

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n.48-2021/P

L'ATTIVITA' DI DESIGILLAZIONE ED I CREDITI DI SUPERFICIE

di Alessandro Torroni

(Approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici il 24 febbraio 2021)

Abstract

Lo studio fornisce una prima analisi sulla natura giuridica e sulla possibilità di circolazione dei c.d. "crediti di superficie"; si tratta di un nuovo diritto che origina dalla pianificazione urbanistica, prevista da diverse leggi regionali, al fine di dare attuazione alla strategia tematica per la protezione del suolo della Commissione europea (COM(2006)231) che pone l'obiettivo di arrivare al consumo netto di suolo zero entro il 2050. Tra gli strumenti di contrasto al consumo di nuovo suolo, la pianificazione urbanistica prevede anche la c.d. "desigillazione" delle aree permeabili ed il loro ripristino a verde o ad uso agricolo; l'intervento di desigillazione costituisce un presupposto indispensabile per poter consumare nuovo suolo. Che natura ha il diritto del soggetto che ha eseguito un intervento di desigillazione, con conseguente facoltà di consumare nuovo suolo? Si tratta di un diritto cedibile? Quali regole deve seguire la cessione del c.d. credito di superficie?

Lo studio parte dall'analisi della materia contigua dei crediti edilizi che nascono da pratiche di compensazione urbanistica o di premialità edilizie, con il riconoscimento al privato di una volumetria aggiuntiva che può utilizzare su un'area di sua proprietà oppure può cedere, ancor prima che sia stata individuata l'area dove utilizzare la volumetria, c.d. "cessione in volo".

Lo studio ritiene che il diritto del soggetto che opera la desigillazione sia un diritto di natura personale; trattandosi di una facoltà che può essere esercitata all'esito di un procedimento amministrativo, si è ritenuto corretto inquadrare il diritto nell'ambito dell'interesse legittimo pretensivo. Si è ritenuto che la nascita del credito di superficie e la sua estinzione, conseguente al suo utilizzo, possano essere pubblicizzati tramite la trascrizione di una convenzione urbanistica o di un atto unilaterale d'obbligo ex art. 2645-quater c.c. La cessione del credito di superficie è disciplinata dalle regole in materia di cessione dei diritti di credito, nei limiti della compatibilità.

Sommario: 1. L'obiettivo europeo di consumo netto di suolo zero. – 2. Gli interventi di desigillazione ed i "crediti di superficie". – 3. I "crediti edilizi" che originano dalla perequazione edilizia, dalla compensazione urbanistica e dalle premialità edilizie. 4. – Il registro dei crediti edilizi e la valutazione dei crediti edilizi. – 5. Il nuovo art. 2643, n. 2-bis), c.c. e la trascrizione dei diritti edificatori. – 6. La cessione dei crediti di superficie. – 7. Il divieto di consumo di nuovo suolo ed i limiti legali alla proprietà. – 8. Considerazioni conclusive.

1. L'obiettivo europeo di consumo netto di suolo zero.

L'esigenza di contrastare l'impermeabilizzazione dei suoli e favorire la salvaguardia dell'ambiente è stata affrontata a livello europeo con *l'obiettivo di arrivare al consumo netto di suolo zero entro il 2050* (Strategia tematica per la protezione del suolo della Commissione europea (COM(2006) 231)¹. Facendo leva sulla potestà legislativa concorrente stabilita dall'art. 117, comma 3, Cost., pur in mancanza dei principi generali della materia che dovrebbero essere introdotti da una legge cornice dello Stato mai emanata, molte Regioni² hanno legiferato disciplinando la materia del contenimento dell'uso del suolo e della rigenerazione urbana, rifacendosi ai principi dell'ordinamento europeo³.

Gli strumenti di pianificazione territoriale ed urbanistica perseguono la limitazione del consumo di suolo, attraverso *il riuso e la rigenerazione del territorio urbanizzato*. Il consumo di suolo è dato dal saldo tra le aree per le quali la pianificazione urbanistica attuativa prevede la trasformazione insediativa al di fuori del perimetro del territorio urbanizzato e quelle per le quali la medesima pianificazione stabilisce, all'interno del medesimo perimetro, interventi di desigillazione, attraverso la rimozione dell'impermeabilizzazione del suolo.

2. Gli interventi di desigillazione ed i "crediti di superficie".

Fulcro del sistema di contrasto al consumo di suolo è la *desigillazione delle aree impermeabili ed il loro ripristino a verde o ad uso agricolo*. L'intervento di desigillazione costituirà, sulla base di una convenzione edilizia o di un atto unilaterale d'obbligo nei confronti del Comune, *un presupposto indispensabile per poter "consumare nuovo suolo"*. Le aree da desigillare dovranno risultare da una mappa predisposta ed aggiornata dal Comune ed i costi medi per gli interventi di desigillazione dovranno essere preventivamente stabiliti in maniera standard dallo stesso Comune.

L'intervento di desigillazione potrà essere realizzato ***dal soggetto attuatore dell'intervento edilizio***, colui che richiede al Comune il permesso di costruire; in tal caso l'intervento non genera alcun credito nei confronti del Comune ma costituisce il presupposto per il rilascio del permesso di costruire. In alternativa, l'intervento di desigillazione potrà essere realizzato ***dal Comune stesso*** con suoi uomini e mezzi; in tal caso l'intervento genera un credito di superficie, commisurato ai metri quadri di superficie desigillata. È possibile che l'intervento di desigillazione sia realizzato ***dal proprietario dell'area da desigillare***, a proprie cura e spese: anche in tal caso l'intervento genera, a favore dello stesso, un credito di superficie, commisurato ai metri quadri di superficie desigillata.

Si può, quindi, in prima approssimazione, definire credito di superficie *la posizione attiva di chi ha eseguito un intervento di desigillazione di un'area impermeabile che viene riportata a verde o ad uso agricolo* – preventivamente individuata in accordo con il Comune sulla base di una convenzione o di un atto d'obbligo edilizio – con conseguente *facoltà per il titolare del credito di consumare una certa quantità di nuovo suolo permeabile*.

¹ La proposta direttiva europea COM(2006)232 che istituisce un regolamento quadro per la protezione del suolo non è mai stata approvata.

