

Profili pubblicistici dei diritti edificatori *

di

Stefano Fantini

Magistrato Tar

pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 6 ottobre 2011

Sommario: 1. L’ambito di rilevanza dei diritti edificatori. 2. Analisi degli istituti. 2.1. La perequazione urbanistica. 2.2. La compensazione urbanistica. 2.3. Le premialità edilizie. 3. La natura giuridica dei diritti edificatori. 4. Il regime giuridico dei diritti edificatori

1. L’ambito di rilevanza dei diritti edificatori

Appare necessario, in via preliminare, enucleare l’ambito tematico della relazione, anche al fine di chiarire la locuzione di “diritto edificatorio”, che, come meglio emergerà nel prosieguo, ha il pregio della sintesi, ma richiede in realtà delle specificazioni dal punto di vista contenutistico e definitorio. Il diritto edificatorio, in prima approssimazione, descrive la capacità edificatoria, espressa in termini di valore edificabile, ed evoca in sé la possibilità di circolazione, di commercio, di scambio, e, per estensione, di “mercato”.

Il contesto di riferimento è quello dell’urbanistica, e dunque della funzione pubblicistica di pianificazione del territorio ^{1[1]} e di conformazione della proprietà privata.

A questo proposito, è utile ricordare come per consolidata opinione, dottrinale e giurisprudenziale, sussista un’ampia discrezionalità nel potere di pianificazione; «non è possibile pianificare l’uso del territorio senza differenziare le varie sue parti, valorizzandone alcune (con il destinarle ad esempio all’edilizia privata) e mettendone altre più o meno direttamente al loro servizio (con il prevedervi opere di urbanizzazione od anche sola una zona verde); ... poiché il piano ha come oggetto principale quello di attribuire destinazione di aree, che non possono essere ovunque le stesse, esso riveste necessariamente un carattere discriminatorio» ^{2[2]}.

La discrezionalità della pianificazione ed il suo effetto intrinsecamente disuguagliante o discriminante non è notazione irrilevante, in quanto una delle ipotesi di utilizzo dei diritti edificatori

^{1[1]} La pianificazione assolve alla funzione prioritaria di determinazione della migliore destinazione di ciascuna porzione del territorio, e si esplica mediante atti, che prendono il nome di piani o strumenti urbanistici. La pianificazione può produrre effetti di conformazione del solo territorio, od anche della proprietà.

^{2[2]} STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, Milano, 2010, 47; in giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 1981, n. 367, in *Foro amm.*, 1981, I, 851.

è proprio quella della perequazione urbanistica, finalizzata, per l'appunto, a distribuire equamente i vantaggi dell'edificabilità, almeno con riferimento ad aree omologhe.

Più precisamente, «la perequazione consiste nell'attribuire anche ad aree qualificate dal piano non edificabili una cubatura potenziale da realizzare altrove, cioè su aree qualificate come edificabili»^{3[3]}; si attua in tale modo una dissociazione tra la conformazione della proprietà e la distribuzione della edificabilità.

Un altro ambito di commerciabilità dei diritti edificatori è quello della compensazione urbanistica, che, nell'attuazione del piano, si pone come alternativa all'espropriazione. In termini molto semplici, può aversi che, in presenza di un vincolo preordinato all'esproprio, il proprietario dell'area vincolata cede la medesima al Comune in cambio della disponibilità di una cubatura su di un'altra area.

Vi sono poi le c.d. premialità edilizie, che consistono nell'attribuzione di un diritto edificatorio aggiuntivo in caso di raggiungimento di determinati obiettivi pubblici, ed in particolare di interventi di riqualificazione urbanistica ed ambientale : anche in tale caso, seppure con qualche variante, riemergono i diritti edificatori.

Si può evincere fin da ora come i diritti edificatori attengano all'urbanistica consensuale, che cioè si avvale di modelli convenzionali, ed all'interno della quale vi è anche spazio per atti negoziali che intercedono tra privati.

I diritti edificatori si pongono come evoluzione dei negozi di trasferimento di cubatura o di volumetria, che consistono sostanzialmente nel «disporre a favore di altro soggetto del proprio *ius aedificandi*»^{4[4]}. Rispetto alla cessione di volumetria, che è possibile tra aree contigue, tanto da essere descritta come una *servitus non aedificandi*, i diritti edificatori vedono attenuato il carattere della realtà, intesa come vincolo reale sul fondo cedente.

2. Analisi degli istituti

^{3[3]} Così, ancora, STELLA RICHTER, *op. ult. cit.*, 51.

