

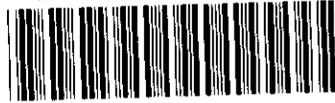
**STUDIO LEGALE
BOSCOLO**

Piazzale Volta, n. 2 - 21021
ANGERA - Varese -
tel. 0331 960310
fax 0331 932970
email teleboscolo@libero.it

AVV. PROF. EMANUELE BOSCOLO
*Professore di Diritto amministrativo
nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università dell'Insubria
Como - Varese*

AVV. MARTA DONADELLO
AVV. LUISA CARABELLI
AVV. SARA CAZZULLI

COMUNE DI SEREGNO
0028455/13 - 29/05/2013



ARRIVO - 006-001

Angera, 28 maggio 2013

Spett.le
COMUNE DI SEREGNO
Via Umberto I°
Seregno (MB)
anticipato via fax allo 0362 263245

**PIANO DI GOVERNO DEL TERRITORIO
CONTENUTI - DISPOSITIVI DI APPROVAZIONE**

Formulo la presente facendo seguito alla richiesta dell'Amministrazione comunale al fine di esprimere le mie valutazioni circa la legittimità del progetto di PIANO DI GOVERNO DEL TERRITORIO già depositato in vista dell'acquisizione del parere della parti sociali ed ormai prossimo all'adozione (art. 13, l.r. 11 marzo 2005, n. 12) e circa la piena rispondenza di tale documento alle direttive fornite dall'Amministrazione precedente.

Ritengo di poter esprimere un giudizio pienamente confermativo circa la legittimità degli atti sottopostimi.

| STUDIO LEGALE BOSCOLO |

Il DOCUMENTO DI PIANO depositato mi pare conformarsi pienamente al modello definito dalla citata l.r. 12/2005. Tale atto contiene una dettagliata rappresentazione dei caratteri strutturali, dell'identità del territorio comunale e delle vocazioni che questo esprime. Il documento di piano esprime le grandezze insediative complessive, verificate sul piano della sostenibilità nel parallelo procedimento di valutazione ambientale strategica (VAS), ed identifica le aree destinate alla trasformazione (dopo avere preventivamente scrutinato le possibilità di riuso del 'già-costruito'). Il tutto in una prospettiva condivisibilmente contenitiva.

Mi pare importante rimarcare che il documento di piano nel caso del Comune di Seregno non preluda ad una zonizzazione di stampo tradizionale. Si ricorda che secondo la legge urbanistica del 1942, sulla scia dei postulati dell'urbanistica razionalista, il territorio comunale veniva suddiviso in zone omogenee (*zoning*), con indicazione tassativa per ciascuno di tali ambiti delle funzioni insediabili (specializzazione del territorio). Questo modello aveva assunto anche la valenza di uno straordinario strumento omologante, finalizzato a relegare sullo sfondo le differenze tra realtà comunali profondamente eterogenee. La legge urbanistica lombarda ha abbandonato questo schema unificante ed ha

| STUDIO LEGALE BOSCOLO |

imposto a ciascun comune di dotarsi di uno strumento urbanistico sganciato da un paradigma predeterminato. Lo sforzo di contestualizzazione di quest'ultima impostazione ha portato a privilegiare una segmentazione del territorio per 'tessuti' (e non per 'zone omogenee'), premessa di una regolamentazione degli usi del territorio più aderente alla complessità delle situazioni territoriali riscontrate nella fase di analisi.

Va inoltre sottolineata la rilevanza del tema-paesaggio nella strutturazione del piano di Seregno. Il piano si colloca in una prospettiva di superamento della tradizionale impostazione condizionata dallo schema propugnato dalla legge 1497/1939, secondo cui erano definibili come paesaggio solamente alcune parti speciali del territorio, connotate da una esorbitante espressività di valori estetico-formali. Sulla scia della Convenzione Europea del Paesaggio (e della 'nuova' nozione di paesaggio espressa dall'art. 131 del D. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), il piano seregneso cerca di affrontare il tema della qualità dei manufatti edilizi estendendolo opportunamente all'intero territorio, in ciò conformandosi anche alle indicazioni espresse dal PTR. In tal senso pare assumere un rilievo particolare l'introduzione della procedura di 'progetto urbano', funzionale alla strutturazione di una dialettica pre-progettuale, essenziale per un corretto inserimento nella trama fisico-valoriale

| STUDIO LEGALE BOSCOLO |

del tessuto urbano (che in Seregno assume il rango di elemento meritevole della massima attenzione e tutela) dei manufatti di maggior impatto.

Il PIANO DEI SERVIZI è stato redatto ad esito di una scomposizione del corpo sociale in varie coorti di 'utilizzatori urbani'. Le scienze sociologiche da tempo hanno messo in luce che la città è stabilmente occupata non soltanto dai soggetti che vi risiedono in senso anagrafico, i *residenti* (in numero che decresce costantemente), ma anche da altre due tipologie di soggetti (quelli che stipulativamente si possono definire *utilizzatori urbani*, nel senso che essi frequentano la città per fare uso delle opportunità che questa offre); più precisamente, un primo gruppo è rappresentato dai *pendolari turnari* (persone che lavorano o studiano in un luogo ed abitano altrove: la legge lombarda parla espressamente di "*occupati nel comune*" e di "*studenti*"), un secondo da quelli che vengono ormai generalmente definiti '*city-users*', ossia soggetti (uomini d'affari, turisti) che si recano in città in ragione della attrattività delle diverse funzioni qui insediate, secondo motivazioni molto più variabili e quindi meno prevedibili rispetto al pendolarismo classico, legato invece alla stabilità del posto di lavoro (o di studio).

Il piano dei servizi seregnesi è il risultato di un tentativo, compiuto nella fase preparatoria, di identificare con la possibile precisione attraverso

[STUDIO LEGALE BOSCOLO]

tecniche socio-statistiche i differenti bisogni tipicamente espressi da ognuna di queste popolazioni. La rottura rispetto al passato anche in questo caso è molto netta: ciò soprattutto per due ordini di ragioni.

Secondo la legge del 1942 ed il D.M. 1444/68 (che ne costituisce tardiva ipostatizzazione) le aree destinate ad usi collettivi si identificavano secondo un rigido rapporto abitanti-metri quadrati (cd. urbanistica parametrica); al contrario, mediante il piano dei servizi, queste aree si identificano in corrispondenza ai bisogni effettivi e diversificati espressi dalle diverse popolazioni urbane.

Il piano dei servizi mette in discussione l'idea del vincolo preespropriativo (uno degli istituti più controversi e problematici del diritto urbanistico italiano, autentica figura archetipale della pianificazione tradizionale) e cerca di promuovere le condizioni per un impegno diretto dei privati nella realizzazione delle opere di urbanizzazione ed introduce meccanismi perequativo-compensativo-incentivali, che nel caso di PGT di Seregno trovano una declinazione non stereotipa, bensì direttamente funzionale per perseguimento degli obiettivi concretamente espressi dal pianificatore. Nel PGT di Seregno si delineano quindi una perequazione endocomparto (coerente con quanto indicato dall'art. 11 della l.r. 12/2005 cit.) ed una forma di incentivazione

| STUDIO LEGALE BOSCOLO |

compensativa dell'assunzione di oneri infrastrutturativo-qualitativi ed ambientali da parte dei proprietari che promuovono trasformazioni. Questa opzione è il risultato di una serie di simulazioni che hanno fatto emergere come nel concreto assetto del territorio oggetto di pianificazione forme di perequazione diffusa con circolazione di titoli volumetrici avrebbero determinato risultati sub-ottimali, generando eccessivi *compliance costs*, ed avrebbero messo a rischio l'attuazione del piano (fenomeno che si definisce fallimento degli *anticommons*). E' inoltre il caso di ricordare che, secondo l'art. 9 della l.r. 12/2005 e la disciplina normativa del piano dei servizi seregnese, sono sottoposte alla disciplina decadenziale per infruttuoso decorso di un quinquennio in carenza di iniziative espropriative (cd. periodo di franchigia: C. Cost. 55/1968 - C. Cost. 179/1999) da parte dell'ente locale unicamente le previsioni vincolistiche che non consentano alla parte privata coinvolta di dare esecuzione diretta all'intervento infrastrutturativo a cui è preordinata la previsione vincolistica. Anche al fine di evitare il rischio che una previsione di tale matrice si risolva in una sostanziale elusione della regola di garanzia sulla decadenza dei vincoli (TAR Lombardia, sez. Brescia, sez. I, 8 luglio 2009, n. 1460), come accadrebbe in presenza di previsioni preordinate alla formazione di interventi privi di alcuna concreta profittabilità per i privati (ad es.: verde

| STUDIO LEGALE BOSCOLO |

pubblico), sembra opportuno che l'apparato normativo del piano dei servizi venga completato con una elencazione delle classi di interventi infrastrutturali (standards) a gestione astrattamente profittevole, legittimamente sottratti al regime decadenziale.

Non meno rilevante la funzione di regolazione del commercio che, raccogliendo le sollecitazioni della l. 214/2011 e della l.r. 7/2012, ha portato all'espressione di una serie di regole tese ad identificare gli ambiti di svolgimento dell'attività commerciale cercando innanzitutto di delineare azioni e dispositivi procedurali volti a garantire le condizioni di mantenimento della rete commerciale storicamente insediata nel nucleo centrale dell'abitato, la cui essenzialità per la coesione sociale e per il rafforzamento dell'identità territoriale sono state analiticamente tematizzate. Il piano dei servizi verrà a breve integrato - secondo quanto già prospettato all'Arch. Giorgio De Wolf - con uno schema di riscontro della coerenza con le previsioni della l. 14 gennaio 2013, n. 10.

Completa il PGT il PIANO DELLE REGOLE, entro cui si affrontano le fondamentali tematiche della qualità urbana e della salvaguardia degli areali agro-naturali. Il piano delle regole ha la decisiva funzione di dettare le norme applicabili nei 'territori consolidati' (aree già trasformate ed aree agricole): qui le norme giuridiche prendono il

| STUDIO LEGALE BOSCOLO |

posto della pianificazione quantitativa ed ubicazionale. Analitiche prescrizioni vengono riferite ai diversi 'tessuti' urbani (i territori che hanno già subito trasformazioni edificatorie, non più classificati per zone solo suppostamente omogenee, ma secondo le regolarità effettive, legate ai diversi modelli di formazione della città, alle diverse datazioni dei sistemi urbani od ai diversi tipi di 'oggetti' edilizi). Il territorio extraurbano non viene più ricompreso in un contenitore residuale come la zona E (zona agricola), ma viene distinto in areali agricoli ed areali a valenza paesaggistico-ambientale. Questa classificazione, correlata alle vocazionalità effettive dei suoli, prelude all'espressione di regole di salvaguardia che non si confondono più con quelle volte ad incentivare la produzione agricola o forestale, concorrendo direttamente alla preservazione del paesaggio anche negli ambiti non gravati da specifici vincoli. A quest'ultimo proposito, si suggerisce di dare ancor più forza a tale schema e, più in generale, all'impostazione contenitiva che informa il piano (anche in coerenza con il PTCP provinciale) mediante il richiamo alla nozione di suolo come 'bene comune' di recente introdotta dalla l.r. 27/2011 ed alla quale si richiama la recente legge 14 gennaio 2013, n. 10: in tale senso rimando alla scheda allegata.

Da ultimo, va posto l'accento sul rispetto delle previsioni di ordine procedimentale espresse

| STUDIO LEGALE BOSCOLO |

dall'art. 13 della l.r. 12/2005 cit.: in particolare, va posto l'accento sullo stretto coordinamento con la procedura di VAS, sfociato nel recepimento di una pluralità di indicazione espresse dalla cd. autorità competente (identificata nel pieno rispetto delle indicazioni regionali e giurisprudenziali: Cons. Stato, sez. IV, 12.1.2011, n. 133), e sulla proficuità della pubblicazione in vista dell'acquisizione dei pareri delle parti sociali, che ha del pari consentito di apportare ulteriori correttivi al progetto di PGT. Nel complesso, il dispiegamento dei dispositivi partecipativi ed un atteggiamento pro-attivo dell'amministrazione teso a favorire la partecipazione diffusa (anche mediante presentazioni pubbliche, etc.) ha favorito una più compiuta manifestazione dei diversi interessi pubblici e privati rispetto ai quali il piano è chiamato a formulare una sintesi.

Sempre sul versante procedurale, sottolineo la correttezza della soluzione di pubblicazione della proposta dell'atto deliberativo di adozione e dei correlativi allegati anche al fine del soddisfacimento della formalità pubblicitaria ora prevista dall'art. 39 del D. lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

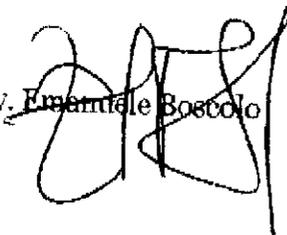
* * *

In conclusione, tornando a sottolineare che il piano potrà essere ulteriormente migliorato nei passaggi procedurali che ancora separano dalla definitiva approvazione, resto a completa

| STUDIO LEGALE BOSCOLO |

disposizione dell'Amministrazione comunale ed
invio i più distinti saluti.

Con osservanza.

Prof. Avv.  Emanuele Boscolo

10

Si allegano tre schede, dedotte da recenti lavori
scientifici dello scrivente, che si auspica possano
risultare utili nelle fasi successive:

- a. Scheda sul suolo bene comune
- b. Scheda sulla necessità di semplificazione della
perequazione
- c. Scheda sul dovere di astensione

SCHEDA N. 1

IL SUOLO QUALE MATRICE AMBIENTALE E BENE COMUNE:
IL DIRITTO DI FRONTE ALLA DIVERSIFICAZIONE DELLA FUNZIONE PIANIFICATORIA

EMANUELE BOSCOLO

SOMMARIO: 1. Il dibattito sul consumo di suolo; 2. La tendenza allo sprawl; meriti e limiti della pianificazione tradizionale; 3. Le funzioni ambientali del suolo; 4. Il territorio: valori d'uso e di esistenza; 5. Il suolo come bene privato e come bene comune; 6. I beni comuni ad appartenenza privata; 7. Verso una categorizzazione legislativa; 8. Corollari sull'assetto attuale della funzione pianificatoria.

1. Il segmento più rilevante del diritto urbanistico riservato alle figure della pianificazione è entrato in una fase di mutamento che postula, principalmente, un ripensamento della funzione pianificatoria, da assumere non più soltanto quale complesso di attività volte ad assicurare una razionalità allo sviluppo insediativo ed una disciplina degli usi concorrenti del territorio¹. Questo processo di revisione si è avviato in seguito ad una diversificazione delle finalità che si prefigge l'attività di pianificazione, a cui corrisponde una estensione dell'oggetto dei piani². Entro queste traiettorie si inscrive una sempre più accentuata tendenza degli strumenti urbanistici a farsi carico delle dimensioni ambientali del suolo, matrice della quale si stanno progressivamente mettendo a fuoco le funzioni ecologiche intrinseche. Il fattore che ha innescato il processo verso una tale revisione dell'agenda pubblica è rappresentato dalla centralità conquistata, anche nel dibattito generale, da una *issue* estranea al tradizionale dibattito urbanistico come il tema del consumo di suolo. La quantità di suolo trasformata ('impermeabilizzata' o 'sigillata', come si usa anche dire con immagini assai evocative³) ogni anno in alcuni quadranti (di pianura) del Paese è davvero impressionante: vi sono regioni come la Lombardia in cui la sottrazione di suolo agro-naturale prosegue ad un ritmo forsennato ed in alcuni ambiti del comparto padano (ma anche nel napoletano ed in altri contesti) le superfici verdi (tra le più fertili) sono ormai dimensionalmente ridotte, frammentate e relegate in condizione di interstitialità. Per quanto manchino dati precisi e - fatto assurdo - non si disponga ancora di una contabilità pubblica attendibile e costantemente aggiornata⁴, questa situazione denuncia tutta l'inadeguatezza degli strumenti di

¹ Trattando del tema della pluralità di funzioni dell'attività pianificatoria, è subito d'obbligo il richiamo all'influente contributo di P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1985, tappa fondamentale nell'evoluzione degli studi sulla pianificazione.

² Da ultimo, S. AMOROSINO, *Depianificazione urbanistica e frammentazione degli interessi e dei poteri*, in *Riv. giur. edil.*, 2012, II, 139.

³ P. PILERI, *Compensazione ecologica preventiva. Principi, strumenti e casi*, Roma, 2007.

⁴ Sul tema si vedano i documentati *Rapporti annuali* redatti dal Centro Ricerca sul Consumo di Suolo, a cui hanno dato vita INU e Legambiente, dai quali emergono dati davvero allarmanti; si vedano anche i contributi contenuti nel Volume *Terra! Conservare le superfici, tutelare la risorsa: il suolo, un bene comune*, a cura di D. Di Simone, S. Ronchi, Rimini, 2012. Sul piano metodologico, si veda: C. LELLI, C. FERRARI, G. PEZZI, *Diffusione urbana e consumo di territorio: misurare le relazioni con gli indici della Landscape Ecology*, in *Urbanistica*, 149, 107.

pianificazione tradizionali ad assicurare la preservazione di una risorsa essenziale e vulnerabile come il suolo non più considerato soltanto quale mero spazio topografico e superficie geotecnica.

Nella stagione del presente, apertasi grazie ad alcune leggi regionali di terza generazione ed alle sempre più pressanti sollecitazioni comunitarie, il dibattito attorno ai contenuti ambientali del piano sta progressivamente catalizzando l'attenzione, come testimoniato da elaborazioni di spessore scientifico e da una messe di iniziative di denuncia a cavallo tra tecnica e politica. Non mancano inoltre esperienze e sperimentazioni: anche per effetto della sottoposizione dei piani alla valutazione ambientale strategica, le decisioni pianificatorie cominciano ad essere assunte sulla scorta di una maggior consapevolezza dei correlativi costi ambientali e, più in generale, della sussistenza di un limite derivante dalla capacità di carico dei suoli e dalla non sacrificabilità-riducibilità dei sistemi ambientali, a partire dalle superfici verdi (spazi naturali, seminaturali e da rinaturalizzare). Al netto dell'inevitabile sovraccarico ideologico riscontrabile dietro slogan come "piani a crescita zero", non può essere trascurato il dato secondo cui l'esperienza pianificatoria attuale, pur tra molte contraddizioni, merita sempre più spesso di fronte a piani meno inclini ad un continuo spostamento in avanti dei margini dell'urbanizzabile: si affaccia quindi un nuovo modello pianificatorio imperniato prioritariamente sul riuso, la cui struttura lascia trasparire taluni denominatori comuni (dal rilievo sostantivo riconosciuto agli esiti delle attività di valutazione ed all'apparato conoscitivo, alla distinzione tra tessuti urbani ed areali agro-naturali, alla specifica attenzione al tema degli spazi periurbani, all'accento sul riuso dei manufatti dismessi, etc.: *infra*) in cui si intravedono le vere direttrici di innovazione nel panorama disciplinare del diritto urbanistico. Esperienze di tal fatta attestano una crescente consapevolezza del ruolo della pianificazione quale unico strumento disponibile per l'elaborazione di una strategia finalizzata alla preservazione del suolo: con una semplificazione, si può affermare che rispetto al consumo di suolo il piano rappresenta la causa ma anche l'unico possibile strumento concretamente utilizzabile - almeno nell'immediato - per fronteggiare una situazione di cui si percepisce ormai tutta la reale problematicità.

L'aprirsi di questo inedito scenario postula per il diritto amministrativo-urbanistico la necessità di interrogarsi approfonditamente sul proprio oggetto ed evidenzia l'ineffettività di un ripensamento dell'orizzonte assiologico da cui far discendere nuove coordinate orientative della funzione di pianificazione³. Siamo cioè alle soglie di un cambio di paradigma, atto a chiudere la lunga stagione dell'urbanistica retta da un principio di tendenziale soddisfacimento di ogni spinta alla trasformazione e già si intravedono i prodromi di un ripensamento della funzione di pianificazione quale strumento di tutela del suolo correttamente inteso quale bene ambientale non riducibile.

2. Il tema dei contenuti ambientali della pianificazione urbanistica non è certamente nuovo, ma oggi va impostato in termini diversi rispetto al passato. I piani regolatori generali approvati nei decenni scorsi appaiono del resto percorsi da una profonda contraddizione. Il PRG è divenuto nel tempo un fondamentale strumento di salvaguardia del paesaggio, specie di quello meno connotato in senso estetico-

³ P. STELLA RICHTER, *Profitti funzionali dell'urbanistica*, cit., *passim*.

formale⁶, e delle risorse ambientali (si pensi ai boschi ed agli spazi verdi)⁷, ma - pur a fronte di questi indubbi meriti - si sono fatti sempre più evidenti i gravi limiti sul fronte della capacità di governo dei fenomeni di urbanizzazione massiva. Emerge, in particolare, l'inattitudine dei piani regolatori ad arginare la tendenza alla disordinata conurbazione che si manifesta tanto attorno ai margini sfrangiati delle principali metropoli, quanto ormai anche attorno a centri di media grandezza. Questo fenomeno, definito in gergo tecnico *sprawl* (dal verbo inglese *to sprawl*: sdraiarsi), determina enormi perdite di suolo in conseguenza dell'affermazione di un modello insediativo a bassa densità, basato sulla mobilità privata. Il distendersi degli agglomerati urbani prosegue senza soluzioni di continuità e travalica i confini amministrativi comunali sfuggendo alle previsioni dei piani regolatori: l'emblema di questo fallimento è la 'città infinita'⁸ che si dipana attorno al coagulo metropolitano milanese e, di saldatura in saldatura, occupa ormai - senza alcuna razionalità dispositiva - un ampio segmento della pianura padana⁹.

Nei decenni scorsi i piani regolatori, fondati su un concetto di crescita che rifletteva tendenze generali della società italiana, hanno assecondato queste spinte, lasciando spazio ad un modello di sfruttamento inattivo del territorio. La tendenza alla crescita urbana (all'urbanesimo, come si diceva ai tempi del varo della legge urbanistica art. 1, II comma, l. 1150/1942) avviatasi nei primi decenni del secondo dopoguerra è proseguita ben oltre tale stagione, in netto disallineamento rispetto alle tendenze demografiche, e si alimenta ancora oggi a causa - per fare solo un esempio - dell'incapacità dei piani di sopprimere definitivamente i 'residui di piano' (ossia le ingombranti previsioni derivanti da un parametro empirico come la capacità insediativa teorica e rimaste inattuare nei cicli edilizi precedenti). Ai piani comunali fa inoltre difetto la capacità di orientare le scelte degli operatori economici in direzione della riqualificazione del patrimonio edilizio esistente e, ancor prima, di esprimere decisioni fortemente contenitive. Tra le cause profonde di questo ritardo è tuttavia doveroso annoverare anche norme che vanno nella direzione sbagliata: è sicuramente il caso di quelle atte a consentire ai comuni di finanziare la spesa corrente mediante i contributi costruttivi (costringendo nei fatti gli enti locali a farlo) e di quelle che tendono a ridurre la fiscalità comunale ad una frazione del prelievo sugli immobili, con la conseguenza che i comuni orientati ad arginare la crescita edilizia si trovano in posizione conflittuale e sono costretti a confrontarsi ruvidamente con un problema di tenuta dei rispettivi bilanci¹⁰.

Quanto sin qui detto ha una prima importante implicazione giuridica. Per un singolare paradosso, si prefigura un rovesciamento del tradizionale rapporto tra

⁶ Ma comunque assai significativo per la preservazione delle identità locali DE GIORGI CEZZI, *Il diritto all'identità minore. Beni culturali e tutela degli status*, in *Scritti in onore di L. Mazzaroli*, Padova, 2002, III, 12.

