

CESSIONE DI DIRITTI EDIFICATORI E COMPARTI: UN CASO DI DOPPIA TUTELA A “SENSO UNICO”.

di

Gerardo Guzzo

Sommario: 1. Definizione di comparto edificatorio. 2. Il comparto urbanistico di ristrutturazione. 3. La funzione del comparto. 4. I riferimenti normativi in tema di diritti edificatori. 5. La disciplina regionale in materia di diritti edificatori. 6. La perequazione. 7. La classificazione della perequazione. 8. I diritti edificatori perequativi. 9. Considerazioni finali

1. Definizione di comparto edificatorio

L'articolo 23 della legge n. 1150/42 aveva inserito tra le modalità attuative del piano regolatore il comparto edificatorio. Secondo la norma in parola, poi trasfusa nell'articolo 58 del d.P.R. n. 380/2001, il Comune, in sede di attuazione del piano particolareggiato, poteva procedere alla formazione di tali *comparti* che costituiscono unità fabbricabili, comprensive di aree inedificate e costruzioni da trasformare secondo speciali prescrizioni. Formati i comparti, il Comune invitava i proprietari a dichiarare se intendessero partecipare da soli o riuniti in consorzi. I proprietari delle aree comprese nel comparto avevano l'obbligo – pena l'esproprio del lotto e l'indizione di una gara tra gli espropriati per la sua aggiudicazione - di riunirsi in consorzio e di procedere alle trasformazioni previste dal piano, comprese le opere pubbliche, con le modalità da essi concordate e quindi ripartendosi oneri e vantaggi. In sostanza, il fatto che il concetto di “zona” fosse di ampio respiro, e che attraverso il gioco dei comparti si dovesse tendere a ripartire tra i proprietari vantaggi e svantaggi, rendeva il sistema previsto dalla legge urbanistica sufficientemente in grado di garantire la parità di trattamento tra i proprietari¹. Il comparto urbanistico, che riecheggia il comparto edilizio di ben più antica memoria, si differenzia da quest'ultimo per dare luogo ad un processo che non è solo di natura edilizia e che non si limita ad imporre la progettazione unitaria di lotti limitrofi aventi la stessa destinazione urbanistica e le medesime caratteristiche di edificabilità. Con il comparto urbanistico, infatti, si prendono in considerazione, facendone oggetto di un unico ambito di intervento, lotti aventi destinazioni urbanistiche e caratteristiche di edificabilità tra loro del tutto difformi. Ciò comporta, necessariamente, una maggiore ampiezza dell'ambito

¹ G. SABBATO, *La perequazione urbanistica*; in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'intervento – che, ad esempio, potrà ricomprendere al suo interno sia i lotti su cui si andrà a concentrare l'edificazione privata che le aree su cui sono state localizzate e dovranno essere realizzate opere pubbliche di interesse generale – non solo dal punto di vista spaziale ma anche sotto il profilo delle caratteristiche tipologiche e funzionali che, appunto, non saranno più soltanto legate alla progettazione (edilizia) unitaria, ma si spingeranno a considerare aspetti connessi con la attuazione – sotto il profilo pianificatorio – del piano urbanistico generale. In pratica, se il comparto edilizio rappresenta uno strumento di terzo livello che presuppone necessariamente o la presenza di un piano attuativo o la non necessarietà dello stesso, il comparto urbanistico costituisce strumento di diretta ed immediata attuazione del piano generale, assumendo anche la funzione di strumento di pianificazione di secondo livello. Il comparto può essere continuo o discontinuo, a seconda che le aree che ne fanno parte siano contigue o meno. Per cui nella pianificazione perequativa – diversamente da quanto avviene nella pianificazione tradizionale – nulla osta a che l'ambito di intervento ricomprenda aree, isolati e lotti tra loro distanti e privi di qualsivoglia rapporto di continuità. In definitiva, dunque, l'attuazione mediante comparto urbanistico comporta: *a)* l'individuazione di un ambito di intervento esteso a zone aventi vocazione e destinazioni urbanistiche difformi ed eventualmente discontinue; *b)* l'assoggettamento delle stesse a pianificazione urbanistica e progettazione edilizia unitaria; *c)* la creazione dei presupposti giuridico-amministrativi (es. predisposizione e stipula della convenzione urbanistica) e tecnico-progettuali (es. progettazione delle reti di infrastrutture comuni o delle opere pubbliche o di pubblico interesse che si intende realizzare) per realizzare l'intervento di modificazione o di trasformazione edilizia ed urbanistica. In alcuni piani urbanistici si distingue, poi, fra comparto urbanistico di ristrutturazione e comparto urbanistico di trasformazione urbana.

2. Il comparto urbanistico di ristrutturazione e di trasformazione

Il comparto urbanistico di ristrutturazione prende in considerazione le parti del territorio comunale già parzialmente edificate, corrispondenti, in linea di massima, alle c.d. zone B) del d.m. n. 1444/1968. All'interno di tali zone è possibile effettuare sia interventi di ristrutturazione edilizia, anche con modalità di demolizione e ricostruzione, con applicazione dei meccanismi perequativi attraverso il riconoscimento di aumenti di cubatura ed incentivi premiali in favore di chi aderisca all'opzione perequativa; sia interventi di trasformazione e realizzazione dei servizi e delle opere pubbliche eventualmente necessari nelle aree libere. Il comparto urbanistico di trasformazione riguarda, invece, le aree ancora per nulla o scarsamente edificate ed è volto alla realizzazione di nuovi complessi insediativi di natura residenziale e/o produttiva. In entrambi i casi il comparto urbanistico potrà ricomprendere anche aree destinate dal piano a servizi o alla allocazione di opere

pubbliche che saranno cedute all'amministrazione, nel quadro delle cessioni delle aree da destinare a *standard* (ed oltre i limiti minimi previsti dal d.m. n. 1444/1968), a fronte della possibilità attribuita al proprietario di trasferire i suoi diritti edificatori (determinati dall'indice di edificabilità propria attribuito all'area) sui terreni individuati dal piano come oggetto di modificazione o trasformazione.