^{4[4]} Così URBANI, CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico*, Torino, 2004, 225, che rappresentano come «il rapporto che viene versato in convenzione concerne l'obbligazione del proprietario di asservire in tutto o in parte il proprio terreno, edificabile secondo le prescrizioni urbanistiche, alla costruzione di un edificio che dovrà sorgere su altro terreno legato, con il primo, da uno stretto vincolo di unitarietà sia fisica sia urbanistica, onde consentire al proprietario dello stesso di realizzare una maggiore volumetria, giacchè aumentando la superficie disponibile aumenta il volume realizzabile secondo l'indice –(di densità fondiaria)- proprio dell'area»; analogamente, in giurisprudenza, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4113, in www.LexItalia.it, 10, 2010. La giurisprudenza ha altresì chiarito come il negozio di cessione di cubatura non abbia efficacia traslativa, in quanto l'effetto costitutivo non è riconducibile al consenso delle parti, ma discende dal permesso di costruire. La cessione di cubatura è dunque una fattispecie a formazione progressiva in cui confluiscono, sul piano dei presupposti, dichiarazioni negoziali nel contesto di un procedimento amministrativo; a determinare il trasferimento di cubatura, tra le parti e nei confronti dei terzi, è esclusivamente il provvedimento concessorio : così Cass., Sez. II, 24 settembre 2009, n. 20623, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 1, 72.

Poste queste premesse, si pone ora la necessità di approfondire la disamina sulla perequazione urbanistica, sulla compensazione urbanistica e sulle premialità edilizie, al fine di meglio comprendere il *modus operandi* dei diritti edificatori.

Tale esame, benché condotto nelle sue linee essenziali, risulta articolato, in quanto non esiste una disciplina quadro statale uniforme; il che comporta la necessità di tenere conto delle variabili, o, come si usa dire oggi, della “varianti” normative regionali, che presentano una pluralità disomogenea di modelli.

2.1. La perequazione urbanistica

Si è, in precedenza, brevemente, fatto cenno al concetto di perequazione, evidenziando come il fondamento della stessa sia, in definitiva, il principio di eguaglianza formale, proclamato dall’art. 3, comma 1, della Costituzione ^{5[5]}.

La perequazione può avere un ambito ristretto, oppure interessare l’intero territorio comunale; generalmente si distingue tra “perequazione endoambito” e “perequazione diffusa” ^{6[6]}. A stretto rigore, solamente la seconda pone in luce la circolazione dei diritti edificatori, con i connessi problemi di “decollo, volo ed atterraggio”, atteso che nei piani con perequazione endoambito l’atto traslativo non incide tanto sui titoli volumetrici, e dunque sulle potenzialità edificatorie, quanto piuttosto sulla proprietà dei suoli interni ai perimetri di comparto-piano attuativo ^{7[7]}. Nel comparto allargato si ha invece la dissociazione tra diritto edificatorio e proprietà del suolo, il che esige di individuare un’area di decollo ed un’area di atterraggio del diritto stesso.

Diverse possono essere le tecniche perequative, ma quella più impiegata, e che più evidentemente realizza una forma di “giustizia distributiva”, si traduce nella ripartizione della capacità edificatoria delle aree interessate dalla trasformazione urbanistica in maniera proporzionale tra i proprietari delle aree stesse, a prescindere dalla destinazione d’uso assegnata alla singola area, e dunque dall’edificabilità effettiva ^{8[8]}; ne discende che anche i proprietari di aree inedificabili divengono

^{5[5]} Rileva URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino, 2011, 141, muovendo dal presupposto che la zonizzazione è discriminatoria nella misura in cui parcellizza le destinazioni d’uso e le vocazioni edificatorie, come «dalle *camere stagne* della zonizzazione si passa a un sistema perequativo di *vasi comunicanti* che permette oltre al riconoscimento dell’edificabilità virtuale anche la circolazione di tale edificabilità su tutto il territorio trasformabile».

^{6[6]} La giurisprudenza distingue talora, nell’ambito del “comparto perequativo”, tra il “comparto continuo”, che delimita un determinato settore del territorio nel quale sorgono i diritti edificatori e nel quale soltanto gli stessi possono essere utilizzati, ed il “comparto discontinuo”, i cui diritti possono essere trasferiti e sfruttati su aree diverse da quelle incluse nel perimetro originario : si veda T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 1 luglio 2010, n. 2810, in *Foro amm.*, TAR, 2010, 2607.

^{7[7]} Cfr. in argomento BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall’art. 5 del decreto sviluppo*, in *Urb e app.*, 2011, 1060.

^{8[8]} E’ il modello previsto, seppure con varianti, dall’art. 35 della L.R. Veneto 23 aprile 2004, n. 11 e dall’art. 11 della l.r. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12. Più specifica è sul punto la l.r. Umbria 22 febbraio 2005, n. 11, che, all’art. 29, comma 2, dispone che «il PRG, parte operativa, disciplina gli interventi di ristrutturazione urbanistica e di nuovo insediamento, assicurando una equa distribuzione dei diritti edificatori in riferimento alle condizioni urbanistiche ed alle situazioni di fatto e di diritto degli immobili».

titolari di diritti edificatori “virtuali” o “potenziali”. Tali diritti possono poi essere ceduti a titolo oneroso ai proprietari delle aree effettivamente edificabili, così determinandosi una trasformazione in diritti edificatori “reali”. E’ evidente, dunque, che può costruire solamente chi possiede un’area, cui il piano urbanistico assegni una edificabilità effettiva; ma egli deve acquistare, da chi non può usarla, la cubatura necessaria per raggiungere l’edificabilità effettiva.

