

Verona, 11 ottobre 2008

I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie) ¹

SOMMARIO: *1. Premessa – 2. La premialità edilizia nella legislazione regionale – 3. (segue ...) ed in quella statale – 4. La premialità edilizia tra fattispecie conformativa della proprietà e quella concessoria - 5. Premialità edilizia e tutela della concorrenza – 6. (segue ...) e gli aiuti di Stato – 7. Conclusioni.*

1. Premessa

La premialità edilizia è un istituto recente, nato in via di prassi, recepito da alcune leggi regionali e da poco meno di un anno preso in considerazione dalla legislazione statale. In prima approssimazione, si può affermare che consista nell'attribuzione di un diritto edificatorio aggiuntivo, rispetto a quello previsto in via ordinaria dagli strumenti urbanistici, riconosciuto quale premio per il raggiungimento di determinati obiettivi pubblici.

Tale evoluzione consiglia di ribaltare la metodologia classica con cui si suole analizzare il rapporto tra legislazione statale e legge regionale, ritenendo preferibile rovesciare l'ordine espositivo, partendo, pertanto, dalle posizioni espresse dagli ordinamenti regionali, per, poi, enucleare le regole ed i principi espressi dal legislatore statale.

La questione è piuttosto problematica, poiché in questo campo è coinvolta, oltre alla potestà legislativa concorrente in materia di governo del territorio, anche quella esclusiva statale riguardante l'ordinamento civile e la concorrenza.

Inoltre, ulteriore confusione è ingenerata dal fatto che il legislatore statale si è limitato, sul punto, ad esprimere dei frammenti di regolazione, che impongono all'interprete di ricavare la struttura dell'istituto dalle disposizioni regionali, piuttosto che dall'ordinamento generale.

¹ Convegno promosso dall'Aidu su *I rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale*, Verona, 10 ed 11 ottobre 2008

Infine, tale opera di composizione è resa ancor più complicata dal fatto che nelle leggi regionali da esaminare le varianti - impiegando il lessico gianniniano - prevalgono sulle invarianti.

L'idea è, dunque, quella di individuare i tratti unificanti emersi dall'analisi delle leggi regionali, per verificare, da un lato, se detta disciplina sia conforme ai principi desumibili dalla legislazione nazionale espressi in materia di governo del territorio e, dall'altro, se non si sovrapponga alle materie di potestà statale esclusiva riguardanti l'ordinamento civile e la concorrenza.

Lo studio da intraprendere richiede, ad ogni modo, ancora alcune precisazioni.

Va, infatti, precisato che in partenza l'idea del nostro Presidente, Paolo Stella Richter, era quella di far svolgere una relazione unitaria su "*Perequazione, compensazione e trasferimento dei diritti edificatori*" in rapporto alle disposizioni statali e regionali vigenti.

Peraltro, la manifestazione d'interesse per tale relazione non è stata rappresentata solo dal sottoscritto, ma anche da Emanuele Boscolo: per cui dopo una veloce ma succosa telefonata abbiamo proposto di dividerla in due sottorelazioni, una, per l'appunto, riguardante le 'premierità' ed, un'altra, concernente la 'perequazione' e le 'compensazioni'.

Si tratta di figure molto simili, tanto che nella relazione si cercherà di tratteggiare le similitudini come anche le divergenze, che, tuttavia, rispondono a paradigmi completamente diversi.

Perequazione e compensazioni trovano come referente, rispettivamente, il principio di eguaglianza formale ed il principio di indennizzabilità in materia espropriazioni (artt. 3, 1° co., e 42 Cost.). Le premierità vanno, piuttosto, ricondotte alle funzioni dello stato del benessere e, quindi, al principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, 2° co.): difatti, l'attribuzione in funzione premiale dei diritti edificatori è sempre riconducibile a quel compito fondamentale affidato alla Repubblica di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese".

Vi sono, inoltre, delle forme di utilizzo dei diritti edificatori, differenti dalla perequazione e compensazioni, che si avvicinano alla premierità, pur non potendo ad essa essere del tutto assimilate: si tratta di quei meccanismi di scambio in cui il diritto edificatorio viene riconosciuto

ad un imprenditore in cambio (*melius*: in conto prezzo) di alcune prestazioni quali la realizzazione di opere di pubblica utilità (su cui v. *amplius infra*, § 5).

Come si avrà modo di verificare tale figura talvolta può essere ricondotta alla premialità, ma talaltra presenta una propria autonoma specificità: per ragioni di *vis attractiva*, con l'assenso del collega Boscolo, anche tale tematica sarà trattata nella presente relazione, già, anticipando che in questo caso vengono posti dei problemi di compatibilità non solo dal diritto interno, ma anche dal diritto europeo della concorrenza.

2. La premialità edilizia nelle leggi regionali.

Come premesso lo studio prenderà le mosse dall'analisi delle discipline regionali in materia di premialità secondo lo schema di analisi delle varianti/invarianti.

Va preliminarmente precisato che l'interesse regionale per la disciplina premiale è piuttosto recente e per ora contenuto in un numero limitato di esperienze. La prima ad occuparsene in maniera organica, per quanto consta, è stata la regione Veneto², cui sono seguite, in un breve volgere di tempo la Lombardia³, l'Umbria⁴ e la provincia autonoma di Trento⁵. Una vaga disciplina premiale è, pure, contenuta nella legge urbanistica calabrese⁶, mentre la Puglia ha previsto meccanismi per incentivare l'edilizia residenziale sociale⁷. Inoltre, alcune esperienze di pianificazione urbanistica hanno introdotto discipline premiali in assenza di una legge regionale di riferimento: il più noto è sicuramente il caso di Roma⁸.

In assenza (*ab origine*) di una disciplina di rango statale le leggi regionali si sono mosse in autonomia, dando luogo a delle discipline tra loro differenziate.

² Art. 36, legge regionale Veneto 23 aprile 2004, n. 11

³ Art. 11, legge regionale Lombardia 11 marzo 2005, n. 12.

