

LA PEREQUAZIONE URBANISTICA E LE “FONTI” DEL DIRITTO. LO SRADICAMENTO DEL *NOMOS* DELLA TERRA

di *Laura Buffoni*

SOMMARIO: 1. Premessa: le coordinate minime del tema. - 2. La perequazione, il principio di legalità ed il principio pluralista: un primo test sulla “tollerabilità” degli istituti perequativi senza la previa legge. - 3. Il testo della Costituzione e le norme sui diritti: dal principio di legalità al principio della riserva di legge? - 3.1 La disarticolazione della riserva di legge dell’art. 42 della Costituzione: la perequazione tra limiti pubblicistici alla proprietà e modalità privatistiche di godimento. - 4. La perequazione e le norme costituzionali sulla competenza: governo del territorio e ordinamento civile. - 5. Spunti di geo-diritto: l’artificio della de-materializzazione del diritto di proprietà ed il tramonto del *nomos* della terra.

1. Premessa: le coordinate minime del tema

Da tempo la dottrina amministrativa ha appuntato la propria attenzione su quella particolare “forma” di pianificazione territoriale che è la perequazione urbanistica, indagandone le concrete manifestazioni nel governo del territorio. Più scarso e tenue è apparso, invece, l’interesse che l’istituto ha suscitato nei costituzionalisti.

In realtà, agli occhi di chi scrive, ci si trova dinanzi ad uno di quegli aspetti della vita degli ordinamenti pluralistici contemporanei che più di altri richiedono metodologicamente l’unitarietà della dottrina del diritto pubblico¹ e, comunque, esigono uno sforzo congiunto delle discipline pubblicistiche. Il volto amministrativo della perequazione, che ci restituisce le forme ed i limiti che contraddistinguono il concreto esercizio di quel potere pianificatorio, è infatti strettamente connesso con il volto costituzionale del tema. Basti considerare che le questioni che puntualmente si pongono quando si indaga la fisionomia assunta dal fenomeno perequativo nella prassi rimandano ad un più vasto problema relativo al suo inquadramento dogmatico nel sistema delle fonti del diritto e, più ampiamente, nel quadro costituzionale della proprietà privata e della sua funzionalizzazione sociale. L’invalveamento dell’istituto amministrativo della perequazione nell’ordinamento pare, dunque, imporre che amministrativisti e costituzionalisti, nell’ineliminabile diversità di approccio, seguano percorsi convergenti.

La bontà dell’opzione metodologica prescelta pare manifestarsi con ancor maggiore evidenza ove si guardi al nucleo concettuale della pianificazione perequativa, che ne svela l’intima natura costituzionale. La perequazione urbanistica è, infatti, quella “forma” di pianificazione territoriale teleologicamente orientata all’equità distributiva dei valori immobiliari prodotti dalla pianificazione ed alla ripartizione equa tra le proprietà private

¹ Sul punto ancora attuale appare la prospettiva di unità sistematica dei problemi del diritto costituzionale ed amministrativo delineata, seppur a prezzo di forti tensioni e torsioni concettuali, da E. Forsthoff, di cui vedi, in particolare, le riflessioni metodologiche contenute in ID., *Giustificazione e compiti di una scienza dell’amministrazione*, in ID., *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964, trad. it. (a cura di C. AMIRANTE), *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, p. 169 e ss. Sul tema del metodo della giuspubblicistica italiana sia consentito rinviare, per ulteriori ragguagli bibliografici, a L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle autonomie. Saggio critico sull’art. 120, comma II, della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 15, nota 8.

degli oneri connessi al soddisfacimento dell'interesse pubblico. A tal fine proclama l'indifferenza della quantità di edificazione spettante alle proprietà rispetto alle specifiche destinazioni d'uso previste dal piano e mette in relazione tali potenzialità edificatorie al solo stato di fatto e di diritto in cui la terra si trova al momento della formazione del piano. Si attua, per lo più, attraverso l'attribuzione ai proprietari di beni immobili inclusi in aree prive di vocazione edificatoria di crediti edilizi da concretizzarsi nell'area contigua o in zone di atterraggio e la loro contestuale commercializzazione, mediante accordi di scambio e/o compensazione tra le aree da cedere per realizzare la parte pubblica delle città ed i diritti edificatori maturati in capo al proprietario cedente.

La perequazione, per un verso, assolutizza la proprietà come un diritto quesito², considerando ad esso inerente, immanente, lo *ius aedificandi*³, tanto da prescindere dalla destinazione d'uso impressa al bene reale dallo strumento pianificatorio, per l'altro, realizza la ricomposizione giuridica tra proprietà e potenzialità edificatoria ad essa consustanziale mediante la scomposizione materiale⁴ della seconda dalla *res* oggetto del correlato diritto di proprietà ed il trasferimento del diritto di edificare in zone di "atterraggio", in cambio della cessione gratuita, in compensazione, di aree da destinare a servizi pubblici⁵.

Ne deriva che la concreta articolazione del fenomeno perequativo tocca, in modo immediato e profondo, la (le) libertà dei cittadini, da un lato, e l'assetto dei poteri pubblici, dall'altro. Di talché, il tema pare travalicare i confini del tema tecnico-giuridico ed assumere un'elevata valenza costituzionale proprio perché anch'esso coesistente alla dialettica autorità/libertà, immanente in ogni rapporto pubblicistico.

La perequazione oscilla, infatti, con movimento pendolare, ed in equilibrio precario, tra l'assolutizzazione del polo libertario della proiezione economica dell'individuo ed il polo

² Per una critica alla logica mercatistica della perequazione che configurerebbe il diritto di edificare come un "diritto quesito", in evidente distonia con l'art. 42 Cost., che giustifica la compressione del diritto di proprietà in nome della funzione sociale, cfr. L. CASINI, *Perequazione e compensazione nel nuovo piano regolatore generale di Roma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, n. 2, p. 203 ss.

³ Porta così alle estreme conseguenze quella celebre giurisprudenza costituzionale che, come noto, all'esito di un aspro dibattito che occupò la dottrina dell'epoca, concluse nel senso che "il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà e alle altre situazioni che comprendono la legittimazione a costruire anche se di esso sono stati tuttavia compressi e limitati portata e contenuto, nel senso che l'avente diritto può solo costruire entro i limiti, anche temporali, stabiliti dagli strumenti urbanistici. Sussistendo le condizioni richieste, solo il proprietario o il titolare di altro diritto reale che legittimi a costruire può edificare, non essendo consentito dal sistema che altri possa, autoritativamente, essere a lui sostituito per la realizzazione dell'opera. Ne consegue altresì che la concessione a edificare non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti" (punto 4 del *Considerato in diritto*, sent. n. 5 del 1980).

⁴ Il riconoscimento dell'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà si manifesta cioè, per una strana eterogenesi dei fini, nello scorporo, ove necessario, proprio dello *ius aedificandi* dal bene reale oggetto del diritto di proprietà. Sul paradosso di un *nomos* della terra che viene assolutizzato mediante il suo "sradicamento" cfr. *infra*, § 5.

⁵ E questo in armonia, da un lato, con quella giurisprudenza costituzionale che ha escluso l'assolutezza del diritto di proprietà (cfr., in particolare, sent. n. 55 del 1968, secondo cui, come noto, la Costituzione non attribuisce al diritto di proprietà un contenuto di dominio assoluto ed illimitato ma tale diritto "è caratterizzato dall'attitudine a essere sottoposto, nel suo contenuto ad un regime che la Costituzione lascia al legislatore di determinare"), dall'altro, con l'altrettanto nota decisione della Corte, secondo la quale il legislatore per l'indennizzabilità "può esercitare scelte tra misure risarcitorie, indennitarie, e anche, in taluni casi, tra misure alternative riparatorie in forma specifica (v. ordinanza n. 165 del 1998), mediante offerta e assegnazione di altre aree idonee alle esigenze del soggetto che ha diritto ad un ristoro (v. come esempio di misura sostitutiva di indennità, art. 30, primo e secondo comma, della legge n. 47 del 1985), ovvero mediante altri sistemi compensativi che non penalizzano i soggetti interessati dalle scelte urbanistiche che incidono su beni determinati" (sent. n. 179 del 1999).

autoritativo della finalità sociale del potere pubblico. Ne sono derivate critiche nell'una e nell'altra direzione: nella prospettiva liberale, la perequazione si tradurrebbe in una ablazione del bene o in una sua irragionevole compressione o, addirittura, in una intollerabile forma di "egualitarismo comunitarista"; in quella sociale, si risolverebbe in un mercanteggiamento di diritti edificatori e, finanche, in una negoziazione dell'interesse pubblico indisponibile sotteso alla funzione sociale e, con essa, alla pianificazione territoriale.

La questione sembra, però, così mal posta. La perequazione, infatti, si presta, nelle sue plurime declinazioni e forme attuative, ad ambedue le letture e se si prosegue su questa linea non si esce da quello che diviene un *cul de sac*.

L'approccio costituzionalistico pare, invece, restituire tutta la propria pregnanza se prende l'avvio dal vizio genetico che il dibattito contemporaneo imputa alla perequazione urbanistica, vale a dire dalla assenza della previa legge autorizzatrice. Nella prospettiva di indagine offerta dalle "fonti" del diritto, non sembra infatti azzardato tentare di affrontare la questione senza restare pietrificati dallo "sguardo sbarrato" della Gorgone che si cela dietro il "velo" del principio di legalità nell'esercizio della funzione amministrativa e ridimensionare la portata "eversiva" della assenza della "previa legge" alla luce del principio pluralista e della diretta applicazione della Costituzione.

La direzione ascendente della gerarchia normativa esige, quindi, che la ricerca prosegua verificando se la perequazione allo stato attuale dell'ordinamento governa il territorio e le proprietà private che lo compongono in armonia con il testo costituzionale. La mente corre, innanzitutto, alla verifica della compatibilità dell'istituto perequativo con le norme della Costituzione sui diritti e sulle libertà, con particolare riguardo allo statuto costituzionale della proprietà privata e della sua funzione sociale, entrambe direttamente toccate dal fenomeno perequativo. Ma l'indagine non può dimenticare neppure le norme sui poteri, nella particolare specie delle norme sulla competenza legislativa nelle materie del governo del territorio e dell'ordinamento civile, entrambe implicate dalla perequazione urbanistica.

