



centro per lo studio delle istituzioni finanziarie
promosso dall'ente cassa di risparmio di firenze

CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI EDIFICATORI E *IUS AEDIFICANDI*

a cura di
Duccio M. Traina

cesifin on line

www.cesifin.it

La pubblicazione raccoglie le relazioni presentate in occasione del Convegno
promosso dalla Fondazione CESIFIN ALBERTO PREDIERI
Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi
tenutosi a Firenze, giovedì 7 marzo 2013
iniziativa organizzata con il Patrocinio
della Fondazione Centro Studi e Ricerche - Professione Architetto

CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI EDIFICATORI E *IUS AEDIFICANDI*

Indice

LO *IUS AEDIFICANDI* PUÒ RITENERSI ANCORA CONNATURALE AL DIRITTO DI PROPRIETÀ?

Duccio M. Traina p. 7

LA CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI EDIFICATORI

Serena Meucci p. 59

LO IUS AEDIFICANDI PUÒ RITENERSI ANCORA CONNATURALE AL DIRITTO DI PROPRIETÀ?

Duccio M. Traina*

SOMMARIO 1.- Tre buone ragioni per tornare sul tema; 2.- Le origini del problema; 3.- La necessità di verificare se nell'attuale contesto normativo lo *ius aedificandi* è ancora configurato come connaturale alla proprietà; 4.- L'edificabilità non è un *prius* rispetto al piano urbanistico; 5.- Il riconoscimento legislativo di diritti edificatori privi di ogni connessione con la proprietà del suolo; 6.- Lo *ius aedificandi* come frutto delle scelte urbanistiche; 7.- Conseguenze in tema di vincoli urbanistici e di indennità di espropriazione; 8.- Le problematiche irrisolte dell'urbanistica: l'imparzialità, la perequazione, gli accordi; 9.- L'applicazione di regole concorsuali nella individuazione delle aree fabbricabili; 10.- Una nota conclusiva.

1. Tre buone ragioni per tornare sul tema

Neanche l'ampio dibattito sviluppatosi nell'ultimo decennio intorno alla circolazione dei diritti edificatori sembra aver riaperto l'interesse per la *vexata quaestio* dell'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà, che pure costituisce uno dei temi "classici" del diritto urbanistico, che per anni ha tenuto desta l'attenzione ed alimentato vivaci polemiche.

Nonostante l'ampio ventaglio di tesi circa la natura dei diritti edificatori¹,

* Associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Firenze e Consigliere di Amministrazione dell'Ente Cassa di Risparmio di Firenze.

¹ La dottrina, superata la tesi tradizionale, variamente declinata, della cessione di cubatura (letteratura amplissima: v. per tutti A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, Giuffrè, 1994; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in Trattato Rescigno, Torino, Utet, 1982, vol. 7, 526 ss.; F. GAZZONI, *La c.d. cessione di cubatura*, in *Commentario al codice civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, Giuffrè 1991, art. 2643-2645, vol. I, 655; M. LEO, *Trasferimento di cubatura*, in *Diz. Encic. Not.*, V), è divisa tra chi vi ravvisa un diritto reale di nuovo conio (G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno Bari, 11 giugno 2011*, Quaderni della Fondazione italiana per il notariato, Milano, 2012, 42 ss.; L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, in *www.e-glossa.it*); un bene immateriale suscettibile di appartenenza proprietaria (A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edilizia* 2010, 1, 3; A. MALTONI, *Perequazione e compensazione nella legislazione urbanistica della Regione Emilia Romagna e nella disciplina di alcuni strumenti urbanistici locali. Considerazioni generali in tema di alienazione di diritti edificatori*, in A. BARTOLINI-A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, Napoli,

il punto di partenza che le accomuna sembra essere quello dell'appartenenza dello *ius aedificandi* al nucleo essenziale della proprietà fondiaria, di cui i diritti in esame andrebbero solo a determinare il contenuto, dimensionandolo sotto il profilo quantitativo². Si tratterebbe quindi di istituti ontologicamente diversi, anche se entrambi riconducibili alla proprietà su immobili, sì che l'emergere dei primi come oggetto di autonoma disciplina giuridica non avrebbe alcuna "ricaduta" sull'inclusione del secondo nel nucleo della proprietà. Anzi, seppure separati nella circolazione giuridica (i primi formando oggetto di negoziazione in via autonoma, il secondo non negoziabile separatamente dalla proprietà del suolo), come nelle scatole cinesi i diritti edificatori sono destinati ad essere incardinati nello *ius aedificandi* così come quest'ultimo rimane incorporato nella proprietà del fondo.

L'attenzione al nostro tema, in verità, è declinante da tempo per tutta una serie di ragioni: la fermezza con cui la Corte costituzionale ha difeso la *doctrine* tracciata con le sentenze nn. 6 del 1966 e 55-56 del 1968³; la consapevolezza che

Editoriale Scientifica 2009, 87 ss., partic. 104 s.; S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, Cedam, 2012, 73 ss.); un diritto di credito nei rapporti tra i privati e un interesse legittimo di tipo pretensivo nei rapporti con l'Amministrazione (A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.* 2008, 438 ss.; ID. *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.* 2007, 302 ss.); un'"aspettativa reale di proprietà" (A. BOVA, *Aspettative reali e diritti edificatori*, Napoli, Jovene, 2012, partic. 163 ss.).

² A BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, cit., 303 ss.; S. FANTINI, *Profili pubblicistici dei diritti edificatori*, www.giustizia-amministrativa.it, 2011); A. MALTONI, *op. cit.*, 97 ss.; S. MEUCCI, *op. cit.*, 111 ss.

³ Nonché n. 5 del 1980 e n. 179 del 1999. Mentre sulle altre sentenze torneremo più avanti, è utile ricordare che i fondamenti teorici della ricostruzione della Corte costituzionale sono già esposti, quasi completi, nella sentenza n. 6/1966, resa in tema di servitù militari, in cui si affermò 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 obiettivo, 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.

Se le imposizioni non abbiano questo carattere generale ed obiettivo, 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. In questi casi può dirsi che si ha espropriazione quando il godimento del bene (nel senso di utilizzazione e di disposizione) sia in tutto o in parte sottratto al titolare del diritto, essendo senza decisiva

tutte le soluzioni proposte circa il rapporto tra pianificazione urbanistica e tutela della proprietà offrono il campo a critiche molto efficaci nella *pars destruens*, le quali tuttavia non riescono a configurare modelli alternativi capaci di resistere a critiche altrettanto efficaci, tanto da dare luogo ad uno “stato di incertezza ... ormai fisiologico”, caratterizzato dalla riscontrata impossibilità di addivenire a “risultati conclusivi”⁴; il diffondersi dei piani perequativi, che hanno ridotto le previsioni vincolistiche e più in generale le disparità di trattamento tra i proprietari; l’ampliarsi delle aree coperte da limitazioni extraurbanistiche a carattere conformativo⁵; la reazione anche emotiva al bulimico consumo di

importanza il fatto che titolare ne resti o no il proprietario. Né ha importanza il fatto che il sacrificio sia imposto direttamente dalla legge o con atto amministrativo in base alla legge, perché non è la forma dell’atto di imposizione quella che dà all’atto stesso la sua caratteristica come atto di espropriazione.

E’, pertanto, 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. E’ altresì da considerare come di carattere espropriativo l’atto che costituisca servitù o imponga limiti a carico della proprietà, quando le une e gli altri siano di entità apprezzabile, anche se non tali da svuotare di contenuto il diritto del proprietario” (punto 4 del “considerato in diritto”). La giurisprudenza della Corte costituzionale, sia per l’apparato teorico su cui si basa nonostante l’episodicità delle pronunce (che – ovviamente – attengono a casi specifici), sia per l’ampio arco temporale in cui si è andata a consolidare, rappresenta il “diritto vivente” con cui non si può non confrontarsi: v. P. MARZARO GAMBA, *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti – Garanzia delle proprietà e scelte della P.A.*, Padova, Cedam, 2002, 22.

Anche gli autori che a suo tempo contestarono nel modo più reciso l’impostazione della Corte già venti anni fa riconoscevano che la teoria dell’appartenenza dello *ius aedificandi* alla proprietà non poteva non essere ritenuta un punto fermo (v. D. 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.; G. MORBIDELLI, *Ancora sui vincoli urbanistici nelle aree urbane: non sono più temporanei ma allora sono da indennizzare*, in *Giur. cost.*, 1990, 451), ravvisando la necessità di razionalizzare il sistema, più che di proporre modelli alternativi (ancora G. MORBIDELLI, *Tutela dell’ambiente e normativa urbanistica - Riflessi sul diritto di proprietà*, in *Riv. giur. edilizia*, 1988, II, 130).

Oggi, come cercheremo di dimostrare, si sono create le condizioni per una revisione del precedente indirizzo lasciando inalterate le sue coordinate di base.

⁴ G. MORBIDELLI, *Tutela dell’ambiente e normativa urbanistica - Riflessi sul diritto di proprietà*, cit., 119.

⁵ Di vario genere: paesaggistico, storico-artistico, idrogeologico, di rispetto cimiteriale, stradale, ferroviario, di tutela degli acquiferi ... ecc. Dopo le sentenze nn. 55 e 56 del 1968, più avanti ampiamente illustrate, la Corte costituzionale ha attribuito natura conformativa, in quanto concernenti categorie omogenee di beni, ai vincoli ricadenti sugli immobili compresi nel Parco dello Stelvio (sent. 26 aprile 1971, n. 79); alle fasce di rispetto stradale, alle zone

suolo a cui si è assistito almeno sino al lustro scorso; il declino dell'espansione urbanistica sfociato da ultimo nella crisi strutturale che ha colpito il mercato immobiliare e delle costruzioni (con tanti vani invenduti e alloggi sfiti).

La questione, tuttavia, non merita di essere abbandonata. Anzi, vi sono almeno tre buone ragioni per riesaminarla *funditus*, al fine di trovare una soluzione definitiva che faccia a meno dell'intervento, sempre più improbabile, di un legislatore che appare assorbito da ben altre emergenze.

In primo luogo l'insufficienza delle tecniche perequative a risolvere il problema dei vincoli urbanistici. La perequazione, laddove praticata, lo può attenuare, non superare, poiché non ha applicazione generale (non concerne la totalità dei suoli), è molto macchinosa, non funziona senza il consenso dei

di rispetto cimiteriale e ai terreni circostanti gli aeroporti (sent. 22 giugno 1971, n. 133); ai beni inseriti nel complesso paesistico dei Colli Euganei (sent. 20 febbraio 1973, n. 9, in *Giur. cost.*, 1973, 39, con nota di L. PALADIN, *Carattere non espropriativo dei vincoli paesistici (tutela delle bellezze naturali ed ambientali dei Colli Euganei)*); ai terreni contermini ai beni di interesse storico-artistico (sent. 4 luglio 1974, n. 202); alle zone destinate a verde privato in base alla legge prov. Bolzano 3 gennaio 1964, n. 1 (sent. 6 maggio 1976, n. 106); alla fascia costiera nella estensione individuata dalla legge reg. Calabria 30 agosto 1973, n. 14 (sent. 29 dicembre 1982, n. 239, in *Le Regioni*, 1983, 449, con nota di F. TERESI, *Le leggi regionali di protezione delle coste tra urbanistica e paesaggio*, 450); alle piste sciistiche (sent. 16 giugno 1988, n. 648, in *Giur. cost.* 1988, I, p. 3020, con nota critica di M. LUCIANI, *Piste da sci e beni paesistici*, ivi, 3023, nonché in *Le Regioni*, 1989, 815, con nota di A. ALBANESE, *Sulla qualificazione delle piste da sci come bellezze naturali*); alle aree circostanti i laghi previste dalla legge prov. reg. Trento, 9 novembre 1987, n. 26 (sent. 20 luglio 1990, n. 344); agli ambiti di particolare interesse ambientale soggetti a vincolo di inedificabilità ai sensi degli artt. 1-ter e 1-quinquies del d.l. n. 312/1985, convertito in legge n. 431/1985 – c.d. “legge Galasso” (sent. 28 luglio 1995, n. 417: trattasi dei territori già sottoposti a vincolo paesistico e considerati di particolare valore, come tali soggetti a vincolo di assoluta immodificabilità sino ai piani paesistici in base a provvedimenti regionali e ai decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2 del d.m. 21 settembre 1984 - c.d. “galassini”).

Il comun denominatore di queste sentenze è rappresentato dalla ricerca di elementi obiettivamente caratterizzanti i terreni in questione, tali da distinguerli dalla generalità dei suoli e poterli così costituire in “categoria” a se stante, suscettibile di formare oggetto di una disciplina limitativa connessa alla natura loro propria, non contrassegnata da quell'insopprimibile discrezionalità che accompagna la pianificazione urbanistica a causa della varietà e complessità degli interessi da ponderare. Tali cioè da ricollegare il regime d'uso limitato a caratteristiche dei beni predeterminabili oggettivamente, e non dipendenti dal colpo di pennello dell'urbanista.

In questa direzione la Corte si è spinta molto avanti. Forse nella necessità di spingere una miccia a cui aveva dato fuoco senza una completa considerazione delle conseguenze (come ritiene G. MORBIDELLI, *Contenuto “essenziale” del diritto di proprietà sul suolo, strade, fasce di rispetto*, in *Giur. cost.*, 1971, 1522), forse per non inasprire il contrasto con il legislatore, la Corte sembra aver sfruttato ogni aggancio utile per affermare l'inerenza delle limitazioni alla natura dei beni.

proprietari, non può estendersi alle previsioni espropriative non collegate all'urbanizzazione di nuovi comparti, lascia "scoperti" i c.d. vincoli morfologici (o conservativi) e procedurali (o di attesa), presuppone una logica incrementale dell'urbanizzazione che stride con la necessità di ridurre il consumo di suolo.

In secondo luogo perché la sperequazione (inevitabilmente) creata tra i proprietari immobiliari dalle scelte di pianificazione urbanistica non è andata a diminuire nel tempo. Si può convenire sul fatto che la griglia rappresentata dalle valutazioni tecniche e dai condizionamenti dei c.d. interessi differenziati si è fatta più fitta⁶, ed è indubbio che tenda ormai a rovesciarsi (anzi: si è già rovesciato) il rapporto tra chi beneficia delle previsioni edificatorie (in epoche ormai lontane i più, oggi e in futuro i meno) e chi invece vede sacrificate le sue aspettative (è il contrario: oggi sono i più, un tempo erano i meno), ma la disuguaglianza di trattamento permane, e non è meno ingiusta dinanzi ad un beneficio sempre più scarso (l'edificabilità dei suoli). Soprattutto è socialmente inaccettabile che ciò avvenga in base ad una discrezionalità così ampia da rendere quasi incontrollabili i criteri che guidano le scelte urbanistiche (soprattutto di vantaggio).

E sotto questo profilo non sembra seriamente dubitabile che i contrappesi elaborati dalla Corte costituzionale per riequilibrare la posizione dei proprietari dei terreni sottoposti a previsioni di inedificabilità (vale a dire: temporaneità dei vincoli e indennizzabilità in caso di reiterazione) non funzionano e non hanno mai funzionato, sia perché trascurano del tutto le sperequazioni che si collocano al di sopra di una soglia anche minima, talvolta simbolica, di edificabilità⁷, sia per la difficoltà di assicurare ai proprietari "incisi" dalle previsioni di radicale inedificabilità un reale ristoro⁸, sia per la posizione ormai

⁶ V. *infra*, § 8.

⁷ La giurisprudenza è univoca nell'escludere la natura vincolistica di destinazioni d'uso che consentano "di realizzare, anche su iniziativa privata o promiscua pubblico privata, attrezzature per il gioco dei bambini o per lo svago, chioschi ed altri simili strutture": v. Cons. Stato, Sez. IV, 29 novembre 2012, n. 6094; conf. Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2012, n. 2116; Cons. Stato, Sez. IV, 15 gennaio 2012, n. 244.

⁸ L'art. 39 del d.p.r. 327/2001 stabilisce che "1. In attesa di una organica risistemazione della materia, nel caso di reiterazione di un vincolo preordinato all'esproprio o di un vincolo sostanzialmente espropriativo è dovuta al proprietario una indennità, commisurata all'entità del danno effettivamente prodotto.

Qualora non sia prevista la corresponsione dell'indennità negli atti che determinano gli effetti di cui al 1° comma, l'autorità che ha disposto la reiterazione del vincolo è tenuta a liquidare l'indennità, entro il termine di due mesi dalla data in cui abbia ricevuto la documentata domanda di pagamento ed a corrisponderla entro i successivi trenta giorni, decorsi i quali sono dovuti anche gli interessi legali.

Con atto di citazione innanzi alla corte d'appello nel cui distretto si trova l'area, il proprietario può impugnare la stima effettuata dall'autorità. L'opposizione va proposta, a

consolidata della giurisprudenza, che da un lato tende a ridurre al minimo l'area dei vincoli a carattere ablatorio (temporanei e indennizzabili) rispetto ai vincoli "conformativi" (valevoli a tempo indeterminato e non indennizzabili), dall'altro non esercita un sindacato approfondito sulla scelte di destinazione dei suoli rassegnate negli atti di pianificazione⁹.

Ed è proprio dall'insoddisfazione circa l'applicazione giurisprudenziale del regime dei vincoli di inedificabilità, che ha sostanzialmente marginalizzato il meccanismo di riequilibrio previsto dal binomio temporaneità/indennizzabilità, che prende respiro il terzo motivo per rivisitare a fondo il tema, e verificare se una diversa ricostruzione dello *ius aedificandi* possa schiudere la strada a tecniche pianificatorie alternative, più rispettose dei principi di uguaglianza e di imparzialità e capaci di portare ad una vera e virtuosa innovazione in

pena di decadenza, entro il termine di trenta giorni, decorrente dalla notifica dell'atto di stima.

Decorso il termine di due mesi, previsto dal comma 2, il proprietario può chiedere alla corte d'appello di determinare l'indennità.

Dell'indennità liquidata ai sensi dei commi precedenti non si tiene conto se l'area è successivamente espropriata".

Le modalità di determinazione dell'indennizzo (non ancorato a parametri prefissati, ma alle peculiarità del caso concreto) e l'attribuzione al proprietario dell'onere della prova rendono la previsione di applicazione assai problematica. Come testimonia l'assenza pressoché totale di arresti giurisprudenziali (provasi a cercarli ..., sono in larga maggioranza dei giudici amministrativi e si concentrano sull'onere della prova – Cons. Stato, Sez. IV, 10 aprile 2009, n. 2234; sulla irrilevanza ai fini della legittimità dell'atto reiterativo della mancata determinazione dell'indennizzo – Tar Veneto, Sez. II, 15 gennaio 2008, n. 65; sulla giurisdizione – Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 16 settembre 2008, n. 1041), la *deminutio* del valore d'uso di scambio provocata dal vincolo è certa, ma la quantificazione del danno è diabolica, giacché non sussiste un parametro "certo" a cui ancorare tale *deminutio*. Quale minor uso può infatti lamentarsi se l'uso dipende integralmente dalle previsioni del piano? E quale minor valore può assumersi se, ancora una volta, il valore dipende dalle potenzialità di trasformazione del piano? Per quantificare il danno, in altri termini, occorrerebbe conoscere la destinazione che il piano avrebbe assegnato al suolo se non lo avesse gravato della previsione di inedificabilità. Il che, ovviamente, non è desumibile neanche in base a criteri probabilistici, in quanto in sede di pianificazione non è dato di riconoscere alcuna aspettativa al conferimento di particolari qualità edificatorie (v. Cass. 31 marzo 2008, n. 8384). Né, d'altra parte, può farsi riferimento alla destinazione precedente all'imposizione del vincolo (quando c'è), giacché essa non contrassegna definitivamente il terreno, essendo il piano caratterizzato dal continuo *ius variandi* dell'Amministrazione, né a quella dei terreni contermini, poiché anche in questo caso non v'è alcun principio di pianificazione urbanistica che impone di estendere ad un terreno la destinazione dei suoli circostanti.

Perplessità sulla "flessibilità" del metodo di liquidazione dell'indennizzo sono espresse anche da F. CINTIOLI, *I vincoli di inedificabilità*, in F. CINTIOLI-M.R. SANGIORGIO, *Proprietà e costituzione. I principi giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2002, 463 ss.

⁹ V. *infra* § 8.

un panorama che oggi appare caratterizzato da un grado così ampio di discrezionalità da rasentare l'arbitrio.

La giurisprudenza, infatti, consolidando un indirizzo formatosi in relazione alla nozione di "edificabilità legale" prevista dall'art. 5-*bis* della legge n. 359/1992 e costituente oggi il "diritto vivente", al fine di identificare la natura (ablatoria o conformativa) delle previsioni di inedificabilità fa leva essenzialmente sul carattere *singolare* che devono presentare le limitazioni per dismettere la veste della conformazione ed assumere quella dell'espropriazione, ed afferma che hanno natura ablatoria solo le prescrizioni di inedificabilità contenute nei piani urbanistici che incidono a carattere "lenticolare" sui suoli *determinati* e di modeste dimensioni, mentre presentano valenza conformativa quelle che contrassegnano un'intera *zona urbanistica*¹⁰.

Come si è avuto modo di rilevare in altra sede¹¹ questo regime, che pretende di fondarsi sui principi elaborati dalla Corte costituzionale in tema di minorazione singolare del contenuto essenziale del diritto di proprietà (v. *infra*), non "tiene" sul piano logico e proprio con tali principi si pone in contrasto.

Sul piano logico, la previsione di inedificabilità non perde il suo carattere di *sacrificio singolare* per essere conseguente all'inclusione del suolo in una più ampia zona urbanistica, in quanto, anche a prescindere dall'indeterminatezza del concetto di "zona" (qual è la soglia dimensionale che la distingue dall'"area"?), la suddivisione in zone del territorio comunale non avviene (solo) sulla base alle caratteristiche connaturali all'"essenza" dei suoli, bensì sulla base di scelte largamente discrezionali dell'Amministrazione, che per la natura stessa del potere esercitato e per le finalità che deve perseguire (l'ordinato assetto dei luoghi) provocano inevitabili sperequazioni tra proprietari. Pertanto il carattere singolare della incisione non è attenuato dalla minore o maggiore estensione spaziale del vincolo, poiché in ogni caso il vincolo deriva da valutazioni discrezionali circa l'assetto del territorio e non dalle caratteristiche obiettive e riconoscibili dei suoli.

Sul piano della conformità ai principi costituzionali, è sufficiente ricordare che il giudice delle leggi, nell'affermare la non indennizzabilità dei limiti che

¹⁰ L'indirizzo si è andato a consolidare a partire da Cass. Sez. Un., 23 aprile 2001, n. 173, in *Foro it.*, 2002, I, 150 ss., corredata da una nota di S. BENINI, *Edificabilità legale e utilizzazione economica dei fondi espropriati*, che contiene una sintesi completa e "razionalizzante" degli sviluppi giurisprudenziali sul tema; ma già in precedenza v. le sentenze 19 settembre 2000, n. 12408, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Espropriazione per pubblico interesse*, nn. 142 e 271; 15 marzo 1999, n. 2272, in *Foro it.*, 1999, I, 1432; 16 maggio 1998, n. 4921, in *Appalti urbanistica Edilizia*, 1999, 363. Tra le più recenti Cass., 11 gennaio 2013, n. 614; 10 gennaio 2013, n. 530; 24 maggio 2012, n. 8231.