A seguito dell’attribuzione dei diritti edificatori, i proprietari di aree destinate ad opere pubbliche od infrastrutture pubbliche le cedono all’Amministrazione, a titolo gratuito, o comunque (tali aree) vengono asservite per la realizzazione di servizi ed infrastrutture.

Si tratta di un meccanismo giuridico abbastanza complesso, in quanto presuppone il consenso dei proprietari delle aree di atterraggio, anche se è vero che, in difetto, l’Amministrazione potrebbe supplire con una riserva di aree pubbliche.

Al di là delle difficoltà pratiche, sembra condivisibile l’affermazione descrittiva secondo cui «il diritto edificatorio costituisce lo strumento per allocare dotazioni volumetriche anche a beneficio di fondi urbanisticamente non trasformabili, con lo scopo di consentire ai rispettivi proprietari di concorrere alla distribuzione dei benefici economici indotti dal piano, mediante lo scambio dei titoli rappresentativi di tale volumetria con i proprietari dei fondi accipienti, su cui si concentreranno le trasformazioni»^{9[9]}.

I diritti edificatori sono assegnati dal piano e possono divenire oggetto di scambio fin dal momento dell’approvazione del piano.

Si può dunque evidenziare un punto fermo : la perequazione urbanistica pone chiaramente in evidenza la «scissione tra la titolarità e l’esercizio dello *ius aedificandi* o meglio tra i suoli in cui esso gemina e cui inerisce ... e i suoli in cui concretamente trova esplicazione»^{10[10]}; ciò significa che il diritto edificatorio accede ad un fondo, ma le sue potenzialità non si sviluppano su quel fondo.

2.2. La compensazione urbanistica

L’istituto della compensazione urbanistica nasce dalla prassi, allo scopo di venire incontro alla sempre più pressante scarsità di risorse finanziarie, alla crisi fiscale, che, in questi tempi, affligge i Comuni, i quali, sovente, non sono in grado di corrispondere l’indennizzo dovuto per l’espropriazione della proprietà privata, parametrato al valore venale del bene.

Nel piano regolatore il Comune può prevedere la possibilità di attribuire una volumetria fabbricabile (od anche aree edificabili) in favore dei soggetti che cedono volontariamente le aree di

^{9[9]} Così, ancora, BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall’art. 5 del decreto sviluppo*, cit., 1061.

^{10[10]} MORBIDELLI, *Della perequazione urbanistica*, in www.giustamm.it, 6, 2009.

proprietà con una specifica destinazione pubblica; tale facoltà è stata ritenuta legittima anche da Corte cost., 20 maggio 1999, n. 179 ^{11[11]}.

La volumetria ceduta, ovviamente, non può essere utilizzata sull'area da cedere, ma su di una differente area di atterraggio, anch'essa predeterminata dal piano, al fine di mantenere un equilibrio tra le zone.

Anche in tale caso si pone il problema che l'area di atterraggio può non appartenere al soggetto destinatario della cessione di cubatura, che dovrà dunque acquisirne la disponibilità, potendo, diversamente, ove consentito dall'Amministrazione, alienare la quota di edificabilità attribuitagli.

La compensazione, che richiama in qualche misura lo schema della *datio in solutum*, assolve dunque ad una funzione "rimediale", tanto che è stato evidenziato in dottrina che i titoli volumetrici scambiabili si atteggiano, in questo caso, come crediti compensativi, a sottolineare «i tratti di una sequenza entro la quale il proprietario che adempie ad una obbligazione infrastrutturativo-urbanistica-paesaggistica ottiene il ristoro non mediante una contestuale controprestazione da parte dell'Amministrazione (come accadrebbe in caso di immediata liquidazione di una indennità in numerario o come accade quando al privato viene assegnata in permuta un'altra area), bensì tramite l'assegnazione di un titolo che garantisce a tale soggetto un soddisfacimento differito, conseguente ad un'altra vicenda giuridica di circolazione del suddetto titolo» ^{12[12]}.

I crediti edilizi sono dunque quantificati dal piano, ma, diversamente dai diritti edificatori della perequazione urbanistica, sono assegnati al proprietario del fondo vincolato solo dopo la cessione del fondo, e dunque in fase di attuazione urbanistica.

2.3. Le premialità edilizie

Affine alle tematiche ora trattate è quella delle premialità edilizie, che, pure, ruota intorno alla previsione, nel piano regolatore, di specifici ambiti in cui è possibile fare atterrare la cubatura per il raggiungimento di determinati obiettivi di interesse pubblico.

L'istituto ha un riconoscimento nella legge statale, ed in particolare nell'art. 1, comma 259, della legge finanziaria per il 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244), a norma della quale «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

^{11[11]} In *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 873.

^{12[12]} In termini BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, cit., 1061.

per gli ambiti di cui al comma 258» (e dunque per gli spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico od a parcheggi).

La premialità è tale in quanto si traduce nell'attribuzione di un diritto edificatorio aggiuntivo rispetto a quello previsto ordinariamente dagli strumenti urbanistici, in funzione del raggiungimento di un obiettivo di rilievo pubblico.

