

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Urbanistico

**VINCOLI ESPROPRIATIVI E VINCOLI CONFORMATIVI:
TRA TUTELA DELLA PROPRIETA' PRIVATA E INTERESSI PUBBLICI
GENERALI**

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Paolo Urbani

CANDIDATA

Elisabetta Giannini

Matr. 118743

CORRELATORE

Chiar. mo Prof.

Giuliano Fonderico

ANNO ACCADEMICO 2016-2017

**I VINCOLI ESPROPRIATIVI E I VINCOLI CONFORMATIVI :
TRA TUTELA DELLA PROPRIETA' PRIVATA E GLI INTERESSI
PUBBLICI GENERALI**

Introduzione: diritto urbanistico e proprietà privata.. 4

**Capitolo I. Il piano regolatore generale e la
pianificazione territoriale 6**

1.1 Nascita e sviluppo del diritto di proprietà..... 6

1.2 La proprietà nel diritto interno e CEDU 13

1.3 La pianificazione urbanistica..... 19

*1.4 Il piano regolatore generale: contenuto e natura
giuridica 31*

*1.5 Le limitazioni alla proprietà privata per fini di interesse
pubblico 41*

Capitolo II. I vincoli urbanistici..... 50

2.1 Introduzione dell'istituto del vincolo urbanistico..... 50

2.2 Le qualificazioni dei vincoli urbanistici 61

2.3	<i>I vincoli ablatori: i vincoli espropriativi, durata e limitazioni allo jus aedificandi.....</i>	67
2.4	<i>Il potere conformativo dell'Amministrazione.....</i>	93
Capitolo III. I vincoli conformativi		97
3.1	<i>I vincoli conformativi: prescrizioni conformative del territorio e prescrizioni conformative della proprietà.....</i>	100
3.2	<i>I vincoli misti: natura e criticità</i>	106
3.3	<i>Evoluzione giurisprudenziale: dal parametro dell'edificabilità al parametro del valore d'uso e del valore di scambio.....</i>	115
3.4	<i>Strumenti perequativi e potestà conformativa</i>	128
BIBLIOGRAFIA.....		151

Introduzione: diritto urbanistico e proprietà privata

Nella presente trattazione si affronteranno le principali tematiche che hanno interessato il diritto urbanistico e la pianificazione del territorio e, in modo particolare, la compatibilità dell'esercizio del potere da parte dell'ente pubblico con la tutela della proprietà privata, istituto tutelato dalla nostra Carta costituzionale.

Il lavoro, pertanto, partirà dall'analisi dell'evoluzione dell'istituto della proprietà privata, dalla concezione dell'istituto nello *ius civile*, per poi arrivare alla disciplina vigente, esaminando con particolare attenzione l'art. 42 della Costituzione italiana ed approfondendo il concetto di "funzione sociale" collegato all'istituto in questione.

La trattazione proseguirà con lo studio della giurisprudenza nel diritto comunitario, attraverso gli orientamenti dei giudici di Strasburgo in materia di pianificazione territoriale e, attraverso l'analisi dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale e, la diversa concezione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la quale considera l'istituto della proprietà privata come un vero e proprio "*diritto dell'uomo*".

Il nucleo del lavoro sarà costituito da riflessioni circa l'evoluzione del metodo di pianificare il territorio comunale, approfondendo in particolar modo i poteri attribuiti alla Pubblica Amministrazione, quali il potere ablatorio ed il

meno incisivo potere conformativo. Attraverso le pronunce giurisprudenziali della Corte costituzionale, del Consiglio di Stato e dei vari Tribunali Regionali amministrativi si ricostruiranno i più importanti principi della normativa di settore, dalla previsione di un congruo indennizzo a favore del privato lesa da provvedimenti amministrativi -in seguito all'esercizio del potere ablatorio-espropriativo-, alla previsione di un termine temporale per i vincoli ablatori.

Si osserverà successivamente come la categoria dei vincoli urbanistici sia stata oggetto di una progressiva estensione, (il potere pianificatorio infatti si è ampliato notevolmente) e si osserverà come siano di conseguenza emerse nuove situazioni di conflitto, come ad esempio, l'individuazione di un limite entro il quale la Pubblica Amministrazione non possa intaccare il cosiddetto "contenuto minimo" del diritto di proprietà.

Verrà poi messo in evidenza come il diritto urbanistico stia attraversando un vero e proprio percorso di trasformazione, si affronterà pertanto l'analisi dello strumento del piano regolatore generale per poi individuare le nuove ed innovative tecniche di pianificazione, quali la perequazione urbanistica e la compensazione.

Attraverso questo percorso sarà esaminata la progressiva affermazione dell'urbanistica consensuale, nella quale il proprietario non è più considerato "la parte debole", svuotato del diritto di godere e disporre del proprio bene, bensì come parte di un accordo con la Pubblica Amministrazione per il perseguimento di interessi pubblici e collettivi.

Capitolo I.

Il piano regolatore generale e la pianificazione territoriale

Sommario: **1.1** Nascita e sviluppo del diritto di proprietà **1.2** La proprietà nel diritto interno e CEDU **1.3** La pianificazione urbanistica **1.4** Il piano regolatore generale: contenuto e natura giuridica **1.5** Le limitazioni alla proprietà privata per fini di interesse pubblico

1.1 Nascita e sviluppo del diritto di proprietà

Quello della proprietà è uno dei principali istituti del nostro Codice Civile, il quale nel Terzo libro ne definisce il contenuto e ne disciplina i modi di acquisto, nonché le azioni a sua tutela.

La *proprietas* è un diritto reale che ha per contenuto la facoltà di godere e di disporre delle cose in modo esclusivo e totale, entro i limiti e con l'osservanza di obblighi previsti dall'ordinamento giuridico.

Così l'art.832 del Codice civile definisce la proprietà, ma è possibile intravedere due diverse sfumature all'interno della formula esplicativa: la prima conferisce al proprietario un diritto esclusivo di godere delle cose, non

delineando specifiche possibilità di uso del bene, né distinguendo i fini o gli interessi che il proprietario può perseguire; la proprietà in questo senso appare non soggetta a condizioni e non finalizzata a scopi che ne vadano a limitare la pienezza.

La seconda parte del disposto, invece, pone l'accento sul potere della legge di intaccare la pienezza dell'istituto, prevedendo dei limiti al diritto di disporre della cosa e delle riduzioni al diritto di godimento del bene.¹

Per comprendere in modo pieno ed esaustivo il contenuto dell'art.832 è fondamentale ripercorrere la nascita dell'istituto della proprietà e le successive connotazioni che hanno portato all'adozione dell'attuale sistema normativo.

Il diritto di proprietà trova il suo antecedente storico nel diritto romano, nella figura del *dominium ex iure Quiritium* che designava l'appartenenza piena ed esclusiva di una *res* a un individuo, situazione riconosciuta e tutelata dal risalente *ius civile*.

Le caratteristiche essenziali dell'istituto erano l'elasticità, l'illimitatezza e l'imprescrittibilità del diritto.²

¹Così P. ZATTI/ V. COLUSSI in “*Lineamenti di diritto privato*”, CEDAM, 2017, pag.227

² Esso si estendeva *usque ad celum et usque ad inferos*, cioè sia nel sottosuolo sia sullo spazio sovrastante, e non erano ammessi prelievi fiscali né esproprio per pubblica utilità (illimitatezza); né era concepibile il venir meno del *dominium* per il semplice non esercizio di tale diritto, salvo il caso di

In epoca medievale, sulla proprietà terriera penetrava il potere diretto dei signori, che si esprimeva attraverso l'amministrazione della giustizia e l'imposizione di corvées; il c.d. dominio utile era dei contadini che coltivavano ed abitavano il fondo, talora in proprietà comune, o sul quale esercitavano vari diritti di servitù, con la peculiarità delle proprietà individuali soggette a servitù collettive.

Con l'avvento di filosofie quali il giusnaturalismo e il giusrazionalismo, invece, si assiste ad una nuova trasformazione del concetto di proprietà .

Per il giusnaturalismo, la proprietà privata è un diritto di natura, posto che ogni essere umano ha il diritto di appropriarsi di ciò che lo circonda e dei risultati del suo lavoro.³

usucapio (imprescrittibilità); inoltre, quando il diritto di proprietà fosse gravato da usufrutto o altre forme di diritti su cosa altrui, all'estinzione di questi il *dominium* compreso si sarebbe riespanso (elasticità). Al dominus spettava dunque ogni facoltà di utilizzare la res in maniera illimitata, la facoltà di modificarla e perfino di distruggerla (cd. *ius utendi fruendi abutendi*).

³Il modello giusnaturalistico classico propone una concezione atomistica e individualistica dello Stato, in quanto il punto di partenza è dato dagli individui nello stato di natura, considerati come entità autonome, ciascuno portatore di un pacchetto di diritti e di doveri che, al momento del patto, saranno ceduti in proporzioni più o meno grandi e che lo Stato sarà tenuto a rispettare. Proprio perché il punto di partenza è dato da individui liberi e uguali, che decidono volontariamente di mettere un limite all'illimitata libertà naturale per vivere pacificamente e in condizioni di maggiore sicurezza, il fondamento di legittimazione dello Stato non può che essere il consenso, espresso attraverso il patto, di coloro che saranno poi chiamati a obbedire alle leggi civili. Lo stato di natura come stato di libertà e di uguaglianza, e tuttavia già regolato dalle leggi di ragione, è dunque la necessaria premessa dell'ipotesi contrattualistica che fonda lo Stato sul consenso: senza la legge naturale sarebbe impossibile un adempimento dei patti e quindi la costituzione della società civile.

Contrariamente alla tesi proposta dalla corrente del giusnaturalismo, Jaques Rousseau affermava che la proprietà privata fosse la causa primaria della creazione di una società basata sulla diseguaglianza.⁴

La trasformazione dell'istituto della proprietà privata si concretizza, infine, in Francia nel XVIII secolo con l'affermazione della concezione pattizia quale liberamente determinabile dalle parti; da questo momento in poi tutti gli atti che determinano l'appropriazione di beni diventano il frutto di accordi che disciplinano la distribuzione dei beni.⁵

Di questa evoluzione è protagonista la classe borghese che si erge a promotrice dei diritti al libero sviluppo della persona, della proprietà e della libertà economica, diritti compresi nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, i cui articoli 2 e 17 proclamano l'invulnerabilità del diritto di proprietà.⁶

⁴Nella sua opera *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Jaques Rousseau afferma "Il primo che dopo aver recintato un terreno disse: questo è mio!" e trovò altri tanto ingenui da credergli fu il primo vero fondatore della società civile." Ciò fu l'origine della società e delle leggi che procurarono nuovi ostacoli al povero e nuove forze al ricco, distrussero la libertà naturale, stabilirono per sempre la legge della proprietà e dell'ineguaglianza di un'abile usurpazione, fecero un diritto irrevocabile e da allora a vantaggio di pochi ambiziosi assoggettarono tutto il genere umano al lavoro alla schiavitù e alla miseria.

⁵In tal senso R.CLARIZIA in *"Proprietà e diritti reali"*, UTET giuridica, 2016, pag.70

⁶La *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* è un testo giuridico del 1789 elaborato nel corso della Rivoluzione francese, contenente una solenne elencazione di diritti fondamentali dell'individuo e del cittadino.

L'art.2 della predetta *"Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen"*, recita in paritolare: *"Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression"*.

Il carattere individualistico della proprietà si accentua poi nel *Code Napoléon* del 1804, dove è configurata come diritto soggettivo assoluto, allontanato da qualsiasi potere esterno.

La norma di riferimento la detta l'art. 544 del *Code Napoléon*, espressione dell'individualismo giuridico. Si afferma, infatti, la signoria assoluta del proprietario sul bene, in contrasto con il regime fondiario feudale ormai superato.

I caratteri sui quali si è costruita la figura del proprietario sono la pienezza e la assolutezza del relativo diritto di proprietà: grazie a questi, quindi, l'istituto in parola diventa lo strumento indispensabile per la costruzione della nuova società, finalmente dominata dall'individuo – libero– che agisce secondo la propria volontà.

In quest'ottica, i limiti imposti dal legislatore appaiono solamente eventuali e del tutto eccezionali. Al proprietario, dunque, vengono conferiti poteri illimitati, assumendo rilevanza unicamente la posizione individuale.

Nei commentari del *Code Napoléon* la descrizione dei diritti del proprietario non è diversa da quella prevista nella discussione del progetto del *Code Civil*, in cui la libertà del proprietario di fare “*ciò che non nuoce agli altri*”

Il successivo art.17 della medesima *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* : “*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*”.

e *“l’esercizio dei diritti dell’uomo non ha altri limiti che quelli che derivano dall’esigenza di conciliare le varie sfere di autonomia”*(P.BARCELLONA).

La disciplina del codice napoleonico, ora richiamata, è stata poi assorbita nei diversi ordinamenti degli stati italiani nei primi decenni dell’Ottocento. Nei codici pre-unitari infatti viene tradotta ed opportunamente adattata.

Ciò brevemente premesso, si osserva come durante tale periodo storico il codice civile nei rapporti tra i privati svolgeva un ruolo di vera e propria Costituzione; lo Statuto albertino, invece, assunse il medesimo ruolo di Costituzione nei rapporti tra lo Stato e i cittadini.

In particolare, nel testo normativo del 1848 (i.e. Il richiamato Statuto Albertino), la proprietà rappresenta un vero e proprio istituto cardine; infatti, essa è contemplata tra i diritti fondamentali che devono essere garantiti al privato cittadino e da considerarsi inviolabili.⁷

Successivamente, i legislatori costituenti si sono poi discostati nettamente dalle previsioni dell’art.29 dello Statuto Albertino, il quale, soltanto in casi eccezionali consentiva il cedimento del dominio assoluto sulla *res* all’interesse

⁷L’ Art.29 dello Statuto Albertino prevedeva che *“Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l’interesse pubblico legalmente accertato, lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi”*.

Sebbene inviolabile, la proprietà non si considerava pertanto illimitata. Si devono considerare, infatti, una serie di limitazioni che discendono dalla tutela dei beni culturali e quelle per la costruzione di beni di interesse pubblico.

pubblico superiore, peraltro prevedendo una compensazione *in toto* per la perdita subita dal privato.

L'excursus storico-normativo analizzato dimostra come l'evoluzione subita dall'istituto della proprietà abbia portato all'attuale elaborazione testuale dell'art.832 del vigente codice civile, come individuata nella parte introduttiva del presente capitolo.

1.2 La proprietà nel diritto interno e CEDU

Svolta precedentemente la ricostruzione dell'evoluzione dell'istituto della proprietà privata nel nostro ordinamento interno, occorre affrontare una comparazione con la normativa sovranazionale europea, la quale rappresenta, in un contesto comunitario, una fonte gerarchicamente rilevante.

Il diritto in questione trova una puntuale tutela e garanzia nel testo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), specificamente nell'art. 1 del primo Protocollo addizionale.⁸

Se nella Costituzione italiana il diritto di proprietà è disciplinato quale rapporto di natura economico-sociale, come del resto anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la garanzia convenzionale tutela il medesimo diritto come “diritto dell'uomo”. Di conseguenza ogni eventuale ingerenza sul diritto di proprietà si trasforma in una vera e propria aggressione alla persona attraverso il patrimonio, essendo considerato come “*un aspetto della sfera soggettiva sotto il profilo del libero sviluppo della persona*”⁹.

⁸ Il Primo Protocollo addizionale della Convenzione, firmato a Parigi il 20 marzo del 1952, è stato ratificato e reso esecutivo in Italia con L. n. 848 del 4 agosto 1955. L'art. 1 prevede che “*ogni persona ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende*”.

⁹ In tal senso C.CASTRONOVO in “*Eclissi del diritto civile*”, Milano, 2015.

I giudici di Strasburgo, sebbene il termine “proprietà” compaia solamente una volta nella formulazione dell’art. 1 del primo Protocollo addizionale, hanno chiarito che esso “*nel riconoscere a ciascun individuo il diritto al rispetto dei suoi beni, garantisce in sostanza il diritto di proprietà*”.

Anche il diritto di proprietà immobiliare viene di fatto rientrare nelle situazioni soggettive direttamente tutelate dall’art. 1 ma, ciò che produce maggiori problematiche è stabilire, in modo incontrovertibile, se anche una singola facoltà ad esso collegata possa rappresentare un valore patrimoniale in grado di integrare la nozione di “bene” individuata dalla giurisprudenza CEDU. Si fa riferimento, in particolare, al diritto di edificare riconosciuto al soggetto privato.¹⁰

La giurisprudenza europea, sul punto, si è più volte interrogata se una eventuale compressione dello *jus aedificandi* possa di fatto determinare prescrizioni di tipo espropriativo.

Nella maggioranza delle pronunce, la Corte EDU ha rilevato che la materia dell’urbanistica non è idonea a creare un affidamento qualificato dei privati contro una *reformatio in peius* delle prescrizioni, ciò perché tutti i piani urbanistici sono soggetti a modifiche e non possono garantire diritti individuali o situazioni soggettive tutelabili.¹¹

¹⁰ A tal proposito N BERTI in “*La proprietà fra diritto interno e CEDU*”

¹¹ La Corte EDU ha pertanto statuito che “*se i titolari di diritti di credito pecuniari possono, in linea generale, avvalersi di diritti stabili ed intangibili, lo stesso non può dirsi in materia di urbanistica o di*

La Corte ha conseguentemente chiarito che, affinché una singola facoltà dominicale, assuma la qualificazione di bene protetto ex art.1 del Protocollo addizionale, è necessario che l'aspettativa del suo esercizio trovi fondamento in un rapporto giuridico qualificato tra la Pubblica Amministrazione e il privato.

Tale rapporto può derivare, pertanto, da un atto negoziale tra ente pubblico e soggetto privato, da un provvedimento amministrativo che possa garantire una tendenziale stabilità, ovvero da un semplice comportamento del potere pubblico tale da consolidare nel proprietario del fondo un affidamento meritevole di tutela giuridica.

Un ulteriore principio fondamentale, nella disciplina nazionale come del resto nella disciplina europea, è il rispetto del principio di legalità, il quale rappresenta condizione generale di qualsivoglia misura limitativa dei diritti fondamentali.

Il principio in questione esige, pertanto, che qualunque ingerenza che venga prevista nel diritto di proprietà debba avvenire in conformità alla legge. La Corte EDU ha poi previsto che le disposizioni che prevedano tali limitazioni debbano essere sufficientemente accessibili, prevedibili, precise e soprattutto sufficientemente comprensibili, affinché il privato possa prevedere e comprendere le conseguenze della relativa applicazione.

pianificazione territoriale, settori che riguardano diritti di natura diversa e che sono fondamentalmente in evoluzione”

Anche per ciò che attiene le varie qualificazioni dei comportamenti o dei provvedimenti che possono configurano eventuali ingerenze nel diritto di proprietà, il punto di riferimento è il primo Protocollo addizionale. Ai fini della configurazione di una vera e propria privazione della proprietà ciò che rileva sono gli effetti sostanziali dei comportamenti, provvedimenti o atti materiali che sono attribuibili al potere dello Stato, essi infatti, devono risultare talmente incisivi del diritto da rendere impossibili al proprietario qualsiasi esercizio delle facoltà minime che caratterizzano la propria situazione soggettiva.

Il secondo paragrafo dell'art. 1 del Protocollo addizionale pone al di fuori delle ipotesi di privazione della proprietà, la possibilità, riconosciuto agli Stati, di conformare¹² il diritto di proprietà per fini di interesse generale, potendo prescrivere obblighi di *patis* o di *facere*, che non implicano in nessun modo uno svuotamento della proprietà del bene.

Un altro aspetto rilevante della giurisprudenza europea, e che pertanto deve essere evidenziata, è che la Corte di Strasburgo si fa portavoce di una concezione unitaria del diritto di proprietà, rifiutando di fatto, la concezione del diritto di proprietà come “fascio di diritti”¹³, vale a dire quale insieme di facoltà che rappresentano ciascuna un differenziato diritto di proprietà.

¹² Si fa pertanto riferimento al potere attribuito alla Pubblica Amministrazione di “plasmare” dall'interno i contenuti del diritto di proprietà, allo scopo di contemperare la posizione giuridica soggettiva del proprietario con il perseguimento di scopi di interesse generale. È da rilevare che tale potere corrisponde a quello riconosciuto dall'art. 42, 2 comma, della Costituzione italiana, di determinare i modi di acquisto, di godimento e i limiti della proprietà privata allo scopo di assicurarne la funzione sociale.

¹³ Nei sistemi di common law viene denominata la teoria del “*bundle of rights*”.

Oltre alla “privazione della proprietà” ed alla “ regolamentazione dell’uso dei beni”, la giurisprudenza CEDU riconosce una ulteriore forma di intervento da parte dell’ente pubblico, denominata “ingerenza nella sostanza del diritto” e che rappresenta tutte quelle diminuzioni delle facoltà dominicali che non trovano riconoscimento nelle forme espressamente tipizzate. Questi sono i casi rappresentati dalle prescrizioni di vincoli di inedificabilità preordinati all’esproprio oppure dalle previsioni di un regime di edificabilità minima delle zone bianche. In queste ipotesi, infatti, i giudici europei hanno riscontrato una forte sproporzione tra l’interesse pubblico realizzato e il sacrificio imposto al proprietario del fondo.

È quindi necessario che si invochi il principio di proporzionalità, affinché gli interessi del privato non risultino sacrificati del tutto ma risultino, al contrario, tollerabili. Poiché gli Stati dell’Unione godono di un’ampia discrezionalità nella regolamentazione delle libertà protette dalla Convenzione¹⁴, la Corte EDU è competente a pronunciare un giudizio proprio sulla proporzionalità dell’intervento proposto della Pubblica Amministrazione.

Tra i molti fattori che vengono considerati nel cosiddetto giudizio di proporzionalità, una grande rilevanza viene attribuita altresì al comportamento del proprietario. Un atteggiamento “passivo” da parte del privato rende le relative

¹⁴ Il margine di apprezzamento che viene riservato agli Stati si limita di fatto all’individuazione degli scopi che rendono legittimi l’intervento sul diritto di proprietà. Si fa riferimento ad un giudizio sull’ *an* e sul *quomodo* dell’intervento.

pretese meno meritevoli di tutela , in quando sarebbe ravvisabile un concorso alla perdita di opportunità.

Per non anticipare gli aspetti più rilevanti di questa trattazione si può concludere rilevando che le garanzie che sono dettate nell'art.1 del primo Protocollo CEDU si affiancano alle previsioni ispirate all'art. 42 della nostra Costituzione, non determinando un'incisione profonda del concetto di proprietà privata ricavabile nel nostro diritto nazionale.

1.3 La pianificazione urbanistica

Lo strumento necessario per regolare l'utilizzo del territorio ed organizzare le varie attività umane svolte su di esso è rappresentato dalla pianificazione urbanistica la quale propone in una visione globale le molteplici soluzioni che siano in grado di garantire coerenza alle trasformazioni territoriali.

Un cenno all'evoluzione della legislazione urbanistica italiana può essere utile, sia per conoscere i precedenti degli strumenti giuridici vigenti, sia per comparare gli istituti legislativi con la corrispondente realtà dello sviluppo territoriale.

Come noto, in Italia la prima legge urbanistica generale è stata la Legge n. 1150, approvata il 17 agosto 1942, la quale, in seguito allo sviluppo economico, è stata poi oggetto di una sostanziale e generale riforma.

Anche in questo settore, tuttavia, nella legislazione del 1865 si rinvencono principi e strumenti tutt'ora sostanzialmente validi, le cui norme specifiche, in *subiecta materia*, sono state prima generalmente non applicate e poi abrogate dalla citata legge del 1942.¹⁵

¹⁵Le fonti delle norme del 1865 si ritrovano facilmente nella legislazione italiana preunitaria e in quella francese e belga del primo ottocento. Nei due secoli precedenti, invece, i problemi delle città erano sentiti sotto il profilo del cosiddetto arredamento urbano piuttosto che in vista delle grandi opere di ampliamento e di trasformazione interna. Pertanto, l'intervento autoritativo in materia presenta un carattere settoriale e

L'entrata dell'Italia nell'orbita napoleonica favorì, anche in materia urbanistica, l'influenza della legislazione francese ,alla quale tuttavia, si rifanno solo parzialmente le leggi in materia degli Stati italiani preunitari, che talvolta contengono anche norme precorritrici di una disciplina urbanistica.

La prima normativa specifica del settore urbanistico è contenuta innanzitutto nelle disposizioni relative ai piani regolatori e ai piani di ampliamento ,contenuti nei capi VI e VII della Legge n. 2339 del 1865.¹⁶

Sebbene le norme contenute nella Legge n. 2339 del 1865 non abbiano avuto un'estesa applicazione nella loro non breve vita, conclusasi nel 1942, occorre evidenziare come esse abbiano rappresentato una vera e propria svolta epocale nella disciplina urbanistica; contrariamente a quanto accadeva in precedenza, i piani regolatori adottati in virtù della Legge in parola andavano a riguardare tutto il territorio comunale.

Essi, cioè ,oltre a disciplinare l'organizzazione urbanistica di piccole porzioni del territorio comunale, prevedevano anche prescrizioni più dettagliate a proposito dell'edificazione dell'assetto urbano ed introducevano un più profondo

frammentario ed è diretto principalmente ad imporre determinate sistemazioni delle facciate prospettanti su strade o piazze di particolare interesse.

¹⁶L'articolo 86 della Legge n. 2339 del 1865 prevedeva infatti la facoltà per i Comuni con una popolazione di almeno 10.000 abitanti, di adottare un piano regolatore "*per causa di pubblico vantaggio determinata da attuale bisogno di provvedere alla salubrità ed alle necessaria comunicazioni*". L'art. 93 della richiamata Legge n. 2339 del 1865, invece, dava facoltà ai Comuni di adottare un piano regolatore di ampliamento, contenente norme di attuazione del piano per la costruzione di nuovi edifici.

controllo da parte delle autorità comunali sulla utilizzazione edificatoria degli immobili.

Tuttavia, ben presto, l'esigenza di garantire a ciascun Comune norme che avessero una efficacia generale, portò all'emanazione di una legge nella quale si prevedeva una disciplina organica per l'edificazione dei centri urbani, attraverso una regolamentazione riferita alla totalità degli immobili.

Per la corretta gestione dello spazio pubblico, infatti, è necessario disporre di strumenti di varia natura: strumenti concettuali, strumenti programmatici e strumenti tecnici, che siano idonei a perseguire obiettivi di efficienza ed utilità, garantendo la tollerabilità delle scelte proposte.

In conformità a tali principi, la Legge n. 1150 del 1942 (cd. Legge sull'urbanistica) ha pertanto introdotto tre livelli di pianificazione gerarchizzati:

- (i) un livello di pianificazione regionale, realizzato attraverso lo strumento del cd. "piano territoriale";
- (ii) un secondo livello di pianificazione provinciale, realizzato attraverso il cd. "piano sovracomunale";
- (iii) un ultimo livello di pianificazione comunale, realizzato attraverso il cd. "il piano regolatore generale o PRG".