¹¹ D.M. TRAINA, *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 ss. partic. 402 ss.

attengono al regime di appartenenza o di godimento di “*interesse categorie di beni*”, ha fatto riferimento - giusta la riserva di legge *ex art. 42 Cost.* - al regime *legale* dei beni. Ciò non esclude la mediazione dell’atto amministrativo, ma solo se ha la funzione meramente ricognitiva di accertare le caratteristiche stabilite dalla legge, mentre le scelte di assetto urbanistico sono assunte nel segno della piena discrezionalità. La riprova? Nelle due sentenze “chiave” in materia di vincoli (nn. 55/1968 e 179/1999), la Corte Costituzionale non ha distinto tra previsioni urbanistiche “puntuali” e di zona. 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 pochi dubbi, quindi, sul fatto che la Corte - almeno all’epoca - abbia ritenuto di carattere ablatorio un vincolo ricadente su un’intera zona urbanistica.

A ciò aggiungasi (e non è questione di poco conto) che mentre inizialmente i criteri sopra esposti sono stati applicati in modo coerente con le premesse, si da escludere carattere ablatorio solo ai vincoli *realmente* di zona, cioè relativi ad ambiti spaziali di dimensioni consistenti e presentanti caratteri distintivi comuni (come per le zone agricole¹³), da oltre un decennio la giurisprudenza

¹² Così nella formulazione originaria. La disposizione attuale, su cui si è tornata a pronunciarsi la Corte costituzionale nella sentenza n. 179/1999, è del seguente tenore: “la divisione in zone del territorio comunale con la precisazione delle zone destinate all’espansione dell’aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona”.

¹³ Cons. Stato, Sez. V, 7 agosto 1996, n. 881, in *Riv. giur. urbanistica*, 1999, p. 379; Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 1993, n. 1068, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1126; Cons. Stato, Sez. IV, 22 febbraio 1994, n. 159, in *Foro amm.*, 1994, 374. In esse, tuttavia, al fine di escludere la natura di limitazione espropriativa si è fatto leva anche sulla ridotta edificabilità consentita dalle norme del P.r.g. Da aggiungere che benché il d.m. 2 aprile 1968, n. 1444 individui le zone agricole come comprensive delle parti del territorio destinate ad usi agricoli, la giurisprudenza è saldamente orientata nel senso di attribuire a tali zone una funzione di conservazione dei territori non edificati e di contenimento dell’espansione edilizia, a garanzia di un equilibrato rapporto tra aree edificabili e territorio libero, prescindendo del tutto dalla effettiva coltivabilità delle aree: v. ad es. Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio 2011, n. 352; ID. 15 settembre 2010, n. 6874. Questa ricostruzione, tralattivamente arrivata sino ai nostri giorni e oggetto di consolidata giurisprudenza, appare pressoché imposta dalla mancata contemplazione - nella “zonizzazione” prevista dal d.m. 1444 del 1968 - di

tende a ravvisare natura conformativa anche a previsioni che riguardano propriamente singole aree, come ad es. aree interstiziali destinate a verde pubblico¹⁴, verde di rispetto¹⁵, “zona ferroviaria”¹⁶, edilizia scolastica¹⁷, viabilità generale¹⁸, servizi pubblici¹⁹; “verde privato”²⁰. Del resto, 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 edilizia²¹.

“zone” semplicemente sottratte agli usi edificatori, che pure sono indispensabili per non condannare il territorio alla progressiva cementificazione.

¹⁴ Cass. 7 febbraio 2006, n. 2612; Cass. 9 luglio 1999, n. 7200.

¹⁵ Cass. 2 maggio 2000, n. 6635.

¹⁶ Cass., 1 aprile 2005, n. 6914.

¹⁷ Cass., 10 luglio 2007, n. 15389.

¹⁸ Cass., 28 luglio 2010, n. 17677; 13 dicembre 2012, n. 22956.

¹⁹ Cass., 11 gennaio 2013, n. 614.

²⁰ Si esclude che tale destinazione “pur comportando l’inedificabilità dell’area sia soggetta a decadenza *ex lege* n. 1187 del 1968”, in quanto “non integra un vincolo che impedisce al titolare del bene di utilizzarlo, costituendo semplice espressione del potere di pianificazione del territorio, teso a programmare l’ordinato sviluppo delle aree abitate e a salvaguardare i valori urbanistici e ambientali esistenti”: Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 1993, n. 1068; conf. Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 1995, n. 781 e, più di recente, Cons. Stato, Sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2919.

²¹ Tar Campania, 22 febbraio 1978, n. 223, in *Giur. agr.* 1979, p. 186. Anche di recente il Consiglio di Stato ha confermato che “non è precluso all’amministrazione comunale (che pure non possiede simili prerogative in punto di imposizione di vincolo “*singulatim*” incidente su un determinato plesso immobiliare) la possibilità di addivenire alla cosiddetta “microzonizzazione” cioè, all’individuazione di sottozone con caratteristiche peculiari nell’ambito di quelle previamente individuate, purché sia rispettata la necessità che, per aree aventi caratteristiche comuni ed omogenee, venga individuata la corrispondente classificazione e con essa l’uniformità di disciplina”.

Consegue da ciò che “la previsione di prescrizioni difformi per aree appartenenti ad una determinata zona, con conseguente diversità di disciplina, deve, dunque, ritenersi di per sé consentita all’Amministrazione, che deve farsi interprete delle esigenze peculiari proprie di taluni ambiti, il che richiede, tuttavia, che la correlativa statuizione sia sorretta da un’adeguata e puntuale motivazione” (*cfr.*, T.A.R. Lombardia, Brescia, 20 novembre 2001, n. 1000, T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Trento Sez. Unica, 07-01-2010, n. 1) (Cons. Stato, Sez. IV, 12 giugno 2013, n. 3255). *Contra*, nel senso dell’illegittimità di una “microzonizzazione”

2. Le origini del problema

A questo punto è opportuno risalire alle origini del problema, non per coltivare la passione elegante e un po' *retrò* delle vecchie questioni, ma perché da lì occorre ripartire per costruire (e "verificare") la nostra tesi, che veniamo subito ad anticipare: e cioè che le conclusioni raggiunte a suo tempo dalla Corte costituzionale non sono definitive; che non solo il contesto sociale, ma anche il quadro normativo si è evoluto in modo da escludere, pur in assenza di una dichiarazione normativa espressa, l'inerenza originaria dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà; che da ciò possono crearsi le condizioni per superare alcuni dei problemi in cui da anni si dibatte invano l'urbanistica (intesa come "disciplina" e come "pratica") senza minimamente incidere sulle garanzie del diritto di proprietà, almeno non più di quanto già avvenga in base al regime "tradizionale".

Il tema della "scorporabilità" dello *ius aedificandi* dal diritto di proprietà, all'interno del quale era tradizionalmente ricondotto quale *facultas* connessa al regime di appartenenza dei suoli, si andò a profilare all'indomani delle sentenze nn. 55 e 56 del 1968 della Corte Costituzionale, che dichiararono l'incostituzionalità degli artt. 7 nn. 2, 3, 4 e 40 della legge urbanistica nella parte in cui non prevedevano un indennizzo per l'imposizione di vincoli *inaedificandi* operanti a tempo indeterminato sulle proprietà fondiari, e respinsero l'analoga censura formulata nei confronti dell'art. 15 della legge prov. Bolzano 24 luglio 1957, n. 8 sulla tutela del paesaggio, che escludeva l'indennizzo per i vincoli imposti a tempo indefinito.

Il ragionamento seguito dalla Corte, mai abbandonato fino ad oggi, si colloca - come si è accennato - nel solco della sentenza n. 6/1966 sulle servitù militari, e riposa essenzialmente sulla *summa divisio* tra limitazioni proprie del regime giuridico di categorie di beni e limitazioni inerenti beni considerati *singulatim*. Nella speranza di non travisarne la complessità, può essere sintetizzato nelle seguenti proposizioni:

a) l'art. 42, 2° comma, della Costituzione consente sia di escludere la proprietà privata di certe categorie di beni, sia di imporre in via generale, sempre per categorie di beni, talune limitazioni attinenti al regime di appartenenza e ai modi di godimento, sia infine di stabilire limiti a titolo particolare, cioè incidenti su beni singolarmente considerati, con diversa graduazione e più o meno accentuata restrizione delle facoltà di godimento e di disposizione;

b) tuttavia le imposizioni a titolo particolare non possono eccedere, senza indennizzo, quella portata al di là della quale il sacrificio impostoviene ad

basata su previsioni difformi da area ad area, pur se appartenenti allo stesso sistema o subsistema, Tar Lombardia, Brescia, 20 novembre 2001, n. 1000.

incidere sul bene oltre ciò che è connaturale al diritto di proprietà “quale viene riconosciuto nell’attuale momento storico”; al di là di tale limite esse assumono carattere espropriativo;

c) sono limiti connaturali alla proprietà immobiliare quelli che si arrestano a disciplinare il *quodomo* ed il *quantum* (anche ridotto) dell’edificazione o ad impedirla per breve tempo; sono invece limiti espropriativi e vanno indennizzati quelli che vietano l’edificazione o definitivamente o in vista di un’acquisizione coattiva alla mano pubblica incerta nella data;

d) i vincoli di inedificabilità assoluta previsti dalla legge urbanistica sono da considerarsi a titolo particolare in quanto non colpiscono con carattere di generalità tutti i terreni (sentenza 55);

e) le bellezze naturali costituiscono invece “una categoria che più in generale originariamente è di interesse pubblico” e quindi i limiti di godimento, fino ad escludere ogni forma di sfruttamento edilizio dei suoli, sono connaturali al regime giuridico di appartenenza. A tal fine l’Amministrazione non svolge altro compito che acclarare le caratteristiche obiettive dei beni e applicare la relativa disciplina *secundum naturam rerum* (sentenza 56).

Questi fondamenti teorici sono stati tenuti fermi dalla Corte costituzionale anche nelle sentenze successive, in cui ha meglio chiarito che la differenziazione di regime può avvenire solo per “categorie” di beni individuabili in base a “contorni” certi: “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”²².

E’ agevole individuare in questi principi le tesi esposte da A.M. Sandulli nella nota relazione al convegno di studi giuridici sulla tutela del paesaggio svoltosi a Sanremo nel dicembre del 1961²³. Riprendendo uno spunto appena

²² Così Corte cost., sent. n. 179/1999.

²³ A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell’imposizione di vincoli paesistici*, in AA.VV., *Atti del convegno di studi giuridici sulla tutela del paesaggio*, Milano, Giuffrè, 1963, 79 ss., in cui la teoria è formulata con riferimento ai vincoli paesaggistici imposti ai sensi della legge n. 1497 del 1939. Successivamente l’Autore l’ha circoscritta ai soli vincoli derivanti dagli strumenti urbanistici, in quanto, in base ad una “rimeditata analisi”, ha ritenuto che le restrizioni imposte a carico dei beni paesaggistici ineriscono *ab origine* alla loro natura e

accennato in dottrina e solo sfiorato dalla giurisprudenza²⁴, l'Autore aveva rilevato come la "garanzia di istituto" contenuta nell'art. 42 Cost., in forza della quale il legislatore non solo non può sopprimere la proprietà privata ma è tenuto anche a proteggerla, non osta all'avocazione o alla riserva alla mano pubblica di intere categorie di beni, purché obiettivamente individuate, né alla previsione di limiti alle facoltà di godimento (sempre di intere categorie di beni) necessari per assicurare l'utile sociale e le pari facoltà d'uso privato dei beni vicini. Tuttavia non è consentito al legislatore, se non si vuole nullificare la garanzia costituzionale e ridurre la proprietà ad un mero *nomen*, di imporre per questa via restrizioni per singoli beni (restrizioni, cioè non concernenti in modo uniforme un'intera categoria) tali da incidere sul *Wesengehalt*, cioè sul nucleo essenziale della proprietà così come sentito dalla coscienza sociale in un dato momento storico.

Si evidenziava, quindi, una nozione "costituzionale"²⁵ di espropriazione, assai più ampia ma soprattutto qualitativamente diversa da quella accolta dalla legislazione amministrativa e civile e tramandata nell'opinione tradizionale, che viene a coincidere con ogni diminuzione *contra naturam juris* delle facoltà d'uso di un bene singolarmente considerato, accompagnata o meno dall'attribuzione di un diritto ad un diverso soggetto. Espropriazione, dunque, come "svuotamento" del diritto, mediante una penetrante incisione del suo contenuto minimo, che può lasciarne invariata la titolarità.

Sono individuabili con chiarezza in questa ricostruzione, ed anzi sono dichiarati, gli influssi convergenti della dottrina della *Institutsgarantie*, secondo la quale la garanzia della proprietà significa che, qualsiasi disciplina detti il legislatore, "deve rimanere possibile un diritto del privato sui beni..., che meriti il nome di proprietà, per il quale dunque le limitazioni del potere

alla funzione loro propria secondo la coscienza sociale: v. A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edilizia*, 1967, II, 67 ss., partic. 81 ss.

²⁴ Cfr. G. SANTANIELLO, *Forme anomale di espropriazione per pubblico interesse*, in *Riv. Amm. R.I.* 1960, 609 ss. In giurisprudenza, un antecedente della teoria dell'espropriazione come deminutio non accompagnata da soppressione del diritto si ha nella sentenza della Corte d'Appello di Modena del 29 marzo 1887 in *Foro it.*, 1887, col. 620. Trattavasi di una tipica fattispecie di servitù, consistente nel divieto di scavare marna nella fascia di cinque metri dalla ferrovia Sassuolo-Modena, che però aveva indotto C.F. GABBA, nella nota pubblicata ivi, col. 620 ss. (ed ora in G. ALPA-M. BESSONE-G. ROLLA, *Il privato e l'espropriazione. I-principi di diritto sostanziale e criteri di indennizzo*, Milano, Giuffrè, 1980, 83 ss.), a chiedersi "quale sostanziale differenza vi ha fra il togliermi il possesso di una cosa e l'impedirmi stabilmente di ritrarre da questa cosa la sua propria utilità".

²⁵ Per la distinzione fra una nozione "costituzionale" o in senso lato dell'espropriazione e una nozione "amministrativa" o in senso stretto, v. A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, *cit.*, 459, D. SORACE, voce *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Noviss. Dig. it. App.*, Torino, Utet, vol. III, 1980, 526 ss.

di signoria siano eccezioni²⁶; e della *Einzelaktstheorie*²⁷, secondo la quale si ha espropriazione quando dal provvedimento che viene a sacrificare un diritto risulti colpita non la generalità dei titolari di quel diritto, ma solo singoli soggetti. Si colgono altresì gli echi della *Substanzminderungstheorie*²⁸, secondo la quale si ha espropriazione in ogni caso in cui l'incidenza sul diritto del privato sia di dimensione e gravità tali che il diritto (anche se sopravvive parzialmente) viene annullato o pregiudicato (secondo la concezione sociale del momento) in modo decisivo nelle funzioni economiche ad esso essenziali e necessarie. Teorie, queste, tutte elaborate nella feconda esperienza weimeriana²⁹.

²⁶ Come può apprendersi in M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 47 ss., la teoria della *Institutsgarantie* ci è giunta nella elaborazione fattane da Carl Schmitt nel suo *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*, ora in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlino, 1958, 143 segg., ma risale, come lo stesso Schmitt riconosceva, a Martin Wolff, che la espose in uno scritto del 1923 dedicato alla disciplina della proprietà privata dettata dall'art. 153 della Costituzione di Weimar (M. WOLFF, *Reichsverfassung und Eigentum*, in *Berliner Festgabe für W. Kahl*, Berlino, 1923, 5, da cui è tratta la citazione nel testo. Come è noto, l'art. 153, 1° comma, della Costituzione di Weimar disponeva che "la proprietà è garantita dalla Costituzione. Il suo contenuto e i suoi limiti risultano dalla legge").

In Italia, tra i primi - oltre a Sandulli - a sostenere la tesi di una garanzia costituzionale dell'istituto della proprietà, v. P. VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, 252 ss.; G. D'ANGELO, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Napoli, Morano, 1964, 16 ss. e 49 ss.

Sulla distinzione tra *Wesengehaltsgarantie* ed *Institutsgarantie*, basata sulla diversa logica sottesa alle due garanzie (la protezione di una sfera intangibile dei *diritti* nella prima, la tutela di un sistema di *norme* nella seconda), cfr. ancora M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 53 ss.

²⁷ L'elaborazione della *Einzelaktstheorie* è fatta risalire a G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, Berlino, 14° ed., 1933, 712 ("solo gli interventi legislativi di carattere singolare, e cioè che gravano con particolari sacrifici in favore della comunità su determinate persone o gruppo ristretto e limitato di persone, possono e devono essere considerati espropriazione nel senso costituzionale e fanno sorgere il diritto all'indennizzo"). Per indicazioni bibliografiche e ampi ragguagli v. G. D'ANGELO, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, cit., 168 ss. e S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1996, 147 ss.

²⁸ Anche se Sandulli affermava di non poterne condividere i fondamenti: cfr. *Natura ed effetti della imposizione di vincoli paesistici*, cit., 460, nota 14.

Sulla *Substanzminderungstheorie* e sulle figure affini della *Schutzwürdigkeitstheorie* e della *Zumutbarkeitstheorie*, nonché per riferimenti bibliografici, oltre a Sandulli, v. G. D'ANGELO, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, cit., rispettivamente 177 ss. e 174 ss.

²⁹ Le teorie elaborate in epoca weimeriana hanno avuto una grande diffusione e sono penetrate in ordinamenti di diversa ispirazione, come ad es. quello svizzero (v. A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, Giuffrè, 1969, 116 s.) e statunitense

Le due sentenze sollevarono critiche accese e diffuse, e non poteva essere altrimenti data l'intrinseca opinabilità delle tesi sandulliane e l'impatto sociale ed economico che provocavano: in particolare, l'indebolimento del sistema di pianificazione del territorio in un momento in cui la speculazione edilizia raggiungeva, con il *boom* economico, il massimo livello di diffusione e di aggressività.

Oltre a censurare in radice la teoria della minorazione sostanziale e singolare³⁰, si contestava l'applicabilità di questa alla disciplina urbanistica, assumendo che l'inerenza dello *ius aedificandi* alla proprietà fondiaria era da escludere, in quanto nella legislazione urbanistica le aree non sono fabbricabili "in sé", ma divengono suscettibili di edificazione solo a seguito della destinazione impressa loro dai poteri pubblici al termine della "sequenza gradualistica di comandi sempre meno astratti sempre più concreti" rappresentata da legge - piani - licenza edilizia³¹. E - si aggiungeva - ciò non poteva considerarsi incostituzionale, in quanto, rimanendo nelle premesse teoriche poste dalla stessa Corte costituzionale, la proprietà edilizia rappresenta una "categoria obiettivamente identificabile" e quindi suscettibile di essere confermata in modo tale da escludere l'attribuzione generalizzata dell'edificabilità³².

Sempre sotto il profilo della coerenza si ponevano a confronto le due sentenze, per escludere che i beni meritevoli di tutela paesaggistica costituissero una categoria dai contorni più "certi" dei suoli sottoposti a pianificazione urbanistica, e per negare che la loro identificazione potesse essere oggetto di un mero acclaramento di carattere tecnico mancando del tutto i parametri legali per guidare il giudizio estetico, con la conseguenza che l'attribuzione o meno della edificabilità appariva legata a scelte non meno discrezionali di quelle che si

(v. ancora A. PREDIERI, *ivi*, e, *amplius*, P. TESAURO, *Espropriazione, indennizzo, tutela del cittadino nel sistema americano*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauero*, Milano, Giuffrè, vol. I, 1969, 267 ss.).

³⁰ M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. Dir.*, 1971, 443 ss.

³¹ A. PREDIERI, *Riserva della facoltà di edificare e proprietà funzionalizzata delle aree fabbricabili*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, cit., *passim*, specie 82 s., 103 ss. (la frase riportata nel testo è a p. 106). Si veda anche a p. 145: "nell'intervista che il Presidente della Corte costituzionale rilasciò a seguito delle polemiche originate dalla sentenza n. 55, l'assetto della proprietà di aree fabbricabili, in cui la facoltà di decidere l'edificazione sia lasciata ai poteri pubblici, in forza di legge, è considerato come una eventualità futura e costituzionalmente possibile.

Per chi scrive, il legislatore aveva provveduto" (corsivo mio).

³² Cfr. G. MORBIDELLI, *Note sulla giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. espropriazioni sostanziali*, in *Foro Amm.* 1970, II, 324 s.; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n. 260 del 1976)*, in *Giur. cost.*, 1977, 1389.

compiono negli atti di pianificazione del territorio³³.

Anche il richiamo a “ciò che è connaturale al diritto dominicale quale viene riconosciuto nell’attuale momento storico” veniva sottoposto a critica, non risultando “chiaro a qual genere di relazione fra riconoscimento e momento storico si (dovrebbe fare) riferimento”³⁴: se alla normativa vigente, che peraltro era in massima parte soggetta allo scrutinio della Corte e quindi non poteva rappresentare, all’un tempo, oggetto e parametro del test di costituzionalità, o alla “coscienza sociale” secondo la teoria del Wesengehalt, non comprendendosi, allora, come non stridessero con la coscienza sociale le altre limitazioni delle proprietà fondiaria inerenti alla densità, all’estensione volumetrica, alla localizzazione, al decoro e simili, che possono comportare “una differenza di trattamento tra i proprietari di aree destinate ad edilizia intensiva e quelli delle aree ad edilizia rada, certo più rimarchevole della differenza tra quest’ultimi e i proprietari di aree sottoposte a vincoli di inedificabilità”³⁵.

Infine, si censurava anche l’argomento per il quale non sarebbero indennizzabili le limitazioni temporalmente circoscritte, osservando che l’elemento della permanenza non è caratteristica fondamentale dell’espropriazione (sono limitate nel tempo, ad es., le servitù militari, l’occupazione temporanea, la requisizione in uso), che l’incisione transitoria non è di per sé irrilevante, e come la discriminazione a carico di solo alcuni dei proprietari non sia meno illegittima perché a scadenza, tanto più considerato che non c’è nessuna garanzia di riespansione successiva del diritto³⁶.

³³ Cfr. A. PREDIERI, *Riserva della facoltà di edificare e proprietà funzionalizzata delle aree fabbricabili*, cit., 131 ss.; G. MORBIDELLI, *Note sulla giurisprudenza costituzionale*, cit., 322 ss.; M. PALLOTTINO, *Natura del vincolo paesistico e indennizzabilità*, in AA.VV., *Atti del Convegno di studi giuridici sulla tutela del paesaggio*, cit., 186.

³⁴ A. PREDIERI, *Riserva della facoltà di edificare e proprietà funzionalizzata delle aree fabbricabili*, cit., 140.

³⁵ Così G. MORBIDELLI, *Note sulla giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. espropriazioni sostanziali*, cit., 325, ove si sottolinea ancora una volta che il “punto debole” della dottrina della Corte è quello di basarsi su aspetti quantitativi. Secondo G. BERGONZINI, *Intensità e temporaneità dell’indennizzo delle servitù militari*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1969, 1096 s., nell’affermare che l’edificabilità “rada” rientra tra le limitazioni connaturali alla proprietà edilizia perché rispondenti ad esigenze di ordine ed euritmia comunemente sentite come idonee a limitare il godimento dei beni, la sentenza n. 55 avrebbe “ridimensionato il principio enunciato con quella sulle servitù militari”: il contenuto minimo sarebbe intaccato solo in caso di totale inutilizzabilità del bene in rapporto alla sua natura o di completa perdita di valore di scambio, e non in ogni graduata ipotesi di limitazioni economicamente apprezzabili che, pur senza giungere all’inedificabilità assoluta, possono imporsi sul bene (come appunto le servitù militari).