⁴ Artt. 3, co. 3, lett. d), 4, co. 2, lett. e), 28 e 30 l. regionale Umbria 22 febbraio 2005, n. 11. Si segnalano altresì gli artt. 9 ss., l.r. 10 luglio 2008, n. 1, sulla premialità per il recupero dei centri storici.

⁵ Artt. 53, 55, 56 legge provinciale Trento 4 marzo 2008, n. 1

⁶ Art. 34, co. 2, legge regionale Calabria 16 aprile 2002, n. 19.

⁷ Art. 1, co. 3, lett. b), legge regionale Puglia 21 maggio 2008, n. 12.

⁸ Sulla disciplina premiale contenuta nel nuovo prg di Roma si veda L. Casini, *Governo e mercato dei diritti edificatori: l'esperienza del Lazio*, in A. Bartolini, A. Maltoni (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto* (Atti del Convegno di Perugia, 30 novembre 2007), in corso di stampa.

La diversità d'impostazione si coglie subito dalla variegata e fantasiosa terminologia impiegata per indicare la medesima fenomenologia: in Veneto si parla di 'credito edilizio', in Lombardia di 'disciplina di incentivazione', in Umbria a volte di 'incrementi premiali' o di 'interventi premiali', altre volte di 'compensazioni', ed, infine, nella provincia di Trento di 'compensazione urbanistica'.

In questo contesto, un primo tratto unificante è dato dalle finalità sottese all'istituto premiale: difatti, in tutte queste regioni l'attribuzione di un *surplus* di diritti edificatori è riconosciuta nel caso d'interventi di riqualificazione urbanistica ed ambientale. A questo minimo comun denominatore, si aggiungono, in forma differenziata, ulteriori finalità quali la realizzazione di interventi di edilizia residenziale pubblica (Lombardia, Trento, Puglia), di tutela e valorizzazione dei beni storico-artistici (Lombardia e Veneto) e dei centri storici (Umbria), di risparmio energetico (Lombardia), di prevenzione della vulnerabilità sismica (Umbria).

In tutte le regioni si richiede, inoltre, la perimetrazione delle aree dove dirigere i predetti interventi: nella maggioranza delle ipotesi tale compito è attribuito allo strumento urbanistico generale (Trento, Umbria, Veneto), mentre in Lombardia è affidato alla pianificazione attuativa.

Differente, invece, è la disciplina riguardante le aree dove possono essere spesi i diritti premiali: la regione più *liberal* è sicuramente il Veneto dove il 'credito edilizio' può essere esercitato anche in ambiti, individuati dallo strumento urbanistico generale, diversi da quelli in cui sono stati generati. Nella provincia di Trento tale possibilità è consentita solo negli ambiti di perequazione, mentre in quelli diversi occorre un'apposita delibera consiliare comunale. In Umbria la regola generale è quella che i diritti edificatori sono esercitabili nella medesima area in cui si svolge l'intervento incentivato; tuttavia, in caso di interventi di riqualificazione diretti a realizzare attrezzature e servizi, in aggiunta a quanto necessario per soddisfare gli standard o a migliorare la qualità ambientale, i diritti premiali possono essere esercitati fuori dall'ambito interessato; inoltre, per quanto riguarda gli interventi sui centri storici il diritto edificatorio può essere esercitato fuori dall'area d'intervento (Arp) in zone individuate da un apposito programma o dallo stesso strumento urbanistico generale. La regione Lombardia sembrerebbe essere contraria a spendere i diritti premiali fuori dell'area d'intervento, non prevedendo la commerciabilità dei medesimi.

Divergenti sono anche i criteri di quantificazione dei diritti premiali: in Lombardia è consentita una disciplina di incentivazione non superiore al quindicipercento della volumetria ammessa. In Umbria vengono parametrati o ai benefici conseguiti dall'ente locale od ai costi sostenuti per l'intervento. La provincia di Trento rinvia il compito di quantificare il tetto massimo dell'incremento premiale allo strumento urbanistico generale. Nel Veneto non sono indicati né criteri né limiti.

Circa il tema della commerciabilità dei diritti edificatori concessi in via premiale ancora una volta ci sono posizioni differenziate: la disciplina di *deregulation* del Veneto prevede una libera commerciabilità, che, invece, è esclusa per questa tipologia di diritti dalla Lombardia. In Umbria solo i diritti edificatori derivanti da interventi nei centri storici possono essere scambiati tra privati. Nella provincia di Trento l'area di libero scambio è limitata agli ambiti di perequazione. Inoltre la provincia di Trento ed il Veneto hanno pure previsto dei registri in cui 'trascrivere' le vicende riguardanti i diritti premiali.

3. (segue ...) ed in quella statale

La disciplina regionale sopra evidenziata ha trovato una cornice legislativa statale proprio in quest'ultimo anno.

I prodromi sono sicuramente costituiti dalla cd. proposta di legge Lupi dove espressamente si era previsto che “ *a fronte di benefici pubblici aggiuntivi rispetto a quelli dovuti e comunque coerenti con gli obiettivi fissati nel piano urbanistico, nel medesimo possono essere previste forme di premialità, consistenti nell'attribuzione di indici differenziati, determinati in funzione dei predetti obiettivi, per interventi di riqualificazione urbana e di recupero ambientale*”⁹.

Come noto tale proposta non ha avuto seguito, per cui si è dovuta attendere la legge finanziaria per il 2008 per avere delle disposizioni di principio dirette a regolare le fattispecie premiali¹⁰.

⁹ Art. 8, co. 6, AC nn. 153-442-677-1065-3627-38103860-4707, XIV legislatura.

¹⁰ Art. 1, commi 258 e 259, legge 24 dicembre 2007, n. 244 che così recitano:

“258. Fino alla definizione della riforma organica del governo del territorio, in aggiunta alle aree necessarie per le superfici minime di spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, e alle relative leggi regionali, negli strumenti urbanistici sono definiti ambiti la cui trasformazione è subordinata alla cessione gratuita da parte dei proprietari, singoli o in forma consortile, di aree o immobili da destinare a edilizia residenziale sociale, in rapporto al fabbisogno locale e in relazione all'entità e al valore della

Con detta normativa si è consentito ai comuni di perimetrare, tramite i propri strumenti urbanistici, degli ambiti in cui gli interventi edilizi sono condizionati alla cessione gratuita alle medesime amministrazioni comunali di aree destinate all'edilizia residenziale sociale.

