

Sistemi di pianificazione urbanistica e principio di legalità dell'azione amministrativa. A proposito delle sentenze del Tar Lazio sul PRg di Roma.

Paolo Urbani

1. Premessa

Il titolo del convegno “*l’urbanistica italiana dopo le sentenze del Tar sul PRg di Roma*”¹ mi induce a riportare il tema specifico – per i riflessi che le decisioni del giudice amministrativo potrebbero avere sulle esperienze di perequazione in atto sul territorio nazionale – nell’ambito di alcune questioni generali legate anche alla mancata riforma urbanistica.

La prima questione riguarda il fatto che da tempo autorevoli giuristi ritengono che la potestà conformativa del potere pubblico sui beni immobili – specie se riferita ai piani urbanistici – è dotata di eccessiva discrezionalità. Una discrezionalità nel *quid* e nel *quomodo* (contenuto e tempi e modi di adozione del provvedimento).

Sarebbe invece imposto al legislatore, in base al principio di legalità sostanziale, dettare precise prescrizioni e limiti contenutistici per la definizione dei poteri amministrativi.

Sappiamo che così non è: anzi il legislatore regionale si è sbizzarrito nel definire diversi modelli di piano regolatore incidendo sia sul *quid* che sul *quomodo*. Basta pensare al Piano strutturale e a quello operativo i cui contenuti sono declinati dalle leggi regionali in modo assai differenziato con contenuti ed effetti sulla proprietà ancora assai incerti e discutibili². E’ appena il caso di rilevare che pur essendo nell’ambito del “governo del

¹ Facoltà di Architettura La Sapienza Roma 22 marzo 2010.

² Sul punto più diffusamente P.Urbani *La riforma regionale del prg: un primo bilancio. Efficacia, contenuto ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità nel provvedere e garanzia del contenuto minimo della proprietà* in Riv Giur. Ed. 2007

territorio” – materia concorrente per la quale la legge statale dovrebbe limitarsi a dettare i principi fondamentali che, tuttavia, ben possono incidere sull’esercizio discrezionale del potere amministrativo dei comuni – le proposte di riforma urbanistica susseguitesesi in questi ultimi anni non hanno minimamente toccato questi aspetti. Va detto inoltre, che poiché il potere conformativo incide sul diritto di proprietà si pone il problema del confine tra “governo del territorio” e “ordinamento civile” materia, quest’ultima, che riguarda le competenze esclusive del legislatore statale (art. 117 2 co lett. 1). Lo affermo perché proprio la questione dei diritti edificatori, della loro natura giuridica e del loro trasferimento di cui il PRg di Roma è caratterizzato, non possono semplicemente rientrare nel governo del territorio ma attengono a questioni connesse al principio di eguaglianza rispetto al regime dei diritti soggettivi come la proprietà oggetto necessariamente di riserva di legge (statale e non regionale). Di recente la Corte Cost. nella sent.121 del 23 marzo 2010 sulla costituzionalità del piano nazionale dell’edilizia abitativa di cui alla l.133/08 ha ribadito che “le previsioni relative al trasferimento ed alla cessione dei diritti edificatori incidono sulla materia “ordinamento civile” di competenza esclusiva dello stato”.

Il risultato è che, in assenza di un intervento del legislatore sia sul versante del governo del territorio che su quello dell’ordinamento civile, la discrezionalità del comune nel dettare le prescrizioni urbanistiche invece che ridursi si è ampliata a dismisura.

2. L’introduzione di modelli perequativi

La prima questione riguarda, quindi, il caso dell'applicazione dei modelli perequativi assai diversi tra loro di cui non vi è traccia di disciplina adeguata nella legislazione statale mentre, lì dove è stata disciplinata dal legislatore regionale, essa si limita a mere petizioni di principio. Cosicché in moltissimi casi la perequazione è stata applicata - in vari contesti - come perequazione *parziale a posteriori* o come perequazione *generalizzata a priori*³ senza che vi sia un riferimento espresso di tali diverse tecniche di pianificazione nelle norme regionali, ad eccezione del caso della Lombardia (LR 5/2005).

E tutto ciò sulla base dell'estemporanea convinzione degli urbanisti chiamati a redigere per i comuni i piani regolatori, convincendo questi ultimi della bontà del modello pur di non sostenere oneri finanziari per l'acquisizione delle aree per servizi o la conflittualità per l'impopolarità dei vincoli urbanistici.

