

FEDERICO GUALANDI\*

**La circolazione dei diritti edificatori e altre questioni di giurisdizione in materia di edilizia e di urbanistica\*\***

**1) PREMESSA**

Il presente scritto ha il solo limitato scopo di rappresentare alcune questioni controverse e di abbozzare alcune riflessioni iniziali, senza alcuna pretesa di completezza ed esaustività.

Innanzitutto pare opportuno delimitare il campo del presente intervento, ma - come vedremo - questa delimitazione non è affatto agevole.

L' art. 133 del Codice del Processo Amministrativo parla di *<controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica ed edilizia concernente tutti gli aspetti dell' uso del territorio>* e poiché la PA è sostanzialmente "monopolista" nell' uso del territorio, la previsione pare configurare il Giudice Amministrativo come Giudice "naturale" di questa materia.

Si parla di urbanistica (e non di "governo del territorio" come invece dispone l' art. 117 della Costituzione), ma si specifica subito, che essa concerne "tutti gli aspetti dell' uso del territorio", riprendendo la vecchia versione dell' art. 34 del D.lgs. 80/1998 che - a sua volta - pareva rifarsi all' art. 80 del DPR 616/1977, che - come è noto - diceva che " *Le funzioni amministrative relative alla materia urbanistica concernono la disciplina dell'uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente*"(quella <pan-urbanistica> che Massimo Severo Giannini criticò subito nel suo famoso articolo "Del lavare la testa dell' asino" e che, in effetti, pochi anni dopo vide un significativo ridimensionamento con la L. 431/1985).

Occorre perciò previamente definire la estensione (o, se vogliamo, i "confini") della materia.

Come è stato autorevolmente rilevato (MARIOTTI L. "Questioni di giurisdizione e esigenze di collaborazioni tra le giurisdizioni superiori") l' art. 133 detta una definizione molto ampia, che riguarda la programmazione urbanistica e paesaggistica, gli atti abilitativi e repressivi in materia edilizia, il danno ambientale, la gestione dei beni paesaggistici, la localizzazione e la gestione delle discariche dei rifiuti, l' installazione e la gestione degli impianti di produzione di energia elettrica.

In modo analogo, una importante e recente sentenza del Consiglio di Stato (sez. IV, 2710 del 10.05.2012, recentemente "doppiata" e ripresa da Cons. di Stato, sez. IV, n. 6040/2012 del 28.11.2012), pare confermare tale "latitudine", affermando che "**il potere di pianificazione urbanistica del territorio non è limitato alla individuazione delle destinazioni delle zone del territorio comunale, ed in particolare alla possibilità e limiti edificatori delle stesse. Al contrario, tale potere di pianificazione deve essere retamente inteso in relazione ad un concetto di urbanistica che non è limitato solo alla disciplina coordinata della edificazione dei suoli (e, al massimo, ai tipi di edilizia, distinti per finalità, in tal modo definiti), ma che, per mezzo della disciplina dell' utilizzo delle aree, realizza anche finalità economico – sociali della comunità locale. In definitiva, l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo. Uno sviluppo che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli - non in astratto, bensì in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi –, sia di valori ambientali e paesaggistici, sia di esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, sia delle esigenze economico – sociali della comunità radicata sul territorio, sia, in definitiva, del modello di sviluppo che si intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione "de futuro" sulla propria stessa essenza, svolta - per autorappresentazione ed autodeterminazione - dalla Comunità medesima, attraverso le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, attraverso la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio. In definitiva, il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all' interesse pubblico all' ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione temperata di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti.**

E' ricostruzione "affascinante" (che, in qualche modo, rispecchia il dibattito dottrinale degli anni 50 tra BENVENUTI e MIELE), ma con alcune insidie.

Affermare che l' urbanistica ricomprende anche tutte le esigenze economiche e sociali che la Comunità locale ritiene indispensabili "in funzione dello sviluppo complessivo e armonico del territorio", introduce un concetto assai vago e indeterminato, che si presterebbe a ricondurre alla materia urbanistica anche fenomeni molto diversi tra loro (ad esempio, i servizi pubblici) e che contrasta con il principio di legalità e con la nota funzionalizzazione dell' attività amministrativa ad uno specifico e ben definito interesse pubblico.

In questa ottica, l'urbanistica finirebbe per assolvere (a parere del sottoscritto non del tutto propriamente) il compito di strumento per la pianificazione delle attività economiche, in pretesa attuazione di quanto stabilito nell'ultimo comma dell'art. 41 della Cost. secondo il quale "*La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*".