Il profilo pubblicistico e quello privatistico, embricati nella perequazione come in ogni altra forma di pianificazione territoriale, attraversano, quindi, trasversalmente tanto la riserva di legge dell'art. 42 Cost. quanto il riparto di competenze legislative delineato dall'art. 117 Cost. La loro profonda interazione esige, da ultimo, al fine di individuare la fonte abilitata a porre la disciplina ed il correlato contenuto, il contestuale apporto, oltre che della scienza pubblicistica, anche di quella privatistica. E ciò soprattutto per chiarire gli effetti civilistici della perequazione sulle modalità di godimento della proprietà e l'inquadramento dogmatico della ambigua figura dei "crediti edilizi".

2. La perequazione, il principio di legalità ed il principio pluralista: un primo test sulla "tollerabilità" degli istituti perequativi senza la previa legge

Nella dottrina pubblicistica⁶ e nella giurisprudenza amministrativa che si è misurata con l'argomento⁷ il principale interrogativo che ha suscitato la diretta previsione di forme

⁶ In via esemplificativa cfr. G. CUGURRA, *Principio di legalità e amministrazione negoziata*, in *Foro amm.*, Cds, 2006, n. 11, p. 3205; B. GRAZIOSI, *Figure polimorfe di perequazione urbanistica e principio di legalità*, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, nn. 4-5, p. 147.

⁷ Cfr., di recente, Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, 04.02.2010, n. 1524; Tar Piemonte, Torino, Sez. I, 16.01.2009, n. 120. Più in generale per l'esistenza nell'ordinamento urbanistico di "un inderogabile principio di nominatività e

perequative “generalizzate”, differenti dal comparto edificatorio già disciplinato nella legge urbanistica e nel codice civile⁸, in atti amministrativi generali, nel silenzio del legislatore statale e talvolta anche di quello regionale, attiene alla violazione del principio di legalità nell’esercizio della funzione amministrativa, nella duplice declinazione della tipicità contenutistica e nominatività formale degli atti amministrativi, che non tollererebbe deviazioni dal paradigma della gerarchia tra la legge, espressione della rappresentanza politica, e l’atto esecutivo, anche ad efficacia territorialmente limitata, pena lo scardinamento della *stufenbau* su cui si regge lo Stato di diritto⁹.

Tali questioni paiono, però, suscettibili di un ripensamento nell’ordinamento costituzionale ideologicamente e spazialmente pluralista. Le obiezioni mosse alla perequazione non paiono, infatti, insuperabili ove si prenda atto del mutato “ambiente” costituzionale in cui si muovono gli atti amministrativi generali che “normano” il territorio e si esperisca il tentativo di inquadrare sistematicamente il fenomeno perequativo in un ordinamento in cui, per effetto dell’erompere del principio pluralista, si è irrimediabilmente affermata la superiore prescrittività costituzionale, con la rottura della separazione tra ordine legale e ordine costituzionale¹⁰.

Pur limitando le riflessioni ai profili del pluralismo ideologico più direttamente implicati dal dibattito sviluppatosi sulla ammissibilità di forme perequative di pianificazione, non può non prendersi atto che nello Stato costituzionale pluralista si instaura una relazione sconosciuta allo Stato liberale di diritto tra superiore prescrittività costituzionale e doppia coestensività tra amministrazione e Costituzione che sembra attenuare la valenza garantistica del principio di legalità.

tipicità degli strumenti urbanistici”, che consente alla p.a. solo l’adozione di piani di organizzazione del territorio che corrispondano “per nome, causa e contenuto [...] ad uno schema già predeterminato, in via generale ed astratta, da una norma primaria dell’ordinamento” cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 7.11.2001, n. 5721; Id., Sez. II, 10.12.2003, parere n. 454; cfr. altresì Id., Sez. II, 26.10.1994, n. 883; Id., Sez. IV, 28.07.1982, n. 525; Id., Sez. V, 12.12.2003, n. 8198; T.A.R. Abruzzo, L’Aquila, 31.05.2005, n. 44.

⁸ La questione, come ovvio, si pone, soprattutto, per le forme di perequazione “generalizzata o pervasiva”, estese all’intero territorio o a tutte le aree destinate alla trasformazione urbana e assai meno per la perequazione “parziale” (secondo le locuzioni adoperate da Tar Puglia, Bari, Sez. II, 20.05.2010, n. 19622), la quale, laddove si manifesti in “aggregazione di aree confinanti” e nel mantenimento di ambiti di tipo “continuo”, appare riconducibile all’istituto del comparto urbanistico che conosce la previa disciplina legale. In questa prospettiva, non sembra, allora, casuale che la giurisprudenza amministrativa che più ha avallato – anche a prescindere dall’esistenza della previa legge regionale – le scelte di pianificazione perequativa si sia formata su fattispecie applicative di perequazione parziale, incentrate sulla figura “legale” del comparto edificatorio: cfr. Tar Sicilia, Catania, 31.10.1994, n. 2407; Tar Puglia, Bari, 02.11.1999, n. 1250; Id., 02.11.1999, n. 1194; Tar Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 14.01.1999, n. 22; Id., 19.12.2001, n. 1286; Tar Campania, Sez. I, 05.07.2002, n. 670; Tar Lombardia, Brescia, 20.10.2005, n. 1043; Cds, Sez. IV, 30.06.2005, n. 3535; Id., Sez. IV, 16.10.2006, n. 6171. Sulla distinzione tra perequazione generalizzata *a priori* e parziale *a posteriori*, sotto il profilo della necessità di copertura legislativa statale, *de iure condendo* E. MICELLI, *Perequazione urbanistica*, Venezia, Marsilio, 2004; F. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 27 ss.

⁹ Come ha, però, precisato il Consiglio di Stato nella recente decisione della Sez. IV, 13.07.2010, n. 4545, il principio di legalità deve essere ripensato, perché “dopo la modifica costituzionale del Titolo V, con l’attribuzione alla competenza concorrente della materia del “governo del territorio” - il modello legale rispetto al quale verificare il rispetto del richiamato principio va ricavato sia dalla normativa nazionale che da quella regionale”.

¹⁰ Per un tentativo di inquadramento di un potere amministrativo, seppur straordinario e non ordinario, quale le ordinanze contingibili ed urgenti del Governo, in ambiente pluralista, con gli argomenti che qui si valorizzano, cfr. A. CARDONE, *La <<normalizzazione>> dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 365 ss.

La ricomposizione dei circuiti della legalità ordinaria e costituzionale come portato della ricucitura tra ordine legale e costituzionale e la diretta applicabilità della Costituzione alla realtà sostanziale determinano, infatti, la saldatura tra Costituzione ed amministrazione¹¹, per cui non solo la Costituzione è coestensiva all'amministrazione (cioè la copre per intero, cosicché ogni attività amministrativa è riconducibile al perseguimento dei fini ed all'inveramento dei principi che delineano la dimensione normativa della Costituzione), ma anche l'amministrazione è coestensiva alla Costituzione, nel pregnante senso che tutti gli enunciati costituzionali celano una dimensione amministrativa e qualsiasi norma costituzionale ha bisogno di una attuazione amministrativa¹².

A propria volta, l'interazione tra superiore prescrittività costituzionale e doppia coestensività tra Costituzione ed amministrazione attenua la dimensione garantista del principio di legalità come "conformità alla previa legge", che, delimitando materialmente il confine autorità/libertà, dovrebbe consentire il sindacato giurisdizionale dell'atto esecutivo a tutela delle posizioni giuridiche soggettive. E ciò perché l'incrinatura dell'esistenza di ordini (quello legale e costituzionale) paralleli comporta la valorizzazione della autonomia funzionale dell'amministrazione direttamente coestensiva alla Costituzione, che non esegue la legge ma si serve della forza legittimante della legge per eliminare ostacoli all'efficacia imperativa delle proprie decisioni¹³ e, per quella via, il prevalere della logica "mite" del caso concreto sulla sua predeterminazione generale ed astratta. La tutela delle situazioni giuridiche soggettive può, però, parimenti trovare soddisfazione nel sindacato giurisdizionale della ragionevolezza e proporzionalità del bilanciamento svolto in concreto dall'amministrazione, nonché nel confronto diretto con la fonte costituzionale e nel suo uso giudiziario. Se si torna allora al tema centrale, non pare così peregrino ritenere che l'assenza della previa legge non rappresenta di per sé il sintomo di un allentamento della garanzia dei diritti e delle libertà toccati dalla pianificazione perequativa.

Negli ordinamenti democratici contemporanei pare, però, allentarsi anche la valenza democratica del principio di legalità nella prospettiva della "presupposizione legislativa" per effetto del tramonto delle teorie della democrazia della rappresentanza e con esse dell'idea della legge parlamentare e della rappresentanza politica come mimesi della rappresentanza diretta o fattore integrativo della sovranità popolare. L'affermarsi delle concezioni della democrazia della responsabilità, che privilegiano il movimento discendente governanti-governati in luogo di quello ascendente, trasforma la legge da prodotto della rappresentanza politica, dotato di surplus democratico, in oggetto del controllo dei governati

¹¹ C. PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 84 e ss. e spec. p. 86. Sull'origine della frattura tra ordine costituzionale ed ordine legale vedi O. CHESSA, *Interpretazioni del pluralismo. Il dritto costituzionale tra stabilità e mutamento*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 98 e ss. e spec. p. 106, che considera la dissociazione tra ordine legale e costituzionale – preclusiva, in assenza dell'intermediazione politica del legislatore (e della Corte costituzionale), della diretta diffusione della Costituzione in tutti i rami dell'ordinamento – come il portato della natura "armistiziale" della Costituzione dello Stato dei partiti.

¹² Sulla doppia "coestensività" fra Costituzione e amministrazione si rinvia ai fondamentali contributi di C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 257 ss.; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi in memoria di Bachelet*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1987, p. 385 ss.; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 72 ss.; ID., *Il valore della Costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3/2006, p. 755 e ss.