Con l'avvento delle Regioni nel 1972, la materia dell'edilizia e del territorio passa da una gestione centrale ad una regionale. Infatti, ogni Regione inizia a

dotarsi di normative proprie riguardanti i vari settori del territorio, dell' edilizia e dell'urbanistica.

La pianificazione urbanistica si estrinseca nella pianificazione territoriale: entrambe le discipline, infatti, prevedono metodi di programmazione del territorio volti a definire piani di progettazione, approvazione e realizzazione.

La normativa in parola – tutt'ora in vigore – enuncia i principi generali che devono essere rispettati dalle Regioni nella regolamentazione urbanistica.

Elemento di estrema importanza in materia di governo del territorio è innanzitutto quello inerente la salvaguardia del diritto di proprietà dei privati cittadini, i quali potrebbero essere interessati da interventi da parte della pubblica amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri di pianificazione.

Il contenuto minimo del diritto di proprietà ci rimanda in primo luogo all'art.42 della Costituzione, il quale, nel secondo comma, fa riferimento alla “funzione sociale” del diritto in questione, affermando che: “ *la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*”.

Dall'esame della disposizione ora richiamata è agevole evincere che garanzia della proprietà privata e funzione sociale del relativo diritto rappresentano, a ben vedere, binomio indissolubile.¹⁷

Ciò al contrario di quanto statuito nel precedente Statuto Albertino, le cui formule attribuivano alla proprietà il carattere dell'inviolabilità, in quanto espressione della libertà individuale.

La nostra carta costituzionale, infatti, annovera tale diritto non nei diritti fondamentali del cittadino, bensì tra i rapporti economici. Ed è qui che nasce il problematico rapporto tra il potere autoritativo della pubblica amministrazione e la libertà del cittadino di disporre e di godere dei propri diritti dominicali.

A tal proposito, occorre specificare che il primo comma dell'art. 42 Cost. distingue tra proprietà "pubblica o privata"; da ciò consegue che i beni possono appartenere a soggetti privati oppure ad enti di diritto pubblico.

La nozione di proprietà pubblica fu introdotta allo scopo di specificare la natura dei poteri dominicali sui beni demaniali ma la più recente dottrina ha dimostrato che, nella maggioranza dei casi, l'autorità pubblica non è un reale fruitore del bene ma solamente un "amministratore" dello stesso per conto della collettività, allo scopo di tutelare determinati interessi di ordine generale.¹⁸

¹⁷Così G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, CEDAM, 2017, pag. 263.

Accanto al disposto dell'art 42 Cost., secondo cui va tutelata la proprietà privata ma ne deve essere assicurata la funzione sociale, va inserita la previsione dell'art.41 comma 3, Cost., a norma della quale la legge può determinare programmi e controlli necessari affinché l'iniziativa economica sia indirizzata tenendo conto dei fini sociali.

Entrambe le previsioni costituzionali, pertanto, consentono al legislatore di condizionare le libertà dei proprietari a favore di interessi generali.

*“È evidente soprattutto il rapporto tra i poteri di pianificazione urbanistica e proprietà dei beni immobili, tanto che per lungo tempo si è ritenuto che l'oggetto dell'urbanistica fosse essenzialmente l'apposizione di limiti alla proprietà privata”.*¹⁹

La dottrina più recente ha invece sottolineato come l'oggetto dell'urbanistica non sia tanto la proprietà privata, quanto l'assetto di un territorio ordinato, sede di vari interessi collettivi.

¹⁸In riferimento ai beni pubblici o di interesse pubblico si specifica che essi sono l'insieme dei mezzi di cui si serve la pubblica amministrazione per perseguire l'interesse pubblico, in base alle norme vigenti in materia di finanza, contabilità dello Stato e procedimenti amministrativi.

L'ordinamento giuridico, tuttavia, non definisce i beni pubblici ma individua categorie di beni sulla base di caratteristiche comuni, quali la finalità pubblica e le limitazioni alla disponibilità, all'uso e alla tutela. Tipici esempi di beni appartenenti a tale categoria sono i *beni demaniali*, inalienabili, imprescrittibili, non suscettibili di usucapione e di espropriazione forzata e i *beni patrimoniali*.

¹⁹In tal senso P. URBANI/S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico, organizzazione e rapporti*, Giappichelli editore, 2013, pag.39

Per dare una omogenea definizione dell'urbanistica non bisogna far riferimento solamente ai disposti costituzionali che prevedono limitazioni al diritto di proprietà o solamente alle previsioni che incoraggiano l'attività economica, ma è necessario far riferimento sia all'art.42 che all'art.41 della Costituzione.

“Con riferimento al rapporto tra iniziativa economica e pianificazione territoriale, occorre precisare che quest'ultima incide sulla prima soltanto in via mediata, attraverso l'indicazione delle tipologie di insediamento consentite nelle varie parti del territorio, ma oggetto dell'urbanistica non è mai l'attività economica in quanto tale”²⁰

Allo stato attuale i principi accolti in via del tutto prevalente, confermano il cosiddetto carattere “misto” della Costituzione repubblicana in materia di rapporti economici, nel senso che il nostro ordinamento non è né di tipo liberista né di tipo collettivistico.

Ciò significa che, secondo la Costituzione, deve essere garantito l'istituto della proprietà privata come elemento qualificatore e caratterizzante dell'ordinamento e che quindi, non sarebbe conforme alla Carta costituzionale un sistema legislativo che sopprimesse la proprietà privata o la riducesse ad un ambito marginale o secondario.

²⁰Così P. URBANI / S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico, organizzazione e rapporti*, Giappichelli editore, 2013, pag.40

Di qui nasce il problema di conciliare il diritto di proprietà privata, tutelato con forza, e poteri pubblici, tema sul quale si è sviluppata una copiosa giurisprudenza costituzionale e amministrativa.

La materia urbanistica, infatti, è stata oggetto, negli ultimi anni, di interventi legislativi di più svariata natura, che in alcuni casi, nonostante i buoni propositi, hanno snaturato i principi ispiratori della stessa.

Si pensi, a tal proposito, alle varie leggi sui condoni, succedutesi nel tempo, che hanno finito per svilire i pochi punti fermi della materia.

A ciò si aggiunga che la disciplina urbanistica, all'attualità, risulta ancora priva di un sistema nazionale omogeneo di principi stabiliti, essendo oggetto piuttosto di interventi regionali in antitesi tra loro, che non producono altro se non altre disarmonicità.

Questo, peraltro, è un settore che risulta di esclusiva competenza legislativa nazionale, e pertanto non può soccorrere nemmeno la normativa europea, che invece, in settori diversi, è la fonte primaria di principi generali ai quali uniformarsi.²¹

²¹In tal senso l'art. 11 Cost. *“L'Italia [...] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.”*

Un punto fermo, comunque, è senza dubbio il fatto che la proprietà immobiliare resti soggetta al potere conformativo della pubblica autorità, di quella cioè, dotata del potere di pianificazione.

Nel nostro diritto, tali sono esclusivamente autorità di governo locale, soprattutto i Comuni.

Negli ultimi anni, infatti, si è assistito ad un rapido e costante sviluppo demografico che ha comportato una sempre crescente esigenza di nuovi e più estesi insediamenti abitativi nelle nostre città.

Il problema, sorto nella società postindustriale, aveva precedentemente avuto scarsa rilevanza in una civiltà prevalentemente contadina, caratterizzata da un modesto sviluppo urbano a fronte di enormi estensioni di territori non urbanizzati, finalizzati esclusivamente allo sfruttamento zoo-alimentare.

Negli ultimi decenni, invece, l'esigenza di edilizia abitativa – cresciuta a livelli esponenziali – ha prodotto una serie di conflitti circa i limiti del potere pianificatorio nell'ambito della tutela della proprietà privata e delle sue diverse manifestazioni.

Ma una caratteristica ancora più preponderante e dai risvolti in alcuni casi “discriminatori”, ha fatto assurgere il potere pianificatorio a strumento primario in fatto della cosiddetta rendita urbanistica.

Si pensi a porzioni di territorio che, in virtù di diverse scelte pianificatorie possono acquistare o moltiplicare il proprio valore in termine economico, oppure, *a contrario*, veder completamente abbattere le proprie potenzialità economiche a causa di scelte diverse (dichiarazione di inedificabilità, destinazione a verde pubblico).

Ciò ha posto il legislatore di fronte ad una serie di problematiche pratiche ma soprattutto concettuali, che ritroviamo alla base di tutte le pronunce della Corte Costituzionale dal 1968 a seguire.²²

È inconfutabile che le cose immobili che costituiscono il territorio, oggetto di diritti dominicali, siano soggette al potere conformativo della pubblica autorità, che ne stabilisce gli usi e le destinazioni, tanto che per lungo tempo si è ritenuto che oggetto dell'urbanistica fosse essenzialmente l'apposizione di limiti alla proprietà privata.

A riprova di ciò, basti pensare che in alcuni corsi di Diritto Amministrativo è compresa una sezione dedicata al regime amministrativo della proprietà privata, nella quale, tra i limiti amministrativi al diritto di proprietà vengono inseriti i piani regolatori edilizi e i regolamenti edilizi come limitazioni concernenti la proprietà edilizia.

Il vero problema nasce invece dal fatto che l'autorità pubblica, quale essa sia, nell'apporre tali limiti e nell'assunzione delle relative scelte di

²²In riferimento si vedano le *sentenze gemelle della Corte Costituzionale n. 55 e 56 del 1968*.

pianificazione, anche se del tutto incolpevolmente e senza perseguire interessi particolari, può favorire alcuni proprietari a danno di altri, producendo una evidente disparità tra situazioni dominicali.

Ciò che pare abbia risolto almeno in parte la problematica è il tentativo di introdurre a livello legislativo rimedi efficaci che assicurassero fin dal principio una parità di trattamento delle situazioni dominicali a fronte delle scelte urbanistiche via via poste in essere.

Si è partiti, cioè, dalla consapevolezza che il complesso delle cose immobili che formano il territorio è costituito in pratica da categorie tra loro differenti e che, pertanto, devono essere oggetto di discipline differenziate; ciò comporta differenti regimi dominicali.

Il problema rimane aperto invece e resta insolubile, per quelle porzioni di territorio strettamente connesse ai centri abitati e suscettibili di per sé di sviluppo urbano e di acquisire per ciò stesso, un rilevante incremento di valore rispetto a zone assolutamente assimilabili alle prime, ma non oggetto di medesima scelta di pianificazione.

Questa disparità nel trattamento urbanistico non investe quindi tutto il territorio o tutti i diritti dominicali, ma solamente quei beni o porzioni di

territorio che non sono inquadrabili in categorie differenziate e che invece potranno essere, in tempi diversi, coinvolti in processi di sviluppo urbanistico.²³

²³ Così in *“Le nuove frontiere del diritto urbanistico”* di P.URBANI nota di V.CERULLI IRELLI, Giappichelli editore, 2013, pag.67

1.4 Il piano regolatore generale: contenuto e natura giuridica

Attraverso l'analisi e l'evoluzione storica della pianificazione urbanistica abbiamo evidenziato come la pubblica amministrazione abbia provveduto a conformare il territorio attraverso l'utilizzo di determinati strumenti, di organizzazione e di progettazione, allo scopo di disciplinare le trasformazioni del territorio comunale e quindi l'attività edilizia che in esso si può compiere.

La maggior parte delle questioni affrontate in relazione ai procedimenti di pianificazione territoriale trova riscontro nella disciplina nazionale e regionale del piano regolatore generale, figura cardine della materia dell'urbanistica, intorno alla quale ruota la normativa dell'intero settore.

È opportuno precisare, prima di procedere all'analisi puntuale dell'istituto, che il compito di un piano regolatore è quello di prevedere lo sviluppo della popolazione di un territorio e il suo sviluppo economico, ed in base a questi parametri dettare le linee guida per gli interventi che in esso si possono realizzare, sia dall'amministrazione per la collettività, come ad esempio le opere pubbliche, sia da parte del privato cittadino.

Pertanto sia l'amministrazione che il cittadino sono tenuti all'osservazione delle prescrizioni contenute nel piano regolatore generale.

È conveniente evidenziare in tale sede che se fino a pochi anni fa, la disciplina positiva del piano regolatore generale era affidata unicamente alle previsioni dell'art. 7 della Legge sull'Urbanistica, la disciplina più recente, in seguito alla maggiore autonomia riconosciuta alle Regioni, ha mutato sensibilmente il quadro normativo regionale.

Pertanto, se fino a qualche anno fa si parlava di un modello del piano regolatore generale su scala nazionale, oggi si fa piuttosto riferimento a principi entro cui le Regioni modellano autonomamente la figura.²⁴

In ogni caso, al fine di delineare una panoramica generale dei principi cardine della materia dell'urbanistica, appare necessario far riferimento ai paradigmi già consolidati e quindi analizzare la legislazione della Legge sull'Urbanistica del 1942.

L'art. 7 della Legge sull'Urbanistica provvede a determinare il contenuto obbligatorio del piano regolatore generale.

L'indicazione legislativa è quella di un piano che incide sulle scelte fondamentali del territorio e che rinvia, per le scelte di dettaglio, alla pianificazione esecutiva.

²⁴ A tal proposito P. URBANI/ S. CIVITARESE MATTEUCCI in *“Diritto urbanistico, organizzazione e rapporti”*, Giappichelli editore, 2013, pag. 132

“Come si è rilevato l'accentuazione del ruolo delle Regioni a seguito della riforma costituzionale del 2001 comporta un'ulteriore erosione delle regole contenute nella legislazione statale, che dovrebbero scomparire del tutto, lasciando il posto ai soli principi fondamentali”.

L'art. 7 della legge di riferimento indica che il piano regolatore generale deve considerare la totalità del territorio comunale e, per quanto riguarda il contenuto, deve avere le seguenti articolazioni:

- (i) le localizzazioni di opere e impianti pubblici : rete delle principali vie di comunicazione, aree destinate a formare spazi di uso pubblico o sottoposte a speciali servitù, aree da riservare ad edifici pubblici e di uso pubblico nonché ad opere ed impianti di interesse collettivo o sociale;
- (ii) la divisione del territorio comunale in zone con la precisazione di quelle destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna di esse;
- (iii) i vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale e paesistico;
- (iv) le norme per l'attuazione del piano.

Come già rilevato in precedenza, il piano è dunque lo strumento territoriale a carattere generale che ha una funzione programmatica e vincolante sulla destinazione delle aree.

Solamente in un momento successivo la Pubblica Amministrazione arriverà all'attuazione del piano attraverso norme puntuali, che andranno a regolare gli interventi in materia di urbanizzazione, di distanze, di indici di edificabilità e di volumetria.

Nell'esercizio di questa funzione, l'amministrazione comunale opera con assoluta discrezionalità, salvi quei limiti, i cosiddetti limiti esterni, che derivano dall'ordinamento urbanistico nel suo complesso e quelli cosiddetti interni che sono connaturati all'esercizio dei poteri discrezionali (come l'assenza di irragionevolezza, travisamento dei fatti e disparità di trattamento).

Al fine di dettare una disciplina puntuale, la dottrina ha provveduto a dividere le prescrizioni contenute nel piano regolatore distinguendo tra le zonizzazioni dalle localizzazioni.

Prima di dare una definizione completa dei concetti di localizzazione e di zonizzazione, è opportuno specificare che la più risalente dottrina non riconosceva una effettiva distinzione tra i due strumenti di pianificazione urbanistica.

Solamente con la teoria di Leopoldo Mazzaroli il concetto di localizzazione ha iniziato a definire quelle previsioni contenute nel piano regolatore che indicano le aree, non importa se edificate o meno, su cui devono essere realizzate le opere di interesse pubblico e le opere e gli impianti di interesse collettivo e sociale.

Sono tipici esempi di opere di interesse pubblico la rete delle principali vie di comunicazione stradale, ferroviaria e di navigazione e dei relativi impianti, le aree destinate a formare spazi di uso pubblico o sottoposte a determinate servitù, le aree da riservare a edifici pubblici o di uso pubblico.

È opportuno rilevare che le localizzazioni urbanistiche sono state oggetto di numerose pronunce della Cassazione, Sezione Civile, la quale si è più volte espressa circa la natura ablatoria dello strumento urbanistico in questione.

In particolare, con la sentenza n. 5979 del 18.3.2005 , relativa all'espropriazione per pubblico interesse di un terreno interessato dalla localizzazione, la Corte ha affermato il principio secondo cui *“la localizzazione ad esempio di un'opera pubblica, la cui realizzazione non può coesistere con la proprietà privata, contiene un vincolo che deve essere qualificato come preordinato alla relativa espropriazione”*.

Bisogna tuttavia precisare che il suddetto vincolo ablatorio non discende direttamente dall'approvazione del piano regolatore ma dai piani aventi natura attuativa o dai piani particolareggiati ovvero da una successiva dichiarazione di pubblica utilità.

Sono state dunque analizzate le caratteristiche essenziali delle localizzazioni urbanistiche.

E' opportuno ora chiarire gli aspetti di maggior rilievo del secondo strumento contenuto nel piano regolatore: le già menzionate zonizzazioni.

Come si evince dalla lettura del secondo comma dell'art 7 della Legge sull'Urbanistica, sono considerate zonizzazioni quelle prescrizioni del piano che suddividono in vere e proprie zone il territorio comunale.

Tali previsioni provvedono ad individuare le caratteristiche di ogni singolo comparto, con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da conservare in ciascuna zona.²⁵

Appare evidente –pertanto- che le norme di zonizzazione hanno natura obbligatoria , come del resto tutti i limiti che la pubblica amministrazione impone all'attività dei privati.

Queste previsioni di carattere cogente trovano un supporto normativo nell'art. 11 della Legge sull'Urbanistica, il quale impone un obbligo ai proprietari degli immobili di osservare nelle costruzioni le linee e le prescrizioni di zona che sono indicate nel piano.

Inoltre, per ciascuna zona del territorio comunale, vengono date delle prescrizioni sulle tipologie di intervento ammissibili, come ad esempio interventi di manutenzione , interventi di ricostruzione oppure interventi per provvedere ad una nuova edificazione.

È opportuno precisare che, nel compiere queste scelte, la pubblica amministrazione deve tener conto del tessuto edilizio già esistente nonché della

²⁵ Nel 1967, dopo molti anni di dibattito politico e tecnico, la cosiddetta legge-ponte (l. 765/1967) introduce per i PRG l'obbligo di suddividere il territorio comunale in Zone Territoriali Omogenee (Z.T.O.). L'elenco di queste zone, definito per legge e a livello nazionale, è contenuto nel d.m. 1444/1968, che fissa anche i valori dei limiti introdotti dalla legge-ponte per quanto riguarda gli indici e gli standard urbanistici (standard urbanistici).

presenza o meno di altre emergenze che possono essere di natura paesistico-ambientale ovvero di natura storico-culturale.

Sebbene la tecnica dello “zonig” comporti la previsione dei diversi usi consentiti o vietati nell’ambito delle varie zone è ormai consolidata l’opinione secondo cui le norme di zonizzazione non abbiano natura ablatoria, in quanto la pubblica amministrazione impone ai privati delle direttive senza però acquisire gli immobili che, anzi, ottengono dalle prescrizioni di zona una rendita di posizione.²⁶

Dopo aver analizzato gli aspetti fondamentali e i contenuti dell’istituto del piano regolatore generale non possiamo esimerci dal definire la natura delle prescrizioni in esso contenute, soprattutto perché si tratta di valutare le conseguenze che esse producono nei confronti degli amministrati.

Si tratta di un argomento che ha interessato la dottrina fin dalla nascita dell’istituto , tanto che sono state enunciate numerose teorie ma, la dottrina prevalente si divide principalmente in tre orientamenti.

Il primo orientamento, riconosce al piano regolatore la valenza di un atto di natura amministrativa, il quale non ha effetti nei confronti dei terzi, sia perché esso contiene concrete previsioni e prescrizioni di vincoli di inedificabilità o preordinati all’esproprio, sia perché i destinatari possono essere individuati dopo

²⁶ Così N. CENTOFANTI / M. FAVAGROSSA/ P. CENTOFANTI in “*Diritto urbanistico*”, CEDAM, 2012, pag.182.

le scelte del piano.

Di contro, il secondo orientamento , ravvisa nel piano regolatore una natura normativa , dato che esso fissa le grandi linee dello sviluppo urbano , le quali hanno valore di norme oggettive con efficacia *erga omnes*.

È inoltre da sottolineare che a sostegno di questa teoria si sono schierati importanti esponenti del diritto amministrativo, tra cui Rocco Galli, il quale ha affermato che “ *i vincoli, in quanto conformativi del diritto di proprietà, presentano una immediata incidenza negativa sui suoli direttamente interessati.*”

Ciò vale a suffragare la tesi che il piano regolatore possa considerarsi, sotto il profilo contenutistico , di natura e di portata esclusivamente normativa.”

Non solo la dottrina ma anche la giurisprudenza si è espressa, tramite pronunce della Corte di Cassazione, sulla natura del piano regolatore.

Si legge infatti nella sentenza n. 7367 del 16 giugno 1992 della Corte di Cassazione che le disposizioni dei piani regolatori, comunali, generali o particolareggiati, approvati e pubblicati nelle forme previste, hanno valore di norme obiettive di legge con efficacia *erga omnes* .²⁷

²⁷ Si legge nella citata sentenza n. 7367 del 16 giugno 1992 della Corte di Cassazione, in riferimento alla natura delle norme contenute nel piano regolatore generale che “*In conformità al loro carattere di generalità e conoscibilità e, pertanto, si sottraggono, quando impongono vincoli o restrizioni ai diritti di proprietà dei privati, ai principi che regolano la trascrizione dei titoli di acquisto di diritti su immobili ai fini della loro opponibilità ad eventuali acquirenti di analoghi diritti sullo stesso immobile, ai sensi degli artt. 2653, 2654 c.c.*»

Dopo aver illustrato i primi due orientamenti dottrinali non ci resta che analizzare l'ultimo, il quale ha incontrato pareri favorevoli da parte dei maggiori esponenti del settore.

Il terzo ,ed ultimo filone interpretativo, intravede nel piano regolatore generale un atto di natura mista, avente, vale a dire, carattere sia normativo che amministrativo.

Quest'ultimo orientamento sembra essere il più convincente , in quanto intravede nel piano regolatore generale sia prescrizioni di carattere generale ed astratto, che non producono una lesione immediata e diretta nei confronti degli interessati, sia prescrizioni immediate e lesive della loro sfera giuridica.

Da un punto di vista strettamente procedurale, è importante rilevare che mentre le prescrizioni di carattere generale non sono autonomamente impugnabili, essendo a tal fine necessari ulteriori atti che producano un pregiudizio concreto ed attuale , le prescrizioni immediatamente lesive sono immediatamente impugnabili.

Il piano regolatore generale, dunque, risulta essere il principale strumento di pianificazione urbanistica, ed è opportuno ricordare che gran parte dei Comuni italiani oggi ha un piano regolatore vigente.

Dall'analisi fin ora svolta abbiamo messo in evidenza come i piani urbanistici e, in primo luogo il piano regolatore generale, mirino a realizzare un' ordinata conformazione dei suoli, attraverso le previsioni di destinazione d'uso

Tuttavia, l'esperienza di oltre cinquanta anni di disciplina, ha messo in evidenza la principale pecca di questo sistema di pianificazione, cioè l'inadeguatezza del piano urbanistico a soddisfare le reali esigenze di sviluppo locale.

Paradossalmente, proprio perché le scelte pubbliche mirano alla soddisfazione di interessi collettivi, prescindendo, in pratica, dall'interesse del singolo, si elaborano valutazioni spesso completamente scollate dalla realtà, soprattutto dalle esigenze di coloro che fanno parte della '*collettività*', e spesso restano addirittura inattuate proprio per l'eccessiva 'razionalità' con la quale sono state elaborate. La rigida divisione del territorio in zone omogenee non consente di intercettare la variegata ricchezza di caratteristiche dei vari territori, e meno ancora le potenzialità di sviluppo che gli stessi potrebbero avere nel periodo successivo all'approvazione del piano urbanistico.

1.5 Le limitazioni alla proprietà privata per fini di interesse pubblico

Dall'esposizione fino ad ora elaborata , abbiamo notato come il legislatore, ferma l'esigenza di conservare e tutelare la proprietà privata, possa modificare il regime di appartenenza dei beni in proprietà privata, intervenendo su intere categorie di tali beni.

Si è altresì notato che l'art. 42 della Costituzione consente anche l'invasione autoritativa della sfera patrimoniale dei privati attraverso misure restrittive che non mutano necessariamente il regime di appartenenza di un'intera categoria di beni, ma colpiscono i diritti privati di proprietà che hanno per oggetto determinanti beni o gruppi di beni appartenenti a una o più categorie.

Queste misure restrittive , imposte in attuazione dell'art.42, 2 comma della Costituzione, non comportano per il proprietario il diritto a ricevere un indennizzo, quando esse possono essere considerate inerenti ai limiti qualitativi della comprimibilità della proprietà privata, alla quale la Costituzione assicura una garanzia sostanziale.

Tutte queste restrizioni della proprietà sono usualmente raccolte e classificate nell'esposizione del regime amministrativo e distinte dall'espropriazione per pubblico interesse.

È opportuno chiarire, in tale sede, che la varietà di classificazioni è dovuta alla molteplicità e alla varietà delle invasioni della sfera di disponibilità ed

utilizzabilità della cosa da parte del proprietario in presenza di un interesse pubblico.

Tale sempre più rigido regime pubblicistico della proprietà privata si attua mediante istituti diversi sotto vari aspetti, come per esempio la fonte della loro produzione , per l'efficacia, per il loro contenuto e per le diverse finalità da conseguire.

La dottrina, pertanto, ha provveduto ad eseguire delle classificazioni delle varie misure restrittive della proprietà privata, spesso impiegando vocaboli diversi per indicare concetti e fenomeni equiparabili o viceversa utilizzando lo stesso vocabolo per indicare concetti e fenomeni differenti.

Anche nei testi legislativi i termini usati sono diversi, si parla infatti di limitazioni, di limiti, di obblighi, di vincoli e di divieti, non dimenticando tutte quelle disposizioni che prevedono occupazioni , espropriazioni e requisizioni le quali trovano il loro fondamento giuridico sul potere ablatorio della Pubblica Amministrazione .

Abbiamo più volte richiamato l'art.42, 2 comma della nostra Costituzione, il quale prevede che “ *la legge determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti della proprietà privata*”, ma non è ben chiaro se al termine “ *limiti*” sia attribuito un significato specifico – ad esempio di delimitazione in senso quantitativo della proprietà – oppure se esso sia inteso in modo da essere ricompreso nella stessa disciplina dell'uso della proprietà.

Tuttavia, sembra che questo ultimo orientamento sia di gran lunga preferito soprattutto per non lasciare fuori dalle previsioni costituzionali tutte quelle misure che incidono i diritti di proprietà dei privati cittadini.