Si tratta, inoltre, una ricostruzione che, nel momento in cui enfatizza il ruolo dell'urbanistica e, correlativamente, "sminuisce" il ruolo del "*terribile diritto*" (di proprietà, secondo la nota ricostruzione di RODOTA'), potrebbe prestarsi a potenziali conflitti con quanto sempre più insistentemente sta affermando la CEDU con riferimento a tale ultimo diritto, che l'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione (ma anche la Carta di Nizza) inserisce tra i <diritti fondamentali> dell'uomo. Ho l'impressione che nei prossimi anni, sul tema dei limiti al diritto di proprietà (vincoli conformativi, contenuto minimo del diritto di proprietà, etc...) si riaprirà la discussione, tra i fautori (come il Consiglio di Stato) di una concezione fortemente "funzionalizzata" del diritto di proprietà e Coloro (e tra essi la CEDU) che annoverano tale diritto tra quelli strettamente inerenti alla <libertà della persona>, con ciò che ne consegue.

In sintesi, più che un conflitto tra Giurisdizioni superiori, potremmo assistere (e qualche avvisaglia già si scorge, in tema di "vincoli" conformativi e/o espropriativi) ad un conflitto tra Giudici nazionali e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

\*

Fatta questa premessa, nel presente scritto ci si occuperà di tre temi, uno in materia urbanistica (i diritti edificatori e il loro Giudice) e due in materia edilizia (l'attività edilizia libera, soggetta a mera Comunicazione di inizio attività e le problematiche connesse al cd. Certificato di destinazione urbanistica) anche se i temi e gli spunti di riflessione avrebbero potuto essere molti di più

## **2) I DIRITTI EDIFICATORI NEL "DECRETO SVILUPPO" E L'OBBLIGO DI TRASCRIZIONE**

Come è noto, l'art. 5, comma 3° del D.L. 70/2011, c.d. Decreto Sviluppo, convertito nella legge 106 del 12 luglio 2011, ha inserito all'art. 2643, I comma del codice civile, il n. 2 bis, che prevede l'obbligo di trascrizione per "*i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale*", allo scopo di "*garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori*".

La norma – come esplicitamente sancito nel medesimo articolo, al comma 1 lettera c, – sarebbe stata scritta per tipizzare "*un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi: la cessione di cubatura*" che la giurisprudenza di legittimità considerava contratto con effetti meramente obbligatori e dunque vincolante solo tra le Parti.

In realtà, nulla poi viene detto con specifico riferimento alla cessione di cubatura, salva la previsione della sua trascrivibilità, mentre la norma che – come è noto – vive di "vita propria", ha finito per innescare un dibattito e una serie di problematiche di grande rilievo.

In ogni caso, lo scopo dichiarato del Legislatore era (ed è) quello di garantire certezza ai trasferimenti che hanno ad oggetto diritti edificatori.

In effetti, la norma si apre affermando che lo scopo è quello di "*garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori*", il che significa (e non era affatto scontato):

**a) che è del tutto normale e usuale, per il Legislatore, che ci siano "diritti edificatori" e che questi "circolino", indipendentemente dal suolo a cui inizialmente afferivano;**

**b) che questa circolazione viene vista come un fenomeno positivo, a cui si vuole garantire "certezza".**

Altrettanto importante appare il fatto che la norma, in un solo colpo, "sdogana" (e legittima) molti degli istituti innovativi come la perequazione, la compensazione e la premialità che si fondano sulla costituzione, modificazione e trasferimento dei diritti edificatori e ciò fa non solo in riferimento alla normativa nazionale, ma anche in riferimento alla normativa regionale e perfino agli strumenti di pianificazione territoriale.

La nuova previsione normativa, tuttavia, lascia sul tavolo una serie di questioni insolte e, con il riferimento ai concetti di **contratto** e **diritto**, tradizionalmente più propri del diritto civile, apre una serie di interrogativi di non scarso rilievo.

Se non turba particolarmente lo studioso di diritto amministrativo, l'ipotesi di un "contratto" che **trasferisca** un diritto edificatorio, pare alquanto improprio utilizzare la medesima espressione ("contratto") per connotare la **costituzione** e la **modifica** di un "*diritto edificatorio*", trattandosi di fattispecie che, non potendo prescindere dall'esercizio del potere da parte della PA, potranno, al più essere oggetto di ciò che, più correttamente, l'art. 11 della L. n. 241/1990 qualifica come "accordi".

## **2) I DIRITTI EDIFICATORI: NATURA, GENESI E SVILUPPO**

Nell'ordinamento giuridico fa dunque ingresso a pieno titolo e trova specifica legittimazione il <Diritto Edificatorio>, che esprime in termini quantitativi, volumetrici o di superficie, la capacità edificatoria, ovvero la misura della trasformazione realizzabile e che ha la caratteristica di nascere per effetto della scissione tra la titolarità del fondo e l'esercizio dello *jus aedificandi*, (tradizionalmente afferente al fondo medesimo).