¹³ Secondo il noto insegnamento di G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, Cedam, 1994, p. 143 ss.

per far valere la responsabilità dei governanti e sanzionarla nel momento elettorale. Sotto l'angolo visuale delle teoriche della responsabilità, l'anomia legislativa cessa, allora, di apparire il segno dell'antidemocraticità degli atti di esercizio del potere pubblico. Limitatamente all'istituto della perequazione urbanistica, l'effetto diviene la sua tollerabilità, per la tenuta "democratica" dell'ordinamento, anche in assenza della previa legge autorizzatrice e/o legittimante. E ciò anche senza voler considerare che l'attuazione degli istituti perequativi mediante modelli consensuali di esercizio della funzione amministrativa potrebbe, forse, recare con sé un proprio quoziente di democraticità (corrispondente all'idealtipo della democrazia diretta o partecipativa, più che rappresentativa) attraverso la valorizzazione della funzione mimetica ed integrativa della volontà individuale negli accordi procedimentali o sostitutivi degli atti amministrativi autoritativi.

Indizi della acquisita consapevolezza dell'erompere del principio pluralista nel governo del territorio, con il mutamento non solo del concetto di esecuzione della legge ma anche di quello di attuazione della Costituzione che può avvenire direttamente in forma esecutiva, purché trovi fondamento diretto in Costituzione e sia sindacabile in punto di ragionevolezza e bilanciamento, sono rari, ma non impossibili da rinvenire nel dibattito attuale sulla perequazione. La mente corre, esemplificativamente, a quella dottrina che ha "legittimato" la pianificazione perequativa facendo leva sull'autonomia funzionale della discrezionalità amministrativa¹⁴ o che ha qualificato la perequazione come applicazione dei principi costituzionali di eguaglianza, di buon andamento e imparzialità e di sussidiarietà orizzontale¹⁵, a cui potrebbe forse aggiungersi l'adempimento, con essa, dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale per il godimento di standard minimi di diritti.

Le ragioni di cittadinanza della perequazione urbanistica allo stato attuale paiono, del resto, rafforzarsi ove si guardi al pluralismo territoriale del nuovo ordinamento repubblicano, che pare "annacquare" la carica democratica e garantista del principio di legalità non meno del pluralismo ideologico e valoriale. Nella pariordinazione tra gli enti costitutivi della Repubblica ha, infatti, ancora senso attribuire un surplus democratico al prodotto dell'organo della rappresentanza politica nazionale (o regionale) in forza della maggiore dimensione territoriale? Non si dimentica la giurisprudenza della Corte sull'unicità del parlamento nazionale e sulla sua incommensurabilità lessicale (e non solo) con le assemblee rappresentative regionali (e tanto meno locali), ma non pare accettabile l'idea dell'unicità del circuito della rappresentanza politica, fondata su una unità politica presupposta da tutelare¹⁶. Può davvero oggi sostenersi che le assemblee rappresentative

¹⁴ G. BOBBIO, *Vincoli conformativi e vincoli espropriativi, un tradizionale dicotomia ancora significativa nella pianificazione urbanistica*, in *Foro amm., Tar*, 2007, p. 701 ss. Ad un analogo ordine di idee pare ispirata l'opinione di P. URBANI, *Urbanistica*, cit., p. 6, che ritiene ammissibili i modelli perequativi anche in assenza di leggi regionali "poiché l'ordinamento urbanistico attribuisce ampia discrezionalità nel *quid* e nel *quomodo* dei provvedimenti di pianificazione".

¹⁵ G. MARI, *La perequazione urbanistica: finalità generali e disciplina regionale in Campania*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, n. 4, p. 125. Rinviene il fondamento di forme perequativo-compensative nel "canone generale di buona amministrazione", senza però ritenere direttamente giustiziabili le scelte pianificatorie non perequative, almeno fintantoché logiche di perequazione "non vengano previste normativamente, ovvero autoimposte discrezionalmente" Tar Umbria, Perugia, Sez. I, 12.07.2007, n. 554.

¹⁶ Sul venire meno di una unità politica sostanziale preesistente da tutelare nell'ordinamento pluralista, che – a differenza degli ordinamenti monistici – non muove dall'unità, ma tende all'unità attraverso l'agire strategico dei

territoriali ed i loro “prodotti” soffrono di un deficit democratico solo perché sono l'espressione elettorale di un territorio più circoscritto? E lo si può fondatamente sostenere proprio quando la posta in gioco è il governo del territorio di cui quelle stesse assemblee rappresentative costituiscono la manifestazione politica? La carica “democratica” della sussidiarietà parrebbe, piuttosto dover indurre a conclusioni opposte ed, in particolare, alla valorizzazione della natura “normativa” e della capacità innovativa dell'ordinamento degli atti di pianificazione territoriale di competenza di quegli organi di rappresentanza politica territoriale¹⁷.

Ma anche l'anima garantistica del principio di legalità deve ripensarsi. L'attribuzione diretta delle funzioni amministrative ai Comuni in forza dell'art. 118 della Costituzione e la titolarità di funzioni proprie, oltre che di quelle conferite con legge statale o regionale, sembra suscettibile di tradursi in autonomia funzionale amministrativa, ma non per questo in una deviazione dal paradigma “un soggetto, un diritto, un giudice”¹⁸. Del resto, l'art. 117, comma VI, u.a., attribuisce ai Comuni la potestà regolamentare per la disciplina dello svolgimento delle funzioni loro attribuite, di talché la funzione di pianificazione non si muove, necessariamente, in una zona di anomia¹⁹. La garanzia delle posizioni giuridiche soggettive può, dunque, trovare eguale soddisfazione nella raffrontabilità degli atti amministrativi concretamente lesivi con gli atti di pianificazione, a carattere (normativo e) generale, con i regolamenti locali di disciplina delle funzioni e direttamente con i parametri costituzionali, ove manchi la legge statale o regionale di conferimento.

Non ci si nasconde, peraltro, che i risultati di tali *tests* di compatibilità della perequazione con il sistema delle fonti nell'ordinamento ideologicamente e territorialmente pluralista appaiono più accettabili ove risulti che la perequazione sia, tutt'al più, un istituto *praeter legem* e giammai *contra legem*. Nel primo caso, infatti, gli istituti perequativi sarebbero adottati in assenza di previsioni legislative che ne disciplinano i criteri ed i contenuti, ma non opererebbero necessariamente nel vuoto dell'ordinamento che da tempo ha “legittimato” la potestà conformativa pubblica della proprietà. Applicherebbero, nell'esercizio dell'autonomia funzionale di cui gode l'amministrazione, la Costituzione al caso concreto, selezionando la regola di “governo del territorio” mediante il bilanciamento

soggetti che animano il tessuto pluralistico sia consentito rinviare a L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle autonomie*, cit., p. 327 ss. e 351 ss. Sulla valenza teleologico-processuale dell'unità negli ordinamenti democratico-pluralistici vedi diffusamente P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 97 e ss. e p. 158 e ss.; ID., *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 138-9.

¹⁷ Sulla natura di atto amministrativo generale degli strumenti urbanistici la giurisprudenza amministrativa è pacifica (*ex plurimis*, Tar Toscana, sez. I, 26.03.2009, n. 511; Tar Latina, Sez. I, 4 aprile 2007, n. 236). Assai difficile è invece trovare l'espressa qualifica degli strumenti urbanistici come atti a contenuto normativo.

¹⁸ Sul paradigma “un soggetto, un diritto, un giudice” come essenza dello “Stato costituzionale di diritto” cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *In limine*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. V, a cui si deve l'espressione virgolettata.

¹⁹ Valorizza il principio della autonomia normativa dei Comuni in materia di pianificazione territoriale dopo la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione Cds, Sez. IV, sent. n. 4545 del 2010, cit., ove si legge che è la stessa “ratio del principio [ndr. di legalità] a consentire all'Amministrazione comunale di introdurre varianti e modifiche nella disciplina di dettaglio degli strumenti urbanistici, a condizione che ciò non comporti una deviazione di essi dal modello legale rispetto alla “causa” (ossia alla loro funzione tipica quale individuata dal legislatore) ovvero al “contenuto” (ossia a quello che dovrebbe essere l'oggetto dell'attività di pianificazione, sempre alla stregua del dato normativo di riferimento); tale facoltà trova il proprio fondamento, a livello costituzionale, nell'ultimo comma dell'art. 117 Cost.”. Nei percorsi argomentativi del Giudice amministrativo pare intravedersi, in filigrana, il passaggio dal principio di legalità e “della previa legge” al principio della “previa norma”.

ragionevole e proporzionato delle plurime istanze costituzionali che ivi si fronteggiano, quali la valorizzazione della proprietà privata e dello *jus edificandi*, da un lato, e il perseguimento della funzione sociale e del principio di eguaglianza, dall'altro. Diversamente, ove la perequazione violasse in positivo il principio di legalità come raffrontabilità alla previa legge, che non fosse da considerarsi costituzionalmente illegittima, sarebbe assai difficile "tollerare" il sovvertimento delle fonti.

Ma non sembra che sia questo il nostro caso. Se, infatti, la perequazione non conosce una espressa positivizzazione nella legislazione statale al di là della figura del comparto edificatorio nella legge urbanistica, la medesima non pare, però, violare il principio cardine del nostro diritto urbanistico positivo: ci si riferisce, in particolare, al principio di zonizzazione accolto nell'art. 7 della legge urbanistica e nel d.m. n. 1444/1968. Per un verso, infatti, l'art. 7 della legge urbanistica "individua quello che deve considerarsi il contenuto essenziale del piano regolatore generale, cioè il contenuto minimo: sicché pare ammissibile che esso, oltre ad individuare le tradizionali zone omogenee di cui al d.m. 1444/68, ne delimiti - all'esterno o all'interno di esse, a guisa di sottozone - anche altre nelle quali si faccia spazio alla applicazione dei principi della perequazione"²⁰. Per l'altro, la perequazione non si traduce tanto in una deviazione dalla zonizzazione quanto in un suo correttivo in senso egualitario, ove si consideri che mantiene strutturalmente la distinzione in macro-zone, ma scorpora la potenzialità edificatoria dalle proprietà inserite in zone prive di vocazione edificatoria e la trasferisce altrove, ove la destinazione ne consente l'utilizzo²¹. La tecnica perequativa presuppone cioè, la zonizzazione e la tecnica del *bright line*, ma realizza nella fase attuativa una redistribuzione dei diritti edificatori che rende la zonizzazione funzionalmente indifferente rispetto alla posizione dei proprietari²².