3. La funzione del comparto

Il modello di pianificazione che nel tempo si è sviluppato è decisamente diverso da quello ideato dal Legislatore. In sostanza, si è assistito nel tempo sempre più frequentemente a dei modelli pianificatori connotati dall'assenza di qualsiasi tipo di programmazione, da un uso improprio delle lottizzazioni convenzionate e da sistemi di pianificazione attuativa illogici per quanto concerne la suddivisione delle zone, frequentemente arbitraria e spesso discriminatoria. Il problema più diffuso, indubbiamente, rimane quello della creazione di evidenti disparità di trattamento tra i proprietari delle aree interessate. In questa direzione va inquadrata anche la previsione legislativa della lottizzazione convenzionata prevista, prima, dalla legge del 1942 e, poi, modificata dalla legge "ponte". Lo scopo dichiarato, dunque, è quello di cercare di ridurre, se non eliminare, le persistenti sperequazioni, come dimostrato dal fatto che viene imposto ai lottizzanti la previsione, nella convenzione, della cessione delle aree per opere di urbanizzazione primaria e in parte di quella secondaria, oltre il pagamento dei relativi oneri e la partecipazione ai costi e ai profitti in base alla quota posseduta da ciascuno².

La nozione di comparto incrocia inevitabilmente il tema dei diritti edificatori e la loro trasferibilità. A tal proposito, va ricordata l'importante novità introdotta dall'articolo 5 del decreto legge n. 70/2011, convertito, con modifiche, nella legge n. 106/2011. Il comma 3, del citato articolo 5 del d.l. n. 70/2011 (c.d. d.l. "Sviluppo"), per garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori, ha modificato l'articolo 2643, comma 1, del codice civile. Alla norma in discorso è stato aggiunto, dopo il n. 2) del comma 1, il n. 2) *bis* il quale prevede la trascrizione de *i contratti che trasferiscono i diritti edificatori comunque denominati nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale, nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative*. La norma inserita, invero, presta il fianco ad alcune considerazioni critiche. Infatti, in linea di massima, è possibile affermare che la previsione della trascrivibilità dei contratti che trasferiscono diritti edificatori non risolve l'annoso tema legato alla natura reale o meno dei diritti edificatori, atteso che non è certo la trascrizione a conferire natura reale a situazioni che sul piano sostanziale ne siano

² G. SABBATO, La perequazione urbanistica, in www.giustizia-amministrativa.it; op. cit.

prive (vedi, ad esempio, la trascrizione di un diritto di prelazione volontariamente concesso che non attribuisce al prelazionario il c.d. diritto di seguito o di riscatto). In secondo luogo, è lo stesso codice civile che, nell'ambito dello stesso articolo 2633, prevede fattispecie a carattere obbligatorio espressamente trascrivibili (ad esempio, la trascrizione dei contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni). In conclusione, il carattere reale o obbligatorio dei diritti edificatori non va fatto discendere dalla trascrizione quanto, piuttosto, in altri fattori e comunque va affermata o negata prima ed indipendentemente dalla nuova previsione normativa.

4. I riferimenti normativi in tema di diritti edificatori

Diverse sono le norme che hanno affrontato l'istituto in questione ed esse sono disseminate in diversi testi di legge. Si pensi al più volte citato articolo 23 della legge urbanistica del 17 agosto 1942, n. 1150, che prevede la formazione di *comparti edificatori* da parte dell'amministrazione comunale in sede di approvazione dei piani regolatori particolareggiati piuttosto che all'articolo 30 della legge n. 47/85, che prevede la possibilità, per i privati interessati da un intervento espropriativo dell'amministrazione, di richiedere l'assegnazione di altri lotti di terreno equivalenti ai primi. Ancora. La legge n. 179 del 1992, licenziata in materia di edilizia residenziale pubblica, ha previsto i *programmi integrati di intervento* e i *programmi di riqualificazione urbana*. Il decreto legge n. 398/93, convertito nella legge n. 493/93, ha previsto i *programmi di recupero urbano*. Più recentemente, la legge n. 308/04, all'articolo 1, comma 21, stabilisce che "(...) qualora per effetto di vincoli sopravvenuti diversi da quelli di natura urbanistica non sia più esercitabile il diritto di edificare che sia già stato assentito a norma delle vigenti disposizioni è in facoltà del titolare del diritto di chiedere di esercitare lo stesso su un'altra area del territorio comunale, di cui abbia acquisito la disponibilità a fini edificatori (...)", ed al comma 22 aggiunge che "(...) in caso di accoglimento dell'istanza presentata ai sensi del comma 21, la traslazione del diritto di edificare su area diversa comporta la contestuale cessione al Comune a titolo gratuito dell'area interessata dal vincolo sopravvenuto (...)". La legge finanziaria per l'anno 2008, vale a dire la legge n. 244/07, all'articolo 1, commi 258 e 259, ha previsto che "(...) ai fini dell'attuazione di interventi finalizzati alla realizzazione di edilizia residenziale sociale, di rinnovo urbanistico ed edilizio, di riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti, il Comune può, nell'ambito delle previsioni degli strumenti urbanistici, consentire un aumento di volumetria premiale nei limiti di incremento massimi della capacità edificatoria prevista per gli ambiti di cui al comma 258 (...)". Di seguito, l'articolo 11, comma 5, del d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 (l. finanziaria per il 2009), sotto la rubrica "Piano casa", al fine di incentivare l'edilizia residenziale sociale, ha introdotto la possibilità del trasferimento di *diritti*

edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo; di incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi e spazi pubblici; della cessione, in tutto o in parte, dei diritti edificatori come corrispettivo per la realizzazione di unità abitative di proprietà pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato, ovvero da destinare alla alienazione in favore delle categorie sociali svantaggiate.