**Il Diritto Edificatorio, infatti, ha la peculiarità di essere "sganciato" dalla titolarità di un'area e di circolare indipendentemente da questa, potendo essere utilizzato anche tra Comparti o aree discontinue e distanti tra loro (c.d. "dematerializzazione" dello *jus aedificandi*).**

In questo senso va sottolineata la indubbia differenza con la preesistente fattispecie della <cessione di cubatura>, anche detta <asservimento di terreno a scopi edificatori>, che poteva realizzarsi solo tra fondi finitimi o contigui, o comunque previamente individuati ed aventi la medesima destinazione urbanistica. Con la cessione, come noto, il proprietario di un'area edificabile cede tutta o una quota della cubatura potenziale realizzabile sul proprio terreno a favore di un altro proprietario di un'area limitrofa – anch'essa edificabile – consentendo a quest'ultimo di realizzare (con la richiesta di apposito titolo abilitativo) una cubatura maggiore rispetto a quella cui avrebbe avuto diritto.

Questo negozio, dunque, si caratterizzava per la sua portata limitata, essendo volto alla realizzazione di un determinato intervento in un determinato sito e per la scarsa o marginale incisività sull'assetto urbanistico complessivo.

Ben diversa è la caratteristica dei nuovi Diritti Edificatori i quali, parrebbero prescindere dalla contiguità delle aree cui afferiscono e non prevedere la necessità di compresenza tra un'area cedente e un'area cessionaria previamente individuate.

Tra la genesi e l'estinzione del diritto edificatorio vengono solitamente individuate tre fasi, comunemente dette del decollo, del volo e dell'atterraggio (assimilabili ad una sorta di nascita, vita e morte del diritto). Nella prima fase (decollo) il Diritto Edificatorio si origina e prende vita, "sganciandosi" dal bene immobile, ovvero da un fondo di proprietà, precisamente localizzato e individuato; successivamente, durante il "volo", esso circola come un generico diritto ad edificare una certa cubatura anche in una zona differente da quella di origine ed infine, nella fase di "atterraggio", si riqualifica come vero e proprio diritto a realizzare una specifica cubatura nell'area di utilizzo, con una sorta di <ricongiungimento> o <abbinamento> con il Fondo ricevente.

E' evidente la portata innovativa e per certi aspetti "dirompente" di questo nuovo istituto che consente la circolazione di un diritto di edificare *tout court*, scisso da un fondo, ma anche da una zona di riferimento previamente individuata.

### **3) DIRITTI EDIFICATORI: TIPOLOGIE**

In realtà – se approfondiamo la riflessione - nella prassi della gestione del territorio, possono essere individuate tre distinte tipologie di diritti edificatori:

a) diritti edificatori perequativi: nascono con il **Piano** e mirano a realizzare la perequazione delle aree con una modalità innovativa rispetto al passato: la perequazione (quantomeno quella c.d. "generale") infatti, non è più vincolata a specifici ambiti ma viene estesa all'intero tessuto urbano e le aree di decollo e di atterraggio del Diritto Edificatorio non sono specificamente e previamente individuate. Tra perequazione urbanistica tradizionalmente intesa e perequazione attuata mediante la circolazione dei Diritti edificatori la differenza è dunque significativa: se il "fulcro" della perequazione tradizionale è ravvisabile nel collegamento tra aree di decollo e aree di atterraggio all'interno di un comparto <urbanistico>, la seconda (perequazione attuata mediante la circolazione del DE) si limita a disciplinare il decollo e la possibile circolazione della volumetria edificabile, indipendentemente dall'esistenza di un comparto e di un'area di atterraggio previamente identificata. Sono evidenti le perplessità che una tale fattispecie può suscitare.

b) diritti edificatori c.d. compensativi: originano con la cessione di un'area da parte del proprietario (generalmente per la realizzazione di un'opera pubblica ed in alternativa all'espropriazione ed al riconoscimento dell'indennità di esproprio) e costituiscono una sorta di <*datio in solutum*> atipica; al proprietario che spontaneamente cede la propria area si attribuiscono aree edificabili o, per l'appunto, diritti edificatori, cioè volumetrie realizzabili successivamente e altrove, secondo un modello già prefigurato dalla stessa Corte Costituzionale, nella nota sentenza n. 179/1999;

c) diritti edificatori c.d. "premiali": nascono con la realizzazione dell'intervento urbanistico e costituiscono una sorta di scambio sinallagmatico tra Amministrazione e privati, a fronte di alcune prestazioni eseguite, quali ad esempio il raggiungimento di certi requisiti prestazionali sotto il profilo energetico, sismico o a fronte della eliminazione di opere incongrue.

Le tre tipologie di Diritti edificatori hanno dunque **genesi** differenti e pongono **problematiche** diverse: se i Diritti Edificatori del primo tipo (perequativi) risentono delle (e sono influenzati dalle) modifiche della Pianificazione – e non potrebbe essere diversamente - i Diritti Edificatori compensativi e premiali dovrebbero in teoria esserne del tutto immuni e indipendenti, costituendo una sorta di "sinallagma" o del bene ceduto (diritti compensativi) o della prestazione più onerosa assunta dal privato per scopi di interesse pubblico (diritti premiali).

Con riguardo ai Diritti Edificatori "compensativi" si pone poi il problema dell'ammissibilità di un Diritto il cui valore potrebbe (anche in ragione della circolazione) finire per eccedere quello venale del bene espropriato.