Non vi è dubbio che alla base del principio perequativo vi è la giusta considerazione che se si supera la zonizzazione, si supera anche la discriminazione tra proprietari e tra edificabilità differenziate delle aree in rapporto alle diverse destinazioni. In breve, se si ragiona in termini perequativi ovvero di equa distribuzione tra proprietari di *onori* ed *oneri* in modo da rendere il più possibile indifferenti i proprietari alle scelte di pianificazione, si fa un grande passo avanti verso una attuazione integrale del piano urbanistico.

Ma è evidente che nel pur lodevole tentativo di garantire la *città pubblica* si rischia di imbattersi non solo nelle garanzie previste dall'art.42 della

³ P.Urbani *I problemi giuridici della perequazione urbanistica* in Riv.Giur.Ed. 2002, 587 s; Idem, *Territorio e poteri emergenti*, Torino 2007, in part. Cap.VIII, 165 s.

Cost. in tema di disciplina della proprietà imponendo oneri non coperti da disciplina legislativa (contributo straordinario, riserva di edificabilità al comune) ma anche di ricreare quella disparità di trattamento che con la perequazione s'intendeva eliminare.

E' appena il caso di segnalare che in un passaggio della stessa sent. 2383/2010 Tar Lazio, il giudice amministrativo si pone il problema, senza tuttavia entrare nel merito, della costituzionalità di norme come quelle della legge 244/07 e della l.133/08. E qui permettetemi di dire che non vi è da stupirsi se disposizioni di piano vengono annullate dal giudice amministrativo anche a distanza di tempo, specie rispetto a istituti che gli operatori ed i comuni stessi ritengono ormai consolidati poiché è sempre possibile - come accaduto per il PRg di Roma - che quelle norme vengano impugnate rispetto ad interessi lesi ed il giudice sia chiamato a valutarne la legittimità. In altre parole, se la norma è illegittima, prima o poi qualcuno s'incaricherà di chiederne la demolizione: *certus an, incertus quando*. E qui basta fare riferimento alla celebre sentenza di Bassano del Grappa (Con.Stato sez IV 21 agosto 2006 n.4833 che è stata guardata con sgomento dai mentori della perequazione autoreferenziale.

E la questione si riverbera anche sul cosiddetto piano-casa, quello, per semplificare, che prevede in linea generale un premio di volumetria pari al 20% anche in deroga al piano urbanistico, cui il comune non si può sottrarre. Si tratta di norme regionali (frutto dell'intesa stato-regioni dell'aprile del 2009) palesemente incostituzionali poiché incidono su due profili: il primo riguarda un principio fondamentale della materia urbanistica che è il principio del piano o meglio della pianificazione, che in questo caso verrebbe stravolto, e la cui individuazione spetta al

legislatore statale, il secondo quello della garanzia costituzionale dei comuni per i quali in base alle modifiche del titolo V Cost. è riconosciuta un'autonomia costituzionalmente garantita, che rileva anche nell'ambito della gestione del territorio che come tale rientra tra le funzioni fondamentali di cui all'art.117 2 co lett p) di competenza esclusiva del legislatore statale, non potendo quindi essere oggetto di eccessiva compressione da parte del legislatore regionale. Anche qui, se mi è consentita un'opinione, si tratta solo di aspettare il primo ricorso incidentale nel quale sia sollevata la questione di costituzionalità di qualche disposizione di legge regionale avanti alla Corte Cost.

3. La difficile attuazione dei modelli perequativi

La seconda questione riguarda il fatto che il modello perequativo - o i modelli ad esso assimilati - prevedono una complessa attuazione tutta affidata a moduli consensuali che legano inscindibilmente intere categorie di proprietari, dal cui impegno necessariamente unitario può scaturire l'urbanizzazione delle aree. Con il che si riduce drasticamente la possibilità dei privati di poter disporre in modo individuale della proprietà, il che ripropone, in altri termini, il tema della *proporzionalità* rispetto al sacrificio imposto al privato che va visto anche sotto il profilo dei tempi attraverso i quali il privato può soddisfare il suo interesse al bene della vita. In altre parole, se per poter trasformare la proprietà da fondiaria in edilizia il privato è ancorato a complessi processi sui quali non può in alcun modo incidere poiché dipendono dall'insieme delle volontà di altri soggetti, siamo di fronte ad un *vincolo di rinvio* a successiva attuazione delle prescrizioni urbanistiche che in parte dipendono dall'iniziativa