⁷ CIVITARESE MATTEUCCI, *Governo del territorio e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. P. Rossi, II ed., Torino, 2011, 223; P. L. PORTALURI, *L'ambiente e i piani urbanistici*, in *Diritto dell'ambiente*, cit., 241.

⁸ *La città infinita*, a cura di A. Bonomi - A. Abruzzese, Milano, 2004.

⁹ A dispetto del luogo comune secondo cui costruire in orizzontale costerebbe meno rispetto al varo di programmi di recupero del patrimonio edilizio esistente, i costi ambientali e sociali di un tale modello insediativo sono altissimi e non vengono internalizzati dai costruttori ma piuttosto scaricati sulla collettività sotto forma di domanda di interventi infrastrutturali e, soprattutto, sotto forma di perdita di qualità ambientale: R. CAMAGNI, *Principi di economia urbana e territoriale*. V ed., Roma, 2008.

¹⁰ F. CARRARO, *Consumo di suolo e federalismo fiscale ambientale*, in *Riv. it. sc. fin.*, 2011, 231. P. URBANI, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Milano, 2011, in part., 15.

l'urbanistica (ed il diritto urbanistico) e le cd. tutele parallele¹¹; è infatti la prima (con tutti i propri limiti, legati anche alla diversa sensibilità degli enti locali), ormai organicamente ricompresa nella materia più ampia del governo del territorio, a riconoscere lo statuto di bene ambientale del suolo ed a profilare i primi protodispositivi di tutela di una fondamentale risorsa che la normativa ambientale tarda per contro a prendere in adeguata considerazione (basti soltanto avere riguardo alla parossistica e tautologica nozione di suolo espressa dall'art. 54 del codice dell'ambiente). Il tema del consumo di suolo, per quanto ormai centrale nel dibattito urbanistico, appartiene comunque a pieno titolo alla materia ambientale: non stupisce quindi che si registrino sempre più pressanti indicazioni di derivazione europea (dalla Direttiva 2001/42/CE alla Direttiva 'alluvioni' 2007/60/CE, sino ad analitici documenti espressamente dedicati al tema del *soil sealing*¹²), anche se - a riprova dell'estrema delicatezza dell'intera questione - va sottolineato il fallimento di tutti i tentativi sin qui succedutisi di pervenire ad una direttiva organica su questa specifica materia. Una seconda implicazione attiene invece al sistema delle categorie giuridiche con cui occorre porsi di fronte al fenomeno di cui stiamo trattando. Sino ad oggi la nozione di suolo è rimasta assorbita ed indistintamente confusa nella nozione funzionale e morfologica di 'territorio' quale oggetto delle discipline dell'urbanistica e del paesaggio. La riflessione deve quindi prendere le mosse proprio dal profilo semantico-definitorio. Sin dalle matche lessicali, il ricorso al lemma 'suolo', in luogo di 'territorio', per definire con maggior pregnanza l'oggetto fisico (e non solo il terminale indiretto) della pianificazione fissa una impegnativa premessa rispetto al discorso che si andrà a sviluppare. Un discorso che porterà a cercare proprio sul fronte delle categorizzazioni concettuali il primo contributo specifico che il diritto amministrativo-urbanistico può fornire entro il più vasto fronte delle politiche per la tutela dei suoli.

3. Le innumerevoli definizioni di suolo - a partire dalla Carta europea del suolo del 1972¹³ - sono rimaste circoscritte nel ristretto perimetro del dibattito scientifico ed è sin qui mancata la sottoposizione di questa matrice ad un formale processo qualificatorio in guisa di bene ambientale (a differenza di quanto è accaduto ormai da decenni con riguardo all'acqua ed all'aria). Una osservazione minimamente attenta ai primi rudimenti delle scienze ecologiche consente tuttavia di cogliere senza incertezze lo statuto di comparto ambientale dello strato superficiale della crosta terrestre e di mettere a fuoco le funzioni ecologiche dei grandi spazi aperti (*greenfields*), riconoscendo in ciò i dati su cui deve poggiare l'azione definitoria. La decisività di questa riflessione deriva dalla circostanza che il suolo - diversamente da quanto si tende sovente a ritenere - costituisce in primo luogo una risorsa essenziale

¹¹ La stessa legge 183/1989 si è occupata unicamente della sicurezza del territorio in chiave di prevenzione del dissesto idrogeologico, lasciando in ombra le funzioni ambientali primarie del suolo ed il codice dell'ambiente si occupa soltanto - in termini quasi paradossali - dei suoli inquinati da bonificare.

¹² Da ultimo, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Guidelines on best practice to limit, mitigate or compensate soil sealing*, SWD (2012) 101 final.

¹³ "Il suolo è uno dei beni preziosi dell'umanità. Consente la vita dei vegetali, degli animali e dell'uomo sulla superficie della Terra. Il suolo è un substrato vivente e dinamico che permette l'esistenza della vita vegetale e animale. È essenziale alla vita dell'uomo quale mezzo produttore di nutrimento e di materie prime. È un elemento fondamentale della biosfera e contribuisce, assieme alla vegetazione e al clima, a regolare il ciclo idrologico e a influenzare la qualità delle acque. Il suolo costituisce, di per sé, un'entità ben definita. Dato che contiene le tracce dell'evoluzione terrestre e dei suoi esseri viventi e costituisce il supporto dei paesaggi, deve essere preso in considerazione anche per il suo interesse scientifico e culturale".

per la vita dell'uomo e delle altre specie e non soltanto il sostrato fisico delle dinamiche insediative. Secondo una traiettoria comune ad altri capitoli del diritto ambientale¹⁴, lo statuto di bene ambientale del suolo si è reso distintamente percepibile solo in conseguenza della messa a fuoco della scarsità della risorsa stessa e dei problemi connessi a tale condizione. Si è così compreso che il suolo costituisce una risorsa limitata, scarsa, non rinnovabile (a differenza dell'acqua e dell'aria) e non estensibile. Il suolo è inoltre una risorsa vulnerabile poiché la trasformazione edificatoria determina la irreversibile dispersione delle proprietà ambientali dello stesso: la trasformazione mediante interventi atti ad impermeabilizzarne la superficie, a cagione del carattere di non resilienza che ne connota la peculiare composizione fisico-chimica, consente il recupero delle caratteristiche e delle funzioni ambientali originarie solo in un tempo geologico. La riduzione delle superfici verdi per impermeabilizzazione (ma anche per desertificazione o salinizzazione) e, più in generale, per alterazione delle caratteristiche chimiche risultato di un processo naturale di lenta formazione, pone quindi una problematica legata non solamente al degrado paesaggistico, al dissesto idrogeologico ed alla riduzione degli spazi agricolo-produttivi.

Non si è ancora acquisita piena consapevolezza delle decisive funzioni e dei servizi ecologici (per usare il lessico affermatosi a livello scientifico e recepito dal codice dell'ambiente) garantiti dal suolo e dell'incidenza negativa che assume sul versante propriamente ambientale la perdita irreversibile di superfici verdi. L'attitudine del suolo a garantire servizi ecologici si lega direttamente all'assetto funzionale e geomorfico dello stesso (suolo-fisico o pedosfera) quale componente materiale abiotica dell'ambiente particolarmente fragile, profonda solo poche decine di centimetri, esito delle trasformazioni di sostanze minerali (roccia madre) ed organiche verificatesi in ere geologiche precedenti, aggregato di elementi dotati di peculiari caratteristiche fisico-chimiche decisive nella regolazione dei cicli biocchimici. Il suolo filtra le acque e ne regola il ciclo di rinnovo, detossifica e degrada sostanze inquinanti, regola il clima, cattura CO₂, consente la laminazione delle acque meteoriche, etc. Il suolo ospita inoltre una enorme biodiversità ipogea e consente, grazie ai nutrienti dispersi, lo sviluppo delle piante superiori e delle specie terrestri (in quest'ottica si può parlare di suolo-piattaforma ambientale: supporto fisico di habitat diversificati e tassello essenziale delle reti trofiche e nella decomposizione della materia organica). Da ultimo, va poi ricordato il ruolo che la superficie fertile assolve nella generazione di biomasse e nella produzione agro-alimentare: ciò solo per sottolineare che, già oggi, si registrano anche nel nostro paese seri problemi di scarsità dei suoli utilmente coltivabili (anche a causa del *climate change* che rende più selettivo l'accesso alle risorse irrigue) tali da mettere in primo piano la questione della sicurezza alimentare.

La coltre terrosa, in ragione delle sue inscindibili componenti organiche ed inorganiche e delle sue funzioni, costituisce dunque un capitale naturale atto ad assicurare servizi ecologici essenziali ed insostituibili per la vita umana. Servizi la cui offerta è incompatibile con la pressione determinata dalla diffusione insediativa, il cui primo effetto diretto è la copertura del suolo agro-naturale e la recessione dello stesso a mera piattaforma d'appoggio.

¹⁴ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino 2006, 129.

Di fronte alla messa a fuoco di queste dimensioni, in parallelo alla presa d'atto della finitezza dei suoli in condizione di naturalità¹⁵, al diritto urbanistico compete dunque l'identificazione di dispositivi tesi a garantire il soddisfacimento degli insopprimibili bisogni insediativi in un quadro di massimo contenimento delle trasformazioni suscettibili di determinare una definitiva riduzione dimensionale e qualitativa del suolo-risorsa naturale. La pre-condizione metodologica affinché nel diritto urbanistico possa avviarsi un ripensamento della funzione pianificatoria volto ad incorporare una *policy* di tutela del suolo è dunque rappresentata da un necessario riallineamento della teoria giuridica dei beni territoriali con le acquisizioni scientifiche maturate entro una elaborazione spiccatamente interdisciplinare.

4. La pianificazione si occupa di un oggetto, le risorse territoriali, da considerare alla stregua di beni multidimensionali, necessitanti di intervento giuridico-amministrativo a varie scale e, soprattutto, con obiettivi diversificati. Nel tempo più recente si è reso chiaro che il territorio, tradizionalmente preso in considerazione quale mero palinsesto spaziale e bene generatore di utilità insediative, è piuttosto - come accennato - la risultante di dimensioni riconducibili a schemi giuridico-categoriali diversificati: alcuni maggiormente attenti, in ossequio ad una tradizione risalente, al profilo dell'appartenenza, altri orientati alla valorizzazione di profili di ordine funzionale.

In questa prospettiva si inquadrano anche talune affermazioni della legislazione regionale che in un primo tempo si è creduto di poter relegare al rango di declamazioni meramente programmatiche, che trovano oggi un rilancio nell'atteggiamento dell'Unione europea e, soprattutto, nell'avvio (con un certo ritardo) anche nel nostro Paese di una riflessione sui beni comuni che, sulla scia di un pluridecennale dibattito internazionale, investe ormai anche il diritto amministrativo¹⁶.

Il tema coinvolge in termini diversi dal passato il rapporto tra pianificazione e proprietà e sollecita il riconoscimento di soluzioni innovative di inquadramento degli interessi rispetto ai fasci di utilità garantiti (ai singoli ed alla collettività) dal

¹⁵ La più parte della superficie emersa del globo è desertica (anche nel nostro paese ampi quadranti sono a rischio di desertificazione), rocciosa o coperta da ghiacci.

¹⁶ In via introduttiva, si può rinviare a G. NAPOLITANO - M. ABRESZIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, in part., 86 ed a P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in www.gustamm.it, la quale pone l'accento sulla funzionalizzazione di questi beni al soddisfacimento dei diritti fondamentali; si vedano inoltre i contributi contenuti nella raccolta *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M. R. Marella, Verona, 2012; più concentrato sulla dimensione necessariamente partecipativa della gestione dei beni comuni, segnando una traiettoria che vede nella pianificazione urbanistica un laboratorio di sperimentazione, A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere per il diritto pubblico*, Bari, 2013, 50 e segg. Per un ampio inquadramento di ordine filosofico-politico, A. CIERVO, *I beni comuni*, Roma, 2012. Per una lettura complessiva del tema è d'obbligo il rinvio alla riflessione di S. Rodotà (*ex multis*, fra i più recenti, ID., *Il diritto ad avere diritti*, Bari, 2012, in part., 105; ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, III ed., Bologna, 2013, 457 e segg.). Su questo versante converge anche, pur muovendo da altra direzione, la riflessione filosofica di L. FERRAJOLI, *Per una Carta dei beni fondamentali*, in *Diritti fondamentali, le nuove sfide*, a cura di T. Mazzarese - P. Parolari, Torino, 2010, in part., 88, il quale ha parlato di beni fondamentali per descrivere le cose attraverso cui si perseguono diritti fondamentali dell'individuo (si veda anche ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Bari, 2007, in part., 776-782), delle quali andrebbe fatta espressa menzione in una 'carta dei beni fondamentali', da affiancare alle carte costituzionali che storicamente si occupano solamente dei diritti fondamentali.

suolo. Il tentativo che qui si intende perseguire passa per la ricomposizione delle diverse finalità e traiettorie della funzione pianificatoria legate alle diverse tipologie di suoli attorno alla dicotomia di fondo valori d'uso - valori di esistenza.

Senza alcuna rimessa in discussione della vicenda di estensione del piano regolatore all'intero territorio comunale (art. 7, l. 1150/1042)¹⁷, sembra tuttavia oggi necessario tornare (come per tutt'altre ragioni accadeva nella prima legislazione postunitaria) a tracciare una distinzione tra due macro-categorie di situazioni territoriali, a cui corrispondono approcci pianificatori profondamente differenziati per obiettivi e tecniche: questo ci porterà a trattare separatamente dei suoli urbani e dei suoli agro-naturali, in una prospettiva focalizzata non tanto sull'elemento unificante rappresentato dalla funzione conformativa (che attiene alla modalità di produzione di effetti del piano sul diritto di proprietà), quanto piuttosto sulle finalità che l'azione pianificatoria assume e sulla configurabilità di etichette categoriali (i beni comuni) attente non già al profilo della 'cattura' di utilità bensì alla preservazione nel lungo periodo delle caratteristiche funzionali del bene. Ponendoci nel solco di un già ricordato contributo fondativo di P. Stella Richter¹⁸, occorre quindi indagare approfonditamente le ragioni che stanno determinando la perdita della tradizionale omogeneità giuridica del piano, in conseguenza - come detto - di un ulteriore allargamento del catalogo degli interessi perseguiti dalla funzione di pianificazione.

Gli itinerari della riflessione attorno alla figura proprietaria da tempo in corso nella dottrina civilistica¹⁹ e la serrata riflessione sui beni pubblici non hanno ancora avuto riflessi significativi sulla dogmatica del diritto urbanistico, entro cui non sembrano essere state sino ad oggi messe distintamente in rilievo tutte le implicazioni della tendenza generale in direzione di un progressivo scorrimento da una disciplina imperniata principalmente sui profili dell'appartenenza e sulle dimensioni soggettive della proprietà (pubblica e privata) verso soluzioni ricostruttive correlate alle destinazioni dei beni ed ai criteri di allocazione, su base individuale o comunitaria, delle utilità²⁰.

Apprendo la riflessione alle categorie di derivazione economica, dal nostro punto di vista è importante notare che al consolidamento della usuale concezione della funzione pianificatoria precipuamente focalizzata sull'esercizio del potere conformativo ha concorso anche l'idea che oggetto del diritto di proprietà (fondiaria) fossero nella quasi generalità dei casi beni escludibili ad uso rivale, posti in fruizione individuale: *beni privati* nel significato espresso dalla scienza economica, ma anche nel senso fatto proprio dal codice civile (art. 810 c.c.). Un riflesso diretto di questa concezione è l'idea che i suoli urbani, oggetto della proprietà fondiaria, restino comunque giuridicamente definibili, pur con le graduazioni espresse dalla

¹⁷ Sul significato aggiornato di tale disposizione: E. BOSCOLO, *Il piano regolatore generale*, in *Codice di edilizia e urbanistica*, a cura di S. Bartini, L. Casini, G. Vesperini, L. Casini, C. Vitale, Torino, 2013, 179.

¹⁸ Il richiamo è ancora a P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, cit.

¹⁹ Riassuntivamente, A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. Dir. Civ. Cica-Messineo*, Milano, 2012.

²⁰ La progressiva messa a fuoco della nozione di proprietà fondiaria è del resto il risultato sul piano storico-dogmatico di una coevoluzione tra il concetto borghese e individualistico di proprietà espressa dai codici ed il proto-diritto urbanistico. In una prima fase, dopo il 1865, i piani, che pure esprimevano una differenziazione tra piani regolatori e piani di ampliamento, avevano la funzione di promuovere vasti programmi espropriativi tesi a rispondere ad esigenze di ordine igienico-sanitario; dopo la legge urbanistica del 1942 e l'avvento della Costituzione e, soprattutto, dopo la legge-ponte del 1967, la funzione più evidente del piano è divenuta quella conformativa entro cui si esplica, appunto, la funzionalizzazione della proprietà in funzione sociale in ossequio a quanto indicato dall'art. 42, II comma, Cost.

pianificazione (mediante norme sulle destinazioni, gli indici, etc.), come beni produttivi di utilità, con la conseguenza che per la nostra cultura giuridica l'accento torna circolarmente a cadere sul momento conformativo, ossia sul dispositivo mediante il quale il fascio delle utilità garantite al proprietario viene concretamente definito in sede pubblicistica ed il diritto soggettivo proprietario viene modellato secondo la clausola della funzione sociale a cui deve tendere per dettato costituzionale²¹

Questo schema ritagliato sulla allocazione delle utilità riemerge, seppur in forme diverse, nel passaggio dalla scala micro-particellare alla scala urbana. Gli aggregati urbani sono costituiti, in un mix tra privato e pubblico, da fondi privati e da aree e manufatti posti in titolarità pubblica (demaniale, in senso lato), attraverso cui vengono garantite ai cittadini utilità fruttive a basso tasso di rivalità, senza vincoli di esclusione (una piazza, un parco), nonché da strutture entro cui vengono erogati servizi pubblici, ossia piattaforme erogative entro cui sono garantite prestazioni essenziali, l'accesso aperto alle quali è garantito mediante la previsione di criteri selettivi neutrali. La dimensione soggettiva della proprietà ed il ricorso alla formula vaga dell'interesse pubblico hanno tuttavia completamente occupato lo spazio definitorio ed anche rispetto a questo ordine di temi direttamente legati all'organizzazione della vita collettiva l'accento cade pressoché soltanto sulla giustapposizione tra diritto di proprietà e decisioni pubbliche conformative. Anche da ciò è derivata la caratteristica curvatura del dibattito urbanistico volta ad enfatizzarne la funzione limitativa della proprietà privata, l'emblema della quale può essere individuato nella annosa questione della distinzione tra vincoli conformativi e vincoli preespropriativi. Questo impianto concettuale ha lasciato in ombra la determinante profonda della pianificazione, ossia la circostanza che, sul piano funzionale, il piano è chiamato a regolare l'organizzazione degli spazi urbani perseguendo un equilibrio tra due diverse forme di assegnazione delle utilità derivabili dai beni territoriali: una volta ad assecondare il carattere della rivalità e ad assicurare protezione alla sola posizione del proprietario tramite il riconoscimento a tale soggetto dello *ius excludendi alios*, ed una che incide invece sul dato strutturale della escludibilità sino a neutralizzarne e superarne gli effetti limitativi, aprendo la fruizione di taluni spazi alla generalità dei soggetti (*open access*), onde fare della città - ieri come oggi - il luogo della coesione territoriale e sociale (a livello comunitario si parla pregnantemente di urbanità²², a sottolineare il nesso tra la struttura fisica e la costruzione sociale del contesto urbano)²³. L'obiettivo di fondo della funzione pianificatoria entro i tessuti urbani consiste dunque in una armonizzazione nello spazio dei frammenti di territorio nella prospettiva efficientistica di massimizzazione della possibilità di ritrazione di utilità da parte di uno specifico soggetto o di una collettività più ampia: è questo - ad una osservazione attenta al dibattito in atto sui beni - lo scopo a cui tende la caratteristica logica dispositiva di stampo razionalista fatta di suddivisioni, marginature, ricomposizioni in blocchi

²¹ S. RODORA, *Commento all'art. 42 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1982, 69.

²² Consiglio d'Europa, Camera dei poteri locali, *Carta urbana europea II. Manifesto per una nuova urbanità*.

²³ Il ricorso a questo schema consente di far emergere il primato della dimensione funzionale, con una prima conseguenza che attiene alla indifferibile necessità di un recupero della radice servente della demanialità, rimasta storicamente in ombra anche a causa dell'inadeguatezza (ormai manifesta) delle norme del codice civile riservate ai beni pubblici e della progressiva assimilazione della demanialità ad una proprietà dell'amministrazione.

(secondo uno schema di fondo riassumibile nello *zoning* e negli standard finalizzati alla formazione della dotazioni territoriali, organicamente ipostatizzato dal D.M. 1444/1968).

Andando oltre la superficie rappresentata dalla tecnica conformativa, può quindi trovare spazio una rilettura del fenomeno pianificatorio e delle connesse funzioni amministrative. Nel garantire una razionalità distributiva alle diverse funzioni, la pianificazione deve risolvere problemi che attengono - per limitarci solo a due esempi - alla diffusione di esternalità negative che inevitabilmente si manifestano nel contesto urbano²⁴ ed alla ricerca di una possibile effettività delle previsioni infrastrutturali preordinate alla strutturazione di un dispositivo di *welfare* urbano: trova quindi conferma il dato secondo cui la pianificazione dei tessuti urbani si fa precipuamente carico di definire le condizioni di esplicazione dei valori d'uso e di allocare, in direzione rispettivamente individuale o collettiva, sulla base della proprietà o di titoli di cittadinanza, il fascio di utilità a diverso tasso di escludibilità deducibili da ciascun lotto urbano.

Semplificando un po', si può dire che i valori d'uso restano quindi il riferimento della pianificazione nei tessuti urbani.

Accanto all'urbanistica quale tecnica allocativa dei valori d'uso si configura tuttavia anche un'urbanistica che funge da strumento di custodia dei valori di esistenza che si riconnettono a porzioni del territorio diverse dai tessuti urbani in cui i valori ambientali sono statutariamente dominanti.

Basti nuovamente ricordare come il fenomeno non sia affatto nuovo e come storicamente rispetto ai centri storici la pianificazione assolve ad una funzione di salvaguardia delle valenze culturali diffuse (materiali ed immateriali) che l'urbanistica, anche questa volta in termini antesignani rispetto alla disciplina dei beni culturali, ha saputo riconoscere come meritevoli di tutela²⁵.

La schematizzazione dualistica che abbiamo operato si rivela assai utile nel far emergere la radicale diversità di impostazione riscontrabile ove si passi a focalizzare l'attenzione, con occhio attento primariamente ai servizi ecologici, sui suoi quali beni ambientali e quindi (ragionando in aggregato) sugli areali agro-naturali. Rispetto a tali spazi la riconduzione alla figura tradizionalmente definita proprietà agraria, a cui si estendeva un dispositivo pianificatorio anche per questo verso orientato in direzione del riconoscimento dei valori d'uso legati alla produzione agricola (ed all'insediamento in tali ambiti), si presenta ormai riduttiva.