3. Il testo della Costituzione e le norme sui diritti: dal principio di legalità al principio della riserva di legge?

La prospettiva critica che ha consentito di superare il principio di legalità dell'azione amministrativa in chiave radicalmente ostativa all'ammissibilità della pianificazione perequativa in assenza della previa legge autorizzatrice non pare, però, sufficiente a soddisfare in positivo le condizioni minime di compatibilità dell'istituto con l'ordinamento costituzionale, a meno di non arrendersi e cercarne il fondamento nella prassi e nella sua forza *jus-generativa*²³.

²⁰ Così Tar Puglia, Bari, Sez. II, 20.05.2010, n. 19622.

²¹ Sulla natura tutt'al più *praeter legem* della perequazione, in caso di assenza di leggi regionali, e giammai *contra legem*, per contrasto con lo *zoning* della legge urbanistica statale, cfr. di recente Tar Piemonte, Torino, Sez. I, sent. n. 120 del 2009, cit.

²² Sul punto E. BOSCOLO, *Una conferma giurisprudenziale (e qualche novità legislativa) in tema di perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, n. 3, p. 823 e ss.; S. DE PAOLIS, *Pianificazione di dettaglio e perequazione*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, n. 2, p. 527 ss.; P. URBANI, *Urbanistica*, in *Enc. giur.*, 2008, p. 6. Per una interpretazione "perequativa" della zonizzazione F. CORTESE, <<Libera chiesa in libera zona>>?, in *Foro amm.*, Tar, 2002, nn. 7-8, p. 2706.

²³ Si interroga dubitativamente sul peso della prassi nell'evoluzione che il diritto di proprietà subisce per effetto dell'istituto della cessione di volumetria e, quindi, anche della perequazione urbanistica Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, 22.03.2010, 4483; Id., 04.02.2010, n. 1524.

La superiore prescrittività costituzionale e la doppia coestensività tra amministrazione e Costituzione non possono, infatti, né risolversi in una “dis-integrazione” del testo costituzionale, che interpreti *magis ut valeat* gli artt. 2, 3, 97 e 118, ultimo comma della Costituzione ma che cozzi contro la lettera di altre disposizioni costituzionali, né cedere alle lusinghe delle dottrine “iper-integrazioniste”²⁴ della Costituzione intesa “come un tutto”, con la pretesa di ricavare da una “visione del mondo” in grado di fornire una lettura unitaria del testo costituzionale il significato da attribuire alla singola disposizione.

L’indagine sulla conformità a Costituzione dell’istituto urbanistico della perequazione non può, infatti, prescindere dall’art. 42, che come noto reca lo statuto costituzionale della proprietà privata e dei suoi limiti²⁵. Come è emerso dalle riflessioni che precedono, infatti, la perequazione si concreta in una tecnica di pianificazione del territorio che, per un verso, limita, mediante l’esercizio del potere conformativo, il diritto di proprietà, per l’altro, incide sui suoi modi di godimento. Di talché appare assai difficile “legittimare” la perequazione sottraendo gli atti di pianificazione informati alla logica perequativa al raffronto con la riserva di legge rinforzata nel contenuto contemplata nei commi 2 e 3 dell’art. 42.

Sembra allora aver colto nel segno delle questioni quella giurisprudenza che per sindacare gli atti pianificatori perequativi ha fatto ricorso non tanto al principio di legalità dell’azione amministrativa, quanto al mancato rispetto della “riserva di legge” per la disciplina della proprietà e per le fattispecie “ibride” di compensazione ablatoria²⁶. Non ci si

²⁴ Secondo le espressioni adoperate da L. H. TRIBE, M. C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 31 ss. per apostrofare due modi di *non* leggere la Costituzione.

²⁵ Significative in questa prospettiva le pronunce del Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 20.10.2005, n. 1043 e Tar Piemonte, Torino, Sez. I, n. 120 del 2009, cit., che raffrontano la “tecnica della perequazione urbanistica [...] ai principi costituzionali in materia di tutela della proprietà privata” per concludere che l’amministrazione, in applicazione del principio della perequazione, ha determinato “i benefici e gli oneri derivanti dalla pianificazione in modo rigidamente proporzionale alla consistenza ed all’estensione delle singole proprietà”. Pare, peraltro, intravedersi in questa pronuncia una applicazione diretta della Costituzione che trova attuazione in forma esecutiva, senza la mediazione legislativa.

²⁶ Il riferimento è alla nota decisione del Tar Lazio n. 4483 del 2010, cit., ove il giudice amministrativo, pur non ritenendo qui “necessario affrontare, allo stato, il complesso e delicato problema - che pure sussiste - della conformità agli artt. 3, 41 e 42 della Costituzione, nonché al Trattato UE, degli strumenti perequativi: questi, nella misura in cui non siano inseriti in una adeguata logica programmatica e pianificatoria del territorio, rimanendo estranei alle garanzie legali previste per i provvedimenti di conformazione dell’attività edificatoria privata, potrebbero palesare profili di problematicità, in relazione a forme di compressione dei diritti di proprietà e di libertà di iniziativa economica che non risponderebbero sempre a effettive e proporzionate ragioni di interesse pubblico (alle quali fa riferimento anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea)”, ha concluso che gli ambiti di compensazione, che attribuiscono al proprietario una nuova quota di edificabilità con una contestuale - e sostanzialmente unilaterale - sottrazione parziale della stessa, configurano “una forma di espressa sottrazione ai proprietari della parte maggioritaria della quota di edificabilità aggiuntiva agli stessi riconosciuta [...] che non è conforme alla legislazione vigente, letta alla luce dei principi costituzionali in materia di proprietà e di legalità dell’azione amministrativa”. E ciò per la ragione che “nella legislazione nazionale e nella legislazione della Regione Lazio esistono infatti il potere conformativo e il potere espropriativo, ma non esiste, in via generale, l’ibrido costituito dal meccanismo in esame (salva la questione delle normative speciali recentemente introdotte, delle quali si tratterà più avanti)”. Del resto già il Consiglio di Stato, sia pure con riferimento ad una fattispecie non esattamente coincidente, aveva affermato che “non è dato rinvenire alcuna disciplina, di fonte legislativa, che autorizzi una riserva di proprietà fondiaria alla mano pubblica in assenza di specifica normativa primaria e al di fuori delle garanzie previste in proposito dall’art. 42 della Carta costituzionale” (cfr. Cds, Sez. IV, 21.08.2006, n. 4833). Analogamente il giudice amministrativo laziale ha annullato la previsione di piano relativa all’introduzione di un contributo economico straordinario per chi beneficia di incentivi urbanistici (perequazione finanziaria) per violazione non “solo del principio di legalità, ma della vera e propria riserva di legge prevista dall’art. 23 della Costituzione” (ndr. il corsivo è nostro).

nasconde che quelle decisioni sono state riformate in appello²⁷, ma ciò perché la fattispecie peculiare è stata ritenuta irriducibile ad “una sostanziale ablazione della proprietà”. La previsione della cessione al Comune di una quota di edificabilità veniva, infatti, in tal caso introdotta de futuro, in stretta correlazione con la previsione di una quota di edificabilità aggiuntiva di cui il proprietario poteva fruire consentendo, appunto, alla cessione di parte di essa; cosicché è parso che tale istituto costituisse un ordinario esercizio della potestà pianificatoria e conformativa del territorio e giammai “un anomalo “ibrido” tra conformazione ed espropriazione”.

Il principio della riserva di legge in materia di proprietà – e non il principio di legalità della funzione amministrativa – rappresentano, dunque, il parametro per sindacare la legittimità costituzionale di quelle declinazioni della perequazione che modificano, valorizzano o comprimono il contenuto del diritto di proprietà.

Giova, però, precisare che il senso di tale distinzione sembra apprezzarsi non tanto ove si consideri la riserva di legge l’ultimo baluardo in cui si concentra l’istanza contro-maggioritaria nei modelli democratici che sorgono dalle ceneri della democrazia della rappresentanza. Tale prospettiva parrebbe, infatti, indurre a ritenere ogni riserva di legge una riserva in senso formale, perché solo il procedimento di formazione della legge ordinaria richiede ed assicura la piena partecipazione che include le minoranze²⁸. Ma la premessa da cui muove non sembra in grado di sorreggere da sola tale conclusione, che finisce per provare troppo. E, comunque, non pare seriamente argomentabile nella materia della potestà conformativa della proprietà, ove condurrebbe a conseguenze abnormi, come l’incostituzionalità dei testi unici in materia di espropri e di edilizia, come noto adottati con decreto legislativo.

Piuttosto la distinzione tra principio di legalità e riserva di legge appare densa di conseguenze, innanzitutto, perché la seconda è qui, nella conformazione della proprietà privata, positivizzata. In secondo luogo, perché il principio di legalità non ha di per sé la forza di indirizzare contenutisticamente il legislatore, laddove la Costituzione con la riserva di legge rinforzata affida alla mediazione della legge il proprio svolgimento in senso pluralista. E’, allora, il pluralismo ideologico della garanzia della proprietà privata e, al contempo, del perseguimento della “sua” funzione sociale, “imposto” dalla Costituzione al legislatore, a far comprendere l’utilità della riserva di legge: per perfezionare il tessuto costituzionale il carattere pluralista della nostra Carta fondamentale richiede che il bilanciamento tra valori e/o principi confliggenti, tra libertà ed autorità, tra proprietà privata e funzione sociale, debba essere indirizzato dalla legge e non affidato solo all’organo dell’attuazione e con efficacia limitata al caso concreto.