In detti ambiti è consentita l'attribuzione di diritti premiali alle seguenti condizioni, ovvero che:

- a) l'attribuzione del premio avvenga per perseguire finalità relative alla realizzazione dell'edilizia residenziale sociale, al rinnovo urbanistico ed edilizio, alla riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti;
- b) l'incremento volumetrico non superi l'incremento massimo della capacità edificatoria prevista per gli ambiti destinati al reperimento di aree per l'edilizia residenziale sociale.

A questa disposizione si è aggiunta la disciplina sul piano-casa contenuta nella cd. legge finanziaria per il 2009¹¹. Difatti, nell'ambito di un rinnovato interesse per l'edilizia residenziale sociale il legislatore punta per un rilancio del settore, sull'intervento degli imprenditori privati, cui è affidato il compito di promotori. Per incentivare tale compito viene stabilito che possono essere trasferiti "diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo"¹² ed "incrementi premiali" di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di standard aggiuntivi¹³. Inoltre viene anche prevista la possibilità di "cessione in tutto o in parte, dei diritti edificatori come corrispettivo per la realizzazione di unità abitative di proprietà pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato, ovvero da destinare alla alienazione in favore delle categorie sociali svantaggiate"¹⁴.

Le due previsioni, contenute nelle due leggi finanziarie, toccano i problemi di fondo connessi all'istituto premiale, riguardanti sia la loro fase genetica, che quella del trasferimento dei diritti edificatori.

trasformazione. In tali ambiti è possibile prevedere, inoltre, l'eventuale fornitura di alloggi a canone calmierato, concordato e sociale.

259. Ai fini dell'attuazione di interventi finalizzati alla realizzazione di edilizia residenziale sociale, di rinnovo urbanistico ed edilizio, di riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti, il comune può, nell'ambito delle previsioni degli strumenti urbanistici, consentire un aumento di volumetria premiale nei limiti di incremento massimi della capacità edificatoria prevista per gli ambiti di cui al comma 258."

¹¹ Art. 11, legge 6 agosto 2008, n. 133 di conv.del d.l. 25 giugno 2008, n. 112

¹² Art. 11, co. 5, lett. a), l. cit.

¹³ Art. 11,co. 5, lett. b),l. cit.

¹⁴ Art. 11, co. 5,lett. e), l. cit.

In letteratura, con riferimento alla disposizione della finanziaria per il 2008, si è ritenuto che il legislatore nazionale, in tal modo, abbia dato una copertura alle prassi negoziali riguardanti le fattispecie perequative, compensative e premiali ¹⁵.

Non bisogna, infatti, dimenticarsi che nel recente passato si è sostenuto autorevolmente che le fattispecie generatrici e traslative dei diritti edificatori (previste dalla leggi regionali e dagli strumenti urbanistici) non avrebbero copertura costituzionale, in quanto sarebbero vicende attinenti al diritto di proprietà e come tali sottoposti alla riserva legislativa nella materia dell'ordinamento civile ¹⁶.

Nell'ottica di questo orientamento lo *ius supeveniens* del 2007 e 2008, quindi, darebbe un fondamento agli istituti regionali che ruotano ai diritti edificatori.

In verità, le disposizioni esaminate sembrano presupporre e non fondare il fenomeno.

Ad es., quando il legislatore nazionale ritiene possibile il trasferimento dei diritti edificatori, senza, peraltro, disciplinarne ambiti, contenuti e condizioni, dà per scontata l'esistenza di normative regionali e prassi applicative che regolano le ipotesi, le forme ed i modi di trasferimento. Quindi, il legislatore statale non fa altro che dichiarare l'esistenza di un fenomeno presente nel diritto vivente, non sentendo il bisogno di darne un fondamento, anche perché in realtà non se ne vede la necessità.

Difatti, le fattispecie premiali, compreso il loro trasferimento, trovano il proprio fondamento direttamente nella legge urbanistica del 1942, laddove quest'ultima attribuisce direttamente ai comuni il potere di conformazione della proprietà immobiliare.

A tal fine, soccorre la distinzione elaborata in sede sociologica tra regolazione finale e condizionale.

La conformazione classica, unilaterale e dirigistica, cui siamo abituati dalla pianificazione tradizionale, segue lo schema della regolazione finale, che impone dei comportamenti da seguire necessariamente per raggiungere un determinato obiettivo.

¹⁵ V. P. Urbani, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, in www.pausania.it (ed anche in *Ed. Terr.*, 2008, n. 30); L. Casini, *Governo e mercato*, cit.

¹⁶ Il problema della riserva esclusiva statale in materia è posto da P. Stella Richter, *Contributo alla legge quadro sul territorio*, in *Scritti in onore di L. Mazzarolli*, III, Padova, 2007, 505 ss.; il problema è pure posto - in termini meno assertivi - da P. Urbani, *Territorio e poteri emergenti*, Torino, 2007, 180.

La premialità, invece, è il frutto di una conformazione ispirata ai criteri della regolazione condizionale, che non impone comportamenti necessitati, indica obiettivi che per poter essere raggiunti vengono incentivati con meccanismi premiali.

Si tratterebbe, dunque, di una proprietà conformata tramite l'impiego della regolazione condizionale e non finale¹⁷.

Non c'è, pertanto, bisogno di scomodare l'ordinamento civile atteso che la premialità si fonda sulla potestà di conformazione attribuita dalla legge urbanistica fondamentale.

Idem per la problematica del trasferimento dei diritti edificatori. Si è, infatti, sostenuto che questi ultimi sarebbero sottoposti al limite del principio di tipicità dei diritti reali, essendo soggetti alla potestà esclusiva statale in materia di ordinamento civile.