Le discipline regionali sono differenziate tra loro, anche dal punto di vista terminologico; la legge veneta del 2004 ^{13[13]} parla di credito edilizio con riferimento agli interventi di riqualificazione ambientale che danno origine al premio, allo stesso modo che per le compensazioni. La legge lombarda consente al documento di piano di prevedere, a fronte di rilevanti benefici pubblici, una disciplina di incentivazione, in misura non superiore al 15 per cento della volumetria ammessa, per interventi di riqualificazione urbana, per iniziative di edilizia residenziale pubblica e per la promozione dell'edilizia bioclimatica e del risparmio energetico, od ancora del recupero delle aree degradate e dismesse, nonché ai fini della conservazione di immobili di interesse storico ed artistico ^{14[14]}. Il tratto comune è dato dal fatto che «l'attribuzione di un *surplus* di diritti edificatori è riconosciuta nel caso di interventi di riqualificazione urbanistica ed ambientale» ^{15[15]}. Differenziata è invece la disciplina della circolazione (o commerciabilità) dei diritti edificatori premiali, che, a titolo puramente esemplificativo, è consentita nel Veneto, non prevista in Lombardia, ed ammessa in Umbria solo per interventi concernenti il centro storico.

La disciplina statale sul “piano casa”, rivolta all'incremento del patrimonio immobiliare ad uso abitativo, consente il perseguimento di tale obiettivo anche mediante la promozione da parte di privati in *project financing*; in tale evenienza l'art. 11, comma 5, lett. a), del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133) prevede la possibilità di trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo.

Tale normativa, sul piano sistematico, ingenera un dubbio ermeneutico, occorrendo chiedersi se i diritti edificatori ceduti al promotore siano comunque connessi ad una proprietà preesistente, ovvero costituiscano, come è stato, in via problematica, ipotizzato in dottrina, un “tesoretto” ^{16[16]} svincolato da una “dimensione realistica”; è evidente infatti che la seconda evenienza muterebbe il paradigma di riferimento, esorbitando dalla fattispecie conformativa della proprietà per accedere al tema delle concessioni amministrative.

In altre parole, sarebbe configurabile una riserva di crediti edilizi, disancorata dalla proprietà fondiaria, e dunque non inerente allo *ius aedificandi*, seppure determinante un consumo di suolo.

^{13[13]} Si tratta dell'art. 36 della già citata l.r. 23 aprile 2004, n. 11.

^{14[14]} Si tratta dell'art. 11, comma 5, della l.r. 11 marzo 2005, n. 12.

^{15[15]} BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in www.giustamm.it, 10, 2008.

^{16[16]} BARTOLINI, *op. ult. cit.*, 4.

Una soluzione di questo tipo, pur avendo trovato talora applicazione in alcune esperienze comunali ^{17[17]}, allo stato, non sembra compatibile con l'ordinamento giuridico, che, in linea di principio, non consente «al Comune di autogenerare diritti edificatori, prescindendo dal collegamento con un proprio diritto di proprietà sui suoli» ^{18[18]}. Un siffatto potere non può neppure ritenersi attribuito ai Comuni dalla legge sul piano-casa, che, piuttosto, si limita a riconoscere ed utilizzare a fini premiali i crediti edilizi ^{19[19]}.

3. La natura giuridica dei diritti edificatori

Enucleato l'ambito di riferimento dei diritti edificatori, pur nella consapevolezza della frammentarietà e variabilità del quadro ricostruttivo derivatone, si può ora tentare di analizzarne i più significativi profili di regime giuridico.

Non prima, peraltro, di avere chiarito la natura giuridica dei diritti edificatori, tema al quale si è fatto in precedenza (par. 1) riferimento come postulato.

Ora, da quanto esposto in tema di perequazione, compensazione e premialità edilizia trova conferma che i diritti edificatori, altrimenti detti crediti edilizi, o, con espressione più tecnica, titoli volumetrici, pur assumendo nelle tre delineate fattispecie un differente profilo funzionale, costituiscono la misura della trasformazione urbanistica realizzabile dal titolare dello *ius aedificandi*.

Descrivere la natura giuridica di questa nuova categoria dei diritti edificatori non è agevole, ma appare evidente l'afferenza dei medesimi al titolare del diritto di proprietà o di altro diritto reale immobiliare, non dissimilmente dallo *ius aedificandi*. Del resto, anche quando il diritto edificatorio è attribuito disgiuntamente dallo *ius aedificandi*, come si è in precedenza visto, ad esempio in materia di perequazione, od in ogni caso in cui siano oggetto di (successiva) autonoma negoziazione tra privati, la destinazione finale del diritto edificatorio (ciò da cui discende il suo valore economico) è l'atterraggio su di un bene immobile considerato edificabile dai piani urbanistici, e dunque la sua immedesimazione o, meglio, incorporazione nello *ius aedificandi*.

Il diritto edificatorio non è pertanto identificabile con lo *ius aedificandi*, anche se concorre a determinare la volumetria.