Si tratta di una previsione di straordinaria importanza in quanto innesta nel sistema ordinamentale italiano la nozione di *diritti edificatori*. Tale norma, infatti, stabilisce che gli interventi del c.d. “Piano casa” possano essere realizzati: 1) mediante il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo (lettera a); 2) mediante 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 (lettera b); 3) mediante 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 (lettera e)³. Questo costituisce il quadro normativo statale di riferimento cui si è adeguato il portato normativo delle singole Regioni.

5. La disciplina regionale in materia di diritti edificatori

Va rilevato che gran parte delle Regioni italiane hanno elaborato una propria disciplina in materia di diritti edificatori. La prima a dotarsi di un'autonoma disciplina è stata la Regione Basilicata con propria L.R. n. 23/99. Tale legge ha normato l'istituto in parola mediante l'articolo 33, rubricato *Finalità e contenuti della perequazione*. Successivamente, hanno provveduto la Regione Emilia Romagna e la Regione Puglia, rispettivamente con la L.R. n. 20 del 2000, la prima, e la L.R. n. 3 del 22 febbraio 2005, la seconda. Per quanto concerne le altre Regioni, la Calabria vi ha provveduto con propria L.R. n. 19/2002, il Veneto, con propria L.R. n. 11/04, la Lombardia con propria L.R. n. 12/2005, la Regione Umbria con propria L.R. n. 11/2005, il Friuli Venezia Giulia con propria L.R. n. 5/2007. Tutte le Regioni che si sono dotate di una disciplina *ad hoc* hanno fatto ricorso al modello “perequativo”. Aspetto molto controverso è quello rappresentato dalla circostanza che la legislazione statale non codifica espressamente i modelli perequativi anche se la giurisprudenza del Consiglio di Stato ne ha fatto derivare la copertura “normativa” della

³ Per un approfondimento della tematica del “Piano Casa” si rinvia a G. Guzzo, GM. Palliggiano: “L'attività edilizia. Titoli, procedure, sanzioni e tutela”; Giuffrè Editore, 2011; pag. 275 e seg.

perequazione dal combinato disposto degli artt.1, comma 1 *bis*, e 11 della legge n. 241/90: nella possibilità di utilizzare strumenti convenzionali per il perseguimento delle finalità perequative. Questo problema di coordinamento del sistema delle fonti è stato superato dalla previsione contenuta nell'articolo 5 del d.l. n. 70/2011 che rappresenta a tutti gli effetti una sorta di ombrello normativo sotto il quale possono ripararsi le diverse legislazioni regionali. Resta ancora irrisolto il problema della natura dei diritti edificatori la cui soluzione passa attraverso la scissione tra la titolarità e l'esercizio dello *ius aedificandi*. La domanda da porsi è se l'istituto della cessione di cubatura sia in qualche modo assimilabile al trasferimento dei diritti edificatori. In realtà, si tratta di due fenomeni giuridici profondamente diversi. Infatti, nella cessione di cubatura il cedente rinuncia a realizzare la cubatura attribuita al proprio fondo per trasferirla su un altro fondo.

Il presupposto della cessione di cubatura, dunque, è la presenza di un fondo cedente ed unoessionario.

Diversamente, i diritti edificatori attribuiti ad un soggetto in seguito a perequazione, compensazione o incentivazione sono sganciati dalla titolarità di un fondo al quale collegarli. In tesi, potrebbe capitare che, al momento dell'attribuzione della volumetria, il beneficiario dei diritti edificatori possa anche non essere proprietario di altro fondo su cui sfruttare la volumetria attribuitagli, avendo già ceduto al Comune l'area di sua proprietà e dovendosi, pertanto, limitare a mantenere i diritti edificatori in vista di un acquisto futuro o a cederli a terzi. La stessa giurisprudenza amministrativa, a sua volta, ha chiarito che la cessione di cubatura può avvenire soltanto tra aree comprese in una stessa zona, mentre i diritti edificatori possono costituire oggetto di negoziazione - laddove gli strumenti urbanistici perequativi lo ammettano - anche se generati da aree esterne ai comparti o tra aree comprese in comparti discontinui. Al riguardo, anche recentemente, il Consiglio di Stato ha chiarito che “(...) la giurisprudenza è consolidata sul principio per cui l'asservimento della volumetria da un lotto a favore di un altro, onde realizzare una maggiore edificabilità, è consentita solo con riferimento ad aree aventi una medesima destinazione urbanistica, posto che diversamente si verificherebbe un'evidente alterazione delle caratteristiche tipologiche della zona tutelate dalle norme urbanistiche (Consiglio Stato sez. V, 11 aprile 1991, n. 530; v. peraltro, in precedenza, sez. IV, 4 maggio 1979, n. 302, che, dopo avere avvertito che l'asservimento di aree rispetto ad una licenza edilizia ha la funzione di concentrare su un'area, oltre alla volumetria propria di essa, anche quella spettante ad aree diverse appartenenti allo stesso o ad altri proprietari, aveva già chiarito che una simile possibilità è data solo nel rispetto delle norme disciplinanti l'attività edilizia sull'area a favore della quale viene operato l'asservimento, che trova un limite insuperabile nell'omogeneità dell'area da asservire rispetto a quella destinata all'edificazione, onde prevenire l'elusione dei limiti

posti dallo strumento urbanistico; sul requisito dell'omogeneità cfr. anche, più di recente, sez. V, 3 marzo 2003, n. 1172; 10 giugno 2005, n. 3052; 22 ottobre 2007, n. 5496; sez. IV, 30 settembre 2008, n. 4708)⁴.