² Si vedano le leggi regionali Valle d'Aosta 6 aprile 1998, n. 11; Piemonte 25 marzo 2013, n. 3; Liguria 4 settembre 1997, n. 36; Lombardia 28 novembre 2014, n. 31; Veneto 6 giugno 2017, n. 14; Friuli Venezia Giulia 23 febbraio 2007, n. 5, 25 settembre 2015, n. 21, 20 febbraio 2015, n. 3, 11 novembre 2009, n. 19; Emilia Romagna 21 dicembre 2017, n. 24; Toscana 10 novembre 2014, n. 65; Marche 23 novembre 2011, n. 22; Umbria 21 gennaio 2015, n. 1; Lazio 18 luglio 2017, n. 7; Campania 22 dicembre 2004, n. 16, 5 aprile 2016, n. 6; Puglia 10 giugno 2008, n. 13, 20 maggio 2014, n. 26; Calabria 16 aprile 2002, n. 19, 4 novembre 2011, n. 41; Sicilia 10 agosto 2016, n. 16; Sardegna 23 aprile 2015, n. 8; le leggi provinciali Trento 4 agosto 2015, n. 15; Bolzano 10 luglio 2018, n. 9

³ Sulla normativa in vigore e sui progetti di legge pendenti in materia di consumo di suolo, cfr. A. Quaranta, *Il consumo del suolo fra impasse normativa, proposte settoriali e necessità di un cambio di marcia*, in *Ambiente e sviluppo*, 2018, 8-9, 539.

3. I “crediti edilizi” che originano dalla perequazione edilizia, dalla compensazione urbanistica e dalle premialità edilizie.

Per tentare di argomentare sulla natura giuridica del credito di superficie, sulla sua eventuale trascrivibilità e sulle sue modalità di circolazione del diritto, appare utile un riferimento alla materia affine dei c.d. crediti edilizi. Com'è noto, i crediti edilizi derivano dalle tecniche di perequazione edilizia, compensazione urbanistica e incentivazioni o premialità previste dalla recente legislazione urbanistica ed in particolare da leggi regionali⁴.

La perequazione edilizia ha la funzione di porre rimedio alla legittima sperequazione degli atti di pianificazione urbanistica tradizionale i quali individuano, in maniera unilaterale e autoritativa, le diverse destinazioni dei suoli, e quindi avvantaggiano i proprietari di terreni considerati edificabili e pregiudicano i proprietari di terreni considerati non edificabili, spesso destinati all'espropriazione. *Il meccanismo della perequazione edilizia assegna la capacità edificatoria in modo proporzionale ai proprietari delle aree sulla base delle sole caratteristiche oggettive* a prescindere dalla edificabilità prevista dallo strumento urbanistico, con la conseguenza che anche i proprietari di aree inedificabili o destinate ad opere di urbanizzazione diventano titolari di diritti edificatori “virtuali” che vengono normalmente ceduti dietro corrispettivo in denaro ai proprietari di aree edificabili⁵. **La compensazione urbanistica**, in presenza di un'area preordinata all'esproprio, prevede la cessione volontaria dell'area al Comune e l'attribuzione al cedente di una cubatura da utilizzare su un'altra area. È stato affermato che «con i diritti edificatori corrispettivi i Comuni potranno attuare obiettivi di pianificazione e di programmazione urbanistica (anche per la realizzazione di programmi di edilizia residenziale pubblica e di edilizia convenzionata in genere) senza dover ricorrere a provvedimenti d'imperio di carattere espropriativo, ma attraverso un'attività di concertazione con i poteri privati, e soprattutto senza dover pagare in denaro il sacrificio dei proprietari (e si sa che i bilanci dei Comuni sono sempre più falcidiati) ma “compensandoli” con “moneta urbanistica” ossia con una determinata quantità di “volumetria edificabile” da spendere in specifici ambiti la cui individuazione spetta agli strumenti urbanistici di livello comunale»⁶. **Le premialità edilizie** consistono nel riconoscimento di una quantità edificatoria aggiuntiva, rispetto a quella prevista in via ordinaria dagli strumenti urbanistici, a chi si obbliga al raggiungimento di obiettivi pubblici di riqualificazione urbanistica ed ambientale stabiliti dalle leggi regionali e recepiti nella pianificazione urbanistica.

Un riconoscimento della c.d. premialità edilizia è avvenuto ad opera della legge finanziaria 2008 che ha stabilito «*Ai fini dell'attuazione degli interventi finalizzati alla realizzazione di edilizia residenziale sociale, di rinnovo urbanistico ed edilizio, di riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti, il comune può, nell'ambito delle previsioni degli strumenti urbanistici, consentire un aumento di volumetria premiale nei limiti di incremento massimi della capacità edificatoria prevista per gli ambiti di cui al comma 258*» (art. 1, comma 259). Un ulteriore riconoscimento della funzione premiale o incentivante dei diritti edificatori è stato effettuato dall'art. 11, comma 5 della legge 6 agosto 2008, n. 133 (c.d. Piano casa) che prevede: il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo; incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e di miglioramento della qualità urbana, nel rispetto delle aree necessarie per le superfici minime di spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi

⁴ Per un'ampia trattazione del tema, Trapani, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, in I quaderni della Fondazione italiana del notariato, elibrary.fondazione-notariato.it.

⁵ Cirillo, *La premialità edilizia, la compensazione urbanistica e il trasferimento dei diritti edificatori*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶ Rizzi, *I diritti edificatori. Riconoscimento e circolazione*, in www.notairizzitrentin.it.

di cui al decreto Ministero dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444; la cessione, in tutto o in parte, dei diritti edificatori come corrispettivo per la realizzazione anche di unità abitative di proprietà pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato, ovvero da destinare alla alienazione in favore delle categorie svantaggiate di cui al comma 2.

Diverse leggi regionali hanno previsto crediti edilizi a fronte della produzione di rilevanti benefici pubblici aggiuntivi (Lombardia); della promozione dell'edilizia bioclimatica e del risparmio energetico (Lombardia); della riqualificazione urbana (molte Regioni); dell'eliminazione di manufatti incongrui o detrattori ambientali o edifici posti in aree di elevata pericolosità (Veneto, Trentino); interventi di consolidamento antisismico di edifici (Umbria); di interventi di recupero di centri storici (Umbria)⁷.