Tomando alla dicotomia di cui stiamo seguendo le tracce, sembra che il passaggio da compiere in via preliminare consista nel distaccarsi dai valori d'uso per volgere lo sguardo prioritariamente ai valori di esistenza e dunque al vincolo di trasmissione intergenerazionale che impone di assicurare alle generazioni future il lascito di uno *stock* di suolo correttamente inteso quale matrice ambientale atta a generare un flusso di servizi ambientali, in ciò cogliendo i risultati di un percorso a cui da ultimo ha

²⁴ È risaputo che il sistema delle distanze, ossia uno dei *topoi* caratteristici dell'urbanistica, è preordinato a prevenire diffusioni di esternalità, atteggiamenti opportunistici e interdipendenze: cfr. GAMBARDI, *La proprietà*, Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo, Milano, 1995, in part., 245: "le città sono sempre state il regno delle esternalità e dei beni pubblici, e ciò non stupisce trattandosi di luoghi affollati quasi per definizione, in cui è tradizionalmente ammessa una vasta gamma di usi del territorio... perciò diviene quasi un truismo dire che la disciplina della proprietà edilizia si colloca fuori del codice civile".

²⁵ STELLA RICHTER, *La tutela dei centri storici: dall'urbs alla civitas*, in *Riv. giur. urban.* 1997 160.

concorso in maniera determinante anche la giurisprudenza recente del Consiglio di Stato (si pensi alla convincente sentenza sul 'caso Cortina')²⁶. La strutturazione di questo diverso ordine concettuale presuppone la messa al centro del processo qualificatorio delle funzioni ecologiche garantite dal suolo (assunto quale componente ambientale del territorio), premessa di una impostazione del piano preordinata ad una finalità custodiale. Come è già stato affermato dalla giurisprudenza amministrativa a proposito delle decisioni pianificatorie a tutela della continuità delle reti ecologiche²⁷, rispetto agli areali agronaturali, l'obiettivo del pianificatore è rappresentato dalla preservazione dell'integrità del comparto ambientale terrestre nella sua infrazionabile unitarietà e dalla preservazione della capacità della coltre terrosa di garantire essenziali servizi ecologici a fruizione non escludibile e non frazionata (fruizione dunque non mediata da un titolo, a differenza delle utilità generate dai fondi urbani) e per questo non utilmente 'rinchiudibili' entro la figura della proprietà nelle sue pur molteplici sfumature.

In altri termini, i caratteri strutturali della fruizione dei servizi ecologici determinano la perdita di centralità della dimensione ricostruttiva del *dominium* e consentono nel contempo di svincolare la pianificazione dal confronto con la corrispondente parcellizzazione in lotti, portato sul piano storico-allocativo delle vicende appropriative (spesso si fa in proposito un richiamo non sempre pertinente alla metafora delle *enclosures*)²⁸ innescate dalla agevole escludibilità dei terzi dal godimento materiale delle singole particelle. A fronte della non escludibilità dei servizi ambientali e dell'altro carattere saliente rappresentato dalla vulnerabilità-esauribilità del suolo, le nuove coordinate dell'intervento pubblico si ricompongono quindi in una visione attenta prevalentemente al profilo oggettivo-funzionale, entro cui il suolo viene in rilievo quale elemento naturale generatore di traboccamenti di cui beneficia l'intera collettività, esposto tuttavia al rischio di esaurimento-consumazione in ragione della possibilità di impieghi egoistico-rivali da parte dei proprietari delle singole particelle (tipicamente la trasformazione edificatoria)

²⁶ Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012 relativa al territorio ed al piano regolatore di Cortina d'Ampezzo, in *Urb. app.*, 2012, 64 con nota di P. URBANI, *Conformazione e finalità economico sociali*: da ultimo, in termini molto precisi, Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2013, n. 2265.

²⁷ Sulla rilevanza della rete ecologica e sul carattere prevalente delle previsioni contenute nei piani sovracomunali riferite a tale "infrastruttura" ambientale rispetto alle difformi previsioni espresse dai piani comunali si veda Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 2170 in relazione al primato da riconoscere alle azioni provinciali di tutela della rete ecologica nel territorio della Provincia di Monza-Brianza rispetto alle politiche comuni di sviluppo insediativo.

²⁸ Questa vicenda storico-giuridica è stata recentemente ripercorsa nelle sue fasi iniziali da P. MADDALENA, *La scienza del diritto ambientale ed il necessario ricorso alle categorie giuridiche del diritto romano*, in *RQDA*, 2012, 2; ed in *ID.*, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, e *ID.*, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, entrambi in www.federalismi.it. Queste informazioni consentono di collocare storicamente il momento delle prime appropriazioni-suddivisioni dei fondi, permettendo alla ricerca di andare oltre il richiamo - a tratti unicamente metaforico - alle vicende di divisione dei pascoli comuni verificatesi in Gran Bretagna nel Sei-Settecento, la cui ripetizione costituisce una costante nella letteratura sui *commons* (sul punto si veda: M. PIERACCINI, *A Comparative Legal and Historical Study of the Commons in Italy and England and Wales*, in *Agr. istituz. merc.*, 2008, 85). Il richiamo puntuale a precise vicende storiche consente anche di evitare l'errore di identificare una continuità tra la categoria del diritto romano arcaico delle *res communes omnium* (cose escluse da ogni appropriazione per consentirne il prelievo di sussistenza individuale) e la categoria dei beni comuni (in tal senso, mi permetto di rinviare a E. BOSCOLO, *Le risorse idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012).

incompatibili con il mantenimento delle proprietà ecologiche che rilevano a scala allargata.

L'osservazione di questi profili apre quindi un orizzonte nuovo ad una prospettiva ricostruttiva che, per evitare di rimanere costretta nel confronto con la dimensione dominicale, muova dal necessario riconoscimento della multifunzionalità del suolo. Il dato da cui partire è sicuramente rappresentato dalla constatazione che il medesimo oggetto, ossia la medesima porzione dello spazio fisico, dà origine a due beni giuridici diversi: il suolo come oggetto della proprietà privata, atto a garantire talune utilità al rispettivo proprietario ed il suolo quale risorsa di natura atta a garantire utilità ad un novero non circoscrivibile di soggetti, a condizione tuttavia che se ne mantengano integre talune caratteristiche originarie. È questa la ragione che giustifica l'affermazione secondo cui rispetto agli areali agro-naturali, la pianificazione ha come riferimento la tutela dei valori di esistenza più che la allocazione dei valori d'uso.

5. Dalle considerazioni che precedono si possono a questo punto trarre le coordinate per un inquadramento giuridico del suolo come bene ambientale, in linea con le tendenze generali che sollecitano l'evoluzione recente del diritto amministrativo generale. Guardando nuovamente alle categorie forgiate dalle scienze economico-sociali, i beni connotati da una impossibile o difficile escludibilità, caratterizzati nel contempo anche da problemi di esauribilità, sono ormai abitualmente definiti beni comuni (*commons*). A tale categoria si comincia a guardare con sempre maggior interesse anche nel dibattito amministrativistico italiano²⁹, da ultimo anche sulla spinta di una decisa presa di posizione dalla Corte di Cassazione a sezioni unite in chiave attualizzante rispetto ai valori costituzionali³⁰. Il tema peraltro non è completamente nuovo (si pensi - pur senza indulgere ad una retorica del "ritorno alle origini" - agli studi sugli usi civici, focalizzati sulle sempre più marcate valenze ambientali assunte da tali figure³¹). In questa direzione aveva del resto già orientato la propria riflessione in termini straordinariamente antesignani M. S. Giannini sin dagli anni Sessanta³².

²⁹ P. CIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, cit.

³⁰ Cass. civ., ss. uu., 14 febbraio 2011, n. 3665, (seguita da Cass. civ., ss. uu., 16 febbraio 2011, n. 3811) in *Foro it.*, 2012, I, 364, con nota di F. PELLECCCHIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal pubblico al comune*, ed in *Giust. civ.*, 2011, 2844, con nota di L. CIAFARDINI, C. M. CASCIONE, *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. it.*, 2011, 1221; F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni. La Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170. Per un richiamo al nesso tra la proprietà e la realizzazione dei valori costituzionali si vedano le dense pagine di P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1976-77, t. 2, 872.

³¹ V. CIRULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983. In chiave storica, si veda inoltre l'affascinante ricostruzione di P. GROSSI, "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977. Una svolta nella riflessione pubblicistica su tale figura è stata impressa dallo studio di P. STELLA RICHTER, *Proprietà collettive, usi civici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2001, 183, ove si è messa distintamente in rilievo l'evoluzione degli usi civici da strumento per garantire una economia di sopravvivenza a strumento di conservazione del patrimonio ambientale comunitario. Si veda ora F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu-Messineo, Milano, 2013.

³² M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963. 34 aveva parlato di "beni che rendono servizi indivisibili per natura". Su questo decisivo profilo qualificatorio ha posto l'accento anche M. ARSI, *I beni pubblici*, in *Tratt. dir. amm.*, a cura di S. Cassese, *Dir. amm. spec.*, t. II, Milano, 2003, in part., 1715. Lo stesso Giannini è successivamente tornato sul tema della proprietà collettiva dei beni ambientali anche in ID.,

Il ricorso a questo sintagma presuppone tuttavia una 'depurazione' dall'uso carico di ideologizzazioni che se ne è cominciato a fare nel periodo recente³³.

Premesso che i *commons* sono una categoria tutt'altro che unitaria³⁴, sul piano euristico ha un forte senso parlare di bene comune con riferimento al suolo agricolo naturale per esprimere sin dal piano semantico una sottolineatura di come questo particolare segmento del territorio - in linea con la definizione di *common pool resources* accreditata a livello internazionale - costituisca una matrice ambientale capace di garantire prestazioni non escludibili a fruizione indivisa, esposta, nel contempo, ad un grave problema di esauribilità-consumabilità determinato in questo caso da possibili condotte manipolative poste in essere, alla scala micro, dei proprietari delle singole particelle. Si tratta - com'è ormai evidente - delle iniziative di trasformazione edificatoria dei fondi, riconducibili nel complesso al fenomeno che abbiamo sinteticamente definito consumo di suolo: condotte razionali per il singolo proprietario, egoisticamente interessato a ritrarre la massima utilità dal fondo, ma profondamente miopi (al limite dell'esiziale) per l'interesse generale che si manifesta a scala più allargata, ove il lotto rileva quale frazione di una più estesa unità ecologica.

Questo disallineamento tra usi desiderabili dai proprietari alla scala micro e funzioni che si esplicano alla scala delle unità ecosistemiche, consente di riprendere il *caveat* sotteso alla notissima metafora coniata dal biologo G. Hardin sulla 'tragedia dei beni comuni'³⁵ e gli schemi su cui si regge la teoria internazionale dei *commons*: il suolo-bene comune ambientale è infatti, come altri beni ambientali (si pensi alle acque³⁶), esposto all'immanente rischio di depauperamento da 'consumo-prelievo', determinato - fuor di metafora - da trasformazioni conseguenti ad azioni individuali di cui il singolo, naturalmente incline ad assumere una prospettiva individualistica, non comprende l'effetto di irreversibile dispersione delle caratteristiche fisiche originarie dei suoli e delle correlate potenzialità ecologiche. Riandando al nucleo

Introduzione sulla potestà conformativa del territorio, in *Proprietà, demanio ambientale e tutela dell'ambiente*, a cura di L. Barbicra, Napoli, 1989, in part., 5. Su tale originalissimo profilo del pensiero gianniniano, che torna oggi prepotentemente di attualità, si vedano le considerazioni di S. CASSESE, *Le teorie della demanialità e la trasformazione dei beni pubblici*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di U. Mattei - E. Reviglio - S. Rodotà, Bologna, 2007, in part., 69. Su questo profilo si veda anche A. BIXIO, *Proprietà pubblica e divisione della proprietà. Riflessioni sulla proprietà pubblica in Massimo Severo Giannini*, in *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, a cura di S. Cassese - G. Calcaterra - M. D'Alberti - A. Bixio, Bologna, 1994, 99.

³³ M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni - Un invito alla discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2011, 103. Si vedano inoltre le considerazioni critiche (specie quelle di metodo), ampiamente condivisibili, espresse da E. VIALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Bari, 2013, in opportuna reazione ad una diffusa pamphlettistica fiorita in seguito a margine del referendum sull'acqua ed i servizi pubblici locali del giugno 2011.

³⁴ U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. dir., Ann.*, V, Milano, 2012, 1127 (dello stesso autore, su un piano politico-divulgativo, *IO, I beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011).

³⁵ G. HARDIN, *The Tragedy of Commons*, in *Science*, 1968, 1243; "il problema che in casi del genere sorge è che i soggetti, ognuno alla ricerca del proprio interesse personale, interferiscono tra loro a tal punto che collettivamente essi potrebbero stare meglio solo se il loro comportamento venisse vincolato ad una qualche regola di condotta o di pagamento. Nessuno, però, ha individualmente interesse ad autovincolarsi, col risultato che, alla fine, tutti staranno peggio". T. COZZI - S. ZAMAGNI, *Istituzioni di economia politica. Un testo europeo*, Bologna, 2002, in part., 516.

³⁶ Su questo tema rinvio ancora a E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità*, cit.

fondamentale di questo impianto categoriale³⁷, si delinea quindi (in una delle sue forme più esemplari) un conflitto tra le preferenze individuali (quelle del proprietario della singola particella, interessato solamente a sfruttare il bene compreso nel suo patrimonio nella maniera ritenuta in quella prospettiva più efficiente, che si sostanzia nella trasformazione dello stesso) e l'agenda collettiva³⁸, orientata viceversa ad un obiettivo di utilità sociale che si identifica nella conservazione della risorsa nella sua consistenza naturale e nella preservazione dell'idoneità della stessa a generare flussi di servizi ecologici.

Per scongiurare la 'tragedia'³⁹, è quindi necessario un dispositivo giuridico capace di 'sterilizzare' le preferenze individuali e di assicurare prevalenza all'interesse generale alla preservazione dello statuto ambientale del suolo: occorre, in altri termini, un modello di governo⁴⁰ capace di far prevalere la razionalità custodiale di lungo periodo, i valori di esistenza su quelli d'uso⁴¹.

Chiarito che il presente sforzo ricostruttivo si colloca stabilmente nella prospettiva contingente del nostro Ordinamento, va rimarcato che lo schema qualificatorio dei beni comuni (ove non aspiri ad assumere le fattezze di una figurazione astratta) si dispone su un piano diverso rispetto alla tradizionale dicotomia proprietà pubblica-proprietà privata e non è programmaticamente teso a scardinarne l'assetto: ciò in quanto il *proprium* di tale innovativa chiave interpretativa del reale sta piuttosto nella capacità di descrivere le componenti ambientali mettendo a fuoco proprietà emergenti che nel caso dei suoli si rendono evidenti ad una scala di osservazione più allargata rispetto a quella micro-particellare, alla quale il suolo rileva unicamente quale bene privato, ed in una prospettiva diversa rispetto a quella soggettiva concentrata sul fenomeno di ritrazione di utilità dalla cosa da parte di un attributario. Fatta questa premessa, il confronto con la dimensione proprietaria resta tuttavia ineludibile: i rischi di dispersione del bene comune vengono infatti da condotte legittimamente egoistiche dei proprietari delle frazioni fondiariae di suolo separabili in senso giuridico, con la conseguenza che il dispositivo custodiale deve necessariamente incidere (in senso conformativo) sul fascio di facoltà che il proprietario aspira a mantenere nel perimetro del proprio diritto soggettivo.

La qualificazione come *commons* degli areali agro-naturali coesiste dunque con la proprietà privata delle singole particelle, delle quali sarebbe antistorico (e per molti versi incostituzionale) predicare l'esproprio generalizzato. Questo fenomeno (che per molti versi riecheggia la variante categoriale dei *semicommons*⁴²) e facilmente

³⁷ È il caso di ricordare che la teoria dei beni comuni, al di là della recente ripresa nel nostro paese, costituisce un tema classico dell'economia pubblica: si veda, ad esempio, J. E. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico. Fondamenti teorici*, II ed., Milano, 2003, in part., 222; G. DALLERA, *La teoria economica oltre la tragedia dei beni comuni*, in *Oltre il pubblico e il privato*, cit., in part., 88.

³⁸ M. R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, cit.

³⁹ G. BRAVO, *Né tragedia, né commedia: la teoria dei 'commons' e la sfida della complessità*, in *Rass. it. sociol.*, 2002, in part., 640.

⁴⁰ Entro l'imponente produzione di questa Autrice, Premio Nobel per l'economia nel 2009, che si è dedicata alla ricerca empirica di modelli cooperativi capaci di evitare la 'tragedia dei beni comuni', si veda, soprattutto, E. OLSTROM, *Governare i beni collettivi. Istituzioni pubbliche e iniziative delle comunità*, Venezia, 2006.

⁴¹ Su questa dicotomia, M. FRANZINI, *I beni comuni: questioni di efficienza e di equità*, in *L'Italia dei beni comuni*, a cura di G. Arena - C. Iaione, Roma, 2012, 55.

⁴² H. E. SMITH, *Semicommons Property Rights and Scattering in the Open Fields*, in *Journal of legal studies*, 2000, 131; L. A. FENNEL, *Commons. Anticommons, Semicommons*, in *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*.

spiegabile mettendo a fuoco come la medesima cosa – secondo quanto già detto – veda la concorrenza di due distinti beni giuridici, come accade, del resto, per i boschi e per i beni paesaggistici. Il richiamo decisivo alla dinamica delle scale⁴³ consente di configurare la coesistenza tra questi due diversi statuti della cosa e consente del pari di comprendere come la soluzione qualificatoria applicata al bene comune-suolo si correli a caratteri diversi rispetto a quelli a cui guarda prioritariamente lo schema codicistico sotteso al riconoscimento della titolarità privata su frazioni atomistiche della stessa. Tornando al punto di partenza, questo stesso ordine di considerazioni spiega anche perché, di fronte al rischio di condotte private incompatibili con la preservazione delle funzionalità ambientali (la 'tragedia', appunto), si possa reputare bastevole la risposta esprimibile mediante acconci efficienti pianificatori (a cui in alcuni particolari ambiti si assommano previsioni vincolistiche espresse dalla normativa ambientale-paesaggistica, secondo il già citato schema delle tutele parallele⁴⁴), con il grande vantaggio – nel rispetto del principio di proporzionalità quale scelta del minimo mezzo⁴⁵ – di lasciare ai proprietari la possibilità di ritrarre un circoscritto novero di utilità (corrispondenti al cd. contenuto minimo del diritto di proprietà) in forme compatibili (in ragione del basso 'tasso' di sfruttamento ed in coerenza con la scarsa resilienza della matrice ambientale) con la preservazione dell'assetto fisico-morfologico del suolo (ad esempio la coltivazione biologica dei fondi od il governo del bosco, non implicanti trasformazioni irreversibili e 'sigillature' ed oggi anzi correntemente riconosciuti componenti fondamentali di una matura *governance* ambientale, anche grazie alla cd. condizionalità dell'agricoltura fortemente incentivata dai programmi comunitari⁴⁶).

6. La soluzione categoriale dei beni comuni e le difficoltà di preservazione dei caratteri ambientali del suolo non postulano, come detto, una risposta pan-pubblicistica: per evitare equivoci linguistico-concettuali, è infatti il caso di ricordare che secondo questo schema ordinatore un bene si definisce comune per le funzioni a cui assolve, non perché necessariamente posto in titolarità pubblica⁴⁷. Evitata ogni confusione tra comune e pubblico, interfacciando questa conclusione con la categorizzazione codicistica, emerge quindi il dato secondo cui il suolo costituisce un bene comune che non necessita affatto di demanializzazione (a differenza di quanto è accaduto con l'art. 1 della l. 7 gennaio 1994, n. 36, confluito in seguito nell'art. 144 del cod. ambiente, con riferimento alle acque, maggiormente

1009; B. DEPOORTER, E. BERTACCHINI, J. DE MOT, *Never Two without Three: Commons, Anticommons and Semicommons*, in <http://ssrn.com>.

⁴³ L. A. FENNEL, *Commons, Anticommons, Semicommons*, cit.

⁴⁴ CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 386.

⁴⁵ A. SANDULLI, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D. U. GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1002; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano, inglese*, Milano, 2008; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e consensualità nell'azione amministrativa. I. Una comparazione tra ordinamenti*, Padova, 2009; G. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

⁴⁶ Si vedano sul punto, in relazione al fondamentale apporto che l'agricoltura può fornire alla custodia del suolo inteso come bene comune, i contributi contenuti nella importante raccolta *Agricoltura e 'beni comuni'*, a cura di A. Germanò – D. Vitti, Milano, 2012.

⁴⁷ G. DELLA CANANEA, *I beni*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, IV ed., Milano, 2011, in part., 234.

esposte al rischio di usi individuali incompatibili con la preservazione delle funzioni ambientali dei corpi idrici, anche per effetto delle fluidità dell'elemento che diviene fattore diffusivo di inquinamenti).

Quest'ultimo dato rappresenta un fatto nuovo che interroga anche la dottrina da tempo impegnata sul tema dei beni comuni. La riconsiderazione dello statuto ontologico del suolo non determina l'esclusione della proprietà privata sui singoli lotti (come del resto la dottrina amministrativistica ha sempre profilato con riferimento alla rilevanza culturale e paesaggistica di talune categorie di beni di interesse pubblico lasciati in proprietà privata⁴⁸). La coesistenza dei due statuti postula l'elaborazione di una teoria maggiormente comprensiva dei beni comuni (e semicomuni⁴⁹), estesa a categorie di beni ad elevata valenza ambientale (suoli agronaturali, boschi, retrocosta dunali, tratti golenali, etc.) oggetto di una stratificazione tra la dimensione dominicale privato-individuale, atta a garantire al titolare talune utilità, e lo statuto di bene comune ambientale, determinante sul fronte della disciplina degli usi irreversibilmente modificativi e del regime custodiale. Anche se non è all'orizzonte alcuna demanializzazione dei suoli, è il caso di rimarcare che quest'ultimo rappresenta unicamente un tratto contingente distintivo dell'esperienza italiana attuale⁵⁰ e segna - per fare solo due esempi - una differenza rispetto a quanto si verifica nelle nazioni ove operano storicamente i grandi trusts impegnati in politiche acquisitive in funzione di tutela dei grandi spazi verdi⁵¹ o con le politiche che la Regione Sardegna (nel solco dell'esperienza francese) sta (faticosamente) praticando rispetto alle coste⁵².

Quanto sin qui detto consente dunque di aggiungere un importante tassello al dibattito sui beni comuni nel nostro paese. Del resto, basti porre riguardo a come la Corte di Cassazione nelle sentenze sopra citate ha fatto richiamo all'etichetta categoriale dei beni comuni con il risultato pratico di una affermazione della pubblicità delle valli da pesca nelle lagune venete per cogliere come si riaffacci con insistenza la tendenza a risolvere le incertezze che pone lo statuto dei beni comuni mediante una tendenza all'estensione dell'appartenenza pubblica, (implicitamente) identificata come preferibile. Questa tendenza non pare tuttavia dilatabile oltre misura e rischia - se portata agli estremi - di far coincidere i confini categoriali dei beni comuni con il perimetro dei beni pubblici, determinando una sovrapposizione tra comune e pubblico che avrebbe l'effetto di lasciare fuori dalla prima categoria

⁴⁸ Restano sempre valide le considerazioni di A. M. Sandulli: di questo Autore si veda - soprattutto, *ex multis* - rispetto al tema qui affrontato, il fondamentale contributo *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesaggistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1961, 809 ed in *Id.*, *Scritti giuridici*, VI, *Diritto urbanistico*, Napoli, 1980, 439.

⁴⁹ H. E. SMITH, *Semicommons Property Rights and Scattering in the Open Fields*, cit.