Quanto ai diritti "premiali", ci si può chiedere, invece, se il "premio", considerata la sua natura "reale" (e cioè intimamente connessa ad uno specifico intervento) possa circolare liberamente sotto forma di Diritto Edificatorio, e cioè se possa essere ceduto.

Ci si può domandare inoltre quale sia la sorte del Diritto Edificatorio nelle ipotesi in cui, per effetto di interventi successivi, venga meno lo standard prestazionale o di qualità che lo ha originato.

Ma è soprattutto **la circolazione** dei Diritti edificatori, che pone le questioni più interessanti.

**La prima** riguarda le possibili aree di "atterraggio" del Diritto Edificatorio, che nei casi di perequazione c.d. "estesa" sono riferite a tutto il territorio di un Comune e non limitate a specifici ambiti soggetti a pianificazione attuativa (come avviene nella cd. perequazione di comparto o "endoambito").

Nel caso di perequazione estesa - da alcuni autori definita criticamente *perequazione <sconfinata>* - il Piano non predetermina la puntuale destinazione dei Diritti Edificatori, limitandosi a riconoscere al proprietario cedente le aree destinate alla "Città pubblica", un diritto edificatorio "smaterializzato" e cedibile a titolo oneroso a terzi, da sfruttarsi su un'area diversa successivamente individuata (si veda la recente vicenda del PGT di Milano).

**La seconda** problematica è quella del valore del Diritto Edificatorio che non appare predefinito o predefinibile in origine ma, come è evidente, **muta** in considerazione e in ragione delle caratteristiche dell'area di "atterraggio" del medesimo.

Il valore del Diritto Edificatorio, infatti, dipende ed è strettamente correlato al pregio intrinseco dell'area su cui atterra.

Ciò può naturalmente originare significativi e preoccupanti interventi speculativi.

Si pensi infatti al caso di un Diritto Edificatorio originato da una localizzazione periferica e che dunque avrebbe un prezzo non elevato, che venga successivamente "speso" in una localizzazione centrale o comunque di maggior pregio: è evidente che chi acquista con questo scopo è disposto a pagare il DE "periferico" ben al di sopra del suo valore, confidando di poterlo poi utilizzare a proprio vantaggio in un'area centrale.

In questo modo, non solo si realizzerebbe un plusvalore ingiustificato, una sorta di rendita <differenziale> in grado di dare vita a un meccanismo speculativo a vantaggio di pochi, ma sono evidenti le possibili "pressioni" nei confronti dell'Amministrazione, affinché acconsenta ad "atterraggi" (magari <di fortuna>) di diritti in volo da troppo tempo.

Alcuni correttivi potrebbero ravvisarsi nel predeterminare i possibili ambiti di utilizzo dei Diritti Edificatori, escludendo la possibilità di acquisto degli stessi senza contestuale e precisa individuazione delle aree di atterraggio, oppure nel prevedere (e nel normare) in anticipo una sorta di "rapporto di cambio" fra Diritti Edificatori sorti in ambiti differenti.

#### **4) DIRITTI EDIFICATORI: QUALIFICAZIONE GIURIDICA E CIRCOLAZIONE**

Prima ancora di queste questioni, occorre però interrogarsi sulla natura giuridica dei Diritti Edificatori, definibili come visto quale misura della trasformazione urbanistica realizzabile da parte del titolare dello *jus aedificandi*.

Ci si può chiedere in primo luogo se si tratti di un veri e propri **Diritti**, e cioè del "*diritto di fare una costruzione*" (con il problema di come verificare se tale diritto non sia già stato consumato).

Per alcuni, infatti, si tratterebbe di un Diritto immobiliare *sui generis*, (anche se questa prospettazione si scontra inevitabilmente con la teoria del cd. numero chiuso dei diritti reali).

Per altri ancora si tratterebbe di una Servitù prediale e precisamente servitù di non edificare sul fondo di decollo e di edificare su quello di atterraggio, anche se in caso di mancata individuazione di quest'ultimo fondo la tesi pare difficilmente sostenibile (come giustificare infatti un diritto di servitù sganciato dal terreno di riferimento?).

Per altri (GAMBARO) si tratterebbe di un vero e proprio <**Bene**>, separabile dal bene suolo oggetto di diritto di proprietà, che circolerebbe come i beni immobili e dunque richiederebbe, per gli atti traslativi che lo riguardano, la forma scritta e la trascrizione (come, in effetti, previsto dal Decreto Sviluppo).

Nello specifico sarebbe un Bene ex art. 810, e cioè un *quantum* di volumetria edificabile espressa da un terreno e da esso separabile, una sorta di "utilità scindibile" e dunque un bene "immateriale" (come le quote latte o il Know how).