La legge regionale del Veneto 23 aprile 2004, n. 11 ha previsto e disciplinato in maniera puntuale i c.d. "crediti edilizi". Stabilisce l'art. 36, comma 3 che «*la demolizione delle opere incongrue, l'eliminazione degli elementi di degrado, o la realizzazione degli interventi di miglioramento della qualità urbana, paesaggistica, architettonica e ambientale di cui al comma 1, determinano un credito edilizio*». Il credito edilizio è definito come una quantità volumetrica riconosciuta a seguito della realizzazione degli interventi sopra indicati ovvero a seguito delle compensazioni urbanistiche che permettono ai proprietari di aree ed edifici oggetto di vincolo preordinato all'esproprio di recuperare adeguata capacità edificatoria (art. 36, comma 4).

La compensazione urbanistica e le premialità edilizie si inseriscono in un nuovo sistema di pianificazione urbanistica più sensibile alla possibilità di raggiungere accordi tra privati e pubblica amministrazione all'interno del quale si generano i cosiddetti crediti edilizi. La principale variante dei crediti edilizi rispetto alla tradizionale cessione di cubatura consiste nel fatto che ***i crediti edilizi non sono strettamente connessi ad un fondo*** ma vengono riconosciuti dalla pubblica amministrazione, sulla base delle disposizioni di una legge regionale recepite negli strumenti urbanistici dei singoli Comuni, a fronte della cessione al Comune da parte del privato di un'area sulla quale realizzare opere di urbanizzazione (compensazione), della realizzazione da parte del privato di opere di bonifica, risanamento o comunque funzionali alla salubrità dell'ambiente (premialità). È evidente che, nelle fattispecie considerate, ***manca il fondo del privato sul quale utilizzare la volumetria edificabile allo stesso riconosciuta dal Comune***: secondo la definizione coniata dalla dottrina, i crediti edilizi sono, per così dire, "in volo", in quanto *si è in attesa che il titolare individui il fondo "di atterraggio" oppure possono essere ceduti "in volo" dal titolare ad altro soggetto che li utilizzerà su un proprio fondo che diventerà il cosiddetto "fondo di atterraggio"*.

4. Il registro dei crediti edilizi e la valutazione dei crediti edilizi.

L'art. 17, comma 5, lett. e) della legge regionale Veneto ha altresì previsto l'istituzione da parte dei Comuni del registro dei crediti edilizi, che costituisce parte integrante del piano degli interventi, nel quale sono annotati i crediti edilizi che sono definiti dalla legge "liberamente commerciabili" (art. 36). Il piano degli interventi individua gli ambiti in cui è consentito l'utilizzo dei crediti edilizi e prevede l'attribuzione di indici di edificabilità differenziati in funzione degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti.

⁷ Stanghellini, *Crediti edilizi*, in *Perequazione compensazione fattibilità*, in www.inuedizioni.com; per un'ampia trattazione dei crediti edilizi, cfr. Rizzi, *I diritti edificatori. Riconoscimento e circolazione*, cit.

Il registro dei crediti edilizi individua⁸: i) i dati catastali e la proprietà dell'area di decollo; la quantità: ii) dei crediti edilizi generati, iii) di quelli trasferiti e iv) di quelli residui non utilizzati; gli estremi dell'atto notarile di cessione dei crediti edilizi; gli estremi del titolo abilitativo con il quale vengono utilizzati i crediti edilizi; i dati catastali, la superficie e la proprietà dell'area di atterraggio. I crediti sono liberamente commerciabili dopo l'iscrizione nel registro dei crediti edilizi, senza necessità di previa autorizzazione del Comune. Per la cessione dei crediti edilizi è richiesto l'atto notarile da trascrivere nei registri immobiliari, ai sensi dell'art. 2643, n. 2-bis), c.c. L'atto notarile di cessione dei crediti edilizi deve porre a carico dell'acquirente l'obbligo di comunicare al Comune gli estremi dell'atto di cessione.

È stato elaborato un sistema di valutazione del credito edilizio: il valore del "credito edilizio" (Ce) si stima attraverso la cosiddetta "incidenza area" (Ia) ossia il valore dell'incidenza del fattore produttivo suolo sul "valore di mercato dell'edificazione" (Ve); ad esempio, stimando l'incidenza del valore dell'area nel 30% ed il valore di mercato dell'edificazione in euro 3.000 al mq., si determina il valore del credito edilizio in euro 900 al mq.⁹. Il trasferimento del credito edilizio da un terreno ad un altro e la diversa destinazione urbanistica dell'area di atterraggio rispetto a quella di decollo possono determinare il cambiamento di valore del credito edilizio: il Comune può dotarsi di uno strumento di rappresentazione dei crediti edilizi, la *mappa dei valori immobiliari*¹⁰ che divide il territorio in zone e attribuisce ad ogni zona un valore medio di mercato dell'edificazione (Ve) e una percentuale di incidenza del valore dell'area (Ia) che consentono di stabilire il valore unitario al mq. del credito edilizio per le diverse aree del territorio comunale; inoltre la mappa dei valori immobiliari può stabilire l'incidenza del cambio di destinazione urbanistica del terreno di atterraggio rispetto a quello di decollo e, conseguentemente, il mutamento di valore del credito edilizio.

5. Il nuovo art. 2643, n. 2-bis), c.c. e la trascrizione dei diritti edificatori.

Il sistema di riconoscimento dei crediti edilizi da parte dei legislatori regionali ha influito sull'approvazione da parte del legislatore nazionale dell'art. 2643, n. 2-bis), c.c. che ha previsto la trascrizione dei "contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale". Il legislatore nazionale ha preso atto che il commercio di crediti edilizi aveva assunto una certa rilevanza economico-sociale ed ha ritenuto di disciplinare la pubblicità degli atti di "costituzione, modifica e cessione" degli stessi, utilizzando il sistema della pubblicità immobiliare, sistema che ha notoriamente la funzione di risolvere i conflitti tra acquirenti di diritti reali tra loro incompatibili (cfr. art. 2644 c.c.). Si noti che il testo dell'art. 2643, n. 2-bis) prevede la trascrizione non solamente dei contratti che trasferiscono diritti edificatori ma anche dei contratti che *costituiscono o modificano diritti edificatori*. Dal tenore della norma sembra che debbano essere trascritti anche gli atti della p.a. che attribuiscono al privato crediti edilizi in funzione premiale¹¹. È evidente che una tale trascrizione ha funzione di pubblicità-notizia e non

⁸ Dati tratti dal *Regolamento comunale per la gestione ed alienazione dei crediti edilizi del Comune di Montebelluna*, approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 70 del 29 novembre 2018.