Da tanto ne discende che la cessione della cubatura è ontologicamente qualcosa di diverso rispetto al trasferimento dei diritti edificatori. Piuttosto, il problema è stabilire quando due zone o sotto zone possano considerarsi omogenee. In merito, la giurisprudenza amministrativa ha puntualizzato che “(...) ove le aree tra le quali andrebbe operata la cessione di cubatura appartengano ad una stessa zona ai sensi del D.M. n. 1444 del 1968, la loro riconducibilità a sottozone diverse, contrassegnate da una diversità di regolamentazione, potrebbe ostare ad una valutazione di omogeneità (...)”, ritenendo più ragionevole un'interpretazione siffatta “(...) quante volte le diversità di disciplina riscontrabili tra le sottozone in giuoco abbiano, come nella specie, un'apprezzabile incidenza sostanziale sulla destinazione di indirizzo dei rispettivi fondi, e possa dunque profilarsi quale effetto dell'asservimento un'elusione dei limiti posti dallo strumento urbanistico, con un'alterazione delle caratteristiche tipologiche da questo tutelate (...)”⁵. In conclusione, la differenza tra la cessione della cubatura ed il trasferimento dei diritti edificatori risiede nelle nuove dinamiche pianificatorie che si sono sviluppate per effetto del sempre più frequente uso dell'istituto della perequazione.

6. La perequazione

Quando si parla di **perequazione** si fa riferimento ad una tecnica urbanistica tendente all'uguale distribuzione dei valori e degli oneri della trasformazione urbanistica del territorio tra tutti i proprietari interessati. In un certo senso costituisce una sorta di correttivo dei difetti e dei costi della pianificazione tradizionale. In particolare, la perequazione dovrebbe correggere il principale problema legato alla pianificazione urbanistica rappresentato da una suddivisione in zone del territorio che, talvolta, può apparire discriminatoria. In altri termini, il processo di pianificazione può provocare l'alterazione dei valori delle aree, in virtù dello sfruttamento edificatorio impresso alle stesse, e del principale costo della pianificazione tradizionale rappresentato dall'espropriazione. Sul punto, la giurisprudenza amministrativa è intervenuta più volte chiarendo come *la perequazione urbanistica rappresenti un mezzo ideato per superare o, se si vuole, attenuare l'intrinseca discriminatorietà che caratterizza la funzione pianificatoria nel suo inevitabile estrinsecarsi in una disciplina necessariamente disuguagliante delle potenzialità di impiego dei suoli e conseguentemente del loro valore economico. Di siffatto metodo perequativo si rinviene un sicuro*

⁴ Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 2220 del 19 aprile 2013; in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵ *Ex multis*: Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 2220/2013; cita; Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 22 ottobre 2007, n. 5496; in www.giustizia-amministrativa.it.

fondamento nell'articolo 3 della Costituzione, allorché se ne valorizzi proprio lo scopo di attenuazione delle disuguaglianze create dalla pianificazione. In ogni caso, l'istituto perequativo della cessione di aree, 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 e, 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 1990⁶. Del resto, la c.d. cessione perequativa: a) è alternativa all'espropriazione perché non prevede l'apposizione di un vincolo pre-espropriativo sulle aree destinate a servizi pubblici, ma prevede che tutti i proprietari, sia quelli che possono edificare sulle loro aree, sia quelli i cui immobili dovranno realizzare la "città pubblica", partecipino alla realizzazione delle infrastrutture pubbliche attraverso l'equa ed uniforme distribuzione di diritti edificatori indipendentemente dalla localizzazione delle aree per attrezzature pubbliche e dei relativi obblighi nei confronti del Comune⁷; b) si caratterizza per il fatto che il terreno da trasferire al Comune sviluppa volumetria propria (espressa, appunto, dall'indice di edificabilità territoriale che gli viene attribuito) che, però, può essere realizzata solo sulle aree su cui deve concentrarsi l'edificabilità (aree alle quali è attribuito un indice urbanistico adeguato a ricevere anche la cubatura proveniente dai terreni oggetto di cessione)⁸. Ne consegue che la perequazione è finalizzata ad attenuare le disuguaglianze derivanti dalla pianificazione urbanistica, ma assicurando al contempo all'Amministrazione lo strumento per acquisire, senza oneri, con modalità diverse dall'esproprio, aree da destinare a scopi di pubblico interesse. Il perseguimento di tale fine può, pertanto, legittimamente risolversi nella sostituzione della proprietà pubblica a quella privata sulle aree destinate a servizi pubblici, senza denotare perciò solo alcun profilo di illegittimità, trattandosi di un effetto riconducibile, in parte all'esercizio del potere conformativo e, per il resto, all'accordo tra P.A. e privato in sede di pianificazione di dettaglio⁹.

E' possibile aggiungere che la ratio della perequazione vada rinvenuta, in particolare, nella c.d. zonizzazione che, con la distinzione tra aree edificabili e non edificabili, porta, inevitabilmente, a sperequazioni tra i diversi proprietari.

⁶ Da ultimo, T.a.r. Lombardia, Milano, Sezione II, sentenza n. 297 del 27 gennaio 2012; www.giustizia-amministrativa.it.

⁷ Così T.a.r. Lombardia, Milano, Sezione II, sentenza del 23 aprile 2010, n. 1145 e del 17 settembre 2009, n. 4671; in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸ T.a.r. Lombardia, Milano, Sezione II, sentenza del 23 aprile 2010, n. 1145; in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹ T.a.r. Lombardia, Milano, Sezione II, sentenza n. 297 del 27 gennaio 2012; cit..