⁵⁰ Il ricorso ad una massiccia 'demanializzazione dell'ambiente' appare impraticabile nel nostro paese, mentre di "appropriation public comme ultime recours dans la protection de l'environnement" si è spesso parlato in Francia: si veda, tra gli altri, S. CAUDAL, *La domanialité publique comme instrument de protection de l'environnement*, in *AJDA*, 2009, 2329, così come negli Stati Uniti, dove sta riprendendo grande spazio la posizione propugnata dalla *Public Trust Doctrine* (R. K. CRAIG, *A Comparative Guide to Eastern Public Trust Doctrine: Classification of States, Property Rights, and State Summaries*, in *Penn. State Environmental Law Review*, 2008, 1).

⁵¹ CASERTANO, *Proprietà e ambiente. La soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela*, Milano, 2008, in part., 76. C. DESIDERI - E. A. IMPARATO, *Beni ambientali e proprietà: i casi del National Trust e del Conservatoire de l'Espace littoral*, Milano, 2005.

⁵² F. FRACCHIA, *La gestione integrata delle coste*, in *Dir. econ.*, 2010, 609; E. BOSCOLO, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, in *RQDA*, 2011, 40.

molte classi di beni che presentano invece i caratteri strutturali della essenzialità delle prestazioni rese, della non escludibilità e della esauribilità. Conviene per contro ricordare le conclusioni a cui era giunta la Commissione Rodotà⁵³ e la nozione di nuovo conto di bene comune da essa proposta, entro la quale non venivano ricondotti unicamente tipi di beni in appartenenza pubblica⁵⁴: il duplice problema che poneva la Commissione (e che resta aperto, dato il naufragio parlamentare del più organico tentativo di riforma del regime dei beni pubblici) atteneva dunque per un verso alla riconformazione (o riscoperta) della demanialità in chiave di preservazione dei beni, a fronte di un plurisecolare processo di assimilazione della demanialità al *dominium*, denunciato a più riprese da S. Cassese⁵⁵, e per altro verso alla identificazione di strumenti di conformazione capaci di rendere non esiziali le condotte naturalmente appropriate dei proprietari delle numerose classi di beni comuni destinate a rimanere in proprietà privata.

La qualificazione del suolo come bene comune, a cui peraltro non era pervenuta la Commissione Rodotà, andando oltre le proposte dogmatiche sin qui avanzate (ma sull'abbrivio di norme regionali che già appartengono al diritto positivo⁵⁶), pone dunque un cruciale problema di coesistenza con una proprietà privata rigidamente conformata e solleva quindi il tema della necessaria armonizzazione del regime di preservazione e uso del bene alle diverse scale, a cui esprime - come si è visto - proprietà emergenti e statuti differenti: discorso che riporta quindi circolarmente alla funzione del diritto urbanistico e della pianificazione in cui si risolve (e si risolverà ancora per lungo tempo) la più parte del dispositivo di governo sostenibile dei suoli-bene comune.

⁵³ Il testo del progetto di disegno di legge delega e la relazione di accompagnamento sono pubblicati in *Pol. dir.*, 2008, 537. A tale progetto sono dedicati gli studi contenuti nell'importante raccolta *Invenire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di U. Mattei - E. Reviglio - S. Rodotà, Bologna, 2007.

⁵⁴ "I beni comuni sono quei beni a consumo non rivale, ma esauribile, come i fiumi, i laghi, l'aria, i lidi, i parchi naturali, le foreste, i beni ambientali, la fauna selvatica, i beni culturali, etc. (compresi i diritti di immagine sui medesimi beni), i quali, a prescindere dalla loro appartenenza pubblica o privata, esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo delle persone e dei quali, perciò, la legge deve garantire in ogni caso la fruizione collettiva, diretta e da parte di tutti, anche in favore delle generazioni future": M. RENNA, I "beni comuni" e la Commissione Rodotà. Una nuovo regime per le proprietà collettive, www.labsus.it (dello stesso autore, si veda anche *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004).

⁵⁵ S. CASSESE, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969.

⁵⁶ Per dare la misura dello spessore giuridico che già oggi assume questa impostazione va rimarcato che la qualificazione del suolo quale bene comune ha cominciato da tempo a diffondersi nella legislazione regionale, entro la quale offre un ancoraggio nuovo ad una innovativa funzione di tutela prudenziale dei suoli: si può assumere ad emblema di questo nuovo corso una significativa previsione definitoria espressa dalla legge urbanistica toscana (art. 3, l. r. Toscana 3 gennaio 2005, n. 1), secondo cui: "La Regione, con la presente legge, promuove e garantisce la tutela delle risorse essenziali del territorio in quanto beni comuni che costituiscono patrimonio della collettività. L'insieme delle risorse essenziali di cui al comma 1 è costituito da: a) aria, acqua, suolo e ecosistemi della fauna e della flora; b) città e sistemi degli insediamenti; c) paesaggio e documenti della cultura; d) sistemi infrastrutturali e tecnologici. Nessuna delle risorse essenziali del territorio di cui al comma 2 può essere ridotta in modo significativo e irreversibile in riferimento agli equilibri degli ecosistemi di cui è componente", entro cui risalta il significativo richiamo ai beni ambiental-paesaggistici, al suolo (ma anche alle città ed ai sistemi insediativi) quali beni comuni (su questo particolare profilo della legge toscana si veda M. MAGGIO, *Invarianti strutturali: una proposta di definizione*, in *Urbanistica* 149, 68. In questa stessa prospettiva è appena il caso di ricordare che in Francia il *Code de l'Urbanisme* afferma che "Le territoire français est patrimoine commun de la nation": sempre su questa linea si può citare anche un recente intervento normativo delle Regione Lombardia, secondo cui "La Regione riconosce il suolo quale bene comune" (l.r. 28 dicembre 2011, n. 25, art. 4-*quater*).

7. Da più parti si sollecita il legislatore nazionale ad intervenire mediante la previsione di norme tese a bloccare l'aggressione ai suoli agro-naturali e ad esprimere in termini finalmente chiari una qualificazione ambientale di tale bene-risorsa (operazione che, secondo gli ordinari canoni giurisprudenziali, avendo ad oggetto una intera categoria di beni statutariamente connotata per le rilevanti valenze ambientali, non dovrebbe postulare alcuna pretesa di indennizzo da parte dei proprietari, peraltro lasciati nella disponibilità del bene⁵⁷). Una tale iniziativa sarebbe sicuramente opportuna e troverebbe un titolo competenziale nel richiamo alla materia denominata tutela dell'ambiente e degli ecosistemi (art. 117, II comma, lett. s), Cost.); poiché qui si è sostenuta l'inscindibilità delle politiche di tutela rispetto al profilo qualificatorio dei suoli alla stregua di beni comuni e si è sostenuto che una tale iniziativa legislativa avrebbe incidenza anche sul regime dei diritti sulle cose, verrebbe in rilievo anche la competenza statale esclusiva in materia di ordinamento civile (art. 117, II comma lett. l), Cost.). Un intervento normativo statale in tale direzione potrebbe trovare sede in una novella al codice dell'ambiente od in una legge specifica ma potrebbe anche confluire nella legge di principi per il governo del territorio (da lungo tempo attesa), la discussione attorno alla quale sembra tuttavia avere perso interesse. Proprio l'accendersi del dibattito attorno al problema del consumo di suolo e dei beni comuni potrebbe tuttavia fornire lo spunto per un rilancio di tale iniziativa legislativo e, per certo, il principio della limitazione del consumo di suolo dovrebbe costituire uno dei principi-cardine ai quali vincolare urgentemente la produzione legislativa regionale. Un esempio in tal senso potrebbe venire da esperienze come quella tedesca, imperniata sin dal 1998 sulla previsione di soglie quantitative annuali entro cui ricondurre il consumo di suolo e sul concetto di *Ökokonto* (una analitica contabilità dei valori ambientali di scala comunale), o da quella inglese, legata invece all'idea-cardine delle *green belts* (cinture verdi intrasformabili attorno agli abitati, funzionali ad evitare saldature)⁵⁸. Un problema complesso come il consumo di suolo travalica certamente i contenuti della pianificazione urbanistica, soprattutto di quella comunale, e in ogni caso potrà essere affrontato in maniera veramente efficace solo mediante strumenti normativi come disincentivi fiscali (ad esempio sensibili innalzamenti degli oneri costruttivi in caso di interventi su aree fertili e di pregio naturale), mediante la previsione di un obbligo di compensazione dei suoli consumati con rinaturalizzazioni di aree sensibili (compensazione ecologica preventiva) e mediante l'imposizione di vincoli inderogabili di preventiva riqualificazione e riuso delle *brownfields*, accompagnati da consistenti semplificazioni e detassazioni tese a rendere più 'convenienti' tali interventi rispetto a quelli espansivi di nuova edificazione. Anche nella legislazione sull'agricoltura dovrebbe trovare posto la previsione di un vincolo di non trasformabilità delle aree fertili di maggior pregio, limitato almeno agli appezzamenti oggetto di provvidenze comunitarie. Anche a fronte della messa a fuoco di un bene ambientale meritevole di protezione non pare viceversa prefigurabile, almeno nel breve periodo, uno scenario di riallocazione delle funzioni di tutela del suolo entro la sfera delle attribuzioni delle

⁵⁷ C. MARZUOLI - R. SALIMBENI, *Il territorio, proprietà, pianificazione*, in *Diritto per il governo del territorio*, a cura di M. Carrà - W. Gasparri - C. Marzuoli, Bologna, 2012, in part., 346; da ultimo, G. SCULIO, *La distinzione fra vincoli conformativi ed espropriativi negli strumenti urbanistici*, in *Urb. app.*, 2013, 426

⁵⁸ Si può ancora rinviare a P. PILERI, *Compensazione ecologica preventiva. Principi, strumenti e casi* cit. *passim*.

amministrazioni ambientali in conseguenza di una estrapolazione delle stesse dalla pianificazione territoriale ed urbanistica. Lo scenario di una politica separata per i suoli appare nel complesso scarsamente interessante: come già è accaduto con la valutazione ambientale strategica, sembra preferibile che, sulla scorta del principio comunitario di integrazione delle politiche ambientali nelle politiche settoriali, figure di taglio innovativo come la citata compensazione ecologica preventiva (al terreno 'sigillato' deve corrispondere la messa in riserva di altrettanto terreno) vengano incorporate in maniera organica entro la struttura dei piani territoriali ed urbanistici, acquisendo così capacità di orientarne *ab intrinseco* l'impostazione, con attitudine a definire, sin dalla fase di definizione degli obiettivi, limiti inderogabili alla trasformazione dei suoli agro-naturali. E' dunque realisticamente preconizzabile un'evoluzione della pianificazione territoriale ed urbanistica nella direzione che già si rende visibile in alcuni contesti in cui i piani divengono autentiche carte della sostenibilità locale e di un diverso modo di concepire il governo del territorio. Del resto, una tale *policy* sembra suscettibile di trovare pertinente ed appropriata collocazione entro una nozione di governo del territorio finalmente proiettata oltre i tradizionali confini dell'urbanistica.

Per reggere una tale sfida, il diritto urbanistico dovrà tuttavia necessariamente assorbire valori e principi coerenti con le esigenze di governo efficiente di tale risorsa ambientale⁵⁹: si possono citare il principio di precauzione e di necessaria e adeguata valutazione degli effetti di lungo periodo delle scelte insediative postulanti riduzione degli areali agro-naturali ('superprincipi' espressi dal codice dell'ambiente, ma vincolanti in tutto lo spettro dell'azione amministrativa riferita a beni ambientali) ed il principio di responsabilità intergenerazionale, con la sua caratteristica forza deontica rispetto alla gestione di lunga durata di risorse esauribili, già espressamente richiamato anche da talune leggi regionali sul governo del territorio⁶⁰. In questo dibattito un passaggio significativo è stata la presentazione nell'autunno del 2012 di un disegno di legge governativo da parte del Ministro per le Politiche agricole, sul quale, prima della presentazione in Parlamento, era stata trovata una (non semplice) intesa preventiva con le Regioni in sede di parere della Conferenza unificata ex artt. 2 e 9 del D.lgs. 28 agosto 1997, n. 281 del 30 ottobre 2012. Ne era derivato un testo condiviso (approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri del 16 novembre 2012 e quindi trasmesso alle Camere) che, sicuramente, rappresenta il tentativo più organico e avanzato di affrontare in via legislativa il tema del consumo di suolo. Al di là della 'falcidia' di fine legislatura, è il caso di richiamare brevemente i contenuti di tale proposta legislativa.

Va subito sottolineato che il 'punto di presa' del d.d.l. rispetto al problema del consumo di suolo era costituito dalla messa in campo di una politica tesa ad evitare la ulteriore riduzione delle superfici fertili (o consumo di suolo, definito come "riduzione di superficie agricola per effetto di interventi di impermeabilizzazione, urbanizzazione ed edificazione non commessi all'attività agricola"). A questa impostazione marcatamente settoriale aveva sicuramente concorso la provenienza del d.d.l. dalle strutture del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali. Il d.d.l., nella sua versione originaria, non mostrava di muovere da una piena consapevolezza dei valori

⁵⁹ CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo comune*, cit., *passim*.

⁶⁰ Cfr. art. 2, l. r. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, Milano, 2008; TREMEL, *A Theory of Intergenerational Justice*, London, 2009; FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

ambientali del suolo e dalla nozione di servizio ecologico, mentre nella versione sortita dalla Conferenza unificata era comparsa la espressa qualificazione del suolo agricolo quale bene comune, posta in diretta correlazione ai servizi ecosistemici (nel d.d.l. si parlava di "... suolo quale bene comune e risorsa non rinnovabile che esplica funzioni e produce servizi ecosistemici").

Il d.d.l., sulla scia dell'esperienza tedesca, aveva proposto l'introduzione con decreto ministeriale di un *plafond* nazionale di suolo trasformabile (definito "obiettivo nazionale in termini quantitativi di riduzione del consumo di suolo agricolo"): per il *plafond* era prevista una durata decennale ed un successivo riparto tra le diverse regioni (onde determinare il "contributo delle Regioni in termini quantitativi alla riduzione del consumo di suolo agricolo"). Alle regioni era quindi attribuito il compito di disporre misure tese alla "riduzione in termini quantitativi del consumo di suolo agricolo a livello provinciale e determinano i criteri e le modalità per la definizione dei limiti di consumo di suolo agricolo nella pianificazione territoriale degli enti locali". Completavano lo schema delineato dal d.d.l. fondamentali previsioni circa il divieto quinquennale di conversione d'uso dei suoli che avessero beneficiato - a qualunque titolo - di provvidenze agricole e circa la attribuzione prioritaria di finanziamenti ai comuni che attuino strategie di sviluppo insediativo entro le aree dismesse. Era inoltre previsto - ed era quella una previsione di decisiva rilevanza - il vincolo di utilizzo dei proventi derivanti dal rilascio dei titoli edilizi e dell'applicazione delle sanzioni edilizie per la "realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria", per il "risanamento di complessi edilizi compresi nei centri storici" e per "interventi di qualificazione dell'ambiente e del paesaggio" (ma non per la manutenzione del territorio di cui si parla da sempre). Da ultimo, con grande coraggio, il d.d.l. prevedeva - alla stregua di una misura di salvaguardia in attesa della determinazione dell' "obiettivo nazionale", il blocco per tre anni di ogni consumo di superficie agricola.

Pur non prevedendo misure come la compensazione ambientale preventiva, il disegno di legge governativo potrà sicuramente rappresentare la base di partenza per una indefettibile ripresa del lavoro parlamentare su questo tema, di cui è ormai chiara l'ineludibilità.

La mancata approvazione del d.d.l. Catania non può dirsi pienamente compensata dall'introduzione nel nostro ordinamento di 'Norme per lo sviluppo degli spazi verdi urbani' mediante la l. 14 gennaio 2013, n. 10. In questa legge, il cui obiettivo di fondo è il rilancio di una politica per il miglioramento del verde nei tessuti urbani e nei singoli episodi di urbanizzazione, trovano comunque spazio due importanti previsioni: la prima tesa a fissare una soglia del 50% all'utilizzo dei proventi urbanizzativi per finalità diversa dalla formazione di opere pubbliche, di recupero urbanistico e di manutenzione del patrimonio pubblico (come si vede si tratta di una disposizione caratterizzata da una certa timidezza) e la seconda volta ad imporre ai comuni ed alle province di dotarsi di sistemi di contabilità ambientale idonei a dare annualmente conto dei risultati delle politiche "del contenimento o della riduzione delle aree urbanizzate e dell'acquisizione e sistemazione delle aree destinate a verde pubblico dalla strumentazione urbanistica" (previsione utile se correlata a politiche di ampio respiro primariamente tese a ridurre il consumo di suolo).

8. In conclusione occorre ora soffermare l'attenzione su taluni corollari applicativi del discorso sin qui sviluppato.

Una prima conseguenza attiene senz'altro alla riaffermazione del ruolo e della funzione della pianificazione sovracomunale. Lungi dal ritenere che il ricorso all'etichetta categoriale dei beni comuni induca a richiamare in termini aprioristici il primato di una vaga dimensione comunitaria⁶¹, va piuttosto riconosciuto che l'estensione degli areali agro-naturali quasi mai è richiudibile nell'orizzonte spaziale dei confini comunali. Come tutti i beni ambientali, anche il suolo matrice ambientale pone dunque – come abbiamo più volte ricordato – un problema di scale e di adeguatezza delle unità amministrative di governo. La presa di consapevolezza dell'insufficienza della scala comunale postula dunque il rilancio della pianificazione sovracomunale, sempre più spesso chiamata ad assumere la funzione di supporto conoscitivo per la pianificazione comunale rispetto al capitolo dei grandi sistemi ambientali. È facile prevedere un adeguamento alla tecnica pianificatoria atta a garantire che gli areali agro-naturali siano ricompresi nel piano comunale quali frazioni di unità ecosistemiche significative già puntualmente descritte e perimetrate a scala sovra-comunale, ossia alla scala a cui si possono cogliere con la giusta definizione alcune proprietà emergenti dei sistemi naturali terrestri non riducibili e frammentabili nei confini comunali dettati dalla storia istituzionale: è il caso della connettività tra diversi ecosistemi garantita dalle reti ecologiche e dalle continuità boschive, rispetto alle quali si registrano anche interessanti esperimenti di 'pratiche dal basso' come i 'contratti di rete' o la cd. Agenda di Bologna⁶². La considerazione di queste dimensioni di area vasta costituisce anche l'elemento determinante per escludere la qualificazione dei suoli agro-naturali nella categoria dei beni collettivi (o beni di club), entro cui confluiscono beni aventi le medesime caratteristiche dei beni comuni, ma che presentano anche il carattere della escludibilità nei confronti di chi non appartenga ad una determinata comunità o gruppo. A quest'ultimo proposito, quando ci si domanda – con interrogativo pertinente – 'a chi sono comuni i beni comuni?', va ricordato che la natura di bene ambientale impone di andare oltre il perimetro della comunità locale e di prefigurare l'insorgere di interessi diffusi⁶³, con conseguente possibilità di intervento delle associazioni ambientaliste (le proposte della Commissione Rodotà, sempre in questa prospettiva, si spingevano a prevedere una azione di tutela diffusa e desoggettivata⁶⁴). Nel caso della tutela dei suoli affidata ad un rinnovato modello di pianificazione urbanistica, il richiamo alla soluzione categoriale dei beni comuni riferita ai suoli agro-naturali determina da subito una rivalutazione della partecipazione dei cittadini (secondo uno schema necessariamente a legittimazione diffusa) in una prospettiva non già di protezione di posizioni individuali (secondo l'archetipo dettato dall'art. 9 della legge urbanistica) bensì in chiave di coinvolgimento attivo di tutti i soggetti interessati all'effettività delle politiche di protezione dei suoli e di estensione del patrimonio informativo del pianificatore, secondo quanto peraltro già delineato dalle più avanzate esperienze

⁶¹ La stessa E. Ostrom era molto rigorosa nel riconoscere che non tutte le problematiche riescono a trovare efficiente soluzione nella dimensione micro-comunitaria (Iv., *Governare i beni comuni*, *passim*).

⁶² Rispetto alle reti ecologiche si stanno anche diffondendo i primi 'contratti di rete' (redatti sulla scia dei contratti di fiume), mediante i quali i comuni e *stakeholders* privati e pubblici coinvolti condividono l'obiettivo di preservazione della connettività di un determinato tratto di una rete ecologica. Si veda inoltre la cd. Agenda di Bologna, firmata il 27 gennaio 2012 dalle regioni e province autonome della 'area padano-alpino-marittima' del nord Italia, nella quale tali soggetti pubblici, titolari della potestà legislativa, si sono impegnati ad assumere iniziative coordinate per la riduzione del consumo di suolo.

⁶³ Come conferma, seppur in termini indiretti, anche l'art. 39 del D lgs. 14 marzo 2013, n. 33 nel prevedere la pubblicità preventiva degli atti preparatori del piano.

⁶⁴ In tal senso, ancora di recente, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 457 e segg.

regionali⁶⁵, che fungono anche da riferimento per il dibattito generale sulla partecipazione nella gestione delle diverse categorie di beni comuni. La riflessione sin qui condotta contribuisce anche a mettere in guardia da una eccessiva enfaticizzazione delle differenze tra i modelli regionali (e delle etichette che assume il piano comunale). Una tale operazione ricostruttiva del frangente che attraversa il diritto urbanistico rischierebbe di scolorare il dato strutturale secondo cui le nuove figure pianificatorie, così diverse nei nomi, poggiano tutte su un solido apparato conoscitivo, in cui si può identificare il vero centro di gravitazione dei piani di moderna concezione. Tale componente del piano ha la funzione di far emergere in termini oggettivanti, per fare alcuni esempi, lo statuto del territorio (Toscana), le invarianti ambientali (Umbria) piuttosto che le reti ecologiche, gli ambiti agricoli strategici e le aree sottratte alla trasformazione (Lombardia). Detto in altri termini, nella componente analitica del piano (ovunque distintamente riconoscibile, al di là delle diverse denominazioni), in dialettica con i piani sovracomunali, si opera il riconoscimento delle dimensioni ambientali e del carattere di non sacrificabilità delle aree verdi in ragione dei servizi ecologici da esse garantiti. In termini trasversali rispetto alle diverse impostazioni regionali e sulla scorta di un diffuso sincretismo volto a favorire la diffusione di un modello di pianificazione rispondente ad una solida impostazione disciplinare⁶⁶ trasversale rispetto ai dettati della legislazione regionale, si definisce una linea di frattura sostantiva direttamente correlata all'oggetto della pianificazione ed alle determinanti dell'intervento pubblico: nei piani recenti si coglie dunque - riprendendo quanto già accennato - una netta distinzione tra due peculiari macro-situazioni territoriali: a. i tessuti urbani; b. gli areali agro-naturali. Nel tempo recente, il confine tra queste due situazioni territoriali diviene - non solo metaforicamente - il segno fondativo (e tendenzialmente non superabile) di piani che costruiscono la loro dorsale proprio a partire dal riconoscimento mediante acclaramenti tecnico-scientifici il più possibile oggettivanti (ed ampiamente ripetibili) di tale confine, con successiva trasposizione dello stesso in un elemento di impostazione dell'intero impianto pianificatorio, con conseguente riduzione anche della discrezionalità politica. Questo segno definisce quindi sul piano giuridico una separazione molto netta tra l'ambito di esplicazione delle funzioni riferibili ai sistemi urbani e lo spazio delle funzioni ambientali rilevanti da sottrarre perciò alle trasformazioni. Abbandonata - come si è detto nei paragrafi precedenti - l'idea di una compattezza ed omogeneità della funzione pianificatoria, la struttura di questi piani mette quindi in rilievo due blocchi pianificatori improntati a valori, obiettivi e tecniche notevolmente diversi ed il tema cruciale nel periodo più recente è sempre più spesso rappresentato dall'esigenza di ricercare un equilibrio osmotico tra queste due politiche, rappresentabili come due blocchi corrispondenti ad oggetti territoriali diversificati, da trattare con obiettivi e mediante tecniche diversificate. Sul piano pratico ed in attesa di interventi legislativi, questo schema consente di fondare su basi più solide e meno opinabili rispetto al passato l'affermazione di un limite all'espansione urbana e dell'eccezionalità di ogni deroga rispetto del confine che delimita le due parti del

⁶⁵ Sul punto si vedano, almeno, P. L. PORTALURI, *La partecipazione dei privati al procedimento di formazione del piano*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, a cura di Follieri - Iannotta, Napoli, 2010, 978; C. CUDIA, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *RDPu*, 2008, 263; da ultimo, E. BOSCOLO, *La partecipazione nel procedimento di pianificazione*, in *Codice di edilizia e urbanistica*, cit. 281.