Se ci si pone nella prospettiva della riserva di legge e non del principio di legalità, la legge appare, dunque, necessaria nella nostra materia non tanto per garantire la tutela delle minoranze attraverso la pienezza del dibattito parlamentare, quanto per assicurare che l’attuazione dei principi costituzionali avvenga nella direzione indicata dalla funzione

²⁷ Cds, Sez. IV, sent. n. 4545 del 2010, cit.

²⁸ Sulla riserva di legge come “riserva d’organo”, che sola garantisce la partecipazione, cfr. S. PAJNO, *Considerazioni sul principio democratico e sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 513.

sociale, definita in modo omogeneo per tutti ed in senso necessariamente pluralista perché deve essere guidata dalla logica della ragionevolezza²⁹.

In questo orizzonte sembra, poi, possibile reimpostare la questione se l'attuazione della perequazione con modelli consensuali sia di per sé sufficiente a superare l'intermediazione della previa legge regolatrice della potestà conformativa della proprietà. Se si resta ancorati al principio di legalità dell'azione amministrativa ed alla sua duplice funzione garantista e mimetico-integrativa della sovranità popolare, non pare difficile giungere alla conclusione che il consenso diretto elimina l'esigenza della legge che lo difende o lo imita, in armonia con la massima kantiana *volenti non fit iniura*. E, per quella via, è, però, altrettanto facile cadere nella accusa di mercanteggiamento dell'interesse pubblico rimesso alla sola volontà negoziatrice individuale³⁰. Per contro, se si guarda alla riserva di legge contenuta nel testo della Costituzione, la logica del consenso non può considerarsi sufficiente per superare la necessità della legge. E ciò per la ragione che la riserva ivi contemplata, come è emerso, indirizza sostanzialmente lo svolgimento pluralista della Costituzione, affidando al legislatore lo scopo materiale di assicurare la "funzione sociale" della proprietà e di renderla accessibile a "tutti". La legge è, cioè, rinforzata nel contenuto ed adempie alla sua funzione costituzionale non tanto perché garantisce o rappresenta l'individuo, quanto perché ne limita le proiezioni economiche in nome del potere pubblico e degli "altri". Ne deriva l'irrelevanza, ai fini della questione della necessità o meno di copertura legislativa dell'istituto, delle sottili (ed incerte) distinzioni prevalse in giurisprudenza tra perequazione attuata con accordi autenticamente consensuali, in quanto previsti come facoltativi dalle leggi regionali ed istituti perequativi contemplati da atti amministrativi generali, ex ante, come unica modalità di pianificazione e di accesso del privato allo *jus aedificandi* e, quindi, sostanzialmente obbligatori e vincolanti³¹. In entrambi i casi occorre la legge che dia svolgimento alla riserva. Né, del resto, l'esigenza della previa legge potrebbe ritenersi soddisfatta ricorrendo alla mera copertura legislativa fornita agli "strumenti consensuali per il perseguimento di finalità perequative" dal combinato disposto degli artt. 1, comma 1 bis,

²⁹ Sulla strumentalità della riserva di legge all'attuazione dei principi costituzionali in senso pluralista cfr. C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Padova, Cedam, 2002, p. 1683 ss.

³⁰ Sui limiti entro i quali la consensualità può consentire il superamento del principio di legalità cfr. in giurisprudenza Cass., SS.UU., 24.06.1992, n. 7773; Cass., sez. I, 13.07.2001, n. 9524; Cons. Stato, sez. V, 29.09.1999, n. 1209.

³¹ Ci si riferisce alla fattispecie decisa da Tar Lazio, sentt. nn. 1524 e 4483 del 2010 cit., ove si statuisce che la compensazione prevista dal piano regolatore: a) "è vincolante, essendo previsto dalle N.T.A., che hanno valore normativo"; b) non rappresenta l'"esito di una negoziazione: la quota riservata alla mano pubblica è stabilita "a priori" dal Piano, il quale dapprima la quantifica con precisione, facendo salve le indicazioni del Programma preliminare solo in senso più restrittivo, e conseguentemente stabilisce a carico dei proprietari degli Ambiti di compensazione (art. 18, comma 4 delle N.T.A.) un puntuale obbligo - una volta approvato lo strumento urbanistico esecutivo - di cedere al Comune, o a soggetti terzi dallo stesso individuati, la superficie fondiaria corrispondente alle previsioni edificatorie riservate al Comune medesimo"; c) di talché "se è vero che si tratta di un meccanismo incentivante offerto al consenso del privato, che comunque può rifiutare (e in tal caso resta percorribile per l'Amministrazione la strada del ricorso ai poteri autoritativi), è pur vero che ciò costituisce in realtà un ulteriore indice del carattere sostanzialmente non negoziato dello stesso: infatti, il privato, se intende accedere alla maggiorazione dell'edificabilità riconosciuta dal Piano, non può sottrarsi a questa contestuale ablazione stabilita con una vera e propria norma vincolante "ex ante" in via generale". *Contra*, per la natura "facoltativa" degli istituti perequativi in oggetto, "nel senso che la loro applicazione è rimessa a una libera scelta degli interessati", cosicché non può ravvisarsi una forzosa ablazione della proprietà cfr. Cds, Sez. IV, sent. n. 4545 del 2010, cit.

e 11 della legge n. 241 del 1990³². Tale base legale è una mera “norma di procedimento”, che può legittimare l’accordo ad oggetto pubblico come istituto generale dell’ordinamento, ma giammai pare idonea a garantire quei limiti materiali che l’art. 42 della Costituzione pone alla riserva di legge.

3.1 La disarticolazione della riserva di legge dell’art. 42 della Costituzione: la perequazione tra limiti pubblicistici alla proprietà e modalità privatistiche di godimento

Se, allora, si torna all’interrogativo da cui si sono prese le mosse, vale a dire il rispetto, allo stato attuale dell’ordinamento, della riserva di legge di cui all’art. 42, con l’acquisita consapevolezza che solo tale verifica consente di superare i dubbi di legittimità costituzionale della pianificazione perequativa, ci si avvede che la risposta non può essere unitaria, ma esige la distinzione tra i profili più marcatamente pubblicistici della perequazione, che attengono alla apposizione di limiti alla proprietà privata e quelli, invece, di natura chiaramente privatistica, che paiono suscettibili di tradursi in modi di godimento della proprietà diversi da quelli “legali”.

Partitamente, la riserva di legge sembra soddisfatta sotto il profilo dell’esercizio, nella pianificazione perequativa, degli ordinari poteri conformativi che limitano la proprietà privata. E’, infatti, tutta la legislazione urbanistica che fonda e legittima, in nome della “funzione sociale”, la potestà conformativa della proprietà da parte del pianificatore. E la perequazione, sotto questo angolo visuale, appare un peculiare modo di “conformazione”, che, da un lato, non innova radicalmente l’ordinamento, in quanto estende l’ambito spaziale di applicazione di un modo di pianificare che ha già avuto concretizzazione legislativa nell’istituto codicistico del comparto ed in altre disposizioni che sottendono la logica perequativa³³, dall’altro, non si traduce in un nuovo strumento di pianificazione, diverso da quelli tipici e nominati per causa del potere esercitato, ma “orienta” il loro contenuto nella direzione della giustizia distributiva. Anzi, da questo punto di vista potrebbe addirittura sostenersi che la perequazione costituisce lo svolgimento della legislazione urbanistica “costituzionalmente imposto” dall’art. 42, perché più delle altre tecniche di pianificazione è idonea a “rendere accessibile a tutti” la proprietà ed il suo contenuto economico, rendendo la zonizzazione funzionalmente indifferente rispetto alla posizione dei proprietari.

Sotto il profilo privatistico, invece, non può omettersi di considerare che la perequazione, a differenza delle altre forme pianificatorie, si traduce nella scomposizione

³² Così, invece, Cds, Sez. IV, sent. n. 4545 del 2010, cit.

³³ Indizi “perequativi” nella redistribuzione dei maggiori valori derivanti da scelte di pianificazione urbanistica si rinvengono, risalendo nel tempo, nel t.u. per la finanza locale, r.d. n. 1175 del 931, che prevedeva un contributo di “miglioria specifica” per l’incremento di valore dei beni rustici ed urbani per l’esecuzione di opere pubbliche ed un contributo di “miglioria generica” per l’incremento di valore delle aree fabbricabili; nella relazione di accompagnamento al disegno di legge della l. n. 10 del 1977, che riteneva fondamentale la questione di come “tendere alla perequazione o alla indifferenza nei confronti delle destinazioni di piano”; e più recentemente nell’art. 1, commi 258 e 259, della l. n. 244 del 2007, che, seppur limitatamente agli interventi di edilizia residenziale sociale, attribuisce al comune la facoltà di prevedere negli strumenti urbanistici un aumento di volumetria premiale; nell’art. 11, comma 5, d.l. n. 112 del 2008, conv. con l. n. 133 del 2008, che per l’offerta di abitazioni di edilizia residenziale contempla la possibilità del trasferimento dei diritti edificatori in favore di promotori di interventi incrementativi del patrimonio abitativo o della cessione di diritti edificatori come corrispettivo per la realizzazione di unità abitative di proprietà pubblica; nonché nel recentissimo art. 14, comma 16, lettera f), del d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Considera tali disposizioni non già “copertura legislativa” degli istituti perequativi ma “in realtà espressione dei superiori e generali principi” evincibili dalla legislazione urbanistica Cds, Sez. IV, sent. n. 4545 del 2010, cit.

giuridica tra *ius aedificandi* e bene oggetto del diritto di proprietà e nella commercializzazione dei crediti edificatori. La domanda diviene, dunque, se quella scomposizione determina un nuovo modo di godimento della proprietà o, finanche, un diritto reale diverso da quelli tipici e se, in tal caso, vi siano nell'ordinamento disposizioni idonee ad integrarne la garanzia legale. Laddove, invece, si ritenesse il credito edificatorio che sorge dalla proprietà riconducibile ad un rapporto obbligatorio autonomo rispetto al diritto di proprietà presupposto, sul modello della cartolarità dei titoli di credito, l'indagine sulla base "legale" parrebbe inutile. Almeno per il profilo privatistico, le modalità consensuali di attuazione dello scambio tra titolo edificatorio e onere pubblico potrebbero, infatti, ritenersi sufficienti a fondare le reciproche obbligazioni³⁴.