La localizzazione delle aree destinate a opere o impianti pubblici, con il conseguente vincolo di inedificabilità strumentale alla successiva espropriazione, comporta, a sua volta, da un versante, la trasformazione del diritto di proprietà, legato ad un fondo, in un onere e, da un altro, la sottoposizione della P.A. a dei costi legati alla procedura espropriativa che, notoriamente, necessita tempi piuttosto lunghi. La perequazione, dunque, attribuisce un medesimo indice edificatorio a tutti i suoli destinati alla trasformazione; i diritti edificatori possono essere impiegati dai proprietari sulle aree indicate dal Comune; le aree destinate ad usi pubblici, una volta sfruttati i relativi diritti edificatori, vengono cedute dai proprietari al Comune. Altra peculiarità della perequazione è che tutte le aree oggetto di trasformazione hanno una potenzialità edificatoria ma la concreta edificabilità necessita il raggiungimento di un indice minimo fondiario che non è intrinseco a ciascun terreno, dovendo essere reperito sul territorio dai proprietari delle aree destinate alle opere pubbliche.

Cosa accade nel caso in cui il proprietario di un fondo non è titolare di sufficiente volumetria?

Ciascun proprietario di un'area edificabile - seppur titolare del diritto di costruire - non può sfruttare in concreto il proprio diritto all'edificazione qualora l'area soggetta a perequazione non raggiunge il limite minimo dell'indice di edificabilità previsto. In tali casi, il proprietario dovrà procurarsi altrove la differenza volumetrica al fine di poter esercitare in concreto il proprio diritto all'edificazione. Questo significa che i Comuni possono attribuire agli appezzamenti di terreno un indice di edificabilità inferiore a quello minimo fondiario.

7. La classificazione della perequazione

E' possibile distinguere tra *perequazione ristretta e perequazione allargata*.

In generale, è possibile affermare che la prima investe l'intero territorio comunale mentre la seconda afferisce ai comparti che rientrano negli strumenti urbanistici attuativi. Nello specifico, nella perequazione ristretta viene identificata un insieme di aree di proprietà privata che formano un comparto; all'interno di questo a ciascuna area viene attribuita un'identica capacità volumetrica proporzionale all'estensione dell'area, ma in ogni caso inferiore al limite minimo fondiario di edificabilità.

Contestualmente vengono individuate le aree destinate ai servizi ed opere di pubblica utilità. Successivamente, il proprietario di un'area destinata a pubblici servizi od alla realizzazione di opere di interesse pubblico potrà autonomamente decidere se cedere a titolo gratuito o meglio senza

corrispettivo in denaro tali aree al Comune, attualizzando i diritti edificatori assegnati direttamente a tale area in seguito alla formazione del Piano. In questo modo, si compensa il costo iniquo subito da alcune proprietà fondiarie che subiscono il peso della destinazione di tale aree ad opere ed infrastrutture di interesse pubblico. Figura centrale in questa operazione perequativa è il comparto, già previsto nel nostro ordinamento all'articolo 870 codice civile e dall'articolo 23 della legge n. 1150/42, che lo configura come strumento per l'attuazione delle previsioni di piano al punto da auspicare il consorzio tra i diversi proprietari per distribuire vantaggi e svantaggi. Va rilevato che in passato il comparto non ha trovato una diffusione completa forse perché all'atto pratico la lottizzazione convenzionata appariva più idonea alle esigenze di un modello di crescita espansivo della città. Le finalità della perequazione, dunque, sono meramente distributive. In questo senso la perequazione può essere assimilata anche ad altri strumenti attuativi quali, ad esempio, il piano di recupero previsto dalla legge del 5 agosto 1978, n. 457, il piano di lottizzazione, previsto dalla legge 765/67, assistito da una convenzione stipulata tra P.A. e proprietari dei beni. In entrambi i casi si tratta di istituti costruiti sul principio a tenore del quale il proprietario del fondo interessato da una previsione urbanistica favorevole, dalla quale ne discende un certo incremento di valore, ben può sopportare, con una parte di quell'incremento, i costi delle opere di urbanizzazione e più in generale della sistemazione urbanistica.¹⁰ La perequazione estesa o pianificatoria costituisce uno sviluppo logico della perequazione attuativa in quanto si tratta di applicare il principio perequativo oltre i limiti imposti dal comparto, interessando l'intero territorio comunale, ed è espressamente stabilita da alcune leggi regionali.

Nella perequazione estesa il Piano si limita a prevedere due categorie di fondi: le aree di trasformazione e le aree di conservazione: l'utilizzo del diritto edificatorio che spetta ad un'area non suscettibile di trasformazione secondo le indicazioni del pianificatore potrà avvenire su un altro *fondo detto accipiente*, scelto tra le numerose aree di atterraggio previste dal piano. Non vi sarà la predeterminazione della destinazione dei diritti edificatori, ma il Piano si limiterà a prevedere che ogni trasformazione sia il risultato di un atterraggio di diritti edificatori che si uniranno alla dotazione intrinseca di edificabilità dell'area, di per se stessa insufficiente a consentire la trasformazione della stessa. E' chiaro che tale meccanismo può essere graduato, qualora i piani perequativi prevedano che la circolazione delle possibilità edificatorie sia circoscritta ad alcune porzioni del territorio comunale trasformabile. Una forma evoluta della perequazione di comparto è quella che prevede che i diritti edificatori siano attribuiti ad aree esterne al comparto, anche non

¹⁰ Corte Costituzionale, sentenza del 20 maggio 1999, n. 179; Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza del 16 ottobre 2006, n. 6171.

contigue, di cui si chiede la conservazione e quindi l'inedificabilità. In questo caso, la capacità edificatoria attribuita potenzialmente alle aree esterne può essere spostata all'interno del comparto, aggiungendosi a quella già prevista, in modo che gli oneri della perequazione vengano ripartiti in maniera equa tra tutte le aree interne ed esterne al comparto.