⁹ Esempio tratto da Stanghellini, *Crediti edilizi*, cit.

¹⁰ Si veda, ad esempio, la mappa dei valori immobiliari del Comune di Prato.

¹¹ È stato affermato in dottrina che «potrebbe essere trascritto il provvedimento amministrativo iniziale di assegnazione dei crediti, "a favore" di chi li cederà, con possibilità quindi di dar vita alla classica "catena" trascrittiva» (Gazzoni, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, in *Judicium*, www.judicium.it); Rizzi, *I diritti edificatori. Riconoscimento e circolazione*, cit. ritiene ammissibile la trascrizione della convezione tra il Comune ed il privato da cui risulta il riconoscimento del diritto edificatorio. In particolare, con riferimento alla genesi dei diritti edificatori in seguito ad *operazioni di compensazione, incentivazione o perequazione urbanistica*, l'Autore distingue: i) nel caso di *compensazione urbanistica*, ove il diritto edificatorio è riconosciuto dal Comune "per compensare"

dichiarativa¹² poiché, nell'ipotesi considerata, non è ipotizzabile un conflitto tra acquirenti di diritti incompatibili, in quanto la genesi dei diritti edificatori avviene ad opera della p.a., nell'esercizio dell'azione amministrativa, sulla base delle disposizioni degli strumenti urbanistici. Questo tipo di trascrizione presenta delle affinità con la trascrizione *ex art. 2651 c.c.* della sentenza che accerta un acquisto per usucapione, trascrizione che non ha la funzione di risolvere conflitti tra acquirenti di diritti incompatibili ma dà notizia dell'avvenuto acquisto a titolo originario del diritto e genera una nuova catena di trascrizioni. Una volta pubblicizzata la costituzione dei diritti edificatori, le successive vicende circolatorie sono soggette ai principi generali in tema di trascrizione *ex art. 2644 c.c.*

Si noti ancora che il legislatore nazionale ha utilizzato una terminologia generica e ampia "*diritti edificatori comunque denominati*", con una *relatio* per l'individuazione del contenuto dei diritti alle normative statali o regionali ovvero agli strumenti di pianificazione territoriale. Traspone la consapevolezza del legislatore di trovarsi in una materia complessa e stratificata, a causa delle diverse interpretazioni della giurisprudenza e della compresenza di diverse normative regionali che hanno disciplinato la materia dei crediti edilizi.

L'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 2643, n. 2-bis) non ha posto termine al dibattito sulla natura giuridica dei diritti edificatori: si tratta di un *nuovo diritto reale codificato dal legislatore* oppure la norma sulla trascrizione non condiziona la ricostruzione della natura del diritto e non esclude che possa trattarsi di *un diritto di credito, di natura obbligatoria*?

La previsione della trascrivibilità dei contratti di cessione dei diritti edificatori non è decisiva affermare la natura reale degli stessi poiché lo stesso articolo 2643 c.c. contempla ai numeri 8), 10) e 11) la trascrizione di atti che producono effetti obbligatori: *i contratti di locazione ultranovennali, il conferimento in società o associazione del godimento di beni immobili, per un tempo superiore a nove anni*. L'art. 2645-bis c.c. consente la trascrizione del *contratto preliminare di compravendita* che ha natura obbligatoria, in quanto obbliga promittente venditore e promissario acquirente a prestare il consenso alla stipula del contratto definitivo di compravendita. L'art. 2645-ter c.c. prevede la trascrizione dell'*atto di destinazione patrimoniale di un bene ad uno scopo meritevole di tutela* che crea un vincolo obbligatorio funzionale alla realizzazione della destinazione ma non produce alcun effetto reale sul bene.

la cessione da parte del privato al Comune di aree e/o edifici oggetto di vincolo preordinato all'esproprio, andrebbero effettuate due trascrizioni: la prima, a carico del proprietario dell'immobile ed a favore del Comune per pubblicizzare il trasferimento dell'immobile al Comune *ex art. 2643, n. 1), c.c.*; la seconda, a carico del Comune ed a favore del privato per segnalare la costituzione dei diritti edificatori c.d. corrispettivi, quale compensazione della prima cessione, *ex art. 2643, n. 2-bis, c.c.*; in entrambe le note di trascrizione i beni da indicare saranno gli immobili ceduti al Comune, il cui trasferimento ha originato i diritti edificatori; ii) nel caso di *incentivazione urbanistica*, ove il diritto edificatorio è riconosciuto dal Comune a fronte dell'esecuzione, da parte del privato, di interventi di riqualificazione urbanistico/ambientale, vi sarà una convenzione tra il Comune ed il privato che, da una parte, stabilisce gli obblighi di riqualificazione assunti dal privato, i vincoli di destinazione, la durata dell'intervento, le garanzie prestate, ecc. e, dall'altra parte, riconosce al privato i diritti edificatori c.d. corrispettivi; la convenzione sarà soggetta ad una doppia trascrizione: una prima trascrizione a favore del Comune, ai sensi dell'art. 2645-*quater* c.c., per pubblicizzare i vincoli di inedificabilità, di destinazione d'uso o di tutela ambientale/paesaggistica e gli obblighi di riqualificazione gravanti sul proprietario; la seconda, a carico del Comune ed a favore del privato, per segnalare la costituzione dei diritti edificatori c.d. corrispettivi, quale incentivo per l'attività di riqualificazione assunta dal privato, *ex art. 2643, n. 2-bis, c.c.*; in entrambe le note di trascrizione i beni da indicare saranno gli immobili oggetto di riqualificazione urbanistico/ambientale; iii) nel caso di *perequazione urbanistica*, ove il riconoscimento di diritti edificatori è operato dallo strumento urbanistico del Comune che riconosce l'indice di edificabilità all'intero comparto urbanistico, comprendente le c.d. aree di concentrazione nelle quali è possibile utilizzare la volumetria edificabile e le aree ad uso pubblico, sarà necessaria una doppia trascrizione: la prima, a carico di proprietari degli immobili ricompresi nel Piano Urbanistico Attuativo ed a favore del Comune, ai sensi dell'art. 28, comma 5 della legge n. 1150/1942, per pubblicizzare i vincoli di carattere urbanistico e gli obblighi assunti dai proprietari ai fini dell'attuazione del piano; la seconda, a carico del Comune ed a favore dei proprietari degli immobili vincolati ricompresi nel piano, che pubblicizza la costituzione dei diritti edificatori perequativi, ai sensi dell'art. 2643, n. 2-bis, c.c.; in entrambe le note di trascrizione i beni da indicare saranno gli immobili ricompresi nel P.U.A.