privata ed in parte anche dalla pubblica amministrazione (stipula convenzioni). La giurisprudenza in materia rispetto ad altre fattispecie (lottizzazioni convenzionate ad es. o a rinvio a piani attuativi di iniziativa pubblica) ritiene ormai che tali vincoli non decadano, nel primo caso poiché l'iniziativa è del privato, nel secondo poiché, pur dipendendo dalla volontà della PA, i proprietari si trovano tutti nella medesime situazioni soggettive e quindi non vi è disparità di trattamento. Tuttavia, questa stessa giurisprudenza e quella più recente e dilagante della CEDU (Corte europea dei diritti dell'uomo) aggiungono che la compressione del diritto di proprietà non può arrivare al punto da svuotarne completamente il contenuto, altrimenti entra in gioco il rispetto del cosiddetto "contenuto minimo del diritto di proprietà", al di là del quale si ripropone la questione dell'espropriazione "larvata". Se guardiamo ad es. all'art. 9 co 2 del Tu 380/2001, il legislatore delegato ha proprio su questo aspetto innovato rispetto alla disciplina precedente prevedendo che, in attesa dell'approvazione dei piani attuativi, i proprietari delle aree possano intervenire sugli immobili esistenti attraverso la ristrutturazione edilizia anche modificando fino al 25% le destinazioni d'uso preesistenti. Il che significa - secondo il significato attuale della ristrutturazione edilizia - che è possibile anche demolire e ricostruire. La questione non è di poco conto poiché nei meccanismi perequativi e specie in quelli nei quali s'intracciano quelli compensativi il *dies a quo* dell'attuazione delle prescrizioni non è assolutamente previsto.

Basta guardare al caso di Roma ove la gran parte dell'attività di nuova trasformazione non solo è subordinata alla composizione degli interessi tra proprietari rispetto ai molteplici ambiti individuati ma anche in rapporto al

comportamento di altri soggetti che possono in quelle aree far “atterrare” i propri diritti edificatori a seguito delle compensazioni .

A ben guardare, è un *risiko* micidiale nel quale per prevedere una integrale attuazione del piano si rischia di far cadere tutto il piano. Basta guardare al caso del comune di Buccinasco di cui alla sent. 04671/2009 del Tar Lombardia (sez. II) in www.pausania.it ove l'intero PGt (piano di governo del territorio) è stato annullato poiché nella previsione delle cosiddette aree di compensazione non era possibile far atterrare i diritti edificatori trasferiti dalle aree nelle quali il comune richiedeva la loro cessione compensativa, poiché nelle prime l'indice di edificabilità assegnato dal piano non lo permetteva, con la conseguenza di configurare per le seconde un vincolo sostanzialmente espropriativo. In breve, in questo caso l'illegittimità delle disposizioni contenute nelle NTA che pervadono l'intero piano urbanistico sotto il profilo della sua attuazione produce l'effetto che si può riassumere così: *simul stabunt simul cadent*.

4. Gli sviluppi dell'applicazione dei modelli perequativi.

Ora rispetto a ciò vedo due tendenze. La prima è quella per la quale con norme di piano di questo genere si sta passando dalla *proprietà* all'*impresa* perché è evidente che in un simile contesto l'interesse individuale del proprietario cede il passo agli interessi economici dell'impresa. Prova ne sia che le NTA di un PRg, in simili contesti pianificatori, difficilmente sono impugnate da grandi imprese costruttrici, ma semmai da singoli proprietari come nel caso delle due sentenze sul PRg di Roma.

E' forse è proprio questo l'intendimento dei comuni, quello cioè di stabilire un rapporto privilegiato, più che con i proprietari con le imprese

edilizie, eliminando in qualche modo la conflittualità con il singolo proprietario e stabilendo un rapporto consensuale con le imprese di costruzione.

La seconda tendenza riguarda il *tempo* del procedimento ovvero il *quomodo*. L'ho già detto. Se non ci si mette d'accordo tutti, non parte nulla, con il rischio quindi di ingessare il piano, ma di salvare il principio teorico del piano perequato.