³⁶ G. BERGONZINI, *Intensità e temporaneità dell’indennizzo delle servitù militari*, cit., 1098 ss.; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n.*

In breve tempo furono raggiunti toni polemici di livello così elevato da indurre lo stesso Sandulli a intervenire dallo scranno privilegiato di Presidente della Corte costituzionale che allora occupava, a e a rilasciare, in una nota intervista a L'Astrolabio³⁷, dichiarazioni a difesa dell'operato della Corte, in cui però indicava anche le possibili soluzioni che il legislatore poteva adottare per "assicurare uno sviluppo urbanistico sano e non incompatibile con le condizioni della finanza locale, e per evitare a un tempo ingiuste disparità tra i proprietari delle aree". Tra queste la possibilità di innovare la legge urbanistica in modo radicale onde configurare "la facoltà di costruire non più come connaturata al diritto di proprietà ...".

Ben si comprende, allora, come la dottrina dominante ebbe a salutare la legge 10 del 1977 come volta ad attuare la separazione dello *ius aedificandi* dalla proprietà³⁸, secondo quanto indicato come soluzione "finale" dallo stesso Sandulli.

In tal senso fu interpretata la sottoposizione di ogni intervento di trasformazione urbanistica ed edilizia a *concessione* edilizia (*nomina sunt consequentia rerum*), l'interruzione della sequela di proroghe della durata dei vincoli di inedificabilità³⁹ che si erano succedute dal 1973 in poi (a quel

260 del 1976), cit., 1389; S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella costituzione*, Milano, Giuffrè, 1996, 155.

La rilevanza dell'elemento temporale, nel senso che una limitazione incidente sul nucleo essenziale della proprietà non assume carattere espropriativo e non comporta indennizzo se è circoscritta nel tempo, costituisce tuttavia affermazione ricorrente nella giurisprudenza costituzionale: v. le sentenze 21 dicembre 1972, n. 188, in *Giur. cost.*, 1972, 2154 (sulla proroga dei termini di occupazione temporanea); 15 gennaio 1976, n. 3; 15 gennaio 1976, n. 4; 18 novembre 1976, n. 225 in *Giur. cost.*, 1976, I, 18, 23 e 1801 (sulle leggi di proroga dei contratti e dei canoni di locazione di immobili urbani); 29 dicembre 1976, n. 260, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1920 (sui vincoli previsti dall'art. 147 del T.U. delle leggi sul mezzogiorno); 25 marzo 1980, n. 32, in *Giur. cost.*, 1980, I, 241 (sull'ulteriore proroga contenuta nell'art. 58 della legge n. 392 del 1978 c.d. sull'"equo canone").

³⁷ *L'Astrolabio*, 7 luglio 1968, n. 13, 11 ss.

³⁸ Per tutti, A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, Giuffrè, 1977; A. GAMBARO-P. SCHLESINGER, *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, 18 ss.

³⁹ Per far fronte alla lacuna aperta dalla sentenza n. 55 del 1968 il legislatore era intervenuto con la legge 19 novembre 1968, n. 1187, con cui aveva stabilito che i vincoli urbanistici preordinati all'espropriazione o che comunque comportino l'inedificabilità dei suoli perdono efficacia entro cinque anni dalla data di approvazione dello strumento qualora, entro tale termine, non sia data loro attuazione mediante l'approvazione dei piani particolareggiati o l'autorizzazione dei piani di lottizzazione, sì che l'efficacia di tali vincoli non può essere protratta oltre il termine di valenza dei piani esecutivi (e cioè per ulteriori 10 anni: v. artt. 16 e 28 legge urb.).

punto, con lo scorporo, non più necessarie), e la *voluntas legis* come desumibile dalla relazione governativa al progetto, in cui si poteva leggere che “il sistema proposto appare in grado di superare le conseguenze della decisione della Corte: l’attività edificatoria viene infatti subordinata alla concessione rilasciata dall’autorità pubblica e quindi non può parlarsi di vincoli che la colpiscono prima del formale provvedimento di concessione”⁴⁰.

E’ noto invece come la Corte costituzionale abbia stroncato questa interpretazione nella sentenza n. 5 del 1980 in cui, in via incidentale ma inequivocabilmente⁴¹, ha affermato che, malgrado le innovazioni della legge 10/1977, “... il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà ...”, e che la “... concessione ad edificare non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti, sicché sotto questo profilo non adempie a funzione sostanzialmente diversa da quella dell’antica licenza”.

Da allora, dopo le iniziali inevitabili polemiche, non vi sono state novità di rilievo, se non l’adeguamento nominalistico alla esegesi della Corte costituzionale del “titolo” attributivo dello *ius aedificandi*, che, con il testo unico dell’edilizia del 2001, è divenuto permesso di costruire e non più concessione edilizia.

Complici le circostanze che abbiamo richiamato in apertura, l’interesse per il tema è andato ad inaridirsi.

3. La necessità di verificare se nell’attuale contesto normativo lo *ius aedificandi* è ancora configurato come connaturale alla proprietà

Che cosa v’è di nuovo, dunque, per riaprire una questione sopita da tempo? V’è che, tenendo ferme le premesse teoriche su cui si basano, le pronunce

Alla scadenza dei termini previsti da tale legge (che per il suo carattere temporaneo e per il fine dichiarato di colmare la lacuna fu definita “legge tampone”) fece seguito una serie di proroghe, disposte con legge 30 novembre 1973, n. 756; d.l. 29 novembre 1975, n. 262, conv. in legge 22 dicembre 1975, n. 696; d.l. 26 novembre 1976, n. 781, conv. in legge 24 gennaio 1977, n. 6.

⁴⁰ Per la verità, come osservano A. GAMBARO-P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 20, la volontà del legislatore soggettivo non è ricostruibile in termini univoci: “difatti, da un lato un emendamento presentato alla Camera, e tendente a introdurre esplicitamente il principio della “separazione” dalla proprietà dello *ius aedificandi*, fu bocciato; dall’altro nella relazione di maggioranza al Senato si dice proprio in contrario: “non si può affermare che si tratta di uno scorporo puro e semplice dello *ius aedificandi*”.

⁴¹ La questione rimessa alla Corte, infatti, aveva altro oggetto, riguardando l’art. 14 della legge n. 10/1977, che commisurava l’indennità di esproprio dei suoli edificatori al valore agricolo medio.

della Corte costituzionale sullo *ius aedificandi* sono caratterizzate dalla clausola “*rebus sic stantibus*”, nel senso che l’inerenza alla proprietà non è postulata come costituzionalmente necessaria, ma come “connaturale” al diritto dominicale *in quel momento storico*⁴².

Il contenuto minimo essenziale della proprietà, costituzionalmente garantito e non arbitrariamente disponibile da parte del legislatore, non è scolpito indelebilmente e una volta per tutte, ma è modulato per categorie di beni ed è suscettibile di evoluzione, rappresentando il punto di equilibrio, necessariamente dinamico, tra l’interesse tutelato del proprietario a trarre dal bene le utilità economiche sue proprie e i contrapposti interessi della collettività

⁴² Il carattere “non definitivo” della ricostruzione della Corte costituzionale appare il prodotto quasi inevitabile della “chiara e conclamata impronta compromissoria” dell’art. 42 Cost. (così A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, Giuffrè, 1995, 41), che com’è noto ha dato luogo ad orientamenti ermeneutici radicalmente contrapposti circa le garanzie costituzionali della proprietà. Fra le due tesi estreme, oscillanti (con tante variabili) tra i due poli di una garanzia solo formale (mercè il rinvio al legislatore: tra i molti M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, cit.; A. PREDIERI, *Espropriazione e regime della proprietà delle aree edificabili*, in *Giur. cost.*, 1968, 1298 ss.; S. RODOTÀ, *Commento all’art. 42*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA, *I rapporti economici*, Bologna-Roma, 76 ss.; M. LUCIANI, *Corte Costituzionale e proprietà privata*, cit., 1977, 1382; più di recente F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *I beni privati e il potere pubblico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 11), e di una garanzia anche sostanziale (il “contenuto minimo essenziale”: oltre a A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell’imposizione di vincoli paesistici*, cit., v. G. D’ANGELO, *Limitazioni amministrative alla facoltà di edificazione e diritto all’indennizzo*, cit.; A. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 953 ss.; 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, 177 ss.), sembra oggi prevalere la seconda: L. MENGONI, *Proprietà e Libertà*, in *Riv. critica di dir. privato*, 1988, 427 ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit.; P. MARZARO GAMBA, *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti – garanzia della proprietà e scelta della P.A.*, cit. (anche per una esaustiva ricostruzione del quadro generale delle opinioni).

Tuttavia, se si escludono le posizioni più radicali di chi, come ad es. S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione*, cit., ravvisa nell’art. 42 la “costituzionalizzazione” (e quindi la “cristallizzazione”) della nozione di proprietà rassegnata nel codice civile, o come L. MAZZAROLLI, *Riconoscimento e garanzia*, cit., 181, identifica lo zoccolo duro del diritto nella possibilità di trarre dal bene tutte le utilità che è idoneo concretamente a fornire, il contenuto minimo costituisce il risultato “dinamico” di un ragionevole contemperamento tra l’interesse egoistico del proprietario e l’interesse pubblico, e quindi si differenzia anche fortemente a seconda delle caratteristiche dei beni (ordinati per categorie omogenee), e lascia spazi estremamente ampi alla funzione “conformativa” del legislatore, a cui massimamente spetta di individuare lo zoccolo duro delle facoltà dominicali in funzione della destinazione economico-sociale del bene oggetto del diritto.

ad impedire impieghi che collidono con il bene comune.⁴³

L'inerenza, dunque, non ha il carattere dell'assolutezza e della definitività, ma si colloca in quel determinato contesto economico, sociale, istituzionale e normativo, esistente al momento del giudizio. Di per ciò che, come la stessa Corte ha avuto modo di affermare in altra nota vicenda presentante analoghi profili di "contestualizzazione", le conclusioni raggiunte al tempo sono inevitabilmente destinate a subire le "variazioni legate al decorso del tempo o al mutamento del contesto istituzionale e normativo, che non possono restare senza conseguenze nello scrutinio di costituzionalità"⁴⁴.

E' dunque (addirittura) fisiologico che, a distanza di tanti anni, durante i quali il nostro Paese ha subito profondi mutamenti, il contenuto essenziale della proprietà sia sottoposto ad un nuovo "test" sulla base delle *changed circumstances*.

È noto infatti che le vicende storiche reagiscono sull'interpretazione del diritto, giustificando una diversa lettura del quadro normativo alla luce dell'evoluzione complessiva del sistema, e consentendo così alle norme di assorbire, a testo invariato, i processi sociali mediante continui riequilibri e adeguamenti. Ciò si prospetta anche nel caso in esame, giacché l'inerenza del diritto di costruire alla proprietà, oltre a non essere imposta dalla Costituzione, non è neanche individuabile nel contenuto precettivo di una norma di legge, ma è stata ricavata in via di interpretazione sistematica dalla Corte costituzionale (anche andando oltre la formulazione letterale di certe disposizioni, in particolare l'art. 1 della legge n. 10/1977, laddove subordinava gli interventi di trasformazione del territorio a *concessione* edilizia). Sempre in via di interpretazione, pertanto, può giungersi oggi a conclusioni diverse.

Esse trovano sponda non solo nei profondi mutamenti territoriali, socio economici, demografici e culturali che hanno caratterizzato la nostra storia più recente, la cui evidenza rende superflua una più estesa dimostrazione, quali la saturazione edilizia⁴⁵ (che fa sì che i terreni legalmente edificabili siano

⁴³ E questa è anche la tesi di P. MARZARO GAMBA, *op. cit.*, in particolare cap. I, nel solco della ricostruzione teorica di L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 427 ss. Sul problema specifico dello *ius aedificandi*, tuttavia, l'Autrice giunge a conclusioni parzialmente diverse, ritenendo che esso ancora appartiene al contenuto minimo essenziale della proprietà di quei "particolari" suoli che si presentano "ad obiettiva vocazione edificatoria" (40 ss., 141 ss.).

⁴⁴ Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, relativa alla necessaria commisurazione dell'indennità di espropriazione al valore venale del bene. Con tale sentenza la Corte ha superato la più che cinquantennale giurisprudenza circa la legittimità costituzionale delle norme che parametravano l'indennità di espropriazione a valori inferiori a quelli di mercato.

⁴⁵ I dati sul c.d. consumo di suolo forniti da vari enti di ricerca non sono facilmente comparabili, in quanto si basano su tecniche di rilevazione diverse e comunque imperfette. Basti rilevare che secondo APAT (2005, 2008), ISPRA (2011), ISTAT (2012) (citati in S.

ormai una risorsa “scarsa”), il dissesto idrogeologico, la crescita “zero” della popolazione, l’importanza che ha assunto la tutela del paesaggio, come forma viva del territorio, nei valori costituzionali e nella coscienza sociale (che fa

MORONI, *La città responsabile*, Roma, Carocci, 2013, 54 s.) le aree urbanizzate in Italia oscillano tra il 7 e il 7,6% della superficie complessiva; secondo la rilevazione Corine Land Cover sono invece solo il 4,5% (V. IRPET, *Il territorio: limite e potenzialità per la Toscana del 2030 – Firenze 2012*). Certo è, tuttavia, che il trend di crescita, molto elevato negli anni ’80 e ’90, è andato a rallentare nel primo decennio del 2000 e da ultimo frenare, come è desumibile dal fatto notorio del crollo della domanda di nuove costruzioni e delle vendite immobiliari. Aggiungasi che in Italia il 79% delle famiglie è proprietario dell’alloggio in cui vive (Agenzia del territorio, 2011).

Della fine dell’espansione hanno da tempo preso atto sia la dottrina che la giurisprudenza: v. ad es. V. 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: “deve essere completamente ribaltata – da qui la suddetta scelta di alto profilo politico – l’attuale impostazione secondo cui tutto il territorio nazionale è potenzialmente edificabile, secondo cui la proprietà fondiaria reca in sé una attitudine all’edificabilità.

Il principio fondamentale dell’ordinamento, deve essere, tutto al contrario, quello della assoluta immodificabilità (eccettuati gli interventi sull’esistente) di ogni porzione del territorio nazionale, salve quelle che l’atto di pianificazione fondamentale (che nella mia ottica è il piano territoriale) abbia destinato alla urbanistica operativa”. Le parti oggetto di trasformazione urbanistica, comunque, “saranno limitatissime: è ormai impossibile pensare, come trenta anni fa, ad una edificabilità diffusa”. In giurisprudenza Cons. Stato, Sez. IV, 8 maggio 2000, n. 2639 (in *Appalti, urbanistica, edilizia*, 2001, p. 309 ss.), secondo cui “lo strumento urbanistico generale non presuppone affatto, inderogabilmente, tendenze espansive edilizie e demografiche. Al contrario, una moderna e realistica concezione dell’urbanistica appare incentrata sulla necessità di tener conto della fortissima antropizzazione del territorio nazionale concentrata in specifiche aree; del calo demografico generale; dell’ineludibile bisogno di tutela delle ormai rare zone non edificate. Gli strumenti urbanistici, quindi, possono e devono essere costruiti intorno a linee guida che esaltino il momento del recupero e della razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente”.

Di tale esigenza si è fatta carico la legislazione di molte Regioni: v. ad es. l’art. 3, c. 3, della legge reg. Toscana 3 gennaio 2005, n. 1: “... 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”.

Pare acquisito da tempo, insomma, 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)” (P. MARZARO GAMBA, *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti*, cit., 4).

Nel contempo, le problematiche afferenti alla proprietà delle costruzioni – c.d. “proprietà immobiliare” – si sono andate sempre più a differenziare da quelle inerenti alla proprietà edilizia (da intendersi ormai in senso stretto, quale proprietà fondiaria suscettibile di utilizzazione edificatoria): cfr. ancora P. MARZARO GAMBA, *op. cit.*, 2 e *passim*.

sì che l'edificabilità sia percepita come un "pericolo" per il bene comune), ma anche in un mutamento rilevante del quadro giuridico. Che, anche dietro la "spinta" della legislazione regionale, si è arricchito dopo le sentenze della Corte costituzionale sopra richiamate di due corpi di norme dai contenuti tra loro distanti, ma che insieme contribuiscono a rimuovere definitivamente le basi teoriche dell'appartenenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà.

Si tratta delle disposizioni che hanno escluso la possibilità di edificare al di fuori del piano urbanistico (o l'hanno configurata come una eccezione), e di quelle che hanno fatto dell'edificabilità un "bene" a se stante (o un "diritto" a se stante: le conclusioni non cambiano) scollegato dal suolo su cui deve trovare attuazione.

4. L'edificabilità non è un *prius* rispetto al piano urbanistico

Il punto critico della sentenza n. 5/1980 della Corte Costituzionale è rappresentato dall'essersi concentrata sul titolo a costruire, senza prendere adeguatamente in considerazione tutto ciò che lo precede.

La Corte, per la verità, mostra di avere ben presente che per effetto della legislazione urbanistica è demandata alla pubblica autorità ogni determinazione sul se, sul dove, sul come e sul quando della edificazione, ma ritiene che questa "rigidità del sistema" non esclude che l'edificazione possa avvenire solo ad opera del proprietario dell'area, "non essendo consentito (...) che altri possa, autoritativamente, essere a lui sostituito per la realizzazione dell'opera".

Da ciò la conclusione che la concessione a edificare non è "attributiva di diritti nuovi" ma "presuppone facoltà preesistenti", sicché sotto questo profilo non adempie ad una 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.

La questione tuttavia è un'altra.

Concentrandosi solo sul provvedimento amministrativo che consente di esercitare lo *ius aedificandi* (quale che sia il *nomen* attribuito), non v'è dubbio che esso non può che avere come beneficiario il proprietario del suolo, poiché solo questi (o chi da lui trae legittimazione) può svolgere l'attività materiale di trasformazione in cui si estrinseca l'edificazione.

Si ha buon gioco, quindi, a concludere che il titolo a edificare non è "attributivo di un diritto nuovo" ma "presuppone facoltà preesistenti". Tuttavia tale rilievo non è sufficiente a fare della facoltà di edificare una componente "essenziale" del diritto di proprietà. Il fatto che solo il proprietario "possa" non significa che il proprietario abbia il "diritto di".

Ciò è tanto vero che, proprio nella sistemazione teorica della Corte, che

resiste da quasi 50 anni e dalla quale muovono anche le nostre considerazioni, vi sono svariate “categorie” di suoli il cui regime di appartenenza non contempla lo ius aedificandi come requisito essenziale (si pensi ai beni paesaggistici, a quelli di interesse culturale, ai beni sottoposti a vincolo idrogeologico, alle fasce contermini alle strade, alle ferrovie, ai cimiteri ... ecc.), e relativamente ai quali, tuttavia, solo il proprietario può svolgere l'attività edificatoria, se autorizzata dall'Amministrazione competente⁴⁶.

La questione, posta nei termini corretti, non è se lo *ius aedificandi* può spettare a soggetti diversi dal proprietario (o suoi aventi causa), ma se contrassegna il regime di appartenenza dei suoli come elemento connaturale o - al contrario - come facoltà attribuita dall'Amministrazione.

E ciò dipende da come, in base all'ordinamento, sorgono le “facoltà preesistenti”. Solo se, e nella misura in cui, esse appartengono *originariamente* al proprietario, si deve senz'altro convenire con la tesi tradizionale. Ove invece nascano per volontà dell'Amministrazione, solo in capo a certi e determinati proprietari e attraverso atti dal contenuto altamente discrezionale, o addirittura siano attribuibili a chi non è proprietario dei suoli, l'intera costruzione va in crisi e si impongono diverse conclusioni.

Nella sentenza 5/1980 la Corte omette di svolgere queste verifiche. Tuttavia è agevole dimostrare che all'epoca in cui si pronunciava (e anche all'epoca della sentenza n. 179/1999 in cui riprese in esame l'intera questione confermando le precedenti conclusioni)⁴⁷, il quadro normativo, seppure già profondamente

⁴⁶ La maggior parte dei regimi vincolistici, invero, ha carattere relativo, in quanto il divieto di edificabilità è rimuovibile con l'assenso dell'autorità preposta alla tutela del vincolo: così è, ad es., per i vincoli più importanti, come quelli paesaggistici e storico-artistici, ma anche per i vincoli cimiteriali e di rispetto stradale (entro certi limiti di distanza).

⁴⁷ Si tratta dell'ultima sentenza veramente rilevante in materia, in cui la Corte, nel ribadire l'alternativa costituzionale temporaneità/indennizzabilità dei vincoli *inaedificandi* posti dagli strumenti urbanistici, al fine di dichiarare “illegittimità costituzionale ... della mancata previsione di indennizzo in tutti i casi di permanenza del vincolo urbanistico (preordinato all'espropriazione o comportante l'assoluta inedificabilità) oltre i limiti di durata fissati dal legislatore (quali indici di ordinaria sopportabilità da parte dei singoli), ove non risulti in modo inequivocabile l'inizio della procedura espropriativa”, ha ripercorso e confermato la natura ablatoria anche dei “vincoli a titolo particolare su ben determinati ..., comportanti inedificabilità assoluta”.

Non hanno invece importanza ai nostri fini le successive sentenze 411/2001, 148/2003 e 314/2007, non tanto perché riguardano solo la questione della reiterabilità dei vincoli senza investire il tema di fondo dell'inerenza dello *ius aedificandi*, ma soprattutto perché si riferiscono tutte a vincoli preordinati all'espropriazione (anche se in un mero *obiter* la sentenza 148/2003 richiama anche i vincoli “sostanzialmente espropriativi”), cioè vincoli per i quali, anche secondo la nostra tesi, come si esporrà più avanti, rimane in piedi il carattere ablatorio e dunque non perde di attualità l'alternativa temporaneità/indennizzabilità.

mutato rispetto agli anni '60, ancora consentiva di configurare lo *ius aedificandi* come attributo a titolo originario della proprietà dei suoli, e quindi come fosse ancora corretto ravvisare nella pianificazione urbanistica una funzione ordinatrice capace di dimensionarlo (attraverso la “conformazione”) e di estinguerlo (attraverso l’espropriazione di sostanza).

Che l’edificabilità rappresentasse una caratteristica “naturale” dei suoli lo si poteva dedurre, infatti, esaminando le *facultates* del proprietario in assenza di pianificazione urbanistica.

In mancanza del piano regolatore (o del programma di fabbricazione) la regola era sempre stata quella della edificabilità di base o “di principio” fino alla previsione dei c.d. “*standards generali*” di cui all’art. 41-*quinquies* della legge urbanistica (come introdotto dalla legge 765/1967), che tuttavia precludevano l’edificazione solo negli agglomerati urbani di carattere “storico, artistico o di particolare pregio ambientale”, consentendola invece in tutto il resto del territorio. Poco prima della sentenza 5/1980 tali standards erano stati sostituiti dall’art. 4, u.c. della legge 10 del 1977 che, a partire dal 1 gennaio 1979, “in mancanza di norme regionali e fino all’entrata in vigore di queste”, estendeva il divieto di nuova edificazione all’intero ambito dei centri abitati ma, al fuori di essi, continuava a consentire la realizzazione di residenze nei limiti dell’indice di metri cubi 0,003 per metro quadrato di area e di edifici produttivi nel rispetto di un rapporto di copertura pari a 1/10 dell’area.