Nella pratica il modello perequativo più diffuso è comunque quello della perequazione parziale o ristretta, ove l'utilizzo dei diritti edificatori attribuiti ai fondi sorgente può avvenire solo all'interno di ambiti o piani attuativi predeterminati.

Pare opportuno segnalare che, invero, esistono diverse tipologie di perequazione e, pertanto, non è corretto ridurre ad unità l'istituto in parola. A tal proposito, è possibile individuare tre tipi di perequazione: 1) la perequazione tradizionale; 2) la compensazione e 3) la incentivazione. Ciò che accomuna le tre ipotesi perequative sopra descritte è che tutte sono in grado di generare diritti edificatori scorporando la capacità edificatoria dalla proprietà del terreno di origine, di guisa che essa diventi trasferibile e negoziabile.

8. I diritti edificatori perequativi

L'assegnazione dei diritti edificatori perequativi discende direttamente dalla formazione del piano e nel momento in cui il piano stesso viene approvato essi diventano commerciabili. Parimenti, anche il terreno che verrà trasferito alla P.A. ha una sua consistenza volumetrica realizzabile solo sulle aree di concentrazione. Per quanto concerne l'attribuzione dei diritti compensativi, essa segue la cessione all'Amministrazione comunale del fondo su cui sorgono e non hanno limiti spaziali. Infine, i diritti incentivanti o premiali sono attribuiti in seguito all'intervento di riqualificazione urbanistica e/o ambientale.

Può la diversa previsione del piano determinare differenze di disciplina dei diritti edificatori?

E' evidente che se si verificano delle modifiche al piano che ha previsto i diritti edificatori tale circostanza finisce per incidere sensibilmente sulla disciplina degli stessi. Le modifiche di piano, tuttavia, non dovrebbero incidere sui diritti compensativi. Infatti, questi ultimi costituiscono il corrispettivo di una prestazione che il privato ha assolto mediante la cessione dell'area. Del pari, i diritti incentivanti o premiali dovrebbero essere immuni da eventuali modifiche di piano dal momento che vengono attribuiti in virtù di un intervento di riqualificazione urbana. La commerciabilità dei diritti edificatori, poi, è sottoposta a diversa disciplina regionale. Ad esempio, nel Veneto, i diritti premiali, denominati crediti edilizi, possono essere spesi anche in ambiti,

determinati dallo strumento urbanistico generale, diversi da quelli in cui sono sorti. La Lombardia, invece, ha escluso la commerciabilità dei diritti premiali, diversamente dai diritti perequativi e compensativi. Alla luce di queste premesse viene da chiedersi se i diritti edificatori abbiano o meno natura reale. La questione non è di facile risoluzione in ragione del fatto che esiste una certa vischiosità nel riconoscere che la cubatura possa formare oggetto di diritti. La difficoltà risiede nel fatto che bisognerebbe configurare lo spazio aereo connesso alla proprietà del suolo oggetto di diritti indipendentemente dalla proprietà del suolo.

Altro problema è se, qualificata la cubatura come bene astrattamente idoneo a formare oggetto di diritto e quindi di per sé trasferibile, la situazione giuridica della quale formi oggetto possa essere ricondotta tra quelle reali o tra quelle personali, laddove, appunto, riuscisse naturalmente ad attribuirsi ad essa una reale autonomia – dal punto di vista giuridico – rispetto al bene immobile al quale inerisce. In primo luogo, è necessario chiarire che la cubatura si esprime con il riferimento ai metri cubi di costruzione edificabili per ogni metro quadrato di estensione del terreno. Sono note le ricostruzioni effettuate in ambito notarile e che hanno portato all'affermazione che la cubatura, in quanto tale, è in sé stessa bene in senso giuridico ed in quanto tale è un elemento idoneo a formare oggetto di diritto, affermandosi che la cubatura, quale bene giuridico autonomo, non urta con il principio del numero chiuso dei diritti reali, non costituendo essa stessa un diritto, bensì un bene in sé; bene dotato di una sua apprezzabilità economica, che può costituire oggetto di accordo tra privati ed in particolare oggetto di diritti reali. Si tratterebbe, in specie, di un bene immateriale di origine immobiliare, certamente lecito e possibile e comunque astrattamente dotato delle caratteristiche di cui all'articolo 1346 codice civile e quindi determinato o determinabile. Nessun ostacolo si frapporrebbe, in tal caso, ad ammettere che la volumetria possa essere intesa quale bene autonomo in senso economico e di conseguenza costituire oggetto di diritti reali, qualsiasi forma e struttura abbia assunto il negozio. In una tale ottica andrebbe, poi, distinta la circolazione del bene cubatura dalla sua fruizione: la prima, devoluta esclusivamente alla regolamentazione pattizia; la seconda, subordinata all'esito favorevole dell'attività provvedimento della pubblica Amministrazione.