Il che fa sorridere pensando alle norme introdotte dalla legge 136/99 sulle garanzie di conclusione del procedimento rispetto a piani attuativi d'iniziativa privata presentati dal privato. Qui il privato non sa cosa presentare né tantomeno in molti casi, come nei Prin del Prg di Roma, chi siano gli altri proprietari con i quali deve ricercare il necessario accordo.

5. Il rischio di un passo indietro.

E qui si pongono due questioni che sono entrambi di antica data.

Sappiamo che nel modello "illuminista" della legge del 1942 era previsto che il PRG si attuasse solo attraverso piani di lottizzazione convenzionata o piani particolareggiati d'iniziativa pubblica, ma che di fronte all'inerzia nella redazione dei secondi da parte dei comuni, alla fine degli anni '50 l'orientamento della giurisprudenza amministrativa ritenne che il PRG - senza ricorrere a piani attuativi - potesse in molte zone esaurire la disciplina urbanistica tutte le volte che tali previsioni apparissero in modo sufficientemente specifico e se ne potesse dare diretta applicazione, come ad es. in presenza delle opere di urbanizzazione primaria. Le conseguenze di quella scelta furono in molti casi la "città lineare" senza servizi e spazi

pubblici, assai peggio di quella della subordinazione delle trasformazioni ai piani attuativi di cui alla l.1150 del 1942.

Ho la netta sensazione che anche questo nuovo sistema di pianificazione presenti elementi “razionali” ma spesso impraticabili e che presto si potrebbe riproporre, giuste le considerazioni fatte prima in merito al principio di proporzionalità e del rispetto del contenuto minimo del diritto di proprietà, quell’orientamento del giudice amministrativo – anche di fronte al superamento delle zone e all’adozione del modello perequativo specie per quello generalizzato – diretto a salvaguardare il diritto del privato a soddisfare il suo interesse al bene della vita, in termini ragionevoli.⁴

La seconda questione riguarda la capacità manageriale della pubblica amministrazione poiché il dilagare dei modelli consensuali impone non solo una nuova capacità contrattuale del personale amministrativo (soprattutto di giuristi) ma anche un controllo nel tempo riguardo al rispetto degli accordi presi. E non mi pare che le amministrazioni abbiano ben compreso che i modelli perequativi comportano un monitoraggio continuo che non si esaurisce con le semplici prescrizioni di piano.⁵

6. Una maggiore attenzione all’urbanistica per accordi

⁴ Ma affidare alla giurisprudenza il ruolo di supplenza rispetto alle carenze della legislazione a fronte di nuovi fenomeni economici e sociali significa destabilizzare il sistema della pianificazione urbanistica che in realtà è rimasto per lungo tempo stabile, riducendosi il contenzioso avanti al giudice amministrativo prevalentemente in rapporto alla disciplina dei vincoli urbanistici.

⁵ Il che richiede la presenza nell’amministrazione di giuristi, necessari per il controllo delle convenzioni urbanistiche, non essendo sufficiente l’ufficio legale della amministrazione chiamata spesso a dirimere conflitti su tutte le questioni di competenza del comune, mentre in questo caso il ruolo dei giuristi-urbanisti svolge proprio quello di “evitare” i conflitti redigendo schemi di accordo e di convenzioni intaccabili sotto il profilo giuridico. Sintomatico di questa scarsa attenzione al tema è invece il bando pubblico (2010) per l’assunzione presso il comune di Roma di 136 architetti e 86 ingegneri.

Infine vorrei fare riferimento al regime degli accordi che pervadono sempre più l'urbanistica attuativa. Lo scarno contenuto dell'art.11 della l.241/90 e l'equivocità dell'art.13 non giovano alla disciplina dell'urbanistica consensuale e sarebbe auspicabile invece che se ne prevedesse una regolamentazione autonoma. In altri paesi europei – ad es. la Germania – la legislazione⁶ già da tempo ha affiancato alla disciplina generale degli accordi nella legge generale sul procedimento amministrativo, una regolamentazione specifica dei “contratti urbanistici” rientranti nella categoria dei contratti di diritto pubblico ove sono attentamente disciplinate le fattispecie nelle quali amministrazione e privati concordano le scelte di trasformazione ai fini di una loro integrale urbanizzazione anche dal punto di vista della tutela ambientale.

I cardini di questi scambi sono individuati dal legislatore tedesco nel *nesso di casualità*, nel rispetto del *principio di proporzionalità*, nel *divieto di arricchimento*, nella *tutela del contraente più debole* (che potrebbe essere, a seconda dei casi urbanistici, a volte il privato, ma anche il comune), la necessaria forma scritta.