Nonostante tale forte contrazione delle aree edificabili in mancanza dello strumento urbanistico, ancora nel 1980 si poteva sostenere che, rispetto al piano, l’edificabilità costituiva un *prius* e quindi era “connaturale” alla proprietà⁴⁸.

Salvo che nei centri abitati il piano urbanistico interveniva nei confronti di posizioni soggettive che *naturalmente*, o per meglio dire direttamente in forza della legge, contenevano il potere di usare il suolo a fini edilizi. Il piano poteva disporre pienamente di esse aumentando o diminuendo il *quantum* di volumetria realizzabile, stabilendo le tipologie e le destinazioni ammesse, fissando limiti temporali per l’esercizio del diritto. Poteva addirittura vietare del tutto l’edificazione, ma in questo caso, poiché “toglieva” alla proprietà ciò che già aveva e che la qualificava in modo pregnante nella sua portata economico-sociale, era giocoforza ritenere che le disposizioni assumevano carattere espropriativo, *sub specie* di espropriazione “di sostanza”, cioè a titolarità

⁴⁸ Che gli standard generali contenuti prima nell’art. 41-*quinquies* legge urb. e ora nell’art. 9 del d.P.R. 380/2001 valgano a determinare il contenuto minimo del diritto di proprietà dei suoli è opinione condivisa anche da P. URBANI, *Il tema del contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica* (in www.giustamm.it) e *La riforma regionale del prg: un primo bilancio. Efficacia, contenuto ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità nel provvedere e garanzia del contenuto minimo della proprietà* (ancora in www.giustamm.it).

invariata del diritto.

Da allora ad oggi, la situazione si è rovesciata.

L'art. 9 del d.P.R. 380/2001 (testo unico dell'edilizia), infatti, continua a prevedere il doppio regime centro abitato/territorio aperto, mantenendo per quest'ultimo una previsione di ridottissima edificabilità⁴⁹, ma fa salvi non più – semplicemente – le diverse “norme regionali”, bensì – significativamente – “i più restrittivi limiti fissati dalle leggi regionali”.

Ed è proprio in queste poche parole che si è compiuta una piccola, silente e forse anche per questo poco avvertita rivoluzione (nell'accezione usata nella fisica, di rotazione intorno ad un asse). 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 assicurarne la funzione sociale⁵⁰. In tal modo è venuta meno la “garanzia di edificabilità” rappresentata dagli standards generali, tanto è vero che alcune regioni hanno introdotto regimi di assoluta inedificabilità al di fuori delle previsioni urbanistiche, salvo che per gli usi agricoli, per questa via finendo con l'attribuire al piano una funzione generatrice e non meramente regolatrice del diritto di edificare.

Per la precisione, le regioni hanno dato vita a regimi differenziati. Alcune di esse non hanno adottato alcuna disciplina legislativa, facendo propria, in base al principio di continuità, quella statale. Altre hanno introdotto limiti più rigorosi di quelli previsti dal t.u. dell'edilizia, ma pur sempre confermando l'esistenza di una edificabilità “di *default*”. Altre ancora, invece, hanno escluso ogni suscettibilità edificatoria dei suoli se non per fini agricoli, senza andare incontro ad impugnative del Governo o alla proposizione di questioni incidentali

⁴⁹ Anche se i limiti dello 0,03 di densità e di 1/10 di superficie coperta operano non più alternativamente ma congiuntamente.

⁵⁰ Come la Corte costituzionale ha più volte chiarito, se alle regioni è impedito di 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. La riserva di legge stabilita dall'art. 42 della Costituzione è infatti rispettata anche quando siano le regioni a legiferare nelle materie di loro competenza (sentenze 14 giugno 2001, n. 190; 31 maggio 2000, n. 164; 7 novembre 1994, n. 379; 11 luglio 1989, n. 391).

Il potere di conformazione insito nella potestà legislativa concorrente in materia di governo del territorio trova a sua volta un doppio limite nelle competenze statali in materia di ordinamento civile e di posizione dei principi fondamentali della materia. Nella specie lo Stato ha eliminato la garanzia dell'edificabilità “di base” dei suoli, per il solo fatto che ha lasciato libere le regioni di conformare come meglio ritengono il regime del diritto dominicale in assenza di pianificazione.

di costituzionalità. A quanto si sa, neanche a critiche della dottrina⁵¹.

Dunque l'ordinamento considerato nel suo complesso (legge statale e regionali), sembra aver metabolizzato le "changed circumstances" sul piano economico-sociale che hanno sottratto lo *ius aedificandi* dal codice genetico della proprietà, non più configurando l'edificabilità dei suoli come un *a priori*, come caratteristica che contrassegna "di base" la proprietà edilizia, ma come una *qualitas* che - se si eccettuano gli interventi finalizzati all'uso agricolo -

⁵¹ Tra le regioni che hanno dato attuazione all'art. 9 del testo unico hanno confermato l'impianto del testo unico il Lazio (art. 50, legge reg. 8 febbraio 1999, n. 38) e il Friuli Venezia Giulia (art. 6, legge reg. 11 novembre 2009, n. 19, che tuttavia ha ridotto l'indice di fabbricabilità a 0,01 mc/mq). Peculiari sono la legge reg. Umbria 18 febbraio 2004, n. 1, il cui art. 44 disciplina solo il regime degli interventi sulle aree assoggettate a vincoli preordinati all'espropriazione i cui termini di validità siano scaduti, prevedendo comunque una edificabilità ridottissima, quasi simbolica, pari a 2 metri quadrati di superficie utile coperta per ogni ettaro di terreno interessato, e la legge reg. Valle d'Aosta 6 aprile 1998, n. 11, il cui art. 91 estende alle aree a vincolo decaduto "la disciplina delle relative zone di appartenenza".

Hanno escluso ogni edificabilità, se non per fini agricoli, la Toscana (art. 63, legge reg. 3 gennaio 2005, n. 1); il Veneto (art. 33, legge reg. 23 aprile 2004, n. 11); il Piemonte (art. 85, legge reg. 5 dicembre 1977, n. 36); la Provincia di Bolzano (artt. 18 e 125, legge prov. 11 agosto 1997, n. 13).

Da rilevare che la possibilità di edificare per usi agricoli non caratterizza tutti i suoli (ne sono esclusi quelli all'interno dei centri abitati) e prescinde del tutto dalla vocazione agricola dei terreni. Pertanto, più che costituire connotato della proprietà immobiliare, attiene al regime dell'impresa agricola, trovando fondamento nel favor per le attività agricole che la Corte costituzionale ha ritenuto basato sull'art. 44 Cost. Nelle ordinanze 23 giugno 1988, n. 709 e 16 maggio 1995, n. 167 la Corte ebbe a respingere come manifestamente infondate le censure promosse contro la legge reg. Lombardia 7 giugno 1980 n. 93 e la legge reg. Toscana 19 febbraio 1979, n. 10, che imponevano un vincolo di inedificabilità in tutte le zone agricole derogabile solo a favore degli imprenditori agricoli e in presenza di opere strumentali all'agricoltura, ritenendo che ciò rappresentava una "disciplina del territorio in conformità agli strumenti urbanistici" (ord. 709/1988), che trova fondamento nell'art. 44 Cost. in quanto diretta "a limitare l'utilizzazione edilizia dei territori agricoli e a frenare il processo di erosione dello spazio destinato alle colture" (ord. 167/1995). La Corte, dunque, ravvisa un conflitto fra lo *ius aedificandi* del proprietario (che perciò è "azzerato") e le esigenze di "razionale sfruttamento del suolo" agricolo, e dà prevalenza a queste ultime elevando così l'interesse agricolo al rango di valore costituzionale meritevole di protezione e di speciale considerazione nelle scelte territoriali (F. ALBISINNI, *L'interesse agricolo quale valore di rango costituzionale nella disciplina urbanistica*, in *Rivista di diritto agrario*, 1996, 201). Si tratta quindi di un regime di eccezione, che non nasce dal contenuto essenziale della proprietà ma dall'esigenza di tutelare le attività agricole.

L'edificabilità *intuitu personae* ha dato adito in dottrina a dubbi di costituzionalità: v. A. CALEGARI, *Ancora in tema di limiti di edificabilità in zone agricole*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1992, 473 ss., e autori ivi citati. Tuttavia, sulle ragioni che la giustificano e sugli effetti che ne conseguono in ordine al regime di appartenenza dello *ius aedificandi* v. la nota che segue.

può essere attribuita solo dalle scelte urbanistiche locali (di grado legislativo o pianificatorio)⁵².

⁵² Dalla legislazione regionale emerge dunque che se lo *ius 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.

L'esperienza maturata in alcune regioni negli anni '70 (v. leggi regionali Toscana 16/1975 e 10/1979; Piemonte 56/1977; Emilia Romagna 47/78; Veneto 58/1978), caratterizzate dall'attribuzione alle zone agricole di una edificabilità funzionalizzata esclusivamente alla conduzione agricola da parte dell'imprenditore agricolo, si è andata infatti a generalizzare secondo i seguenti tratti comuni (v. P. URBANI, *Le aree agricole tra disciplina urbanistica e regolamentazione dell'attività economica*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 29 ss.):

a) l'edificazione residenziale nelle zone agricole è consentita solo all'imprenditore agricolo (in taluni varianti anche al proprietario non imprenditore, ma esclusivamente nell'interesse dell'imprenditore agricolo) e dei suoi salariati in funzione delle esigenze di conduzione del fondo.

Il rilascio del permesso di costruire è subordinato all'approvazione di un piano aziendale che dimostri la necessità di soddisfare le esigenze abitative del conduttore del fondo. In alternativa, si prevedono indici di fabbricabilità molto bassi, variabili a seconda del tipo delle culture in atto o programmate e delle esigenze lavorative connesse, e derogabili solo con l'approvazione di un apposito piano aziendale.

La destinazione d'uso agricola è garantita da un apposito atto d'obbligo/convenzione che in taluni casi collega inscindibilmente la costruzione al fondo agricolo, impedendo, con la trascrizione nei registri immobiliari, una circolazione separata dei due beni;

b) gli annessi agricoli (cioè i manufatti non residenziali necessari per la conduzione del fondo: ricoveri per attrezzi, animali e macchinari; impianti di stoccaggio; silos; impianti per la conservazione e la trasformazione dei prodotti; gli impianti energetici; di irrigazione; di smaltimento ... ecc.) sono generalmente ammessi in ragione delle esigenze di conduzione del fondo, senza limiti volumetrici predeterminati ma "secondo necessità". Solo per talune strutture di minor impatto non si richiede lo svolgimento dell'attività agricola in forma di impresa;

c) solo eccezionalmente il piano urbanistico può escludere la costruzione di residenze in zone di particolare pregio, mai - o quasi mai - la realizzazione di annessi (così, ad es., art. 41, legge reg. Toscana 1/2005).

Nessun'altra attività economica – se si escludono le fonti di energia rinnovabili e gli impianti di comunicazione elettronica, oggetto di discipline di forte incentivazione – è sottoposta ad un regime così di favore, in cui si inverte il rapporto tra gli atti di pianificazione urbanistica e le attività economiche.

Mentre in via ordinaria sono i piani urbanistici che – conformando gli usi e le trasformazioni dei suoli – orientano la distribuzione delle attività economiche sul territorio condizionando e definendo la localizzazione spaziale delle strutture necessarie, con riferimento alle attività agricole la legge prescinde dalle scelte di piano, dettando direttamente una regolamentazione dell'uso e delle trasformazioni e "calibrandola" in modo elastico sulle esigenze aziendali di cui il piano deve prendere atto.

Non v'è un diritto di costruire immanente alla proprietà, ma un diritto che trae origine dal piano e che, dunque, è fin dal suo momento genetico conformato dal potere pubblico, che lo forgia definendo interamente l'*an*, l'*ubi*, il *quomodo* e il *quantum* delle trasformazioni ammissibili.

Lo *ius aedificandi*, quindi, cessa di contrassegnare il regime di appartenenza della generalità dei suoli, per divenire attribuito di una certa categoria di suoli, vale a dire quelli individuati come edificabili dal piano.

Dal "consolidato" che si ritrae dalla legge statale, che prevede solo in via suppletiva e residuale standards generali che configurano una edificabilità "di base" ma fa salvi i limiti posti dalle leggi regionali, e dalle leggi regionali (alcune leggi regionali), che, al contrario, hanno eliminato ogni edificabilità al di fuori del piano con la sola eccezione delle esigenze agricole, emerge dunque il superamento delle basi su cui è fondata la dottrina della consustanzialità tra *ius aedificandi* e proprietà immobiliare. E ciò rende finalmente attuali le parole che Predieri spese, con lungimiranza, in un contesto normativo che ancora non si era definitivamente evoluto nel senso descritto: "la 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"⁵³.

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.

Per grado di autodeterminazione, dunque, l'imprenditore agricolo non trova eguali negli altri settori dell'economia (cfr. A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Casa ed agricoltura: lo ius aedificandi nelle zone agricole quale potere di organizzazione della impresa agraria*, in *Atti del Convegno di studi di Sassari / Porto Cervo*, Sassari, 1982, 92), ed è l'unico soggetto a cui viene direttamente riconosciuto dalla legge lo *ius aedificandi* (purché, ovviamente, possa disporre del suolo).

In un ordinamento in cui il consumo di suolo è sempre più osteggiato, in cui i vincoli extraurbanistici e la lentezza/complessità/incertezza delle procedure di pianificazione rappresentano un serio ostacolo alle iniziative economiche, questo andare "controtendenza" delle attività agricole trova fondamento nell'art. 44 Cost. e in due ordini di ragioni:

- la produzione agricola è destinata all'alimentazione degli uomini e degli animali, e quindi, soddisfacendo interessi primari, non può non formare oggetto di particolari incentivazioni;
- l'agricoltura è "di norma" strumento di conservazione dell'ambiente e dei valori naturalistici del territorio, in quanto - almeno nelle sue manifestazioni virtuose - previene lo stravolgimento dei suoli, limita i dissesti e mantiene i tratti storicizzati del paesaggio.

⁵³ A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977 sulla edificabilità dei suoli*, cit., 58.

5. Il riconoscimento legislativo di diritti edificatori privi di ogni connessione con la proprietà del suolo

Il secondo evento normativo che ha contribuito a separare definitivamente lo *ius aedificandi* della proprietà dei suoli è rappresentato dal coacervo di disposizioni, statali e regionali, che hanno variamente disciplinato i c.d. “diritti edificatori”⁵⁴.

⁵⁴ A livello statale il riferimento è essenzialmente:

- all'art. 2, c. 259, legge 24 dicembre 2007, n. 244: “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”;

- all'art. 11, 5° comma del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133: “Gli interventi di cui al 4° comma (cioè il c.d. “piano casa”: n.d.r.) sono attuati anche attraverso le disposizioni di cui alla parte II, titolo III, Capo III, del citato codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, mediante:

a) il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo;

b) incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e di miglioramento della qualità urbana, nel rispetto delle aree necessarie per le superfici minime di spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444;

c) provvedimenti mirati alla riduzione del prelievo fiscale di pertinenza comunale o degli oneri di costruzione;

d) la costituzione di fondi immobiliari di cui al comma 3, lettera a) con la possibilità di prevedere altresì il conferimento al fondo dei canoni di locazione, al netto delle spese di gestione degli immobili.

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 di cui al comma 2”;

- all'art. 5, c. 3, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv. in legge 12 luglio 2011, n. 106: “Per garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori, all’articolo 2643 (...) del codice civile, dopo il n. 2), è inserito il seguente:

“2-*bis* i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale”;

- all'art. 5, c. 9, del d.l. 70/2011: “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

Ai nostri fini non rilevano i diritti edificatori nascenti dai piani perequativi, ma quelli c.d. compensativi e premiali (comunemente definiti, per distinguerli dai primi, “crediti edilizi”⁵⁵).

Infatti, anche se nei piani perequativi l’allocazione della dotazione volumetrica incorporata nei prefati “diritti” avviene a favore di fondi (c.d. sorgenti o di decollo) diversi da quelli (c.d. accipienti o di atterraggio) in cui può estrinsecarsi l’edificabilità, realizzandosi così una dissociazione tra la situazione di appartenenza dei suoli a cui viene attribuito il diritto e la situazione di appartenenza dei suoli in cui lo si può esercitare, i diritti sono sempre collegati alla proprietà di un fondo, secondo il modello consueto e tipico della previsione conformativa. Esattamente come accade nelle ipotesi in cui può trovare esercizio *in loco* il diritto nasce per effetto del piano e si collega ad una determinata particella di terreno, anche se può (in certi casi, per essere esercitato, deve) “deambulare” in altro sito. Nulla si aggiunge, dunque, al discorso condotto sinora.

Ben diversa è invece la natura dei diritti edificatori compensativi (quelli che vengono assegnati, secondo lo schema della *datio in solutum*, a ristoro della cessione bonaria o dell’espropriazione di un’area) e premiali (quelli che vanno a ricompensare, in funzione di corrispettivo, i promotori di interventi di particolare interesse pubblico)⁵⁶.

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 rispetto a quella preesistente come misura premiale;
- b) la delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse”.

A livello regionale vengono in rilievo le tante leggi che prevedono la perequazione, la compensazione e le “premierità” urbanistiche.

Mentre quasi tutte le regioni hanno approvato leggi sulla perequazione, si da rendere superflua ogni menzione, per la compensazione v. legge reg. Calabria, 16 aprile n. 2002, n. 19 (art. 34); legge reg. Emilia Romagna, 24 marzo 2000, n. 22 (art. 30); legge reg. Friuli Venezia Giulia, 23 febbraio 2007, n. 23 (art. 32); legge reg. Lombardia, 11 marzo 2005, n. 12 (art. 11); legge Prov. Bolzano, 1/2008 (art. 55); legge reg. Puglia, 22 febbraio 2005, n. 3 (art. 21); legge reg. Umbria, 22 febbraio 2005, n. 11 (art. 30); legge reg. Veneto, 13 aprile 2004, n. 11 (artt. 37). Per la premierità v. ancora legge reg. Calabria 19/2002 (art. 34); legge Emilia Romagna 22/2000 (art. 7-ter); legge Umbria 22 febbraio 2005, n. 11 (art. 4); legge reg. Veneto 11/2004 (art. 36).

⁵⁵ Sulla ontologica differenza tra queste species di “titoli volumetrici” v. A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale*, cit., 483 ss.; E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, II, 150 ss.; A. MALTONI, *Il trasferimento dei diritti edificatori: profili pubblicistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 532 ss.

⁵⁶ Ad es. l’incremento del patrimonio abitativo, la realizzazione di unità abitative di

In queste ipotesi il “credito edilizio” non si collega ad un fondo né tantomeno alla proprietà di un fondo, anche se di un fondo vi sarà sempre bisogno perché possa infine esprimere, insieme con il suo valore *di scambio*, anche il suo valore *d’uso*. Ma ciò attiene all’esercizio del diritto, non alla genesi, la quale è del tutto incompatibile con lo schema classico dell’inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà del suolo.

Il diritto edificatorio non è inerente ad un fondo e non “decolla” sganciandosi da un bene immobile, ma è creato dall’amministrazione (in funzione sostanziale di “moneta”) e immesso in un “mercato” in cui la proprietà del suolo non rappresenta neanche un requisito per divenirne titolare, ma solo un presupposto necessario all’“utilizzatore finale” per svolgere quell’attività (la trasformazione edificatoria) in cui consiste il contenuto del diritto.

In questa prospettiva, poco rileva il dibattito circa la natura dei diritti in questione (se beni immateriali, nuovi diritti reali tipici, diritti meramente obbligatori, interessi legittimi o aspettative reali) e circa il loro contenuto (*quantum* di volumetria realizzabile). Rileva invece che, sia al momento della nascita, sia al momento in cui il credito edificatorio va ad incorporarsi in un fondo altrimenti inedificabile, tutto si può dire meno che il diritto di costruire rappresenti un requisito intrinseco della proprietà⁵⁷.

proprietà pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato o alla alienazione a favore di categorie sociali svantaggiate: v. art. 11, d.l. 112/2008.

⁵⁷ La dottrina ha subito colto l’impatto di una simile “dereificazione” dello *ius aedificandi* (come la definisce B. GRAZIOSI, *Figure poliforme di perequazione urbanistica e principio di legalità*, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, II, 150 s.) sullo statuto civilistico della proprietà. Alcuni, come l’Autore appena citato, per limitarsi a “dubitare fortemente della stessa legittimità costituzionale di una norma regionale che, in difetto di uno statuto generale della proprietà fondiaria dato con legge statale, consentisse di perseguire questi effetti, che, in sostanza, presuppongono la scissione tra diritto di proprietà e *ius aedificandi*, contraddicendo apertamente il principio dell’inerenza dopo l’avvento del titolo “confessorio” introdotto dalla legge n. 1 del 1977 e, soprattutto, ribadito con norma di principio, dal T.U. sull’edilizia n. 380 del 2001 codificando l’istituto del permesso di costruire”. Dubbi legittimi al tempo, ma ormai superati proprio dalle norme statali sopravvenute (riportate in nota 54).

Altri, invece, per rilevare la portata “eversiva” dell’autopoiesi dei crediti edilizi: v. A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale*, cit.; G. SABBATO, *La perequazione urbanistica* (in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi, pubblicato il 22 settembre 2010), che ritengono che i crediti in questione possono considerarsi legittimi solo se previamente acquistati dall’Amministrazione o se generati da fondi in mano pubblica. Altrimenti - come rileva il secondo - “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”. Sulla stessa linea E. BOSCOLO, *La perequazione da semplificare*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 50, nota 16: “appaiono gravemente illegittimi i piani perequativi (secondo il modello a volumetria aggiuntiva, invero non rarissimi: Monza) nei quali viene attribuita al comune

La genesi del diritto, infatti, è rappresentata da un atto dell'Amministrazione che non ha come destinatario del suolo il proprietario di un suolo. E se è senz'altro vero che per rendere esercitabile il "credito" il fondo deve essere "trasformabile" a fini edilizi, ciò attiene ad una *qualitas* del bene che dipende esclusivamente dalle previsioni del piano urbanistico, non dal (contenuto del) diritto del proprietario, poiché può ben accadere – sempre in base alle previsioni del piano – che il proprietario non possa compiere alcuna trasformazione senza prima acquisire il "credito" necessario⁵⁸.

A differenza dell'ipotesi "ordinaria", in cui la previsione del piano conforma la proprietà del suolo attribuendo ad essa un requisito – l'edificabilità – prima inesistente, nel caso in esame lo *ius aedificandi* si forma progressivamente, per effetto di due fattori co-determinanti: la previsione urbanistica e l'acquisto del diritto edificatorio. Ove il proprietario del suolo ricevente non possa compiere alcuna trasformazione senza prima acquistare il credito necessario, la posizione a lui attribuita dal piano è meramente potenziale, ed è da assimilare a quella particolare situazione giuridica "di attesa in cui si trova un soggetto in vista di un beneficio futuro"⁵⁹ che è riconducibile alla controversa figura dell'aspettativa⁶⁰.

una quota di edificabilità disgiuntamente dalla titolarità del terreno atto a produrla". In realtà, come evidenziato nel testo, l'"ordinamento" a cui fa riferimento G. SABBATO non è di grado costituzionale, ma è creato da scelte libere (nell'ambito della ragionevolezza) del legislatore, che possono modificarsi nel tempo (anzi: che cambiano "fisiologicamente") e che nel tempo sono mutate nel senso di prevedere la concessione di diritti edificatori disgiuntamente dalla proprietà di aree. Da rilevare poi che la *voluntas legis* appare chiara, non solo sul piano letterale laddove ha fatto riferimento ai "contratti che ... costituiscono ... i diritti edificatori comunque denominati" (art. 5, 3° comma, d.l. 70/2011), ma anche sul piano teleologico, essendo evidente la finalità di raccogliere e legittimare l'esperienza maturata a livello regionale e locale.