Ulteriore conferma di una siffatta soluzione è stata rinvenuta nella ricostruzione tecnico - giuridica di alcune fattispecie del tutto speculari, seppur afferenti a materie del tutto diverse dalle operazioni aventi ad oggetto i diritti edificatori. Il primo esempio è offerto dalle cd. "quote latte": nel contesto della disciplina emanata in applicazione della normativa comunitaria avente ad oggetto la regolazione delle quote della produzione del latte bovino assegnate a ciascun produttore, la titolarità di essa compete al produttore nella sua qualità di conduttore dell'azienda agricola, salve diverse

pattuizioni tra le parti (articolo 10, comma 1, della legge del 26 novembre 1992, n. 468); il secondo comma della stessa disposizione prevede, poi, che il conduttore possa cedere o affittare totalmente o parzialmente, anche per singole annate, la quota latte senza alienare l'azienda agricola, a condizione che l'azienda del produttore cessionario sia ubicata nella medesima Regione e si trovi in un territorio della medesima categoria. La quota latte è, perciò, un bene immateriale, incorporale, collegato all'azienda dell'allevatore quale elemento di essa e non più al terreno. Il diritto esercitato dal rispettivo titolare costituisce un bene oggetto di una specifica tutela giuridica che è ricostruito dalla giurisprudenza europea e costituzionale quale diritto di proprietà, che può essere dismesso in cambio di un'indennità o ceduto in tutto o in parte, definitivamente o temporaneamente, a favore di un terzo in cambio di un certo prezzo. Altra ipotesi è il cd. diritto al "reimpianto" del vitigno che può esser trasferito a favore di altri viticoltori, con modalità autonome rispetto all'azienda di appartenenza originaria che siano determinate tra le parti convenzionalmente. Una tale fattispecie acquisisce, in tal modo, il rilievo oggettivo di un vero e proprio bene – nel significato di cui all'articolo 810 codice civile - del tutto indipendente anch'esso rispetto al terreno di riferimento. A queste fattispecie se ne può aggiungere almeno un'altra: quella dei diritti all'aiuto previsti dal regolamento CE n. 1782/2003 che prevede l'erogazione di un sussidio agli agricoltori legato esclusivamente all'estensione della superficie aziendale, complessivamente destinata ad attività agricola, prescindendo dalla quantità della produzione e, in linea di massima, anche dal tipo di coltivazione in essa esercitato. L'articolo 46 del regolamento n. 1782/2003 prevede espressamente la possibilità che l'agricoltore, a cui tali quote sono state assegnate, in alternativa a chiederne il pagamento, le trasferisca "unicamente ad altro agricoltore stabilito nello stesso Stato membro"; il secondo paragrafo dell'articolo 46 dispone, poi, che "i diritti all'aiuto possono essere trasferiti a titolo oneroso o mediante qualsiasi altro trasferimento definitivo, con o senza terra. L'affitto o altri tipi di cessione sono consentiti soltanto se al trasferimento dei diritti all'aiuto si accompagna il trasferimento di un numero equivalente di ettari ammissibili."

In realtà, la qualifica dei diritti edificatori come bene che può costituire oggetto di diritti reali non è unanimemente condivisa, essendo significativamente rappresentata anche l'opinione che, pur essendosi in presenza di un bene, si sia in presenza di un bene suscettibile di costituire oggetto di un diritto di credito. La questione, tuttavia, va completamente rivisitata alla luce del dettato normativo del D.L. "Sviluppo" (n.70/11) il cui contenuto sembra privilegiare la tesi che il diritto edificatorio non sia un bene che può costituire oggetto di diritti reali, bensì sia esso stesso un diritto reale, non più atipico perché espressamente previsto dal Legislatore.

Si tratterebbe di un diritto a metà strada tra la proprietà ed il diritto di superficie: a metà strada perché della proprietà il diritto edificatorio ha alcune facoltà ma non ha il terreno che nel diritto edificatorio assume un rilievo solo per determinare la nascita e la spendita del diritto, e perché della superficie, come diritto di fare e mantenere una costruzione al di sopra del suolo il diritto edificatorio, ha solo l'aspetto relativo al diritto di fare ma non anche quello del mantenere che è legato alla titolarità di un terreno sul quale il diritto possa essere speso.

Se si accetta la prospettiva del diritto edificatorio non in termini di bene che può costituire oggetto di diritti ma come nuovo diritto reale espressamente previsto dal Legislatore, possiamo dire, in via di prima approssimazione, che il diritto edificatorio è il diritto di fare una costruzione, diritto distinto ed autonomo rispetto alla costruzione per la cui effettuazione occorrerà il consolidamento del diritto edificatorio con il diritto di proprietà di un suolo. Il diritto reale di fare una costruzione consentirebbe, dunque, di staccare dal diritto di proprietà del terreno, dal quale il diritto edificatorio sorge, alcune facoltà che costituirebbero il contenuto di un diritto reale autonomo, il diritto edificatorio, diritto appunto di fare una costruzione, diritto che potrebbe liberamente circolare ma che necessiterebbe, per poter, poi, essere materialmente esercitato con l'effettuazione della costruzione, di consolidarsi con la proprietà di un terreno suscettibile secondo le previsioni di piano di essere edificato. Comunque si voglia intendere i diritti edificatori - come nuovo bene o come nuovo diritto reale - la previsione espressa da parte del Legislatore nazionale dei diritti edificatori, quale possibile oggetto di un negozio traslativo, permette di superare definitivamente l'opinione che l'ostacolo alla configurazione autonoma dei diritti edificatori sarebbe stato costituito proprio dal principio di tipicità dei diritti reali. Per quanto concerne la modifica dell'articolo 2643 del codice civile, contenuta nel decreto legge n. 70/2011, che introduce la trascrizione degli atti dispongono la cessione dei diritti edificatori, è possibile affermare che essa non appare in grado di superare tutti i dubbi e le incertezze legate allo specifico tema. Infatti, la trascrivibilità degli atti relativi alla cessione dei diritti edificatori era possibile ben prima del d.l. n. 70/2011. La novità, tuttavia, risiede nel fatto che la previsione contenuta nel "Decreto Sviluppo" incide direttamente sul testo dell'articolo 2643, fissando l'indispensabilità della trascrizione ai fini dell'opponibilità a terzi. Nel caso in cui, poi, si verifichi una doppia cessione dei diritti edificatori, risulterà cessionario nei confronti dei terzi colui che avrà trascritto per primo, così come previsto dall'articolo 2644 del codice civile, residuando dall'ambito applicativo di tale previsione i principi propri del diritto amministrativo.