^{17[17]} E' il caso, ad esempio, del P.R.G. di Vigevano : al riguardo cfr. RENNA, *L'esperienza della Lombardia*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori : esperienze regionali a confronto*, a cura di BARTOLINI, MALTONI, Napoli, 2009, 70 e 84, il quale, con riferimento all'ipotesi che un Comune crei dal nulla e si autoassegni diritti edificatori, evoca, pur con le debite differenze, la vicenda del battere moneta senza riserva aurea.

^{18[18]} Così, ancora, BARTOLINI, *op. ult. cit.*, 4.

^{19[19]} Giova rilevare che la norma in esame, per quanto rileva in questa sede, è stata ritenuta da Corte cost., 26 marzo 2010, n. 121, in *Giur. cost.*, 2010, 1358, compatibile con gli artt. 117, 118 e 119 della Cost., e dunque non violare le autonomie locali, proprio in considerazione del fatto che contiene previsioni relative al trasferimento ed alla cessione dei diritti edificatori che incidono sulla materia "ordinamento civile", di competenza esclusiva dello Stato.

Sembra dunque che la prospettazione più corretta sia proprio quella, prima enunciata, di ritenere che i diritti edificatori indichino la «misura della trasformazione realizzabile dal titolare dello *ius aedificandi*»^{20[20]}; ne costituiscono dunque la dimensione quantitativa, determinando la volumetria realizzabile.

La precedente esposizione sulla natura dei diritti edificatori induce ad un'ulteriore considerazione in ordine al fondamento degli stessi, che va rinvenuto essenzialmente in leggi regionali, sebbene anche la legge statale se ne sia marginalmente occupata, riconoscendone l'esistenza ed intervenendo a disciplinare aspetti rimessi alla sua potestà legislativa esclusiva (come, da ultimo, il c.d. decreto sviluppo, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, in tema di trascrizione).

Ci si è chiesto se questa “base” legale regionale sia sufficiente.

Proprio l'inquadramento proposto induce a dare una soluzione, in linea di principio, affermativa al quesito, in quanto i diritti edificatori sono espressione del potere conformativo del territorio e della proprietà, che è il *quid proprium* della pianificazione urbanistica. Non viene dunque in gioco, sempre in linea di principio, la competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile (art. 117, comma 2, lett. 1, della Cost.), ma la potestà concorrente in materia di governo del territorio (art. 117, comma 3, della Cost.). La dottrina prevalente ritiene che, in ogni caso, siano rinvenibili nella legge urbanistica fondamentale (l. 17 agosto 1942, n. 1150) i principi fondamentali nell'ambito della legislazione concorrente sul governo del territorio, e, tra questi, il principio di zonizzazione, quello del rispetto dei limiti inderogabili di densità edilizia e di altezza; una parte della dottrina rinviene in particolare nell'art. 23 della legge urbanistica, in tema di comparti edificatori, la norma da cui inferire i principi fondamentali della materia^{21[21]}.

Resta inteso che laddove la disciplina dei diritti edificatori incida sulla materia dell'ordinamento civile, occorre la legge statale; il che, lo si ripete, è quanto emblematicamente avvenuto, da ultimo, con l'art. 5 del d.l. n. 70 del 2011, che, al fine di garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori, ha aggiunto il punto 2-bis) all'art. 2643 del c.c., in tema di trascrizione, il quale estende tale regime di pubblicità immobiliare ai «contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale».

Il riferimento alla pianificazione territoriale come fonte di disciplina dei diritti edificatori, contenuto nella norma da ultimo richiamata, schiude la strada ad un'ulteriore riflessione in ordine al fatto che,

^{20[20]} Così MALTONI, *Perequazione e compensazione nella legislazione urbanistica della Regione Emilia Romagna e nella disciplina di alcuni strumenti urbanistici locali. Considerazioni generali in tema di alienazione di diritti edificatori*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, cit., 99.

^{21[21]} Così, da ultimo, POLICE, *Governo e mercato dei diritti edificatori*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, cit., 33.

anche in assenza di una legge regionale, può essere lo strumento urbanistico a contenere una disciplina in questa materia.

E' quanto accaduto con il nuovo P.R.G. di Roma, in relazione al quale il Cons. Stato, Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545 ^{22[22]} ha ritenuto legittimo l'istituto perequativo della cessione di aree (tra l'altro, in questo caso, a favore dell'Amministrazione, e non *inter privatos*), come disciplinato dalle N.T.A. (del P.R.G.), proprio nella considerazione che, pur in assenza di una specifica previsione normativa, trova il suo fondamento "in due pilastri fondamentali" del nostro ordinamento, e cioè nella potestà conformativa del territorio di cui è titolare l'Amministrazione nell'esercizio della propria attività di pianificazione ^{23[23]}, ed al contempo nella possibilità di utilizzare modelli consensuali per il perseguimento di finalità di interesse pubblico, secondo quanto previsto dagli artt. 1, comma 1-bis, e 11 della legge n. 241 del 1990.