Peraltro, come recentemente chiarito i diritti edificatori sono la misura della trasformazione realizzabile dal titolare dello *ius aedificandi*, rappresentando la dimensione quantitativa di quest'ultimo¹⁸.

Essendo, dunque, una situazione soggettiva attinente alla dimensione quantitativa di una facoltà insita nel diritto di proprietà, non vi è alcuna alterazione e lesione della riserva esclusiva statale in materia di ordinamento civile.

Il diritto edificatorio, infatti, laddove dimensiona quantitativamente la possibilità di costruire, è il risultato dell'esercizio del potere di conformazione del territorio e della proprietà.

A ben vedere il diritto edificatorio riguarda un bene della vita oggetto della disciplina del potere di piano, che come tale, in mancanza di un espresso divieto, può essere liberamente commerciabile, trattandosi di diritti personali e non reali naturalmente.

Anzi, per essere più precisi, come si è avuto modo di riflettere in passato l'oggetto del c.d. diritto edificatorio è una *chance*, cioè una potenzialità di trasformazione in termini volumetrici del territorio.

Chance che è correlata tanto al potere di piano, quanto al procedimento edilizio diretto a concretizzare l'aspettativa edificatoria in diritto ad edificare.

¹⁷ È parso utile mutuare la nota distinzione di N. Luhmann, *Sociologia del diritto*, Bari, 1977, 216 ss. (trad. it di *Rechtsoziologie*, Hamburg, 1972). Sul punto è utile fare anche riferimento alle c.d. sanzioni positive: N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Bari 2007, 21 ss.

¹⁸ Così A. Maltoni, *Perequazione e compensazione*, cit., (pag. 13 del dattiloscritto).

Ne consegue che i diritti edificatori sono oggetto di un duplice giudizio di qualificazione: nei rapporti interprivati la *chance* edificatoria, laddove sia oggetto di un trasferimento tra un cedente ed un cessionario, è soggetta ad un rapporto obbligatorio di natura personale riconducibile allo schema del diritto di credito; nei rapporti tra il titolare di questo bene della vita ed amministrazione, assume le vesti (fino a che l'esercizio del diritto edificatorio non sia stato assentito dal titolo edilizio) dell'interesse legittimo¹⁹.

Va, inoltre, evidenziato che comunque la possibilità di trasferimento dei diritti edificatori è soggetta ad alcuni principi della legge urbanistica nazionale: va, infatti, ricordato come principio fondamentale quello della zonizzazione (art. 7), nonché l'obbligo di determinare per ciascuna zona "limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra i fabbricati" (art. 41-*quinquies*).

Ciò vuol dire che l' 'atterraggio'²⁰ del diritto edificatorio non può avvenire in qualsiasi parte del territorio, ma solamente in quelle zone individuate come idonee a tal fine dallo strumento urbanistico.

La legge finanziaria per il 2008 è sostanzialmente esplicitativa di tali principi, avendo disposto che il riconoscimento e l'esercizio dei diritti premiali è subordinato all'individuazione di ambiti premiali e che l'atterraggio del *quantum* volumetrico premiale non può comunque superare il tetto massimo di dimensionamento previsto per tali ambiti. Inoltre, esplicitando quanto già previsto dalle leggi regionali, subordina il riconoscimento della premialità alla realizzazione di interventi di recupero urbano od ambientale, o comunque concernenti l'edilizia residenziale sociale.

4. La premialità edilizia tra fattispecie conformativa della proprietà e quella concessoria.

¹⁹ Sul punto sia consentito rinviare a A. Bartolini, *Profili giuridici del c.d credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 302 ss. In questa linea si è pure espresso L. De Lucia, *La perequazione nel disegno di legge sui principi in materia di governo del territorio*, in www.eddyburg.it.
Contra A. Maltoni, *Perequazione*, cit.

²⁰ Gli urbanisti in materia di trasferimento dei diritti edificatori parlano di decollo ed atterraggio nel senso che il trasferimento dei medesimi presuppone a monte un loro decollo, cioè una separazione dalla proprietà fondiaria e a valle un atterraggio, cioè l'esercizio dei medesimi su una proprietà idonea ad acquistare diritti edificatori provenienti da altra proprietà.

In realtà, gli interrogativi più significativi vengono dalla normativa sul piano casa, dove è data la possibilità di trasferimento ai promotori, in funzione incentivante di diritti edificatori.

La disposizione pone più di un interrogativo poiché non sono chiarite né le modalità con cui vengono generati i diritti edificatori da trasferire, né le forme della traslazione.

Difatti il trasferimento dei diritti edificatori richiede a monte, nella disponibilità pubblica, un ‘tesoretto’ costituito da crediti edilizi.

Sotto questo profilo, in linea teorica il patrimonio di diritti edificatori in mano pubblica potrebbe essere generato a prescindere dalla proprietà del suolo (come è avvenuto talvolta in via di prassi)²¹, oppure da aree di proprietà comunale, come è accaduto nel caso di aste di diritti edificatori a Reggio Emilia²². Né va sottaciuta l’ipotesi in cui è lo stesso comune ad acquistare diritti edificatori da privati, in modo da creare una riserva comunale di crediti edilizi da rivendere²³.

Le tre fattispecie appena descritte sono riconducibili, peraltro, a due paradigmi giuridici ben differenti.

Nell’ipotesi in cui il tesoretto è formato da diritti edificatori generati da proprietà oggetto della conformazione urbanistica (secondo e terzo caso) non ci sono problemi giuridici di sorta, se non quelli segnalati nel paragrafo precedente.