¹² In senso conforme, Gazzoni, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, cit.

Ad una prima lettura, sembra corretto affermare che l'art. 2643, n. 2-bis) riconosce l'esistenza nel nostro ordinamento di *un nuovo diritto reale, il diritto edificatorio*¹³, il cui contenuto di dettaglio è identificato negli strumenti di pianificazione urbanistica. Resta il problema della compatibilità di un diritto reale – che ha come caratteristica fondamentale la inerenza, cioè *la incorporazione in una res* – completamente sganciato da un fondo sul quale esercitare il diritto di sfruttamento edilizio del fondo stesso. È stato proposto l'accostamento del diritto edificatorio al *diritto di superficie* che attribuisce al suo titolare la facoltà di “fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione” separata dalla proprietà del suolo. Si tratterebbe di un diritto a metà strada tra la proprietà e il diritto di superficie: sarebbe il diritto di fare una costruzione, diritto distinto ed autonomo rispetto alla costruzione, per la cui realizzazione occorrerà il consolidamento del diritto edificatorio con il diritto di proprietà del suolo¹⁴. La ricostruzione non è completamente appagante perché attribuisce dignità di diritto reale autonomo ad una semplice facoltà, quella di costruire, ricompresa nel diritto di proprietà e perché il diritto edificatorio, per potere essere concretamente utilizzato, deve atterrare sul suolo del suo titolare, manifestandosi tutta la differenza rispetto al diritto di superficie che costituisce un classico diritto reale su cosa altrui.

È stata proposta una diversa ricostruzione della natura giuridica del diritto edificatorio come *bene immateriale di origine immobiliare*, sul presupposto giuridico che il concetto di bene è più ampio del concetto di cosa, comprendendo non solo le cose materiali o corporali (tra le quali sono le energie), ma anche quelle entità immateriali o ideali che pur non essendo cose sono idonee a formare oggetto di diritti, per la soddisfazione degli interessi tutelati dal nostro ordinamento giuridico¹⁵.

Nonostante l'espressa previsione di cui all'art. 2643, n. 2-bis c.c. della possibilità di trascrivere nei registri immobiliari i contratti che trasferiscono diritti edificatori, è autorevolmente sostenuta in dottrina la ricostruzione della cessione di cubatura *come contratto ad effetti obbligatori*, con cui il cedente trasferisce la c.d. *chance* edificatoria, che consiste in un interesse legittimo pretensivo nei confronti della pubblica amministrazione al rilascio del permesso di costruire con volumetria maggiorata. È stato affermato che «la trascrivibilità della cessione di cubatura non significa che si sia necessariamente in presenza di un vincolo di carattere reale. Una cosa infatti è l'opponibilità, altra cosa è la realtà: la prima attiene al profilo circolatorio, la seconda alla natura e ai caratteri del diritto (reale). Si è quindi in presenza della stessa vicenda, da questo punto di vista, del negozio (obbligatorio) di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. Pertanto la tesi che pone in luce il ruolo svolto dal procedimento amministrativo e sottolinea quindi che l'effetto finale è l'esito del permesso di costruire e non del contratto, non è smentita dalla prevista trascrivibilità. Infatti si sarebbe in presenza bensì di un contratto ad effetti obbligatori, ma opponibile quanto al vincolo di indisponibilità che da esso nascerebbe»¹⁶.

¹³ Secondo Rizzi, *I diritti edificatori. Riconoscimento e circolazione*, cit., il diritto edificatorio può essere qualificato come *diritto atipico di natura reale*.

¹⁴ Restaino, *I diritti edificatori*, citato da Bergamo, *La cessione di diritti edificatori*, in *Corr. merito*, 2012, 119.

¹⁵ Trapani, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto*, in *Studi e materiali del Consiglio nazionale del notariato*, 2/2011, 419 ss., dove individua altre figure giuridiche che costituiscono beni immateriali e che consentirebbero di confermare la ricostruzione del diritto edificatorio come bene immateriale: i) le c.d. quote latte assegnate, nel contesto della normativa comunitaria, a ciascun produttore: il titolare può cedere o affittare totalmente o parzialmente, anche per singole annate, la quota latte senza alienare l'azienda agricola, a condizione che l'azienda del cessionario sia ubicata nella medesima regione e si trovi in un territorio della medesima categoria; dalla disciplina l'Autore trae il principio che la quota latte sia un bene immateriale, incorporale, collegato all'azienda dell'allevatore quale elemento di essa, e non più al terreno; ii) il c.d. diritto al reimpianto del vitigno che può essere trasferito a favore di altri viticoltori, con modalità autonome rispetto all'azienda di appartenenza originaria.