Il corollario della configurazione del diritto edificatorio come la dimensione quantitativa dello *ius aedificandi* è che lo stesso ha la consistenza di una *chance*, intesa come seria possibilità di trasformazione in termini volumetrici del territorio ^{24[24]}.

E' dunque innegabilmente una situazione soggettiva che dialoga con il potere, secondo la bella definizione di interesse legittimo di Scoca ^{25[25]}; in particolare è un interesse di tipo pretensivo, in quanto lo *ius aedificandi* è riconducibile al fascio di facoltà riconducibili alla proprietà fondiaria, il cui esercizio è condizionato al rilascio di un titolo abilitativo edilizio da parte dell'Amministrazione.

Peraltro, a ben considerare, il diritto edificatorio, che sembrerebbe, a questo punto, espressione un po' enfatica, è una situazione che vede la coesistenza (con gli interessi legittimi) anche di diritti soggettivi, secondo l'ormai consolidato insegnamento di Nigro ^{26[26]}, perché, ad esempio, tale natura ha il credito che sorge nel rapporto obbligatorio tra cedente e cessionario.

E' stato posto in evidenza in dottrina, come la vicenda privatistica che interessa la circolazione del diritto edificatorio sia condizionata al rilascio del titolo edilizio, sì da far dubitare dell'utilità di uno "sdoppiamento" della situazione soggettiva, in quanto oggetto di trasferimento bene potrebbero

^{22[22]} In www.giustamm.it, 7, 2010.

^{23[23]} A questo riguardo la giurisprudenza costituzionale, da una parte, ha ribadito che alla pianificazione, espressione del potere amministrativo di governo del territorio, è connaturata la facoltà di porre condizioni e limiti al godimento del diritto di proprietà di intere categorie di immobili; dall'altra parte, ha escluso che possano qualificarsi in termini di vincolo espropriativo tutti i limiti imposti al suolo dalla loro specifica destinazione, come pure i vincoli conformativi che non determinino il totale svuotamento della vocazione edificatoria di un suolo : cfr. Corte cost., 20 maggio 1999, n. 179, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 873.

^{24[24]} In tale senso si veda BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 303 ss.

^{25[25]} SCOCA, *Interessi protetti*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, 9.

^{26[26]} NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 151 ss.

essere interessi legittimi pretensivi finalizzati ad ottenere dall'Amministrazione il rilascio del titolo edilizio ^{27[27]}.

Non possono essere, d'altro canto, trascurate le opinioni che dalla possibilità di circolazione dei titoli edificatori ed, oggi, dalla stessa trascrivibilità degli atti che li riguardano desumono una qualificazione sostanziale dei titoli volumetrici (espressione con la quale si intende sottolineare la presenza di un titolo che consente di incidere sulla preesistente volumetria) alla stregua di beni incorporali od immateriali che possono formare oggetto di diritti (art. 810 del c.c.).

Sembra dunque corretto riconoscere che il diritto edificatorio è disciplinato al contempo da norme di azione e norme di relazione, secondo la nota distinzione di Giucciardi ^{28[28]}, che evidenziano il «"lato pubblicistico", inscindibilmente connesso alla sua derivazione e destinazione entro una vicenda rapportale che coinvolge anche l'Amministrazione, e di un "lato privatistico", che si manifesta ove il titolo viene assunto alla stregua di un bene-diritto avente natura patrimoniale e suscettibile di circolazione autonoma» ^{29[29]}.

4. Il regime giuridico dei diritti edificatori

A questo punto dell'esposizione occorre mettere in luce taluni nodi problematici che interessano il complesso meccanismo di funzionamento dei diritti edificatori.

Si è detto come questi ruotino intorno alla possibilità del titolare del titolo volumetrico di trasferire la propria cubatura mediante un negozio di cessione ad un altro soggetto che così acquista un credito edilizio, che può eventualmente commerciare con altri soggetti, e comunque far atterrare su di un'area cessionaria.

Il primo dubbio che si pone è se la possibilità del trasferimento di tali diritti "in volo", in una condizione, cioè, in cui è individuata l'area di decollo, ma non anche quella di atterraggio, consenta di parlare di un vero e proprio mercato di titoli smaterializzati, e dunque di un mercato di capacità edificatorie virtuali.

Benchè talune norme regionali siano costruite a "maglie larghe", come nel caso dell'art. 11 della l.r. Lombardia n. 12 del 2005 ^{30[30]}, non sembra esservi un reale spazio per un libero mercato dei diritti edificatori, in quanto le norme e gli strumenti urbanistici ne contemplanò la commerciabilità nella misura in cui siano funzionali ad un più equo ed efficiente governo del territorio; ne è la prova il

^{27[27]} Così, ancora, BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, cit., 305 ss.

^{28[28]} GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 30-31.

^{29[29]} Così BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, cit., 1064.

^{30[30]} La norma in questione non si pone il problema di garantire che, al momento della nascita del diritto edificatorio, sia anche individuata l'area di atterraggio, ed inoltre, al quarto comma, non pone alcun limite alla commerciabilità dei diritti attribuiti a titolo di perequazione e di compensazione.

fatto che tali negoziazioni sussistono negli ambiti, precedentemente descritti, della perequazione, della compensazione e delle premialità edilizie.