Laddove invece la genesi del diritto edificatorio venga sganciata dalla *res* e prodotta per autoipotesi dallo stesso strumento urbanistico, ci si allontana dalla vicenda della fattispecie conformativa della proprietà ed entriamo in una ipotesi concessoria. Difatti, in questo caso il diritto edificatorio non essendo in partenza collegato alla proprietà edilizia non inerisce più allo *ius aedificandi*, da intendersi secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale come facoltà inerente al diritto di proprietà. Il

²¹ Devo ad Emanuele Boscolo la segnalazione di questa casistica riguardante il Comune di Monza. Quest’ipotesi è anche prevista da *Nuove norme per la perequazione urbanistica e la determinazione dell’indennità di esproprio. Proposta legislativa dell’Associazione italiana di diritto urbanistico – Aidu*, in *Riv. giur. urb.*, 2007., 418 ss.: “in caso di comprovata impossibilità di acquisto della potenzialità edificatoria occorrente per realizzare tutta la volumetria attribuita dal piano urbanistico alla propria area, il proprietario può ottenere la potenzialità mancante dal Comune mediante acquisto a titolo oneroso. I criteri di determinazione del prezzo di acquisto sono stabiliti dalla Regione in relazione alle caratteristiche dei vari comuni” (art. 6, co. 4).

²² Su quest’esperienza v. ancora A. Maltoni, *Perequazione*, cit., pag. 8 del dattiloscritto.

²³ È questo ad es. il caso di Terni su cui v. A. Bartolini, *Governo e mercato dei diritti edificatori: l’esperienza umbra*, in A. Bartolini, A. Maltoni (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, cit., pag. 5 del dattiloscritto.

diritto edificatorio, non essendo più pertinente alla fattispecie conformativa, deve essere necessariamente ricondotto alla figura (in senso proprio) della fattispecie concessoria, che produce come effetto tipico il trasferimento in capo al destinatario di un 'nuovo diritto', non preesistente.

Come tutte le fattispecie, anche quella in esame è, peraltro, sottoposta al principio di tipicità, per cui deve essere necessariamente prevista dalla legge, e nel caso in esame, da una norma legislativa statale esercitata in forza della potestà concorrente in materia di governo del territorio.

In via generale la presenza, nel diritto positivo, di un siffatto potere è stata esclusa categoricamente dalla Corte costituzionale, quando si è dovuta occupare di una problematica simile, ovvero quella della natura della concessione edilizia²⁴, precisando che nel sistema normativo (ancora oggi vigente) il diritto di edificare è inerente al diritto di proprietà e non può essere considerato come un diritto imputabile *ab origine* al Comune.

Ne deriva come corollario, che nell'attuale sistema non esiste né una norma, né un principio, di legge statale che consenta al Comune di autogenerare diritti edificatori, prescindendo dal collegamento con un proprio diritto di proprietà sui suoli.

Né a tal fine può essere considerata come una norma attributiva di un siffatto potere quella del piano casa, laddove prevede la possibilità di trasferimento da parte dei pubblici poteri di diritti edificatori: si tratta in verità solamente di una norma premiale che presuppone l'esistenza di diritti edificatori, non disciplinando, tuttavia, il momento della loro generazione.

Di conseguenza il trasferimento contemplato dal piano casa potrà riguardare, stante il principio di tipicità, solo diritti edificatori frutto del potere di conformazione della proprietà dei suoli.

5. Premialità edilizia e tutela della concorrenza

Altra questione posta sul tappeto dal piano casa, ma lasciata sostanzialmente irrisolta dal legislatore, è quella delle modalità di trasferimento dei diritti premiali.

²⁴ Corte cost., 30 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. cost.*, 1980, 21 ss.

In altre parole occorre chiedersi se il trasferimento di un bene, quale la *chance* volumetrica, debba essere oggetto, o meno, di procedure di evidenza pubblica.

Sul punto la legge finanziaria del 2009 afferma che la scelta del promotore, cui trasferire, tra l'altro, i diritti edificatori, può avvenire *anche* mediante le procedure di *project financing* previste dal codice dei contratti²⁵. Quindi il promotore può essere scelto anche con procedure diverse dal *project*, che, peraltro, non sono indicate dal legislatore.

Per cui per poter capire a quali procedure siano soggetti i trasferimenti dei diritti edificatori in esame occorre rifarsi ai principi.

Sotto questo profilo non bisogna, innanzitutto, dimenticare le prassi che si sono formate in materia: a tal fine, soccorre il caso di Reggio Emilia dove il Comune, per trasferire i propri diritti edificatori, ha bandito una procedura aperta basta sul criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa (c.d. asta dei diritti edificatori)²⁶.

Ma soprattutto appare imprescindibile partire da una recente pronuncia dell'Autorità per la vigilanza sui contratti che, per l'appunto, si è occupata del regime da applicare al trasferimento dei diritti edificatori²⁷.

In particolare l'*authority* si è posta il problema di vedere se le convenzioni urbanistiche dirette a trasferire ai costruttori diritti edificatori, a fronte della realizzazione di infrastrutture pubbliche, siano soggette al codice dei contratti.

Ai fini che qui interessano va preliminarmente specificato che tale questione riguarda il fenomeno della cessione dei diritti edificatori, che è concettualmente distinto da quello delle premialità edilizie: nel primo caso, infatti, c'è un rapporto sinallagmatico, dove il prezzo per la realizzazione delle infrastrutture non è quantificato in termini monetari, ma in diritti edificatori; nel caso delle premialità, non c'è sinallagma, in quanto il diritto edificatorio viene concesso per la realizzazione di obiettivi pubblicistici particolarmente qualificati. Differenza, tra l'altro, che è tenuta presente dal legislatore nella disciplina casa, dove viene distinta l'ipotesi della cessione di diritti edificatori da quella delle premialità²⁸.

²⁵ L'art. 11, co. 5, della l. n. 133/08, afferma che gli interventi relative al piano casa "sono attuati anche attraverso le disposizioni di cui alla parte II, titolo III, capo III, del citato Codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163", cioè la disciplina sul *project financing*.

²⁶ V. ancora A. Maltoni, *Perequazione*, cit., pag. 8 del dattiloscritto

²⁷ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, *Determinazione n. 4/2008* del 2 aprile, 2008, in www.autoritalavoripubblici.it

²⁸ V. art. 11, co. 5, lett. a) ed e), l. n. 133/08.