Se allora si prescinde da tale ipotesi, appare innegabile che la disciplina codicistica e le leggi speciali dei diritti reali e delle loro forme di pubblicità ed opponibilità a terzi non contemplano, espressamente, diritti reali de-materializzati e concretantesi in crediti edificatori scissi dalla *res* di origine e che la tipicità ed il numero chiuso dei diritti reali ne escludono l'applicazione analogica o, addirittura, estensiva³⁵. Ancora, la compensazione tra riconoscimento di diritti edificatori ed ablazione della proprietà reale non pare applicabile in assenza della garanzia legale di cui al 3 comma dell'art. 42 della Costituzione³⁶.

E', però, altrettanto vero che nei meccanismi perequativi il diritto edificatorio è, come per il diritto di proprietà e gli altri diritti reali che includono tale facoltà, generato da un bene reale ed è connesso alla titolarità della correlata posizione giuridica soggettiva reale, sebbene "atterri" su un altro, analogo, bene. Cosicché, a ben vedere, lo *ius aedificandi* si scorpora materialmente dal bene di origine ma non si scorpora giuridicamente dalla qualifica di proprietario o di titolare di altro diritto reale. Potrebbe, cioè, dirsi che la perequazione determina una modalità materiale diversa di godimento della proprietà, ma potrebbe sollevarsi più di un dubbio sulla idoneità di tale differente modalità di esercizio del diritto di edificare a tradursi in un diverso modo giuridico di godimento della proprietà rilevante, ai sensi dell'art. 42 della Costituzione, ai fini della copertura legislativa. E, del resto, tale scomposizione pare "coperta" anche dalle previsioni del T.u. edilizia, ove si consideri che l'art. 11 dispone che "il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo". Il titolare di credito edificatorio del piano perequativo è, per l'appunto, se non il proprietario dell'immobile oggetto del permesso, soggetto "titolato" per richiederlo.

Infine, ove si ritenesse necessaria la previa legge proprio per fondare la qualifica di soggetto che "abbia titolo per richiedere" il permesso di costruire, non pare privo di pregio

³⁴ Sull'insufficienza del consenso per superare l'intermediazione della legge preordinata a realizzare la funzione sociale vedi *supra* § 3.

³⁵ La dottrina pubblicistica ha, infatti, ritenuto il trasferimento dei crediti edificatori non assimilabile ai diritti di servitù o alla figura giurisprudenziale della cessione di cubatura. Sulla non assimilabilità del trasferimento dei crediti edilizi, a differenza della cessione di volumetrie, all'istituto della servitù paiono decisive le considerazioni svolte da cfr. P. STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, n. 4, p. 169 ss. Tenta, invece, sulla base di una interpretazione estensiva della disciplina codicistica, di qualificare la commercializzazione delle quote edificatorie come diritto di superficie "mobile" o come "frutti amministrativi" del suolo, conseguenza delle decisioni della p.a., che si aggiungerebbero ai "frutti naturali" e "civili" del codice G. MORBIDELLI, *Della perequazione urbanistica*, in *giustamm.*, 2009.

³⁶ Proprio l'assenza di una disciplina legale della compensazione ha indotto il Tar Lazio ad annullare il piano regolatore del Comune di Roma, con le già citate sentt. nn. 4483 e 1524 del 2010.

rilevare come l'ordinamento conosca già la scissione tra diritto edificatorio e bene oggetto del diritto di proprietà con l'istituto del comparto. E non appare seriamente sostenibile che l'estensione territoriale dell'istituto modifichi la natura del diritto o crei, addirittura, un nuovo diritto³⁷. Di talché, ad ogni buon conto, l'art. 23 della legge urbanistica e l'art. 870 c.c. potrebbero costituire la garanzia legale per il godimento della proprietà nei piani perequativi e, per quella via, soddisfare la riserva di legge di cui all'art. 42 Cost.

4. La perequazione e le norme costituzionali sulla competenza: governo del territorio e ordinamento civile

L'ultimo test di costituzionalità degli istituti perequativi attiene alla verifica del rispetto delle norme costituzionali sulla competenza. La riserva di legge di cui all'art. 42 tocca, infatti, tanto la garanzia dei modi di disponibilità e godimento della proprietà, riconducibili all'ambito competenziale dell'ordinamento civile, quanto la sua limitazione allo scopo di assicurarne la funzione sociale, per mezzo della pianificazione territoriale pubblica e, quindi, della leva del governo del territorio. In altri termini, così come la perequazione è materialmente scomponibile tra pianificazione territoriale e proprietà privata, così la riserva di legge di cui all'art. 42 è ripartibile tra legislatore regionale e statale secondo i rispettivi ambiti di competenza dell'art. 117, commi 2 e 3 della Costituzione.

Entra qui, allora, in gioco il test di costituzionalità delle leggi regionali con finalità perequative rispetto alle norme sulla competenza legislativa. Nel silenzio del legislatore statale, molte leggi regionali contemplano, infatti, il profilo teleologico della perequazione e finanche indicazioni analitiche in ordine alle modalità attuative³⁸. In particolare, le leggi regionali o enunciano mere finalità perequative o articolano, sulla base del titolo di legittimazione fornito dalla potestà legislativa concorrente in materia di governo del territorio, forme attuative di perequazione compartista o generalizzata³⁹. In quest'ultimo

³⁷ Si deve la riflessione alla domanda provocatoria formulata dal Prof. Piero Pinna nel corso del Convegno tenutosi a Sassari il 1 ottobre 2010, Facoltà di Giurisprudenza, "Perequazione urbanistica e "mercato" dei diritti edificatori".

³⁸ Si limitano ad alludere a forme di perequazione e/o enunciare la finalità perequativa e/o definire l'istituto, demandandone le modalità e gli ambiti territoriali di attuazione, nonché i criteri di determinazione dei diritti edificatori agli atti di pianificazione locale l.r. Campania, n. 16 del 2004, art. 32; l.r. Emilia Romagna, n. 20 del 2000, art. 7; l.r. Veneto, n. 11 del 2004, art. 35; l.r. Toscana, n. 1 del 2005, art. 60; l.r. Umbria, n. 11 del 2005, mod. con l.r. n. 13 del 2009, art. 29; l.r. Puglia, n. 20 del 2001, art. 14; l.r. Molise, n. 34 del 1999, art. 60, comma II; l.r. Lazio, n. 38 del 1999, art. 30, comma I; l.p. Provincia autonoma di Bolzano, n. 1 del 2008, art. 53. Aggiungono alle formule definitorie l'espressa previsione dell'attuazione della perequazione con "accordi di tipo convenzionale" per la compensazione tra suolo ceduto e diritti edificatori riconosciuti o "convenzioni" con i proprietari l.r. Basilicata, n. 23 del 1999, art. 33; l.r. Calabria, n. 19 del 2002, art. 54; l.r. Friuli-Venezia Giulia, n. 5 del 2007, artt. 2 e 31. Stabiliscono i criteri tecnici (e non solo la forma convenzionale) per l'attuazione "facoltativa" da parte dei Comuni della perequazione, avuto peculiare riguardo alla determinazione dei criteri per l'attribuzione degli indici di edificabilità territoriale, l.r. Lombardia, n. 12 del 2005, art. 11, mod. con l. r. n. 4 del 2008, che attribuisce, per l'appunto, ai comuni la mera "facoltà" di determinare nel documento di piano i criteri uniformi di applicazione della perequazione urbanistica; l.r. Piemonte, n. 20 del 2009, art. 14, ove contempla la possibilità di premialità di cubatura nel limite massimo del 35% del volume esistente ed il suo trasferimento in altre aree. Sulla facoltatività "estrinseca" che riguarda l'an della perequazione cfr. Tar Lombardia, Milano, Sez. II, 19.09.2009, n. 4671, con nota di A. GIANNELLI, *Perequazione urbanistica: un istituto dalle molteplici applicazioni*, in *Urb. e app.*, 2010, n. 3, p. 353 ss.

³⁹ Si riferisce alla perequazione mediante comparti l'art. 32 della l.r. Campania n. 16 del 2004; estende la possibilità di applicare la perequazione a tutte le aree del territorio comunale l'art. 11 della l.r. Lombardia n. 12 del

caso il punto diviene verificare la legittimazione del legislatore regionale a disciplinare, normando la pianificazione territoriale, le forme di disposizione e godimento del diritto di proprietà e del suo contenuto edificatorio. E ciò tenuto conto della difficile opera di confinazione tra i profili della perequazione che attengono al governo del territorio ed all'ordinamento civile e di conseguente individuazione delle fonti abilitate a dettarne la disciplina.

Non sembra seriamente revocabile in dubbio che la perequazione, come declinazione della pianificazione territoriale informata alla giustizia distributiva nella ripartizione delle potenzialità edificatorie e degli oneri pubblici, attenga alla materia "governo del territorio", come disciplina pubblicistica degli usi ammissibili del territorio. Sotto questo angolo visuale, esclusa l'incompatibilità, *de iure condito*, della perequazione con il principio fondamentale della zonizzazione⁴⁰ e finanche la necessità di una previa legge autorizzatrice ad hoc, alle leggi regionali non pare, comunque, preclusa l'adozione di norme di dettaglio anche in assenza di espresse positivizzazioni del principio generale perequativo nella legge statale⁴¹. Se, infatti, la finalità perequativa involge l'articolazione del principio di eguaglianza nel rapporto tra governanti e governati e tra questi ultimi ed atterrebbe, dunque, *de iure condendo*, ad una dimensione irrinunciabilmente unitaria dell'ordinamento, allo stato attuale la legge regionale può "governare" perequativamente il territorio sia perché i principi fondamentali non esistono in *rerum natura*, sia perché dalla legge statale sono, comunque, evincibili indicazioni di principio (si pensi alla peculiare forma di perequazione legittimata dall'art. 23 della l. urbanistica ed alle altre disposizioni sopra menzionate) che paiono idonee a svolgere quella funzione promozionale-orientativa delle scelte dei legislatori regionali che la giurisprudenza costituzionale continua oggi a riconoscere ai principi fondamentali⁴².