Né ha rilievo la laconicità delle previsioni normative. Invero non capita raramente che interi istituti vengano rimodellati gradualmente, mediante il susseguirsi di frammenti di regolazione e non con leggi di "grande riforma". Si pensi, ad es., alla giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato, a cui si è addivenuti per modifiche progressive di singoli profili della disciplina (v. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464 e Cass., 28 agosto 2013, n. 19531). E non si può negare il valore innovativo per l'imprecisione sistematica e la frettosità del legislatore, che sono fenomeni diffusi e ben noti.

⁵⁸ Normalmente il credito edilizio va ad incrementare la capacità edificatoria già attribuita ad un fondo, consentendo il rilascio di un permesso di costruire c.d. "maggiorato", ma le leggi regionali ricomprendono anche l'ipotesi considerata nel testo.

⁵⁹ A.C. PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Utet, 1987, nota 65.

⁶⁰ Aspettativa "di fatto", che tuttavia non è irrilevante per il diritto (ciò accade solo per l'aspettativa di "mero fatto"), come quella che caratterizza, ad es., l'erede legittimo finché il de cuius è in vita: perché sorga il diritto all'eredità occorre attendere che il de cuius muoia e (soprattutto) che lasci un patrimonio, ma la posizione del legittimario non è priva di rilevanza giuridica, giacché la giurisprudenza riconosce tutela alle sue aspettative ereditarie, ad es.

In presenza dei crediti edificatori che non solo circolano, ma addirittura nascono “dereificati” e “cartolarizzati”, completamente sganciati dalla proprietà del suolo, l’eteropoiesi dello *ius aedificandi* si manifesta dunque con un’evidenza quasi plastica.

Perché sorga il “diritto di fare la costruzione” in capo al proprietario del suolo occorre combinare due fattori: la previsione conformativa del piano urbanistico, che consente – ma solo in potenza - la trasformazione del suolo accipiente; l’acquisto del credito edificatorio da parte del suo proprietario, che riempie di contenuto una posizione altrimenti astratta, di aspettativa o di *chanche* edificatoria.

Come la combustione è una reazione chimica che si produce grazie alla combinazione di una sostanza infiammabile (il combustibile) con l’ossigeno (il comburente), lo *ius aedificandi* sorge per effetto non di uno, ma due concomitanti fattori generativi entrambi riconducibili alle scelte dell’Amministrazione: la previsione urbanistica (che in questo caso conforma il suolo, ma non attribuisce al proprietario alcun diritto di trasformarlo, solo un’aspettativa) e il credito edilizio, che si “combina” con la situazione di aspettativa “forgiando” il diritto.

Così inquadrata la questione, pare indubitabile che la eliminazione, già nel momento genetico, di ogni collegamento tra il diritto edificatorio e la proprietà del suolo costituisce ulteriore conferma di ciò che già risulta dal mancato riconoscimento della facoltà di edificare in assenza del piano urbanistico. E cioè che lo *ius aedificandi* non è più scolpito nel codice genetico della proprietà immobiliare, ma nasce per scelta dei pubblici poteri, che si può esprimere tanto in atti aventi effetti conformativi della proprietà (la sequenza piano urbanistico-permesso di costruire) quanto in atti conformativi del regime dei suoli (i piani) accompagnati da atti aventi natura tipicamente concessoria (l’attribuzione del credito edificatorio premiale o compensativo).

6. Lo *ius aedificandi* come frutto delle scelte urbanistiche

In conclusione, quanto sino qui esposto dimostra che l’inerenza dello *ius aedificandi* alla proprietà del suolo non può desumersi puramente e semplicemente dalla constatazione che solo il proprietario può esercitare l’attività di trasformazione materiale ed essere destinatario del titolo edilizio a tal fine necessario. Ciò infatti accade anche per i terreni caratterizzati da un particolare statuto normativo che, pacificamente, non contempla lo *ius*

attribuendo al figlio il diritto al risarcimento del danno subito per l’uccisione del genitore (Cass. 25 giugno 1981, n. 4137; A. C. PELOSI, op. cit., 466 che enumera ulteriori ipotesi di aspettativa: dei soci alla divisione degli utili; del nascituro; del sostituto a subentrare all’istituto).

aedificandi come facoltà insita nel diritto dominicale (beni paesaggistici, storico-artistici ... ecc., in generale tutti i beni il cui regime di appartenenza incontra vincoli di inedificabilità c.d. relativi).

L'inerenza alla proprietà del suolo non rappresenta neanche una conseguenza della "garanzia di istituto" che assiste la proprietà ai sensi dell'art. 42 Cost., ma – come la Corte costituzionale insegna nella sua costante e insuperata giurisprudenza – il risultato di come tale diritto è conformato dalla legge in un dato momento storico.

Al momento in cui la Corte costituzionale ha "testato" la consistenza del diritto di proprietà dei suoli (della *generalità* dei suoli, con esclusione di quelli caratterizzati da uno statuto "speciale"), l'ordinamento offriva indici tali da far ritenere che la "facoltà di costruire" costituisse un attributo originario, ancorché fortemente conformato e condizionato nel suo esercizio dai poteri pubblici.

Rinnovando oggi la stessa verifica le conclusioni sono di segno opposto. Non solo perché i suoli su cui si consente l'edificazione sono andati (e maggiormente andranno) così a rarefarsi che è contro il senso comune riconoscere l'esistenza di un "diritto", che sarebbe appannaggio di pochi e negato ai più⁶¹, ma soprattutto in quanto la facoltà di trasformare il terreno a fini edificatori non può più dirsi, nell'attuale contesto normativo, consustanziale alla proprietà⁶². Essa non preesiste ai poteri di pianificazione urbanistica ma è plasmata per intero dalla volontà dei pubblici poteri, che si esprime attraverso atti di natura diversa

⁶¹ Cosa che rappresenterebbe molto più di una mera "anomalia" del sistema. La violazione dei principi di uguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza (tutti riconducibili all'art. 3 Cost.) in presenza di una regola generale a cui sono apportate sì tante deroghe puntuali da svuotarla quasi completamente è sottolineata da Cons. Stato, Commissione Speciale, parere 26 giugno 2013, n. 3014 (che si può trovare in www.giustizia-amministrativa.it). Analogamente D. DE PRETIS, *I vincoli di inedificabilità di nuovo al vaglio della Corte costituzionale: aggiornamento della categoria e indennizzo per la reiterazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 298, prendendo atto della consistenza delle "eccezioni alla regola della indennizzabilità dei vincoli urbanistici di inedificabilità", si chiede quale sia la reale portata del presupposto di detta regola "costituito, come noto, dall'affermata inerenza dello ius aedificandi al diritto di proprietà immobiliare. Se infatti tale postulato si deve ricavare, come ci insegna la Corte, dall'analisi dei contenuti del diritto di proprietà immobiliare come emergenti dall'ordinamento in un determinato momento storico, c'è da chiedersi quali siano i contenuti di tale diritto in un contesto nel quale tale inerenza risulta così massicciamente negata" (corsivo mio).

⁶² Altro regime connota invece la proprietà immobiliare (vale a dire la proprietà degli edifici già esistenti) in ordine alla quale non può disconoscersi che rientra nel contenuto minimo essenziale quello di eseguire gli interventi volti a conservare il valore economico e le condizioni di godimento del bene: v. Corte cost., sentenze nn. 529/1995 e 238/2000. Ma non di *ius aedificandi* si tratta, bensì di *ius utendi* e di *ius servandi*, la cui diversa natura è ben illustrata da P. MARZARO GAMBA, *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti*, cit., 31 ss.; 75 ss.

(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). L'originaria nozione costituzionale della proprietà edilizia è dunque cambiata, in conseguenza dell'evoluzione sociale ed economica che ha portato a riconfigurare il limite della "funzione sociale" attraverso il rinvio dinamico al legislatore contenuto nell'art. 42 Cost.

7. Conseguenze in tema di vincoli urbanistici e di indennità di espropriazione

Compiutasi la scissione tra *ius aedificandi* e proprietà, e configurato il primo come un *quid* che si aggiunge per effetto di decisioni pubbliche al diritto dominicale, che cioè diviene attributo della proprietà solo relativamente ai suoli "conformati" come edificabili, occorre verificare gli effetti che da ciò possono scaturire. Che sono di impatto sociale e giuridico non certo paragonabile a quelli che si sarebbero prodotti se a questo risultato si fosse giunti nell'epoca della grande espansione delle città, ma che comunque non sono di poco conto. E, soprattutto, sono tutti di segno positivo in quanto non diminuiscono le garanzie per la proprietà e rafforzano la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa.

Prima di tutto, però, è bene mettere in evidenza gli effetti che *non* si producono, o che si producono solo in parte.

Sebbene la questione allo studio sia sorta e si sia sviluppata al crocevia tra il governo del territorio e lo statuto della proprietà, cioè in relazione ai vincoli imposti dagli atti di pianificazione urbanistica laddove questi incontrano il contenuto minimo del diritto dominicale⁶³, e nelle mai sopite vertenze in ordine all'ammontare dell'indennità di espropriazione laddove i poteri ablatori incrociano la garanzia del "serio ristoro"⁶⁴, su entrambi i fronti lo scorporo dello *ius aedificandi* provoca effetti solo parziali, e lascia immutate le garanzie che già assistono la proprietà.

Quanto agli atti di pianificazione, il regime dei vincoli configurato dalla Corte costituzionale (temporaneità o indennizzabilità) permane con riferimento a due categorie di limitazioni urbanistiche: quelle che incidono fortemente anche sullo *ius utendi*, vietando non solo le trasformazioni ma persino gli impieghi "connaturali" alle caratteristiche obiettive dei suoli (ad es.: per

⁶³ Corte Cost., sentenze nn. 55 e 56/1968 e 179/1999.

⁶⁴ Cort Cost., sentenza 5/1980.

deposito, parcheggio, esposizione merci ... ecc.), che continuano a presentare natura ablatoria in quanto svuotano sostanzialmente di contenuto il diritto di proprietà relegandolo ad una situazione di mera appartenenza e non di effettivo “godimento” del bene; quelle che creano uno stato di intollerabile incertezza circa la destinazione dei terreni, come nel caso dei vincoli di attesa (o procedimentali) e soprattutto dei vincoli preordinati all’espropriazione, che, riducendo la possibilità di disporre dei beni ed ostacolando gli investimenti in vista di un evento futuro e incerto, come ha già affermato la Corte costituzionale in piena sintonia con la Corte europea dei diritti dell’uomo, determinano la compressione della proprietà oltre il suo nucleo essenziale⁶⁵.

⁶⁵ La natura ablatoria dei vincoli preordinati all’espropriazione prescinde dal carattere, edificabile o meno, del terreno che ne è gravato. Come ha rilevato la Corte costituzionale nelle sentenze nn. 260/1976 e 411/2001, relative a terreni agricoli, la mancata prefissione di un termine ragionevole di durata (sentenza n. 260/1976) o la reiterazione a seguito della scadenza del termine (sentenza n. 411/2001), comportano l’obbligo di indennizzo, determinando un’intollerabile compressione del nucleo essenziale della proprietà per effetto della mancanza d’una precisa determinazione della durata dei vincoli, i quali danno luogo ad “una immediata limitazione dei poteri di godimento e disposizione, che si concreta non tanto nel venir meno della possibilità di utilizzazione a scopo edilizio residenziale (poiché trattasi generalmente di zone a carattere rurale, esterne al perimetro dei centri abitati e non urbanizzate), quanto nella menomazione della possibilità e convenienza pratica di investimenti a scopo di miglioramento o trasformazione delle colture agricole esistenti e di sviluppo d’ogni altra iniziativa o attività economica diversa dall’insediamento industriale” (così Corte cost. n. 260/1976, cit., punto 5 del “considerato in diritto”).

Analoghe considerazioni sono alla base della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo circa i vincoli di inedificabilità preordinati all’espropriazione. Secondo i giudici di Strasburgo, tali vincoli non sono assimilabili all’espropriazione, né in senso formale (in quanto il diritto di proprietà rimane giuridicamente intatto in capo al titolare), né in senso sostanziale (in quanto tale diritto non viene annullato, assicurando pur sempre al titolare la possibilità di godere e disporre del terreno) (Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, 23 settembre 1982, in causa n. 52, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, § 63; ID., 2 agosto 2001 in causa 37710/1997, *Elia S.r.l. c. Governo Italiano*, § 54-57, in *Giust. it-Giustizia amministrativa*, Riv. telematica, Anno V, n. 10, consultabile al sito www.giust.it, con nota di G. SAPORITO, *I vincoli ultraquinquennali preordinati all’esproprio violano il diritto al rispetto della proprietà*). Essi tuttavia, ove si protraggano per un lungo periodo e non siano indennizzati, contrastano con l’art. 1, primo periodo del protocollo addizionale n. 1 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo poiché, determinando una diminuzione della disponibilità del bene e costringendo il proprietario ad una totale incertezza quanto alla sorte dello stesso, provocano uno squilibrio “tra le esigenze dell’interesse generale della comunità e gli imperativi dei diritti fondamentali dell’individuo” (cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Elia S.r.l. c. Governo Italiano*, cit., § 58; v. altresì la sentenza *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, cit., § 64). Da notare però che la soglia cronologica oltre la quale si ha lesione della proprietà non è indicata in via generale né dalla Convenzione né dalla Corte. Nel caso *Sporrong e Lönnroth* il vincolo si era protratto rispettivamente per 23 e per 8 anni, nel caso *Elia S.r.l.* per 33 anni.

Quanto all'indennità di espropriazione, lo scorporo dello *ius aedificandi* non porta automaticamente a commisurarne l'ammontare al valore agricolo, cioè al valore del terreno "in sé" depurato dal plusvalore determinato dalla sua trasformabilità a fini edificatori, come pure è stato sostenuto in passato dai più radicali commentatori.

Infatti l'indennità di espropriazione, dopo le sentenze della Corte costituzionale 348 del 2007 (relativa ai terreni edificabili) e 181 del 2011 (relativa ai terreni agricoli o comunque insuscettibili di classificazione edificatoria), deve commisurarsi al valore di mercato, e sulla formazione di tale valore incide fortemente anche la semplice "vocazione edificatoria" determinata dalle obiettive caratteristiche geomorfologiche e posizionali dei terreni (giacitura, vicinanza al centro urbano, presenza dei servizi pubblici e delle infrastrutture essenziali quali reti stradali, idriche, fognarie, elettriche ... ecc.), a prescindere dalle scelte urbanistiche del momento.

Anche se lo *ius aedificandi* non appartiene al contenuto essenziale della proprietà, pertanto, ciò non vuol dire che tutti i terreni siano espropriabili per il loro valore "agricolo". In una contrattazione nel libero mercato, infatti, influiscono sul prezzo conseguibile anche le aspettative di adibire il suolo ad usi edificatori purché serie e desumibili da elementi certi e obiettivi⁶⁶.

Sulle differenze di impostazione che permangono tra le due Corti mi permetto di rinviare D.M. TRAINA, *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, 411 s.

⁶⁶ La questione è stata ampiamente vagliata dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella vigenza dell'art. 39 della legge 2359 del 1865, che ragguagliava l'indennità al valore venale del bene. L'individuazione del carattere - o come allora si diceva - dell' "indole" edificatoria di un terreno (v. ad es. Cass., 27 gennaio 1934, in *Nuova riv. pubbl. appalti e servitù*, 1934, I, 339, con riferimento al P.r.g. di Milano) rilevava, nella quantificazione dell'indennità di espropriazione, al fine di tener conto del "plusvalore" rappresentato dalla possibilità concreta, diversa dalla mera aspettativa di fatto, di adibire il suolo ad usi edificatori. Da ciò la distinzione, allora al centro del dibattito giuridico e del contenzioso giudiziario, tra "valore potenziale" e "valore di suscettibilità". Poiché per quantificare l'indennità si doveva fare riferimento al valore attuale del bene, e su di esso può influire l'esistenza di speciali requisiti o attribuzioni che rendono possibile una più proficua utilizzazione, come l'edificatorietà che, pur non costituendo un elemento materiale, è una entità economica suscettibile di valutarsi in termini monetari, si riteneva necessario distinguere quegli incrementi di valore che possono conseguirsi solo mediante opportune trasformazioni o miglioramenti della cosa, e che per ciò stesso presuppongono una attività svolta sul bene condizionata da situazioni incerte e eventuali e costituiscono, per tale loro natura, un valore ipotetico e futuro, che può dar luogo solo a mere aspettative (valore potenziale, non deducibile nell'indennità), dalla concreta attitudine del terreno ad essere edificato per le sue qualità attuali, intrinseche ed obiettive, valutabili in una libera contrattazione e dalle quali deriva un maggior prezzo in considerazione della possibile trasformazione o utilizzazione: cfr. P. CARUGNO, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, Giuffrè, VI ed., 1967, 204; C. CINTOLESI,

Errerebbe, dunque, chi preconizzasse una nuova stagione di espropriazioni

L'indennità nell'espropriazione per pubblica utilità, in U. POTOTSCHNIG (a cura di), *Le opere pubbliche, L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano-Vicenza, Neri Possa Editore, 1967, 134. In giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 26 gennaio 1942, n. 218, in *Riv. dir. pubb.*, 1942, II, 327; Sez. Un., 12 agosto 1949, n. 2304, in *Foro amm.* 1950, II, 1, 17.

In questa prospettiva, la giurisprudenza aveva ben chiaro che l'edificabilità doveva desumersi da elementi certi e obiettivi, da identificare nello sviluppo edilizio in atto e nelle caratteristiche di posizione e di idoneità "fisica" del terreno: v. tra le tante Giunta speciale per Napoli, 14 luglio 1932, in *Nuova riv. app.*, 1933, 447: "Il fatto che il terreno da espropriare trovisi in prossimità dell'abitato e per dippiù vicinissimo a funicolari e a linee tranvarie che in breve tempo e con servizio regolare lo congiungono col centro della città, conferisce al suolo una innegabile possibilità edificatoria poggiata non su mere aspettative ma su elementi certi ed influenti di cui indubbiamente si terrebbe conto in una libera compravendita.

La possibilità edificatoria è cosa diversa dall'immediata edificabilità: la prima si fonda sui surrilevati fattori intrinseci, immediati la fondo, quali la presenza di tutti gli apprestamenti urbani (strade, fogne, acqua, luce, ecc.) senza cui un terreno non può dirsi di pronta e sicura edificazione; e ne consegue che per determinare il valore venale di una zona avente possibilità edificatorie, occorre tener conto del terreno che deve essere sacrificato per la costruzione delle opere, nonché del loro costo"; Giunta speciale per Napoli, 23 gennaio 1935, in *Nuova riv. app.*, 1935, 241: "la potenzialità edificatoria da sfruttarsi col mezzo di un piano regolatore di strade e di opere di sostegno è una mera aspettativa che potrà realizzarsi o non, in un tempo più o meno lontano; essa pertanto non può confondersi con l'edificatorietà che importa l'esistenza concreta ed attuale di tutti i requisiti che possano far ritenere che il terreno abbia il valore di un suolo edificatorio apprezzato in una libera contrattazione di compravendita.

Il criterio della edificatorietà va ricavato da fattori precisi, quali l'ubicazione, la estensione e la giacitura del fondo, la presenza non solo delle strade ma di tutti gli altri apprestamenti necessari, come: la fognatura, l'acqua e la illuminazione"; C. app. Roma, 19 dicembre 1939, Min. guerra c. Mantovani, in *Giur. opere pubbl.*, 1940, 173: "non può ammettersi il carattere edificatorio del terreno espropriato sol perché posto in vicinanza dell'abitato, se nella zona non si aveva uno sviluppo edilizio in atto all'epoca dell'espropriazione"; Cass. Regno, 26 aprile 1939, Troilo c. Ist. prev. soc., in *Giur. opere pubbl.*, 1939, 465: "costituisce apprezzamento di fatto, incensurabile in cassazione, quello con cui il giudice di merito, ai fini di stabilire il valore venale di un terreno, per determinare l'indennità di esproprio, ritiene che lo sfruttamento industriale della zona in cui il terreno trovasi, non è certa o probabile, ma rappresenta una eventualità incerta e problematica"; C. app. Bari, 21 dicembre 1936, Min. comun. c. De Benedicits, in *Corte Bari*, 1937, 6: "nel determinare l'indennità di espropriazione per pubblica utilità si deve tener conto del valore attuale dell'immobile non di quello basato su semplici aspettative, onde non può attribuirsi sopraprezzo edilizio, quando la zona caduta in esproprio sia agricola e non presenti in atto quelle trasformazioni da cui si possa desumere che già sussista un aumento di valore per caratteristiche edificatorie.

L'essere un suolo compreso nell'ambito di un piano regolatore non è motivo sufficiente a farlo ritenere edificatorio, tale essendo solo quello che si trovi in prossimità delle fabbriche attuali o che, per speciali contingenze di ubicazione o di bisogni, dimostri chiaramente di poterlo diventare prima di quelli vicini".

generalizzate e a basso costo, come quella che si inaugurò con la legge 865/1971 e che dopo la sentenza 5/1980 è finita in un lago di debiti che ancora oggi pesano sui bilanci delle amministrazioni comunali, poiché l'applicazione del criterio del valore venale non consente di svincolare l'indennità dalla rendita generata dalle (serie) aspettative di edificabilità, che invero il "mercato", mosso da logiche economiche, non manca mai di registrare.

8. Le problematiche irrisolte dell'urbanistica: l'imparzialità, la perequazione, gli accordi

Venendo ora agli effetti "benefici" dello scorporo dello *ius aedificandi*, essi si colgono essenzialmente - oltre che sul piano della sistematica giuridica, finalmente affrancata dalle contraddizioni logiche in cui oggi si dibatte - su alcuni dei maggiori fronti problematici dell'urbanistica, quali la trasparenza delle scelte pianificatorie, la parità di trattamento dei proprietari, l'"intercettazione" della rendita fondiaria, il coinvolgimento dei privati nelle decisioni di assetto del territorio.

Tra le ragioni della crisi dell'urbanistica, invero molteplici e di varia natura, v'è che si discute da anni dei medesimi problemi senza trovare una soluzione veramente soddisfacente.

Questioni come liberare la pianificazione dai condizionamenti dei proprietari, rendere questi ultimi indifferenti rispetto alle scelte urbanistiche, eliminare *quam maxime* le sperequazioni, arginare l'appropriazione privata del plusvalore dei terreni determinato dalle destinazioni edificatorie (e dalle risorse pubbliche impiegate di conseguenza), garantire la parità di trattamento, rendere effettiva l'imparzialità nelle scelte di assetto territoriale (imparzialità intesa nel senso proprio di dare ingresso ai soli interessi avvalorati dall'ordinamento), hanno visto offrire risposte plurime ma sempre parziali, talvolta tardive, mai risolutive, sempre controverse.