Al fine di comprendere in modo completo ed omogeneo il disposto dell' art.42, 2 comma della Costituzione, è necessario leggere altresì la previsione dell' art. 44 della Carta costituzionale, la quale prevede che “ *la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa i limiti alla sua estensione* “

Dal suindicato disposto costituzionale, la dottrina ha creato un criterio classificatorio fondato sul diverso contenuto del sacrificio in concreto richiesto al proprietario.

Infatti secondo tale criterio troviamo una prima distinzione tra obblighi *propter rem* del proprietario e limitazioni in senso stretto.

Le limitazioni in senso stretto, inoltre, possono a loro volta essere distinte in due classi; nella prima vanno raccolte tutte le prescrizioni che vietano al proprietario di esercitare in tutto o in parte le facoltà di godimento o di disposizione comprese nel diritto dominicale e che pertanto implicano per il proprietario un dovere negativo di *non facere*, nella seconda vanno incluse, invece, tutte quelle norme che legittimano l'esercizio sulla proprietà privata di determinate attività altrui di utilizzazione o di disposizione , che cioè comportano per il proprietario il dovere negativo di subire tali invasioni della propria sfera dominicale senza frapporti opposizioni non previste dalle norme stesse.

Divieti , obblighi e soggezioni costituiscono quindi le tre classi principali in cui si raggruppano le limitazioni in senso lato della proprietà per i sacrifici imposti al privato per fini di utilità generale.²⁸

Al fine della nostra trattazione si analizzeranno, di seguito, le tre classi solamente per ciò che attiene alla disciplina del diritto urbanistico, soffermandoci essenzialmente sull'aspetto pubblicistico della questione , tralasciando il carattere privatistico.

Per quanto riguarda la categoria dei divieti, è da rilevare che parliamo di limitazioni della proprietà privata che impongono al proprietario un dovere negativo di non fare , cioè i casi in cui da una determinata norma si vieta al proprietario di esercitare, in tutto o in parte, le facoltà di disposizione o di godimento comprese nel proprio diritto dominicale.²⁹

Per rendere la disciplina dei divieti più penetrante, la dottrina ha individuato le cosiddette “ zone di rispetto”, zone ovverosia in cui prevale l'interesse pubblico al regolare sviluppo degli agglomerati edilizi.

Le zone di rispetto individuate dalle varie leggi speciali hanno per oggetto :

- i. il demanio stradale;

²⁸ In tal senso G. D'ANGELO in “ *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo* “, Morano Editore, pag. 85 e ss.

²⁹ Alcuni di questi divieti posso essere imposti per la vicinanza al bene, oggetto della limitazione, di determinati beni pubblici, per evitare a quest'ultimi eventuali danni.

- ii. il demanio ferroviario ;
- iii. il demanio idrico;
- iv. il demanio marittimo e doganale;
- v. il demanio militare;
- vi. gli aeroporti;
- vii. i cimiteri;
- viii. le cose di interesse storico e artistico;
- ix. le bellezze naturali;
- x. gli elettrodotti.

Tutti questi divieti sono pertanto imposti per determinate finalità pubbliche, assicurando direttamente un vantaggio alla collettività.

Altri divieti, invece , sono dettati da diverse ragioni, come per esempio per ragioni di sicurezza interna e di migliore utilizzazione del bene demaniale.

Tipici esempi di divieti dettati da ragioni di sicurezza militare sono i divieti di costruzione nei pressi di fortificazioni , ovverosia le cosiddette “ servitù militari” .

È importante precisare, inoltre, che la funzione delle zone di rispetto non è improntata ai normali criteri urbanistici, di tutela cioè del regolare sviluppo dei

centri abitati attraverso la disciplina della proprietà per un'utilità, ma si tratta di vere e proprie limitazioni alla libera attività edilizia, e naturalmente alla libera regolamentazione da parte degli enti pubblici dall'attività edilizia privata e pubblica attraverso le prescrizioni dei piani e dei piani regolatori.

Il comune risultato dei vari divieti è di sottoporre il privato al potere-dovere della Pubblica Amministrazione, di conseguenza il diritto del privato che vi corrisponde è un tipico esempio di diritto affievolito.

Esiste, pertanto, unicamente un rapporto tra l'ente pubblico e il privato, poiché i divieti risultano essere imposti per garantire esclusivamente un interesse pubblico.³⁰

Come già rilevato precedentemente, fra le limitazioni in senso lato della proprietà privata, può essere individuata una seconda categoria che comprende tutti i casi in cui il proprietario sia costretto a patire l'utilizzazione del proprio fondo per il soddisfacimento di diverse finalità di interesse generale.

È opportuno riportare due tipici esempi che richiamano la categoria delle soggezioni della proprietà privata:

- (i) il proprietario, in alcuni casi, è tenuto a subire, senza potersi opporre, all'ingresso temporaneo nel proprio immobile di agenti, tecnici o funzionari pubblici per l'esecuzione di rilievi tecnici, per ispezioni di vario

³⁰ A tal proposito G.C. MENGOLI in " *Manuale di diritto urbanistico* ", Giuffrè Editore, 2009, pag.242

genere e per il compimento di determinate opere come ad esempio ricerche archeologiche , ricerche di acque sotterranee ovvero ricerche di sostanze minerali.³¹

(ii) in altri casi il proprietario è tenuto a subire, per garantire l'interesse pubblico, le attività altrui sul proprio fondo, anche se non hanno carattere temporaneo, ma che rappresentano invece l'esercizio di un diritto reale pubblico.³²

Se per la categoria delle soggezioni abbiamo parlato principalmente di un dovere negativo di *non facere* che ricade sul proprietario, con la terza categoria , quella degli obblighi, ci muoviamo all'interno di obblighi positivi.

Il proprietario pertanto è tenuto ad un determinato *facere* , e precisamente ad esercitare in un certo modo il proprio diritto su una cosa.

È da rilevare che nel caso in cui il proprietario non adempia al determinato obbligo di *facere*, questi potrebbe essere tenuto a subire decise conseguenze sfavorevoli, che potrebbero consistere anche nell'espropriazione della cosa.

Particolari obblighi sono imposti :

³¹ Tipici esempi di questa categoria di limitazioni sono i casi in cui la Pubblica Amministrazione procede al collocamento di segnali, al passaggio e all'appoggio di elettrodotti, al collocamento di impianti di comunicazione telefoniche, all'appoggio di oggetti inerenti al servizio postale, all'apposizione di segnali stradali o numeri civici.

³² Fra le servitù prediali pubbliche si comprendono : le servitù coattive di acquedotto , di scarico e di somministrazione di acqua.

- (i) ai proprietari di immobili compresi in un piano regolatore particolareggiato di eseguire le costruzioni, le ricostruzioni o le modificazioni previste dal piano ;
- (ii) ai proprietari di case rurali o urbani di mantenere l'immobile nelle condizioni di abitabilità regolamentari;
- (iii) ai proprietari di edifici urbani di mantenere in buono stato le facciate dell'edificio, quando sia disposto dalle norme edilizie locali;
- (iv) ai proprietari dei terreni situati in comprensori di bonifica.

Abbiamo dunque notato come l'interesse pubblico, in determinati casi, prevalga sulla tutela della proprietà del privato quando vi siano specifiche esigenze di utilità territoriale.

Nel prossimo capitolo ci soffermeremo, al fine di dare una dettagliata panoramica degli istituti previsti dal diritto urbanistico, sui vincoli che l'ente comunale può prevedere in conseguenza della pianificazione urbanistica.

Analizzeremo pertanto quei vincoli che vengono previsti direttamente nel piano regolatore generale , i quali prevedono un indennizzo per il proprietario e una durata limitata nel tempo ed altri vincoli, che derivano dall'emanazione di leggi speciali, che non prevedono la corresponsione di alcuna indennità ed hanno una durata indeterminata.

Dopo un attenta analisi di questi strumenti pianificatori arriveremo alla distinzione fondamentale tra i vincoli espropriativi e vincoli conformativi, analizzando i diversi poteri autoritativi e conformativi riconosciuti alla Pubblica Amministrazione.

Capitolo II.

I vincoli urbanistici

Sommario: 2.1 Introduzione dell'istituto del vincolo urbanistico **0**

Le qualificazioni dei vincoli *urbanistici* **2.3** I vincoli ablatori: i vincoli espropriativi, durata e limitazioni allo *jus aedificandi* **0**

Il potere conformativo dell'Amministrazione

2.1 Introduzione dell'istituto del vincolo urbanistico

Attraverso il modello di pianificazione che emerge dall'attuazione delle norme previste dalla Legge sull'Urbanistica del 1942 abbiamo messo in evidenza come l'assetto del territorio comunale risulti dalla previsione di un piano regolatore generale e dai cosiddetti piani attuativi.

Con il primo strumento vengono pertanto previste tutte le funzioni delle aree comprese in una data zona territoriale; con il piano attuativo, invece, vengono precisati gli interventi sul territorio e ne vengono organizzati l'attuazione, traducendo dettagliatamente le previsioni e le precisazioni dettate per grandi linee nel piano urbanistico comunale.

Proprio all'interno del piano regolatore generale, come disposto dall'art. 7 della Legge sull'Urbanistica, possono essere previsti svariati vincoli, sia per salvaguardare zone a carattere storico, sia per ragioni di natura ambientale e paesistica.

Pertanto, come già asserito nel capitolo precedente, la disciplina urbanistica genera limiti e vincoli alla proprietà privata in maniera più pregnante rispetto ad altre discipline legislative.³³

Al proprietario, dunque, viene imposto un sacrificio giustificato dalla necessità di assicurare un disegno urbanistico definito dal piano regolatore generale il quale, attraverso le già citate tecniche di localizzazione e zonizzazione, provvede a dettare una disciplina generale per l'uso dei suoli comunali.

È con le disposizioni pianificatorie che il proprietario si trova ad essere limitato, inciso e conformato fino, nei casi in cui si prevedano prescrizioni ablatorie, a vedere lo *jus aedificandi* compresso o addirittura cancellato.

Per dare una definizione esaustiva del concetto di vincolo, possiamo correttamente affermare che devono considerarsi tali tutti quegli impedimenti al pieno esercizio del diritto di proprietà .

Nella famiglia delle prescrizioni urbanistiche possiamo inoltre distinguere i vincoli urbanistici, che derivano da disposizioni legislative, i quali hanno carattere meramente ricognitivo, generale ed astratto e limitano la fruizione dei beni in relazione alla loro natura intrinseca, dai vincoli amministrativi, aventi invece natura conformativa.

³³ Così P. STELLA RICHTER in “*Profili funzionali dell’urbanistica, Milano*”, 1984, p.135

In relazione alla materia dei vincoli urbanistici , si sono succedute una serie di pronunce della Corte Costituzionale che hanno perimetrato la materia medesima.

Si fa riferimento, precisamente, alle sentenze pronunciate dalla Consulta nn. 55 e 56 del 1968 (le cosiddette sentenze gemelle), alla sentenza n.5 del 25 gennaio 1980 e alla sentenza n. 179 del 20 maggio 1999.

È opportuno, ai fini della nostra trattazione , analizzare separatamente le suindicate sentenze.

La sentenza n. 55 del 29 maggio 1968 della Corte Costituzionale, che da allora costituisce il punto di riferimento di tutta la materia, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell' art.7, nn 2,3 e 4 e dell'art. 40³⁴ della Legge Urbanistica, nella parte in cui queste disposizioni “ *non prevedono un indennizzo per l'imposizione di limitazioni operanti immediatamente e a tempo indeterminato nei confronti dei diritti reali* ” e quando queste limitazioni siano di tipo particolare , non riguardino cioè categorie omogenee di beni, per le quali non si pone il problema della “indifferenziazione” tra proprietari.³⁵

³⁴ L'art 40 della Legge Urbanistica prevedeva che “*Nessun indennizzo è dovuto per le limitazioni ed i vincoli previsti dal piano regolatore generale nonché per le limitazioni e per gli oneri relativi all'allineamento edilizio delle nuove costruzioni.*

Non è dovuta indennità neppure per la servitù di pubblico passaggio che il Comune creda di imporre sulle aree di portici delle nuove costruzioni e di quelle esistenti. Rimangono a carico del Comune la costruzione e manutenzione del pavimento e la illuminazione dei portici soggetti alla predetta servitù”.

Con tale pronuncia, dunque, la Corte Costituzionale evidenzia l'incongruenza della disciplina dettata dalla Legge Urbanistica del 1942 che, da un lato, autorizza la Pubblica Amministrazione a prevedere limitazioni anche di tipo espropriativo, e dall'altro lato, non sottopone le restrizioni del piano regolatore generale ad un termine di efficacia.

Così facendo, appariva evidente che si andava a legittimare la protrazione *sine die* di tali restrizioni senza, peraltro, prevedere alcun indennizzo per il privato.

Inoltre, la sentenza della Consulta in riferimento, ha cercato di fornire le linee guida per valutare il carattere espropriativo delle restrizioni contenute nel piano regolatore.

La pronuncia della Corte Costituzionale, al riguardo, ha individuato tre tipologie di limitazioni del piano regolatore a carattere espropriativo:

- (i) tutte le previsioni urbanistiche con cui il bene del privato viene destinato alla realizzazione di un'opera di interesse pubblico. Sono, questi, i cosiddetti vincoli preordinati all'esproprio. In queste ipotesi il bene viene sottoposto ad un vincolo che determina l'immodificabilità dello stesso in vista della successiva acquisizione da parte della Pubblica Amministrazione.

³⁵ Così P. URBANI in "Diritto urbanistico, organizzazione e rapporti", Giappichelli Editore, 2013, pag.274

(ii) le previsioni urbanistiche che impongono vincoli tali da ledere profondamente l'utilizzabilità del bene, pur consentendo la conservazione della titolarità del diritto di proprietà in capo al privato. In questa seconda ipotesi si fa riferimento ai cosiddetti vincoli sostanzialmente espropriativi.

(iii) le previsioni del piano regolatore generale che influenzano la realizzabilità delle destinazioni previste alla preventiva approvazione di un piano particolareggiato. Anche in queste ipotesi il bene viene difatti sottoposto ad un vincolo di immodificabilità, che opera sino a data "*incerta e imprevista e imprevedibile nel suo verificarsi*", ovverosia sino alla decisione dell'Amministrazione di approvare il piano esecutivo.

Per effetto della sentenza n.55 del 1968, si determinava una lacuna nella disciplina urbanistica della Legge Urbanistica, che imponeva al legislatore di adeguare la normativa di settore alla decisione della Corte Costituzionale.

Solamente con l'emanazione della Legge n.1187 del 19 novembre 1968 si disponeva la fissazione di un limite temporale per la vigenza dei vincoli urbanistici, prevedendo che "*le indicazioni del piano regolatore , nella parte in cui incidono su beni determinati assoggettandoli a vincoli preordinati all'espropriazione, perdono efficacia se entro cinque anni dalla data di approvazione del piano regolatore non siano stati approvati i relativi piani particolareggiati*"³⁶

La sentenza della Corte Costituzionale n.56 del 1968 ,invece, ha per oggetto i beni di interesse paesistico.

La Consulta, in tale pronuncia, si riporta totalmente alle previsioni della precedente sentenza n.6 del 19 gennaio 1966, avvalorando sia i criteri di distinzione tra i vincoli espropriativi ed i vincoli conformativi, sia la corrispondenza dell'ablazione all'espropriazione.

Per ciò che riguarda il primo punto, ovverosia la distinzione tra i vincoli espropriativi e conformativi, la Corte giunge ad affermare che i vincoli paesaggistici, e per corrispondenza, altresì i vincoli ambientali, storici, artistici ed idrogeologici, non debbano essere oggetto di indennizzo.

Alla base dell' argomentazione della Consulta vi è l' idea secondo cui, quando la Pubblica Amministrazione appone un vincolo di natura paesaggistica, non modifica la situazione preesistente del bene , ma si limita a riconoscere la presenza nel bene di quelle caratteristiche intrinseche predeterminate dalla legge , sottoponendo tale bene al regime giuridico ad esso connaturale.

Poiché, dunque, il vincolo risulta compreso nella forma e nella struttura del bene, e non viene sottratta al proprietario alcuna facoltà posseduta in precedenza, non trova giustificazione la previsione della corrispondenza di un indennizzo.

³⁶ Così l'art. 2 della Legge n.1187 del 19 novembre 1968.

Torneremo più avanti ad occuparci dei vincoli di natura paesaggistica ed ambientale, facendo riferimento alla legge n.431 dell' 8 agosto 1985 (la c.d. Legge Galasso) ed alle più recenti pronunce giurisdizionali.

Dopo esserci soffermati sulle “*sentenze gemelle*”, le quali hanno rappresentato un punto di svolta per la disciplina urbanistica, non ci resta che far riferimento ad altre due pronunce costituzionali che hanno contribuito a regolamentare l'istituto dei vincoli urbanistici.

Con la sentenza n.5 del 25 gennaio 1980, la Corte Costituzionale ritorna a pronunciarsi sul diritto del privato a ricevere un congruo indennizzo in caso di vincoli che vadano a svuotare il relativo diritto di proprietà.

La suindicata pronuncia della Consulta si occupa della legittimità costituzionale della Legge n. 10 del 27 febbraio 1977, con la quale era stato previsto un coefficiente unico per la determinazione dell'indennizzo riferito al valore agricolo anche per i suoli edificabili.

La Consulta ha affermato, in questa occasione, il principio per il quale l'indennizzo deve essere fissato rispettando le caratteristiche strutturali del bene e non in astratto.³⁷

³⁷ Applicando la previsione contenuta nella Legge 10 del 27 febbraio 1977 si determinavano indennizzi irrisori, che pertanto si ponevano in contrasto con l' art. 42, 3 comma, della Costituzione.

Pur prevedendo la corresponsione di un indennizzo in favore del proprietario, nella determinazione dello stesso, non veniva considerato il carattere di edificabilità del suolo. Lo jus aedificandi inoltre non veniva

Un'altra questione sollevata dinanzi alla Corte era la violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) identificabile nell'incoerente disparità di trattamento tra proprietari di aree edificabili penalizzati dalla previsione di provvedimenti espropriativi, e proprietari di aree aventi le stesse caratteristiche strutturali e site nella medesima zona , i quali potevano però disporre con libertà.

L'ultima sentenza che ci rimane da analizzare è la n.179 del 20 maggio 1999 che ha determinato la fondamentale evoluzione nell'ambito della disciplina dei vincoli urbanistici.

Con tale pronuncia la Corte Costituzionale è ritornata a considerare il problema dell'efficacia temporale del vincolo urbanistico .

Secondo la sentenza è pertanto costituzionalmente illegittimo , per violazione dell'art.42, 3 comma Cost., il combinato disposto degli artt. 7 nn. 2,3,40 della Legge Urbanistica del 1942, e 2, 1 comma della Legge 19 novembre del 1968.

Ciò che veniva ritenuto illegittimo era la previsione che consentiva alla Pubblica Amministrazione di reiterare i vincoli urbanistici scaduti, preordinati all'esproprio ovvero che comportavano l'inedificabilità , senza la corresponsione di un indennizzo.

considerato come elemento intrinseco del diritto di proprietà , ma veniva conferito dall'autorità competente, ovvero, veniva inserito nel piano regolatore generale.

Nello stesso tempo, occorre sottolineare l'indirizzo secondo cui *“è propria della potestà pianificatoria la possibilità di rinnovare nel tempo i vincoli su beni individuati, purché, come ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa, risulti adeguatamente motivata in relazione alle effettive esigenze urbanistiche. Essendo i due requisiti della temporaneità e della indennizzabilità tra loro alternativi, l'indeterminatezza temporale dei vincoli, resa possibile dalla potestà di reiterarli nel tempo anche con diversa destinazione o con altri mezzi, “è costituzionalmente legittima a condizione che l'esercizio di detta potestà non determini situazioni incompatibili con la garanzia della proprietà secondo i principi affermati dalle sentenze n. 6 del 1966 e n. 55 del 1968” (sentenza n. 575 del 1989).*

La Corte Costituzionale, inoltre, precisa che il diritto alla corresponsione di un indennizzo richiede non solo che si tratti di prescrizioni urbanistiche *“preordinate all'espropriazione ovvero che abbiano carattere sostanzialmente espropriativo”*, ma anche che si tratti di:

- (i) vincoli imposti a tempo indeterminato;
- (ii) vincoli che oltrepassino la durata stabilita dal legislatore come limite, non irragionevole e non arbitrario, alla sopportabilità del vincolo urbanistico, ove non intervenga l'espropriazione, ovvero non si inizi la procedura espropriativa;

(iii) vincoli che superino, sotto un profilo quantitativo, la ‘normale tollerabilità’ secondo una concezione della proprietà.³⁸

Naturalmente , precisa la Consulta , nel determinare l’ammontare dell’indennizzo, si possono presentare una molteplicità di soluzioni ipotizzabili, tutte idonee a garantire un affidabile ristoro a favore del proprietario che subisce il vincolo , tenendo in considerazione ovviamente le previsioni costituzionali.

Occorre rilevare, inoltre, che il Consiglio di Stato, in sede di Adunanza Plenaria, in seguito alla sentenza n.179 del 20 maggio 1999, ha confermato la necessità della previsione dell’indennizzo ed ha per di più precisato che la reiterazione dei vincoli urbanistici è legittima solamente se dotata di una appropriata motivazione sulla attualità della previsione e da una nuova comparazione degli interessi pubblici coinvolti.³⁹

Attraverso le principali sentenze della Corte Costituzionale abbiamo dunque ricostruito l’evoluzione normativa dedicata all’istituto dei vincoli urbanistici, tracciando le linee guida che ci porteranno ad analizzare in maniera più consapevole i poteri della Pubblica Amministrazione riconosciuti dal legislatore nella materia dell’urbanistica.

³⁸ È rimessa all’interprete la valutazione circa la soglia della “ normale tollerabilità”.

³⁹ Così P. PIRRUCCIO in “ *L’espropriazione per pubblica utilità*” , CEDAM , 2011 , pag.107 .

“La comparazione degli interessi pubblici non deve essere confusa però con la motivazione della scelta delle singole aree.La reiterazione dei vincoli urbanistici preordinati all’espropriazione o che comportino l’inedificabilità non richiede una motivazione specifica circa la destinazione delle singole aree, ma soltanto una motivazione circa le esigenze urbanistiche della variante medesima”

Seguirà, inoltre, una panoramica generale dei vincoli che l'ente pubblico comunale può prevedere nel piano regolatore generale, al fine di garantire la tutela dell'interesse pubblico e la gestione dei suoli comunali.

2.2 Le qualificazioni dei vincoli urbanistici

Attraverso l'analisi delle sentenze della Corte Costituzionale abbiamo rilevato sia lo sviluppo normativo dell'istituto del vincolo urbanistico, sia constatato che è possibile definire varie categorie di vincoli, facendo riferimento alla loro natura, ed agli effetti giuridici che determinano nella sfera giuridica del privato.

Volendo, a questo punto della nostra trattazione, proporre una classificazione dei principali vincoli alla proprietà riconosciuti dalla legge, è sempre opportuno partire dalla distinzione fondamentale tra i vincoli espropriativi e i vincoli conformativi.

Quando si fa riferimento al vincolo espropriativo si richiama al potere ablatorio della Pubblica Amministrazione di sacrificare, con un provvedimento, un interesse privato per motivi di interesse pubblico.⁴⁰

I vincoli conformativi, al contrario, sono i vincoli che fuoriescono dallo schema ablatorio- espropriativo, e sono quelli che la Corte Costituzionale, con la sentenza n.179 del 20 maggio 1999, ha individuato nei seguenti termini :

- (i) comportano limiti posti normalmente nei regolamenti edilizi o nella pianificazione urbanistica e relative norme tecniche, quali i limiti di altezza,

⁴⁰ In tutti gli ordinamenti la Pubblica Amministrazione dispone di poteri ablatori, tuttavia questi, in uno Stato di diritto, devono essere conferiti da norme di legge ed essere esercitati in conformità di tali norme.

di cubatura o di superficie coperta, le distanze tra edifici, le zone di rispetto in relazione a talune opere pubbliche, i diversi indici generali di fabbricabilità ovvero i limiti e rapporti previsti per zone territoriali omogenee e simili;

(ii) comportano limitazioni che attengono con il carattere di generalità ad intere categorie di beni e generalità di soggetti, con una sottoposizione indifferenziata di essi, anche per zone territoriali, ad un particolare regime. Si tratta delle destinazioni di piano regolatore afferenti alla c.d. zonizzazione.

Accogliendo queste premesse, è opportuno rilevare, anche se sarà oggetto di analisi del prossimo capitolo, che i vincoli conformativi non sono soggetti a decadenza, a reiterazione e ad indennizzo.

La dottrina, inoltre, ha prospettato una ulteriore differenziazione all'interno della categoria dei vincoli urbanistici, ovvero la distinzione tra la tipologia dei vincoli strumentali e la tipologia dei vincoli sostanziali.

I vincoli strumentali rappresentano tutte quelle previsioni che subordinano l'edificabilità di un'area all'inserimento della stessa in un programma pluriennale ovvero alla formazione di un piano esecutivo.

È importante sottolineare che il Consiglio di Stato, pronunciandosi sulla natura dei vincoli strumentali, nella decisione n.1765 del 24 marzo 2009 ha

affermato che anche i suddetti vincoli sono soggetti alla decadenza quinquennale prevista dall'art. 2, 1° della Legge n.1187 del 19 novembre 1968.⁴¹

Per questo motivo si suole considerare i vincoli strumentali come vincoli preordinati all'espropriazione.

All'interno di questa categoria sono collocabili i “ *vincoli localizzativi* e i” *vincoli di rinvio*”

Con la previsione di vincoli localizzativi si mira ad inibire lo *jus aedificandi* relativamente a luoghi determinati, in attesa della loro espropriazione, anticipando l'effetto del successivo decreto di esproprio.⁴²

In secondo luogo vi sono i cosiddetti vincoli di rinvio, ovverosia quelle previsioni contenute nel piano regolatore generale che non preludono immediatamente ad una futura espropriazione o inedificabilità dei suoli, ma che, imponendo l'interposizione di uno strumento urbanistico attuativo, subordinano l'edificazione a un momento successivo all'approvazione di quest'ultimo.⁴³

⁴¹ A tal punto il Testo Unico sulle espropriazioni prevede all'art.9 che “ *nel corso dei cinque anni di durata del vincolo preordinato all'esproprio, il consiglio comunale può disporre che siano realizzate sul bene vincolato opere pubbliche o di pubblica utilità diverse da quelle originariamente previste nel piano urbanistico generale.*”

⁴² Fino al momento in cui non è emanato il provvedimento che determina il trasferimento del bene dal proprietario alla Pubblica Amministrazione, al primo non è consentito il diritto edificatorio, poiché l'esercizio di quest'ultimo comprometterebbe la realizzazione dell'opera pubblica.

⁴³ Così si legge nella sentenza del Consiglio di Stato n. 4415 del 17 settembre 2008.