A tal proposito, pare opportuno ricordare che *secondo il diritto amministrativo prevaleva non il cessionario che avesse trascritto per primo l'atto di cessione quanto colui che fosse riuscito ad ottenere per primo dal Comune il titolo edilizio relativo alla cubatura maggiorata.*

Un'ulteriore notazione investe il fatto che la norma si riferisce a tutti i contratti che hanno ad oggetto il trasferimento dei diritti edificatori. Questo significa che anche un'eventuale atto di rinuncia ai diritti edificatori dovrebbe rientrare nello spettro di applicazione della disposizione. La specificità dell'oggetto del contratto, inoltre, consente di affermare che anche i contratti che costituiscono o modificano la comunione dei diritti edificatori dovrebbero essere trascritti ai sensi dell'articolo 2643, n. 3, del codice civile.

9. Considerazioni finali

Come accennato nel corso dell'odierno lavoro, il comparto urbanistico prende in considerazione, facendone oggetto di un unico ambito di intervento, lotti aventi destinazioni urbanistiche e caratteristiche di edificabilità tra loro del tutto differenti. In questo senso, esso presenta un'estensione longitudinale particolarmente ampia tale, cioè, da ricomprendere al suo interno sia i lotti su cui si andrà a concentrare l'edificazione privata che le aree su cui sono state localizzate e su cui dovranno essere realizzate opere pubbliche di interesse generale – non solo dal punto di vista spaziale ma anche sotto il profilo delle caratteristiche tipologiche e funzionali. In pratica, il comparto urbanistico costituisce strumento di diretta ed immediata attuazione del piano generale, assumendo anche la funzione di strumento di pianificazione di secondo livello a differenza del comparto edilizio che costituisce uno strumento di terzo livello il cui presupposto è dato dalla presenza di un piano attuativo o dalla non necessità dello stesso. Il fatto, poi, che il comparto possa essere continuo o discontinuo, a seconda che le aree che ne fanno parte siano contigue o meno, determina l'inevitabile incrocio dell'istituto con il problema della cosiddetta "volatilità" dei diritti edificatori e della relativa loro trasferibilità. Uno degli aspetti lasciati irrisolti dall'importante novità introdotta dall'articolo 5 del decreto legge n. 70/2011, convertito, con modifiche, nella legge n. 106/2011, riguarda proprio la certezza della circolazione dei diritti in parola. Il comma 3, del citato articolo 5 del d.l. n. 70/2011 (c.d. d.l. "Sviluppo"), infatti, allo scopo di assicurare la certezza nella circolazione dei diritti edificatori ha modificato l'articolo 2643, comma 1, del codice civile. Alla norma in discorso è stato aggiunto, dopo il n. 2) del comma 1, il n. 2) *bis* il quale prevede la trascrizione *de i contratti che trasferiscono i diritti edificatori comunque denominati nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale, nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative.* La norma così strutturata, tuttavia, presenta alcune

criticità. In primo luogo, la previsione della trascrivibilità dei contratti che trasferiscono diritti edificatori non chiarisce se tali diritti abbiano o meno natura reale posto che la mera trascrizione non è idonea a conferire natura reale a situazioni che sul piano sostanziale ne siano prive (si pensi alla trascrizione di un diritto di prelazione volontariamente concesso che non attribuisce al prelazionario il c.d. diritto di seguito o di riscatto). In secondo luogo, è proprio il codice civile a prevedere nell'articolo 2643 le fattispecie contrattuali obbligatoriamente trascrivibili (vedi, solo per fare un esempio, alla già ricordata trascrizione dei contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni). In definitiva, la novella del 2011 non ha fornito un sufficiente contributo teso a sciogliere il dubbio circa la natura reale o obbligatoria dei diritti edificatori che, certamente, non può essere mutuata dalla trascrizione quanto, piuttosto, da altri fattori. Altro problema irrisolto riguarda la qualificazione della cubatura. In altri termini, si tratta di capire se essa rappresenti o meno un bene astrattamente idoneo a formare oggetto di diritto e quindi, in caso di risposta positiva, di per sé trasferibile e se tale diritto possa essere ricondotto tra i diritti reali o tra quelli personali. Da un punto di vista dell'inquadramento ontologico, è indubbio che la cubatura esprima il riferimento ai metri cubi di costruzione edificabili per ogni metro quadrato di estensione del terreno. Il corollario di questa ricostruzione è che la cubatura, in quanto tale, è di per sé stessa bene in senso giuridico ed in quanto tale è un elemento idoneo a formare oggetto di diritto. Ciò fa sì che la cubatura, in quanto bene giuridico autonomo, non "offenda" il principio del numero chiuso dei diritti reali, non rappresentando un diritto di nuova generazione. Si tratterebbe, dunque, di un bene dotato di una sua apprezzabilità economica destinato a costituire oggetto di accordo tra privati ed in particolare oggetto di diritti reali. In sostanza, ci troveremmo al cospetto di un bene immateriale di origine immobiliare, certamente lecito e possibile le cui caratteristiche incrocerebbero lo statuto di legalità descritto dall'articolo 1346 del codice civile che lo rendono certamente determinato o determinabile. Una tale ricostruzione aprirebbe un varco alla distinzione tra la circolazione del bene cubatura e la sua fruizione. Infatti, la circolazione troverebbe la sua genesi nella regolamentazione pattizia mentre la fruizione discenderebbe dall'esercizio dei poteri autoritativi della P.a.. Nessuno degli aspetti segnalati, purtroppo, è stato adeguatamente meditato in sede legislativa con la conseguenza che spetterà alla dottrina ed alla giurisprudenza dirimere i dubbi che a tutt'oggi richiedono una risposta in materia di diritti edificatori.