2005; limita la perequazione ai soli interventi di recupero del patrimonio edilizio esistente l'art. 14 della l.r. Piemonte n. 20 del 2009.

⁴⁰ La prima conosce, infatti, modalità attuative compatibili con la seconda, nella misura in cui o la presuppone o ne consente una peculiare applicazione nella forma della zonizzazione polifunzionale *vs* zonizzazione omogenea: vedi *supra*, § 2.

⁴¹ Sul punto cfr. P. STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, cit., p. 169 ss.; ID., *I principi del diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 27. In tale direzione, il Consiglio di Stato, con la ormai nota sent. n. 4545 del 2010, ha statuito che "la perdurante assenza di una tale normativa statale non può impedire da un lato che le Regioni esercitino la propria potestà legislativa in materia nel rispetto dei principi generali della legislazione statale, per altro verso che tali ultimi principi vadano individuati sulla base del quadro normativo attuale, quale risultante dal complesso della legislazione urbanistica stratificatasi sul ceppo dell'originaria legge nr. 1150 del 1942 e dell'applicazione fattane dalla giurisprudenza (anche costituzionale)". Come ovvio, però, a diversa conclusione dovrebbe giungersi nel caso in cui si ritenesse che la perequazione violi il principio della zonizzazione. In tal caso, la copertura legislativa regionale sarebbe insufficiente, in quanto la legge regionale sarebbe in contrasto con il principio fondamentale della materia ricavabile dalla legislazione statale. In questo senso le considerazioni svolte con riguardo ad un caso di perequazione generalizzata attuata nella Regione Campania da G. MARI, *La perequazione urbanistica: finalità generali e disciplina regionale in Campania*, cit., p. 125 ss., la quale ha concluso che in quella peculiare fattispecie la perequazione si è discostata dal principio di zonizzazione "nella misura in cui consente che il diritto di proprietà venga definitivamente conformato non dal piano ma dall'utilizzo che il comune in concreto compie della capacità edificatoria ad esso riservata". Aggiunge che essa inoltre configurerebbe "una potenzialità edificatoria ulteriore rispetto a quella assegnata alle singole aree ed incorporata alla proprietà della stessa riservata *ex lege* al comune e sganciata dalla materialità dell'area".

⁴² Sulla valenza positiva e non meramente negativa dei principi fondamentali, che devono poter indirizzare al perseguimento di determinate finalità il legislatore regionale e non fornire una cornice solamente negativa entro cui inscrivere le medesime, cfr. P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 68.

Il quadro competenziale non può, però, prescindere dalla constatazione che la perequazione urbanistica si attua mediante istituti che incidono direttamente sullo statuto normativo del diritto di proprietà, traducendosi in una de-reificazione dei diritti tradizionalmente nominati “reali”. Sotto questo profilo, pare evidente la sola parziale sovrapposizione tra la perequazione e la materia del governo del territorio e la sua intersezione con la potestà legislativa esclusiva statale dell’ordinamento civile⁴³. E qui risiede, come ha evidenziato la giuspubblicistica⁴⁴, il vero nervo scoperto della legislazione regionale in materia di perequazione. La commerciabilità dei crediti edificatori, con la loro iscrizione nei registri di cui discorrono alcune leggi regionali⁴⁵, pare, infatti, riconducibile al regime della circolazione dei beni e, quindi, all’ordinamento civile e richiedere piuttosto la legge statale che disciplini il regime legale di pubblicità dei diritti edificatori, le modalità di trascrizione e di opponibilità a terzi, al fine di garantire la certezza delle transazioni commerciali.

Poteva, allora, già considerarsi nell’ordine della cose quella recente giurisprudenza costituzionale⁴⁶ che, sulla scia della decisione n. 232 del 2005⁴⁷, ha chiarito che le previsioni “relative al trasferimento ed alla cessione dei diritti edificatori, incidono sulla materia «ordinamento civile», di competenza esclusiva dello Stato”⁴⁸.

Se volessimo immaginare un sistema di “fonti” del diritto del territorio, si potrebbe articolare la “posizione”: a) con legge statale del principio fondamentale della perequazione, in forza della potestà concorrente in materia di governo del territorio, che enunci la finalità dell’equità distributiva dei valori immobiliari prodotti dalla pianificazione e la ripartizione equa tra le proprietà private degli oneri connessi al soddisfacimento dell’interesse pubblico e l’indifferenza della quantità di edificazione spettante alle proprietà rispetto alle specifiche destinazione d’uso previsto dal piano⁴⁹; b) ancora con legge statale

⁴³ *Contra*, sembra ricondurre la perequazione urbanistica interamente alla “funzione di programmazione del territorio” Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 11.02.2008, n. 47.

⁴⁴ In particolare, cfr. P. STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, cit.; B. GRAZIOSI, *Figure polimorfe di perequazione urbanistica*, cit.; A. POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica, magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, II, p. 4; G. MARI, *La perequazione urbanistica: finalità generali e disciplina regionale in Campania*, cit., p. 127; G. MORBIDELLI, *Della perequazione urbanistica*, cit., p. 7; P. URBANI, *Problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, p. 587.

⁴⁵ La questione si pone, in particolare, per la l.r. Lombarda, n. 12 del 2005 cit., che prevede, al IV comma dell’art. 11, la commerciabilità dei diritti edificatori attribuiti a titolo di perequazione e compensazione e l’istituzione nei comuni del registro delle cessioni dei diritti edificatori, reso pubblico secondo modalità rimesse alla autonomia normativa dei comuni. Analogamente la questione parrebbe porsi ove fosse approvata la proposta di legge regionale sarda, recante “disciplina di governo del territorio regionale”, che all’art. 17, comma 4, prevede la commerciabilità dei crediti edificatori e la loro iscrizione in “registri comunali dei crediti”.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 121 del 2010.

⁴⁷ Con nota di A. ROCCELLA, *Governo del territorio: rapporti con la tutela dei beni culturali e l’ordinamento civile*, in *Le Regioni*, 2005, n. 6, p. 1256 ss.

⁴⁸ Punto 10 del *Considerato in diritto*, con nota di S. CALZOLAIO, *La materia “ordinamento civile”: una ulteriore competenza trasversale dello Stato?*, in www.forumcostituzionale.it.

⁴⁹ Risulta pendente alla Camera la proposta di legge recante “Principi fondamentali per il governo del territorio”, presentata il 29.04.2008, AC 329, che contempla la perequazione ed i correlati strumenti e criteri attuativi all’art. 21. Non risultano progetti o disegni di legge di modifica della disciplina codicistica o delle leggi civili speciali per i profili che incidono direttamente sulla disciplina del diritto di proprietà o degli altri diritti reali. Sui principi fondamentali in materia di governo del territorio in una prospettiva di politica del diritto cfr. S. AMOROSINO, *Alla ricerca dei “principi fondamentali” della materia urbanistica tra potestà normative statali e regionali*, in *Riv. giur.*

della codificazione di un nuovo diritto reale, de-materializzato e consistente nel riconoscimento di crediti edilizi e/o diritti edificatori scorporati dal bene reale di proprietà, delle forme di pubblicità e di opponibilità a terzi, nonché della compensazione con efficacia ablatoria della *res* destinata a soddisfare esigenze di pubblico interesse; c) con legge regionale, nell'esercizio della potestà concorrente del governo del territorio, della scelta tra la perequazione generalizzata o quella parziale, tra modelli consensuali o autoritativi di esercizio, tra il trasferimento in aree contigue o in zone di atterraggio con soluzione di continuità, etc.

5. Spunti di geo-diritto: l'artificio della de-materializzazione del diritto di proprietà ed il tramonto del *nomos della terra*

La tematizzazione della perequazione urbanistica in una più ampia prospettiva di teoria generale del diritto porta, infine, a scorgere un fenomeno singolare, almeno per il giurista, che in essa si manifesta.

Nella perequazione la ricomposizione giuridica del diritto di edificare con il diritto di proprietà avviene, infatti, mediante la scomposizione materiale del primo dalla *res* oggetto del secondo nel piano del governo territoriale.

Il bene economico reale si trasfigura in credito edificatorio e l'assolutizzazione del diritto di proprietà si celebra con il suo sradicamento artificiale dalla terra e la sua contestuale "cartolarizzazione" nel "mercato" dei crediti edilizi. Con ciò non si intende negare che allo stato attuale non ci si trova ancora di fronte ad una "cartolarizzazione" assoluta del diritto di proprietà e del suo contenuto economico, in quanto, da un lato, il credito edilizio continua a sorgere da un bene reale e si trasferisce su un'altra *res*, dall'altro, non vi è ancora un "mercato globale" dei diritti edificatori staccato da un territorio, ma perdura la localizzazione del "mercato" che coincide con l'estensione territoriale della pianificazione urbanistica⁵⁰.

Ma la limitazione spaziale della de-reificazione e dell'astrazione del contenuto economico della proprietà dalla *res* cui ineriva non sembra impedire di cogliere, seppure in *nuce*, l'artificialità di tale processo che troverebbe, come ovvio, la sua compiuta manifestazione in un mercato dei crediti edilizi che superasse gli ambiti territoriali dei singoli strumenti di pianificazione. Il nuovo diritto reale, nato dal connubio tra la potenzialità edificatoria della *res* di origine e la sua concretizzazione nel bene "di atterraggio", è, infatti, il frutto esclusivo della norma pianificatoria, vale a dire della volontà che in essa si cristallizza, e giammai dell'ordine naturale delle cose, che non conosce beni economici de-reificati.