⁶⁶ F. OLIVA, *Semplificare la pianificazione, cambiare il piano*, in *Urbanistica*, 2012, 149, 88.

territorio. Una eccezionalità che non costituisce dunque più espressione solamente di una decisione di disegno urbano connotata da ampi margini di discrezionalità, nella sostanza sempre rivedibile, bensì il risultato della messa a fuoco di valenze ambientali non completamente disponibili per il pianificatore ed anche perciò resistenti alla pressione generata dai proprietari alla ricerca della enorme rendita che si genera ad ogni scorrimento di un fondo dalla condizione giuridica di suolo agro-naturale e quella di suolo urbano trasformabile.

L'impressione è che già oggi stia mutando il 'verso' della traiettoria decisionale e che ci si troverà sempre più spesso di fronte a piani redatti riconoscibilmente 'in negativo', ossia secondo un *modus procedendi* entro cui, in prima istanza, si identificano (momento conoscitivo) gli areali agro-naturali e le funzioni ecologiche non riducibili da essi garantite, con la conseguenza che il capitolo relativo alla tutela dei beni comuni territoriali acquisiscono un peso dominante sin dalla fase di impostazione del piano, e le residue possibilità di espansione si identificano invece in seconda istanza, preferibilmente entro gli spazi interstiziali compresi nei tessuti edificati (aree dismesse, di ricucitura, di sostituzione-riqualificazione urbana, etc.), ossia entro gli ambiti comunque estranei alle continuità ecosistemiche (o atti a recare un contributo marginale alle funzioni ecosistemiche). L'esatto opposto di quanto accadeva un tempo, quando era la zona E ad essere considerata una sorta di contenitore residuale, i cui margini venivano tendenzialmente definiti per differenza rispetto alle altre zone, a valle del pieno soddisfacimento di tutte le aspettative di trasformazione.

Da quanto detto deriva un altro fondamentale corollario diretto sul piano del metodo. Entro il procedimento di pianificazione urbanistica, la valutazione ambientale strategica (VAS) a cui sono sottoposti i piani urbanistici viene ad assumere (ove 'presa sul serio') la funzione determinante - invero non ancora pienamente riconosciuta nella prassi - di asse attorno a cui si riallineano le letture a scale diverse del suolo e costituisce la figura mediante la quale si afferma in concreto il primato della tutela del bene-ambiente sulle esigenze di trasformazione. Sin dalle prime fasi di impostazione del piano, la VAS (che non a caso, secondo il Consiglio di Stato, costituisce un procedimento validamente incardinabile presso la stessa amministrazione comunale, onde perseguire la massima integrazione con la funzione di pianificazione⁶⁷) e la redazione di un adeguato apparato conoscitivo costituiscono infatti gli strumenti operativi di cui i comuni dispongono per definire, in corrispondenza ad una gerarchizzazione oggettivante tra le valenze insediative e ambiental-paesaggistiche dei suoli, rigidi valori-soglia (valutabili secondo parametri come la capacità di carico del territorio e con metodi come l'impronta ecologica⁶⁸) rispetto alle potenzialità espansive dei piani e, soprattutto, rispetto al profilo cruciale del consumo di suolo.

9. In seguito al riconoscimento del carattere di componente ambientale del suolo ed alla sfida dei beni comuni, il diritto urbanistico è posto di fronte ad una autentica esigenza di rifondazione disciplinare: è divenuto, ad un tempo, diritto dello sviluppo e della conservazione. Diritto della conformazione dei beni privati e di tutela dei beni comuni. Strumento di assicurazione dei valori d'uso e di preservazione di valori di esistenza. Il riflesso di tale sdoppiamento coinvolge direttamente la tecnica

⁶⁷ Cons. Stato, sez. IV, 12.1.2011, n. 133.

⁶⁸ M. WACKERNAGEL - W E REES, *L'impronta ecologica*, Milano, 2004.

pianificatoria che, per assolvere a tale duplice funzione, ossia per rispondere ai bisogni insediativi e tutelare le valenze ecosistemiche e l'attitudine a generare servizi ecologici dei suoli, deve ripartire dalla dicotomia tessuti urbani-areali agro-naturali e dagli impegnativi corollari che da questa bipartizione discendono. Ripartendo da queste dicotomie e raccogliendo le sollecitazioni del dibattito pubblico sul consumo di suolo, in attesa di un auspicato intervento normativo, il diritto amministrativo-urbanistico deve quindi riuscire ad adeguare, anche grazie agli apporti dottrinali, i propri strumenti (altri non se ne intravedono all'orizzonte) alla nuova missione di tutela della risorsa-suolo.

Scheda n. 2

**LE PEREQUAZIONI E LE COMPENSAZIONI
DISPOSITIVI PER IL GOVERNO EFFICIENTE
DEI BENI COMUNI TERRITORIALI**

PROF. AVV. EMANUELE BOSCOLO
*Professore di diritto amministrativo
Un. Insubria Como*

SOMMARIO: 1. Premessa: la stagione riflessiva; 2. Il perdurante bisogno di una legge statale di principi; 3. Il sindacato esteso agli esiti dei dispositivi perequativi; 4. Le distinzioni tra perequazione e compensazione e le figure ricorrenti nella prassi; 5. Dotazioni territoriali ed ambientali: la necessità della perequazione; 6. Valutabilità e piena sindacabilità dei piani perequativi; 7. La eccessiva complessità quale fattore di scarso successo dei piani perequativi: semplificazione e ruolo pro-attivo delle amministrazioni; 8. La perequazione diffusa e la circolazione dei titoli volumetrici; 9. La trascrivibilità (art. 5 l. 106/2011); 10. La natura giuridica dei titoli volumetrici tra diritti soggettivi ed interessi legittimi pretensivi; 11. False perequazioni e fallimenti del mercato.

1. La presente relazione può leggersi come una ideale prosecuzione del discorso avviato entro l'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico (AIDU) nel Convegno di Verona nel 2008 e nel Convegno di Tranto del 2010. Le relazioni tenute in quelle occasioni⁶⁹ facevano il punto sulle potenzialità degli istituti perequativi e compensativi e tracciava un primo

⁶⁹ E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, in questa *Rivista*, 2010, 104, a cui rimando per quanto qui non ripreso.

bilancio di una stagione consumatasi all'insegna della sperimentazione, in carenza di precisi fondamenti normativi.

Per contro la stagione del presente potrebbe essere definita 'riflessiva'⁷⁰.

2. negli ultimi anni la pianificazione perequativa ha ulteriormente allargato i propri spazi. Non è solo il Piano di Governo del Territorio di Milano⁷¹ a segnare i tratti di una nuova stagione: si registra soprattutto che un ampio novero di piani - anche di comuni di medie dimensioni - esprimono sofisticati modelli di perequazione diffusa ovvero impiegano consapevolmente la tecnica compensativa per risolvere specifiche situazioni territoriali. Sotto questo profilo, sembra ormai chiaro che il modello perequativo è ben lungi dall'aver raggiunto una generalizzazione e non esprime neppure un paradigma dominante. Il panorama pianificatorio è quindi destinato a far registrare una compresenza di piani tradizionali, di piani 'ibridi' (piani con riferimenti circoscritti alle tecniche perequativo-compensative) e di un numero più ristretto di piani perequativi. Questi ultimi sono tuttavia spesso in grado di catalizzare l'attenzione del dibattito (anche giuridico) in quanto adottati da città-simbolo (Roma⁷² - Milano, in testa) ed in quanto inevitabilmente connotati da una elevata densità problematica. L'intero dibattito risulta quindi, in qualche misura, eccentrico rispetto alla reale dimensione del fenomeno della pianificazione perequativa⁷³.

3. Il legislatore nazionale rimane sordo ad ogni sollecitazione e la legge di principi (con una vasta area di intersezione tra governo del territorio ed 'ordinamento civile') da tutti auspicata e sollecitata sembra quanto mai lontana. Per contro, dalle sentenze del Consiglio di Stato sul piano di Roma⁷⁴ (da non accogliere alla stregua di un approdo su cui fondare ambiziose teorizzazioni) sembra venire una anodina indicazione nel senso che la dimensione meramente attuativa (si è voluta distinguere una 'fase statica' da una 'fase dinamica') ed il fondamento consensuale della 'tecnica' perequativa consentirebbero di lasciare sullo sfondo la questione

⁷⁰ Si vedano i contributi contenuti in *L'urbanistica italiana dopo le sentenze del TAR sul PRG di Roma*, a cura di R. Corrado, Roma, 2010.

⁷¹ Approvato ai sensi dell'art. 13 della l.r. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12.

⁷² L. CASINI, *Perequazione e compensazione nel nuovo piano regolatore generale di Roma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 203.

⁷³ Manca, per fare un esempio, in molte regioni un 'archivio' dei piani classificabili come perequativi e questo rende assai difficoltosa anche una attività di confronto tra esperienze (*benchmarking*).

⁷⁴ Sulle quali A. MALTONI, *Fondamento e limiti degli strumenti perequativi alla luce della giurisprudenza amministrativa*, Relazione al seminario di Sassari, 1 ottobre 2010, *Perequazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in corso di pubblicazione, il quale sottolinea che la pianificazione perequativa consente il perseguimento in maniera più piena della funzione sociale della proprietà. Queste sentenze lasciano comunque aperti innumerevoli problemi: dalla sufficienza dei richiami diretti alla Costituzione per legittimare specifici modelli pianificatori in carenza di un richiamo espresso che fuuga da copertura della tecnica perequativa, alla rilevanza degli spazi effettivamente riservati alla consensualità ed alla valenza di copertura legale degli artt. 1, comma I-bis, ed 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241, sino all'incidenza del potere regolamentare attribuito ai comuni ex art. 118 Cost.

del fondamento normativo a cui ancorare questa modalità di costruzione del piano, obiettivamente assai diversa rispetto a quella prefigurata dalla l. 1150/1942. Sarebbe invece grave rinunciare a ribadire l'urgenza ed imprescindibilità di una legge statale di principi⁷⁵ (i cui contenuti, in una materia a competenza concorrente non dovrebbero tuttavia determinare alcuna omologazione forzosa della varietà di modelli riscontrabili nella disciplina legislativa espressa dalle regioni che hanno già tempestivamente legiferato⁷⁶).

3. Nel contempo, dalla giurisprudenza amministrativa traspare (Tar Lombardia, sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671, sul PGT di Buccinasco⁷⁷) una attenzione nuova al concreto funzionamento dei dispositivi perequativi, nella consapevolezza che solo un effettivo ed efficiente dispiegamento delle potenzialità prefigurate dal piano (reso concretamente possibile in un assetto pianificatorio scevro da sbarramenti territoriali od economico-relazionali) possa garantire pienezza alla proprietà conformata mediante questo tipo di piano⁷⁸. Questa presa di posizione concorre in maniera determinante a segnare il trapasso verso la stagione 'riflessiva'. Sembrano ormai irrimediabilmente lontani gli echi delle sentenze sul PRG di Reggio Emilia⁷⁹ o di Avellino⁸⁰: la stagione in cui dalla giurisprudenza amministrativa è venuto un sostegno decisivo (e quasi incondizionato) al radicamento della perequazione si è definitivamente chiusa ed oggi i piani debbono reggere ad un vaglio che si appunta – attraverso il richiamo alla proporzionalità (proporzionalità-

⁷⁵ Si veda quanto opportunamente e convincentemente indicato da P. STELLA RICHTER, nella propria *Relazione generale* introduttiva a questo *Convegno*.

⁷⁶ La Corte costituzionale, con riferimento alla disciplina dei contratti pubblici ha avuto modo di sancire l'illegittimità costituzionale di norme statali di dettaglio che, in quel caso sotto l'usbergo della competenza statale esclusiva in materia di concorrenza (nella perequazione ciò potrebbe invece verificarsi in nome della unitarietà dell'ordinamento civile), andavano ad invadere la sfera della legislazione regionale entro la quale era già stata espressa una coerente disciplina organizzativa: "Deve, pertanto, ritenersi non conforme al sistema di riparto delle competenze tra lo Stato e le Regioni la normativa contenuta nei commi in esame, la quale vale certamente nel suo insieme per l'attività contrattuale posta in essere in ambito statale, mentre per le Regioni deve necessariamente avere carattere recessivo nei confronti di una diversa (ove esistente) disciplina specifica di matrice regionale, secondo quanto disposto dall'art. 117, quinto comma, Cost. e dall'art. 1, comma 6, della legge di delega n. 62 del 2005. Alla luce delle considerazioni che precedono, le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 8 e 9 dell'art. 84, devono essere dichiarate costituzionalmente illegittime nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono che esse abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire": Corte cost. 23 novembre 2007, n. 401, in *Riv. giur. edit.*, 2007, I, 101, con nota di R. De Nicolis.

⁷⁷ In Tar Lombardia, sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 1859 e in *Urb. app.*, 2010, 353, con nota di A. Giannelli.

⁷⁸ In quel caso il piano non garantiva certezza di 'atterraggio' ai titoli volumetrici (crediti compensativi) assegnati ai proprietari delle aree destinate alla cessione a vantaggio del comune. In altre parole, il comune aveva battuto 'cattiva moneta', a circolazione incerta, assegnando quindi ai proprietari dei fondi vincolati una contropartita meramente virtuale. È importante rimarcare che il piano in questione è stato annullato nella sua interezza (e non in parte qua): se infatti l'effettività della componente infrastrutturativa viene fondata su dispositivi perequativo-compensativi, l'errato disegno di tali figure postula una generale illegittimità del piano.

⁷⁹ Tar Emilia Romagna, sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 5.

⁸⁰ Tar Campania, Salerno, sez. I, 20 febbraio 2002, n. 845, in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 812. Si vedano anche Tar Campania, Salerno, sez. I, 5 luglio 2002, n. 670, e Tar Campania, Salerno, I sez., 7 agosto 2003, n. 846.

idoneità - *Geeignetheit*⁸¹ - dello strumento rispetto agli obiettivi che ciascun comune assegna alla pianificazione) – sulla effettiva attitudine del piano a garantire effettività alle previsioni infrastrutturali assicurando ai proprietari coinvolti un esito non illusorio, che non si risolva cioè in una malcelata compressione del 'contenuto minimo' del diritto di proprietà, nozione quest'ultima a cui si torna dunque a fare riferimento per distinguere vere e 'false' perequazioni⁸² (piani che sottendono, nella sostanza, previsioni vincolistiche larvate, non indennizzate e pretesamente sottratte dal regime di decadenza⁸³). Questo nuovo orientamento del giudice amministrativo, atto a sottoporre i piani perequativi ad un sindacato 'stretto', rende ancora più stringente il vincolo a corredare i piani perequativi con documenti atti a dare giustificazione dei diversi scenari (anche di quasi-mercato) ed a comprovare che i dispositivi cooperativi o di scambio mediante cui si esplicherà il piano non sottendano improprie 'catture di valore' in danno dei proprietari⁸⁴ o facciano riemergere profili di ingiustificata disparità.

4. Nel contempo emerge sempre più netta la necessità di fissare delle distinzioni (non solo nominalistiche): tra le diverse forme di perequazione, tra perequazione e compensazione, tra le diverse figure perequative e ad altri istituti (dall'incentivazione⁸⁵ alla applicazione di standard qualitativi, contributi aggiuntivi, etc.)⁸⁶. Indubbiamente tra tutte queste figure c'è una radice comune (che si estende anche alle perequazioni territoriali⁸⁷), legata alla tendenza a coinvolgere i proprietari – sollecitando variamente la loro adesione 'egoisticamente interessata' – nel perseguimento degli assetti definiti dal piano, ma si tratta di figure profondamente differenziate. Un certo sincretismo tra i piani (che fa delle leggi regionali, anche ove presenti, un riferimento comunque debole) pone l'interprete di fronte all'esigenza di cogliere con immediatezza la tipologia di strumento che l'amministrazione inserisce nella struttura del piano.

⁸¹ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D. U. GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; da ultimo, F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1002; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano, inglese*, Milano, 2008; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e consensualità nell'azione amministrativa. I. Una comparazione tra ordinamenti*, Padova, 2009; si veda ora anche G. COCINETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

⁸² Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4833.

⁸³ Le previsioni perequative sono invece ordinariamente sottratte – in quanto aventi natura meramente conformativa – alla vicenda decadenziale: Tar Liguria, sez. I, 21 novembre 2005, n. 1492.

⁸⁴ In questa sede occorre inoltre rimarcare che appaiono gravemente illegittimi i piani perequativi (secondo il modello a volumetria aggiuntiva, invero non rarissimi: Monza) nei quali viene attribuita al comune una quota di edificabilità disgiuntamente dalla titolarità del terreno atto a produrla.

⁸⁵ A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, in questa *Rivista*, 2008, 429.

⁸⁶ Rinvio ancora a *Le perequazioni e le compensazioni*, *passim*.

⁸⁷ La perequazione territoriale muove dal valore dell'equità territoriale e mira, tra l'altro, a favorire la localizzazione di infrastrutture generatrice di esternalità diffuse (S. VILLANI, *Un'analisi del problema della 'localizzazione indesiderata' attraverso la teoria dei giochi e l'economia cognitiva*, in *Econ. font. energ. amb.*, 2008, 69). Si veda in tal senso la prima esperienza su larga scala promossa dalla Provincia di Lodi (sulle precedenti esperienze condotte in alcuni contesti vallivi dell'Emilia Romagna si era paritariamente soffermato A. BRUZZO -- E. K. ZIMMER, *La perequazione territoriale*, Bologna, 2006).

In tal senso occorre, per fare solo due esempi, ribadire la distinzione tra perequazioni pure (che mirano solo a promuovere densificazioni e diradamenti) e perequazioni a finalità infrastrutturativa (funzionali alla acquisizione di aree senza oneri per l'amministrazione); tra perequazioni (a base pienamente volontarie) e compensazioni (in cui l'attribuzione di crediti compensativi consegue è consustanziale all'esercizio di un potere autoritativo dal parte dell'amministrazione) e, di lì tra *diritti edificatori* e *crediti compensativi*⁸⁸. Altra distinzione molto netta e carica di differenti implicazioni giuridiche si registra tra perequazione d'ambito (o di comparto), con la variante del comparto anche discontinuo e perequazione estesa. Nel dibattito giuridico i due schemi sollevano problemi profondamente diversi: si registra tuttavia come occupino stabilmente il campo le eccezioni rispetto alle soluzioni imperniate sulla circolazione dei titoli volumetrici⁸⁹, che vengono sovente opposte in termini quasi pregiudiziali alla perequazione come tale, mentre tali profili attengono unicamente ai (rarissimi: Milano) piani che si informano a questo schema. Restano in tal modo sullo sfondo tutte le delicate questioni legate alle dinamiche cooperative (non di scambio) che connotano la perequazione d'ambito.

5. I piani perequativi sicuramente riescono ad assicurare con maggior efficacia rispetto ai piani di matrice tradizionale, imperniati sulla sequenza vincolo-esproprio LLPP, il perseguimento di obiettivi infrastrutturali e ambientali e, nel far ciò, consentono anche – di riflesso – una riduzione degli affetti disuguaglianti della decisione pianificatoria. A quest'ultimo proposito, va rimarcato che la componente infrastrutturativa e la preservazione degli spazi verdi (in ragione delle prestazioni ecosistemiche che queste aree garantiscono: va ricordato che la pianificazione urbanistica si occupa di una risorsa tipicamente multidimensionale come il territorio⁹⁰: occorre quindi tenere nettamente distinte due situazioni territoriali: a. i tessuti consolidati, di cui viene primariamente in rilievo - ad una osservazione a scala locale - il valore d'uso per i proprietari e per gli utilizzatori urbani, e rispetto ai quali occorre regolare le trasformazioni (con un *favor* per il riuso e la ricucitura degli spazi interstiziali) con il fine della massima efficienza dei sistemi urbani; b. gli areali agro-naturali, che - osservati a scala allargata – rivelano il loro statuto di spazi ambientali ad elevate valenze ecologiche e di unità di paesaggio, il cui valore di lascito deve essere preservato (in quanto capitale naturale atto ad assicurare servizi ecologici e culturali) secondo le logiche ed i principi propri del diritto ambientale⁹¹ (la responsabilità intergenerazionale⁹², l'affievolimento della

⁸⁸ P. MARZARO, *Credito edilizio, compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge veneta*, in questa Rivista, 2005, 645.

⁸⁹ A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, II, 3.

⁹⁰ Per una impostazione non dissimile, P. MADDALENA, *Il bosco e l'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 635.

⁹¹ P. CERBO, *I 'nuovi' principi del codice dell'ambiente*, in *Urb. app.*, 2008, 533; U. SALANITRO, *I principi generali nel Codice dell'ambiente*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 103.

⁹² G. LUCIENA, *Ambiente, diritti delle generazioni future ed etica delle responsabilità*, in *La tutela multilivello dell'ambiente*, a cura di F. Gabriele – A.M. Nico, Bari, 2005, 191; R. BIFOLCO, *Diritto e generazioni future*, Milano, 2008; J. C. TREMEL, *A Theory of Intergenerational Justice*, London, 2009; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

dimensione dominicale⁹³ e micro-particellare ed il riconoscimento che il suolo ha natura di bene comune⁹⁴, in quanto garantisce servizi a fruizione indivisa⁹⁵)

⁹³ A. MORRONE, *Diritti collettivi, proprietà collettiva e Costituzione*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 1, 2008, Milano, 2008, 30.

⁹⁴ Una osservazione a scala opportunamente allargata (imposta tra l'altro a livello comunitario: Direttiva 42/2001/CE), che consente di verificare le specificità dei livelli gerarchici superiori, rivela a chiare lettere lo statuto di comparto ambientale del suolo (alla stessa stregua dell'acqua e dell'aria) e la natura dei grandi spazi aperti quali ambiti connotati primariamente dalle rispettive irrinunciabili valenze ecologiche. Rispetto a questi beni viene prioritariamente in rilievo l'esigenza di preservazione di quelli che nelle scienze ecologiche si definiscono valori di esistenza e di lascito: in ragione dell'assetto geomorfico del suolo (suolo-fisico o pedosfera, elemento abiotico dell'ambiente, profondo solo poche decine di centimetri, composto di minerali dotati di peculiari caratteristiche fisico-chimiche decisive nella regolazione dei cicli: il suolo filtra le acque e ne regola il ciclo di rinnovo, detossifica e degrada molte sostanze inquinanti, regola il clima, cattura CO₂) ed in ragione delle coperture prativo-forestali e della biodiversità che ospita (suolo-piattaforma dell'ambiente e suolo-*habitat* di una ricchissima componente biotica ed elemento essenziale delle reti trofiche e nella decomposizione della materia organica). Questi stessi suoli (nelle loro inscindibili componenti abiotica e biotica) costituiscono dunque un capitale naturale atto ad assicurare essenziali e insostituibili servizi ecologici, la cui sopravvivenza è incompatibile con la copertura-impermeabilizzazione-recinzione derivante dalla diffusione insediativa (ed. sigillatura dei suoli). Inoltre il suolo assolve ad una infungibile ed essenziale funzione nella produzione agro-alimentare.