Altra dottrina (BARTOLINI) ancora qualifica i Diritti Edificatori come meri **Interessi legittimi pretensivi**, una sorta di aspettativa o *chance* edificatoria che necessita inevitabilmente - per conseguire il bene finale della vita (la realizzazione della costruzione) - dell'intermediazione della PA.

E' vero infatti che l'atterraggio o abbinamento col fondo di destinazione potrebbe non verificarsi per mancanza o scarsità di aree o anche solo per intervenute modifiche normative.

Potrebbe infine avvalorarsi una tesi intermedia che vede nel Diritto Edificatorio un istituto "polimorfo", caratterizzato da innegabili e imprescindibili profili pubblicistici (stante la sua derivazione e destinazione all'interno di una vicenda che vede protagonista l'Amministrazione) ma anche da profili privatistici, rilevabili specialmente nella fase intermedia della vita del Diritto Edificatorio (il cd. volo) quando esso circola mediante negozi tra privati.

A seconda della qualificazione giuridica che si riconosce ai Diritti edificatori si delinea il loro regime di circolazione.

Se infatti li si considera come diritti reali, ciò comporta la necessità di atti a forma scritta per la validità del negozio di trasferimento ai quali dovrà essere allegato il Certificato di Destinazione Urbanistica.

Se invece li si considera come beni immateriali o come interessi legittimi pretensivi non sarebbe necessaria la forma scritta per la validità dei trasferimenti ma solamente per la loro trascrizione.

La circolazione del Diritto Edificatorio ha fine (e il diritto si esaurisce) quando l'ultimo titolare chiede e ottiene il Permesso di costruire, "atterrando" la capacità edificatoria acquistata su un fondo di sua proprietà o sul quale abbia il diritto di superficie. L'atto abilitativo della PA produrrà quindi il "consolidamento" del Diritto Edificatorio nel diritto di proprietà (piena o superficaria).

Questo atto, che possiamo chiamare di ricongiungimento o abbinamento tra diritto e fondo di destinazione non è tuttavia richiamato in alcun modo dall'art. 2643 n. 2 bis e non ha, pertanto, una connotazione sufficientemente chiara.

L'abbinamento tra Diritto Edificatorio e fondo di destinazione potrebbe inoltre essere solo <parziale>, poiché il titolare potrebbe riservarsi di destinare/abbinare i residui diritti di cui è titolare solo in un momento successivo, sullo stesso o su diverso fondo oppure utilizzare nello stesso momento i diritti acquistati ma suddividendoli su fondi distinti.

Certo è che la mancanza di un'adeguata disciplina civilistica di supporto, rende molto delicata e problematica l'ipotesi di utilizzazione parziale dei Diritti Edificatori, specie nella forma di suddivisione tra differenti fondi di atterraggio, oltre a lasciare spazio a possibili frodi o abusi.

#### **5) I PROBLEMATICI RAPPORTI CON LA PIANIFICAZIONE.**

La materia dei Diritti Edificatori si pone evidentemente in parallelo e in parte si sovrappone alla Pianificazione urbanistica, dando origine a molti interrogativi.

Ci si chiede innanzitutto quale rapporto esista tra Diritti Edificatori e Pianificazione e cioè se quest'ultima tradizionalmente intesa mantenga la propria funzione o in alcuni casi sia destinata a cedere il passo a un <governo del territorio> attuato mediante la circolazione dei Diritti Edificatori.

Ci si può chiedere infatti se un Piano successivo possa – e con quali conseguenze - eliminare un Diritto Edificatorio precedentemente originato e acquistato e se, in quest'ottica, il Diritto Edificatorio abbia una "scadenza" legata alla Pianificazione.

Oppure se – come appare più probabile - siano i Diritti Edificatori che in qualche modo finiscono per influenzare la Pianificazione, poiché l'obbligo di trascrizione comporta indubbi effetti anche nei rapporti con la Pubblica Amministrazione; con la trascrizione si realizza infatti una sorta di <**crystallizzazione**> o **oggettivazione** del Diritto Edificatorio di cui appare difficile non tenere conto in sede di Pianificazione. Alcuni Autori hanno ravvisato in questo nuovo fenomeno una sorta di "micropianificazione" ad iniziativa privata, i cui rischi sono evidenti, poiché si tratterebbe di una Pianificazione di fatto, disorganica e fuori controllo (si pensi, ad esempio alle problematiche nei rapporti con la Valutazione Ambientale Strategica e le valutazioni di sostenibilità in genere).

E' indubitabile che l'utilizzo eccessivo o sfrenato di questi nuovi strumenti mina alla base i metodi tradizionali di pianificazione a favore di forme c.d. <Market oriented>: il Piano rinunciarebbe nei fatti alla propria vocazione originaria, e cioè al disegno della "Città futura", per concentrarsi unicamente sulle regole relative alla Città pubblica (infrastrutture e dotazioni pubbliche: MICELLI).