Si tratta come è evidente, di criteri e parametri generali tesi ad evitare il “commercio delle potestà amministrative” da un lato ma, dall'altro, ad offrire sia al giudice amministrativo, ma anche al giudice penale elementi di riferimento certi per verificare in concreto la legittimità e la liceità del contenuto degli accordi in discorso. Si pone cioè sempre il problema di

⁶ Codice urbanistico federale (BauGB) (1987) più volte modificato nel 1997, 2001 e 2004 che al §11 introduce la categoria dei “contratti urbanistici”. Sul punto, più diffusamente, E.Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco: i contratti urbanistici* in RGU 3/2008 356 s.

come poter misurare l'interesse pubblico in concreto in rapporto allo "scambio" con gli interessi privati⁷.

Ad es. nella futura legge di principi in materia di governo del territorio, al di là della loro ammissibilità – come previsto nei testi di legge presenti nuovamente in parlamento – se ne potrebbe individuare non solo il loro ancoraggio ai principi surrichiamati dal caso tedesco (cui andrebbero aggiunti per il caso italiano il principio di *partecipazione* e quello della *concorsualità*), ma anche le fattispecie ammissibili sia per fissarne i limiti, sia per legittimarne definitivamente il ricorso da parte delle amministrazioni locali.

7. Tornando alle sentenze del Tar Lazio.

Giova in conclusione tornare sul contenuto delle decisioni del Tar , anche a seguito della sospensiva concessa dal Consiglio di Stato, in attesa della decisione di merito prevista a breve, di cui non possiamo tener conto in queste note, e che potrebbe contribuire non poco a dare adeguata sistemazione alla materia della perequazione/compensazione.

Mentre ritengo che sul contributo straordinario imposto ai privati la riserva di legge di cui all'art.23 costituisca un limite invalicabile – ad eccezione dei casi nei quali il consenso del privato liberamente esercitato vale anche a derogare al principio di legalità conformemente all'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa⁸ – maggiore attenzione

⁷ Sia consentito rinviare a P.Urbani, *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa* in RGE 2009, 47 s.

⁸ Come accade nella prevalenza dei casi di riconversione urbana ove i contributi straordinari non sono altro che le opere di mecenatismo che il privato accetta di realizzare in cambio dell'urbanizzazione dell'area.

va prestata alla questione della riserva di edificabilità a favore del comune, anche in considerazione dell'introduzione nell'ordinamento, a seguito delle norme contenute nella legge finanziaria 244/2007, di tale disciplina a favore dell'edilizia sociale, e di cui si vorrebbe l'estensione analogica o attraverso specifica disposizione statale anche ad altre fattispecie come quelle previste nel PRg di Roma.

Tuttavia, a fronte delle censure mosse dal Tar rispetto alla previsione nel nostro ordinamento di due soli modelli prescrittivi propri della pianificazione urbanistica ovvero quello della conformazione dei suoli o quello dell'espropriazione per pubblica utilità, rilevando l'assenza di un *tertium datur* della cosiddetta riserva di edificabilità, concessa al privato, a favore del potere pubblico, si può osservare che a monte della disciplina della legge 244/07 vi è la previsione dell'edilizia sociale come *standard* urbanistico o meglio come *standard* di servizio in aggiunta a quelli già previsti dal DM n.1444 del 1968. Il che significa che la scelta adottata dal legislatore rientra pienamente all'interno dei poteri conformativi di disciplina d'uso dei suoli di cui alla legge fondamentale del 1942. Il fatto che il legislatore non abbia anche per questo standard determinato un limite minimo di spazi come per gli altri ed abbia lasciato allo "scambio" la determinazione della misura delle aree o dei volumi edificatori da cedere al comune, non cambia la sostanza del problema.

Il punto è che nel PRg di Roma la riserva di edificabilità prevista negli ambiti di compensazione è finalizzata a "compensare" i proprietari espropriandi che la utilizzano per finalità edificatorie private e non pubblicistiche (come nel caso dell'edilizia sociale). Ne consegue che chi volesse proporre la mera estensibilità della disciplina alla generalità delle

fattispecie al fine di coprire legislativamente le NTA del PRg di Roma, sottovaluta questo aspetto che pone certamente questioni di costituzionalità rispetto all'art.42 della Costituzione.