Chi allora guardi alla pianificazione territoriale dalla prospettiva aperta dagli studi di geo-diritto, si avvede che nella perequazione urbanistica si manifesta, più che altrove, la radice antinomica del governo del territorio negli ordinamenti contemporanei. In essa pare,

edilizia, 2009, 1 p. 3 ss. Sull'auspicio "che lo Stato intervenga a disciplinare in maniera chiara ed esaustiva la perequazione urbanistica, nell'ambito di una legge generale sul governo del territorio" cfr. il recente monito contenuto in Cds, Sez. IV, sent. n. 4545 del 2010, cit.

⁵⁰ La precisazione svolta nel testo è dovuta alla obiezione mossa alla tesi sostenuta nel testo dal Prof. Piero Pinna, nel corso del Convegno "Perequazione urbanistica e "mercato" dei diritti edificatori", cit.

infatti, consumarsi lo scontro tra le teoriche dell'ordine concreto e le teoriche normativiste del rapporto norma-terra e celebrarsi la vittoria delle seconde sulle prime.

Il *nomos* della terra nella celebre concettualizzazione schmittiana vive nella compenetrazione tra diritto ed occupazione della terra, che unisce in sé la localizzazione (o il radicamento) di uno spazio (*ortung*) e la creazione di un ordinamento (*ordnung*)⁵¹. “L’occupazione della terra precede l’ordinamento, che deriva da essa non solo logicamente ma anche storicamente.... Essa è il “mettere radici” nel regno di senso della storia”⁵².

Etimologicamente *nòmos* deriva da *nèmein*, che possedeva in origine il triplice ed intrecciato significato di presa di possesso (della terra), di spartizione della terra acquisita e creazione di regimi proprietari ed, infine, di coltivazione e valorizzazione (pascolo, *nomòs*) della terra⁵³. *Nèmein* si trasfigura così nel “sapere abitare” la terra, che è poi la quintessenza della funzione del diritto urbanistico nella contemporaneità. C’è, cioè, nella concezione schmittiana del diritto un legame terrestre, un fondamento tellurico⁵⁴ ed una efficacia tutta terranea⁵⁵. Facendo proprio il linguaggio mitico, la terra è detta “madre del diritto” e persino della “giustizia”, perché la terra “ricompensa”, con “intima proporzione”, la fatica ed il lavoro della semina con “la crescita ed il raccolto”⁵⁶. In questo orizzonte ha senso parlare della terra e della sua occupazione come di “atto primordiale che istituisce diritto”, “fondamento dell’intero diritto” o “archetipo di un processo giuridico costitutivo”⁵⁷. Si riscopre così il senso primigenio, concreto e reale, dell’immagine della “fonte del diritto” nell’accezione eraclitea di origine (la terra, per l’appunto) da cui “trae nutrimento” tutto il diritto seguente⁵⁸ e “decaduta a mera metafora” solo successivamente per l’uso invalso tra i giuristi positivisti⁵⁹. Il *nomos* è, dunque, la misura che distribuisce e ripartisce la terra e la forma che assume l’ordinamento politico. “Misura, ordinamento e forma costituiscono qui una concreta unità spaziale”⁶⁰. Ed è l’ordine concreto della terra, da cui il *nomos* riceve la forza giuridica non mediata da leggi, che incarna la legittimità “che solo conferisce senso alla legalità della mera legge”⁶¹. Le leggi sono mediate ed artificiali, il *nomos* concreto, immediato e radicato nella terra. E quel rapporto tra spazio e diritto è a tal punto vitale, costituzionale, che in esso vive il principio dell’ordine giuridico e del costituirsi identitario

⁵¹ Fondamentali C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991, trad. it. E. CASTRUCCI, pp. 19-29, pp. 54-71 e pp. 439-40; ID., *Il concetto d’Impero nel diritto internazionale* (1941), trad. it., di F. PIERANDREI, Roma, Settimo Sigillo, 1996, p. 10; ID., *La condizione della scienza giuridica europea* (1943-1944), trad. it. di L. CIMMINO, Roma, Pellicani, 1996, pp. 67-8. Sul rapporto tra ordine e radice in Schmitt in un prospettiva di geo-filosofia, densa di spunti di geo-diritto, M. CACCIARI, *Geofilosofia dell’Europa*, Milano, Adelphi, 2008, p. 107 ss.

⁵² C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., pp. 27-8.

⁵³ *Ivi*, p. 59.

⁵⁴ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 3 e 29.

⁵⁵ M. CACCIARI, *Geofilosofia*, cit., p. 111.

⁵⁶ C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 19.

⁵⁷ *Ivi*, pp. 23-5.

⁵⁸ *Ivi*, p. 28.

⁵⁹ *Ivi*, p. 59.

⁶⁰ *Ivi*, p. 59.

⁶¹ *Ivi*, p. 63.

di un popolo. In Schmitt “l’identità di un diritto coincide con l’identità spaziale di un popolo, col suo proprio essere su una parte della superficie terrestre”⁶².

Specularmente, nella prospettiva tipicamente normativista, che rifiuta la concretezza del *nomos*, lo spazio è un dato esterno all’ordinamento, una mera dimensione, un “dove” applicativo, un ambito topografico di vigenza della norma⁶³. L’esistere della norma non è legato al rapporto tellurico, ma al processo artificiale di produzione di ciascun ordinamento.

Ma se così è, la norma si sbarazza della fisicità terrestre e dell’ordine concreto e si sradica dai luoghi⁶⁴. Il diritto, che perde l’ancora alla terra, si fa duttile e sciolto. Lo sradicamento aumenta la potenzialità normatrice anche oltre il dato materiale. Il *nomos* schmittiano ha la immobilità e fissità della terra, l’artificialità del normativismo si affranca dai vincoli naturali ed apre alla logica a-spaziale (ed a-nomica) del mercato.

Nel trapasso dalla stabile fisicità del luogo al profilo “ideale” della dimensione spaziale pare allora cogliersi il senso “geo-giuridico” della perequazione nel governo della terra. Lo sradicamento del contenuto economico della proprietà dalla terra e la metamorfosi in credito edificatorio, che viene fatto oggetto di un mercato (la “borsa” dei diritti edificatori) attraverso un mero “atto di posizione”, appare, infatti, il segno della separazione del *nomos* dalla terra e della creazione artificiale dell’ordine (*ordnung*), rompendone la connessione primigenia con le radici (*ortung*).

La previsione di contratti tra il potere pubblico ed il privato o tra i privati per le transazioni commerciali dei crediti edilizi appare, d’altro canto, l’ultima frontiera de(l) “la libertà commerciale, finanziaria, economica che fa di ogni luogo e di ogni tempo una *Global Zeit*”⁶⁵ e che tutto de-reifica. “Le “leggi” della cosiddetta “società civile” mirano oggettivamente a de-costruire la forma statale in un complesso di contratti privati, di scambi tra individui e interessi privati” ed inducono a concludere che davvero non vi è più *nomos* della terra⁶⁶. “Lo spazio universale dello scambio economico, la “libertà” planetaria dei suoi *negotia*, non è già più spazio – o, meglio, è puro spazio, pura forma dello spazio, ideale – astratta, indifferente ad ogni determinazione individua di luogo”⁶⁷.

Se ne avvedeva Schmitt, ove notava che “non vi è dubbio che il vecchio *nomos* stia venendo meno, e con esso un intero sistema di misure, di norme e di rapporti tramandati”⁶⁸.

Il calvario del *nomos* della terra si conclude, dunque, per una paradossale eterogenesi dei fini proprio nel diritto del governo del territorio, con lo sradicamento del diritto di proprietà dalla terra. Tutto, anche la conformazione della terra, è diventato artificio dell’uomo, un prodotto “legalitario” della sua esperienza, non più *nomos* ma *psephisma*, decisione artificiale⁶⁹.

⁶² N. IRTI, *Norme e luoghi*, cit., p. 35

⁶³ Sul rapporto esistente tra spazio e norme nella teoria normativista H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), trad. it. di A. CARRINO, Milano, Giuffrè, 1989, p. 105; ID., *Teoria generale delle norme*, a cura di M.G. LOSANO, trad. it. di M. TORRE, Torino, Einaudi, 1985, p. 225.

⁶⁴ N. IRTI, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁵ M. CACCIARI, *Geofilosofia*, cit., p. 108.

⁶⁶ *Ivi*, p. 124.

⁶⁷ M. CACCIARI, *Icone della legge*, Milano, Adelphi, 1985, pp. 51-2.

⁶⁸ C. SCHMITT, *Terra e mare*, trad. it. di F. VOLPI, Milano, Adelphi, 2002, p. 110.

⁶⁹ Sulla distinzione tra *nomos* (talora indicato come *thesmos*) e *psephisma* come esemplificazione dei due volti del diritto, vedi di recente G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 61-2.

Ed ecco allora che anche il titolo e l'incipit di questo lavoro ed, in particolare, l'uso virgolettato della nozione di "fonti" del diritto sembrano assumere un più pregnante significato nel diritto urbanistico⁷⁰. Grazie alla riflessione schmittiana, può, infatti, notarsi come la storia della locuzione "fonte del diritto" tradisca oggi il paradosso logico e storico, ancora prima che giuridico, di una espressione che, nata nell'alveo di concezioni tipicamente concrete e "terranee" del diritto, la cui "fonte" era per l'appunto "la terra", è divenuta nella comunità dei giuristi l'emblema e la matrice del sistema normativista degli atti di posizione che esercitano comando e richiedono obbedienza e, con esso, del positivismo giuridico, che, però, come nota Schmitt, "non conosce né origine né archetipi, ma solo cause. Al positivismo [...] interessa solo la "legge dell'apparire", e non quella dell'origine. Luogo d'origine e provenienza non sono per il positivismo caratteri specifici fondanti"⁷¹. Potrebbe allora concludersi che, su quella linea evolutiva degli ordinamenti contemporanei, proprio le "fonti" del diritto positivo del governo del territorio slatentizzano al massimo grado la perenne tensione tra la dimensione tellurica e quella artificiale del diritto.

⁷⁰ Per quest'ultimo spunto devo ringraziare, in particolare, il Prof. Giuseppe Volpe.

⁷¹ C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 60.