Il Piano, in quest'ottica, cesserebbe di pianificare in senso tradizionale, limitandosi a consentire una gamma di "Città possibili" e permettendo ai valori del mercato fondiario (funzioni dell'accessibilità e della qualità delle dotazioni territoriali oltre che dei costi di transazione) di determinare la distribuzione dei diritti sui suoli e dunque l'effettiva forma e densità delle trasformazioni urbane.

La Pianificazione, in questo nuovo assetto, si vedrebbe costretta a dialogare con i nuovi interlocutori del mercato immobiliare, peraltro sempre meno individuabili nei tradizionali Proprietari fondiari, ma piuttosto riconoscibili nelle grandi Società del settore immobiliare e nei Fondi Immobiliari.

#### **6) POSSIBILI CORRETTIVI: IL REGISTRO DEI DIRITTI EDIFICATORI.**

Secondo la pregressa esperienza americana, da più parti si invoca la necessità di una qualche forma di regolamentazione per il "mercato" dei Diritti Edificatori.

Alcuni Comuni (soprattutto in Lombardia) hanno optato per l'istituzione di un "Registro dei Diritti edificatori": un apposito Ufficio annota nel Registro gli estremi della cessione e per ogni annotazione rilascia all'avente titolo, in un unico esemplare, un Certificato da allegare quando si intende utilizzare il Diritto Edificatorio.

Se quest'ultimo viene trasferito l'Ufficio deve verificare l'esistenza del diritto di proprietà e del Certificato del venditore e poi annotare sul Registro il passaggio di proprietà, in seguito il Certificato del venditore viene ritirato e ne viene rilasciato uno nuovo all'acquirente.

Il Registro è pubblico e consultabile anche on- line.

#### **7) DIRITTI EDIFICATORI E GIURISDIZIONE.**

Dopo questa lunga introduzione, un aspetto problematico di non secondario rilievo, è quello che riguarda il riparto di giurisdizione: a quale Giudice rivolgersi quando una controversia abbia ad oggetto i Diritti Edificatori (DE)?

Va da sé che al fine di rispondere a questa domanda si debba inevitabilmente tornare alla qualificazione giuridica che si attribuisce a questa categoria anche se, come visto, la natura giuridica del Diritto Edificatorio è assai controversa.

Una possibile ipotesi ricostruttiva potrebbe ravvisarsi ponendo alla base delle questioni di giurisdizione le varie <fasi> che caratterizzano la vita del Diritto Edificatorio ed accettando la teoria intermedia che vede nel Diritto Edificatorio una figura "polimorfa".

Se è vero, infatti, che nella fase intermedia (il volo) il Diritto Edificatorio assume una connotazione più marcatamente "civilistica", atteggiandosi come un <bene> spendibile, che forma oggetto di scambio attraverso negoziazioni tra privati, è vero altresì che nelle fasi della costituzione e ancor più dell'atterraggio il diritto edificatorio assume una valenza pubblicistica assimilabile a quella di un <interesse legittimo> pretensivo che necessita dell'intervento dell'Amministrazione per poter essere speso, ovvero abbinato al terreno di destinazione.

In quest'ottica non parrebbe da scartarsi l'ipotesi di una doppia possibile giurisdizione per le controversie in materia di diritti edificatori: il Giudice civile avrebbe giurisdizione per le questioni insorte nella fase del "volo" del diritto (si pensi alle possibili controversie tra i contraenti di un negozio che ha ad oggetto l'acquisto di diritti Edificatori) mentre le cause originate in fase di decollo e di atterraggio – coinvolgendo posizioni di interesse legittimo – resterebbero di competenza del Giudice Amministrativo.

Questo naturalmente in linea generale poiché si tratterebbe comunque di verificare in concreto e caso per caso quale sia nello specifico la posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

Un'altra strada, più radicale, potrebbe essere quella di ipotizzare, la Giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo anche nella fase del volo, ove si dimostrasse che in ogni caso, anche in questa fase nella quale il Diritto Edificatorio si qualifica *latu sensu* come diritto soggettivo o come bene oggetto di scambio, esso porta con sé una connotazione originaria - un "marchio di fabbrica" - che deriva dal risultare indissolubilmente connesso all'esercizio di un potere amministrativo, oltre a configurare indubbiamente una fattispecie connessa alla disciplina ed all' "uso del territorio".

In quest'ottica si potrebbe sostenere che anche nella fase del volo il Diritto Edificatorio non è comunque un diritto "pieno", essendo comunque destinato ad "atterrare" e ad abbinarsi ad un'area di destinazione ove, per poter realizzare in concreto la capacità edificatoria, avrà l'imprescindibile necessità dell'intermediazione di un atto amministrativo che lo "abilita" (il titolo abilitativo) ad atterrare.

In altri termini, se il Diritto Edificatorio, anche quando circola, mantiene la sua natura di <chance edificatoria>, intesa come possibilità di trasformazione in termini volumetrici del territorio, esso parrebbe condizionato per tutta la durata della sua vita dal rilascio di un titolo edilizio da parte dell'Amministrazione e dunque dall'esercizio del potere.