Con un mutamento profondo di cui non si è ancora messa a fuoco la portata, la pianificazione comincia progressivamente ad incorporare queste consapevolezza e il consentaneo orizzonte valoriale (si può citare un recente intervento normativo delle Regione Lombardia, secondo cui "La Regione riconosce il suolo quale bene comune" (l.r. 28 dicembre 2011, n. 25, art. 4-*quater*). In parallelo il diritto urbanistico si avvia ad un profondo riordino che postula l'estensione a questo settore di taluni principi generali forgiati nel diritto ambientale (tra questi spicca la responsabilità intergenerazionale, non a caso espressamente richiamata dalle leggi regionali sul governo del territorio: cfr. art. 2 l.r. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12; BEPULCO, *Diritto e generazioni futura*, Milano, 2008; TREMFI, *A Theory of Intergenerational Justice*, London, 2009; FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; CERBO, *I "nuovi" principi del codice dell'ambiente*, in *Urb. app.*, 2008, 553; SALANITRO, *I principi generali nel Codice dell'ambiente*, *Giorn. dir. amm.*, 2009, 103).

Rispetto agli areali agro-naturali la funzione conformativa del piano è dunque teleologicamente orientata alla preservazione dell'integrità del comparto ambientale terrestre nella sua infrazionabile unitarietà (di fronte alla quale si scolora la dimensione giuridica dell'appartenenza di stampo individualistico-liberale: A. MORRONE, *Diritti collettivi, proprietà collettiva e Costituzione*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 1, 2008, Milano, 2008, 30): i beni territoriali ricadenti in questi contesti vengono assunti nel piano quali frazioni di unità ecosistemiche e paesaggistiche significative, spesso già ottimalmente perimetrate a scala sovracomunale, rispetto alle quali la conformazione assume un contenuto eminentemente protezionistico, che si esplica mediante l'interdizione di tutti gli utilizzi incompatibili con la preservazione della piena attività del suolo stesso a garantire servizi ecosistemici (si pensi alla connettività delle reti ecologiche ed alle continuità boschive). Nel complesso, si può parlare, con tutta la stipulatività dei nomi, di 'conformazione custodiale'. Nei tessuti urbani si dispiega invece nei suoi termini caratteristici il tipico modello di conformazione della proprietà privata mediante la funzione pianificatoria (GIANNINI, *Base costituzionali*, in *Pol. dir.*, 1971, 443; MILO, *Il potere di governo del territorio. Principi ricostruttivi*, Milano, 2005), descrivibile in questa particolare angolatura quale strumento preordinato a garantire un bilanciamento tra le esigenze del sistema urbano-bene comune e la dimensione dominicale del suolo bene privato.

Negli areali agro-naturali, le valenze ambientali condizionano invece a tal segno il processo di qualificazione giuridica da rendere preponderante la valenza (non dominicale e funzionale) del suolo quale 'bene comune', con conseguente scolorarsi della dimensione proprietaria del suolo-bene privato. Il suolo-bene comune ambientale è del resto esposto – secondo la nota metafora coniata dal biologo G. Hardin (HARDIN, *The Tragedy of Commons*, in *Science*, 1968, 1243) – all'immanente rischio di esaurimento da

costituiscono contenuti necessitati dei piani urbanistici non tanto per ottemperanza ad una regola parametrica (il percorso di scostamento dalle logiche preconizzate dal D.M. 1444/1968 e, più in generale, dall'urbanistica parametrica è ormai definitivamente avviato) ma anche in risposta a sollecitazioni sovranazionali. Si possono indicare, tra le altre, la Carta Urbana Europea 'Manifesto per una nuova urbanità', approvata dal Consiglio d'Europa il 27 maggio 2009, in cui si profila il rapporto di diretta ed inscindibile strumentalità tra le dotazioni territoriali e le politiche dell'inclusione, profilando nella dimensione urbana l'ambito ottimale di costruzione della *coesione sociale*; ancora si può pensare alle indicazioni derivabili dalla Direttiva 2001/42/CE in tema di VAS, da cui si ritrae l'indicazione circa la necessità di politiche attive per gli spazi aperti (entro cui le soluzioni perequativo-compensative sovente rappresentano l'unica risorsa regolatoria) e di una dimensione di scarsità e finitezza delle

'sovraconsumo', determinato – fuor di metafora – da trasformazioni atte a determinare la dispersione delle caratteristiche morfologiche originarie dei suoli e delle correlate potenzialità ecologiche. Questa soluzione qualificatoria (a cavallo tra dogmatica giuridica ed economica) – è bene precisarlo – si colloca su un piano diverso rispetto alla tradizionale dogmatica utilitaristica sottesa al riconoscimento ad una cosa della natura di bene (art. 810 c.c.). Per evitare equivoci linguistico-concettuali, è solo il caso di ricordare che secondo questo schema ordinatore un bene si definisce comune per le funzioni a cui assolve, non perché posto necessariamente in proprietà pubblica (DELLA CANANEA, *I beni*, in: *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, IV ed., Milano, 2011, in part., 234). Interfaciando poi questa conclusione con la categorizzazione codicistica, emerge il dato secondo cui il suolo costituisce un bene comune che non necessita affatto di essere demanializzato (a differenza di quanto accade con riferimento alle acque, maggiormente esposte al rischio di usi privati incompatibili con la preservazione delle funzioni ambientali e a differenza di quanto accade negli USA, ove operano storicamente i grandi *tracts* impegnati nella acquisizione in funzione di tutela di grandi spazi verdi: CASERTANO, *Proprietà e ambiente. La soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela*, Milano, 2008, in part., 76), proprio in quanto – in linea generale – attraverso acconci comandi pianificatori di matrice custodiale (a cui in alcuni particolari ambiti si assommano previsioni vincolistiche impresso dalla normativa ambientale-paesaggistica secondo lo schema delle tutele parallele: CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 386) è possibile garantire un livello di tutela atto a preservare adeguatamente lo statuto e la funzione ambientale di queste aree, lasciando ai proprietari – nel rispetto del principio di proporzionalità (quale scelta del minimo mezzo) – la possibilità di ritrarre talune utilità secondo modalità compatibili con la preservazione dell'assetto fisico-morfologico del suolo (ad esempio la coltivazione dei fondi ed il governo del bosco, non implicanti la trasformazione edificatoria ed oggi anzi correntemente riconosciuti componenti fondamentali di una *governance* ambientale, grazie ed. multifunzionalità dell'agricoltura favorita dai programmi comunitari: ADORNATO, *Proprietà collettiva e profili ambientali*, in *Agricoltura-Istituzioni-Mercati*, 2007, in part., 60). E' solo il caso di ricordare che la categoria dei beni comuni è stata utilizzata dalla Corte di Cassazione (C., S.U., 3813/2011 cit.) per giustificare la pubblicità di beni ambientali, con affermazioni che travalicano la dicotomia pubblico-privato e si ancorano invece direttamente alle valenze ambientali dei beni, dalle quali deriva – in attuazione dei valori costituzionali (artt. 2, 9, 32, 117 Cost.) – un dovere di protezione che coinvolge l'amministrazione pubblica non solo quale titolare del demanio, ma più in generale quale custode necessario dei beni atti a garantire, secondo dinamismi svincolati dalle categorie dell'attribuzione e dell'appartenenza, prestazioni ecologiche: in tal senso si può quindi ribadire che i suoli non trasformati, esterni ai sistemi insediativi, hanno sicuramente tali caratteristiche, con la conseguenza che la pianificazione urbanistica diviene il principale strumento attraverso cui si esplica la funzione 'custodiale' che su tali beni compete – su un piano di stretta doverosità – all'amministrazione.

⁹⁵ Il richiamo va al fondamentale contributo di M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2006.

previsioni incrementali (la cui predeterminazione risente fortemente dei risultati della VAS e la cui allocazione efficiente chiama quindi nuovamente in causa i pianificatori e le amministrazioni). Se a ciò si aggiungono i richiami della CEDU rispetto al contenuto del diritto di proprietà ed i riflessi sull'ordinamento interno in tema di computo dell'indennità di esproprio (che hanno ormai costretto i comuni, oppressi anche dalle esigenze della stabilità economico-contabile, a rinunciare definitivamente alla leva ablatoria), si ha la misura della *necessarietà* della riconformazione (almeno in particolari situazioni, laddove le ordinarie leve conformative lasciano trasparire i loro limiti) dei piani in chiave perequativa⁹⁶.

6. In tal senso risponderebbe ad una esigenza primaria valutare, in alcuni casi ormai a distanza di anni dall'approvazione, i risultati effettivamente prodotti dai piani perequativi, sul duplice fronte della capacità di garantire una maggior equità e una effettività nel perseguimento degli obiettivi (infrastrutturativi ed ambientali) assunti in sede di pianificazione. Sul primo versante, emerge ormai in termini evidenti la logica eccessivamente semplificatoria (quando non ideologica) di alcuni approcci (si pensi alla frusta retorica egualitarista che sta dietro all'idea dell'indice unico), dietro i quali si nascondono in realtà autentici arbitri. Per evitare che il piano perequativo si risolva in una distribuzione non riscontrabile e non ripercorribile nel suo itinerario logico-decisionale, ponendo la collettività di fronte ad un segmento (*frame*⁹⁷) della funzione pianificatoria e ad un tassello fondativo del piano sottratti altresì ad ogni forma di partecipazione e nei fatti scarsamente sindacabili, occorre dunque insistere sulla imprescindibilità della fase analitica di classificazione dei suoli⁹⁸ e sulla piena conoscibilità-sindacabilità delle decisioni preliminari alla strutturazione del piano: il caso Milano sembra in tal senso decisamente emblematico. L'impressione complessiva è che le *performance* di questi piani siano eccessivamente enfattizzate e che un attento monitoraggio (doveroso, anche in chiave autocorrettiva⁹⁹) farebbe emergere come molti dei risultati attesi siano ben lungi dall'essere prossimi al raggiungimento e come, specie nei piani con perequazione diffusa, la formazione 'a mosaico' della città pubblica prosegua a rilento, con tempi non compatibili con le esigenze di flessibilità dell'urbanistica moderna. In questa valutazione, come ha ricordato P. Urbani¹⁰⁰, occorre non farsi fuorviare dalla tendenza che si riscontra in molti contesti a giudicare il piano solo sulla base del successo di alcune specifiche operazioni, condotte con approccio

⁹⁶ Ancora P. STELLA RICITER, *Relazione generale*, cit.

⁹⁷ A. LIPPI, *La valutazione delle politiche pubbliche*, Bologna, 2007, in part., 119.

⁹⁸ S. STANGHELLINI, *Obiettivi e modelli dei piani urbanistici perequativi in Italia*, in *Strumenti per il governo del territorio. Perequazione e borsa dei diritti edificatori*, a cura di M. De Carli, Milano, 2007, in part., 39: "Gli elaborati di piano non riportano mai le analisi condotte per individuare e pesare tali caratteristiche. La classificazione dei suoli che viene resa nota al termine del processo decisionale appare quindi essere il frutto di valutazioni di sintesi".

⁹⁹ Ancora una volta la direttiva 2001/42/CE indica la necessità di una diversa strutturazione del *policy cycle*, entro cui il monitoraggio occupa un ruolo decisivo.

¹⁰⁰ P. URBANI, *La costruzione della città pubblica: modelli perequativi, diritto di proprietà e principio di legalità*, in www.giustamm.it.

consensuale ed identificando l'impresa (non il privato) quale interlocutore privilegiato.

7. Una delle ragioni che stanno alla base del rendimento a volte decisamente sub-ottimale dei piani perequativi è sicuramente da ricercare nella eccessiva complessità di questi strumenti. Complessità nel senso di attitudine degli stessi a generare *compliance costs* in capo ai proprietari che siano interessati a conformarsi agli scenari di valorizzazione immobiliare prefigurati dal piano. Questo fenomeno si verifica per una certa complessità del linguaggio ('fondi sorgente'; 'fondi accipienti'; 'voli', 'atterraggi', etc.). Ma vi sono anche ragioni legate alla struttura dei piani stessi. Nelle perequazioni endoambito (in teoria le più semplici, poste saldamente sui binari di una prassi non diversa da quella tipica dei piani attuativi) sovente il novero dei soggetti coinvolti si dilata a dismisura e, in una impropria mescolanza tra strumenti, si prevede la necessità di 'atterraggio' di diritti edificatori prodotti extra-ambito. Nei piani a perequazione diffusa è invece assai difficoltoso per le parti coinvolte (in numero generalmente assai elevato, per riflesso di una tradizionale parcellizzazione dominicale) trovare formule e luoghi di negoziazione dei titoli volumetrici ed in alcune situazioni si richiede che l'atterraggio investa contestualmente una percentuale di diritti edificatori ed una aliquota di crediti compensativi. In entrambe le tipologie di piani è chiesto ai comuni di assumere un atteggiamento pro-attivo, che deve favorire l'incontro di volontà di soggetti che a volte hanno agende e preferenze individuali non convergenti. Se solo dall'attuazione integrale del piano perequativo può derivare il perseguimento degli obiettivi di utilità collettiva che si riconnettono al dispiegamento delle potenzialità insediative (risultati non raggiungibili mercé l'attuazione soltanto di alcune di tali previsioni: quelle di maggior interesse economico o connotate da maggior facilità di attuazione), occorre che l'amministrazione, assumendo un ruolo che un tempo - quando essa si disinteressava dell'attuazione del piano, relegato in una condizione di ottatività - le era per definizione estraneo, cerchi di fornire certezze e fluidità a questi quasi-mercati. Ciò avviene già in alcuni ambiti, ad es., mediante l'indizione di aste, la pubblicazione di prezzi medi, l'organizzazione di sistemi para-borsistici¹⁰¹. I comuni, in altre parole, devono supplire ad un sistema pubblicitario storicamente pensato solo per l'annotazione dei negozi su diritti reali (che - pur a fronte della notevole apertura rappresentata C. cost. 4 dicembre 2009, n. 318, secondo cui l'art. 2643 c.c. non contiene un elenco tassativo degli atti trascrivibili, ma adotta una "formulazione aperta"¹⁰²). Al bisogno di certezze reclamate da questi particolari mercati urbanistici si cerca quindi di rispondere (del tutto impropriamente) mediante la costituzione di un 'registro comunale' nel

¹⁰¹ *Strumenti per il governo del territorio. Perequazione e borsa dei diritti edificatori*, a cura di M. De Cadi, cit., *passim*.

¹⁰² Prima di tale sentenza - decisiva per dare slancio ai modelli di circolazione dei titoli volumetrici - (e del recente intervento normativo) si era ritenuto che non fosse consentita la trascrivibilità dei negozi aventi ad oggetto titoli volumetrici, salvo che questi venissero qualificati come 'diritti atipici di natura reale', con tutte le difficoltà - pur non insuperabili - che pone il principio del 'numero chiuso' dei diritti reali: G. RIZZI, *La circolazione dei crediti edilizi*, in *Nuovi strumenti di pianificazione urbanistica e del territorio*, Milano, 10-20 febbraio 2009.

quale vengono annotati, dopo l'assegnazione, i diritti edificatori ed i crediti compensativi (opportunamente distinti tra loro) e le correlative vicende di circolazione. Una funzione dunque, ad un tempo, di semplificazione ed efficientamento. Questo registro, com'è evidente, non può tuttavia avere alcuna funzione di regolazione dei conflitti mediante opponibilità a terzi: tale funzione è riservata in via esclusiva ai registri immobiliari. Il legislatore è finalmente intervenuto mediante l'art. 5 del d.l. 70/2011, convertito con l. 12 luglio 2011, n. 106, secondo cui "per garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori" si è prevista la trascrivibilità, ai sensi dell'articolo 2643 del codice civile, dei "contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale". Questo non significa tuttavia la fine dei registri a tenuta comunale, che potranno utilmente assumere una funzione di volano delle negoziazioni: basti pensare alle forme di pubblicizzazione in rete delle disponibilità attuali di titoli volumetrici 'alla ricerca di atterraggio'. Il registro, inoltre, può divenire occasione di gestione 'dematerializzata' dei titoli volumetrici¹⁰³, ossia di gestione-circolazione non materiale delle cedole corrispondenti al titolo, secondo una caratteristica vicenda evolutiva che, nella ricerca di una sempre maggior sicurezza delle negoziazioni, ha investito la disciplina dei titoli di credito e delle quote societarie negli ultimi decenni¹⁰⁴. Alla mancanza di certezze si aggiunge un trattamento tributario non coerente con la circostanza che la circolazione dei titoli volumetrici non postula la circolazione della proprietà¹⁰⁵.

8. La perequazione diffusa¹⁰⁶ si innerva su un innovativo principio di smaterializzazione della dotazione volumetrica assegnata ad un fondo-sorgente sotto forma di 'diritto edificatorio' e cedibile a titolo oneroso. Il dispiegamento del diritto edificatorio assegnato ad un'area che il pianificatore non consente venga trasformata (fondo sorgente) può avvenire su uno qualsiasi dei molteplici fondi-accipienti previsti dal piano quali aree di concentrazione necessaria. La vicenda di attuazione del piano si frammenta dunque in una teoria di iniziative individuali. Il piano si limita a prefigurare due macro-categorie di fondi ed è lasciata all'iniziativa individuale (al mercato, si potrebbe dire, senza ascrivere a questo termine alcuna accezione valoriale) l'individuazione delle possibili soluzioni di

¹⁰³ Per una sagace messa a nudo della funzioni e metafore su cui si costruisce il diritto, si veda F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010.

¹⁰⁴ M. CIAN, *Dematerializzazione*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. II, Milano, 2008, 313.

¹⁰⁵ A. PISCHETOLA, *La circolazione di subalterna, di crediti edilizi e di diritti edificatori: - profili fiscali*, in *Fisco*, 2011, 2664.

¹⁰⁶ E. MICELLI, *I diritti edificatori per gestire piani e progetti: opportunità e limiti di un'innovazione controversa*, in *Studi regionali*, 2007, 91, ha suggerito di tenere distinte le vicende perequative da quelle che prevedono la circolazione dei diritti edificatori (che questo autore non ritiene opportuno separare dai crediti compensativi). Qui si è preferito classificare come forme diverse di perequazione quella endoambito e quella estesa, sul presupposto che in entrambe si mira a risultati di equità ed efficacia infrastrutturativa.

atterraggio: il piano si astiene dunque dal predeterminare la destinazione puntuale dei diritti edificatori¹⁰⁷, limitandosi a prevedere che ogni trasformazione sia il risultato di un 'atterraggio' di diritti edificatori esogeni che si saldano alla (eventuale) dotazione intrinseca del fondo-accipiente (comunque insufficiente a consentire la trasformazione dell'area)¹⁰⁸. Questo schema risulta quindi molto diverso non solo da un piano tradizionale ma anche dal *mainstream* perequativo diffusosi in questi anni.

La circostanza che la perequazione diffusa coinvolga tutti i suoli urbani non postula affatto l'applicazione di un indice unico, come semplificatoriamente previsto nel piano di Milano, con l'effetto di scolorare le differenze morfologiche ricevute, preesistenti al piano. Dovendo regolamentare scambi tra quadranti territoriali con accentuate differenze morfologiche, questo tipo di piani devono invece necessariamente prevedere dei 'coefficienti di ponderazione'¹⁰⁹, sotto forma di indici fondiari differenziati, legati alle destinazioni concretamente insediabili ed alle differenze di posizione tra le diverse aree di atterraggio. Questa fondamentale operazione, che si sostanzia nell'attribuzione di una consistenza differenziata ai diritti edificatori in ragione dell'area di origine e di atterraggio, è consentanea alla classificazione dei suoli che precede l'attribuzione del diritto edificatorio e serve a preservare il principio di eguaglianza effettiva in un orizzonte di circolazione dei titoli volumetrici in contesti molto eterogenei come le città, luoghi della differenza per antonomasia.

Va aggiunto che la perequazione estesa istituisce un dinamismo aperto, che non contempla vincoli di contestualità rispetto a specifiche vicende attuative (come accade invece negli ambiti di trasformazione e, più in generale, nei piani attuativi). Un piano così impostato massimizza l'autonomia dei proprietari ed in tal modo tende ad assecondare (anziché ingabbiare) i processi complessi¹¹⁰ che determinano i ritmi e gli itinerari di sviluppo di una città.

Un piano di questa matrice è tuttavia destinato a dare risultati organici in un torno di anni non breve: va infatti messo in conto che l'attuazione proceda come in una sorta di macro-mosaico, frammento dopo frammento. Va da sé che un tale modello è incompatibile con il

¹⁰⁷ E. MICELLI, *I diritti edificatori*, cit., in part., 97.

¹⁰⁸ Il piano sul fondo accipiente prevede un indice fondiario minimo (superiore alla dotazione volumetrica intrinseca): in tal modo la trasformazione deve necessariamente passare per la concentrazione sul fondo di volumi derivanti da diritti edificatori esogeni: è la critica rivolta al 'modello milanese' anche da F. CURTI, *L'indice al mercato*, in *Per un'altra città. Riflessioni e proposte sull'urbanistica milanese*, Rimini, 2008, in part., 50.

¹⁰⁹ Questo passaggio, anche ove non espressamente previsto, diviene indispensabile – anche al fine di garantire piena giustiziabilità alla decisione di piano – specie in presenza di ambiti perequativi estesi: cfr. F. FORTE, *Struttura e forma del piano urbanistico comunale perequativo*, cit., in part., 150, il quale sottolinea che "con lo scopo di perseguire efficacia nell'azione amministrativa, nella traslazione e negli atterraggi di edificabilità consentita va prevista la 'ponderazione', per effetto della disomogeneità dei valori fondiari riscontrati". S. STANGHELLINI, *Obiettivi e modelli dei piani urbanistici perequativi in Italia*, in *Strumenti per il governo del territorio. Perequazione e borsa dei diritti edificatori*, a cura di M. De Carli, Milano, 2007, in part., 39: "Gli elaborati di piano non riportano mai le analisi condotte per individuare e pesare tali caratteristiche. La classificazione dei suoli che viene resa nota al termine del processo decisionale appare quindi essere il frutto di valutazioni di sintesi".

¹¹⁰ C. S. BERTUGLIA – L. STARUCCO, *Complessità, autorganizzazione, città*, Milano, 2000.

perseguimento di risultati territoriali che presuppongano un coordinamento proprietario focalizzato su specifiche aree-progetto, mentre si presta a garantire una prospettiva di effettività a progetti territoriali che si articolino in densificazioni e diradamenti e che prevedano ampie demanializzazioni dell'ambiente (ossia acquisizioni o conformazioni attive di ampi areali naturali come aree periurbane o boschi). La funzione di disegno territoriale in questi episodi di pianificazione deve quindi esprimere soluzioni 'modulari' per la strutturazione di un assetto urbano funzionale, ma, d'altro canto, non deve vincolare eccessivamente il ventaglio delle possibilità di negoziazione tra i proprietari (non deve cioè predeterminare rigidamente l'ambito di possibile atterraggio di ciascun diritto edificatorio), onde scongiurare il manifestarsi delle tipiche 'patologie del mercato' (monopolio, dipendenza, atteggiamenti predatori) che diverrebbero esiziali fattori di inceppamento del modello. Si può del resto parlare di un 'mercato' dei titoli volumetrici, solo se ciascun proprietario (tanto chi disponga di un fondo-accipiente, tanto chi sia titolare di diritti edificatori esportabili) può immediatamente identificare un numero elevato di potenziali interlocutori (anzi, proprio la ristrettezza ed asfitticità di questo 'mercato' finirebbe per far fallire il modello).