¹⁶ Gazzoni, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, cit.; la tesi è stata ripresa e sviluppata da Cirillo, *La premialità edilizia, la compensazione urbanistica e il trasferimento dei diritti edificatori*, cit.; Bartolini, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, II, 436-437, qualifica il diritto edificatorio come *chance* edificatoria definita come «una

La ricostruzione della natura giuridica dei diritti edificatori o crediti edilizi ha assunto una portata notevole per effetto del meccanismo di compensazione edilizia, previsto negli strumenti urbanistici di diversi Comuni, che assegna al proprietario di un'area che ricade in zona edificabile, ma è soggetta a vincoli pubblicistici di destinazione finalizzati alla realizzazione di opere pubbliche (verde pubblico, viabilità, parchi, ecc.), un credito edilizio che il proprietario potrà utilizzare su un'altra area al momento non ancora identificata, in forza di un procedimento amministrativo *in itinere*. La Corte di Cassazione con la sentenza 15 ottobre 2019, n. 26016¹⁷ ha affermato, con particolare riferimento ai crediti edilizi nascenti per effetto del meccanismo della compensazione urbanistica, che sembra preferibile qualificare il diritto edificatorio come *diritto di natura obbligatoria, ancorché con profili di realtà, perché il diritto in questione non sarebbe una qualità intrinseca dell'area stessa bensì un diritto obbligatorio spettante al suo proprietario*. Ha precisato la Cassazione che il diritto edificatorio necessariamente “decolla” da un fondo e, infine, “atterra” su un altro fondo, nel quale viene materialmente sfruttato ma la volumetria può restare per lungo tempo in volo, completamente staccata sia dal fondo di decollo (che la genera) sia da quello di atterraggio (che è destinato a riceverla), potendo nel frattempo essere liberamente ceduta a fronte di un prezzo: insomma *si tratta di un diritto che non presenta quei caratteri di immediatezza e di inerenza che connotano qualsiasi diritto reale*. La mera promessa di assegnazione di un'area edificabile in compensazione di quella di partenza non appare idonea a conferire alcun diritto al privato ma solo *una legittima aspettativa*, soggetta ad ampia discrezionalità dell'amministrazione ed incerta nell'*an*, nel *modus* e nel *tempus*. Il principio è stato confermato da Cass., sezioni unite, 29 ottobre 2020, n. 23902¹⁸ che, nell'ambito di un programma di compensazione edilizia, ha stabilito che *“un'area, prima edificabile e poi assoggettata ad un vincolo di inedificabilità assoluta, non è da considerare edificabile ai fini ICI ove inserita in un programma attributivo di un diritto edificatorio compensativo, dal momento che quest'ultimo non ha natura reale, non inerisce al terreno, non costituisce una sua qualità intrinseca ed è trasferibile separatamente da esso”*.

Certamente la trascrivibilità dei contratti con cui vengono ceduti diritti edificatori ha l'effetto di *rendere opponibili al Comune i contratti di cessione di diritti edificatori* e può considerarsi un equipollente del mandato *in rem propriam* elaborato dalla prassi con cui il cedente autorizzava il cessionario a richiedere al Comune il permesso di costruire con la volumetria maggiorata oppure dell'atto unilaterale d'obbligo con cui il cedente si obbligava nei confronti del

potenzialità di trasformazione in termini volumetrici del territorio. *Chance* che è correlata tanto al potere di piano, quanto al procedimento edilizio diretto a concretizzare l'aspettativa edificatoria in diritto ad edificare».

¹⁷ Nella fattispecie esaminata da Cass. 15 ottobre 2019, n. 26016 una società di costruzioni ha impugnato l'avviso di accertamenti ICI notificato dal Comune relativo ad aree non più edificabili, per essere state inserite nel parco regionale dell'Appia Antica con la legge regionale Lazio 31 maggio 2002, n. 14; il piano regolatore generale del Comune di Roma prevede l'istituto della “compensazione urbanistica” ma il procedimento compensatorio non si era concluso e non era stata individuata l'area “di atterraggio”, ossia l'area sulla quale deve essere trasferita l'edificabilità cessata sull'area c.d. “di decollo”. La sentenza ha ritenuto che un eventuale credito edificatorio, non attuale né certo, ancorché derivante dall'area, già edificabile ed ora soggetta a vincolo assoluto di inedificabilità, non può essere considerato esistente, neppure in via potenziale, rispetto all'area di decollo e, quindi, non può essere ritenuto elemento idoneo ad equiparare le aree in questione a quelle fabbricabili al loro interno. Per tutto il tempo in cui il diritto è “in volo” il proprietario dell'area vincolata non ha il possesso di alcuna area fabbricabile sita nel territorio comunale e vanta una mera aspettativa di divenire titolare di altra area fabbricabile, non ancora specificamente individuata e della quale non ha il possesso. Altre pronunce giurisprudenziali hanno assoggettato al pagamento dell'ICI terreni compresi in meccanismi di perequazione urbanistica, sulla base del principio della mera potenzialità edificatoria, in base al quale ciò che rileva è l'edificabilità in astratto del suolo, ovvero la sua potenzialità edificatoria, anche non immediatamente attuabile, purché il suolo sia incluso in un PRG anche semplicemente adottato (Cass. 30 ottobre 2018, n. 27575; Cass. 2 marzo 2018, n. 4952).

¹⁸ In *CNN Notizie* del 2 novembre 2020, con commento di Pischetola, *Non rilevante ai fini ICI il diritto edificatorio compensativo*, il quale osserva che «comune denominatore di tutte le variegate forme in cui può articolarsi la categoria dei diritti edificatori, quali che siano, è costituito dalla ‘scorporabilità’ dal terreno che li ha originati e dalla loro conseguente autonoma cedibilità negoziale. Se, pertanto, tali diritti sono ‘scorporabili’, vuol dire anche che, benché in qualche modo di ‘riferimento’ immobiliare, non sono ‘inerenti’ al fondo e quindi non ne assumono la natura giuridica, potendo anzi pensarsi alla loro ‘cartolarizzazione’ o ‘dematerializzazione’ (con annotazione sui ‘registri dei diritti edificatori’ tenuti dai Comuni, e previsti da talune leggi regionali) ...».

Comune a non edificare sul fondo dal quale era stata prelevata la volumetria edificabile. Ne consegue che il cessionario, curata la trascrizione dell'atto di cessione di cubatura, potrebbe estromettere il cedente dal procedimento amministrativo e richiedere direttamente al Comune il permesso di costruire con volumetria maggiorata¹⁹.

6. La cessione dei crediti di superficie.

Fulcro del sistema di contrasto al consumo di suolo è la *desigillazione delle aree impermeabili ed il loro ripristino a verde o ad uso agricolo*. L'intervento di desigillazione costituirà, sulla base di una convenzione edilizia o di un atto unilaterale d'obbligo nei confronti del Comune, *un presupposto indispensabile per poter "consumare nuovo suolo"*.