Si pensi soprattutto ai Diritti Edificatori perequativi, inestricabilmente legati alle previsioni di piano e dunque perennemente soggetti all'eventuale riesercizio del potere pianificatorio rispetto al quale certamente lo strumento della trascrizione non significa certo immunità (pena la probabile incostituzionalità della norma).

In questo senso sarebbe forse possibile prevedere una **giurisdizione amministrativa "esclusiva"** anche durante il volo del Diritto Edificatorio, potendo intravedere anche in questa fase, sia pure *in nuce*, la necessità di un successivo esercizio del potere amministrativo.

\*

## **8) L' EDILIZIA TRA COMUNICAZIONE DI INIZIO LAVORI (CIL) E CERTIFICATO DI DESTINAZIONE URBANISTICA (CDU)**

Di seguito qualche breve considerazione sulla **CIL** (perché della dia/scia se ne è già occupata, in modo assai più autorevole, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel luglio del 2011).

Si tratta delle ipotesi disciplinate dall'art. 6 del DPR 380/2001, come modificato dall'art. 5 della L. n. 73/2010 (di conversione del D.L. 40/2010).

Con questo intervento legislativo sono state significativamente estese le ipotesi di cd. "Attività edilizia libera", secondo due diversi regimi: una serie di interventi sono pienamente liberalizzati, mentre altri sono soggetti ad una Comunicazione di Inizio Lavori (CIL) a cui (nell'ipotesi di MS) si affianca una serie di elaborati predisposti da un tecnico abilitato che, secondo la Legge, non deve essere legato da rapporti "di dipendenza" con l'impresa che esegue i lavori e con lo stesso Committente.

A questo tecnico spetta asseverare che i lavori sono conformi agli strumenti urbanistici approvati ed ai regolamenti edilizi vigenti, asseverazione che, nelle altre ipotesi (opere temporanee, pavimentazione e finitura di spazi esterni, etc...) spetta direttamente al privato cittadino.

Molto interessante è il rilevare che il Legislatore, nel momento in cui "abbandona" (almeno apparentemente) alcuni territori, assegna al Tecnico un ruolo di "garante", chiedendogli espressamente di essere "indipendente" rispetto al committente ed all'impresa che seguirà i lavori.

Le critiche a questo nuovo sistema sono state molte e da più parti.

La stessa Circolare della Regione Emilia Romagna che detta indicazioni applicative al riguardo (circolare del 02 agosto 2010), rileva che **la moltiplicazione** dei regimi giuridici non favorisce certo *"né la celerità dei procedimenti edilizi né la certezza delle situazioni soggettive degli operatori, rischiando anzi di compromettere la possibilità di una effettiva vigilanza e controllo delle trasformazioni edilizie da parte delle Amministrazioni locali"*.

Come è stato sottolineato in dottrina, si tratta di una **De-Amministrazione** (così BARTOLINI e OCCHIENA) che però non è "liberalizzazione", per tale intendendosi una situazione giuridica soggettiva che viene "resa immune dal potere" e consegnata integralmente alla sfera dell' autonomia privata, ma una attività semplicemente **permessa <ex lege> (e non "libera")**.

In effetti, secondo questa Dottrina, *"la facoltà di esercitare liberamente l' attività edilizia può essere **intercettata da un potere amministrativo esistente** (potere di controllo sullo jus edificandi) il quale, seppure illegittimo, si fonda su di una norma attribuiva del potere. Ne consegue, sotto il profilo delle situazioni soggettive che la facoltà di esercitare l' attività edilizia libera **non è un diritto soggettivo pieno**, ma una situazione (pure) qualificabile in termini di interesse legittimo"*.

Al di là della ricostruzione in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo della situazione giuridico soggettiva connessa alla cd. "edilizia libera", ovvero - rifacendosi alla nota nozione di BOSCOLO sui "**diritti soggettivi a regime amministrativo**" (per tali intendendosi una posizione soggettiva di vantaggio riconosciuta dall' Ordinamento al privato che lo abilita a realizzare direttamente il proprio interesse nell' ambito di una relazione con la P.A., la quale (Amministrazione) esercita sul diritto stesso una funzione di controllo) - non vi è dubbio che il punto critico di ogni ricostruzione sia l' identificazione del **Giudice** di questi "diritti soggettivi a regime amministrativo", dato che l' Ordinamento identifica solo un Giudice degli "abusi".

In altri termini, manca (o è difficile identificare quale sia) il Giudice della dialettica "fisiologica" (e non "patologica") tra privato e Amministrazione e cioè il Giudice che presidi, anche nell' interesse della Collettività, tale importante settore.

In effetti, per come è costruita la norma, **l' intervento del Giudice (amministrativo) è previsto solo nella fase "patologica", e cioè quando l' Amministrazione è intervenuta ravvisando un abuso e, di norma, si tratta di un abuso grave**, dato che l' inesistenza delle condizioni per utilizzare la Comunicazione di Inizio Lavori, configura l' esecuzione di opere in assenza del titolo abilitativo più importante, il Permesso di costruire, secondo il costante insegnamento della Suprema Corte di Cassazione Penale.