Sebbene l'inclusione di questa tipologia nella categoria dei vincoli urbanistici sia stata messa in discussione sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, è opportuno precisare che il profilo vincolistico di tali previsioni starebbe nel fatto che il piano regolatore stabilisca un divieto assoluto di edificare, fino all'approvazione di un piano attuativo.

Proprio dall'estensione di tale divieto deriva la riconducibilità di queste previsioni alla categoria dei vincoli urbanistici.⁴⁴

Dai vincoli urbanistici in senso stretto occorre differenziare altre prescrizioni a carattere conservativo che pur comportano l'inedificabilità del bene.

Si fa riferimento, in questi casi, ai cosiddetti vincoli morfologici e ricognitivi che comportano delle limitazioni, in particolare l'inedificabilità, a causa della rilevanza paesaggistica e ambientale del bene.

Differentemente dai vincoli espropriativi o sostanzialmente espropriativi, in cui la limitazione del diritto di proprietà deriva *ab externo* ed è diretta al raggiungimento di un interesse pubblico, le limitazioni di natura morfologica non perseguono fini esterni ma anzi, mirano alla salvaguardia di beni, luoghi e situazioni materiali che necessitano di una tutela per il loro valore estetico, culturale o antropologico.

⁴⁴ Così P. URBANI / S. CIVITARESE MATTEUCCI in “*Diritto urbanistico, organizzazioni e rapporti*”, Giappichelli editore, 2013, pag. 272.

La tipologia dei vincoli morfologici e ricognitivi racchiude limitazioni che provengono da discipline tra loro eterogenee; si fa riferimento, pertanto, ai vincoli forestali, ai vincoli idrogeologici⁴⁵, ai vincoli per la tutela delle acque, ai vincoli paesaggistici⁴⁶ ed ai vincoli per la tutela dei beni culturali.

La teoria secondo la quale questa categoria di vincoli non abbia un contenuto sostanzialmente espropriativo è stata elaborata per la prima volta nella già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 56 del 29 maggio 1968, la quale ha formulato il cosiddetto principio della “ originarietà dei vincoli paesaggistici “, secondo cui l’ accertamento di una qualità intrinseca nel bene da tutelare e salvaguardare non comprime nessuna facoltà spettante al proprietario, poiché non intacca il contenuto minimo della proprietà.

⁴⁵ Il concetto innovativo del R.D.L. n. 3267 è chiaramente enunciato all'art. 1 che così recita: "*Sono sottoposti a vincolo per scopi idrogeologici i terreni di qualsiasi natura e destinazione che, per effetto di forme di utilizzazione contrastanti con le norme di cui agli artt. 7,8 e 9 (articoli che riguardano dissodamenti, cambiamenti di coltura ed esercizio del pascolo), possono con danno pubblico subire denudazioni, perdere la stabilità o turbare il regime delle acque*".

Appare evidente pertanto che lo scopo del vincolo idrogeologico è quello di preservare l’ambiente fisico, e di garantire che l’interferenza dell’attività umana non comprometta l’equilibrio territoriale.

⁴⁶ Il vincolo paesaggistico è uno strumento previsto dalla legislazione statale per tutelare le aree di maggior pregio paesaggistico, con la finalità di moderare l’inserimento nel paesaggio di opere edilizie.

Tale vincolo è stato introdotto dalla Legge n. 1497 del 29 Giugno 1939 e successivamente integrato dalla Legge n.431 dell’ 8 agosto 1985 (Legge Galasso).

Successivamente è stato inserito nel Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali determinato dal D.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490.

In data 22 gennaio 2004 il D.lgs. n. 42 “Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, ai sensi dell'art. 10 della legge 06 luglio 2002, n. 137”, ha provveduto a sostituire ed abrogare tutta la normativa precedente.

Da questa premessa la Consulta ha statuito, pertanto, che per tali vincoli urbanistici non può essere previsto né un indennizzo in favore del proprietario, tantomeno una previsione di temporaneità della suddetta limitazione.

Merita in ultimo, al fine della nostra trattazione , far riferimento alle prescrizioni urbanistiche dirette alla esecuzione di interventi destinati alla utilizzazione pubblica , la cui esecuzione però è consentita anche all'iniziativa privata.

Tali prescrizioni sono conosciute con il nome di vincoli misti e rappresentano una delle ipotesi di non agevole qualificazione dei vincoli urbanistici di cui si tratterà più approfonditamente nel prosieguo.

2.3 I vincoli ablatori: i vincoli espropriativi, durata e limitazioni allo jus aedificandi

Dopo aver effettuato una panoramica generale sui principali strumenti di pianificazione urbanistica, è ora opportuno focalizzarci su uno degli istituti più caratteristici della normativa di settore, ovverosia il vincolo ablatorio per eccellenza , quello espropriativo.

Abbiamo più volte evidenziato, nella nostra trattazione, come il diritto della proprietà privata sia riconosciuto e tutelato con forza dalla nostra carta costituzionale , ergendolo a simbolo dello stato di diritto.

Abbiamo inoltre mostrato come la proprietà sia soggetta a limiti e vincoli (art. 42, 2 comma Cost.), la cui potestà a disporli compete al legislatore ordinario.

A legittimare il potere della Pubblica Amministrazione di prevedere delle limitazioni che vadano ad inficiare il pieno diritto di disponibilità del bene del privato appare anche il disposto costituzionale dell'art. 43.

Tale articolo, infatti prevede che “ *ai fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire , mediante espropriazione, e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici, o a comunità di lavoratori o di utenti, determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici*

essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio che abbiano carattere preminente di interesse generale.”⁴⁷

A completare la legittimazione della previsione delle limitazioni ablatorie ci ha pensato anche la giurisprudenza costituzionale.

Infatti nella già più volte citata sentenza n.55 del 29 maggio 1968 si legge che “ *la garanzia della proprietà è condizionata, nel sistema della Costituzione, dagli artt. 41 e 44, alla subordinazione a fini, dichiarati ora di utilità sociale, ora di funzione sociale, ora di equi rapporti sociali, ora di interesse ed utilità generale.*”

Ciò con maggiore ampiezza e vigore di quanto è stabilito dagli artt. 832 e 845 del Codice Civile, i quali, per il contenuto del diritto di proprietà fondiaria in particolare, richiamano, rispettivamente, i limiti e gli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico e le regole particolari per scopi di pubblico interesse.

Occorre, pertanto, dare una definizione esaustiva del concetto di espropriazione e di chiarirne i relativi scopi.

L’espropriazione può essere definita come una sottrazione coattiva del diritto di proprietà, compreso anche l’uso del godimento del bene, al fine di

⁴⁷ Precedentemente l’art. 438 del codice del 1865 prevedeva che “ *nessuno può essere costretto a cedere la sua proprietà o a permettere che altri ne faccia uso , se non per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata e premesso il pagamento di una giusta causa di indennità. Le norme relative all’espropriazione di causa pubblica utilità sono determinate da leggi speciali*”.

permettere alla Pubblica Amministrazione di acquisire la disponibilità delle aree e degli immobili necessari per l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Nell'ambito dei vincoli urbanistici espropriativi è possibile distinguere tra vincoli preordinati all'espropriazione delle aree per la realizzazione delle opere pubbliche che hanno valore prodromico alla procedura espropriativa e vincoli sostanzialmente espropriativi che incidono sul godimento del diritto di proprietà, rendendo inutilizzabile il bene in relazione alla sua naturale destinazione ovvero ne determinano una riduzione del valore di scambio dello stesso.

L'espropriazione, pertanto, sembra creare un vero e proprio rapporto di diritto pubblico, il cosiddetto rapporto di esproprio, in cui le parti sono, l'espropriante, che è il soggetto pubblico o privato a vantaggio del quale viene fatta l'espropriazione, e l'espropriato, il soggetto a danno del quale viene eseguito l'esproprio.

Infine dobbiamo citare l'autorità procedente, la quale è l'organo pubblico che esegue l'espropriazione.

Occorre evidenziare che, per il cosiddetto "principio di simmetria", l'autorità deputata a realizzare materialmente l'opera pubblica, ovvero di pubblica utilità, è anche l'autorità titolare del potere espropriativo e, di

conseguenza, quella demandata ad emettere i provvedimenti del relativo procedimento amministrativo.⁴⁸

Il principio di simmetria tra autorità espropriante e autorità che realizza l'opera ha portato a superare definitivamente la concezione previgente, in base alla quale l'espropriazione andava condotta in maniera coordinata tra più enti, di modo che il cittadino fosse tutelato contro un eventuale eccesso di potere dell'amministrazione.

Secondo tale orientamento, la competenza ad emanare il decreto di esproprio andava necessariamente riconosciuta ad un soggetto diverso da quello incaricato della realizzazione dell'opera e dall'amministrazione che aveva condotto e gestito il procedimento.

Attualmente l'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità è regolamentato dal Decreto del Presidente della Repubblica n.327 del 2001 (il Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità).

È ormai opinione consolidata che l'oggetto dell'espropriazione può essere un diritto di proprietà o un altro diritto reale e che il presupposto per la legittimità di tale istituto è la previsione di un congruo indennizzo.

Circa l'oggetto del provvedimento espropriativo si riporta di seguito l'orientamento del giurista Gianquinto de Gioannis secondo cui “ *un'*

⁴⁸ Il principio è previsto dall'art. 1, comma 1, del D.P.R. 327 del 2001.

espropriazione include ogni limitazione che va dalla semplice modalità fino all'estinzione del diritto e che si riferisce non solo al diritto di proprietà ma a qualunque altro e non alla sola proprietà immobiliare” ⁴⁹

Possiamo pertanto affermare che gli elementi caratterizzanti l'istituto dell'espropriazione sono principalmente due :

- (i) l'effetto estintivo del diritto interessato;
- (ii) l'effetto acquisitivo che determina il provvedimento espropriativo in capo all'autorità procedente.

Sotto il profilo della fattispecie acquisitiva la dottrina ha lungamente discusso se l'espropriazione per pubblica utilità dia vita ad un acquisto a titolo originario a favore del beneficiario o se si tratti di un acquisto a titolo derivato.

Secondo questa seconda impostazione, con riferimento alla natura del provvedimento, prevale la tesi che lo configura come un trasferimento coattivo.

A sostegno, invece, della tesi che ricostruisce l'istituto come un acquisto a titolo originario, vi è la considerazione che i titolari di diritti personali o reali sul bene trasferiscono i loro diritti sull'indennizzo spettante, nonché il fatto che non è incidente agli effetti dell'espropriazione che la stessa sia stata diretta nei riguardi del proprietario catastale piuttosto che di quello reale.⁵⁰

⁴⁹ Così L. BALESTRA in “ proprietà e diritti reali”, UTET giuridica, 2012, pag.12.

In tema di espropriazione per pubblica utilità, il presupposto fondamentale per l'esercizio del potere ablatorio da parte dell'Autorità procedente è l'apposizione del vincolo espropriativo sulle aree occorrenti alla realizzazione dell'opera pubblica o di pubblica utilità.

Occorre puntualizzare che, se il concetto di opera pubblica non si presta a problematiche di carattere interpretativo, meno agevole è la classificazione del requisito di pubblica utilità; sembra infatti mancare nella disciplina del Testo Unico una classificazione delle opere che possano considerarsi di utilità pubblica.

Anteriormente all'emanazione della Legge Urbanistica del 1942, la previsione dell'opera di interesse generale e l'espropriazione delle aree occorrenti a tal fine non si inserivano all'interno della pianificazione del territorio che non era ancora normata.

A tal fine, era sufficiente la dichiarazione di pubblica utilità, che veniva prevista dalla Legge n.2359 del 25 giugno 1865, e la successiva adozione del decreto di esproprio.⁵¹

⁵⁰ Cfr. gli artt. 3 e 25 del D.P.R. n. 327 del 2001.

Prevede l'art. 3 del D.P.R. n.327 del 2001 che *“Colui che risulta proprietario secondo i registri catastali e riceve la notificazione o comunicazione di atti del procedimento espropriativo, ove non sia più proprietario è tenuto di comunicarlo all'amministrazione procedente entro trenta giorni dalla prima notificazione, indicando altresì, ove ne sia a conoscenza, il nuovo proprietario, o comunque fornendo copia degli atti in suo possesso utili a ricostruire le vicende dell'immobile”*.

Prevede l'art. 25 del D.P.R. n. 327 del 2001 che *“ dopo la trascrizione del decreto di esproprio, tutti i diritti relativi al bene espropriato possono essere fatti valere unicamente sull'indennità”*.

Solamente con l'emanazione della Legge Urbanistica la realizzazione delle opere pubbliche è diventata parte integrante della pianificazione comunale alla quale è stata demandata l'indicazione delle aree del territorio comunale destinate ad ospitare i lavori in questione.

La giurisprudenza della Consulta, e anche quella amministrativa, ha ricavato dall'art.7 della Legge Urbanistica il fondamento normativo del potere conferito alla Pubblica Amministrazione di prevedere vincoli finalizzati all'espropriazione della proprietà.

La più volte citata sentenza della Consulta n.55 del 29 maggio 1968 ha in particolare rilevato che l'art.7 della Legge Urbanistica “ *contempla, nella sua articolata formulazione, un complesso di imposizioni, immediatamente operative, tutte collegate dal fine della legge di dare assetto ai centri abitati: tra le quali imposizioni sono sicuramente comprese, sia ipotesi di vincoli temporanei (ma di durata illimitata), preordinati al successivo (ma incerto) trasferimento del bene per ragioni di interesse generale, sia ipotesi di vincoli che, pur consentendo la conservazione della titolarità del bene, sono tuttavia destinati ad operare*

⁵¹ Secondo l'art. 9 della Legge 2359 del 25 giugno 1865 la dichiarazione di pubblica utilità doveva essere prevista nei casi di costruzione di strade nazionali , di ferrovie pubbliche, di canali navigabili, per prosciugamento dei laghi e per altri grandi lavori di interesse generale, la cui esecuzione, debba essere autorizzata con legge.

Inoltre, specifica sempre l'art. 9, che la dichiarazione di pubblica utilità deve farsi con legge quando le l'esecuzione di un'opera debba prevedersi un contributo ai proprietari dei fondi confinati o contigui alla medesima.

immediatamente una definitiva incisione profonda , al di là dei limiti connaturali, sulla facoltà di utilizzabilità sussistenti al momento di imposizione”.

Da questo ragionamento è derivato il riconoscimento da parte della Corte Costituzionale dell'illegittimità della disciplina dell'indeterminatezza temporale dei vincoli preordinati all'espropriazione.

Successivamente, con la Legge n. 1187 del 19 novembre 1968, (la cosiddetta legge tampone), è stato stabilito che tutte le previsioni del piano regolatore generale, preordinate all'espropriazione o comportanti l'inedificabilità, perdano efficacia qualora, nel termine stabilito di cinque anni dall'apposizione del medesimo vincolo, non venga approvato il provvedimento contenente la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera da realizzare.

La legge tampone, però, tralasciò di normare la disciplina dei suoli successivamente alla decadenza del vincolo ablatorio , oltre a tralasciare la annosa questione della reiterazione dei vincoli decaduti.

Per quanto riguarda il primo punto, la questione venne risolta in via pretoria.

Il Consiglio di Stato, infatti, in Adunanza Plenaria, con la decisione n. 12 dell'11 gennaio 1984, affermò la regola *iuris* secondo cui, nel caso di decadenza di vincoli espropriativi, si sarebbe dovuto applicare l'art.4 , ultimo comma, della

Legge n.10 del 28 gennaio 1977⁵² (successivamente abrogato dal D.P.R. n.380 del 2001).

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, tale previsione normativa, intesa a disciplinare l'attività edilizia nel caso in cui i Comuni non fossero muniti di strumenti di pianificazione urbanistica, avrebbe dovuto trovare applicazione anche nella ipotesi, ricorrente nel caso di vincoli espropriativi, di parziale lacuna dello strumento urbanistico.

Per ciò che attiene il secondo punto, ovvero la questione della reiterazione in via amministrativa dei vincoli espropriativi, in un primo momento è intervenuta la giurisprudenza amministrativa che ha affermato il principio secondo cui la possibilità di reiterare il vincolo può essere prevista solamente sulla base di una idonea istruttoria e di una congrua motivazione che possa far escludere un contenuto vessatorio o ingiusto dei relativi atti.⁵³

⁵² Secondo l'art. 4 della Legge n.10 del 28 gennaio 1977 nel caso in cui il Comune non fosse provvisto di adeguati strumenti urbanistici la concessione per l'edificabilità doveva rispettare i seguenti limiti:

a) *“fuori del perimetro dei centri abitati definito ai sensi dell'articolo 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765, l'edificazione a scopo residenziale non può superare l'indice di metri cubi 0,03 per metro quadrato di area edificabile;*

b) *nell'ambito dei centri abitati definiti ai sensi dell'articolo 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765, sono consentite soltanto opere di restauro e di risanamento conservativo, di manutenzione ordinaria o straordinaria, di consolidamento statico e di risanamento igienico;*

c) *le superfici coperte degli edifici o dei complessi produttivi non possono superare un decimo dell'area di proprietà”*

⁵³ Si legge infatti nella decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV , n. 159 del 1994 che *“l'Amministrazione deve indicare la ragione che la induce a scegliere nuovamente proprio l'area sulla quale la precedente scelta si era appuntata: la reiterazione del vincolo espropriativo, sic et simpliciter, non è dunque*

Successivamente, al fine di colmare la lacuna normativa circa l'indennizzabilità dei vincoli espropriativi reiterati, è intervenuta nuovamente la Corte Costituzionale.

Partendo dalla premessa secondo cui è “ *propria della potestà pianificatoria la possibilità di rinnovare nel tempo i vincoli su beni individuati, purché risulti adeguatamente motivata in relazioni alle effettive esigenze urbanistiche*”⁵⁴, con la successiva sentenza n.179 del 20 maggio 1999 ha affermato che “ *assumono carattere patologico quando vi sia una indefinita reiterazione o una proroga sine die o all'infinito, ovvero quando il limite temporale sia indeterminato, cioè non sia certo, preciso e sicuro, quindi, anche non contenuto in termini di ragionevolezza.*”⁵⁵ Ciò ovviamente in assenza di previsione alternativa dell'indennizzo, e fermo che l'obbligo dell'indennizzo opera una volta superato il periodo di durata fissato dalla legge (periodo di franchigia)⁵⁶,

Al fine di pervenire ad una soluzione soddisfacente, pertanto, la Consulta ha previsto che l'indennizzo debba essere corrisposto in riferimento ai vincoli che derivino direttamente dalla pianificazione urbanistica, solo dopo aver superato il primo periodo di ordinaria durata temporanea della relativa limitazione.

consentita, dovendo l'Amministrazione evidenziare l'attualità dell'interesse pubblico da soddisfare, in quanto si va ad incidere sulla sfera giuridica di un proprietario che già per un quinquennio è stato titolare di un bene suscettibile di dichiarazione di pubblica utilità e successivamente di esproprio”.

⁵⁴ Così la sentenza della Corte Costituzionale n. 575 del 13 dicembre 1989.

⁵⁵ Cfr. sentenza Corte Costituzionale n. 344 del 1995

⁵⁶ Cfr. sentenze Corte Costituzionale n.344 del 21 luglio 1995 e n. 575 del 22 dicembre 1989.

Pertanto, una volta che venga superato il periodo di durata temporanea (periodo di franchigia), il vincolo urbanistico, se viene reiterato, non può essere dissociato dalla previsione di un congruo indennizzo.⁵⁷

Dopo aver ripercorso i principali orientamenti giurisprudenziali, che hanno contribuito a disciplinare e a normare la durata delle previsioni ablatorie, è opportuno soffermarsi sui principali effetti che queste hanno sulla titolarità del diritto del proprietario.

Ciò che risulta maggiormente leso, in seguito all'apposizione del vincolo espropriativo da parte della Pubblica Amministrazione, è *lo jus aedificandi*.

Nonostante sia innegabile che con l'imposizione del vincolo espropriativo non venga limitato nessun diritto del privato, poiché a tal fine è necessario il successivo avvio della procedura ablatoria, è ugualmente incontestabile che i vincoli apposti gli vietino di realizzare qualsiasi opera che appaia in contrasto con le localizzazioni previste dal piano regolatore.

⁵⁷ Tutti questi orientamenti giurisprudenziali sono stati inseriti e codificati nel vigente D.P.R. n.327 dell'8 giugno 2001. In particolare nell'art. 9, comma 2, si prevede che “ *Il vincolo preordinato all'esproprio ha la durata di cinque anni. Entro tale termine, può essere emanato il provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera*”.

Inoltre i seguenti commi, 3 e 4, prevedono che “ *Se non è tempestivamente dichiarata la pubblica utilità dell'opera, il vincolo preordinato all'esproprio decade e trova applicazione la disciplina dettata dall'articolo 9 del testo unico in materia edilizia approvato con D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. (comma così modificato dal d.lgs. n. 302 del 2002) Il vincolo preordinato all'esproprio, dopo la sua decadenza, può essere motivatamente reiterato, con la rinnovazione dei procedimenti previsti al comma 1, e tenendo conto delle esigenze di soddisfacimento degli standard*”.

Come già detto in precedenza, presupposto fondamentale in materia di espropriazione per pubblica utilità è la corresponsione di un congruo indennizzo *in favor* del proprietario leso dall'apposizione del vincolo urbanistico.

Il Testo unico n.327 dell'8 giugno 2001, per ciò che riguarda la determinazione dell'indennità di esproprio ha riproposto, con le dovute integrazioni formali, la disciplina previgente⁵⁸ (Legge n.359 dell'8 agosto 1992).

⁵⁸ Il Testo Unico n. 327 dell'8 giugno 2001 nell'art.32 disciplina il modo in cui deve avvenire la determinazione dell'indennità in favore del proprietario.

Pertanto, salvo in casi determinati dalla legge, l'indennità di espropriazione deve essere determinata tenendo in considerazione le caratteristiche del bene oggetto di esproprio, al momento dell'accordo di cessione o alla data dell'emanazione del decreto di esproprio, valutando l'incidenza dei vincoli di qualsiasi natura non aventi natura espropriativa e senza considerare gli effetti del vincolo preordinato all'esproprio e quelli connessi alla realizzazione dell'eventuale opera prevista, anche nel caso di espropriazione di un diritto diverso da quello di proprietà o di imposizione di una servitù.

Prevede inoltre sempre l'art. 32 che *“Il valore del bene è determinato senza tenere conto delle costruzioni, delle piantagioni e delle migliorie, qualora risulti, avuto riguardo al tempo in cui furono fatte e ad altre circostanze, che esse siano state realizzate allo scopo di conseguire una maggiore indennità. Si considerano realizzate allo scopo di conseguire una maggiore indennità, le costruzioni, le piantagioni e le migliorie che siano state intraprese sui fondi soggetti ad esproprio dopo la comunicazione dell'avvio del procedimento”*.

Il 3 comma, dell'art. 32 prevede, inoltre, il diritto del proprietario di asportare a sue spese i materiali e tutto ciò che può essere tolto senza pregiudizio dell'opera da realizzare.

Si prevede negli articoli successivi una distinzione tra la determinazione dell'indennità per le aree edificabili e per quelle non edificabili.

Per ciò che attiene le aree edificabili notiamo che l'art. 37 del Testo Unico non prevede un regime diverso dalla normativa prevista dalla legge n.359 dell'8 agosto 1992.

Al fine del calcolo dell'indennità infatti l'art. 37 fa riferimento al valore venale del bene oggetto di espropriazione e, nell'ipotesi in cui il questa sia finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del venticinque per cento.

È inoltre esclusa l'edificazione nel caso in cui l'area interessata sia sottoposta ad un vincolo di inedificabilità assoluta in base alla normativa statale o regionale ovvero alle previsioni di qualsiasi atto di

Se inizialmente la determinazione dell'indennità in favore del proprietario era realizzata applicando il parametro del valore agricolo medio, successivamente la Consulta statò l'illegittimità costituzionale di tale criterio (nella sentenza n. 5 del 30 gennaio 1980) poiché non risultava conforme al disposto dell'art. 42, comma 3, Cost.

Pertanto, la Consulta chiarì che per rispettare il precetto costituzionale era necessario che, per la determinazione dell'indennità, si dovesse far riferimento al valore del bene, determinato sulla base delle sue caratteristiche essenziali e della relativa destinazione economica.

Solamente rispettando tali criteri poteva essere garantito al proprietario un serio e congruo ristoro.

programmazione o di pianificazione del territorio (compresi il piano paesistico, il piano di bacino, il piano regolatore generale ed il programma di fabbricazione).

I successivi art. 40, 41 e 42 del Testo Unico prevedono la disciplina inerente la determinazione dell'indennità nei casi di esproprio di aree non edificabili.

Occorre specificare che la normativa prevista in tali articoli ricalca quella contenuta nella Legge n. 865 del 22 ottobre 1971, la quale ha rappresentato un momento fondamentale per l'evoluzione dell'istituto dell'indennità espropriativa. Dopo che la Corte Costituzionale , con la sentenza n. 5 del 30 gennaio 1980, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del criterio del valore agricolo ha prevalso il principio per il quale il proprietario ha un'aspettativa di utilità economica non rapportabile al valore agricolo del bene , né riscontrabile attraverso le previsioni astratte contenute nei piani urbanistici.

Piuttosto si deve far riferimento alla suscettività edificatoria del terreno in questione.

Da questa impostazione deriva che se si andasse a prevedere un valore agricolo generalizzato si andrebbero a configurare evidenti situazioni di disuguaglianza tra i proprietari.

Il parametro del valore agricolo medio, previsto dall' art. 16 della Legge 865 del 22 ottobre 1971, sembrava pertanto introdurre un criterio di determinazione dell'indennità del tutto astratto, poiché portava alle liquidazioni di indennizzi “ sperequati” rispetto al valore dell'area da espropriare.

Inoltre la Consulta ha precisato che nel bilanciamento tra gli interessi pubblici e interessi del privato non possa essere riconosciuto a quest' ultimo un indennizzo di valore simbolico, dovendo tendere a garantire un serio ristoro della perdita subita.

In un quadro di incertezza normativa è stato introdotto il discutibile art. 5-bis della Legge 359 dell'8 agosto 1992, divulgando il criterio per il quale, al fine di determinare l'indennizzo delle aree urbane, si dovesse far riferimento “alle possibilità legali ed effettive di edificazione esistenti al momento dell'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio”.

La norma in questione obbliga tre ordini di riflessione: il primo, sul concetto di *edificabilità legale*, il secondo sul concetto di *edificabilità effettiva* e l'ultimo sul momento cui riferire tali condizioni.

La nozione di edificabilità legale è strettamente collegata a quelle previsioni che sono contenute nel piano regolatore generale. Essa, pertanto, esiste perché è contemplata dagli strumenti urbanistici vigenti, considerando l'area in questione .