Peraltro, le conclusioni cui è arrivata l'Autorità di vigilanza non possono essere sottaciute, poiché pur riguardano il fenomeno della cessione di diritti edificatori, potrebbero coinvolgere indirettamente anche le fattispecie premiali.

L'Autorità per poter vedere se la cessione dei diritti edificatori sia riconducibile ad un contratto di appalto, ha dovuto necessariamente fare i conti con la nozione comunitaria di appalti pubblici, che vengono definiti come quei “*contratti a titolo oneroso ... aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*”²⁹.

Nel concetto di onerosità si fanno tradizionalmente rientrare solo quelle prestazioni che comportano “la corresponsione di un importo economico da parte dell'amministrazione aggiudicatrice”³⁰. La cessione dei diritti edificatori, non costituendo la corresponsione di un importo economico (*melius*: monetario), non dovrebbe, dunque, essere considerato un appalto, visto che non viene integrato il requisito dell'onerosità.

L'Autorità di vigilanza ha invece ritenuto che sia possibile un'interpretazione estensiva di onerosità, arrivando a sostenere con la determinazione n. 4/2008 che il prezzo da versare all'affidatario “non deve essere obbligatoriamente limitato ad una corresponsione in denaro, ma ben può consistere in un *riconoscimento di diritti suscettibili di valutazione economica*”³¹.

Ne conseguirebbe che le convenzioni dirette a cedere diritti edificatori vs. infrastrutture pubbliche, sarebbero da considerare onerose (in quanto sono dirette a cedere diritti di valutazione economica), e, quindi, soggette alla disciplina comunitaria e nazionale in materia appalti pubblici, ed in particolare a quella del codice dei contratti, sia per quanto concerne le procedure sopra soglia, che quelle sotto soglia.

La soluzione a dir la verità non pare persuasiva, in quanto tanto alla luce della giurisprudenza comunitaria, quanto di quella interna, il concetto di onerosità pare essere ancora riferito ad una controprestazione in termini monetari³².

²⁹ Art. 1, par. 2 lett a), direttiva 2004/18/CE.

³⁰ Così G. Morbidelli, M. Zappolato, *Appalti pubblici*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Tratt. dir. amm. europeo*, Parte speciale, Tomo, I, Milano, 2007, 438.

³¹ Corsivo non testuale.

³² Pare ancora seguire la posizione ‘monetarista’ Corte giust CE, 12 luglio 2001, C-399/98, c.d. *Caso Scala*; in termini anche Tar Campania, Napoli, Sez. I, 31 marzo 2008, n. 1666; Tar Veneto, Sez. I, 10 luglio 2006, n. 2006.

A ben vedere, le figure convenzionali riconducibili alle cessioni dei diritti edificatori sembrano essere per molti versi assimilabili ai contratti non onerosi, cioè a fattispecie senza oneri economici per la pubblica amministrazione: difatti, nel caso della cessione dei diritti edificatori l'amministrazione consegue un beneficio, cioè l'opera pubblica, senza esborsi monetari e, quindi, senza oneri. E come correttamente ha avuto modo di evidenziare la nostra giurisprudenza, in questo caso ci si trova di fronte alla figura dei contratti esclusi, cioè quelle fattispecie contrattuali diverse dagli appalti pubblici, che come tali sono soggette solamente ai principi del diritto comunitario (e non quindi alle direttive europee né tantomeno al codice dei contratti). Arrivando a specificare che l'assenza di corrispettività "non incide ... sulla soggiacenza ai principi di evidenza pubblica valevoli, alla stregua di un principio comunitario da ultimo recepito con il codice dei contratti ... per tutte le attività contrattuali della p.a. pur se non soggette a disciplina puntuale di stampo nazionale o di derivazione europea"³³.

Ne consegue che la cessione dei diritti edificatori, vista la loro non onerosità e mancanza di corrispettività, sembra essere soggetta ai principi del Trattato, piuttosto che alla disciplina puntuale dettata dalle direttive appalti e dal codice dei contratti. In particolare secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, a partire dal caso *Telaustria*, i principi del Trattato impongono anche in queste fattispecie la predisposizione di procedure competitive conformate al principio di non discriminazione, che impone un obbligo di trasparenza consistente "nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti ... alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione"³⁴.

Le conclusioni cui si è pervenuti, peraltro, non appaiono pienamente estensibili al fenomeno differente della premialità edilizia: anche queste ultime sono caratterizzate dalla mancanza di corrispettività, per cui apparentemente si potrebbe ritenere che pure per i trasferimenti premiali da parte della p.a. si debbano seguire i principi comunitari in materia di procedure competitive.

³³ Cons. St., Sez.VI, 10 gennaio 2007, n. 30. Su tali problematiche v. *amplius* M. Atelli, S. Fantini, *L'evidenza pubblica nei contratti finanziari delle amministrazioni locali*, in M. Atelli (a cura di), *Gli strumenti derivati negli enti locali*, Milano, 2008, 29 ss.

³⁴ Corte giust. della CE, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria*.

Peraltro nel caso del trasferimento di diritti premiali manca un altro requisito fondamentale del contratto d'appalto, cioè l'elemento della controprestazione, o meglio della prestazione a favore della p.a.

Nella cessione del diritto edificatorio la p.a. ottiene un beneficio direttamente imputabile ai propri interessi patrimoniali conseguendo un'opera, un'infrastruttura pubblica, conseguendo, dunque, una prestazione, a fronte dell'attribuzione di diritti edificatori. Nel caso della premialità vi è *au fond* non un contratto diretto ad incrementare il patrimonio della p.a., ma un negozio unilaterale che mira, all'opposto, ad accrescere il patrimonio del privato da premiare od incentivare. Ovvero non siamo nello schema degli appalti, ma in quello delle sovvenzioni, da intendersi secondo la nozione più ricorrente come quel provvedimento unilaterale con cui la p.a. trasferisce risorse ad un'altra parte, senza ricevere in cambio una prestazione equivalente in termini di valutazione di mercato³⁵.