La Cassazione, infatti, afferma che *"la particolare disciplina dell' attività edilizia libera, contemplata dal D.P.R. 380 del 2001, art. 6 come modificato dalla l. n. 73 del 2010, art. 5, comma 2, non è applicabile agli interventi che, pur rientrando nelle categorie menzionate da tale disposizione, siano in contrasto con le prescrizioni degli strumenti urbanistici"*.

Essa prosegue affermando che *"dovranno pertanto essere **esclusi dall' applicazione di tale particolare regime di favore tutti gli interventi eseguiti in contrasto con le disposizioni precettive degli strumenti urbanistici comunali** ed in violazione della normativa di settore che abbia comunque rilevanza nell' ambito dell' edilizia"*. (Corte di Cassazione, sez. III Penale, sentenza 17 maggio 2011, n. 19316).

A rigore, pertanto, a fronte di una CIL non conforme agli strumenti urbanistici, il privato dovrebbe essere denunciato per un doppio reato: per falso e per aver commesso un abuso edilizio. Si tratta cioè di una di quelle **Liberalizzazioni "trappola"**, dato che l' utilizzo dello strumento è "a rischio e pericolo" di chi se ne avvale.

Né, per l' edilizia libera esiste quell' importante strumento rappresentato dalla "Valutazione preventiva", che consente di valutare preventivamente la legittimità di un determinato intervento e la sua conformità alla Legge ed agli strumenti urbanistici .

Si può ipotizzare un intervento dell' AGO a tutela del terzo con gli usuali strumenti della denuncia di nuova opera e/o di danno temuto, ma è abbastanza evidente l' insufficienza di tal intervento, da parte di un Giudice non "tecnico", che non conosce le problematiche edilizie e che si muove solo per la tutela di posizioni singole ed in un' ottica esclusivamente "privatistica".

Potrebbe forse ritenersi ammissibile un' **azione di adempimento** davanti al Giudice amministrativo con riferimento al obbligo di adottare un ordine di sospensione dei lavori (nel caso i lavori siano incorso) o di repressione dell' abuso (nel caso i lavori siano terminati) in tutte le ipotesi in cui la CIL sia carente dei requisiti e dei presupposti previsti dalla norma.

Se però la soluzione è solo interpretativa e altamente "discutibile" non vi è dubbio che in sostanza, vi è un <vulnus> all' effettività della tutela e il "Processo edilizio" (a cui, in altre norme il Legislatore pare, viceversa, giustamente interessato: si veda la normativa in materia di impianti, di consumi energetici, di requisiti acustici, etc..) viene totalmente "abbandonato a sé stesso", con un Giudice chiamato ad intervenire solo "a danno già avvenuto".

\*

Un ultima riflessione riguarda il **Certificato di Destinazione Urbanistica (CDU)** e le tematiche relative al danno da informazioni inesatte, su cui la giurisprudenza amministrativa ha – forse troppo velocemente – abdicato a favore della giurisdizione dell' AGO (in ossequio alle note ordinanze della Cassazione del 2010 e del 2011), senza considerare che l' art. 133 non fa riferimento solo ai provvedimenti, ma anche agli **atti** e che tale certificato non è un certificato in senso proprio, ma - come ha correttamente evidenziato un interessante Studio del Notariato del 2012 - "**rientra tra le attestazioni che richiedono una *previa attività di***

**accertamento**, compiuta volta per volta e prima della loro emanazione, da Pubbliche Autorità nell'esercizio delle loro competenze".

Non c'è dubbio che esso sia una "dichiarazione di scienza", particolarmente qualificata mentre la Cassazione pare trattarlo (svalutandolo) come una mera operazione materiale, meramente ricognitiva, che non comporterebbe alcuna elaborazione, né mentale, né tecnica.

Si tratta di una interpretazione riduttiva, che non coglie la indubbia delicatezza insita nel "certificare" uno "status" del territorio, da cui conseguono rilevanti effetti.

Non mi pare dubbio che questa attività di accertamento abbia un collegamento almeno "mediato" con l'esercizio del potere e se non c'è dubbio che esso abbia effetti dichiarativi e non costitutivi, non mi pare che il riscontro del carattere non provvedimentale sia sufficiente ed idoneo ad escludere la possibilità di un'azione di accertamento (come azione sussidiaria e residuale), davanti al GA almeno nei casi in cui ciò sia indispensabile a fronte dell'obiettiva incertezza con riferimento alla concreta disciplina del territorio (si pensi, ad esempio all'esistenza o meno di un vincolo di inedificabilità).

-----  
\* *Avvocato in Bologna, Docente a contratto di Diritto Amministrativo presso l'Università di Venezia.*

\* *Relazione svolta al Convegno Nazionale organizzato dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, sul tema "Le questioni di giurisdizione ed il Giudice amministrativo", Bologna, 16 novembre 2012*