E oltre ad essere risalenti nel tempo⁶⁷, sono oggi aggravate dalla necessità di proteggere il territorio dall'eccessivo "consumo" e dalla progressiva riduzione del fabbisogno di nuovi volumi, che - unitamente al progresso delle tecniche costruttive - fa sì che sia in continuo aumento la sproporzione tra le aree astrattamente idonee all'edificazione e quelle che possono essere

⁶⁷ Di mancata soluzione del "problema fondamentale della perequazione urbanistica" e di intollerabile incapacità di intercettare la rendita parlavano già, rispettivamente, G. D'ANGELO, Cento anni di legislazione urbanistica, in Riv. giur. ed., 1965, II, 160, e la Relazione di accompagnamento del d.d.l. n. 3774 presentato dal Ministro dei LL.PP. il 3 febbraio 1967 alla Camera dei deputati avente ad oggetto "Norme per una nuova disciplina della materia urbanistica" (III d.d.l. "Mancini"), in Riv. giur. ed. 1967, II, 51 ss.

“sostenibilmente” edificate.

Ne risulta particolarmente acuito il vecchio problema dell’“ingiustizia fondiaria”⁶⁸ che la “lotteria” delle scelte urbanistiche genera fra coloro (i più) le cui proprietà sono destinate a rimanere inedificate, e coloro (i meno) a cui il piano attribuisce invece la possibilità di costruire.

Risulta invero difficile condividere gli argomenti con cui la Corte costituzionale ha mandato assolto il potere di pianificazione urbanistica dalle censure di violazione della riserva di legge contenuta nell’art. 42, 2° comma, Cost.

Nella sentenza n. 38 del 1966, la Corte ebbe ad affermare che la riserva di legge, in quanto relativa, è rispettata nella misura in cui nella legge sono “contenuti elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell’amministrazione”, e ritenne che, al cospetto della disciplina conformativa della proprietà ad opera dei piani urbanistici, tali requisiti risultano osservati, in quanto i vincoli di zona, quali previsti dall’art. 7, 2° comma, della legge urbanistica, non sono il frutto di una “discrezionalità indiscriminata ed incontrollabile”, bensì di una “discrezionalità tecnica” che, “essendo condizionata da elementi di valutazione di carattere tecnico, importa che la regolamentazione devoluta all’Amministrazione (nella specie ai comuni), si deve svolgere entro determinati confini di carattere obiettivo, e che, per ciò stesso, rimane, sotto questo aspetto, delimitata nella libertà dell’apprezzamento”.

Solo una parte di tali rilievi risponde al vero, poiché 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

⁶⁸ L’espressione è di F. KARRER, *Problemi, obiettivi e soluzioni per la riforma urbanistica*, in P. URBANI, *La disciplina urbanistica in Italia, Problemi attuali e prospettive di riforma*, Torino, Giappichelli, 1998, 118.

essere toccati dalla determinazione stessa”⁶⁹. 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).

E’ questa, del resto, la ragione per cui, sullo sfondo di tutte le questioni che si agitano intorno ai vincoli di inedificabilità, al regime della proprietà fondiaria e alle garanzie di indennizzo contenute nell’art. 42 Cost., aleggia anche l’art. 3 della carta fondamentale ed emerge palese, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, la costante preoccupazione di assicurare il rispetto dei principi di imparzialità e di uguaglianza.

Si tratta di un problema sociale, oltreché giuridico, di non poco rilievo, aggravato dalla particolare debolezza del controllo esercitato dalla giurisprudenza amministrativa sugli atti di pianificazione del territorio.

Le scelte dell’amministrazione relative alle esigenze di fondo della comunità che attraverso la pianificazione del territorio si intende soddisfare sono ritenute pressoché insindacabili, salvo che per la necessità di un minimo di motivazione che si risolve nella illustrazione dei criteri generali, di ordine tecnico-discrezionale, seguiti nell’impostazione del piano. Ma anche il controllo circa l’“attitudine” delle singole zone o aree territoriali a ricevere le destinazioni loro assegnate è esercitato a maglie molto larghe, in cui rimangono impigliate solo le scelte caratterizzate da palese irrazionalità o da manifesto travisamento dei luoghi⁷⁰. E ciò, ovviamente, alimenta a dismisura sospetti e insoddisfazione per come le scelte urbanistiche vengono assunte.

Se poi un controllo, seppure debole, è assicurato con riferimento alle previsioni che paralizzano le aspettative dei proprietari prescrivendo un regime

⁶⁹ G. MORBIDELLI, *Pianificazione territoriale e urbanistica*, in *Enc. Giur. Treccani*, 29.

⁷⁰ Il principio secondo cui le scelte effettuate dall’amministrazione nell’adozione degli strumenti urbanistici costituiscono apprezzamento di merito sottratto al sindacato di legittimità, salvo che non siano inficiate da errori di fatto o da abnormi illogicità, per quanto criticato in dottrina (per l’“eccessiva discrezionalità” come rileva P. URBANI, *La costruzione della città pubblica: modelli perequativi, diritto di proprietà e principio di legalità*, in *Giustamm.it*, e perché “si traduce spesso nell’arbitrio”: C. CACCIAVILLANI LANZIERI, *Il rapporto tra pubblico e privato nella formazione e gestione dei programmi complessi: la perequazione urbanistica*, in *Riv. Giur. Urb.*, 207, 483) è stabile in giurisprudenza: v. tra le più recenti Cons. Stato, Sez. VI, 16 maggio 2013, n. 2653; Sez. IV, 27 gennaio 2012, n. 425; Sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6049; Sez. IV, 13 luglio 2011, n. 4242; Sez. IV, 16 maggio 2011, n. 2957.

di inedificabilità assoluta (preordinato o meno all'espropriazione), esso manca del tutto laddove viene attribuito anche un minimo di destinazione edificatoria. La sperequazione tra i proprietari, infatti, affiora a livello giurisprudenziale solo nel caso di ablazione totale della rendita urbana, mentre è ritenuta del tutto irrilevante dinanzi alla differenziazione delle destinazioni e delle quantità edificabili.

Progressi nel senso di riequilibrare la posizione dei proprietari e di renderli indifferenti rispetto alle scelte di assetto territoriali si sono compiuti con la diffusione della pianificazione perequativa, che tuttavia presenta non poche controindicazioni sul piano operativo per la macchinosità dei meccanismi di compensazione e di trasferimento dei diritti edificatori, per i c.d. *compliance costs* che si accumulano sui proprietari, per la necessità del consenso di questi ultimi e la conseguente difficoltà di rendere le scelte di ciascun proprietario indipendenti da quelle degli altri⁷¹) e soprattutto è parziale e non è in grado funzionare efficacemente in presenza di uno sviluppo edificatorio contenuto.

Il limite insuperabile della perequazione è infatti da ravvisare nell'essersi diffusa tardivamente, quando ormai i piani urbanistici non devono più fronteggiare la tumultuosa espansione che ha caratterizzato il secondo dopoguerra, ma principalmente il recupero e la razionalizzazione dell'esistente. La crescita delle città è ormai finita, le costruzioni, non solo residenziali, sono addirittura in esubero⁷², e anche a livello di slogan si stanno sempre più diffondendo i piani a "volumi zero"⁷³. La perequazione, invece, richiede nuove

⁷¹ La perequazione produce infatti l'indifferenza dei proprietari rispetto alle scelte urbanistiche ma non dinanzi alle scelte degli altri proprietari, e in ciò è da ravvisare uno dei suoi maggiori limiti, giacché – come osserva P. URBANI (*La costruzione della città pubblica: modelli perequativi, diritto di proprietà e principio di legalità*, cit.), la drastica riduzione della "possibilità dei privati di poter disporre in modo individuale della proprietà" ripropone "il tema della proporzionalità rispetto al sacrificio imposto al privato che va visto anche sotto il profilo dei tempi attraverso i quali il privato può soddisfare il suo interesse al bene della vita. In altre parole, se per poter trasformare la proprietà – da fondiaria in edilizia – il privato è ancorato a complessi processi sui quali non può in alcun modo incidere poiché dipendono dall'insieme delle volontà di altri soggetti, siamo di fronte ad un vincolo di rinvio a successiva attuazione delle prescrizioni urbanistiche che in parte dipendono dall'iniziativa privata ed in parte anche dalla pubblica amministrazione (stipula convenzioni)". Per un inquadramento dei fatti di "scarso successo" (pratico) della perequazione v. la lucida e non ottimistica analisi di E. BOSCOLO, *La perequazione da semplificare*, cit., 47 ss.

⁷² Persiste, anzi tende ad accentuarsi, la domanda proveniente dalle classi meno agiate, ma essa difficilmente può trovare soddisfazione nel mercato, rendendosi invece necessario l'intervento della mano pubblica.

⁷³ Ovviamente trattasi solo di slogan. Il problema dell'"eccesso di cemento" non si risolve con il divieto generalizzato di nuove costruzioni, che finisce con il far mancare gli immobili necessari a soddisfare domande reali stante l'irrazionale distribuzione dei volumi sul

aree di espansione; senza di esse viene meno la sua stessa ragion d'essere, la fonte da cui si alimenta⁷⁴.

Dinanzi alla sproporzione obiettivamente registrabile tra aree "disponibili" per l'edificazione (cioè aree che presentano requisiti obiettivi di idoneità alle trasformazioni edilizie) e necessità sociali/sostenibilità ambientale di nuove costruzioni, la perequazione o non funziona o è costretta a tradire la sua stessa missione.

Non funziona in quanto la distribuzione di una volumetria scarsa su un territorio vasto mediante l'attribuzione di un indice perequativo molto basso rende economicamente irrealizzabile il programma di ricomposizione fondiaria a cui essa mira. Il proprietario persegue l'utile, e quando i margini di profitto sono esigui, i costi delle transazioni da compiere sono alti, e altrettanto alta è l'alea a cui va incontro ogni iniziativa immobiliare (oggi in particolare), difficilmente è stimolato a compiere le complesse operazioni richieste dai piani perequativi.

Tradisce la sua stessa ragion d'essere quando, per evitare gli inconvenienti illustrati, seleziona le aree di trasformazione in modo da assegnare ad esse un indice territoriale economicamente "appetibile", poiché perpetua, nei fatti, quella stessa disparità di trattamento che si propone di superare.

Per questa ed altre ragioni la perequazione si è diffusa più a livello ideologico che quantitativo⁷⁵, e sebbene costituisca una tecnica pianificatoria di cui "non si può fare a meno"⁷⁶, essa non può rappresentare l'unico modello a cui fare riferimento, in quanto può trovare applicazione solo in presenza di condizioni particolari.

A non minori critiche, infine, vanno incontro le esperienze di urbanistica

territorio.

⁷⁴ Cfr. E. BOSCOLO, *Una conferma giurisprudenziale (e qualche novità legislativa) in tema di perequazione urbanistica* (commento a Tar Lombardia, Brescia, 8 novembre 2002, n. 866), in *Riv. giur. ed.*, 2003, 827: "Va poi aggiunto che spazialmente la perequazione trova applicazione - come ricorda ancora la sentenza in commento - solo in alcune specifiche porzioni del territorio, nelle quali, schematizzando, la zona C lambisce la zona F, offrendo la possibilità al pianificatore di ricomprendere (frammenti di) entrambe le zone in unico comparto. Per contro, come ha ricordato P. URBANI (in *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, *Riv. Giur. Urb.*, 2002, in part. 590) non vi è invece alcuno spazio per la perequazione (tramite comparto) nelle parti della città in cui l'obiettivo del pianificatore è principalmente quello del riuso. In sostanza, la perequazione è praticabile unicamente nelle aree di espansione, aree che, sia detto, rappresentano soltanto uno dei segmenti (e spesso neppure il più esteso) del territorio comunale".

⁷⁵ Cfr. E. BOSCOLO, *La perequazione da semplificare*, cit., 47 s.

⁷⁶ P. STELLA RICHTER, *Relazione generale al XIII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico*, Trento, 8-9 ottobre 2010, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 18.

consensuale che, nonostante l'ostilità mostrata da certa magistratura requirente e contabile, si sono andate a diffondere e nella prassi e a livello legislativo regionale.

Va premesso che non sono condivisibili le censure "di fondo" rivolte a tali pratiche, fondate sul piano teorico su una pretesa non negoziabilità degli interessi pubblici da perseguire nell'esercizio dei poteri di pianificazione e sul piano pratico sul sospetto che dietro gli accordi si celino collusioni illecite o, nelle migliori delle ipotesi, frammentazione degli interessi e disparità di trattamento. Infatti in urbanistica esiste un'obiettiva necessità di mediare i programmi (e i fini) pubblici con gli interessi dei privati, senza il cui apporto ogni scelta pianificatoria che non sia di mero divieto è destinata a costare molto alle casse pubbliche o a rischiare l'inattuazione. E le altre obiezioni sono superabili in presenza di un'amministrazione "attrezzata" e di procedure trasparenti⁷⁷.

Del resto, dagli accordi l'Amministrazione ha molto da guadagnare. Se da parte del privato l'interesse è giustificato essenzialmente dalla certezza del rapporto e dalla maggiore tutela dell'affidamento⁷⁸, e dunque dalla possibilità di pianificare in sicurezza gli investimenti, a vantaggio dell'Amministrazione (e della collettività di cui è esponenziale) v'è un intero ventaglio di elementi: non solo l'adesione preventiva dei privati alle scelte pubbliche, che conferisce certezza e celerità all'azione amministrativa e rafforza le garanzie di attuazione, ma anche la preventiva acquiescenza alle previsioni che sacrificano le aspettative e/o la sfera giuridica dei privati, che elimina i rischi e comunque i rallentamenti provocati dal contenzioso giudiziario, la possibilità di ricorrere allo strumentario e ai rimedi del diritto privato (ad es. la previsione di penali, l'esercitabilità dell'azione di adempimento ... ecc.)⁷⁹, la possibilità di superare il limite della stretta legalità ottenendo - nell'interesse pubblico - più di quanto sarebbe conseguibile in via autoritativa⁸⁰.

E' sotto quest'ultimo profilo, invece, che le prassi in esame mostrano tutta la loro debolezza e sono censurabili. Infatti gli accordi, sia a "monte" che a "valle"

⁷⁷ Sulle ragioni del ricorso alla "consensualità" v. P. URBANI, *Urbanistica consensuale. "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 47 ss.

⁷⁸ Ai sensi dell'art. 11 della legge 241/1990 i limiti al recesso dell'Amministrazione dagli accordi e le conseguenze indennitarie sono di maggior favore per il privato rispetto a quanto previsto nel caso di revoca del provvedimento dall'art. 21 *quinquies*, stessa legge (sulla differenza tra recesso e revoca v. Tar Liguria, Sez. I, 11 luglio 2007, n. 1377).

⁷⁹ V. ad es. Tar Toscana, Sez. I, 16 settembre 2009, n. 1446.

⁸⁰ Sull'attitudine degli accordi amministrativi a fornire alle parti un'utilità maggiore di quella della mera adozione del provvedimento v. Cons. Stato, Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636.

della pianificazione⁸¹, sono normalmente condotti su tavoli bilaterali e tenuti separati, in cui l'Amministrazione gioca "partite" diverse con risultati anche fortemente differenziati, a seconda del potere negoziale esercitabile in base alle peculiarità di ogni singola situazione.

La natura bilaterale degli accordi non solo rende difficile coordinare la pluralità di interessi che invece rappresenta il *proprium* della pianificazione urbanistica, ma nuoce gravemente anche alla trasparenza dei rapporti e all'imparzialità dell'agire amministrativo⁸².

9. L'applicazione di regole concorsuali nella individuazione delle aree fabbricabili

Lo scorporo dello *ius aedificandi* contribuisce a superare questi inconvenienti, poiché consente di "iniettare" concorrenza nel settore delle aree fabbricabili e per questa via assicurare imparzialità, trasparenza, coordinamento degli apporti privati nel quadro definito dagli atti di pianificazione pubblica⁸³, arrivando là dove la perequazione non può operare efficacemente.

In alcune normative regionali si è da tempo cercato di sperimentare procedure di "confronto concorrenziale" per selezionare le migliori proposte di assetto territoriale.

Inizialmente i privati sono invitati, mediante pubblicazione di appositi bandi, a formulare proposte di assetto di ambiti indicati come potenzialmente trasformabili sì da premiare quelle più rispondenti all'interesse pubblico

⁸¹ Mentre la dottrina è divisa, in giurisprudenza si esclude che gli accordi possano avere ad oggetto le previsioni di assetto urbanistico di una certa area da introdurre in strumenti urbanistici generali (piano regolatore o assimilati), in quanto ciò risulta incompatibile con l'art. 13, legge 241/1990: Tar Toscana, Sez. I, 3 marzo 2009, n. 383. Si ammettono invece, pacificamente, gli accordi che disciplinano gli interventi per l'attuazione delle previsioni urbanistiche generali, tutti riconducibili al *genus* delle convenzioni di lottizzazione.

⁸² Dando adito al sospetto che l'Amministrazione sia forte con i deboli e debole con i forti. Si condividono appieno, al riguardo, le critiche rivolte da S. MORONI, *La città responsabile*, cit., 121, nei confronti di chi "considera addirittura un ... successo riuscire a ottenere "volontariamente" da certi operatori più di quanto previsto per legge – introducendo così discrezionali e disuguali tassazioni ad hoc e una generale imprevedibilità di funzionamento dell'intero sistema".

⁸³ Per una prima e interessante analisi della penetrazione di principi e regole del "mercato concorrenziale" nella disciplina urbanistica con riferimento alle opere di urbanizzazione e agli accordi amministrativi v. F. PELLIZZER, *Le opere di urbanizzazione tra concorrenza e organizzazione del territorio*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 59 ss. Nel testo si cercherà di illustrare i benefici effetti di un'applicazione assai più generale del "principio di concorrenza", e come ciò possa avvenire senza pregiudizio della potestà pianificatoria, e cioè senza rinunciare alla sintesi e al contemperamento degli interessi.

attraverso l'approvazione di apposite varianti precedute da accordi con i proprietari/proponenti⁸⁴.

Sulla scorta di tale esperienze, si è cercato di elevare il “confronto” con e tra le proposte dei privati a criterio ordinario di pianificazione, collocandolo nella fase di passaggio dalle scelte di assetto generale contenute nel piano c.d. strutturale (in cui viene fissato il quadro in cui le proposte possono essere presentate) alla localizzazione delle funzioni e dell'edificabilità contenuta nel piano c.d. operativo⁸⁵.

Ma le normative regionali non si sono spinte fino al punto di prevedere l'assegnazione dell'edificabilità in base a vere e proprie procedure concorsuali, limitandosi a fare delle proposte dei privati “elementi di valutazione”, non vincolanti, nella formazione dei piani.

Più in là si sono avventurate alcune esperienze comunali, in cui dinanzi alla necessità di individuare criteri obiettivi e non discriminatori per localizzare le previsioni edificatorie, per quantità assai scarse, su una assolutamente sovrabbondante superficie territoriale disponibile presentante le medesime caratteristiche di idoneità all'edificazione, l'amministrazione si è autovincolata ad allocare le previsioni edificatorie nelle aree in cui i proprietari avessero presentato proposte di assetto del territorio più rispondenti all'interesse pubblico secondo criteri obiettivi, predeterminati in un apposito bando, orientati a migliorare la qualità urbanistica e architettonica degli insediamenti e le dotazioni territoriali pubbliche⁸⁶.

⁸⁴ P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti*, Torino, Giappichelli, 2007, 142 ss., che individua il prototipo nell'art. 3 della legge reg. Emilia Romagna, 3 luglio 1998, n. 96 sui programmi di riqualificazione urbana, seguita dalla legge reg. Umbria n. 11/2005 (art. 28) e Marche n. 16/2005.

⁸⁵ Art. 30, c. 10, legge reg. Emilia Romagna 20/2000; art. 13, regolamento regionale della Toscana 3/2007.

⁸⁶ E' nota al riguardo soprattutto l'esperienza del Comune di Quarrata (PT), ormai approdata al secondo bando. Il Comune è dotato di un piano strutturale che, pur contenendo previsioni di crescita demografica abbastanza limitate (3355 abitanti per arrivare a saturare la capacità insediativa massima, in proiezione ventennale, di 25750 abitanti), cui consegue un contenuto “dimensionamento” dei suoli da destinare alla costruzione di residenze (mq. 302.000 di “suolo impegnato”), disegna un perimetro molto ampio di “crescita urbana”. E tale perimetro rimane assai ampio anche considerando che al suo interno debbono trovare collocazione tutte le altre funzioni urbane, e cioè le destinazioni miste residenza-lavoro, le strutture turistiche, gli spazi pubblici, gli insediamenti produttivi, commerciali e direzionali. Facendosi impegno di individuare criteri obiettivi e non discriminatori in base a cui localizzare le previsioni edificatorie, e quindi scartando *a priori* l'ipotesi di attribuire direttamente l'edificabilità secondo la tecnica dello *zoning*, il regolamento urbanistico (tale è il *nomen* che la legge reg. Toscana 1/2005 attribuisce al piano c.d. “operativo”) avrebbe potuto attribuire a tutte le aree interne al limite di crescita urbana un indice edificatorio

infimo, e applicare le tecniche della perequazione. Ma la capacità edificatoria globale sarebbe stata troppo bassa per indurre ragionevolmente i proprietari a cooperare tra di loro, e ciò, anche in considerazione del frazionamento della proprietà e sulla scorta delle passate esperienze che avevano visto l'incapacità dei proprietari di accordarsi per la presentazione dei piani di lottizzazione relativi ai comparti edificatori previsti dal "vecchio" PRG, avrebbe condannato il piano alla pratica inattuazione per carenza di iniziative.

L'Amministrazione ha pertanto agito diversamente, nel seguente modo.

Anzitutto ha proceduto a "dimensionare" lo sviluppo previsto nell'arco quinquennale di vita del reg. urb., distinguendo la quota di edificabilità sostenibile a seconda delle varie destinazioni d'uso e distribuendola tra gli ambiti urbanistici in cui è suddiviso il territorio comunale.

In particolare per gli insediamenti residenziali si è previsto un tot di incremento distribuendolo tra gli interventi di "recupero e riqualificazione insediativa" (a localizzazione vincolata) e gli interventi di nuova edificazione.

Ritenendo sufficiente a coprire il fabbisogno per i successivi 2/3 anni le edificazioni già in corso di attuazione e quelle a localizzazione vincolata, ha:

a) individuato all'interno del perimetro di crescita urbana tutte le aree non completamente urbanizzate e potenzialmente edificabili, cioè presentanti caratteristiche ubicazionali e morfologiche che le rendono potenzialmente idonee ad ospitare la futura espansione. Ha così individuato le c.d. aree a pianificazione differita: APD;

b) suddiviso tali aree in tre gruppi:

- APD 1: aree suscettibili di essere subito utilizzate a fini residenziali;

- APD 2: aree suscettibili di essere utilizzate a fini diversi dalla residenza (genericamente "produttivi");

- APD 3: aree che, nei termini di validità del reg. urb. (cinque anni), non sono suscettibili di accogliere nuove urbanizzazioni e che pertanto non possono essere ammesse alla procedura competitiva e comparativa per il periodo di validità del primo reg. urb.