Per cui il paradigma di riferimento non saranno i principi comunitari in materia di procedure competitive, ma l'art. 12, l. n. 241/90 sulle sovvenzioni e gli aiuti economici in genere, che impone, come noto, la predeterminazione dei criteri e la loro previa pubblicità, stabilendo che “la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni precedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi”³⁶.

L'obbligo di predeterminazione dei criteri per l'erogazione delle premialità porta con sé, come prima conseguenza, che non vi è necessità di

³⁵ Sul punto si rinvia a di B. Lubrano, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, Torino, 2008, 71 ss.

³⁶ Né a tal fine può ostare l'art. 13 della medesima legge n. 241/90, che come noto esclude dal campo di applicabilità della pianificazione urbanistica il Capo III della medesima legge in cui è collocato anche l'art. 12. Ciò sia per ragioni di ordine letterale che sistematico. Innanzitutto, la rubrica dell'art. 13, intitola l'articolo in esame come “Ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione”; per cui la norma non pare escludere tutte le disposizioni di cui al Capo III, ma solo quelle riguardanti la partecipazione; quindi, l'esclusione non riguarda l'art. 12, trattandosi di norma sulla predeterminazione dei criteri, che nulla ha a che vedere con la partecipazione al procedimento. In secondo luogo, in forza dell'art. 1 e dell'art. 29 della l. n. 241/90, le norme contenute nel Capo III hanno comunque, valore di principio anche nel campo della pianificazione urbanistica: in senso conforme ad es. N. Assini, P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2008, III ed. 177.

procedere sempre all'assegnazione delle medesime con procedure competitive.

Se, difatti, l'amministrazione decida di trasferire propri diritti edificatori ad una indistinta categoria di soggetti (ad es. il Comune con il prg riconosce diritti premiali a tutti coloro che presentano progetti di bio-edilizia)³⁷, cioè a tutti color che possono raggiungere gli obiettivi e le finalità pubblicistiche sottese alla premialità, non vi sarà la necessità di indire procedure competitive, essendo sufficiente la predeterminazione oggettiva dei criteri di assegnazione e la loro pubblicità.

Quando, invece, si prospettino situazioni simili a quelle del piano casa o al caso delle aste dei diritti edificatori, in quanto il 'tesoretto è limitato ed la possibilità di sfruttarlo è limitata a cerchie ristretti di soggetti, occorrerà seguire delle procedure competitive che, tuttavia, non necessariamente devono seguire gli schemi comunitari.

Difatti, i procedimenti di sovvenzione come precedentemente evidenziato non sono soggetti al diritto europeo, ma al paradigma di cui all'art. 12, l. n. 241/90.

Le conseguenze non sono di poco momento. Ad es., nel caso in cui si scelga la figura del promotore della finanza di progetto (ipotesi assolutamente non inverosimile) si potrà riconoscere a quest'ultimo il diritto di prelazione, che, invece, è vietato dal diritto europeo³⁸.

Si deve, inoltre, ritenere che l'obbligo di predeterminazione non riguardi solo il caso di trasferimento di diritti edificatori da parte degli enti locali, ma anche le premialità riconosciute alle proprietà dei privati: difatti, pure queste ultime sono riconducibili allo schema dell'art. 12, essendo anche esse degli ausili economici riconosciuti per il raggiungimento di determinati obiettivi pubblicistici.

Questa regola, peraltro, è soggetta a delle eccezioni. In particolare, sovengono le premialità riconosciute proprio dal piano casa e comunque finalizzate alla realizzazione di edilizia residenziale sociale.

³⁷ Soccorre come es. simile il caso del prg del Comune di Todi, dove accanto ad una quantità edificatoria fissa, viene prevista una 'quantità premiale' relativa agli 'aspetti ecologici' (nдр: bio-edilizia) e quelli 'morfologici' (sistemazione a verde, strade alberate, attrezzature per la pratica dello sport). Il premio è piuttosto limitato: 0,3 mq/mq dell'indice territoriale per gli ambiti residenziali e 0,5 mq/mq nel caso di ambiti per attività produttive. A tal fine, la medesima amministrazione ha predisposto un sistema di valutazione, fondato su una serie di criteri predeterminati, per calcolare tale premialità.

³⁸ V. sul punto Corte giust. CE, 21 febbraio 2008, C-412/04, *Commissione c. Repubblica italiana*.

Il *social housing* è considerato dall'ordinamento europeo come un servizio economico di interesse generale³⁹, in quanto diretto ad assicurare il diritto fondamentale all'abitazione garantito dalla carta di Nizza⁴⁰.

E come noto l'affidamento dei servizi di interesse economico generale, come statuito in *Parking Brixen*⁴¹, deve avvenire con procedure competitive conformi ai sopra richiamati principi di non discriminazione, parità di trattamento, imparzialità e trasparenza e dell'art. 30, Codice dei contratti.

Ne consegue che in questo caso l'affidamento del servizio potrebbe portare con sé, laddove disposto, anche l'attribuzione del diritto speciale costituito dalle premialità edilizie: in tale ipotesi, peraltro, il loro trasferimento, per *vis acontractiva*, avverrà sulla base alle disposizioni comunitarie e non in forza dell'art. 12 l. n. 241/90

6. (segue ...) e gli aiuti di stato

In verità il campo elettivo di applicazione del diritto comunitario alle fattispecie premiali è quello degli aiuti di stato.

Come noto, il Trattato, al fine di evitare prassi distorsive della concorrenza, ha inteso fortemente limitare le sovvenzioni ed in genere qualsiasi aiuto proveniente dallo stato e dalle articolazioni, anche territoriali, di quest'ultimo⁴².

Occorre chiedersi se le premialità possano essere oggetto di questa disciplina limitativa. A quanto consta non esistono precedenti che si siano occupati del tema, anche se vi sono una serie di indici che tendono a considerare i diritti premiali come aiuti di stato⁴³.

³⁹ V. il sedicesimo considerando della decisione della Commissione del 28 novembre 2005 (2005/842/CE) riguardante l'applicazione dell'articolo 86, par. 2, del Trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale. V. ora anche l'art. 11, co. 7, l. 133/08, relativo al piano casa dove gli interventi integrati di promozione edilizia anche sociale sono definiti come servizi di interesse economico generale.

