 maggio 2011. Semestre europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia*, 8, 2011, in www.giustamm.it.

VANGHETTI V., *Profili civilistici della c.d. «cessione di cubatura»*, nota a Cass. 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Notariato*, 1996, 5, 417 ss..

VIRGA P., *Diritto amministrativo. I principi*, Milano, 1989, 600 ss..

ZAMPETTI E., *Acquisizione sanante e principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2011, 569.

ZANNI M., *Regime impositivo e rivalutazione dei diritti edificatori*, in *Fisco*, 2013, 13, 1917.

ZELLA A., *Il diritto di proprietà tra ordinamento interno e CEDU*, Key Editore, 2015, 70.

ZONNO D., *Trasformazione degli edifici, riuso e disciplina dei titoli abilitativi (alcune considerazioni su parte delle modifiche al t.u. edil. n. 380/2001 introdotte dal d.l. n. 133/2014, conv. in l. n. 164/2014)*, Relazione al Convegno *Il governo del territorio tra fare e conservare*, svoltosi a Trento il 18-19 dicembre 2014.