Risulta dunque un po' enfatica, seppure affascinante, e non ignota ad altri ordinamenti (ed in particolare agli Stati Uniti d'America ^{31[31]}), l'idea, ad esempio, di una "borsa dei diritti edificatori", prospettata in ambito milanese, e l'idea stessa di titoli volumetrici del tutto svincolati dalla proprietà immobiliare, e destinati a circolare alla stregua di titoli di credito, per poi, magari a notevole distanza di tempo, eventualmente atterrare.

Anche perché, e passando così ad esaminare un ulteriore profilo problematico del regime dei diritti edificatori, il contesto pubblicistico nel quale gli stessi si collocano, non li rende immuni dal potere di revisione del piano da parte dell'Amministrazione, e cioè dal c.d. *ius superveniens* ^{32[32]}. Si intende osservare come, salva l'ipotesi in cui l'Amministrazione si autolimiti, magari disponendo di voler tenere ferma l'attribuzione, per un certo periodo, dei diritti edificatori, vi è sempre la possibilità di una variante che modifichi *in peius* i diritti edificatori, o finanche li estingua, o comunque della decadenza dei vincoli.

Si intende bene come il decorso del tempo, con le possibili sopravvenienze, di fatto o di diritto, può incidere sui diritti edificatori, con conseguenti delicati problemi, anche per l'Amministrazione, che si potrebbe vedere esposta alla necessità, quanto meno, di indennizzare il titolare del titolo volumetrico.

Ciò richiama l'attenzione sulla necessità di una grande cautela da parte dell'Amministrazione, in quanto, se è consentito al potere conformativo di autonomizzare la *chance* edificatoria ^{33[33]}, occorre al contempo evitare che tale facoltà divenga una nuova forma, pericolosa se scriteriata, di finanza creativa.

E comunque, a prescindere da ciò, le ultime considerazioni esposte pongono in evidenza il fatto che, ove si intenda configurare un mercato dei titoli edificatori, proprio riflettendo sul rischio cui vanno incontro i crediti edilizi in volo, e cioè non ancora atterrati sull'area di destinazione, si tratterebbe di un mercato a rischio di inefficienza e soprattutto "non libero", perché condizionato dal ruolo di decisore dell'Amministrazione pubblica, e dunque non di un mercato di diritti ^{34[34]}.

^{31[31]} Negli Stati Uniti opera lo strumento del *Transfer of development Rights*, che è stato molto utilizzato, specie al fine di mantenere non edificate aree ad alta vocazione ambientale.

^{32[32]} Emblematica, in tale prospettiva, è la sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671, in *Urb. e app.*, 2010, 353 ss., che ha riconosciuto la legittimazione a ricorrere avverso la disciplina urbanistica di aree estranee a quelle di proprietà del ricorrente, nella misura in cui implichi una modifica della capacità edificatoria delle zone di atterraggio delle volumetrie assegnate nell'ambito di un'iniziativa di perequazione urbanistica.

^{33[33]} Cfr. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito do volumetria*, cit., 312.

^{34[34]} In termini RENNA, *L'esperienza della Lombardia*, cit., 85, il quale precisa che «ove si intende istituire un ... mercato di diritti edificatori virtuali ... si deve essere consapevoli del fatto che si tratterebbe di diritti per forza esposti, con il passare del tempo e con l'allungarsi del loro "volo", al rischio di non poter essere totalmente concretizzati».

Ciò non toglie che, perseguendo obiettivi di pubblico interesse dall'attuazione dei meccanismi perequativo-compensativi, l'Amministrazione abbia interesse a fornire certezza a questi quasi-mercati.

In tale prospettiva, era stata salutata con molto favore la previsione, contenuta sempre nell'art. 11, comma 4, della l.r. Lombardia n. 12 del 2005 ^{35[35]}, di un "registro comunale delle cessioni dei diritti edificatori", ove annotare le vicende di circolazione dei medesimi.

Le inadeguatezze registrate hanno peraltro indotto il legislatore statale, come già detto, ad intervenire, recentemente, con il d.l. n. 70 del 2011, che prevede la trascrizione, come forma di pubblicità immobiliare, opponibile ai terzi, dei «contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale».

L'esigenza di certezza giuridica si pone, evidentemente, per rendere nota ai terzi la limitazione edificatoria intervenuta con riguardo all'area di proprietà del cedente, ma anche per rendere opponibili «quelle cessioni di cubatura "claudicanti", strutturate cioè in modo tale da non consentire a priori l'individuazione di un'area di atterraggio delle volumetrie cedute» ^{36[36]}.

Il nuovo punto 2-bis dell'art. 2643 del c.c., oltre ad avere dato risposta ad esigenze di certezza nella circolazione giuridica, ha anche tipizzato il contratto con cui si dispone dei diritti edificatori.

La norma pone peraltro anche qualche problema interpretativo, laddove aggiunge al contratto di trasferimento anche le "fattispecie costitutive e modificative" dei diritti edificatori.