L'edificabilità effettiva, al contrario, concerne le concrete possibilità dell'area di essere edificata.⁵⁹

Tali orientamenti sono stati seguiti ed utilizzati anche dalla più recente giurisprudenza. In tal senso si fa riferimento alla pronuncia della Cassazione civile n.11445 del 10 maggio 2017 la quale ha statuito che *“il serio ristoro che l'art. 42 Cost., comma 3, riconosce al sacrificio della proprietà per motivi d'interesse generale, si identifica, dunque, con il giusto prezzo nella libera contrattazione di compravendita, id est col valore venale del bene, posto che la dichiarazione d'incostituzionalità dei menzionati criteri riduttivi ha fatto rivivere detto criterio base di indennizzo, posto dalla Legge n. 2359 del 1865, art. 39, riconosciuto applicabile ai casi già soggetti al pregresso regime riduttivo, ed ora sancito dal del D.P.R. n. 327 del 2001, art. 37, comma 1, come modificato dalla Legge n. 244 del 2007, art. 2, comma 90”*.

Tanto non comporta, tuttavia, che sia venuta meno, ai fini indennitari, la distinzione tra suoli edificabili e non edificabili, che è imposta dalla disciplina urbanistica in funzione della razionale programmazione del territorio – anche ai fini della conservazione di spazi a beneficio della collettività e della

⁵⁹ L'art. 37, comma 5, del Testo Unico n. 327 dell' 8 giugno 2001 prevede opportunamente che *“ i requisiti e i criteri per valutare l'edificabilità di fatto dell'area sono definiti con regolamento da emanare con decreto del Ministro dei lavori pubblici e che fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 5, si verifica se sussistano le possibilità effettive di edificazione, valutando le caratteristiche oggettive dell'area.”*

realizzazione di servizi pubblici – e che le regole di mercato non possono travalicare.

E l'inclusione dei suoli nell'uno o nell'altro ambito va effettuata in ragione di un unico criterio discrezionale, fondato sulla edificabilità legale, posto dalla Legge n. 359 del 1992, art. 5 bis, comma 3, tuttora vigente, e recepito nel T.U. espropriazioni di cui al D.P.R. n. 327 del 2001, artt. 32 e 37. In base a tale criterio, un'area va ritenuta edificabile solo quando la stessa risulti tale classificata al momento della vicenda ablativa dagli strumenti urbanistici, e, per converso, le possibilità legali di edificazione vanno escluse tutte le volte in cui, per lo strumento urbanistico vigente all'epoca in cui deve compiersi la ricognizione legale, la zona sia stata concretamente vincolata ad un utilizzo meramente pubblicistico (verde pubblico, attrezzature pubbliche, viabilità ecc.) in quanto dette classificazioni apportano un vincolo di destinazione che preclude ai privati tutte quelle forme di trasformazione del suolo che sono riconducibili alla nozione tecnica di edificazione, da intendere come estrinsecazione dello ius aedificandi connesso al diritto di proprietà, ovvero con l'edilizia privata esprimibile dal proprietario dell'area.”

La giurisprudenza della Corte di Cassazione , pertanto, ha finito per riconoscere la prevalenza del criterio legale, senza però tralasciare di considerare che la situazione di fatto del bene può influire sul valore di mercato di un'area legalmente edificabile.

In particolare la Corte nega che il criterio dell'edificabilità effettiva possa sopperire al caso in cui la normativa urbanistica neghi l'edificabilità del suolo.

Il criterio dell'edificabilità effettiva rileva, invece, in via suppletiva – in carenza di una regolamentazione legale dell'assetto urbanistico, per mancata adozione, ad esempio, del piano regolatore generale o per decadenza di vincoli di inedificabilità.

Il parametro in questione può, inoltre, operare in via complementare, agli effetti della determinazione del concreto valore di mercato dell'area espropriata, incidente sul calcolo dell'indennizzo.

L'edificabilità effettiva acquisisce cioè rilevanza residuale, sussidiaria nelle sole ipotesi in cui non sia possibile utilizzare il criterio dell'edificabilità legale e altresì nel momento successivo rispetto alla classificazione del suolo allo scopo della determinazione del criterio indennitario applicabile – dopo la qualificazione del terreno in termini di edificabilità o non edificabilità – ai soli fini della determinazione del suo valore di mercato.

Volendo tracciare e riepilogare, a questo punto della nostra trattazione, i punti salienti che vanno a caratterizzare la disciplina in materia di espropriazione e di determinazione del relativo indennizzo possiamo affermare che:

- (i) il momento di riferimento per determinare la qualificazione giuridica del bene e il suo valore di mercato è quello in cui avviene il

trasferimento del diritto, ossia il “ momento dell’emanazione del decreto di esproprio o dell’accordo di cessione”⁶⁰;

(ii) nel qualificare il bene e nel determinare il suo valore di mercato non si devono “considerare gli effetti del vincolo preordinato all’esproprio e quelli connessi alla realizzazione dell’eventuale opera prevista”;⁶¹

(iii) devono invece considerarsi tutti i vincoli, di qualsiasi natura, non aventi natura espropriativa – i vincoli conformativi –. Pertanto deve ritenersi non edificabile un terreno ogniqualvolta un qualsiasi piano o provvedimento – tra cui il piano regolatore – attraverso prescrizioni non qualificabili come vincoli espropriativi – abbia precluso il rilascio di atti, comunque denominati, abilitativi della realizzazione di edifici o manufatti di natura privata;⁶²

(iv) ai fini indennitari si considerano le possibilità legali ed effettive di edificazione, esistenti al momento del decreto di esproprio, premessa la ininfluenza dei vincoli espropriativi;

(v) non sussistono le possibilità legali di edificazione quando l’area è sottoposta ad un vincolo di inedificabilità assoluta in base alla normativa statale e regionale o alle previsioni di qualsiasi atto di programmazione o di

⁶⁰ Così l’art. 32 , comma 2, e l’art. 37, comma 3, del Testo Unico n. 327 dell’8 giugno 2001.

⁶¹ Così l’art. 32 , comma 1, del Testo Unico n.327 dell’ 8 giugno 2001.

⁶² Così l’art. 32, comma 1, e art. 37, comma 4, del Testo Unico n.327 dell’8 giugno 2001.

pianificazione del territorio, ivi compreso, tra gli altri, il piano regolatore generale, ovvero in base ad un qualsiasi altro piano o provvedimento che abbia precluso il rilascio di atti, comunque denominati, abilitativi della realizzazione di edifici o manufatti di natura privata;⁶³

(vi) ove il suolo non possa considerarsi legalmente edificabile, l'indennità di esproprio deve essere determinata in base al valore agricolo medio del terreno, calcolato dalle commissioni provinciali, con riferimento ai tipi di coltura effettivamente praticati, e quindi soprattutto alle piantagioni esistenti sul fondo espropriato.

(vii) Qualora, invece, al suolo sia attribuita dalla disciplina urbanistica destinazione edificatoria, l'indennità corrisponde al maggior valore indicato dal mercato immobiliare in conseguenza della possibile utilizzazione edilizia.

Occorre segnalare che negli strumenti urbanistici più recenti il pianificatore comunale ha adottato soluzioni tecniche alternative alla procedura espropriativa: la cosiddetta cessione compensativa e la cosiddetta cessione perequativa.

Quello della compensazione è un tema non nuovo nel nostro ordinamento, presente in alcune normative regionali, tra le quali la Legge veneta n. 11 del 23

⁶³ Così l'art. 34, comma 4, del Testo Unico n.327 dell'8 giugno 2001.

aprile 2004⁶⁴, oltre che introdotto da diversi piani urbanistici comunali. La finalità di tale istituto è la soddisfazione dei proprietari di immobili assoggettati a vincoli all'edificazione, attraverso l'attribuzione di un'adeguata capacità edificatoria altrove.

Tale procedimento presuppone un adeguato bilanciamento tra interessi pubblici e privati in gioco ed è considerato ormai un'alternativa agli strumenti urbanistici classici, idonea ad evitare il contenzioso spesso collegato alle procedure di esproprio.

Possiamo dunque procedere ad analizzare gli aspetti più caratterizzanti di questo strumento.

Mediante la compensazione l'ente pubblico impone in via autoritativa il vincolo espropriativo su determinate aree private, che sono pertanto "*destinate alla costruzione della città pubblica, rispetto ai quali l'amministrazione non può rinunciare a priori al vincolo ed alla facoltà imperativa ed unilaterale di acquisizione coattiva delle aree*"⁶⁵. In queste aree, dunque, il Comune appone un vincolo cosiddetto *pre-espropriativo* ed entro il termine di cinque anni deve far seguito l'espropriazione.

⁶⁴ L'articolo 37 della legge urbanistica veneta n. 11 del 23 aprile 2004, riconosce la possibilità, per i proprietari di aree ed edifici oggetto di un vincolo preordinato all'esproprio, di recuperare adeguata capacità edificatoria su altre aree o edifici, anche di proprietà pubblica, previa cessione all'amministrazione dell'area oggetto di vincolo.

⁶⁵ Così si legge nella decisione del T.A.R. Lombardia Milano, Sez. II, n. 4671 del 17 settembre 2009.

Nello stesso tempo, però, il proprietario matura i cosiddetti crediti compensativi,

La Legge n.308 del 15 dicembre 2004 (c.d. delega ambientale) , all'art. 1, comma 21, attribuisce al privato, titolare di un diritto ad edificare, – diritto non più esercitabile per effetto dell'imposizione di un vincolo di natura diversa da quella urbanistica – la facoltà di chiedere all'ente comunale di poter esercitare lo stesso diritto su altra area del territorio comunale, della quale abbia acquisito la disponibilità a fini edificatori.⁶⁶

In buona sostanza, attraverso la cessione compensativa, al privato titolare dell'area da espropriare è destinato un corrispettivo *“in volumetria (diritto edificatorio) o in aree in permuta (anziché in denaro, come avverrebbe tanto nel caso in cui l'area fosse acquisita bonariamente quanto nel caso in cui venisse espropriata)”*

Si è precedentemente ribadito che, oltre lo strumento della cessione compensativa, si è diffuso un ulteriore strumento urbanistico, cioè la cessione perequativa.

⁶⁶La stessa Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 179 del 20 maggio 1999 ha riconosciuto la legittimità della compensazione urbanistica in alternativa all'indennizzo espropriativo monetario, previa cessione del bene, attraverso l'attribuzione di quote di edificabilità da spendere in altre aree o la permuta con altre aree. I giudici ,pertanto, hanno riconosciuto la legittimità d'istituti compensativi che non penalizzino i soggetti interessati dalle scelte urbanistiche che incidono su beni determinati, riconoscendo la conformità all'ordinamento di moduli di compensazione anche a prescindere da specifiche previsioni normative.

Tale istituto è alternativo all'espropriazione poiché non prevede l'apposizione di alcun vincolo pre-espropriativo sulle aree destinate ai servizi pubblici ma, contrariamente, 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 suddivisione di diritti edificatori, indipendentemente dalla localizzazione delle aree per attrezzature pubbliche e dei relativi obblighi nei confronti del Comune.

Per dare una spiegazione maggiormente esaustiva si può affermare che ogni terreno sviluppa una propria volumetria, ma questa potrà essere sfruttata solamente su aree determinate. Si parla in proposito di “*aree di decollo*” dei diritti edificatori e “*aree di atterraggio*” degli stessi.⁶⁷

Anche il Consiglio di Stato si è più volte pronunciato sulla natura e sugli effetti del sistema della concessione perequativa, infatti, nella pronuncia n.4545 del 13 luglio 2010 vengono individuati i pilastri fondamentali di tale strumento urbanistico.

⁶⁷ In tal proposito la sentenza T.A.R. Lombardia Milano, Sez. II. n. 4671 del 17 settembre 2009: “*la cessione perequativa si caratterizza per il fatto che il terreno che sarà oggetto di trasferimento in favore dell'amministrazione sviluppa volumetria propria (espressa, appunto dall'indice di edificabilità territoriale che gli viene attribuito) che, però, può essere realizzata solo sulle aree su cui deve concentrarsi l'edificabilità (aree alle quali è attribuito un indice urbanistico adeguato a ricevere anche la cubatura proveniente dai terreni oggetto di cessione)*”

In primo luogo la sentenza precisa come le prescrizioni urbanistiche perequative⁶⁸ trovino la loro ragione d'essere nella potestà conformativa riconosciuta all'Amministrazione nella propria attività di pianificazione del territorio.

Il meccanismo perequativo, infatti, non è idoneo ad incidere direttamente e immediatamente sullo statuto della proprietà e pertanto non viola l'art. 42 Cost.

La sentenza in questione continua affermando che attraverso questa tecnica lo strumento urbanistico assegna indici di fabbricabilità alle aree dallo stesso contemplate. Non si ha quindi una riserva alla discrezionalità pubblica di quote di superficie, incidendo sulla totalità della capacità edificatoria dei suoli, ivi compresa quella in atto già da questi posseduta; questo sistema infatti realizzerebbe una forma larvata di esproprio.

In secondo luogo, giova specificare che lo strumento della cessione perequativa trova il suo fondamento normativo altresì nella Legge sul procedimento amministrativo (Legge n. 241 del 7 agosto 1990).

⁶⁸ Lo strumento della cessione perequativa va opportunamente distinta da altre misure incentivanti, prima tra tutte la cosiddetta “*premieria edilizia*”. Quest'ultimo strumento consiste nell'attribuzione da parte del Comune di diritti edificatori in aggiunta a quelli già riconosciuti in via ordinaria dal piano regolatore generale a favore di determinati soggetti ritenuti meritevoli in quanto hanno posto in essere condotte che hanno favorito il raggiungimento di interessi pubblici. Gli interventi di riqualificazione urbana determinano pertanto un premio riconosciuto dalla Pubblica Amministrazione. Tale premio consiste nell'attribuire un *bonus* di diritti edificatori in aggiunta a quelli già spettanti all'area.

In particolare l'art. 11 della Legge sul procedimento amministrativo prevede la possibilità che la Pubblica Amministrazione possa concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento amministrativo finale ovvero in sostituzione di questo.

Il secondo elemento fondamentale, pertanto, è il ricorso a strumenti negoziali e consensuali per il raggiungimento di interessi di ordine generale e collettivo.⁶⁹

Quando l'ente pubblico fa ricorso alle misure citate si registra, invero, una separazione della capacità edificatoria dalla proprietà del terreno da cui la stessa ha origine, diventando tale capacità trasferibile e negoziabile.

I diritti edificatori che vengono riconosciuti al privato in seguito alla perequazione ovvero alla compensazione della cessione di aree al Comune si caratterizzano, infatti, perché rimangono in qualche misura svincolati dal fondo, potendo verificarsi che al momento dell'attribuzione della volumetria il beneficiario dei diritti edificatori non sia proprietario di altro suolo su cui

⁶⁹ Una volta chiarite le principali differenze tra lo strumento della cessione compensativa e quello della cessione perequativa è utile segnalare che gli stessi presentano un "comune denominatore" rappresentato dall'attitudine a generare diritti edificatori.

A disciplinare tali strumenti urbanistici vi è la Legge n.16 del 12 luglio 2011, la quale ha inserito all' art. 2643, comma 1, 2-bis del Codice civile la seguente previsione : "per garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori, si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: 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".

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.

E' interessante rilevare che la novità degli istituti urbanistici della perequazione e della compensazione sta nel fatto che i diritti edificatori dagli stessi generati sono autonomi ed idonei, in quanto tali, ad essere oggetto di negozi giuridici, senza un collegamento diretto con l'area di provenienza o destinazione.

Se però nel caso della perequazione vi è un collegamento intrinseco tra diritto e terreno, (poiché la qualità edificatoria è insita nel terreno), nell'ipotesi della compensazione può mancare il rapporto diretto con il diritto edificatorio, essendo infatti quest'ultimo attribuito dall'Amministrazione quale corrispettivo per la cessione di un'area ovvero in seguito ad un intervento di riqualificazione, non costituendo ,quindi, qualità intrinseca dell'area stessa.

Attraverso l'individuazione dei caratteri fondamentali del potere ablatorio riconosciuto alla Pubblica Amministrazione per il perseguimento dell'interesse pubblico e, attraverso la ricostruzione storico-giurisprudenziale dell'istituto urbanistico della espropriazione per pubblica utilità, abbiamo tracciato le linee guida per poter opportunamente distinguere un intervento coattivo da un intervento meramente pianificatorio.

Ciò che rileva, ai fini della trattazione, è dunque analizzare il secondo potere della Pubblica Amministrazione , quello conformativo, poiché il confine tra tale attribuzione e quello ablatorio spesso non è di agevole distinzione.

Pertanto, il lavoro continuerà esaminando la fonte normativa del potere conformativo della Pubblica Amministrazione ed osservando le più recenti pronunce giurisprudenziali circa il limite che si deve rispettare per non sconfinare in un provvedimento di tipo ablatorio- espropriativo.

2.4 Il potere conformativo dell'Amministrazione

Il potere conformativo della Pubblica Amministrazione trova il suo fondamento normativo direttamente nel testo della Costituzione.

Come già detto, l'art. 42, comma 2, della Carta costituzionale prevede che *“la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”*.

L'articolo in questione, pur riconoscendo e tutelando il diritto di proprietà privata, legittima l'attività urbanistica attraverso il riconoscimento della sua capacità pianificatoria e contemperando, da una parte, il diritto del privato cittadino, dall'altra l'esigenza di garantire l'interesse pubblico, consentendo la realizzazione di impianti e servizi necessari per la collettività.

Possiamo pertanto affermare che il potere conformativo della Pubblica Amministrazione consiste propriamente nella potestà di qualificare giuridicamente il diritto di proprietà, conformandone l'esercizio, e inquadrandolo in un particolare regime giuridico diverso da quello antecedente l'apposizione del vincolo.

Il richiamato potere della Pubblica Amministrazione, si estrinseca pertanto nella possibilità di prevedere nei piani urbanistici (primo tra tutti il piano regolatore generale) i cosiddetti vincoli conformativi.

È opportuno rilevare che la giurisprudenza amministrativa si è più volte pronunciata in merito alle caratteristiche e alla natura di questi strumenti urbanistici che limitano il pieno e totale godimento dei diritti dominicali da parte del legittimo proprietario.

In tal senso si veda, da ultimo, la decisione del Consiglio di Stato n. 3256 del 1 luglio 2015, la quale ha autorevolmente ribadito che *“i cosiddetti vincoli conformativi sono quei vincoli alla proprietà privata che incidono su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione assoluta dalla intera zona in cui questi ricadono e delle sue caratteristiche intrinseche, o del rapporto con un’opera pubblica, quali, ad esempio, per quanto in questa sede rileva, le destinazioni a viabilità. Questi, pertanto, fotografando il normale modo di essere del bene, senza incidere sulla vocazione edificatoria dello stesso, non sono soggette a scadenze temporali o a necessarie reiterazioni”*.

Questi vincoli, pur non privando totalmente il proprietario della possibilità di godimento del proprio bene e, quindi, della relativa potestà edificatoria, impongono a quest’ultimo l’obbligo di osservare le prescrizioni di zona indicate dall’ente pubblico.

Questi vincoli, in altre parole, incidono sul diritto dominicale in modo non assoluto, senza comportare l’apprensione materiale del bene, che rimane nella disponibilità materiale del privato.

Manca, pertanto, l'effetto acquisitivo tipico dei vincoli espropriativi, in quanto incidono sulla proprietà privata comprimendone alcune facoltà ed imponendo una generale inedificabilità della zona per cui sono previsti.

In particolare i vincoli conformativi incidono sulla determinazione dell'uso che dovrà farsi della zona, ovvero prescrivendo limiti volumetrici, caratteristiche costruttive degli immobili in relazione alle diverse zone in cui il territorio è stato suddiviso nel piano regolatore generale predisposto dalla Pubblica Amministrazione.

La particolare connotazione dei vincoli conformativi li sottrae alle garanzie costituzionali previste, invece, per i vincoli espropriativi.

In particolare, come ripetutamente precisato dalla giurisprudenza amministrativa, tali vincoli :

- (i) non comportano inedificabilità assoluta, ma limitano e condizionano l'attività edificatoria in relazione alla destinazione urbanistica imposta dalla pubblica amministrazione;
- (ii) non comportano indennizzi di sorta per le limitazioni previste dallo strumento urbanistico;
- (iii) non prevedono una scadenza temporale.

Questa ultima ed importante tipologia di potere riconosciuto dalla Carta costituzionale alla Pubblica Amministrazione presenta, tuttavia, delicati e controversi margini di differenziazione rispetto all'ulteriore e differente potere

ablatorio ed è stata al centro di un vivace dibattito giurisprudenziale come meglio si esporrà in seguito.

Capitolo III.

I vincoli conformativi

Sommario: **3.1** I vincoli conformativi: prescrizioni conformative del territorio e prescrizioni conformative della proprietà **3.2** I vincoli misti: natura e criticità **3.3** Evoluzione giurisprudenziale: dal parametro dell'edificabilità al parametro del valore d'uso e del valore di scambio **0**

Strumenti perequativi e potestà *conformativa*

Premessa

Nell' analisi che fin ora abbiamo realizzato, ci siamo soffermati maggiormente sulle evoluzioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno interessato la materia delle prescrizioni urbanistiche di carattere ablatorio-espropriativo.

Attraverso tale ricostruzione abbiamo compreso il potere attribuito dal legislatore alla Pubblica Amministrazione, affinché provveda a garantire l'ordinato assetto del territorio e realizzi un adeguato bilanciamento tra gli interessi del privato e gli interessi della collettività.

Abbiamo pertanto ricostruito il lungo processo giurisprudenziale che ha condotto alla rivoluzionaria sentenza della Consulta n.179 del 20 maggio 1999, la quale ha dettato una nuova ed omogenea disciplina per i vincoli di carattere ablatorio, prevedendo una durata temporanea limitata e, un congruo indennizzo spettante al proprietario leso dal provvedimento amministrativo.

Questa ricostruzione ci porta adesso al problema vero e proprio che questa tesi intende analizzare, ovverosia la categoria più controversa dei vincoli urbanistici, la categoria dei vincoli conformativi.

Gli aspetti problematici di tale tipologia non riguardano tanto il riconoscimento del potere conformativo in capo alla Pubblica Amministrazione, potere che, come si è detto, trova il proprio riconoscimento esplicitamente nella Carta costituzionale nell'art.42, comma 2, quanto tracciare in modo chiaro ed inequivoco una linea di confine che possa individuare i vincoli a carattere espropriativo da quelli a carattere meramente conformativo.

Si cercherà, pertanto, di individuare, attraverso l'analisi comparata di sentenze giurisprudenziali dei Tribunali regionali, del Consiglio di Stato e della Cassazione, idonei parametri per valutare la natura del vincolo e gli effetti che produce in capo al privato cittadino.

L'analisi si soffermerà maggiormente su quei vincoli che fanno sorgere particolari problemi per ciò che riguarda la loro qualificazione, si fa riferimento pertanto ai vincoli urbanistici che vengono apposti per la realizzazione di "spazi verdi pubblici" ovvero per la realizzazione di parcheggi per poi trattare uno degli strumenti più innovativi della materia urbanistica, la perequazione, la quale ha aperto nuovi scenari in tale settore. L'utilizzo di questa tecnica di pianificazione territoriale, infatti, ha incoraggiato la cosiddetta "urbanistica contrattata", promuovendo il partenariato pubblico-privato e tentando di promuovere una forma di collaborazione per soddisfare l'interesse collettivo.

3.11 vincoli conformativi: prescrizioni conformative del territorio e prescrizioni conformative della proprietà

Il potere conformativo trova referente costituzionale all'articolo 42, 2 comma della Costituzione, il quale consente alla legge di disegnare i limiti alla proprietà privata allo scopo di assicurarne la funzione sociale.

Si tratta di una svolta epocale rispetto alla concezione quiritaria della proprietà che, come già anticipato, non concepiva limiti a tale diritto, svolta che testimonia la natura ordinamentale del nostro Stato diventato: "*Stato sociale di diritto*".

Lo stesso articolo 42, 3 comma, è referente della funzione ablatoria in relazione al più importante provvedimento della categoria ovvero sia l'espropriazione.

Sembra istantanea la differenza tra la funzione ablatoria e quella conformativa: mentre la prima si caratterizza nella privazione a titolo particolare della proprietà o della sua compressione, la seconda ne disegna lo statuto giuridico. Di conseguenza, come ha rilevato parte della dottrina, mentre nella funzione ablatoria a fronte della perdita del diritto c'è una vera e propria acquisizione da parte di altro soggetto, beneficiario della stessa, tale aspetto manca nella funzione conformativa.

Questa distinzione è stata messa in dubbio ed è diventata di difficile delimitazione in relazione alla tematica di quei vincoli contenuti negli strumenti di pianificazione urbanistica. Essi, previsti per la prima volta nel nostro paese in maniera omogenea dalla Legge Urbanistica, provvedono alla regolamentazione del territorio, nel suo assetto e nella sua espansione.

Come già specificato, lo strumento del piano regolatore generale contiene due tipi di prescrizioni, le zonizzazioni consistenti nella divisione del territorio comunale in zone destinate in modo diverso tra di loro, e le localizzazioni che sono previsioni specifiche di opere da realizzare. Queste ultime previsioni fungono da vincoli prodromici all'espropriazione delle aree interessate. Il problema di qualificazione si pone per i vincoli di zonizzazione, come ad esempio quelli che destinano una zona a verde e che sembrano esprimere quella funzione di conformazione della proprietà privata che non richiede indennizzo e nulla toglie al proprietario se non la facoltà di sfruttare in senso edificatorio il suo diritto.

È proprio intorno ai vincoli conformativi, derivanti dall'attività di zonizzazione del piano regolatore generale, che si è disquisito circa l'eccessiva discrezionalità riconosciuta alla Pubblica Amministrazione, tanto da mettere in discussione la tutela effettiva del contenuto minimo del diritto di proprietà, ovvero quel determinato limite che non può essere superato dalle leggi conformative.

La questione, che la giurisprudenza ha tentato di risolvere, è se “*il collegamento tra limiti allo scopo di assicurare la funzione sociale ed il contenuto minimo di proprietà possa spingersi fino ad un vero e proprio svuotamento del diritto dominicale, ad incidere sul godimento del bene stesso, o determinando il suo venir meno o una penetrante incisione del suo valore di scambio*”⁷⁰.

Sebbene il potere conformativo riconosciuto alla Pubblica Amministrazione derivi direttamente da una riserva di legge, il legislatore non ha provveduto a determinare precise prescrizioni e limiti contenutistici del potere in questione.⁷¹

In seguito alle numerose pronunce della Consulta in merito alla presunta incostituzionalità della disciplina statale sui vincoli urbanistici, la discussione si è spostata su quelle previsioni previste nei piani regolatori generali che avrebbero potuto rimettere in discussione la garanzia e la tutela del contenuto minimo del diritto di proprietà.

Si fa in tal senso riferimento a due tipologie di prescrizioni conformative: quelle conformative del territorio e quelle conformative della proprietà.

⁷⁰ Così si legge nella sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 19 gennaio 1966.

⁷¹ Si fa riferimento per esempio alla eccessiva discrezionalità della Pubblica Amministrazione circa la determinazione dell’*an* e del *quomodo* del potere conformativo.