Per gli insediamenti produttivi l'operazione è stata analoga, ma assai più semplice: infatti si sono individuate solo le cospicue aree impegnate dal vecchio PRG e ancora in corso di edificazione (che assommavano a complessivi mq. 266.928) e la superficie residua, pari a 100.000 mq., è stata assegnata alle zone "APD 2", il cui regime è analogo a quello delle APD1.

Tra le APD e le altre aree che concorrono al "dimensionamento" del reg. urb. (cioè alla quota di edificazione, residenziale produttiva, commerciale, direzionale, prelevata dal piano strutturale (P.S.) e assegnata dal reg. urb.) v'è una fondamentale differenza.

Le altre aree, infatti, sono immediatamente disponibili per l'edificazione privata. Le aree APD sono "le porzioni di territorio attualmente non urbanizzate, ma che il Piano Strutturale comprende nei Limiti di Crescita Urbana e che pertanto sono potenzialmente suscettibili di accogliere nuove urbanizzazioni. Nonostante ciò, il Regolamento Urbanistico non attribuisce loro alcuna potenzialità edificatoria, ma prevede alcune limitazioni e stabilisce le modalità con cui una parte dell'edificabilità disponibile nei limiti del dimensionamento del Regolamento Urbanistico potrà, in futuro, essere assegnata ad alcune di esse mediante la procedura competitiva e comparativa appositamente normata al Titolo II, Capo II, delle Norme Tecniche di Attuazione", e cioè mediante un'"implementazione" del reg. urb. da effettuare con un'apposita e già preventivata variante di "medio termine" ad esito di una procedura paraconcorsuale che vede i privati partecipare attivamente alle scelte

Il limite di queste tecniche pianificatorie, che pure hanno superato il primo vaglio della giurisprudenza⁸⁷, è rappresentato proprio dal fatto che non hanno inteso rimuovere il feticcio dell'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà. Partendo dal postulato che tale diritto preesiste al piano come attributo connaturale della proprietà, il piano è costretto ad assegnare un minimo di capacità edificatoria a tutti i terreni chi si trovano in condizioni analoghe o assimilabili (cioè a tutte le aree presentanti identica vocazione edificatoria).

Per sottrarsi alla critica di aver riservato alla mano pubblica lo *ius aedificandi* aggiudicandolo con procedure concorsuali ai migliori offerenti, secondo uno schema assimilabile alla concessione amministrativa incompatibile con l'inerenza "connaturale" al diritto di proprietà, l'amministrazione è pressoché costretta a riconoscere ai terreni interessati un "minimo" di edificabilità, quel

pianificatorie.

Vale peraltro fare presente, per non cadere in un eccesso di semplificazione, che quando si parla di assenza di "potenzialità edificatoria" nel piano di Quarrata, lo si fa con riferimento alle destinazioni residenziali e produttive a cui sono "votate" rispettivamente, le APD1 e le APD2, giacché per altre destinazioni d'uso le APD sono immediatamente edificabili.

In particolare esse presentano un regime d'uso e di trasformabilità che le rende ad altri fini (non residenziali e non produttivi) immediatamente edificabili come:

- parcheggi o aree di sosta a servizio degli insediamenti contermini;
- distributori di carburante;
- attrezzature di interesse generale;
- interventi consentiti nelle aree agricole.

L'Amministrazione ha quindi stabilito la quantità di SUL edificabile per usi residenziali e produttivi da "coprire" con la prima variante al reg. urb. Per localizzarla, ha sollecitato la presentazione di proposte impegnative premiando quelle maggiormente rispondenti all'interesse pubblico, da recepire mediante un'apposita variante al reg. urb. da approvare contestualmente ai piani attuativi proposti dai privati. Più precisamente, come in tutte le procedure concorsuali (o meglio: in tutte le procedure per l'"attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere": v. art. 12, legge n. 241/1990) ha valutato le proposte sulla base di criteri predeterminati nel bando, tutti orientati a migliorare la qualità urbanistica, ambientale (consumi energetici, fonti rinnovabili, acustica e sismica) e sociale (residenze per i meno abbienti) degli insediamenti e le dotazioni territoriali pubbliche.

L'esame è stato affidato ad un'apposita commissione tecnica in posizione di autonomia rispetto agli organi di governo dell'amministrazione che ha formulato una motivata graduatoria sottoposta all'approvazione della giunta. I proponenti sono stati invitati a sottoscrivere un apposito accordo amministrativo in cui hanno assunto l'impegno a predisporre un piano attuativo in variante al reg. urb.

La decisione finale, ovviamente, è riservata al consiglio comunale, quale titolare del potere di pianificazione.

⁸⁷ Tar Toscana, Sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3010; ID., 1 marzo 2011, n. 367; ID., 20 luglio 2011, n. 1259.

tanto che basta - secondo la costante giurisprudenza⁸⁸ - per superare la censura uscendo dall'angusta categoria del vincolo ablatorio ed entrare nel vasto regno della "conformazione".

Prendendo atto della separazione tra proprietà e *ius aedificandi* questi inconvenienti risultano superabili e la pianificazione concorsuale può prendere respiro ed assurgere a modello generale complementare alla perequazione, sviluppando coerentemente, nei limiti della discrezionalità di cui l'Amministrazione dispone in punto di governo del territorio, i principi di trasparenza, imparzialità e "concorsualità" che sono alla base di ogni attività attributiva di vantaggi economici⁸⁹.

Infatti, anziché

- individuare direttamente le aree edificabili, perimetrando secondo la consueta tecnica pianificatoria dello *zoning* appositi ambiti di espansione tra i tanti presentanti analoghe e simili condizioni ed attribuendo ad essi, e solo ad essi, l'edificabilità in base a determinati indici urbanistici;

- individuare (in alternativa) ambiti perequativi ristretti, perpetuando però la medesima disparità di trattamento tra proprietari beneficiati dall'edificabilità e proprietari (di aree simili per vocazione edificatoria) penalizzati da previsioni limitative;

- definire all'opposto comparti perequativi effettivamente comprendenti tutte le aree con attitudine edificatoria, ma attribuendo un indice edificatorio così basso da non indurre ragionevolmente i proprietari a cooperare tra di loro e in tal modo condannando il piano alla pratica inattuazione per carenza di iniziative;

- negoziare su tavoli separati con i proprietari l'assetto delle aree prima di compiere le scelte urbanistiche, secondo una prassi di urbanistica consensuale di dubbia legittimità⁹⁰ (e anche di dubbia praticabilità, se i "tavoli" sono tanti),

con il piano "concorsuale" l'Amministrazione può improntare la pianificazione ad un dialogo "corale" con tutti i proprietari potenzialmente interessati all'edificazione, ponendoli in concorrenza tra loro e selezionando in modo trasparente e non discriminatorio le proposte più rispondenti all'interesse pubblico. In tal modo si eliminerebbero i comportamenti opportunistici (i *free*

⁸⁸ V. sentenze citate alla nota 7 e alla nota precedente. Analoga operazione, *mutatis mutandis*, è stata posta in essere nel PRG di Roma, in cui per assicurare al Comune una dotazione di aree pubbliche si è fatto ricorso a meccanismi incentivanti consistenti nell'attribuzione di un *surplus* di volumetria a chi accetta di cedere una porzione dell'area di intervento al Comune (v. Cons. Stato, IV, 13 luglio 2010, n. 4545).

⁸⁹ Secondo la previsione generale contenuta nell'art. 12 della legge n. 241/1990.

⁹⁰ V. *supra* nota 81. Aggiungasi che la negoziazione bilaterale "a monte" è priva di parametri predeterminati atti a vincolare l'esercizio della discrezionalità, e quindi non può rappresentare un antidoto alle disparità di trattamento.

riders che sovente tengono in pugno gli altri proprietari), in quanto il confronto con il mercato porta ad espellere definitivamente chi non è disponibile a cooperare, si ridurrebbe (con la predisposizione di regole chiare) l'incertezza, si renderebbe efficace la collaborazione dei privati premiandola con l'attribuzione di prospettive edificatorie appetibili, si acquisirebbe alla mano pubblica parte del plusvalore generato dalle previsioni edificatorie e - non ultimo - si manterrebbe saldamente queste ultime in un quadro di programmazione del territorio frutto di scelte maturate in piena autonomia (in quanto rassegnato "a monte").

Una volta che l'analisi (squisitamente "tecnico-discrezionale") del territorio e l'individuazione (squisitamente "politica") e dei limiti allo sviluppo ha consentito di individuare il perimetro massimo dell'edificato e il fabbisogno sostenibile di aree edificabili, e l'applicazione di criteri esclusivamente tecnici (cioè quelli propri dell'"urbanistica" intesa come scienza) ha portato ad individuare i suoli che per caratteristiche fisico-strutturali si prestano allo sviluppo edificatorio, operazioni queste che nello schema "dualistico" fatto proprio da un cospicuo numero di leggi urbanistiche regionali possono essere affidate al piano strutturale, la scelta di dove, come e quando allocare le (scarse) previsioni edificatorie tra i suoli (di ben più ampia superficie) che presentano condizioni equivalenti diventa espressione di pura discrezionalità da esercitare nel c.d. piano operativo, il cui svolgimento viene guidato attraverso la predisposizione di regole chiare e giustiziabili, atte a mettere i privati in concorrenza tra loro e orientate alla massimizzazione dell'interesse pubblico⁹¹.

In tal modo non solo si toglie il velo su ciò che è sotto gli occhi di tutti: e cioè che i criteri tecnici non sono gli unici a sorreggere e a guidare le scelte di assetto territoriale, essendovi un ampio ed insopprimibile spazio per scelte squisitamente discrezionali, ma si consente di rendere obiettivo, imparziale, sindacabile ed efficace l'esercizio della discrezionalità, e di ricondurre alla mano pubblica una parte della rendita urbana, senza che l'Amministrazione abdichi alla sua funzione pianificatoria e di sintesi degli interessi.

L'Amministrazione, infatti, ha già disegnato a monte, nell'esercizio (unilaterale e partecipato) dei poteri di pianificazione generale, il quadro di assetto generale e ha così già individuato le "equivalenze" tra le aree

⁹¹ La dottrina in tema di perequazione ha già ampiamente indagato la possibilità che al piano urbanistico, e segnatamente al piano strutturale, sia affidata la funzione "sostanzialmente accertativa" di individuazione delle aree edificabili, per tali intendendosi quelle che appaiono suscettibili di urbanizzazione e di utilizzazione edificatoria sulla base della ricognizione delle caratteristiche geomorfologiche, allocative e giuridiche (assenza di vincoli extraurbanistici) "in sé prive di apprezzamenti discrezionali": v. M.A. QUAGLIA, *Pianificazione urbanistica e perequazione*, Torino, Giappichelli, 2000, 33 ss., partic. 37 da cui sono tratte le frasi tra virgolette.

potenzialmente edificabili, in competizione tra loro in quanto in sovrannumero (cioè sovradimensionate) rispetto alle esigenze da soddisfare e alle funzioni da insediare. In questa sede è tenuta ad applicare parametri di valutazione delle proposte idonei a premiare quelle più rispondenti all'interesse pubblico, come - esemplificando - la qualità insediativa ed edilizia, il risparmio energetico, il minor consumo di suolo, l'ecosostenibilità delle costruzioni, la coerenza con le scelte del PS, l'assegnazione di ulteriori benefici pubblici (l'incremento delle aree a standard e delle dotazioni territoriali, la messa a disposizione di alloggi sociali, l'attuazione in tempi rapidi e garantiti degli interventi ... ecc.).

Parametri, questi, che sono suscettibili di essere predeterminati e valutati in modo obiettivo e che certamente non risultano "estranei" al campo degli interessi che l'Amministrazione deve prendere in considerazione nell'esercizio dei poteri di pianificazione del territorio, sì che sono suscettibili di ingresso nel processo decisionale senza costituire sintomo di sviamento e, soprattutto, senza richiedere un'espressa previsione normativa, collocandosi tra i criteri a cui può rapportarsi l'esercizio del potere pianificatorio.

Ciò consente altresì, con il dirottare parte del profitto privato verso l'utilità collettiva, di intercettare la rendita urbana, che con la sua produzione collettiva di valore di cui si appropria passivamente il proprietario rappresenta da sempre uno dei nodi irrisolti dell'urbanistica, non con meccanismi autoritativi, rigidi, scoordinati e perciò stesso incapaci di garantire parità di trattamento, ma attraverso l'antidoto più efficace, vale a dire la concorrenza.

10. Una nota conclusiva

In conclusione, la separazione dello *ius aedificandi* dal diritto di proprietà non può definirsi oggetto di una vecchia e ormai archiviata questione, ma una vicenda ancora viva e capace di aprire nuovi orizzonti al governo del territorio.

Se è vero - come ha affermato di recente il Consiglio di Stato - che il potere di pianificazione urbanistica deve essere "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"⁹², e che perciò deve essere funzionalizzato allo sviluppo complessivo ed armonico del territorio, tenendo conto delle potenzialità edificatorie "non in astratto, bensì in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni

⁹² Sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710 relativa al p.r.g. di Cortina d'Ampezzo.

dei luoghi”⁹³, occorre ripensare al *proprium* dell’urbanistica (del “governo del territorio”) e riscrivere le regole di garanzia per i privati⁹⁴.

Con lo scorporo dello *ius aedificandi* non solo si prende finalmente atto di una situazione storica in cui i suoli edificabili sono divenuti una rarità, un’“eccezione” dinanzi alla vera “regola” dell’inedificabilità, e tali debbono rimanere per non ricadere nella politica dissipatoria di tanti anni, ma si creano le basi perché il principio di concorrenza penetri nella pianificazione urbanistica e possa spiegare i suoi benefici effetti. Non la “nazionalizzazione” dei suoli, come si invocava (o si paventava, dipende dai punti di vista) ai tempi del disegno di legge Sullo, ma la creazione di un vero “mercato” dei titoli edificatori aperto alla concorrenza degli operatori, liberato dalla rendita di posizione e interamente regolato da scelte pianificatorie rese imparziali e trasparenti.

⁹³ Sez. IV, 8 luglio 2013, n. 3606, relativa al p.r.g. di Trani.

⁹⁴ Ad es., il disegno di liberalizzazione delle attività commerciali che emerge dal d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 e dai decreti legge dell’“emergenza” (d.l. 98/2011, conv. in legge 111/2011; d.l. 201/2011, conv. in legge 214/2011), non può venire contraddetto da una pianificazione urbanistica che, per ragioni di ottimale assetto del territorio, ma per perseguire logiche economiche protezionistiche, si indirizzi verso il mantenimento dello *status quo*, facendo mancare le aree per le funzioni commerciali in cui possano insediarsi nuove imprese di media e grande distribuzione o ostacolando la ristrutturazione e la concentrazione delle attività esistenti.

LA CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI EDIFICATORI

Serena Meucci*

1. Il nuovo art. 2643 num. 2-bis c.c. e la circolazione dei diritti edificatori

La novella del 2011¹, nel consentire la trascrizione *ex art.* 2643 numero 2-*bis*) c.c. dei contratti che “trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati”, conferma un percorso legislativo caratterizzato dall'intervento sul profilo dell'opponibilità quale strumento di risoluzione di conflitti tra titoli incompatibili. Ne è esempio significativo, da ultimo, la codificazione degli articoli 2645-*ter* in tema di trascrizione degli atti di destinazione² e 2645-*quater*³ ai sensi del quale sono trascrivibili i contratti e gli “altri atti di diritto privato, anche unilaterali” con i quali vengono costituiti a favore dello Stato, della regione, degli altri enti pubblici territoriali ovvero di enti svolgenti un servizio di interesse pubblico, vincoli di uso pubblico o ogni altro vincolo richiesto dalle normative statali, regionali e dagli strumenti urbanistici locali.

La scelta di inserire tra gli atti trascrivibili *ex art.* 2643 c.c. anche gli atti costitutivi, traslativi e modificativi dei diritti edificatori richiede una riflessione attenta intorno alle regole di *circolazione*, con l'obiettivo di delineare il percorso evolutivo nel quale inserire la novella.

Prendere le mosse dal profilo circolatorio potrebbe sollevare qualche perplessità in punto di ricostruzione logica giacché la circolazione rappresenta un *posterius* rispetto alla natura giuridica della situazione circolante⁴. D'altra

* Distretto Notarile di Firenze Pistoia Prato; Università Cattolica del Sacro Cuore.

¹ Si tratta dell'art. 5, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106.

² Per ulteriori approfondimenti, sia consentito rinviare a S. Meucci, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, *passim*.

³ Così l'art. 6 comma 5-*quaterdecies* del d.l. 2 marzo 2012, n. 16, recante “Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento”, convertito con modificazioni dalla legge 26 aprile 2012, n. 44.

⁴ La stessa tecnica legislativa, pur con i limiti e le critiche che possono essere mosse, mostra di intervenire sulle regole di circolazione fuggendo da disposizioni di tipo sostanziale o qualificatorio. La novella, già ad una prima lettura, sollecita una sorta di indifferenza per il *nomen*, per la definizione tecnica: sono trascrivibili i contratti che trasferiscono i diritti edificatori *comunque denominati*. L'intervento sul solo profilo pubblicitario risulta allora coerente con la concorrenza di competenze normative in materia urbanistica e di conformazione del territorio nel quadro tracciato dal novellato art. 117 Cost. Sicché l'ampiezza (e l'indeterminatezza) definitoria accolta dal legislatore conferma da un lato la

parte, nel tema che qui ci impegna, è proprio la circolazione, la trasferibilità dei diritti edificatori separatamente dall'area la cifra che sostanzia la novità concettuale rispetto alla tradizionale "cessione di cubatura".

I diritti edificatori esprimono la potenzialità volumetrica dell'area la cui circolazione è consentita dall'art. 2643 num. 2-bis c.c. così determinando uno scorporo della capacità volumetrica dalla titolarità del suolo. A fondamento vi è, dunque, un problema di inquadramento e compatibilità costituzionale con riferimento all'art. 117 Cost. e al riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni⁵. Sono coinvolte la potestà legislativa concorrente in materia di "governo del territorio"⁶ (art. 117, 2° comma, lettera m) Cost.) e quella esclusiva statale in punto di "ordinamento civile"⁷ (art. 117, 2° comma, lettera l) Cost.), nel cui ambito rientrano, come ha avuto occasione di precisare la Corte costituzionale, le regole di circolazione. La pluralità dei livelli di complessità che distingue l'istituto in parola sin dalla dimensione costituzionale, trova ulteriore espressione nel rinnovato quadro delle fonti caratterizzato dalla stratificazione della legislazione in materia urbanistica. Il legislatore statale si è limitato a tratteggiare frammenti di regolazione, il che impone all'interprete l'onere di ricostruire la natura giuridica e la disciplina dell'istituto dall'analisi combinata delle fonti che lo regolano. In questo contesto, una riflessione sulle regole di circolazione dei diritti edificatori richiede in primo luogo di inquadrare la novella in un più ampio percorso normativo, soffermarsi poi su alcuni aspetti problematici con particolare attenzione al contratto, al titolo e infine tentare di fornire alcune indicazioni concrete proprio in punto di circolazione immobiliare.

consapevolezza che i diritti edificatori fanno parte del sistema normativo e della prassi che da tempo ne ha sperimentato negozi dispositivi in accordo con la Pubblica Amministrazione e, dall'altro, l'idoneità a comprendere la molteplicità variegata delle normative locali nelle quali si fa ricorso anche a *nomina* diversificati. Per ulteriori approfondimenti, v. S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit.

⁵ Per ogni approfondimento sul tema, si rinvia alle considerazioni svolte dal Prof. Mario Esposito.

⁶ La formulazione, come è noto, è frutto della revisione del Titolo V della Costituzione intervenuta con legge cost. n. 1/2012: l'originaria previsione era in termini di "urbanistica". Sul punto la Corte costituzionale ha fornito due importanti contributi sia definendo la materia "governo del territorio", di cui all'art. 117, 3° comma, Cost., sia chiarendo la natura ed i limiti dei "principi fondamentali" che il legislatore statale è legittimato a dettare nelle materie rimesse alla potestà legislativa concorrente ai sensi dell'ultimo inciso del detto 3° comma. Si tratta di Corte Costituzionale 19 dicembre 2003, n. 361, in Foro amm. Cds, 2003, 12, 3562, con nota di S. FOÀ, *La materia "edilizia" rientra nel "governo del territorio". Legge statale e limiti al potere sanzionatorio regionale per omesso/ritardato versamento del contributo di costruzione*.

⁷ In tema, v. G. ALPA, *L'ordinamento civile nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *I contratti*, 2004, n. 2.

2. Dalla cessione di volumetria ai diritti edificatori: evoluzione degli strumenti convenzionali di pianificazione del territorio. Gli aspetti negoziali

La disciplina urbanistica conosce da sempre strumenti negoziali in grado di incidere sul profilo attuativo della pianificazione territoriale⁸.

Fermo il potere della Pubblica amministrazione nel processo conformativo della proprietà privata, è riconosciuto all'autonomia privata il compito di organizzare i beni a fini urbanistici, integrando i programmi di pianificazione del territorio. Ne è conferma la proliferazione dell'urbanistica per accordi consistente nell'applicazione dei principi introdotti dalla legge n. 241/1990 e, in particolare, del ricorso agli accordi tra amministrazioni (art. 15) e tra potere pubblico e privato (art. 11)⁹. Nella prassi negoziale sono diffuse accanto a forme sempre più evolute di accordi rivolti alla urbanizzazione delle aree di espansione o riqualificazione urbana, meccanismi negoziali di "micropianificazione ad iniziativa privata"¹⁰.

Una delle figure in cui si realizza tale composizione di interessi (pubblici e privati) è la c.d. cessione di cubatura, mediante la quale il proprietario di un'area "cede" la potenzialità edificatoria della stessa o parte di essa in favore di un altro terreno, il cui titolare, incrementando la capacità di espansione, ottiene dal Comune un permesso di costruire "maggiorato"¹¹. La cessione di cubatura rinvia a una consolidata prassi contrattuale la quale, pur con ricostruzioni giuridiche differenziate, introduce un certo grado di flessibilità e

⁸ A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, Giuffrè, 1994, 226 ss.

⁹ Il tema dell'applicabilità dell'art. 11 della legge 241/1990 ai procedimenti urbanistici è oggetto di vivace dibattito in dottrina e giurisprudenza. v. A. TRAVI *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro It.*, 2002, 5, 274 s.; S. CIVITARESE, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche* in F. PUGLIESE-A. FERRARI (a cura di), *Presente e futuro nella pianificazione urbanistica*, Milano, Giuffrè, 1999, 163; P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000.

¹⁰ In termini di "micropianificazione a iniziativa privata" si è espresso A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1982, vol. 7, 527.

¹¹ Da tale schema negoziale sono fiorite non poche variazioni, espressioni tutte dell'espansione degli strumenti convenzionali (si pensi al c.d. accorpamento e alla riserva di cubatura). Sul punto, in particolare, v. M. LIBERTINI *Sui trasferimenti di cubatura in Contratto e Impresa*, 1991, 73; ID. *Sui trasferimenti di cubatura in I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, t. III, Torino, Utet, 1995, 2253; M.A. MAZZOLA, *Le servitù* in G. CASSANO (a cura di), *Proprietà e diritti reali*, Padova, Cedam, 2007, t. II, 1815; F. PATTI-F. RUSSO *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico in Vita not.*, 2001, 1675.

consente così di pervenire agli effetti desiderati dai privati, ovvero una diversa pianificazione dello sfruttamento edificatorio¹². La Pubblica Amministrazione una volta esaurito il procedimento pianificatorio, non ha infatti più alcuna *potestas variandi* nella ripartizione delle volumetrie edificabili: solo i privati possono comprimere il proprio diritto mediante strumenti di natura privatistica, spettando all'Amministrazione di prendere atto del programmato asservimento e controllare che sia conforme alle prescrizioni degli strumenti urbanistici.