9. In qualche piano di comuni più piccoli, in cui l'amministrazione assume unicamente l'obiettivo di non superare una certa soglia di densità, si profila addirittura la possibilità riconoscere margini di autonomia ancor maggiori ai privati, lasciando ai proprietari l'opzione circa la valenza quale fondo-sorgente od accipiente della rispettiva area¹¹¹. In altre realtà ove la perequazione è funzionale a garantire la formazione di vaste aree a parco pubblico (come a Bergamo) i fondi-sorgente rimangono invece rigidamente identificati in coincidenza con i perimetri dei futuri parchi, che si formeranno progressivamente, in seguito alla sequenza di cessioni che si perfezioneranno nell'arco temporale di efficacia del piano (come, del resto è accaduto nel caso – assai noto – della 'darsena verde' di Ravenna). A questo punto risulta imprescindibile aggiungere qualche considerazione circa la natura giuridica dei titoli volumetrici che circolano in questa tipologia di piani¹¹² e fissare la fondamentale distinzione tra diritti edificatori, che circolano nelle vicende di matrice perequativa, e crediti compensativi, che sono invece generati e messi in circolazione nell'ambito di interventi di matrice compensativa. Occorre sottolineare che tanto nelle vicende perequative quanto in quelle compensative senza predeterminazione di ambiti oggetto di attribuzione ai proprietari possono essere titoli volumetrici scambiabili.

Il legislatore, mentre da anni si reclama invano un complessivo intervento riformatore che detti dei principi di fondo rispetto al sistema pianificatorio, con un intervento parziale (e quasi estemporaneo: il citato art. 5, l. 11 luglio

¹¹¹ È il caso dei piani citati da G. SARTORIO - F. PINTO, *L'applicazione diffusa del principio perequativo per la tutela attiva del paesaggio nel pgt*, in *Territorio*, 2010, 49; si veda anche M. RENNA, *L'esperienza della Lombardia, in Governo e mercato dei diritti edificatori*, cit., 57.

¹¹² A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, II, 3.

2011, n. 106¹¹³) si è limitato a prevedere la trascrivibilità dei negozi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione, o la modifica dei diritti edificatori, intervenendo entro un'area che – attenendo alla materia dell' 'ordinamento civile' – è costituzionalmente preclusa alla legislazione regionale (art. 117, II comma, lett. l), Cost.).

Il recente intervento normativo, lungi dal chiudere il dibattito in corso¹¹⁴, sollecita qualche riflessione. La prima ha ad oggetto la corretta identificazione categoriale dei diritti edificatori menzionati dalla legge. La norma si limita a rinviare alle denominazioni previste dalla legislazione statale e regionale ed anche alle denominazioni espresse dai piani. Va detto che in questo settore il lessico è ancora in cerca di una definitiva stabilizzazione: è tuttavia necessario fissare almeno una distinzione tra vicende perequative e vicende compensative, dicotomia che reca con sé la distinzione tra diritti edificatori e crediti compensativi.

La scarsa consapevolezza delle differenze tra le perequazioni e le compensazioni fa sì che i piani mantengono una notevole incertezza terminologica e concettuale circa il binomio *diritti edificatori - crediti compensativi*. Sul piano teorico (e pratico) si profila invece una netta distinzione tra i titoli volumetrici scambiabili che si assegnano ai proprietari coinvolti nella perequazione (diffusa) e nelle compensazioni (infrastrutturale ed ambientale-paesaggistica).

Il diritto edificatorio costituisce lo strumento per allocare dotazioni volumetriche anche a beneficio di fondi urbanisticamente non trasformabili, con lo scopo di consentire ai rispettivi proprietari di concorrere alla distribuzione dei benefici economici indotti dal piano, mediante lo scambio dei titoli rappresentativi di tale volumetria con i proprietari dei fondi-accipienti, su cui si concentreranno le trasformazioni. Secondo il tipico schema delle previsioni conformative, il diritto edificatorio viene ad accedere al fondo, anche se tale potenzialità, prodotta *dal* fondo, non sarà dispiegabile *sul* fondo.

Il credito compensativo assolve invece ad una funzione tipicamente indennitario-compensativa, a ristoro dei 'pesi' imposti dal piano ai proprietari di specifici fondi. Il credito compensativo accresce quindi, in funzione di riequilibrio, il patrimonio del proprietario di tali fondi, garantendo a tale soggetto, in seguito alla circolazione del credito, la possibilità di ottenere un risultato economico che ripristini la propria originaria consistenza patrimoniale. Il sintagma 'credito compensativo' esprime quindi con pregnanza i tratti di una sequenza entro la quale il proprietario che adempie ad una obbligazione infrastrutturativo-urbanistica-paesaggistica ottiene il ristoro non mediante una contestuale controprestazione da parte dell'amministrazione (come accadrebbe in caso di immediata liquidazione di una indennità in numerario o come accade quando al privato viene assegnata in permuta un'altra area), bensì tramite l'assegnazione di un titolo che garantisce a tale soggetto un soddisfacimento differito, conseguente ad un'altra vicenda giuridica di circolazione del

¹¹³ Su questo intervento normativo mi permetto di rinviare a E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, in *Urb. appalti*, 2011, 1051.

¹¹⁴ Si veda, tra i contributi ricostruttivi più aggiornati e completi, P. URBANI, *L'urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Milano, 2011.

suddetto titolo. Anche in questo caso è una redistribuzione privata a garantire il controvalore dell'obbligazione urbanistica adempiuta e l'amministrazione risparmia il costo dell'indennizzo in denaro (l'amministrazione 'batte' cioè moneta volumetrica, che ha comunque un costo in termini di consumo di suolo¹¹⁵).

Questi titoli differiscono anche in ragione del rispettivo regime giuridico. I diritti edificatori sono assegnati direttamente dal piano, alla stregua di un carattere giuridico-urbanistico del fondo. Sono scambiabili dal momento della approvazione del piano e ne costituiscono un 'prodotto' diretto. I crediti compensativi sono (sovente) quantificati dal piano (in stretta proporzione alle prestazioni imposte al proprietario) ma assegnati al soggetto proprietario del fondo vincolato o gravato da obblighi di *facere* solo ad esito della effettiva cessione del fondo o dell'esatto adempimento dell'obbligazione di riqualificazione paesaggistico-ambientale. Sono dunque scambiabili solo dopo l'assegnazione su base negoziale, in seguito ad una particolare vicenda che si colloca nella fase attuativa del piano urbanistico generale.

Da ultimo, le due diverse tipologie di titoli volumetrici reagiscono in maniera diversa al riesercizio del potere pianificatorio da parte dell'amministrazione. I diritti edificatori rimangono immanentemente sottoposti al potere di revisione del piano da parte dell'amministrazione¹¹⁶ (salvo che il comune – alla stregua di un autolimito – non dichiari di voler tenere ferma tale attribuzione per un certo numero di anni, magari già preannunciando il dissolvimento progressivo dei diritti decorso tale periodo di stabilità garantita). Una diversa regola dovrebbe invece valere per i crediti compensativi, che costituiscono il risultato di una prestazione che il privato ha già assolto (cedendo la propria area o riqualificando un proprio manufatto).

E' quindi fondamentale che gli operatori coinvolti in negozi aventi ad oggetto titoli volumetrici possano disporre di indicazioni chiare (deducibili, ad es., da un certificato di destinazione urbanistica e dalla nota di trascrizione) circa la natura ed il regime delle potenzialità offerte dal titolo stesso.

La seconda considerazione attiene alla funzione che la trascrivibilità dei negozi su titoli volumetrici può assumere. Nei piani a perequazione diffusa e compensativi, è assai difficoltoso per le parti coinvolte (in numero generalmente molto elevato, di riflesso rispetto alla parcellizzazione dominicale) trovare formule e luoghi di negoziazione dei titoli volumetrici ed in alcune situazioni si richiede che l'atterraggio investa contestualmente una percentuale di diritti edificatori ed una aliquota di crediti compensativi (per evitare che gli 'atterraggi' più appetibili siano appannaggio dei titolari di diritti edificatori che – come chiarito – cominciano a circolare anticipatamente rispetto ai crediti edificatori). In entrambe le tipologie di piani ai comuni è chiesto di assumere un

¹¹⁵ P. PILERI, *Compensazione ecologica preventiva. Principi, strumenti e casi*, Roma, 2007.

¹¹⁶ La vita giuridica dei diritti edificatori non dovrebbe superare quella della parte operativa del piano (o del regolamento urbanistico in Toscana o del documento di piano in Lombardia), onde consentire il ripensamento senza condizionamenti delle politiche territoriali all'apertura di nuovo 'ciclo'.

atteggiamento pro-attivo, teso a favorire l'incontro di volontà di soggetti che a volte hanno agende e preferenze individuali non convergenti. Se solo dall'attuazione integrale del piano perequativo-compensativo può derivare il perseguimento degli obiettivi di utilità collettiva che si riconnettono al dispiegamento delle potenzialità insediative, occorre che l'amministrazione cerchi di fornire certezze e fluidità a questi quasi-mercati. Ciò avviene già in alcune realtà, ad es., mediante l'indizione di aste, la pubblicazione di prezzi medi, l'organizzazione di sistemi paroborsistici¹¹⁷ (sulla scia del modello statunitense del *Transfer of Development Rights*¹¹⁸).

Il citato art. 5, intervenendo sull'art. 2643 del codice civile, risolve tuttavia solo alcuni dei problemi sul campo. Innanzitutto si prevede la trascrizione dei negozi giuridici "che trasferiscono" titoli volumetrici: si tratta di negozi che hanno quali parti dei privati e che dovrebbero ricalcare una modellistica consolidatasi negli ultimi anni in molte parti del paese. Il richiamo a "contratti che ... costituiscono o modificano i diritti edificatori" fa invece ragionevolmente pensare alla trascrizione di convenzioni o accordi (secondo il paradigma dell'art. 11, l. 241/90) mediante i quali nelle vicende compensative si assegnano i crediti compensativi. Resta invece irrisolto il problema del contenuto del titolo che, specie al di fuori dai casi in cui il titolo edificatorio sia stato assegnato nell'ambito di una convenzione, dovrebbe essere espresso da una *cartula* recante dettagliate indicazioni utilmente riportabili nella nota di trascrizione, entro la quale dovrebbero essere indicati con chiarezza i contenuti e le condizioni di esplicazione del titolo volumetrico (a volte assai articolate e sovente aventi a presupposto la convergenza decisionale di molteplici soggetti)¹¹⁹.

Alla mancanza di certezze giuridiche si aggiunge poi una perdurante (e intollerabile) incertezza circa il trattamento tributario (spesso computato in termini non coerenti con la circostanza che la circolazione dei titoli volumetrici non postula affatto la circolazione della sottostante proprietà dei suoli)¹²⁰.

¹¹⁷ *Strumenti per il governo del territorio. Perequazione a borsa dei diritti edificatori*, a cura di M. De Cati, Milano, 2007.

¹¹⁸ Negli Stati Uniti lo strumento del *Transfer of Development Rights* è stato usato principalmente per mantenere libere ampie aree ad elevata valenza ambientale (anche grazie all'intervento determinante di Trusts). M. WALLS - V. McCONNEL, *Transfer of Development Rights. Evaluating Program Design, Implementation and Outcomes*, Washington, 2007; J. BARRESE, *Efficiency and equity considerations in the operation of transfer of development right plans*, in *Land Economics*, 1983, 1235; R. A. JOINSTON - F. M. MADISON, *From landmarks to landscapes*, in *Journal of the American Planning Association*, 1997, 365; G. WOLFRAM, *The Sale of Development Rights and Zoning in the Preservation of Open Space: Lindahl Equilibrium and a Case Study*, in *Land Economics*, 1981, 398. Si veda per una utile esemplificazione il piano della città di New York, entro cui DTR è stato impiegato sin dal 1916 e reso uno strumento ordinario già negli anni scssanta: *City of New York Department of Planning*, 2002, in <http://www.nyc.gov/html/dcp/html/zoning/zoning.html>.

¹¹⁹ Nel corso del dibattito nelle commissioni alla Camera dei Deputati era stato approvato un emendamento (sollecitato dal mondo notarile) che prevedeva l'inserzione di un articolo 2645-*quater* nel codice civile, avente ad oggetto l'obbligo di trascrizione degli atti costitutivi di vincoli ad uso pubblico e di altri condizionamenti pubblicistici su immobili. Il testo finale non ha tuttavia ripreso tale previsione.

¹²⁰ A. PISCIETOLA, *La circolazione di cubatura, di crediti edilizi e di diritti edificatori: profili fiscali*, in *Fisco*, 2011, 2664.

Tutto ciò concorre a configurare una serie di 'costi transazionali' troppo elevati, che si frappongono al funzionamento efficiente dei dispositivi perequativo-compensativi¹²¹. Dalla trascrivibilità deriverà sicuramente un supplemento di certezza nelle vicende circolatorie su cui si fonda l'effettività dei piani perequativo-compensativi (anche se la circolazione secondo gli schemi cartolari caratteristici dei titoli di credito avrebbe sicuramente assicurato una maggiore fluidità alle circolazioni e minori costi), ma l'intervento del legislatore non può certo essere considerato sufficiente.

Un terza considerazione attiene infatti alla natura ed all'oggetto dei contratti di cui si prevede la trascrivibilità. Il decreto sviluppo con una certa enfasi preannunciava, al primo comma, la "tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi: la 'cessione di cubatura'": a prescindere dal *nomen* che ricorda forse troppo la figura definita nella prassi ormai da decenni¹²² che costituisce solo un lontano antecedente dei contratti aventi ad oggetto diritti edificatori, nel recente intervento normativo non si rinviene alcuna proposizione autenticamente tipizzante, al di là dell'indicazione circa la trascrivibilità¹²³.

10. Sullo sfondo della (non facile) diffusione dei piani perequativi continua dunque ad aleggiare una profonda vaghezza circa la qualificazione sostanziale, ontologica, dei titoli volumetrici.

Una prima opinione, diffusasi nella dottrina amministrativistica grazie alle proposte di A. Bartolini, ha profilato una ricostruzione del titolo volumetrico che pone l'accento sulla natura di fattore legittimante alla richiesta del titolo *ad aedificandum* attribuita al soggetto che detiene il titolo (validamente 'atterrato' in conformità alla normativa di piano). Oggetto di circolazione sarebbero cioè interessi pretensivi atti consentire la richiesta del permesso di costruire all'indirizzo dell'amministrazione. Questa prospettazione coglie innegabilmente nel segno con riferimento alla dimensione pubblicistica di cui non possono spogliarsi le vicende giuridiche che si ricollegano alle trasformazioni del territorio. Il diritto volumetrico è attribuito al fondo ad esito di un procedimento conformativo entro cui la posizione del proprietario è sicuramente qualificabile come interesse legittimo. Sono poi le leggi regionali a parlare espressamente di cedibilità del diritto volumetrico (ad es., l.r. Lombardia, 11 marzo 2005, n. 12), prevedendo che l'attributario originario (ossia il proprietario del fondo-sorgente) possa mettere in circolazione il

¹²¹ Il premio Nobel per l'economia 2009 O. Williamson (ID., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Milano, 1998) ha dedicato alcuni contributi fondativi a questo tema, dimostrando che i mercati risentono fortemente tanto dell'incertezza giudica, quanto delle rigidità di contesto che si innescano nelle negoziazioni.

¹²² Si veda, in termini riassuntivi, N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Rev. Not.*, 2005, 1113.

¹²³ Il richiamo a figure di situazioni soggettive o di vicende giuridiche mediante la mera previsione della trascrivibilità non costituisce un fatto nuovo: si pensi alla previsione di trascrizione del contratto preliminare (art. 2645-*bis* c.c.) o alla previsione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche (art. 2645-*ter* c.c.).

diritto assegnatogli, distaccandolo (cd. smaterializzazione) dal fascio di facoltà riconducibili alla proprietà del suolo - alla stregua di un bene formatosi nel rapporto con l'amministrazione, suscettibile di 'ontologizzarsi' nei rapporti interprivatistici - per ritrarne un vantaggio di tipo prettamente patrimoniale (entro un negozio che non contempla la partecipazione necessaria dell'amministrazione, come si arguisce dal nuovo comma 2-bis dell'art. 2643 c.c., al contrario da quanto si era profilato in passato in merito al trasferimento di cubatura, la cui efficacia veniva fatta dipendere secondo alcune ricostruzioni da una assenso comunale). Esaurito questo segmento retto da logiche privatistiche, il richiamo all'interesse legittimo pretensivo recupera tutta la propria rilevanza, in quanto il titolo volumetrico conferisce al soggetto che ne abbia validamente trascritto l'acquisto (nel rispetto del principio codicistico della continuità delle trascrizioni), successivamente all'atterraggio su un fondo-accipiente, la legittimazione a richiedere il permesso di costruire (al ricorrere delle altre condizioni stabilite dalla disciplina urbanistica)¹²⁴.

Altre dottrine civilistiche hanno invece proposto ricostruzioni che fanno discendere impegnative conclusioni dalla possibilità legislativamente riconosciuta di circolazione dei titoli edificatori e, soprattutto, dalla loro conseguita trascrivibilità. Questa riflessione muove dalla considerazione secondo cui il fenomeno della attribuzione ad un privato di una *facultas agendi* per effetto di una decisione-assegnazione amministrativa e del contestuale riconoscimento della lecita circolazione del titolo rappresentativo di tale attribuzione è più diffuso di quanto si pensi: è il caso delle 'quote latte', assegnate per effetto dell'art. 10, I comma, l. 26 settembre 1992, n. 468 ad un produttore agricolo, ma suscettibili di essere da questi cedute alla stregua di un bene (incorporale: art. 810 c.c.), lecitamente oggetto di diritti. Alla stessa stregua, il titolo volumetrico sarebbe anch'esso qualificabile come un bene (identificato sulla base del rapporto matematico che ne definisce la consistenza e dotato dei caratteri previsti dall'art. 1346 c.c.), suscettibile di essere oggetto di diritti e di disposizione da parte del titolare¹²⁵. Un'altra proposta ricostruttiva, pur riconoscendo che la trascrivibilità non vale in sé a conferire natura reale ad un diritto (è prevista, ad esempio, la trascrizione delle locazioni ultranovennali), approda comunque alla conclusione che il diritto edificatorio abbia natura di diritto reale (non più atipico e rispettoso del principio del numero chiuso, in quanto oggi espressamente menzionato dal legislatore), avente ad oggetto la possibilità di realizzare l'immobile corrispondente alla volumetria "diritto di fare una costruzione, diritto distinto ed autonomo rispetto alla costruzione per la cui effettuazione occorrerà il consolidamento del diritto edificatorio con il diritto di proprietà

¹²⁴ A. MALTONI, *Perequazione e compensazione nella legislazione urbanistica della regione Emilia-Romagna e nella disciplina di alcuni strumenti urbanistici locali. Considerazioni generali in tema di alienazione dei diritti edificatori*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto*, cit., 57, cogliendo un particolare profilo della fattispecie perequativa, ha sottolineato che il diritto edificatorio ed il credito compensativo, una volta acquisiti dal proprietario del fondo-accipiente vanno ad integrare il "titolo privatistico legittimante" (proprietà del suolo a cui si salda la capacità volumetrica nella misura non inferiore all'indice minima previsto dal piano).

¹²⁵ G. TRAPANI, *La cubatura quale bene in senso tecnico*, in www.notaicomoleto.it.

di un suolo¹²⁶. Da ciò discendono importanti corollari sul piano, per fare solo due esempi, della pignorabilità e della ipotecabilità del diritto edificatorio.

Il problema merita sicuramente di essere rimeditato¹²⁷. Per certo appare proficua l'idea di orientare l'indagine nella direzione di una qualificazione che sappia riconoscere la consustanzialità nel diritto edificatorio di un 'lato pubblicistico', inscindibilmente connesso alla sua derivazione e destinazione entro una vicenda rapportuale che coinvolge anche l'amministrazione, e di un 'lato privatistico', che si manifesta ove il titolo viene assunto alla stregua di un bene-diritto avente natura patrimoniale e suscettibile di circolazione autonoma, mediante vicende che assumono ormai una rilevanza socio-economica tale da avere indotto il legislatore a prevederne la trascrizione.

11. Nella pratica e nel dibattito giurisprudenziale degli anni più recenti (entrato – come si è sostenuto altrove – in una fase 'riflessiva'¹²⁸) si pongono due ordini di problemi.

Il primo si lega alla verifica della legittimità di soluzioni (asseritamente) perequative che postulano l'attribuzione ai proprietari di indici molto bassi a fronte della previsione di consistenti obblighi di cessione di aree. E' il problema che possiamo definire delle 'false perequazioni', nel senso che previsioni atte a comprimere oltre un certo segno il contenuto minimo della proprietà non possono essere qualificate alla stregua di 'oneri' perequativi, ma costituiscono mal celate previsioni vincolistiche, che – come tali – non possono essere sottratte al regime decadenziale¹²⁹.

Nel contempo, occorre rimarcare come la matrice consensuale che caratterizza l'attuazione di molte vicende perequative (elemento sul quale ha risolutivamente posto l'accento il Consiglio di Stato nel giudicare la legittimità del piano della Città di Roma¹³⁰) non possa fare velo sulla circostanza che dietro molti accordi urbanistici si intravede una diffusa tendenza delle amministrazioni a far accettare ai proprietari clausole decisamente sbilanciate quale condizione per l'approvazione di piani attuativi (decisione della quale si sottolinea l'ampissima discrezionalità al fine di mettere in rilievo l'imprescindibilità di un consenso

¹²⁶ L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, in www.milijur.it. Prima del d.l. sviluppo - decisivo per dare slancio ai modelli di circolazione dei titoli volumetrici - si comunque ritenuto che i titoli volumetrici potessero essere considerati 'diritti atipici di natura reale', con tutte le difficoltà - pur non insuperabili - che pone il principio del 'numero chiuso' dei diritti reali: G. RIZZI, *La circolazione dei crediti edilizi*, in *Nuovi strumenti di pianificazione urbanistica e del territorio*, Milano, 10-20 febbraio 2009.

¹²⁷ Si veda, da ultimo, E. BERGAMO, *La cessione di diritti edificatori*, in *Il carriera del merito*, 2012, 119.

¹²⁸ E. BOSCOLO, *Perequazioni e compensazioni nella stagione riflessiva*, in *L'urbanistica italiana dopo le sentenze del TAR sul PRG di Roma*, a cura di R. Corrado, Roma, 2010, 81.

¹²⁹ Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4833. Le previsioni perequative che indicano condizionalmente gli oneri che i proprietari devono assumere per beneficiare delle previsioni edificatorie sono invece ordinariamente sottratte - in quanto aventi natura meramente conformativa - alla vicenda decadenziale: Tar Liguria, sez. I, 21 novembre 2005, n. 1492.

¹³⁰ L'intera vicenda è riassunta in A. GIUSTI, *Principio di legalità e pianificazione urbanistica perequata. Riflessioni a margine dell'esperienza del piano regolatore generale della Città di Roma*, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 125.

dell'amministrazione attenibile solo a fronte dell'assunzione di obbligazioni 'esorbitanti'¹³¹).