Le categorie citate corrispondono a due diverse varietà omogenee di beni in ordine alle quali opera uno scrutinio attento al fine di verificare se il contenuto delle disposizioni interessate sia rispettoso o meno del contenuto minimo del diritto di proprietà.

È opportuno, per chiarezza dell'argomento, procedere ad una descrizione degli elementi caratterizzanti delle due tipologie di prescrizioni conformative previste dal piano regolatore generale.

Le prescrizioni conformative del territorio provvedono ad adattare e a riconoscere alle aree ricomprese in prestabilite zone una determinata edificabilità complessiva ma ne rinviando l'attuazione a successivi atti di pianificazione d'iniziativa pubblica o privata.

Proprio quest'ultimo punto contribuisce ad alimentare il carattere problematico di tali previsioni poiché, pur non negando la potenzialità edificatoria dell'area, ne sospendono l'attuazione subordinandola ad un'attività della Pubblica Amministrazione, la quale si connota dell'incertezza sia per quanto riguarda il tempo sia per ciò che riguarda i modi.⁷²

L'elemento caratterizzante di tali previsioni è che hanno ad oggetto prescrizioni future.

⁷² Esempio classico è il caso dei piani ad iniziativa pubblica. Per questi tipi di intervento non è previsto un termine per provvedere da parte della Pubblica Amministrazione.

La condizione che si viene a delineare è pertanto la seguente: al proprietario è riconosciuto il diritto di continuare ad utilizzare il bene, ma si pone, in questo caso, il problema della garanzia del contenuto minimo del diritto, poiché il fattore temporale potrebbe rivelarsi determinante al punto da porre in contraddizione il rapporto di integrazione intercorrente tra libertà di iniziativa economica e funzione sociale della proprietà.

La seconda tipologia di previsioni, quelle conformative della proprietà, provvede ad identificare la definitiva destinazione d'uso delle aree interessate, non contemplando ulteriori margini di discrezionalità da parte della Pubblica Amministrazione ovvero dei privati.

A differenza delle previsioni conformative del territorio, quelle che conformano la proprietà, sono prescrizioni che determinano il contenuto giuridico dei beni in forma definitiva.⁷³

Anche la Corte costituzionale, nella più volte citata pronuncia n. 55 del 29 maggio 1968, ha statuito che queste limitazioni sono idonee a creare situazioni di differenziazione tra proprietari oltre la normale tollerabilità ed in quanto tali rientrerebbero nella categoria dei vincoli sostanziali, andando a configurare un caso di espropriazione di valore e come tale non soggetta ad alcun indennizzo.⁷⁴

⁷³ Non consentono pertanto l'utilizzo in senso edilizio del territorio.

⁷⁴ Tra gli esempi più ricorrenti si fa riferimento alle prescrizioni contenute nel piano regolatore generale a verde privato. La giurisprudenza più recente, in riferimento a tale categoria di area, ha stabilito che fino al

È opportuno rilevare che in alcuni recenti piani urbanistici sono state previste prescrizioni conformative della proprietà equiparabili a vincoli sostanziali allo scopo di salvaguardare determinate aree che risultano inedificate di natura ambientale, ma non sussumibili nella categoria dei vincoli morfologici.

Tuttavia la giurisprudenza amministrativa, ha ritenuto che *“possono rientrare nel potere di gestione in chiave urbanistica del territorio , valutazioni discrezionali che tendono a garantire e privilegiare la qualità della vita, anche in parti del territorio comprensive di beni immobili non aventi le caratteristiche intrinseche e peculiari che ne comportino livelli sovraordinati di tutela”* arrivando pertanto a sostenere che *“l’esercizio del potere di conformazione urbanistica è compatibile con la tutela paesistica, trattandosi di forme complementari di protezione preordinate a curare con diversi strumenti distinti interessi pubblici.”*

momento in cui il vincolo non comporta lo svuotamento del valore di mercato del bene, non è ravvisabile nessuna espropriazione sostanziale.

3.2 I vincoli misti: natura e criticità

Precedentemente, nell'esame delle qualificazioni dei vincoli urbanistici svolta nel precedente capitolo, si è omesso l'analisi di una particolare tipologia di vincoli, ovverosia quella rappresentata dai vincoli misti, conosciuti anche con la denominazione di "*vincoli promiscui*", definizione che fa ben comprendere i profili di criticità che li caratterizzano.

Si tratta a ben vedere di una sottocategoria di vincoli conformativi, aventi ad oggetto prescrizioni urbanistiche dirette alla realizzazione di interventi destinati alla utilizzazione pubblica la cui esecuzione sia consentita anche all'iniziativa privata.

Precedentemente abbiamo analizzato la fondamentale sentenza della Consulta n.179 del 20 maggio 1999, ed abbiamo rilevato come per i vincoli conformativi non sia obbligatoria la corresponsione di alcun indennizzo.

Inoltre , precisa la sentenza della Corte Costituzionale , non sarebbe ravvisabile uno svuotamento del diritto del proprietario nel caso in cui lo stesso abbia la possibilità di realizzare direttamente l'intervento urbanistico.⁷⁵

⁷⁵ Statuisce la sentenza 179 del 20 maggio 1999: “ *i vincoli che comportano una destinazione (anche di contenuto specifico) realizzabile ad iniziativa privata o promiscua pubblico-privata, che non comportino necessariamente espropriazione o interventi ad esclusiva iniziativa pubblica e quindi siano attuabili anche dal soggetto privato e senza necessità di previa ablazione del bene. Ciò può essere il risultato di una scelta di politica programmatica tutte le volte che gli obiettivi di interesse generale, di dotare il*

In tale ipotesi , infatti , non sarebbe configurabile un affievolimento ovvero un'ablazione di un diritto ex art. 42, 3° Cost., bensì una limitazione del suo esercizio ex art.42, 2° Cost.⁷⁶

Nella giurisprudenza CEDU, al contrario, la distinzione tra previsioni ad iniziativa esclusivamente pubblica e previsioni ad iniziativa anche privata non esiste, non viene presa minimamente in considerazione, ciò che rileva è esclusivamente se in considerazione delle circostanze del caso nel loro complesso (la durata del vincolo, il grado di incisione sul diritto di proprietà, l'incertezza creata in merito alle possibilità di utilizzo del bene, la corresponsione o meno di un indennizzo) debba ritenersi sproporzionato il sacrificio imposto al privato. Tutte le prescrizioni urbanistiche, che in concreto comportano un'eccessiva compressione delle possibilità di godimento del bene o del suo

territorio di attrezzature e servizi, siano ritenuti realizzabili anche attraverso l'iniziativa economica privata – pure se accompagnati da strumenti di convenzionamento. Si fa riferimento , ad esempio , ai parcheggi , impianti sportivi , mercati e complessi per la distribuzione commerciale , edifici per iniziative di cura e sanitarie o per le altre utilizzazioni quali zone artigianali o industriali o residenziali ; in breve a tutte quelle iniziative suscettibili di operare in libero regime di economia di mercato”

⁷⁶ Si veda in tal senso Tar Marche , sentenza n. 137 del 28 Febbraio 2011 : “ *Non c'è dubbio che allorquando il piano regolatore consenta al privato la realizzazione di attrezzature ricreative o ristorative e di parcheggi privati , il diritto di proprietà non è affatto svuotato del suo contenuto, non potendosi certo ritenere che solo lo sfruttamento a fini di edificazione di immobili ad uso abitativo o commerciale è conforme allo statuto del diritto di proprietà.*”

Sempre sul punto il Consiglio di Stato con decisione n. 3797 del 26 Giugno 2011 : “ *se pure hanno carattere particolare , i vincoli di destinazione imposti dal piano regolatore per attrezzature e servizi realizzabili anche ad iniziativa privata o promiscua , in regime di economia di mercato , anche se accompagnati da strumenti di convenzionamento (ad esempio parcheggi , impianti sportivi, mercati e strutture commerciali), sfuggono allo schema ablatorio , con le connesse garanzie costituzionali in termini di alternatività fra indennizzo e durata predefinita”.*

valore di scambio, costituiscono una violazione del principio del rispetto del diritto di proprietà di cui all'art. , comma 1, del Protocollo addizionale.

Proprio in relazione alle elaborazioni della giurisprudenza CEDU deve inquadrarsi la posizione della Consulta in tema di vincoli misti.

La Corte costituzionale infatti, ha statuito che ciò che consente di escludere tali tipologie di vincoli dall'obbligo dell'indennizzo, non è in sé il riconoscimento della realizzabilità dell'intervento ad iniziativa privata, piuttosto il venir meno della lesione del diritto di proprietà.⁷⁷

Anche la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ha confermato la tesi, ormai consolidata, che tali vincoli misti , denominati anche vincoli promiscui, rappresentano una tipologia di vincoli conformativi .

La sentenza n. 1700 del 12 aprile 2017, infatti, ha da ultimo confermato la natura non ablatoria di tali strumenti urbanistici, escludendo che si debba prevedere una indennità in favore del privato e, inoltre, che non sia necessario procedere ad un ritipizzazione di tali vincoli⁷⁸.

⁷⁷ Qualora in concreto il diritto dominicale non venga inciso oltre la soglia della normale tollerabilità viene meno la ratio stessa della corresponsione dell'indennizzo ed è quindi l'entità del sacrificio il discrimine tra regolamentazione dell'uso e potere ablatorio. La destinazione urbanistica del bene deve essere idonea a soddisfare oltre all'interesse generale anche l'interesse del proprietario.

⁷⁸ La citata sentenza, infatti, in una ipotesi di impugnazione di un piano regolatore generale che prevedeva sulla proprietà dei ricorrenti un allargamento della spiaggia oltre i confini della proprietà demaniale e la realizzazione di percorsi pedonali e ciclabili, ha chiarito che *“sono conformativi e al di fuori dello schema ablatorio-espropriativo (non comportano indennizzo, non decadono al quinquennio e quindi non sussiste un dovere di ritipizzazione) i vincoli che importano una destinazione (anche di contenuto specifico) realizzabile ad iniziativa privata o promiscua pubblico-privata, che non comportino*

Nella stessa direzione si è mosso il T.A.R. di Catania, il quale in una recente pronuncia, la n.986 del 5 maggio 2017, vertente su una richiesta di riqualificazione urbana di una zona del Comune di Vittoria in seguito alla decadenza del vincolo (considerato dalla società ricorrente come espropriativo) discendente dal piano regolatore generale del suddetto Comune.

Il Tribunale regionale ha infatti statuito che *“sono al di fuori dello schema ablatorio-espropriativo con le connesse garanzie costituzionali (e quindi non necessariamente con l'alternativa di indennizzo o di durata predefinita) i vincoli che importano una destinazione (anche di contenuto specifico) realizzabile ad iniziativa privata o promiscua pubblico-privata, che non comportino necessariamente espropriazione o interventi ad esclusiva iniziativa pubblica e quindi siano attuabili anche dal soggetto privato e senza necessità di previa ablazione del bene. Ciò può essere il risultato di una scelta di politica programmatica tutte le volte che gli obiettivi di interesse generale, di dotare il territorio di attrezzature e servizi, siano ritenuti*

necessariamente espropriazione o interventi ad esclusiva iniziativa pubblica e quindi siano attuabili anche dal soggetto privato e senza necessità di ablazione del bene”, precisando altresì che nel caso in esame il paradosso sarebbe evidente, poiché *“in astratto, la prescrizione azzonante avrebbe valenza conformativa; ma affermare ciò costituirebbe errore prospettico grave, in quanto, laddove l'azzonamento sia finalizzato (come nel caso di specie) unicamente ad accogliere le strutture ricettive esistenti (anche le uniche suscettibili di ampliamento), si cristallizza un dato ed in concreto si perviene ad un vincolo ablatorio. È incontestabile infatti che gli appellanti incidentali non fossero titolari di alcuna struttura ricettiva esistente, e pertanto la loro iniziativa privata non potrebbe esplicitarsi: il vincolo assume quindi connotato ablatorio, a potenziale beneficio di un unico soggetto non pubblico”* (in senso conforme, si veda altresì Cons. Stato, Sez. IV, 07 novembre 2012, n. 5666, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2017) .

realizzabili (e come tali specificatamente compresi nelle previsioni pianificatorie) anche attraverso l'iniziativa economica privata - pur se accompagnati da strumenti di convenzionamento. Si fa riferimento, ad esempio, ai parcheggi, impianti sportivi, mercati e complessi per la distribuzione commerciale, edifici per iniziative di cura e sanitarie o per altre utilizzazioni quali zone artigianali o industriali o residenziali; in breve, a tutte quelle iniziative suscettibili di operare in libero regime di economia di mercato”(C. Cost., sent. 179/1999).

In argomento, tuttavia, una attenta dottrina ha osservato come l'utilizzo di tali vincoli promiscui (da siffatta ricostruzione ricondotti nella categoria dei vincoli conformativi) potrebbe costituire un vero e proprio *“artificio sulle legittime aspettative dei privati e sulla compressione del contenuto minimo della proprietà”*, anche in considerazione delle difficoltà nel dare attuazione alle relative prescrizioni⁷⁹.

In particolare, secondo tale dottrina, utilizzare tali vincoli conformativi consentirebbe alle amministrazioni di redigere più agevolmente il contenuto delle disposizioni dei piani regolatori (non essendo soggetto a decadenza ed indennizzo) ma comporterebbe alcune evidenti incongruenze.

⁷⁹ Si veda in argomento, P. URBANI, *“Il contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica”*, tratto dall'intervento al convegno A.I.D.U., Verona, 10/11 ottobre 2008.

In primo luogo , infatti, il problema della copertura del fabbisogno di aree pubbliche per i servizi – che dovrebbe essere correttamente effettuato attraverso la previsione di strumenti perequativi- viene in tal modo pressoché interamente riversato sulla iniziativa privata e/o pubblico-privata, attraverso una interpretazione della funzione sociale del diritto di proprietà, che sembrerebbe propriamente volta a superare lo stato di crisi finanziaria dei comuni.

A ben vedere infatti, a seguito della già citata sentenza della Consulta n.179 del 20 maggio 1999, si è sviluppato un filone giurisprudenziale secondo cui per la qualificazione del vincolo debba verificarsi se sia ammissibile l’iniziativa privata, oltre il noto parametro dello *jus aedificandi*.

Tale orientamento, tuttavia, non sembra aver tenuto adeguatamente conto delle indicazioni della Corte Costituzionale, secondo cui occorre far necessariamente riferimento ad iniziative suscettibili di operare in regime di libera economia di mercato.

Dalla sussistenza di una iniziativa privata, pertanto, non può derivare necessariamente la qualificazione del vincolo in termini conformativi.

Come riconosciuto da una parte della giurisprudenza amministrativa, il parametro dell’ammissibilità dell’iniziativa privata che consenta di garantire il modello del contenuto minimo di proprietà è individuabile nell’utilità economica, la Corte costituzionale, infatti, lo ha propriamente definito come “*sfruttamento*

del bene nel libero mercato”, piuttosto che utilizzare come parametro la cosiddetta “*vocazione edificatoria*”.

È stato rilevato, pertanto, che per non considerare sostanzialmente espropriative le previsioni contenute nel piano regolatore generale si debba prefigurare una concreta *utilitas* in capo al proprietario discendente dalla scelta di avviare l’iniziativa edificatoria ed inoltre, tali previsioni, devono consentire una vera e propria scelta al privato.

Pertanto, possiamo affermare, che il problema intorno al quale gravita ancora la giurisprudenza amministrativa è se tali immobili, colpiti da vincoli conformativi, debbano essere o meno considerati edificabili anche per una eventuale corresponsione di una indennità espropriativa.

Si aggiunga, al problema suindicato, che tali vincoli, nella maggioranza dei casi, si basano su di un carattere esclusivamente collettivo degli usi e, l’esercizio dell’iniziativa privata è subordinato alla previsione della Pubblica Amministrazione ed a un successivo convenzionamento tra il soggetto pubblico e quello privato.

Così facendo, il rischio che potrebbe prefigurarsi è che il valore d’uso e il valore di scambio dei beni possa risultare assolutamente inidoneo a qualunque iniziativa nel libero mercato.

Ciò che garantirebbe un *utilitas* economica in capo al proprietario è la possibilità data a quest’ultimo, da parte della Pubblica Amministrazione, di

provvedere alla gestione di opere e di servizi che in questo modo verrebbero assicurati a garanzia degli standards urbanistici . In questo modo il privato si troverebbe dinanzi alla scelta o di alienare le opere realizzate a terze persone le quali provvederebbero a gestirle, oppure di assumersi il compito di svolgere non solo la costruzione dell'opera ma anche quello della gestione del suddetto servizio nel tempo.

Nel caso il privato scegliesse l'ultima alternativa citata si prefigurerebbe la seguente situazione procedimentale:

- (i) al privato viene riconosciuto un determinato diritto di superficie;
- (ii) la Pubblica Amministrazione provvede alla redazione di un piano attuativo;
- (iii) tra il soggetto pubblico ed il soggetto privato viene stipulata una apposita convenzione che regola i termini dell'accordo.

Occorre poi specificare, che il nuovo Codice dei contratti pubblici⁸⁰, all'art.20 (riguardo l'opera pubblica realizzata a spese del privato), pone una specifica disciplina in merito alle cosiddette opere di urbanizzazione extra oneri sottraendole alla normativa dello stesso Codice. Tali previsioni normative, infatti, non si applicano nei casi in cui la Pubblica Amministrazione stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa e previo ottenimento di tutte le

⁸⁰ Il D.lgs. n.50 del 18 aprile 2016.

autorizzazioni , di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte prevista nell'ambito di strumenti o piani urbanistici. L'ente pubblico, prima di provvedere alla stipulazione della convenzione, deve inoltre valutare la fattibilità delle opere da realizzare con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate.

Dalla panoramica svolta, risulta quindi che pur avendo carattere particolare, i vincoli di destinazione imposti dal piano regolatore per attrezzature e servizi realizzabili anche ad iniziativa privata o promiscua, in regime di economia di mercato, anche se accompagnati da strumenti di convenzionamento (ad es. parcheggi, impianti sportivi, mercati e strutture commerciali, edifici sanitari, zone artigianali, industriali o residenziali), sfuggono allo schema ablatorio, con le connesse garanzie costituzionali in termini di alternatività fra indennizzo e durata predefinita.

3.3 Evoluzione giurisprudenziale: dal parametro dell'edificabilità al parametro del valore d'uso e del valore di scambio

Arriviamo, a questo punto, alla trattazione di un problema fondamentale, non solo per la disciplina dei vincoli imposti dalla Pubblica Amministrazione, ma dell'intera materia dell'urbanistica, ovverosia quello del limite che deve essere attribuito alla potestà conformativa dell'ente pubblico, affinché non sconfini in un potere sostanzialmente ablatorio.

Si è assistito, nel corso degli anni, ad una evoluzione giurisprudenziale che è passata dal considerare l'edificabilità il parametro di riferimento per delineare il limite della potestà conformativa, a quello del valore d'uso e valore di scambio del bene.

È opportuno affrontare, al fine di delineare un preciso punto di partenza, un approfondimento circa il concetto di diritto edificatorio, in modo da arrivare al vero problema, costituito dalla delimitazione di un confine della proprietà conformata.

Come prima anticipato la giurisprudenza amministrativa considerava il diritto del proprietario di edificare un giusto parametro per individuare il cosiddetto limite del contenuto minimo del diritto di proprietà.

Bastava, pertanto, che la Pubblica Amministrazione apponesse un vincolo urbanistico ad un determinato fondo, che ne determinasse in sostanza l'inedificabilità, che il privato potesse lamentare che il suddetto vincolo non fosse il risultato dell'esercizio di un potere conformativo dell'ente pubblico, ma che al contrario, fosse il risultato di un esercizio "larvato" del più incisivo potere ablatorio.

Il tema che la dottrina, e la Corte costituzionale, si sono trovati di fronte è stato quello della fissazione dei parametri in applicazione dei quali si possa riscontrare la costituzionalità delle scelte legislative ordinarie, ovvero la competenza da parte della legge ordinaria di prevedere dei vincoli, allo scopo di assicurare la funzione sociale, andando ad incidere sul godimento del bene tanto da determinare uno svuotamento del proprio valore di scambio.

Si tratta, a ben vedere, di una evoluzione giurisprudenziale che ha interessato la dottrina per decenni, ed inoltre ha portato ad identificare nuove tecniche di pianificazione territoriale rispetto al tradizionale sistema di individuazione del contenuto della destinazione d'uso dei suoli.

Un primo e più risalente orientamento giurisprudenziale, in particolare, appoggiava la convinzione dottrinale, la quale, ribadiva con forza come il diritto di edificare nelle zone classificate edificabili costituiva un nucleo essenziale del diritto di proprietà. Ne conseguiva, pertanto, che una volta inciso suddetto

nucleo essenziale, la Pubblica Amministrazione era obbligata a corrispondere l'indennizzo in favore del proprietario.⁸¹

Occorre, preliminarmente, esporre gli elementi caratterizzanti il diritto di edificare riconosciuto al proprietario di un fondo e, in un secondo momento, soffermarsi sulla crisi della zonizzazione e sul concetto di vocazione edificatoria delle aree.

Dalle disposizioni del Codice civile è immediatamente ricavabile che il diritto di edificare è riconosciuto al proprietario del suolo, il quale può liberamente disporne.⁸²

Sebbene gli indici normativi siano abbondanti ed univoci manca ad una lettura attenta del Codice Civile una previsione esplicita come quella che l'art. 840 prevede per le opere realizzabili nel sottosuolo.

Conviene quindi assumere come sicuro dato di partenza che nel sistema del Codice civile il diritto di edificare sia compreso nel diritto di godere, o utilizzare,

⁸¹ Tale principio è stato affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza già citata n.55 del 29 gennaio 1968, la quale afferma che: *“qualsiasi sacrificio il legislatore imponga su un diritto di proprietà non può mai eccedere quella portata, al di là della quale, va a toccare ciò che è connaturale al diritto dominicale, quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico”*. Si diffuse così la teoria dell'incomprimibilità dello *jus aedificandi*, per cui il soggetto sarebbe dovuto indennizzato sia in caso di espropriazione, sia in caso di compressione di tale diritto, poiché privare il proprietario del diritto di edificare costituiva una espropriazione larvata.

⁸² Si legge infatti nell'art. 952 del Codice Civile che *“il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà. Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo”*.

in modo pieno la cosa che perfeziona il modello della proprietà compatta di cui all'art. 832 del Codice stesso.

Infatti si deve rilevare come non solo esista una lunga tradizione storica secondo la quale l'esercizio del diritto di edificare costituisce una specificazione del diritto di godimento attribuito al proprietario di un immobile, ma che una fondamentale regola di default, codificata all'art. 934 del Codice Civile assegna al proprietario del fondo tutto ciò che risulti edificato al di sopra ed al di sotto del suolo. Una simile previsione è però ampiamente derogabile e lo stesso Codice prevede uno strumento tipizzato per consentire al proprietario del suolo di disporre del solo *jus aedificandi* attraverso la formazione di un diritto di superficie in forma di concessione *ad aedificandum*.

Se ne deve dedurre, pertanto, che il diritto di edificare è di per sé disponibile, ovvero che la sua attribuzione al proprietario del suolo comprende anche il diritto di disporne.

E' opportuno ricordare che l'immagine della proprietà come fascio di diritti, privilegi, pretese e facoltà, è di origine recente.

Al contrario la tradizione pandettistica ha insegnato che *“non si può dire che la proprietà consti di una somma di singole facoltà, che in essa vanno distinte, non sono che estrinsecazioni e manifestazioni di questa pienezza”*.

In sintesi, l'attribuzione del diritto di edificare in capo al proprietario si specifica in correlazione al concetto di proprietà conformata ma, è necessario

sottolineare che la conformazione del diritto non si limita a stabilire la misura del diritto di edificare, ma, al contrario, ne va a condizionare anche le modalità con cui viene attribuito ai proprietari dei suoli.

Sebbene sia un orientamento giurisprudenziale oramai minoritario, (cfr. CdS n. 2718 del 5 maggio 2005; CdS n.745 del 24 febbraio 2004, CdS n.8290 del 17 dicembre 2003, CdS n.4340 del 29 agosto 2002⁸³, CdS n.1769 del 2 dicembre 1999⁸⁴) nelle quali il parametro utilizzato per determinare se un vincolo sia sostanzialmente espropriativo o conformativo è ancora una volta quello *dello jus aedificandi*.

Queste sentenze sono concordi nel precisare che hanno natura espropriativa le sole previsioni vincolistiche che precludono l'edificabilità assoluta dell'area o che impediscono comunque l'edificazione a iniziativa del privato.

Si veda in particolare la pronuncia n.2718 del 5 maggio 2005 emessa dal Consiglio di Stato, nella quale il Collegio afferma che *“la Sezione ha fatto coerente applicazione dell'orientamento di questo Consiglio di Stato, secondo il*

⁸³ La decisione 29 agosto 2002, n. 4340, riguarda il caso di un'area sottoposta a vincolo di inedificabilità a partire dal 1951 per la realizzazione di un progetto di circonvallazione, mai realizzato, e, poi, dal 1980 a "servizi e attrezzature sociali destinate a verde pubblico", anche questa mai attuata. In tale contesto in cui il vincolo gravava da oltre 50 anni, è stato riconosciuto il diritto all'indennizzo, atteso che non risulta che la destinazione a verde pubblico dell'area consentiva pure interventi ad iniziativa privata.

⁸⁴La decisione n. 1769 del 2 dicembre 1999 (Sez. IV) ha escluso che una determinata tipologia urbanistica possa integrare un vincolo preordinato all'espropriazione o comportante l'inedificabilità assoluta, trattandosi invece di una prescrizione diretta a regolare concretamente l'attività edilizia, inerendo alla potestà conformativa propria dello strumento urbanistico generale, la cui validità è a tempo indeterminato, come espressamente stabilito dall'art. 11 della legge 17 agosto 1942, n. 1150.

quale costituiscono vincoli soggetti a decadenza, ai sensi dell'articolo 2 della legge 19 novembre 1968, n. 1187, quelli preordinati all'espropriazione, o che comportino l'inedificabilità, e che, dunque, svuotano il contenuto del diritto di proprietà, incidendo sul godimento del bene in modo tale da renderlo inutilizzabile rispetto alla sua destinazione naturale. Continua, inoltre, la pronuncia “da qui la conclusione che, essendo consentita, anche ad iniziativa del proprietario, la realizzazione di opere e strutture intese all'effettivo godimento del verde, va escluso, ex se, la configurabilità di uno svuotamento incisivo del contenuto del diritto di proprietà, permanendo comunque la utilizzabilità dell'area rispetto alla sua destinazione naturale e non è, quindi, ravvisabile alcun vincolo preordinato all'espropriazione né comportante inedificabilità assoluta né è configurabile un obbligo di nuova tipizzazione”.