Si è definito "credito di superficie" la posizione attiva di chi ha eseguito in intervento di desigillazione di un'area impermeabile che viene riportata a verde o ad uso agricolo, con conseguente facoltà, per il titolare del credito, di consumare una certa quantità di nuovo suolo permeabile. Il credito di superficie origina, dunque, da un *facere*, consistente nell'attività di desigillazione di un'area in accordo con il Comune e dà al suo titolare il diritto nei confronti del Comune di *"consumare nuovo suolo"*. È evidente che *il collegamento con l'area è solo iniziale e consiste nell'individuazione dell'area da desigillare ma il diritto di chi opera la desigillazione è di natura personale in quanto attribuisce al titolare una espressa facoltà, quella di consumare nuovo suolo*, sulla base delle dettagliate prescrizioni che saranno contenute negli strumenti urbanistici comunali. Non è possibile affermare, per il credito di superficie, che si tratta di un diritto di origine immobiliare (seguendo l'interpretazione che è stata data in giurisprudenza al diritto edificatorio), perché, a ben vedere, *il diritto origina esclusivamente dal facere del suo autore e perché l'attività di desigillazione può essere effettuata anche da soggetto diverso dal proprietario del suolo*.

In maniera analoga a quanto già previsto nei regolamenti edilizi di vari Comuni per i c.d. "crediti edilizi", potrà essere istituito dai Comuni *un registro dei crediti di superficie* nel quale potranno essere annotati: l'area desigillata da cui è originato il credito; la superficie di area desigillata; il valore del credito; il titolare del credito; l'estinzione totale o parziale del credito per essere stato utilizzato, il permesso di costruire rilasciato dal Comune con cui è stato consumato il credito; estremi (data, notaio rogante, repertorio) di eventuali atti di cessione del credito. Va chiarito che il registro comunale ha una mera funzione organizzativa interna per il Comune ma non può incidere nei rapporti tra privati che sono regolati esclusivamente dai principi di diritto civile.

Al riguardo, bisogna chiedersi *se sia possibile utilizzare il sistema della trascrizione, e segnatamente l'art. 2643, n. 2-bis), c.c., per pubblicizzare la costituzione e la successiva cessione dei crediti di superficie*. Per consentire l'utilizzo del meccanismo della trascrizione di cui all'art. 2643, n. 2-bis) sarebbe necessario ampliare il concetto di *"diritti edificatori"* fino a ricomprendervi i crediti di superficie, i quali, però, non attribuiscono un diritto di sfruttare maggior volumetria edificatoria ma di *consumare nuovo suolo*. Contro l'applicazione analogica milita il principio di tassatività degli atti soggetti a trascrizione. Com'è noto, il sistema della trascrizione si basa sulla necessaria standardizzazione degli atti trascrivibili nei registri immobiliari, a garanzia della agevole conoscibilità da parte degli utenti degli effetti di una data trascrizione e non consente all'autonomia privata di ampliare il novero degli atti da trascrivere²⁰. D'altra parte, a favore della possibile estensione della trascrizione ai crediti di superficie, si potrebbe osservare che i crediti di

¹⁹ In senso conforme, Gazzoni, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, cit.

²⁰ Morello, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in Gambaro, Morello, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2008, I, 77, nota 28; Gambaro, *La proprietà*, in *Tratt. di dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, 67 ss.

superficie non sono creati dall'autonomia privata ma sono dettagliatamente previsti da leggi regionali e recepiti dagli strumenti di pianificazione territoriale. Inoltre gli effetti della trascrizione degli atti costitutivi, modificativi o traslativi di diritti edificatori sarebbero del tutto analoghi a quelli della trascrizione di diritti edificatori di cui all'art. 2643, n. 2-bis), c.c. (art. 2645 c.c.).

Sul punto, è senz'altro necessaria una modifica normativa che preveda espressamente la possibilità di trascrizione degli atti di cessione dei crediti di superficie, al fine di rendere opponibile il contratto di cessione ai terzi, ed in particolare al Comune, il che agevolerebbe notevolmente la sicurezza nella circolazione dei crediti di superficie, grazie alla possibilità di utilizzare un pubblico registro ed all'intervento notarile, assegnando ai registri comunali la funzione di meri strumenti organizzativi.

È certamente ammissibile la trascrizione, ai sensi dell'art. 2645-*quater*, della *convenzione tra il soggetto attuatore ed il Comune che disciplina l'obbligo di desigillazione, i tempi, e le modalità di realizzazione dell'attività di desigillazione, il credito di superficie generato, le garanzie prestate dal soggetto attuatore*. Com'è noto, l'art. 2645-*quater* consente di trascrivere, in funzione di pubblicità-notizia, contratti, atti unilaterali o convenzioni, richiesti da normative statali, regionali o da strumenti di pianificazione territoriale, che costituiscono vincoli di qualsiasi natura su beni immobili a favore dello Stato, della Regione, di altri enti pubblici territoriali o di enti che svolgono un servizio pubblico. In maniera analoga, è ammissibile la trascrizione *ex art. 2645-*quater** di un *atto d'obbligo edilizio nei confronti del Comune che pubblicizzi l'utilizzo del credito di superficie e la sua conseguente estinzione*.

La cessione dal titolare ad altro soggetto del credito di superficie deve ritenersi senz'altro ammissibile trattandosi di un diritto di credito, in senso lato, che può essere ricompreso nell'ampio perimetro normativo dell'art. 1174 c.c. secondo il quale *"la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore"*. Il creditore acquisisce, per effetto della desigillazione, conseguente ad un accordo con il Comune, la facoltà di consumare nuovo suolo, certamente suscettibile di valutazione economica. Trattandosi di una facoltà che può essere esercitata all'esito di un procedimento amministrativo, all'interno del quale la pubblica amministrazione valuta la sussistenza di diversi presupposti, appare corretto inquadrare la suddetta facoltà nella categoria dell'*interesse legittimo*. È oramai pacifico il *valore sostanziale, e non solamente procedurale, dell'interesse legittimo*, inteso come *interesse alla integrità della propria pretesa giuridica ed economica*²¹. In passato l'interesse legittimo era considerato semplicemente strumento di partecipazione del privato all'esercizio corretto di un pubblico potere. Tale impostazione è stata superata con il riconoscimento giurisprudenziale degli interessi legittimi come *posizioni soggettive dotate di tutela risarcitoria*²². Si ritiene che, sul piano concettuale, l'interesse legittimo non possa distinguersi dal diritto soggettivo: una volta ammesso che, nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione, la lesione provocata alla sfera giuridica del privato dall'esercizio *non jure* della pubblica amministrazione può essere integralmente riparata non solo con la cessazione degli effetti dell'atto lesivo ma anche con il ristoro dei danni provocati dall'avvenuta lesione, ove questa sia in contrasto con un interesse legittimo, diviene