E' inoltre ormai chiaro che la condizione indefettibile affinché possano trovare applicazione piani perequativi con circolazione dei titoli è la previsione all'interno degli stessi di dispositivi capaci di consentire (e di favorire, in una logica pro-attiva) l'incontro tra la domanda e l'offerta dei titoli volumetrici. Sul punto dalla giurisprudenza amministrativa traspare (Tar Lombardia, sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671, cit., sul PGT di Buccinasco¹³²) una attenzione nuova al concreto funzionamento dei dispositivi perequativi, nella consapevolezza che solo un effettivo ed efficiente dispiegamento delle potenzialità prefigurate dal piano possa garantire pienezza alla proprietà conformata mediante questo tipo di piano (reso concretamente possibile in un assetto pianificatorio scevro da sbarramenti territoriali od economico-relazionali: nel caso affrontato dal Tar Lombardia è stato dichiarato illegittimo un piano che prevedeva la sostanziale autosufficienza volumetrica delle aree di atterraggio, con conseguente carattere meramente eventuale della vicenda di concentrazione: in tale condizione, facendo difetto la domanda, le attribuzioni volumetriche ai fondi-sorgente non garantivano un risultato certo ai rispettivi proprietari)¹³³. Questo orientamento del giudice amministrativo, atto a sottoporre i piani perequativi ad un sindacato 'stretto', dovrebbe spingere a corredare i piani perequativi con documenti atti a dare giustificazione dei diversi scenari (di quasi-mercato) ed a comprovare che i dispositivi cooperativi o di scambio mediante cui si esplicherà il piano non sottendano improprie 'catture di valore' in danno dei proprietari¹³⁴ o non facciano riemergere profili di ingiustificata disparità. In un 'gioco' a sfondo economico, indici troppo bassi, zone di concentrazione volumetrica troppo ristrette¹³⁵, incertezza nei negozi giuridici privatistici sottesi all'attuazione del piano od altre rigidità potrebbero rivelarsi premessa di posizionamenti non convergenti dei

¹³¹ A. TRAVI, *Accordi fra proprietari e comune per le modifiche al piano regolatore e oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, V, 274.

¹³² In Tar Lombardia, sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 1859 e in *Urb. app.*, 2010, 353, con nota di A. Giannelli.

¹³³ In quel caso il piano non garantiva certezza di 'atterraggio' ai titoli volumetrici (crediti compensativi) assegnati ai proprietari delle aree destinate alla cessione a vantaggio del comune. In altre parole, il comune aveva battuto 'cattiva moneta', a circolazione incerta, assegnando quindi ai proprietari dei fondi vincolati una contropartita meramente virtuale. E' importante rimarcare che il piano in questione è stato annullato nella sua interezza (e non in parte qua): se infatti l'effettività della componente infrastrutturativa viene fondata su dispositivi perequativo-compensativi, l'errato disegno di tali figure postula una generale illegittimità del piano. Sul punto rinvio a E. BOSCOLO, *La perequazione come istituto di semplificazione (o le perequazioni da semplificare)*, nel Convegno di Trento del 2010 dell'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico.

¹³⁴ In questa sede occorre inoltre rimarcare che appaiono gravemente illegittimi i piani perequativi (secondo il modello a volumetria aggiuntiva, invero non rarissimi: Monza) nei quali viene attribuita al comune una quota di edificabilità disgiuntamente dalla titolarità del terreno atto a produrla.

¹³⁵ Zone di concentrazione troppo ristrette costringerebbero i soggetti attuatori, per fare un esempio, a privilegiare soluzioni in elevazione (ove reso possibile dal piano). Diversamente, zone di concentrazione incapaci di ricevere tutti i diritti edificatori del comparto innescherebbero un meccanismo di domanda di diritti 'inattivi': sarebbero cioè ambiti i diritti edificatori derelitti dai proprietari non interessati a ricevere 'valore' immobiliare ma a unicamente a 'monetizzare': naturalmente tale domanda farebbe crescere i prezzi e favorirebbe condotte predatorie.

privati¹³⁶. Modelli perequativi mal strutturati - proprio come era accaduto a Buccinasco - potrebbero, in altri termini, condurre alla condizione che si definisce *fallimento degli anticomuni*¹³⁷ e che è tipica delle situazioni in cui su un bene convergono le decisioni di più titolari di diritti di sfruttamento (*property rights*). Si verificherebbe in tal caso una "fossilizzazione che non corrisponde affatto alla razionalità economica e che ha l'unico effetto di favorire solamente il generarsi di atteggiamenti anticooperativi in capo ai singoli"¹³⁸ e la conseguenza ultima di tale 'inceppamento' sarebbe rappresentata nella maggior parte dei casi non solo da una frustrazione delle aspettative proprietarie (al punto da far cadere l'intero piano), ma anche dal definitivo fallimento dell'idea (o della mera suggestione) di edificazione della 'città pubblica' grazie ad apporti privati.

¹³⁶ Va dunque segnalata l'esigenza che il piano perequativo nel suo dimensionamento tenga conto di una sorta di ineliminabile 'irrazionalità decisionale' (spesso derivante da incompletezze informative) di una aliquota di proprietari: senza alterare l'equilibrio tra domanda ed offerta, alcuni piani (si veda al proposito di piano di Sassari) prefigurano quindi una leggera eccedenza dei diritti edificatori (cd. coefficiente di non attuazione), esponendosi tuttavia a severe censure di legittimità.

¹³⁷ Il rischio concreto dunque è che le ambiziose previsioni espresse dai piani perequativi, già sovraccaricate della necessità di perseguire molteplici obiettivi di utilità collettiva (dalla 'demarializzazione' degli spazi verdi, ad ambizioni programmi infrastrutturali), sfocino nella situazione che gli studiosi dell'economia politica di impostazione neocomportamentale definiscono immaginificamente *Tragedy of the Anticommons*. M. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons*, in *Harv. Law Rev.*, 1998, 321; M. AMBROSOLI, *I diritti reali e l'analisi economica del diritto*, in *Trattato dei diritti reali*, a cura di A. Gambaro - R. Morello, Vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, in part., 230. Sul versante della dottrina pubblicistica, si veda invece G. NAPOLITANO - M. ABRESOLA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, in part., 88).

¹³⁸ T.J. MICELI - K. SEGERSON, *Compensation for Regulatory Takings: an Economic Analysis with applications*, Greenwich, 1996.

Dovere di astensione dei consiglieri comunali (art. 78, D.Lgs. 18.8.2000, n. 267)

di Emanuele Boscolo

- Doveri e condizione giuridica** [1] *Il comportamento degli amministratori, nell'esercizio delle proprie funzioni, deve essere improntato all'imparzialità e al principio di buona amministrazione, nel pieno rispetto della distinzione tra le funzioni, competenze e responsabilità degli amministratori di cui all'articolo 77, comma 2, e quelle proprie dei dirigenti delle rispettive amministrazioni.*
- [2] *Gli amministratori di cui all'articolo 77, comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. L'obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado.*
- [3] *I componenti la Giunta comunale competenti in materia di urbanistica, di edilizia e di lavori pubblici devono astenersi dall'esercitare attività professionale in materia di edilizia privata e pubblica nel territorio da essi amministrato.*
- [4] *Nel caso di piani urbanistici, ove la correlazione immediata e diretta di cui al comma 2 sia stata accertata con sentenza passata in giudicato, le parti di strumento urbanistico che costituivano oggetto della correlazione sono annullate e sostituite mediante nuova variante urbanistica parziale. Nelle more dell'accertamento di tale stato di correlazione immediata e diretta tra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini è sospesa la validità delle relative disposizioni del piano urbanistico.*
- [5] *Al sindaco ed al presidente della provincia, nonché agli assessori ed ai consiglieri comunali e provinciali è vietato ricoprire incarichi e assumere consulenze presso enti ed istituzioni dipendenti o comunque sottoposti al controllo ed alla vigilanza dei relativi comuni e province.*
- [6] *Gli amministratori lavoratori dipendenti, pubblici e privati, non possono essere soggetti, se non per consenso espresso, a trasferimenti durante l'esercizio del mandato. La richiesta dei predetti lavoratori di avvicinamento al luogo in cui viene svolto il mandato amministrativo deve essere esaminata dal datore di lavoro con criteri di priorità. Nell'assegnazione della sede per l'espletamento del servizio militare di leva o di sue forme sostitutive è riconosciuta agli amministratori locali la priorità per la sede di espletamento del mandato amministrativo o per le sedi a questa più vicine. Il servizio sostitutivo di leva non può essere espletato nell'ente nel quale il soggetto è amministratore o in un ente dipendente o controllato dalla medesima amministrazione.*

Bibliografia: CASINI, *Amministratori locali e obbligo di astensione*, in *GDA*, 2001; CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *RISG*, 1968; ID. (a cura di), *Professioni e ordini professionali in Europa*, Milano, 1999; DELLA CANANEA, *Ordinamento delle professioni*, in *Tratt. Cassese*, Milano, 2000; GALATERIA, *Sui caratteri distintivi tra ineleggibilità ed incompatibilità nel diritto amministrativo*, in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, I, Padova, 1957; ID., *Astensione (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *ED*, III, Milano, 1958; ITALIA, *Il dovere di astensione dei consiglieri comunali e provinciali*, in *FATAR*, 2008; MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009; OLIVERI, *La riforma delle autonomie locali*, Rimini, 1999; PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, 4^a ed., Milano, 2010; PIFFERI, *Adozione di strumenti urbanistici e partecipazione dei consiglieri interessati*, in *RAm*, 1984; ROLLA, *Diritto degli enti locali*, Milano, 2000; SCOCA, *Le modalità di approvazione degli strumenti urbanistici in presenza del dovere di astensione*, in *RGE*, 1999; VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, 3^a ed., Bologna, 2007; ID., *L'ordinamento delle autonomie tra rilanci, conferme, svolte*, in *GDA*, 1999; VESPERINI, *Il governo delle province e dei comuni*, in *GDA*, 1999; ID., *I poteri locali*, I, Roma, 1999; VIGNERI, RICCIO (a cura di), *Nuovo ordinamento degli enti locali e status degli amministratori*, Rimini, 1999.

Sommario: 1. Dovere di astensione dei consiglieri comunali. 2. Le conseguenze della violazione del divieto di astensione.

1. Dovere di astensione dei consiglieri comunali

Un delicato problema che segna un profilo di specialità dei procedimenti urbanistici si pone in relazione al dovere di astensione che grava sugli amministratori locali, secondo le previsioni dell'art. 78, D.Lgs. 18.8.2000, n. 267 (t.u. enti locali).

Questa norma (che ha origini antiche: art. 290, R.D.L. 4.2.1915, n. 148) solleva innumerevoli interrogativi, specie nei Comuni più piccoli, nei quali è molto frequente e quasi inevitabile la condizione di consiglieri titolari di arce o parenti-affini di soggetti in vario modo potenzialmente avvantaggiati dalle scelte demandate al consiglio comunale in materia di pianificazione urbanistica.

Secondo il dettato normativo generale, i consiglieri devono astenersi dal prendere parte alla discussione (la loro presenza in aula potrebbe influenzare gli altri consiglieri) ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. La *ratio* della norma è nel senso di garantire l'imparzialità degli amministratori nell'esercizio delle proprie funzioni nonché quello di assicurare, più in generale, il buon andamento della P.A.

☐ Il dovere di astensione si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, solo nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado (VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, 3^a ed., Bologna, 2007, 111). Il ricorso al sintagma "correlazione immediata e diretta" che deve intercorrere tra i contenuti della decisione pianificatoria e gli interessi dell'amministratore non risolve affatto i problemi che si pongono nella pratica e, lungi dal consentire di affermare che la natura di atto generale del piano valga ad escludere *ex se* la configurabilità di interessi particolari, impone agli interpreti ed agli operatori di operare una attenta e rigorosa valutazione caso per caso della

posizione del singolo amministratore e della relazione che si instaura tra la stessa e l'atto pianificatorio in deliberazione.

Il conflitto di interessi, ossia la situazione che impone al consigliere l'astensione, presuppone il ricorrere di due elementi: la configurabilità di un interesse proprio dell'amministratore, o di parenti o affini sino al quarto grado, nei confronti del contenuto della decisione urbanistica (si tratta di aspettative, anche di mero fatto, rispetto alla assunzione di decisioni pianificatorie di segno favorevole per gli interessati) e la correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e l'interesse dell'amministratore o dei predetti parenti (ossia l'attitudine della decisione – demandata al consiglio comunale – ad incidere direttamente in termini favorevoli sul soddisfacimento di tale aspettativa).

Il dovere di astensione opera in termini oggettivi al ricorrere di tali presupposti e non è consentito al singolo consigliere di dimostrare la propria capacità di mantenere obiettività e distacco in tale situazione, né la norma consente una sorta di prova di resistenza, atta a far emergere la non decisività della partecipazione dell'amministratore in conflitto di interessi alla formazione del *quorum* decisionale: la norma in parola è posta in termini generali a salvaguardia "anticipata" del principio di imparzialità e si configura quale precetto che incide direttamente sulla dimensione organizzativa (mediante la definizione della corretta configurazione dell'organo consiliare rispetto alla decisione da assumere), prima ancora che sulla sfera comportamentale.

2. Le conseguenze della violazione del divieto di astensione

L'art. 78 t.u. enti locali indica le conseguenze che si determinano sul regime degli atti pianificatori in caso di approvazione degli stessi con il voto di consiglieri in contravvenzione del dovere di astensione. In tutti i casi di "accertata correlazione diretta" tra l'atto amministrativo e la posizione di un amministratore, comprovata da una sentenza passata in giudicato, la norma fa carico all'amministrazione comunale di annullare (si tratta di una forma di annullamento doveroso) la delibera di adozione-approvazione del piano limitatamente alle previsioni (e ai lotti) sui quali si appuntava l'interesse dell'amministratore (nel rispetto del principio di proporzionalità secondo canone di contenimento delle conseguenze invalidanti espresso direttamente dal legislatore) e quindi di integrare il vuoto pianificatorio mediante una apposita variante. Un tale accertamento può costituire l'esito di una impugnazione del piano di fronte al giudice amministrativo, ma può anche derivare da una sentenza penale di condanna (per il reato di cui all'art. 323 c.p.: abuso d'ufficio) nei confronti dell'amministratore che abbia violato il dovere di astensione. Durante la pendenza dei procedimenti giurisdizionali suscettibili di sfociare nella declaratoria *ut supra*, l'amministrazione deve sospendere l'efficacia del piano (la norma parla – con evidente improprietà – di sospensione della validità del piano), sempre limitatamente alle porzioni sulle quali si appunti il conflitto di interessi. Di conseguenza, in caso di sospensione di un piano meramente adottato, riprenderà efficacia – *in parte qua* – il piano previgente e non si darà corso all'applicazione di misure di salvaguardia riferite a profili di contrasto con il segmento di piano ad efficacia sospesa. Nel caso di sospensione di un piano approvato, troverà applicazione la disciplina sulla c.d. zone bianche.

La norma in commento trova applicazione anche in caso di piani attuativi e, più in generale, in tutti i procedimenti ad oggetto urbanistico.

✍ La giurisprudenza ha chiarito che il concetto di "interesse" del consigliere alla deliberazione si estende ad ogni situazione di conflitto o di contrasto di situazioni personali,

comportante una tensione della volontà, verso una qualsiasi utilità che si possa ricavare dal contribuire all'adozione di una delibera (C. St., sez. IV, 23.9.1996, n. 1035, in *FA*, 1996, 9610). Tale regola, che pone un dovere inderogabile di ordine pubblico (C. St., sez. IV, 26.5.2003, n. 2826, in *RGE*, 2003, I, 1644), costituisce corollario applicativo del principio di livello costituzionale di imparzialità e buon andamento che deve contrassegnare l'azione dei pubblici poteri (C. St., sez. IV, 4.11.2003 n. 7050, in *FACDS*, 3289). La violazione del divieto imposto dall'art. 78, D.Lgs. n. 267/2000, essendo volta ad evitare che il consigliere si trovi in una posizione scomoda nella quale risulterebbe difficile decidere in maniera imparziale, comporta l'illegittimità dei provvedimenti adottati, a prescindere dalla c.d. prova di resistenza, dal momento che la sola presenza del soggetto inficia la decisione adottata ed è astrattamente suscettibile di viziare il processo decisionale (T.A.R. Umbria, sez. I, 7.9.2009, n. 509, in *TAR*, 2009, 9). Dalla norma si deduce chiaramente che la violazione del dovere di astensione si perpetra non solo nel caso in cui il consigliere in conflitto di interessi partecipi alla votazione, ma anche laddove partecipi unicamente alla discussione, potendo in tal caso comunque influenzare il giudizio degli altri consiglieri. La giurisprudenza ha sottolineato che l'amministratore deve allontanarsi dalla seduta al fine di garantire la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa. (T.A.R. Emilia-Romagna, sez. I, 22.9.2009, n. 675, in *Pubblica*, 2009; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 13.2.2004, n. 208, in *FATAR*, 2004, 458; C. St., sez. IV, 20.9.1993, n. 794, in *FA*, 1993, 1812). La giurisprudenza (T.A.R. Liguria 16.5.2004, n. 1342) ha infatti precisato che il consigliere comunale che versa in conflitto di interessi non va computato nel numero dei consiglieri presenti in aula. I giudici amministrativi hanno avuto modo di sottolineare che le norme sulla incompatibilità dei componenti del consiglio comunale, in materia di adozione del PRG, non sono applicabili in via analogica rivestendo carattere eccezionale, in quanto limitative della libera esplicazione del mandato elettivo. Troveranno pertanto applicazione nei soli casi previsti dalla legge. L'obbligo di astensione sorge al momento in cui l'organo dovrebbe provvedere in senso costitutivo e rileva essenzialmente il momento deliberativo, cioè il momento in cui le soluzioni tecniche prospettate dal progettista vengono sottoposte all'esame dell'organo consiliare, senza coinvolgere le fasi preparatorie e istruttorie (C. St., sez. IV, 4.3.2003, n. 1191). L'ulteriore elemento che fa sorgere l'obbligo di astensione è quello della correlazione tra la decisione amministrativa e gli interessi del consigliere (o dei parenti ed affini). La correlazione deve avere in primo luogo carattere oggettivo, tale da manifestare o comunque rendere logicamente ipotizzabile la possibilità di un conflitto di interesse ovvero la non estraneità di propri interessi rispetto ai fatti sui quali si concorre a deliberare. Non è necessario che dall'atto scaturisca un profitto economico per il consigliere interessato, essendo viceversa sufficiente una relazione personale tra il contenuto dell'atto e l'amministratore. Tale regola ha portata di principio generale che non ammette eccezioni di sorta, neppure nel caso in cui la scelta comunque effettuata integri la soluzione più corretta in relazione alla tutela dell'interesse pubblico (C. St., sez. IV, 26.5.2003, n. 2826, in *RGE*, 2003, I, 1644; T.A.R. Liguria 19.10.2007 n. 1773, in *FATAR*, 2008, 2, 430), in quanto la condotta di un amministratore che utilizza il *munus* pubblico per regolare gli interessi propri e dei propri parenti comporta comunque una lesione dell'imparzialità dell'amministrazione e della sua immagine che la legge intende evitare mediante la formulazione di una norma generale. Si richiede una prova concreta e specifica dell'esistenza di un conflitto di interessi, volendo con ciò evitare delle mere illazioni ingiustificate (T.A.R. Umbria 1.7.2000, n. 525). La conseguenza diretta della violazione del dovere è l'annullamento integrale o parziale dell'atto approvato, a seconda che l'interesse del consigliere coinvolga l'intero atto, o investa esclusivamente una determinata

porzione del piano. Tale conseguenza si verifica anche laddove vi sia un solo consigliere interessato all'atto, in quanto la violazione dell'obbligo di astensione costituisce causa di illegittimità degli atti di adozione e di approvazione del piano (C. St., sez. IV, 12.12.2000, n. 6596, in *RGE*, 2001, I, 485; C. St., sez. IV, 22.2.1994, n. 162, in *FA*, 1994, 375). Il vizio che alligna in un provvedimento pianificatorio assunto con la partecipazione di un amministratore in situazione di conflitto di interessi ha natura sostanziale, in quanto integra una lesione del principio costituzionalmente garantito dell'imparzialità dell'amministrazione.

Recentemente, la giurisprudenza è tornata ad esprimersi sul punto, affermando che l'inosservanza dell'obbligo di astensione per i consiglieri comunali che si trovino in posizione di incompatibilità non invalida *in toto* lo strumento urbanistico oggetto della delibera consiliare, ma ne vizia le parti direttamente collegate agli interessi degli amministratori che abbiano illegittimamente concorso alla sua adozione. La legittimazione a far valere un profilo di invalidità di tale natura va riconosciuta esclusivamente a chi dimostri un'effettiva utilità a conseguire l'annullamento *in parte qua* del piano (T.A.R. Lombardia, Brescia, 4.10.2010, n. 3724, in *FATAR*, 2010, 10, 3118; C. St., sez. V, 12.6.2009, n. 3744, in *FACDS*, 2009, 6, 1476).

La disciplina dettata dall'art. 78 può creare – come si è detto – delle problematiche particolari nei Comuni, specie di dimensioni ridotte. Ove la contemporanea astensione (dalla discussione e dalla votazione) di un certo numero di consiglieri ponga dei problemi di raggiungimento del *quorum* strutturale od anche soltanto del *quorum* funzionale (ossia della maggioranza per deliberare, oltre che del numero legale) – esclusa l'ipotesi di nomina di commissari da parte di altri enti (ai quali il Comune non è costituzionalmente sottordinato) – si potrà ricorrere alla soluzione della votazione per segmenti del piano urbanistico. I singoli consiglieri si asterranno dunque unicamente in relazione alle votazioni per parti separate rispetto alle quali si pongano in conflitto di interessi. Il piano nella sua interezza verrà quindi sottoposto ad una votazione unitaria (c.d. votazione "di ricomposizione"), finalizzata alla mera approvazione dell'apparato grafico: rispetto a quest'ultima votazione – priva di effetti giuridici modificativi del regime delle aree – non sono configurabili situazioni di incompatibilità (C. St., sez. IV, 16.6.2011, n. 3663; C. St., sez. IV, 22.6.2004, n. 4429, in *FACDS*, 2004, 1697).

La delibera di adozione di una variante ad un Piano Esecutivo Convenzionato (PEC) è illegittima in mancanza di astensione di un consigliere in conflitto di interessi perché portatore di interessi personali, diretti o indiretti, in contrasto potenziale con l'interesse pubblico. Ai sensi dell'art. 78, 2° co., t.u. enti locali, la regola generale è che l'amministratore debba astenersi al minimo sentore di conflitto di interessi, reale o potenziale che sia (a nulla rilevando che lo specifico fine privato sia stato o meno realizzato e che si sia prodotto o meno un concreto pregiudizio per la P.A.); la deroga per gli atti generali e normativi, oltre a non essere assoluta (perché qualora si profili il concreto interesse personale si ripristina l'obbligo di astensione), è da considerarsi tassativa ed incapace, quindi, di incidere sul perimetro della fattispecie ampliandolo internamente, tuttavia in caso di adozione di piano attuativo qualora sussista un interesse immediato e diretto fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi del consigliere o del congiunto, sussiste certamente l'obbligo di astensione (C. St., sez. IV, 28.1.2011, n. 693, in *RGE*, 2011, 687).

EMANUELE BOSCOLO