Negli ultimi anni invece, si è assistito ad un cambio di rotta, sia da parte della giustizia amministrativa, sia da parte degli esperti del settore, i quali hanno approfondito la tematica della qualificazione dei vincoli dell'ente pubblico sussumibili nel comma 2 dell'art. 42 della Costituzione e, soprattutto, hanno spostato il parametro di riferimento verso il valore d'uso e di scambio dei suoli.

Gli aspetti più rilevanti del processo di ritipizzazione hanno riguardato la categoria dei vincoli urbanistici, e la sua distinzione in vincoli espropriativi e vincoli conformativi, riducendosi i primi ai soli casi di vincoli preordinati all'esproprio, dilatandosi invece i secondi nella misura in cui il canone sostanziale evocato dalla fondamentale sentenza della Consulta n.55 del 1968

non può più basarsi sull'inerenza dello *jus aedificandi* nel diritto di proprietà. Risulta, ormai sempre più consolidato, sia nella giurisprudenza dei Tribunali regionali sia in quella del Consiglio di Stato, che i parametri su cui puntare per misurare il contenuto minimo di proprietà sono il valore d'uso e di scambio del bene.

È opportuno rilevare che i casi più controversi, e di più difficile qualificazione, sono quelli che hanno ad oggetto la destinazione dei suoli a verde pubblico ed a verde pubblico attrezzato. In questi casi, infatti, è maggiormente artificioso individuare quella linea sottile che consente di individuare l'esercizio di un potere ablatorio ovvero di un potere conformativo.

La sentenza del TAR Pescara, n. 234 del 23 giugno 2016, ha di recente riproposto la riflessione sul criterio di classificazione da seguire affinché sia correttamente individuato la classificazione del vincolo urbanistico.

La controversia in questione ha per oggetto il ricorso presentato da due società, nei confronti del Comune di Pescara, per l'inserimento di alcuni terreni, di loro proprietà, nella zona F1 (verde pubblico-parco pubblico), nei quali viene lamentato un improprio esercizio del potere conformativo dell'ente pubblico, da considerarsi sostanzialmente espropriativo. Il Tribunale regionale, ha ricordato, in merito alla destinazione "F1 verde pubblico-parco", che la destinazione di un'area privata a tale impiego non determina quella completa ed irrimediabile

perdita di qualsiasi *utilitas*, nella quale solamente, può individuarsi l'imposizione di un vincolo sostanzialmente espropriativo.

La destinazione a verde pubblico attrezzato di un'area non determina, infatti, uno svuotamento del contenuto del diritto di proprietà e una limitazione del godimento dello stesso, tale da renderlo assolutamente inutilizzabile rispetto alla sua destinazione naturale, ovvero diminuendone in modo significativo il suo intrinseco valore di scambio.⁸⁵

Pertanto, afferma il Tribunale regionale, tale destinazione non ha natura espropriativa, come tale sottoposta a decadenza, né obbligo di indennizzo costituendo espressione della potestà conformativa del pianificatore, avente validità a tempo indeterminato. Ciò in quanto, la destinazione “FI verde pubblico-parco pubblico” consente la realizzazione di manufatti e l'esercizio di attività economiche (per esempio chioschi, parco giochi, attività sportive) anche a mezzo di iniziativa privata e, pertanto, non determina quella totale sottrazione alla naturale vocazione edificatoria da parte del soggetto proprietario che, al contrario, caratterizza il vincolo presidiato dalla previsione di decadenza di cui all'articolo 2 della legge n. 1187 del 1968. In sintesi, il vincolo imposto sui terreni inclusi in zona F1 (verde pubblico - parco pubblico) è un vincolo conformativo e non un vincolo espropriativo. Tutte le volte, infatti, che le aree ricomprese nella sottozona di interesse non sono destinate esclusivamente a “verde pubblico naturale” ma anche a “verde pubblico

⁸⁵Si veda, tra le tante, Tar Puglia, Lecce, Sezione I, sentenza 12 maggio 2006, n. 2580.

attrezzato”, con la possibilità, cioè, di realizzare anche manufatti che ne integrino le funzioni quali attrezzature per lo sport e per il gioco, spogliatoi, servizi igienici, chioschi ed abitazione del custode, il vincolo che ne deriva deve ritenersi conformativo e non espropriativo.⁸⁶

Nella stessa direzione si orienta anche la pronuncia del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia, la n.344 del 21 aprile 2015, avente ad oggetto anche in questo caso la destinazione di lotti a verde pubblico.

La pronuncia è di particolare rilevanza, in quanto, confutando l’orientamento prevalentemente contrario della giurisprudenza delle sezioni romane del Consiglio di Stato, ha affermato che *“sussiste un vincolo preordinato all’espropriazione tutte le volte in cui la destinazione dell’area permetta la realizzazione di opere destinate esclusivamente alla fruizione soggettivamente pubblica”*

Tale conclusione muove dall’ampia riconsiderazione del sistema inizialmente svolta dallo stesso Consiglio di Giustizia amministrativo, il quale, ha proposto una più attenta interpretazione della pronuncia n.179 del 12 maggio 1999 della Consulta, che già prospettava una considerazione della sfruttabilità economica del bene del privato. Secondo il Consiglio, infatti, *“ la sentenza della*

⁸⁶In seguito “all’inversione di direzione” della tradizionale impostazione del contenuto minimo di proprietà, la destinazione a verde pubblico non svuota il diritto di proprietà, (non rendendo necessario la corresponsione di alcun indennizzo) in quanto il suolo non risulta inutilizzabile rispetto alla sua naturale vocazione, né ne risulta diminuito significativamente il valore di scambio. Tale destinazione semplicemente circoscrive le modalità esplicative attuabili anche a iniziativa dello stesso proprietario.

Corte costituzionale ha precisato che sono fuori dallo schema ablatorio i vincoli che importano una destinazione di contenuto specifico realizzabile ad iniziativa privata che non comportino, quindi, necessariamente espropriazioni o interventi ad esclusiva iniziativa pubblica".⁸⁷ Si legge ancora che “ *la realizzabilità dell’opera o del servizio esclusivamente per opera della mano pubblica o anche del privato debba essere giudicata non con riferimento all’oggetto specifico della realizzazione (in altre parole l’opus da realizzare), ma alla destinazione di esso e quindi alla sua idoneità di soddisfare anche il diritto soggettivo di proprietà, oltre che l’interesse pubblico*”.

All’evidenza si tratta di opere materiali la cui utilizzazione non è riservata alla mano pubblica, sebbene è la loro destinazione che serve all’interesse pubblico. Esse, pertanto, possono ben essere realizzate dal privato e poste sul mercato, trovando una domanda di soggetti interessati alla creazione di un mercato.

Tale impostazione risulta, inoltre, in linea con la linea di orientativa della CEDU la quale ha appunto affermato che la norma conformatrice dello *jus aedificandi* non costituisce annullamento del diritto di proprietà e dunque non è riguardata con sfavore (nei limiti della ragionevolezza e del rispetto della natura stessa dei luoghi), mentre la norma ablatoria è considerata eccezione di stretto diritto al principio fondamentale della inviolabilità della proprietà. Questa eccezione è legata alla sussistenza di motivi di interesse pubblico tali da

⁸⁷ La sentenza prosegue indicando, come esempi, parcheggi, impianti sportivi, mercati ed altro.

necessitare una deviazione della funzione propria della proprietà e quindi una finalizzazione di essa a scopi non economicamente conformi con tale diritto.

Sotto questo profilo la distinzione tra norme conformative e norme ablatorie non può più seguire i criteri tradizionali elaborati dalla giurisprudenza amministrativa sino ad oggi. Si deve infatti avere riguardo al tasso di deviazione dalla finalità ordinaria dell'area in questione rispetto alla sua vocazione naturale, che è sicuramente quella di dar luogo ad un *opus* economicamente e commercialmente idoneo a procurare il massimo profitto al proprietario.⁸⁸ La pronuncia prosegue “ *l'interesse pubblico, quindi, opera ab extrinseco non incidendo sul diritto di proprietà, ma sulla sua valorizzazione di mercato, a fronte di un potere conformativo, eccezionale ma accettabile, riconosciuto per il bene della collettività*”.⁸⁹

Si nota, come la giurisprudenza abbia iniziato a parlare, in questo modo, non più di *jus aedificandi*, come nucleo essenziale del diritto di proprietà, ma, piuttosto di *jus disponendi-utendi*.

⁸⁸ In riferimento vedere inoltre la pronuncia del Consiglio di giustizia regionale Sicilia n. 212 del 27 febbraio 2012 e n. 1113 del 19 dicembre 2008.

⁸⁹ Sempre la sentenza citata: “*la norma conformativa, che impone standard di distanze, cubatura, altezza, tipologia etc., si inserisce in un mercato immobiliare omogeneo, stabilendo restrizioni uguali per gli appartenenti alla classe e determinando, quindi, i parametri di mercato (valore dell'immobile realizzabile e quindi dell'area edificabile) in relazione alle restrizioni omogenee. Si tratta nel mercato che si crea, di vincoli economici esterni, accettabili e compatibili con l'economia di mercato e con i principi di uguaglianza, nella misura in cui operino, sostanzialmente, come limiti esterni allo jus aedificandi.*”

Questa formula allude proprio alla facoltà/possibilità di sfruttare il bene sul libero mercato da parte del privato, il quale mantiene pertanto la facoltà di ottimizzare la propria posizione, sfruttando la cd. “vocazione economica” del bene.

In sostanza, tra una molteplicità di scelte che si presentano al proprietario, gli viene sottratto, dalla Pubblica Amministrazione, uno solo dei possibili usi del suolo, mentre quelli rimanenti rimangono esercitabili anche dopo l'intervento della Pubblica Amministrazione, purché compatibili con la destinazione a verde dell'area.

Ciò brevemente esposto in merito all'evoluzione giurisprudenziale in tema di distinzione in vincoli espropriativi e vincoli conformativi, preme evidenziare che negli ultimi anni, si è assistito all'emergere di nuove tecniche di pianificazione territoriale, caratterizzate dal tentativo di limitare gli interventi autoritativi provenienti dall'ente pubblico e, al contrario, preferire forme di accordo con il privato, in modo da diminuire drasticamente i contenziosi amministrativi e prediligere forme negoziate.

Si fa riferimento, in particolare, ai noti strumenti perequativi urbanistici, i quali hanno posto non pochi problemi interpretativi, primi tra tutti quelli relativi alla compatibilità del relativo utilizzo con taluni parametri costituzionali, quali in particolare il principio di legalità, l'art. 42 Cost., nonché i tradizionali criteri di riparto tra Stato e Regioni della potestà legislativa.

Volendo dare ordine alla trattazione è opportuno partire dalle nozioni, far riferimento alle ragioni che sono state e sono alla base del diffondersi delle tecniche di tipo perequativo, per poi passare ad esaminare le principali prese di posizione della giurisprudenza amministrativa su alcuni dei problemi di tipo giuridico che le stesse tecniche pongono.

3.4 Strumenti perequativi e potestà conformativa

Molteplici sono le ragioni per le quali, negli ultimi decenni, si sono sviluppate tecniche alternative alla tradizionale pianificazione territoriale, tra le quali:

- (i) una nuova visione della proprietà, funzionalizzata primariamente al perseguimento di interessi economico-sociali (proprietà conformata);
- (ii) il superamento della tecnica della zonizzazione, in specie alle forti sperequazioni che la tecnica in questione determina tra le diverse classi dei proprietari fondiari, taluni avvantaggiati in maniera considerevole dalle scelte della pubblica amministrazione in ordine alla edificabilità dei suoli (proprietari di fondi interessati da destinazioni edificatorie), altri invece impoveriti perché interessati da disposizioni vincolistiche o comunque riduttive della capacità edificatoria;
- (iii) l'esigenza di ovviare alle criticità proprie della zonizzazione, in specie alle forti “sperequazioni”, che la tecnica in questione determina tra le diverse classi dei proprietari fondiari, alcuni avvantaggiati in maniera consistente dalle scelte della Pubblica Amministrazione in ordine alla edificabilità dei suoli (proprietari di

fondi interessati da destinazioni edificatorie), altri invece colpiti, impoveriti da disposizioni vincolistiche o comunque riduttive della capacità edificatoria.

Per ciò che attiene il punto sub (i), è da evidenziare innanzitutto come si venga a delineare, come conseguenza dell'accettazione del concetto di proprietà conformata, una vera e propria nuova concezione del diritto di proprietà.

Con particolare riferimento al rilievo che l'attuale Codice civile attribuisce ai limiti imposti dall'ordinamento giuridico, si comprende come, rispetto al passato, la proprietà non possa più definirsi un diritto "assoluto", ma, piuttosto, un diritto il cui esercizio "pieno" delle facoltà risulta limitato da vincoli posti dalla legge. Vincoli che, a differenza del passato, non possono più considerarsi come di carattere eccezionale, bensì ordinario.

La nuova veste del diritto di proprietà, quale diritto limitato, si spiega aderendo ad un'ottica del diritto dominicale teleologicamente indirizzato alla tutela dell'interesse generale e non solo alla piena estrinsecazione dell'individuo che ne è titolare.

Autorevole dottrina ha a tal proposito sostenuto come non possa più parlarsi di un'unica proprietà, bensì "*delle proprietà*".

Secondo i sostenitori di questa intuizione dogmatica, esisterebbero tanti diritti di proprietà quante sono le categorie di beni che ne sono oggetto. Alcuni beni, in relazione alla loro destinazione economica, sono sottoposti a discipline

differenti e ciò al fine di trarre dagli stessi, nel modo migliore, la funzione sociale.⁹⁰

Esempi di ciò sono la proprietà fondiaria e quella rurale, che sono sottoposte a discipline diverse, proprio in relazione alla loro differente destinazione economica e sociale.

La funzionalizzazione sociale che ha assunto il diritto di proprietà è confermata, del resto, dall'adozione della Costituzione del 1948 e, in particolare, dal contenuto dell'art 42 della medesima.

L'art 42 Cost, infatti, offrendo il riconoscimento più alto al diritto di proprietà, attribuisce alla legge ordinaria il compito di regolarne le modalità di acquisto e di godimento, nonché di disciplinarne i limiti; il tutto, con lo scopo di assicurarne la funzione sociale.

Conseguentemente, da quanto affermato sia dal Codice, sia dalla Costituzione, appare ormai pacifico che la nuova veste del diritto di proprietà non è più quella di un diritto della persona e insuscettibile di limitazioni, ma, a ben vedere, quella di un diritto orientato alla realizzazione della funzione sociale.

Il precedente assunto è dimostrato da un argomento preciso; infatti, l'art 42 della Costituzione - che riconosce il diritto di proprietà - è contenuto nel titolo della Carta fondamentale dedicato ai rapporti economici e non anche in quello dei rapporti civili.

⁹⁰ In tal senso SCOCA- STELLA RICHTER P.- URBANI P. in *“Diritto di proprietà e codice civile”*

In tal senso, il problema dei cosiddetti limiti alla proprietà in generale - e in particolare alla proprietà edilizia - andrebbe analizzato partendo dalla tesi autorevole di Salvatore Pugliatti⁹¹, il quale, partendo dall'assunto che il diritto di proprietà è anzitutto un diritto soggettivo, ha affermato che tale diritto, obiettivo, non può concentrarsi unicamente nell'interesse del privato, bensì deve altresì obbedire ad esigenze di indole generale.⁹²

L'introduzione⁹³ del metodo perequativo nel sistema della pianificazione urbanistica ha preso le mosse da diverse concause: in primo luogo, una grossa spinta in questa direzione è stata data dall'art.7 della Legge Urbanistica del 1942, integrato dall'art.41- *quinques*, commi 7 e 8, della medesima Legge, nonché dal successivo D.M. n. 1444 del 2 aprile 1968, attraverso il ricorso, sempre più consolidato, al criterio della zonizzazione.

Inoltre, già a partire dagli anni 80 gli urbanisti di nuova generazione, basandosi sulla esperienza Europea e Statunitense, hanno orientato le scelte degli amministratori locali verso tecniche diverse nella determinazione dell'assetto conformativo dei suoli comunali.

⁹¹ Cfr. S. PUGLIATTI in *"Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà"* ora in *"La proprietà nel nuovo diritto"*, Giuffrè, Milano, 1954.

⁹² Prevede infatti l'art. 845 del Codice civile che *"la proprietà fondiaria è soggetta a regole particolari per il conseguimento di scopi di pubblico interesse nei casi previsti dalle leggi speciali e dalle disposizioni contenute nelle sezioni seguenti"*.

⁹³ Tra le prime Amministrazioni che hanno adottato tecniche di pianificazione di tipo perequativo vi sono il Comune di Casalecchio di Reno, il Comune di Reggio Emilia e il Comune di Ravenna.

Va rilevato altresì che, nell'attualità, non esiste una specifica disciplina legislativa statale del metodo perequativo, fatto salvo il ricorso alla figura del comparto edilizio - introdotto nel 1942 - e fatti salvi alcuni interventi legislativi regionali.⁹⁴

A tutto ciò si aggiunga, come corollario, la mancata unitarietà del modello perequativo, attese le diverse modalità di determinazione dell'indice di edificabilità dei suoli. Appare evidente, dunque, come sia problematico, per la giustizia amministrativa, giudicare in merito alla legittimità delle disposizioni degli strumenti urbanistici a sfondo perequativo.

Ciò nonostante, in assenza di unitarietà normativa, è proprio la giurisprudenza ad aver colmato le lacune della legislazione e della dottrina e si deve ad essa, in particolare modo, la maggiore legittimazione, rispetto al passato, delle esperienze perequative nei piani regolatori comunali.

Da quanto sopra evidenziato, scaturisce il fatto che l'introduzione delle tecniche perequative ha assunto la sostanziale forma di "rimedio", visto che il sistema tradizionale della pianificazione urbanistica presenta una notevole gamma di criticità; tra queste, in particolare, un uso poco efficiente della tecnica dello

⁹⁴ Il concetto di comparto edificatorio viene introdotto dall'art. 23 della legge n. 1150 del 1942 abrogato dall'art. 58 del DPR. n. 327 del 2001 – Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità. Tale strumento definisce gli ambiti territoriali minimi entro cui l'intervento edilizio deve essere realizzato in modo unitario da più aventi titolo. Viene introdotto per superare le difficoltà di attuazione del piano dovute alla eccessiva frammentazione della proprietà fondiaria.

zoning, così come prevista dalla Legge ponte n. 765 del 6 agosto 1967 ed i problemi legati alla mancanza di fondi e di risorse finanziarie comunali che hanno pregiudicato, in modo incisivo, la praticabilità della disciplina dei vincoli preordinati all'esproprio.⁹⁵

⁹⁵ Le tecniche di perequazione vengono comunemente ricondotte a due modelli distinti: il primo modello è rappresentato dalla "perequazione di comparto o parziale e a posteriori", la quale richiama l'istituto del comparto di cui all'art. 23 della Legge Urbanistica. Tale tecnica risulta quella più utilizzata, infatti, trova applicazione entro piani attuativi (ambiti, piani attuativi, distretti della trasformazione) e, comunque, entro perimetri predeterminati dal piano. Il meccanismo non risulta complesso. Il piano comunale assegna una potenzialità volumetrica all'ambito nella sua interezza e, in un momento successivo il piano attuativo a ripartisce tra tutti i proprietari delle aree interessate dagli interventi le capacità edificatorie e gli oneri correlati alla formazione delle dotazioni territoriali. I proprietari coinvolti, prima della presentazione del piano attuativo, provvedono a predisporre un progetto di ricomposizione fondiaria.

Elemento centrale del modello è il vincolo di attuazione necessariamente unitaria delle previsioni di piano, che impone a tutti i proprietari dei lotti compresi nell'ambito di cooperare. In caso contrario il piano perequativo non può essere attuato. La capacità edificatoria non è assegnata a singoli lotti edificabili, bensì all'ambito nella sua interezza, con la conseguenza che non sono individuabili proprietari avvantaggiati e proprietari svantaggiati dal piano, ma solo soggetti coinvolti in una vicenda attuativa a cooperazione necessaria. Altro modello di perequazione è quella cosiddetta "generalizzata e a priori". Tale schema perequativo è applicato ad una parte rilevante delle aree di espansione o di trasformazione. In relazione allo stato di fatto e di diritto esistente, il territorio comunale viene suddiviso per categorie di aree omogenee cui viene riconosciuta una quota di edificabilità – diritti edificatori – di regola piuttosto bassa. In questo modello, non opera il vincolo di attuazione unitaria e l'attuazione del piano è affidata all'iniziativa singolare dei proprietari. L'individuazione delle possibili soluzioni di atterraggio è in definitiva lasciata al mercato attraverso la libera circolazione dei diritti edificatori. Il piano si limita a prefigurare due macro-categorie di fondi: quelli destinati alla realizzazione delle dotazioni territoriali e quelli destinati all'atterraggio. Il diritto edificatorio assegnato ad un'area che il pianificatore non consente venga trasformata deve essere esercitato sulle aree accipienti (c.d. di atterraggio) previste dal piano. Questo meccanismo perequativo consente, pertanto, di individuare una maggiorazione di edificabilità che è dovuta esclusivamente alla pianificazione. Una parte di questa edificabilità aggiuntiva è gratuitamente riservata al Comune, e coincide con le urbanizzazioni ed il fabbisogno di altri interventi pubblici, l'altra resta ad appannaggio dell'utilizzatore. Peraltro, il riconoscimento a priori di capacità edificatorie convenzionali si converte in una quantità di edificazione sensibilmente bassa ed inferiore a quelle stimate

La tecnica della zonizzazione, a causa della eccessiva rigidità che la caratterizza, ha di fatto evidenziato la propria vocazione discriminatoria nei confronti dei proprietari, poiché, mutuando dal Sandulli un'espressione molto bene costruita, con un semplice "*tratto di penna*" si delineano e si individuano le zone con diverso indice di edificabilità, con conseguente pregiudizio ad immobili che, per caratteristiche simili, dovrebbero vedersi assegnata una medesima destinazione d'uso.

Altro tallone d'Achille della pianificazione urbanistica nell'accezione tradizionale del termine, è senza dubbio la pratica del rilascio della licenza edilizia diretta, in presenza delle sole opere di urbanizzazione primaria, anche nelle aree urbanizzate o di espansione.

In pratica, a causa della inerzia dei Comuni nella redazione dei piani particolareggiati di iniziativa pubblica, nonché dei privati nella formazione dei piani di lottizzazione, la giustizia amministrativa, ha incentrato il ricorso al rilascio della licenza edilizia diretta, sulla base delle sole oo.uu. primaria nelle zone urbanizzate ed in quelle di espansione.

come complessivamente occorrenti per realizzare gli obiettivi di piano. Ciò con il risultato che la differenza fra la capacità edificatoria convenzionale e l'edificabilità occorrente per realizzare gli obiettivi del piano rappresenta la misura della edificabilità riservata alla mano pubblica. Questo meccanismo, però, genera una sorta di edificabilità pubblica priva di area, acquisita dall'ente pubblico al di fuori di meccanismi appropriativi tipici e consente l'acquisizione al patrimonio pubblico di aree in una misura che non è parametrata alle esigenze effettive delle urbanizzazioni e degli standards ma che deriva, in pratica, per differenza dalla conversione del parametro di edificabilità convenzionale. (cfr. P. URBANI, in "*Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*", in www.pausania.it).

Questo perché, già dalla fine degli anni '50, i giudici amministrativi avevano ritenuto che fosse possibile ottenere gli effetti conformativi della proprietà nei casi in cui le previsioni del piano regolatore generale apparissero formulate in modo “*sufficientemente specifico*”, perché se ne potesse fare autonoma e diretta applicazione.

Tale orientamento, adottato sicuramente per la forte esigenza di abitazioni e dal boom economico di quegli anni, se, da un lato, tene in conto la difficoltà oggettiva di conciliare l'ossequio ai piani attuativi con la sempre maggiore richiesta abitativa dall'altro finì per stravolgere la crescita e lo sviluppo delle città soprattutto nelle cosiddette zone B di “completamento”, essendo stato del tutto abbandonato il ricorso all'istituto del “comparto edificatorio”.

Ecco perché, all'interno dei piani regolatori, si fa sempre più spesso ricorso alla perequazione urbanistica, una diffusa pratica pianificatoria che, in determinate aree “critiche”, ha il duplice fine di migliorare la qualità dell'abitare e dei servizi collettivi; redistribuendo, nel contempo, l'edificabilità riconosciuta tra tutti i proprietari appartenenti ad un determinato ambito.

L'istituto *de quo* ha, in effetti, lo scopo di ripianificare assetti urbani la cui precedente conformazione si era dimostrata del tutto inadeguata sia sotto il profilo della qualità dei luoghi di vita e di lavoro, sia della dotazione di servizi, soprattutto nelle aree qualificate come zone B dal piano regolatore generale.

Rispetto al metodo della zonizzazione - di per sé, abbiamo visto, discriminatoria, a causa della sua eccessiva “rigidità -, la perequazione è un istituto che, in un certo senso, tacita i proprietari, rendendoli meno vulnerabili alle scelte di pianificazione, in quanto gli stessi comunque ricavano un vantaggio edificatorio dalle aree di proprietà.

Non a caso si è detto “meno vulnerabili” e non “invulnerabili”. Pur se la perequazione allevia o riduce le connaturali sperequazioni tra le diverse proprietà, essa non certamente le annulla del tutto. Ogni scelta pianificatoria ha infatti un intrinseco carattere discriminatorio; la perequazione, quindi, modera ma non annulla le differenze tra le varie vocazioni edificatorie.

Come già precedentemente evidenziato, al di là del riferimento all’art 23 della Legge Urbanistica che, dal 1942, ha introdotto la figura del comparto edilizio, all’attualità non esiste ancora una specifica disciplina statale del metodo perequativo, bensì solo qualche sporadico intervento legislativo regionale.

Ciò posto, è sorto da più parti il problema connesso alla legittimità della presenza, sempre più accentuata, del modello di perequazione all’interno del piano regolatore generale, pur in assenza di un supporto legislativo nazionale o, almeno, regionale.

La Giustizia amministrativa, a tal proposito, ha ritenuto che la tecnica della perequazione dei volumi e, in alcuni casi, anche di valori, rientrasse pienamente

nell'esercizio del potere pianificatorio, teso alla conformazione dei suoli, attribuito dalla legislazione vigente alla discrezionalità dell'amministrazione.

Più segnatamente, pur in assenza di una specifica previsione normativa, l'istituto perequativo della cessione di aree, va inquadrata nell'ambito della potestà conformativa del territorio, attribuito ai pubblici poteri e, nel contempo, trova fondamento nella possibilità di utilizzo di modelli consensuali per il perseguimento di finalità di interesse pubblico, così come previsto dall'art. 1, comma 1-bis e dall'art. 11, della Legge 241 del 1990.

I meccanismi perequativi, quindi, previsti dalla norma di piano, sono considerati quale espressione del potere di conformazione del territorio e della proprietà, allorquando vanno ad incidere su diritti collegati ad un bene immobile, al fine di assicurare la funzione sociale.