La natura giuridica della convenzione in parola rimanda a una problematica tuttora aperta, affrontata con diversificati accenti da dottrina e giurisprudenza, e non pochi affanni. La difficoltà ricostruttiva trova fondamento nella “doppia” natura, privatistica e pubblicistica, che la caratterizza. L'operazione si articola in due momenti distinti seppure dipendenti: il primo, genetico, costituito dall'accordo tra i proprietari che autoregolamentano i propri interessi; il quale viene portato a realizzazione con l'emanazione del provvedimento amministrativo (seconda fase) che conclude l'iter e realizza l'effetto voluto. Lo stretto rapporto tra interessi pubblici (il corretto e regolato sfruttamento del territorio) e privati (la commercializzazione della capacità edificatoria) coinvolti fa sì che risulti inidoneo alla realizzazione del concreto scopo perseguito il solo accordo privato di incremento edificatorio del fondo e al contempo ingiustificata l'irrilevanza dell'autonomia negoziale per il conseguimento del risultato. L'atto amministrativo che determina lo spostamento volumetrico da un fondo all'altro, in assenza di una precisa manifestazione di volontà del cedente la volumetria, non è in grado di creare un vincolo di inedificabilità tale da poter essere fatto valere a livello privatistico; d'altra parte il negozio giuridico non seguito dall'atto amministrativo non realizza il risultato concretamente perseguito. Le due vicende mantengono autonoma rilevanza, pur funzionalmente collegate e necessarie per realizzare il risultato perseguito dalle parti.

L'evoluzione normativa e della prassi prende le mosse dalle tecniche sviluppate in materia di accordi di micro pianificazione e *ne supera i limiti*.

Nella cessione di cubatura i fondi devono essere posti all'interno della medesima zona urbanistica o, almeno, avere la stessa destinazione, così sussistendo un doppio limite, di tipo quantitativo e qualitativo. Tramite la cessione di volumetria non viene mutato l'indice di densità complessivo della zona o del comparto e non vi è alcun intervento premiale della condotta del privato da parte dell'Amministrazione: qualora quest'ultima accolga la regolazione privata dello sviluppo edificatorio, all'inedificabilità totale o

¹² La prassi nota come cessioni di cubatura trova origine nella introduzione ad opera della c.d. legge ponte (legge n. 765/1967) dell'art. 41-*quinquies* nella legge urbanistica del 1942 contenente la previsione degli *standard* urbanistici ed edilizi, volti a determinare, tra l'altro, gli indici di densità edilizia, la distanza tra fabbricati e i rapporti fra gli spazi destinati agli insediamenti residenziali o produttivi e gli spazi pubblici o riservati alle attività collettive.

parziale del fondo cedente, corrisponde un eguale incremento della volumetria utilizzabile nel fondo cessionario. Non muta in altri termini la distribuzione totale del carico urbanistico sul territorio (c.d. “cubatura media”).

Ancora. Elemento qualificante la cessione di cubatura è la sussistenza e l’individuazione del fondo cessionario, di atterraggio per usare un linguaggio che appartiene alla circolazione dei diritti edificatori. Non è un caso che la dottrina che in modo approfondito si è cimentata nella ricostruzione dell’istituto abbia escluso dal fuoco della propria analisi il problema della disponibilità in via autonoma della volumetria, proprio per la difficoltà e le incertezze che tale prospettiva schiude¹³: la connessione tra due fondi, si osserva, è stata “finora” un elemento tipizzante la cessione di cubatura e “... non si è mai prospettato un *trasferimento astratto di cubatura* avente ad oggetto una capacità edificatoria di cui l’acquirente possa avvalersi in un qualsiasi altro terreno di sua proprietà”. La discontinuità concettuale propria della circolazione dei diritti edificatori rispetto al trasferimento di volumetria si ravvisa proprio in questo, cioè nella *manca di inerenza di detti diritti con la proprietà dell’area e nella loro capacità circolatoria svincolata dal fondo stesso*.

Se la dottrina si è arrestata ai limiti della cessione di cubatura, la prassi e la legislazione (nazionale e locale) hanno tracciato un’evoluzione precisa. Nell’ultimo ventennio si assiste al proliferare di strumenti urbanistici caratterizzati dal progressivo abbandono della necessaria individuazione del fondo “cessionario” della volumetria e dall’esigenza di gestire in via negoziale la capacità edificatoria: si tratta dell’urbanistica perequativa, compensativa e premiale¹⁴. Al centro di tali strumenti di pianificazione e dell’evoluzione normativa vi è la disposizione dei diritti di volumetria con limiti e regole diversificate a seconda della funzione perseguita. Caratteristica comune è l’attitudine a generare diritti edificatori, con conseguente scissione della capacità edificatoria dalla proprietà del terreno da cui ha origine, con funzioni e finalità distinte¹⁵.

¹³ M. LIBERTINI I “*trasferimenti di cubatura*”, in *Il Contratto, Silloge in onore di Giorgio Oppo*, vol. I, Padova, Cedam, 1992, 670.

¹⁴ In tema di perequazione e compensazione, *ex multis*, P. URBANI, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 587 ss.; A. POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evolutiva dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, II, 3 ss.; CROSETTI, *Evoluzione del regime d’uso dei suoli e nuovi strumenti di perequazione urbanistica*, in *Quad. reg.*, 2004, 547 ss.; S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹⁵ Quanto alla compensazione, la giurisprudenza ha fatto propria la consapevolezza dell’utilità concreta di tale istituto quale strumento alternativo all’espropriazione e ai costi della liquidazione monetaria dell’indennizzo. V. al riguardo Tar Veneto Venezia, sez. I, 19 maggio 2009, n. 1504, in *Foro amm. Tar* 2009, 5 1374 ove si osserva che il modello

D'altra parte, nel contesto precedente la novella dell'art. 2643 c.c., la prassi e la disciplina locale che da tempo avevano sperimentato e realizzato diritti edificatori declinati con funzione perequativa, compensativa e premiale si scontravano con l'assenza di regole circolatorie precise, da ricondurre, in ossequio alla architettura costituzionale, alla riserva legislativa in materia dell'ordinamento civile e quindi alla competenza statale esclusiva. Questo limite è emerso più volte anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha espresso orientamenti favorevoli al ricorso ai diritti edificatori con riferimento in particolare alla funzione perequativa¹⁶ ed ha al contempo evidenziato l'esigenza di un intervento statale al fine di dare certezza alla circolazione e così garantire compatibilità costituzionale¹⁷.

L'incidenza sul profilo circolatorio ad opera dell'art. 2643 num. 2-bis conferma una linea evolutiva che muove nel senso dell'introduzione nel nostro ordinamento di strumenti negoziali atti a moltiplicare le utilità derivanti dai beni, con due limiti precisi: la predisposizione di strumenti pubblicitari idonei a garantire un sistema sicuro ed ordinato di circolazione e l'introduzione di rimedi a tutela delle posizioni giuridiche coinvolte. In questo senso, i diritti edificatori e la relativa circolazione esprimono una diversa prospettiva del contratto oltre il ruolo ad esso tradizionalmente conferito, cioè quello di strumento che consente di assicurarsi un diritto e realizzarne la circolazione. Il negozio assurge a mezzo che crea un bene e ne tratteggia la disciplina, uno strumento che direttamente plasma la ricchezza da fare circolare¹⁸.

perequativo (nella fattispecie introdotto dall'art. 35 della legge reg. Veneto) consente di procedere all'acquisizione di aree aventi destinazione pubblica "evitando il procedimento espropriativo, mediante la loro cessione al Comune, ovviando in tal modo al contenzioso derivante dalla reiterazione dei vincoli di destinazione pubblica"

¹⁶ Cfr. Cons. Stato 8 giugno 2010, n. 4545 in *Giornale dir. amm.*, 2010, 9, 964. I Giudici, riformando la pronuncia di prime cure, hanno dichiarato legittimi gli istituti di perequazione urbanistica previsti dal Piano regolatore del Comune di Roma. Più precisamente, la Corte ha 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".

¹⁷ E' lo stesso legislatore che nella relazione illustrativa alla legge n. 106/2011 di conversione del d.l. n. 70/2011 ha giustificato il proprio intervento in virtù dell'esigenza di "garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori".

¹⁸ Cfr. M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale, Contratto e Impresa*, 2013, n. 1, 69.

3. La circolazione dei diritti edificatori

Gli effetti della trascrizione sono quelli propri della pubblicità dichiarativa sicchè a norma dell'art. 2644 c.c., tra più acquirenti di un diritto edificatorio da un medesimo autore, prevale colui che ha trascritto anteriormente il proprio acquisto. E ai terzi acquirenti di diritti sull'immobile di partenza, dal quale cioè sono scissi i diritti edificatori, sono inopponibili gli atti di trasferimento dei diritti stessi qualora non trascritti.

Ciò sul presupposto – è bene precisarlo - che il trasferimento dei diritti edificatori produce effetti traslativi immediati, fatta salva, naturalmente, una diversa modulazione dell'efficacia realizzabile, per esempio, attraverso il meccanismo condizionale. Non siamo cioè in presenza di una fattispecie a formazione progressiva, incompleta al momento della stipulazione del contratto e destinata a perfezionarsi con l'asservimento dei diritti nel fondo di destinazione o con il rilascio del titolo urbanistico legittimante l'edificazione.

La trascrizione opera in duplice direzione: sia con riguardo alle regole di circolazione “pura” dei diritti edificatori, giacché risolve i conflitti tra più aventi causa dei diritti stessi, sia con riguardo all'area e al suo status giuridico dal momento che, in mancanza di trascrizione, all'acquirente del fondo non è opponibile il precedente trasferimento (non trascritto) ad un terzo dei diritti edificatori.

Con riferimento al titolo, i negozi traslativi dei diritti edificatori possono colorarsi della causa concreta più diversa e, a livello generale, presentare carattere gratuito, liberale (con il rispetto dei requisiti formali in caso di donazione vera e propria) od oneroso. Nel caso di atto liberale, è appena il caso di precisare che tale ipotesi non si scontra con il divieto di cui all'art. 771 c.c. in materia di donazione di beni futuri non foss'altro perché i diritti edificatori rappresentano beni attuali, economicamente apprezzabili ed immediatamente fruibili. La mancata inerenza a un fondo così come l'idoneità a circolare separatamente dall'area non ne mutano la natura in beni futuri. Nell'ambito della onerosità, poi, la causa si colora in relazione alla fattispecie concreta dell'atto di cessione, sicché si può prospettare oltre alla vendita, la permuta, la prestazione in luogo di adempimento, fino al conferimento in società¹⁹. E' inoltre possibile il ricorso alla trascrizione *ex art. 2645-bis c.c.* del contratto preliminare avente a oggetto il trasferimento dei diritti edificatori; né pare di ostacolo la circostanza per la quale l'art. 2645-*bis c.c.* non richiami espressamente il n. 2-*bis* dell'art. 2643.

¹⁹ In questo caso, l'aspetto più problematico investe le modalità e i criteri con i quali stimare il valore dei diritti edificatori conferiti, soprattutto in considerazione delle potenziali modifiche dello strumento urbanistico ad opera della Pubblica Amministrazione.

Ancora. Nel quadro della dimensione circolatoria possiamo interrogarci circa la trasmissibilità *mortis causa* dei diritti edificatori. La risposta è reperibile nel sistema. L'acquisto successorio di diritti reali immobiliari è soggetto a trascrizione a norma dell'art. 2648 c.c. e trova applicazione per esso la disposizione di cui all'art. 2650 c.c. in tema di continuità, ai sensi del quale in assenza della formalità relativa al precedente acquisto non producono effetto le successive trascrizioni degli atti aventi ad oggetto il trasferimento dei diritti edificatori stessi. Sicché qualora nel patrimonio ereditario vi siano diritti edificatori, attraverso l'atto di accettazione espressa di eredità viene data pubblicità del trasferimento ai sensi dell'art. 2648, 1° comma, c.c.; in mancanza di espressa accettazione, sarà l'atto dispositivo compiuto dall'erede ad essere soggetto – *ex art. 2648 3° comma, c.c.* - alla formalità dell'accettazione (tacita), trattandosi di atto che implica l'assunzione di tale qualità ai sensi dell'art. 476 c.c.²⁰

Un aspetto destinato a svolgere un ruolo decisivo nel successo della novella investe le garanzie nel trasferimento e quindi le tutele, con particolare riferimento al cessionario avente causa dei diritti edificatori sia con riguardo ai rapporti con il dante causa, sia nella dialettica con la Pubblica Amministrazione fino al conseguimento del titolo urbanistico legittimante l'edificazione. Non pochi sono gli aspetti di incertezza dei quali l'interprete deve farsi carico e l'operatore tenere conto nel confezionare il contratto. E' possibile in primo luogo interrogarsi in ordine alle conseguenze in caso di cessione di diritti edificatori già asserviti o per i quali la costruzione sia realizzata. A questo riguardo, le vicende del negozio traslativo dei diritti edificatori, intesi quali beni autonomi, consentono di rinvenire nel sistema gli strumenti di tutela applicabili alla fattispecie concreta (per esempio, se riconducibile allo schema della compravendita), con la precisazione che le garanzie stesse possono essere pattizamente rafforzate o escluse entro i limiti di legge.

Non solo. Un possibile abuso – al quale si contrappone un'esigenza di tutela – può annidarsi nella opacità che contraddistingue il profilo estintivo, di consumazione dei diritti edificatori in assenza di regole generali di loro effettivo "censimento". Di questo aspetto ci occuperemo nel paragrafo successivo.

Gli interrogativi si spingono fino a considerare le tutele dell'avente causa nei confronti della PA con riguardo, in particolare, alla configurabilità – e, in caso di risposta affermativa, ai limiti - di uno *ius variandi* in testa dell'Amministrazione

²⁰ Al riguardo v. SAPORITO, *L'accettazione dell'eredità*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, vol. I, Padova, Cedam, 1994, 260). La trascrizione dell'acquisto dell'eredità, come è noto, produce effetti diversi da quelli dell'art. 2644 c.c., norma volta a risolvere il conflitto che eventualmente si instauri tra erede ed avente causa dal *de cuius*: la funzione della trascrizione degli acquisti *mortis causa ex art. 2648 c.c.* è invero quella di realizzare la continuità delle trascrizioni.

sui diritti già immessi sul mercato. Nelle vicende legate al trasferimento dei diritti edificatori, il trascorrere del tempo apre inevitabilmente una serie di problematiche legate a sopravvenienze conseguenti a modifiche dello strumento urbanistico ad opera della Pubblica Amministrazione tali da rendere inattuabile la spendita dei diritti edificatori in circolazione. La modifica dei diritti “in volo”, stante la variabile di incertezza che viene inserita nel rapporto contrattuale, non solo può disincentivare l’istituto, ma soprattutto, ai fini che qui rilevano, incide in modo rilevante sulla posizione giuridica del titolare. A questo riguardo, si potrebbe argomentare che una volta entrati nel patrimonio del privato, l’incidenza ad opera della Pubblica Amministrazione sui diritti edificatori (fino alla relativa rimozione) soggiace alla generale disciplina dell’espropriazione.

Più in generale, il titolare dei diritti edificatori “in volo” (dunque, non ancora asserviti) è portatore di un’aspettativa giuridicamente protetta a conseguire il titolo legittimante l’edificazione, aspettativa che, a ben vedere, risulta qualificata dall’agire stesso della Pubblica Amministrazione nel momento in cui ha immesso sul mercato tali diritti. Se così è, l’idoneità dei diritti edificatori a circolare separatamente dall’area, oltre a rappresentare la cifra e l’elemento di discontinuità concettuale dell’istituto, ne orienta le tutele dal momento che individua chiaramente nell’avente causa il titolare di una posizione giuridica degna di protezione. E’ appena il caso di considerare infine come la predisposizione di efficaci meccanismi di tutela nei confronti del potere modificativo della Pubblica Amministrazione assolva anche una funzione di “responsabilizzazione” dell’agire dell’Amministrazione stessa nella fase pianificatoria, di “creazione” di tali diritti.

4. Il regime della trascrizione. Alcune indicazioni operative

E’ opportuno a questo punto tentare di declinare i risultati cui siamo pervenuti in punto di circolazione dei diritti edificatori nel contesto e nelle regole della trascrizione immobiliare. Prendiamo le mosse dalla perequazione; vedremo poi le specificità nel caso di compensazione e premialità urbanistica.

Il riconoscimento dei diritti edificatori in questo contesto proviene dallo strumento urbanistico laddove attribuisce un indice di edificabilità al comparto ed individua nell’ambito del comparto stesso le aree di concentrazione e le aree ad uso pubblico. Si ipotizzi che ciò avvenga, come peraltro accade usualmente, attraverso una convenzione urbanistica attuativa di Piano.

La Convenzione produce due effetti ai quali l’ordinamento consente di dare pubblicità, con regole specifiche e differenziate. Il primo consiste nel formale riconoscimento e attribuzione dei diritti edificatori perequativi. Il secondo, si concretizza negli effetti per così dire tipici della convenzione, ovvero la disciplina

dell'attività urbanistica ed edilizia nel rapporto tra Pubblica Amministrazione e privati. La Convenzione costituisce dunque titolo trascrivibile presso i RR.II. ai sensi: a) dell'art. 2643 numero 2-*bis* c.c. giacché costitutiva dei diritti edificatori; b) dell'art. 28, 5° comma, legge urbanistica 17 agosto 1942 n. 1150. La nota di trascrizione relativa al primo dei due effetti (costituzione di diritti edificatori) potrà essere strutturata indicando "a carico" il Comune ed "a favore" i proprietari degli immobili ricompresi nel Piano attuativo. Ad essa si accompagna la nota finalizzata a dare pubblicità ai vincoli di carattere urbanistico ed agli obblighi assunti dai proprietari ai fini dell'attuazione del Piano: così articolando come soggetti "a carico" i proprietari degli immobili ricompresi nel Piano ed "a favore", il Comune. In entrambi i casi i beni da indicare (Quadro B) sono gli immobili oggetto di Piano.

Così tratteggiate le regole relative al profilo costitutivo, occorre soffermarsi sulla fase propriamente circolatoria, la quale presenta gli aspetti più problematici dal momento che i diritti edificatori – lo abbiamo ampiamente argomentato – possono circolare liberamente ed essere trasferiti a terzi non titolari di aree di atterraggio. Il titolo va ravvisato nel contratto di cessione di detti diritti, trascrivibile *ex art.* 2643 num. 2-*bis* c.c. La relativa nota di trascrizione risulterà formulata indicando nel quadro relativo all'oggetto i beni immobili di partenza dai quali sono originati (decollati) i diritti edificatori e nel quadro relativo ai soggetti il titolare dei diritti stessi (come soggetto "a carico", al cui favore peraltro risulta già trascritta la Convenzione in quanto titolo costitutivo/ricognitivo del diritto) e l'acquirente (come soggetto "a favore").

E ciò a seguire, con riferimento ai successivi negozi traslativi di diritti edificatori.

La pubblicità delle vicende circolatorie non si esaurisce tuttavia nella vicenda puramente traslativa. Non può essere trascurato il profilo della *estinzione* dei diritti edificatori, profilo a ben vedere riconducibile alla previsione della novella nel momento in cui consente la trascrizione della modifica dei diritti stessi (ben potendo annoverarsi in tale aspetto la consumazione realizzata attraverso l'asservimento in un'area individuata). Oltre a considerazioni letterali, tale esigenza risulta supportata dalla necessità di reperire nel sistema idonei rimedi a protezione delle situazioni giuridiche coinvolte. Invero, particolare attenzione deve essere riservata ai rischi di possibile abuso dell'istituto in parola sia *ex ante*, nella fase cioè di creazione da parte della Pubblica Amministrazione e immissione di diritti edificatori sul mercato, sia *ex post*, con riguardo all'ipotesi di circolazione di diritti estinti, ipotesi tutt'altro che remota. Al di là dei dati risultanti dalle ispezioni nei registri Immobiliari, manca una previsione generale in punto di documentazione di vicende quali la costituzione,

l'estinzione e consumazione dei diritti edificatori²¹. Alcune normative regionali hanno introdotto e disciplinato un apposito registro nel quale annotare anche l'avvenuto consumo a fronte del rilascio del permesso di costruire relativamente ai diritti edificatori menzionati nel certificato. In questo caso il Notaio, richiesto di ricevere un negozio traslativo, potrà verificare la sussistenza dei relativi diritti – e, quindi, la mancata consumazione - con l'esibizione del certificato o di un estratto del registro. Non solo. Con l'obiettivo di dare conto ai fini pubblicitari della estinzione dei diritti edificatori appare opportuno che anche la disciplina urbanistica locale e le prescrizioni di piano prevedano la sottoscrizione di un atto d'obbligo e/o asservimento con il quale formalizzare la consumazione del diritto edificatorio ed il relativo "atterraggio" nell'area ricevente.

La nota di trascrizione relativa all'evento estintivo dei diritti edificatori può essere formulata indicando lo stesso soggetto sia "a favore" che "contro". Più precisamente qualora l'avente causa dell'atto di cessione dei diritti edificatori sia anche titolare delle aree di asservimento, il titolo sarà espressione di due eventi ai quali dare pubblicità *ex art. 2643, 1° comma, n. 2-bis c.c.*, con conseguente predisposizione di due note : 1) la cessione e 2) l'estinzione (asservimento). La cessione segue le regole di trascrizione poc'anzi indicate. Ad essa si accompagna l'evento estintivo con nota "a favore" e "contro" il medesimo soggetto, l'avente causa titolare del diritto edificatorio e dell'area ricevente. Gli immobili da indicare nell'atto e quindi nella nota saranno sia quelli di decollo, i quali hanno dato origine al diritto edificatorio, sia gli immobili riceventi sui quali si concentrano, estinguendosi, i diritti stessi.

Un ultimo cenno meritano, come anticipato, i casi di compensazione urbanistica. Si pensi alla cessione bonaria di un immobile a chiusura del procedimento espropriativo a seguito della quale il Comune attribuisce al cedente diritti edificatori. In questa ipotesi, l'atto di cessione costituisce anche titolo e formale riconoscimento in testa al privato dei diritti edificatori stessi essendo così soggetto alla pubblicità "contro" il Comune e "a favore" del privato nei termini anzi detti.

²¹ Accanto alla trascrizione che risolve il profilo della circolazione e della opponibilità, si manifesta l'esigenza di reperire uno strumento che consenta l'individuazione su base reale dei diritti edificatori. A questo riguardo si è proposto di fare ricorso alla Banca dati tipica della proprietà immobiliare quale è il Catasto. In particolare si tratterebbe di dedicare una categoria catastale fittizia (categoria F: F/7) dando vita per ogni particella rappresentata al Catasto Terreni che generi diritti edificatori, unità rappresentate al Catasto Fabbricati nella suddetta categoria fittizia, con gli stessi identificativi ed intestati della particella al Catasto Terreni. Sicché una volta presentato il tipo mappale a seguito della costruzione del fabbricato effettuata anche in forza dei diritti edificatori di cui alla categoria fittizia, detto riferimento catastale viene ad essere soppresso unitamente alla rappresentazione del terreno al Catasto Terreni.