⁴⁰ Art. 34, par. 3, Carta di Nizza.

⁴¹ Corte giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, punto 46.

⁴² Art. 87, Trattato.

⁴³ Nella vasta letteratura si segnalano A. Alemanno, *Aiuti di stato (dir. com.)*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, I, Milano 2006, 192 ss; e per quanto più interessa ai fini di questa indagine B. Lubrano, *Le sovvenzioni*, cit., 9 ss e G. Rizzi, *Gli aiuti di stato e il sistema dell'edilizia residenziale pubblica*,

In primo luogo si deve tener conto della nozione lata di aiuto di stato costituito da ogni vantaggio o beneficio economicamente apprezzabile, anche non gratuito, conferito non solo dallo stato, ma da qualsiasi pubblica autorità, alle imprese: tra questi benefici vengono fatti rientrare le vendite alle imprese di terreni e fabbricati da parte di autorità pubbliche⁴⁴. Non è, dunque, peregrino ipotizzare che anche il trasferimento di diritti edificatori alle imprese sia da ritenere soggetto alla disciplina degli aiuti di stato.

Va, peraltro, specificato che molte delle finalità perseguite dalle leggi nazionali e regionali in materia di diritti premiali trovano il *favor* dell'ordinamento europeo, che li ritiene compatibili a determinate condizioni.

Ad es. in materia di edilizia residenziale pubblica la Commissione ha adottato una decisione (riguardante i servizi economici di interesse generale) in cui viene stabilito che le autorità nazionali possono beneficiare dell'esenzione dall'obbligo di notifica "anche se l'importo della compensazione che [le imprese] ricevono supera le soglie da essa stabilite, qualora i servizi che forniscono siano definiti servizi d'interesse economico generale dagli stati membri"⁴⁵.

Anche per gli interventi in materia ambientale è previsto un regime di esenzione dalla notifica, laddove l'aiuto copra una certa percentuale dei costi⁴⁶.

Non sono previste, invece, esenzioni per gli interventi di riqualificazione urbana, anche se "misure di incentivazione al miglioramento dei quartieri degradati sono state ritenute compatibili con il mercato comune da parte della commissione in ipotesi notificata dal governo scozzese"⁴⁷.

Ne consegue che l'attribuzione dei diritti premiali alle imprese da parte degli strumenti urbanistici non può essere illimitata dovendo fare i conti con i limiti posti dal regime di divieto degli aiuti di stato: e sotto questo profilo sarebbe opportuno che la quantificazione del premio sia

Regione Lombardia, Osservatorio regionale sulla condizione abitativa. Studi e ricerche, Milano, marzo 2007.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione relativa agli elementi di aiuto di Stato connessi alle vendite di terreni e fabbricati da parte di pubbliche autorità (GUCE n. C 209 del 10/07/1997).

⁴⁵ V. sedicesimo considerando ed artt. 1, par. 1, lett. b), art. 6, par. 3, Decisione della Commissione del 28 novembre (2005/842/CE) (pubblicata in GUUE 29 novembre 2005, L 312)

⁴⁶ V. Regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008 (Pubblicato in GUUE del 9 agosto 2008, L 214).ò

⁴⁷ Così G. Rizzi, *Gli aiuti*, cit., 90.

fatta, come per es. avviene nella legge umbra sui centri storici, sulla base dei costi sostenuti, che sono il parametro su cui si fonda il giudizio europeo.

7. Conclusioni

In sede di considerazioni conclusive, va notato che il pendolo del rapporto tra legge nazionale e legge regionale volge a favore di queste ultime, in quanto lo stato si è limitato a registrare una fenomenologia che si è sviluppata tutta all'interno del potere di conformazione della proprietà.

Questa sorta di latitanza sotto un profilo giuridico è, tuttavia, pienamente conforme al dato costituzionale, in quanto il fondamento della fattispecie premiale è direttamente rinvenibile nella legge nazionale urbanistica.

Trattandosi, peraltro, di una materia al confine con quella dell'ordinamento civile, specie per quanto concerne la figura del trasferimento dei diritti edificatori, sarebbe opportuno provvedere ad una più puntuale definizione da parte del legislatore statale esclusivo.

Dall'analisi sin qui svolta risulta, infatti, che il vero nodo irrisolto riguarda il quadro delle certezze giuridiche, poiché, come da più parti rilevato, lo scambio ed il trasferimento dei diritti edificatori richiederebbero un sistema di pubblicità volto a tutelare la buona fede dei terzi: sotto questo profilo alcune leggi regionali e la prassi applicativa ha introdotto il registro dei diritti edificatori, che, tuttavia, ha un'efficacia notiziale piuttosto ridotta. Come d'altronde, il quadro delle certezze richiederebbe di dare una stabilità ai diritti edificatori, che altrimenti sono soggetti allo *ius variandi* di piano, per cui andrebbe accolta la proposta di sottoporre i diritti edificatori a prescrizione quinquennale⁴⁸.

E' su questo terreno che dovrebbe intervenire il legislatore nazionale, poiché il quadro delle certezze può essere dato esclusivamente dall'ordinamento generale mediante l'esercizio della propria potestà esclusiva in materia di ordinamento civile, accogliendo una serie di proposte espresse in sede associativa, sia per quanto riguarda l'obbligo di trascrizione "i contratti che trasferiscono la potenzialità edificatoria delle

⁴⁸ Così P. Urbani, *Territorio*, cit., 180.

aree”⁴⁹, sia per quanto riguarda la salvezza dei diritti edificatori nei confronti dello *ius variandi* esercitato dal potere di piano⁵⁰.

Sarebbe questo il miglior viatico per dare un quadro giuridicamente certo alle premialità edilizie.

Antonio Bartolini

⁴⁹ Cfr. Art. 6, co. 3, *Nuove norme*, cit.

⁵⁰ Art. 7, co. 2, *Nuove norme*, cit.