La giustizia amministrativa, chiamata più volte a giudicare sulla compatibilità tra modelli perequativi e zonizzazione urbanistica, ha sempre ritenuto che la perequazione non è da considerarsi una deroga, bensì l'attuazione delle scelte di pianificazione e, pertanto, non necessita di una legislazione e di una disciplina regionale, ma si muove nell'ambito della disciplina generale della Legge del 1942.

La mancanza, quindi, di una disciplina nazionale non va "drammatizzata", tanto più che, come già chiarito, la perequazione affonda le sue radici negli istitu-

ti perequativi della Legge Urbanistica -ovverosia i comparti - e delle successive leggi di settore.

Tuttavia, è da rilevare che l'assortimento dei modelli perequativi cui le amministrazioni ricorrono, astrattamente idonei a gravare in varia misura sul diritto di proprietà, ha fatto sorgere un problema di compatibilità degli stessi con varie disposizioni costituzionali, prima tra tutte quello di cui all'art. 42 Cost. che prevede l'espropriabilità nei soli casi previsti dalla legge e salvo indennizzo.

Ci si riferisce, in particolare, a quelle misure con scopi perequativi destinate a connotarsi per la previsione, in sede di pianificazione, di una quota di edificabilità da destinare alla realizzazione di opere di interesse pubblico, ovvero di una riserva di provvista finanziaria.

In altre parole, diventa, quindi, centrale definire lo spartiacque tra perequazione ed espropriazione, onde evitare che, attraverso tali innovative tecniche di pianificazione, vengano poste in essere illegittime forme "larvate" di espropriazione.

Sono le questioni esaminate dalla giurisprudenza, la quale è intervenuta a decidere i contenziosi che hanno riguardato alcune previsioni contenute nel piano regolatore del Comune di Bassano del Grappa, (Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4833)⁹⁶ e nel piano regolatore di Roma.

È interessante rilevare come le previsioni contenute nel piano regolatore della Capitale siano state giudicate legittime da parte del Consiglio di Stato, mentre siano state annullate quelle contenute nel PRG del Comune veneto, poiché ritenute in contrasto con i principi costituzionali.

Storica, pertanto, si può considerare la pronuncia del Consiglio di Stato n.4545 del 13 luglio 2010, relativa alla legittimità del piano regolatore di Roma, il quale prevedeva la facoltà per il privato di ottenere una volumetria cosiddetta “premiata”, in cambio della cessione di una parte della anzidetta volumetria a favore dell’ente pubblico e della corresponsione di un contributo straordinario. Il giudice di primo grado aveva considerato illegittime le specifiche previsioni innanzi richiamate in tema di cessione di aree al comune e di contributo straordinario, ritenendo che le modalità in tal modo adottate per il perseguimento degli obiettivi di perequazione urbanistica e finanziaria violassero il principio di legalità ex art. 23 Cost. In particolare, la cessione di aree, secondo il giudizio di primo grado, darebbe luogo ad una forma larvata di ablazione della proprietà; inoltre,

⁹⁶ La sentenza n.4833 del 21 agosto 2006 del Consiglio di Stato ha statuito che: “è illegittima la disposizione di piano in forza della quale una quota del 50% della capacità insediativa totale è riservata al Comune in quanto volta a configurare una forma di espropriazione del tutto atipica, non ricondotta e non correttamente riconducibile ad alcuna specifica norma delle leggi vigenti in materia. Non è invero dato rinvenire alcuna disciplina, di fonte legislativa, che autorizzi una riserva di proprietà fondiaria alla mano pubblica - come quella prefigurata nella specie - al fine di contenimento dei prezzi, in un’ottica “dirigista” del mercato dei terreni edificabili. Va ribadito, quindi, che in assenza di specifica normativa primaria la disposizione in parola si manifesta priva del supporto legislativo necessario per giustificare la cennata compressione del diritto di proprietà, al di fuori delle garanzie previste in proposito dall’art. 42 della Carta costituzionale”.

essa comporterebbe una violazione dell'art. 42 della Costituzione, dato che non troverebbe una copertura normativa in alcuna espressa disposizione di legge. Infine, il contributo straordinario costituirebbe una vera e propria imposizione patrimoniale - anche se non di natura non tributaria – anch'essa senza copertura di espressa previsione normativa, adottata, quindi, ancora una volta in violazione della riserva di legge *ex art. 23 Cost.*

Il Consiglio di Stato, al contrario, in riforma della precedente sentenza del TAR Lazio, ha ritenuto legittimo lo strumento perequativo e non ha ravvisato alcun conflitto con il principio di legalità promosso dalla Carta costituzionale. Ciò in quanto alla base degli accordi perequativi vi è un vero e proprio contratto che il privato stipula, accetta e sottoscrive con il Comune.

Appare evidente che il Consiglio di Stato abbia fatto prevalentemente leva su due pilastri argomentativi per giustificare il cambiamento di rotta rispetto al Tribunale regionale, ovverosia:

- (i) la potestà conformativa del territorio di cui l'Amministrazione è titolare nell'esercizio della propria attività di pianificazione;⁹⁷

⁹⁷ La sentenza in questione statuisce: “quanto poi all'asserita violazione degli artt. 41 e 42 Cost., è agevole replicare che entrambi i diritti da questi tutelati (proprietà e iniziativa economica privata) possono subire, nella visione dello stesso costituente, limitazioni per ragioni di utilità sociale: nella specie, è evidente che la conformazione della proprietà privata e l'assoggettamento dell'iniziativa pianificatoria privata a limiti e condizioni discende dall'interesse pubblico connesso alla generale potestà di governo del territorio attribuita al soggetto pubblico. [...] Ed infatti ciò che l'Amministrazione ha fatto, in sostanza, è in primo luogo attribuire ai suoli un determinato indice di edificabilità (nella

(ii) la possibilità di ricorrere a modelli privatistici e consensuali per il perseguimento di finalità di pubblico interesse.

In sintesi, il Consiglio di Stato ha poggiato la sua decisione su un semplice paradigma: alla base dell'accordo vi è il consenso, per cui *“la previsione di un contributo straordinario da corrispondere al potere pubblico è il risultato di un meccanismo contrattuale al quale le parti aderiscono prestando il loro legittimo consenso”*.⁹⁸

specie corrispondente a quello già posseduto sotto il vigore del precedente P.R.G.), ciò che pacificamente non travalica l'ordinario esercizio del potere di pianificazione; di poi, nella già evidenziata prospettiva “dinamica”, ha proceduto a porre le basi per possibili incrementi futuri della cubatura edificabile, predisponendo i meccanismi con i quali questa potrà essere riconosciuta ai vari suoli, in ragione della loro zonizzazione e tipologia. La disciplina impressa ai suoli attraverso i due momenti pianificatori testé indicati, con tutta evidenza, non può in alcun modo essere ritenuta tale da integrare una sostanziale ablazione della proprietà né una surrettizia sottrazione di volumetrie le quali, in assenza delle previsioni perequative, sarebbero state edificabili: al riguardo la Sezione, pur concordando con quanto rilevato dal giudice di prime cure circa la non necessità, ai fini che qui interessano, di approfondire l'ulteriore questione teorica dell'immanenza o meno dello jus aedificandi al diritto di proprietà, non può esimersi dall'osservare come sia proprio l'impostazione della parte odierna appellata a risentire di una concezione che presuppone tale immanenza in termini così “radicali” da risultare inaccettabili.

Infatti, nel ricorso introduttivo e negli scritti difensivi del signor Cellini si assume, in estrema sintesi, che la previsione della cessione al Comune di una quota della cubatura aggiuntiva attribuita dal Piano integrerebbe una forma larvata di esproprio, in quanto intaccherebbe la vocazione edificatoria che è connaturata e immanente al diritto di proprietà; tuttavia l'argomento prova troppo, atteso che, se lo statuto della proprietà dovesse considerarsi leso dalla limitazione dello jus aedificandi su una cubatura la cui edificabilità è prevista dal P.R.G. solo in via futura ed eventuale, a fortiori ciò dovrebbe ritenersi per le limitazioni immediate e attuali discendenti dalle prescrizioni del Piano, col risultato di considerare inammissibili le stesse previsioni di indici di edificabilità e le connesse limitazioni della volumetria edificabile rispetto all'estensione dei suoli: ciò che, comportando il sostanziale svuotamento della potestà conformativa del territorio in capo all'Amministrazione, non appare certamente in linea con gli arresti giurisprudenziali, anche costituzionali, che si sono più sopra richiamati”

È condivisibile, pertanto, la considerazione proposta dal Consiglio di Stato, secondo cui l'elemento che consente di distinguere la perequazione dall'espropriazione - legittimandone la sottrazione al rispetto delle garanzie per essa previste - è la natura facoltativa e consensuale dell'acquisizione.

A differenza di quanto accade nelle ipotesi di esproprio, in cui l'ablazione del bene avviene per effetto di un provvedimento unilaterale dell'Amministrazione, attraverso lo strumento della perequazione il consenso legittimo, di fatto, il potere.⁹⁹

Qualora, invece, attraverso le tecniche perequative la Pubblica Amministra-

⁹⁸ Nella stessa direzione: CdS n.2040 del 1 aprile 2011 sull'elemento consensuale del privato *“non si può negare che si assista all'incontro di volontà della parti contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal codice civile(...) in tal senso, i contenuti della concessione edilizia e le determinazioni ivi contenute rispecchiano la volontà espressa dalle parti, e non appaiono in contrasto con le clausole imperative dell'ordinamento civile, non potendo così essere incise dal meccanismo di automatica sostituzione individuato dal giudice di prime cure”*; CdS n.351 del 22 gennaio 2013: *“non può certamente ravvisarsi la nozione di contraente debole ex art. 1341 cod. civ. in una impresa che liberamente stipula con l'amministrazione una convenzione di lottizzazione dalla quale ricava consistenti benefici”*; TAR Lombardia-Brescia n. 193 del 31 gennaio 2011, TAR Lombardia-Milano n. 2469 del 5 ottobre 2012: *“laddove gli impegni assunti dai privati con l'amministrazione siano sorretti da autonoma fonte negoziale, essi hanno forza di legge tra le parti, così come previsto all'art. 1372 cod.civ., a prescindere dalla loro doverosità in base alla legge o dalle previsioni dello strumento urbanistico. Invero poiché si verte in tema di diritti disponibili, ben può la parte promittente liberamente assumere impegni patrimoniali a prescindere da un obbligo normativo o, comunque, più onerosi rispetto a quelli astrattamente previsti dalla legge”*.

⁹⁹ Si segnala sul punto l'orientamento di G.CARLO MENGOLI in *“Manuale di diritto urbanistico”* secondo cui la tesi del consenso trascura di considerare che di regola le convenzioni urbanistiche costituiscono *“un contratto a prestazioni imposte stipulato, quindi, in condizioni di disparità”* e che, avendo ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo, non possono ritenersi del tutto sottratte alle garanzie e ai principi generali che reggono l'agire delle Pubbliche Amministrazioni ed in particolare ai principi di legalità, imparzialità e proporzionalità.

zione arrivi ad acquisire il bene del privato in via unilaterale, senza il consenso del proprietario dell'immobile, si concretizza una illegittima forma atipica, larvata di espropriazione, al di fuori di una disposizione legislativa statale di copertura e in violazione delle garanzie costituzionali del diritto di proprietà di cui all'art. 42 della Costituzione.

Deve peraltro escludersi che, attraverso queste tecniche, le Amministrazioni possano in via unilaterale ed autoritativa acquisire beni di privati, né riservarsi quote consistenti di edificabilità, né imporre ai proprietari oneri urbanizzativi eccedenti gli *standards* non connessi alle specifiche esigenze dei luoghi.¹⁰⁰

Come si è scritto in precedenza, la Giustizia amministrativa, chiamata ad esprimersi sulla legittimità del ricorso alla perequazione urbanistica, ha ritenuto perfettamente legittima la previsione del modello perequativo nel piano regolatore generale, facendo espresso rinvio all'art 11 della legge 241/90 ove si stabilisce la possibilità, per la Pubblica Amministrazione, di avvalersi di modelli privatistici e consensuali per il perseguimento di finalità di pubblici interessi.

Assodato, quindi, l'uso legittimo di tale strumento, è stata portata al vaglio dei Giudici la questione sul rapporto tra gli oneri perequativi- da intendersi quali obbligazioni gravanti sul privato per effetto dell'accordo raggiunto con l'Amministrazione - e il riconoscimento delle facoltà edificatorie relative all'area interessata dall'accordo.

¹⁰⁰ In riferimento P. URBANI in “*Urbanistica solidale*”, Bollati Boringhieri, 2011, 172 e s.s.

In particolare si è indagato in merito al bilanciamento tra gli oneri attribuiti al privato e le modalità distributive del diritto edificatorio.

Se la pronuncia del Consiglio di Stato n.4545 del 13 luglio 2010, ha rappresentato una svolta per la materia dell'urbanistica, non da meno lo è stata la più recente sentenza n. 616 del 10 febbraio 2014, la quale ha definito il cd. "raggio d'azione" delle tecniche perequative per ciò che attiene la localizzazione degli *standards* urbanistici.

Nel caso in questione, il Comune di Oderzo sulla base di un accordo di pianificazione ex art.6 della Legge regionale n. 11, aveva recepito una regola perequativa del PAT che prescriveva, in alternativa alla cessione del 50% dell'area, l'obbligo di realizzazione di opere pubbliche di pari valore tra quelle comprese nel programma triennale delle opere pubbliche.

Le censure proposte da un soggetto terzo nei confronti dell'accordo, così concluso, si fondano sul fatto che le opere da realizzare in base all'accordo fossero "slegate" rispetto all'intervento approvato. Su questo punto, il Consiglio di Stato ha chiarito alcuni principi che debbono essere rispettati nell'esercizio delle tecniche perequative, che possono riassumersi come di seguito:

- (i) gli standard devono essere prima di tutto fruibili alla totalità della collettività¹⁰¹;

(ii) per la pretesa di prestazioni perequative, con riferimento al singolo intervento, occorre che vi sia una giustificazione urbanistica specifica, poiché la monetizzazione degli standard non può ritenersi una questione meramente patrimoniale¹⁰²;

(iii) gli standard devono essere “*spazialmente e funzionalmente in prossimità*” dell'intervento assentito. Se si permettesse il contrario, infatti, si determinerebbero effetti perversi, perché mentre in una determinata area del territorio comunale vi sarà un miglioramento della situazione esistente, in un'altra area “*avrà luogo un parallelo peggioramento della qualità di vita*”.¹⁰³

La richiamata sentenza del Consiglio di Stato, pur non avendo specificamente ad oggetto la perequazione, ma, propriamente, gli standard urbanistici, colpisce per la incisività delle sue osservazioni sulle modalità applicative dello strumento perequativo, ponendosi, tra l'altro, più nell'ottica del “*del pubblico interesse di città*” - che è una “*mera astrazione concettuale*” - ma invece, “*dall'angolo visuale dell'utente*”, cioè di chi vive in una certa zona e che ha interessi non

¹⁰¹ “*Il criterio essenziale di valorizzazione e di decisione sulla congruità dello standard deve essere quello della funzionalizzazione dello stesso al rispetto delle esigenze della popolazione stanziata sul territorio, che dovrà quindi essere posta in condizione di godere, concretamente e non virtualmente, del quantum di standard urbanistici garantiti dalla disciplina urbanistica*”.

¹⁰² Cfr. Cds, sez.IV, ord. 4 febbraio 2013 n.644.

¹⁰³ “*la Sezione intende rimanere fedele al suo orientamento che vede lo standard urbanistico collocarsi spazialmente e funzionalmente in prossimità dell'area di intervento edilizio, al fine di legare strettamente e indissolubilmente commoda ed incommoda dalla modificazione del territorio*”

identici – e magari contrastanti – con chi vive in un'altra zona.¹⁰⁴

Ciò che la sentenza mette in evidenza è la necessità di una corrispondenza tra quanto l'amministrazione, nell'ambito di un accordo perequativo, impone al privato quale controprestazione per la realizzazione dell'intervento edilizio che consente.

La perequazione può essere quindi la previsione dell'obbligo di cessione di parte dell'area oggetto dell'intervento o di parte di volumi da realizzare, se vi è una motivazione urbanistica che giustifichi tale cessione. Può anche essere prevista nella perequazione un'obbligazione a corrispondere somme di denaro; ma in ogni caso è necessario che si finanzino opere “*in prossimità*” dell'intervento.

Quello che conta è, insomma, che vi sia una giustificazione urbanistica specifica per la pretesa di prestazioni perequative con riferimento al singolo intervento: la perequazione serve a ottenere quello che è ritenuto necessario in correlazione con quell'intervento, e che fisicamente dev'essere in prossimità ad esso.

Recentemente, il TAR Toscana-Firenze, è tornato ad esprimersi sulla legittimità dello schema perequativo.

Ci si riferisce, in particolare, alla pronuncia n. 288 del 23 febbraio 2017, la quale fornito ulteriori informazioni per ciò che attiene il principio perequativo e

¹⁰⁴ Si veda, a tal proposito, il commento alla pronuncia di Ivone Cacciavillani, reperibile sul sito web LexItalia.

la cosiddetta “cessione perequativa”¹⁰⁵.

Osserva il Collegio che “*il principio perequativo non è codificato nel nostro ordinamento da una legge dello Stato, ma si è affermato prima in via di prassi, con la redazione di alcuni piani regolatori, poi con la sua introduzione nell'ambito di diverse leggi regionali*”. L'adozione di tecniche perequative nella pianificazione urbanistica comporta che nell'area oggetto della pianificazione venga attribuito un indice edificatorio a tutti i suoli in essa compresi, tale da riconoscere ai loro proprietari dei diritti di edificazione, e che separatamente da ciò vengano individuate le aree su cui si concentrerà l'effettiva realizzazione di questi diritti edificatori, i cui proprietari non si ritroveranno, quindi, a disporre di tutti i diritti edificatori resi disponibili dal piano, ma solo di quelli ad essi distribuiti contestualmente a tutti gli altri proprietari di terreni compresi nell'area oggetto della pianificazione. Consentendo così anche ai soggetti proprietari di fondi non effettivamente suscettibili di trasformazione, di non venire esclusi dalla distribuzione dei benefici economici indotti dalla pianificazione.

Nella medesima pronuncia si fa riferimento altresì all'ulteriore meccanismo della cosiddetta “cessione perequativa”, e cioè alla possibilità che “*nel caso in*

¹⁰⁵ Si intende per “cessione perequativa” la possibilità che, nel caso in cui un terreno debba essere trasferito a favore dell'amministrazione per la localizzazione di un'opera pubblica, esso sviluppi comunque una volumetria propria, che potrà essere realizzata dal proprietario, al momento dell'effettiva cessione del terreno, sulle aree su cui deve concentrarsi l'edificabilità. Trattasi, in ogni caso, di un sistema che può aver luogo in contesti procedurali di “urbanistica contrattata”, ossia attraverso moduli consensuali e non per mezzo dell'esercizio coercitivo del potere amministrativo.

cui un terreno debba essere trasferito a favore dell'amministrazione per la localizzazione di un'opera pubblica, esso sviluppi comunque una volumetria propria, che potrà essere realizzata dal proprietario, al momento dell'effettiva cessione del terreno, sulle aree su cui deve concentrarsi l'edificabilità. Trattasi, in ogni caso, di un sistema che può aver luogo in contesti procedurali di "urbanistica contrattata", ossia attraverso moduli consensuali e non per mezzo dell'esercizio coercitivo del potere amministrativo".

Come già accennato nel capitolo precedente, un ulteriore strumento utilizzato dall'Amministrazione per evitare l'apposizione di un vincolo ablatorio è quello della compensazione urbanistica.

Se però la perequazione configura una vera e propria alternativa al vincolo espropriativo, la compensazione urbanistica interviene invece in chiave indennitaria in presenza di incisioni autoritative su diritti, nell'ambito di fattispecie in cui ci si trova di fronte a situazioni in cui il proprietario non può rifiutare di aderire alla previsione dettata dal piano, in quanto l'alternativa è vincolistico-ablatoria.

La compensazione urbanistica si inserisce, quindi, all'interno del procedimento espropriativo e presuppone l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Come la perequazione, anche la compensazione urbanistica è priva di una disciplina statale di riferimento, né se ne trova traccia nel Testo Unico del 2001; nonostante ciò è opinione condivisa che le Amministrazioni possano ricorrervi. La stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 179 del 1999 nell'imporre l'obbligo di indennizzo in caso di reiterazione del vincolo ha suggerito alle Amministrazioni

L'urbanistica alternativa ai vincoli si esprime mediante schemi operativi che tendono a stimolare una spontanea adesione dei proprietari all'attuazione della pianificazione, calibrando l'interesse al perseguimento di obiettivi meramente egoistici con risultati di utilità pubblica.

Appare evidente che la giurisprudenza amministrativa stia aprendo la strada ad una nuova urbanistica e, conseguentemente, ad un nuovo modo di pensare la pianificazione territoriale.

Sembra, infatti, che si stia assistendo ad un superamento effettivo delle tradizionali tecniche di pianificazione territoriale, promuovendo quella collaborazione tra ente pubblico e privato cittadino che ben può rappresentare il definitivo superamento dell'apposizione autoritativa dei vincoli urbanistici.

Così facendo, si ridimensiona perfino la posizione dell'Amministrazione considerata, per anni, in una posizione sovraordinata.

In pratica, la perequazione/compensazione dovrebbe conservare un equilibrio ragionevole tra il dare e l'avere, senza che il diritto di proprietà venga a risultare sbilanciato dall'incidenza del peso delle cessioni.

di utilizzare misure compensative alternative all'indennizzo espropriativo monetario, attraverso l'attribuzione di quote di edificabilità da spendere in altre aree o la permuta con altre aree, riconoscendone la legittimità anche in assenza di una specifica previsione normativa. Sul punto si è altresì rilevato che il fondamento normativo dell'istituto deriverebbe dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990, il quale consentendo la possibilità di concludere, senza il limite dei casi espressamente previsti dalla legge, accordi sostitutivi di provvedimento, legittima le Amministrazioni a pattuire con i privati interessati che l'indennizzo sia corrisposto attraverso le modalità alternative indicate dalla Corte costituzionale.

È auspicabile, in ogni caso, un intervento diretto del Parlamento, affinché risolva definitivamente la questione della copertura normativa statale della disciplina regionale, la quale ha già da tempo intrapreso un lungo e complesso processo di rinnovamento degli strumenti urbanistici e, per regolare i soli profili della materia che incidono più direttamente sulla definizione del contenuto del diritto di proprietà e sull' "ordinamento civile" ex art. 117 della Costituzione.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

ABBAMONTE G., *Riserva di legge, pianificazione territoriale e tutela della proprietà*, in **SANDULLI- SPASIANO- STELLA RICHTER**, *Il diritto urbanistico: cinquant'anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2007

ALPA G., *Manuale di diritto privato*, CEDAM, 2017

BALESTRA L., *Proprietà e diritti reali*, UTET giuridica, 2012,
pag.12

BERTI N., *La proprietà fra diritto interno e CEDU*

BOSCOLO E., *Le perequazioni e le compensazioni*, in Atti del XI
Convegno nazionale A.I.D.U., Verona, 10-11 ottobre 2008

CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

CENTOFANTI N.- FAVAGROSSA M. - CENTOFANTI P. *Diritto urbanistico*, CEDAM, 2012

CERULLI IRELLI V., *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, a cura di P.URBANI, Giappichelli editore, 2013

CLARIZIA R., *Proprietà e diritti reali*, UTET giuridica, 2016

D'ANGELO G. *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Morano Editore, pag. 85 e ss

D'ORSOGNA D., *Perequazione urbanistica, materiali per una comparazione giuridica*, Giappichelli 2015

GAMBARO A., *Conformazione della proprietà e jus aedificandi*

GAMBARO A., *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Giuffrè, 1975

GIANNINI M. S., *Pianificazione*, in Enc. Dir., vol. XXXIII, Milano, 1983

MATTEUCCI C.S., *La reiterazione dei vincoli urbanistici come mi-*

sure sostanzialmente espropriative in Giur. Cost., 2000

MENGOLI G.C., *Manuale di diritto urbanistico* , Giuffrè Editore ,
2009, pag.242

MOSCARINI A., *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano, 2006

PERONGINI S., *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, Giuffrè, 2005

PIRRUCCIO P. *L'espropriazione per pubblica utilità* , CEDAM ,
2011 , pag.107

PUGLIATTI S., *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà* ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano,
1954

RODOTA' S., *Il sistema costituzionale della proprietà*, in *Il terribile diritto*, Il Mulino, Bologna, 1981

SANDULLI A. M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, XIV ed.,
Napoli, 1984, p.571

SCOCA- STELLA RICHTER P.- URBANI P., *Diritto di proprietà e codice civile*

STELLA RICHTER P. *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, p.135

STELLA RICHTER P., *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica*, in *Ripensare la disciplina urbanistica*, Torino, 1997

TROTTA G., *Gli approdi giurisprudenziali in tema di perequazione e di ridefinizione della potestà conformativa*, in P. Urbani, *Politiche urbanistiche e gestione del territorio, tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Giappichelli, 2015

URBANI P- MATTEUCCI S. C., *Diritto urbanistico, organizzazione e rapporti*, Giappichelli editore, 2013

URBANI P., *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*, in *Urbanistica e Appalti*, 2013

URBANI P., *Il contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, tratto dall'intervento al convegno A.I.D.U.,

Verona, 10-11 ottobre 2008

URBANI P., *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, in

www.pausania.it

URBANI P., *Urbanistica solidale*, Bollati Boringhieri, 2011, 172 e

S.S.

URBANI P., *Politiche urbanistiche e gestione del territorio: tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Giappichelli 2015

VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Giuffrè, 2008

ZATTI P. - COLUSSI V., *Lineamenti di diritto privato*, CEDAM,

2017

Giurisprudenza

Corte Costituzionale

Sentenze

n. 6 del 1966

n.55 del 1968

n.56 del 1968

n. 5 del 1980

n.92 del 1982

n. 575 del 1989

n.179 del 1999

n. 344 del 1995

Corte di Cassazione

Sentenze

n. 7367 del 1992

n. 5979 del 2005

n. 11445 del 2017

Consiglio di Stato

Decisioni

n. 12 del 1984

n. 159 del 1994

n. 1769 del 1999

n. 4340 del 2002

n.8290 del 2003

n. 745 del 2004

n. 2718 del 2005

n. 4833 del 2006

n. 4415 del 2008

n.1765 del 2009

n.4545 del 2010

n. 2040 del 2011

n. 3797 del 2011

n. 5666 del 2012

n.351 del 2013

n.644 del 2013

n.616 del 2014

n. 3256 del 2015

Tribunali Amministrativi regionali

Sentenze

n.	anno	Regione	sede distaccata
4671	2009	Lombardia	
137	2011	Marche	
986	2017	Sicilia	CATANIA
234	2016	Abruzzo	
2580	2006	Puglia	LECCE
344	2015	Sicilia	
212	2008	Sicilia	
1113	2008	Sicilia	
193	2011	Lombardia	BRESCIA
2469	2012	Lombardia	
288	2017	Toscana	