Ed invero finora il trasferimento dei diritti edificatori esauriva l'ambito dell'attività negoziale dei privati consentita nella materia in esame. Il riferimento alla costituzione e modificazione (dei diritti edificatori) sembra alludere all'esercizio di poteri pubblicistici, e dunque ad atti convenzionali, ma non propriamente contrattuali (in quanto non espressione di autonomia privata, bensì veicolo di discrezionalità amministrativa) intercedenti tra un privato e l'Amministrazione. E' il caso, ad esempio, della cessione volontaria (in luogo dell'espropriazione) prevista dall'art. 45 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

E' stato, per l'appunto, evidenziato in dottrina che «un esempio di contratto costitutivo di diritti potrebbe essere quello concluso ai sensi dell'art. 45 del t.u. sull'espropriazione, che nel sancire il diritto del proprietario di stipulare un atto di cessione volontaria del bene espropriando, consente di prevedere un controvalore in diritti edificatori anziché in denaro» ^{37[37]}. Resta da segnalare che, usando le consuete categorie concettuali, in tale caso, si è al cospetto di un accordo amministrativo,

^{35[35]} Nel testo novellato dalla successiva l.r. 14 marzo 2008, n. 4.

^{36[36]} Così URBANI, *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge n. 106/2011, di conversione del d.l. 70 del 13 maggio 2011. Semestre europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia*, in www.giustamm.it, 8, 2011, 5.

^{37[37]} Così URBANI, *op. ult. cit.*, 6.

e non già di un contratto; ma certamente non esiste un problema giuridico ad ammettere la trascrivibilità di un accordo.

Un'ultima questione problematica, di difficile soluzione, che merita di essere enunciata riguarda le modalità di trasferimento dei diritti edificatori, e poi dei diritti premiali, cioè connessi alle premialità edilizie. Occorre chiedersi, in particolare, se sia necessario l'esperimento di un procedimento di evidenza pubblica, o, come oggi più modernamente si suole dire, di valutazione comparativa concorrenziale. Nell'esperienza pratica, va ricordato come nel Comune di Reggio Emilia sia stata disposta ^{38[38]}, a prescindere dal fatto che ciò fosse o meno dovuto alla stregua di quanto disposto dalla l.r. Emilia Romagna 24 marzo 2000, n. 20, l'alienazione di quote di edificabilità generate da proprietà fondiarie comunali mediante gara aperta, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, finalizzata alla selezione delle aree su cui fare atterrare i diritti edificatori.

Il tema è stato, almeno in parte, affrontato dalla determinazione n. 4 del 2 aprile 2008 dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, ^{39[39]} la quale, con riferimento ad una convenzione urbanistica, che prevedeva, a fronte del riconoscimento al soggetto privato di diritti edificatori, la cessione, da parte dello stesso, di aree, ovvero la realizzazione di opere di adeguamento infrastrutturale e di trasformazione del territorio, ha ritenuto, richiamando la sentenza della Corte costituzionale 23 marzo 2006, n. 129 ^{40[40]}, riguardante la l.r. Lombardia n. 12 del 2005, che le opere che il privato si impegna a fare sono assoggettate alla disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici di lavori, salvo che l'Amministrazione non abbia esperito previamente una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del privato sottoscrittore. Tale soluzione è frutto dell'adesione ad un'accezione ampia di onerosità della prestazione, configurabile ogni volta che vi sia il riconoscimento di diritti suscettibili di valutazione economica.

Anche a ritenere che il concetto di onerosità sia collegabile solamente ad una controprestazione in termini monetari, e dunque in difetto di corrispettività, deve comunque ritenersi che la fattispecie della cessione di diritti edificatori soggiaccia ai principi del Trattato in tema di concorrenza, vevoli al di là dei confini tracciati dalle direttive, in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione ^{41[41]}.

Nei "diritti premiali" non vi è, invece, corrispettività tra le prestazioni, e l'ambito nozionale di riferimento sembra essere quello dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici, disciplinati

^{38[38]} Con delibera di Consiglio comunale n. 229 del 20 ottobre 2006; si veda, in argomento, MALTONI, *Perequazione e compensazione nella legislazione urbanistica della Regione Emilia Romagna e nella disciplina di alcuni strumenti urbanistici locali*, cit., 94.

^{39[39]} In www.autoritalavoripubblici.it.

^{40[40]} In *Giur. cost.*, 2006, 2.

^{41[41]} In termini Cons. Stato, Sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 30, in *Foro amm.*, CDS, 2007, 1, 161.

dall'art. 12 della legge n. 241 del 1990. Atteso che tale norma subordina le sovvenzioni alla predeterminazione e pubblicazione dei criteri e delle modalità cui le Amministrazioni devono attenersi, si è ritenuto in dottrina che ciò esima l'Amministrazione dal procedere all'assegnazione con procedure competitive ^{42[42]}.

*** Relazione tenuta al corso di formazione dei magistrati amministrativi tenutosi in Roma, presso la Scuola Superiore del Ministero degli Interni, nei giorni 3 e 4 ottobre 2011.**

^{42[42]} Cfr. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, cit., 5-6.