²¹ Ha sostenuto chiaramente Cons. Stato 19 gennaio 1995, n. 40 che fermo restando la sostanziale diversità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, la loro funzione appare analogamente tesa ad assicurare al loro titolare la tutela della sua sfera giuridica con riferimento ad uno specifico bene della vita. La differenza consiste nel fatto che il titolare di un diritto soggettivo può (e segnatamente nel caso di diritti assoluti) conseguire direttamente, e cioè senza intermediazioni, il bene in questione, mentre il titolare di una posizione di interesse legittimo, per ottenere il bene della vita a cui aspira, deve passare attraverso l'esercizio corretto di pubblici poteri da parte dell'amministrazione; in dottrina per l'evoluzione della concezione dell'interesse legittimo cfr. Negri, *Diritto amministrativo, Giurisprudenza e casi pratici*, a cura di Di Benedetto, Maggioli Editore, 1999, 127 ss.

²² Cass., sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2261.

irrilevante la distinzione con il diritto soggettivo, poiché l'elemento costitutivo è pur sempre quello di una lesione *contra jus*²³.

Dispone l'art. 1470 c.c. che "la vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o *il trasferimento di un altro diritto* verso il corrispettivo di un prezzo". La piena ammissibilità della cessione tra privati di un interesse legittimo pretensivo²⁴ o della c.d. *chance* edificatoria è risultato ormai acquisito sia in dottrina sia in giurisprudenza²⁵. Afferma autorevole dottrina che «è nozione di teoria generale che la circolazione giuridica non ha ad oggetto beni ma situazioni giuridiche soggettive riguardanti beni. Pertanto anche l'interesse pretensivo, al pari di un diritto di credito semplicemente sperato (come nel caso di contributi promessi dal Comune a un'associazione sportiva) o di un'aspettativa di diritto, non solo può essere oggetto di negoziazione, ma può liberamente circolare, come una situazione giuridica compiuta in sé»²⁶.

Per l'opponibilità dell'avvenuta cessione del diritto nei confronti del Comune, ove non sia utilizzabile il sistema della trascrizione nei registri immobiliari, si applicheranno le regole generali stabilite dal codice civile in materia di cessione del credito (articoli 1260-1267 c.c.), nei limi della compatibilità con la fattispecie in esame che presenta caratteristiche del tutto peculiari. Per la cessione del credito non è necessario il preventivo consenso del Comune, non avendo il credito carattere strettamente personale (art. 1260)²⁷; il cedente deve consegnare al cessionario i documenti probatori del credito che sono in suo possesso, con particolare riferimento all'atto d'obbligo nei confronti del Comune ed al provvedimento amministrativo, analogo ad un collaudo, che accerta l'avvenuta esecuzione delle opere di desigillazione e stabilisce l'entità del credito; se il credito è annotato in un registro pubblico comunale, il cedente deve consegnare anche un estratto dell'annotazione nel suddetto registro (art. 1262). La cessione ha effetto nei confronti del Comune quando gli è stata notificata (art. 1264, comma 1); se il medesimo credito ha formato oggetto di più cessioni a persone diverse, prevale la cessione notificata per prima al Comune (art. 1265, comma 1). Quando la cessione è a titolo oneroso, il cedente è tenuto a garantire l'esistenza del credito al tempo della cessione (art. 1266). Il regolamento comunale può stabilire ulteriori condizioni per la cedibilità del credito come, ad esempio, prescrivere la forma dell'atto notarile nel quale inserire l'obbligo del cessionario di trasmettere al Comune, a mezzo del notaio incaricato, copia dell'atto di cessione del credito oppure prescrivere l'onere della preventiva iscrizione nel registro comunale quale condizione per potere cedere il credito di superficie.

Trattandosi di un diritto di natura patrimoniale, suscettibile di valutazione economica, il credito di superficie potrebbe essere oggetto di pignoramento e di espropriazione da parte di un creditore del titolare, nelle forme della espropriazione dei diritti di credito²⁸. Il creditore notificherà al Comune l'atto di pignoramento del credito di superficie e il Comune annoterà nell'apposito registro l'avvenuto pignoramento del credito.

²³ Falzea, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 679.

²⁴ L'interesse legittimo pretensivo si pone in relazione alla potestà dell'amministrazione di erogare una prestazione o un servizio: il cittadino pretende dalla P.A. lo svolgimento di una attività che gli consenta di soddisfare un proprio interesse concreto. È la categoria più prossima al diritto soggettivo: entrambi, attraverso la pretesa all'altrui attività, mirano ad ottenere una utilità sostanziale ed è un criterio puramente normativo o giurisprudenziale a distinguerli (Negri, in *Diritto amministrativo*, cit., 146).

²⁵ Cirillo, *La premialità edilizia, la compensazione urbanistica e il trasferimento dei diritti edificatori*, cit.; Gazzoni, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, cit.; Cass. 15 ottobre 2019, n. 26016, cit.

²⁶ Cirillo, *La premialità edilizia, la compensazione urbanistica e il trasferimento dei diritti edificatori*, cit.

²⁷ Rizzi, *I diritti edificatori. Riconoscimento e circolazione*, cit. esclude che sia necessaria la partecipazione del Comune per dare il proprio consenso alla cessione del diritto edificatorio.

²⁸ La pignorabilità dei crediti è espressamente prevista dall'art. 2917 c.c. che stabilisce l'inefficacia nei confronti del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione dell'estinzione del credito in epoca successiva al pignoramento.

7. Il divieto di consumo di nuovo suolo ed i limiti legali alla proprietà.

Rimane da valutare la compatibilità dei nuovi limiti all'esercizio dello *ius aedificandi*, derivanti dall'obbligo di acquisire preventivamente un credito di superficie, con i principi di rango costituzionale di tutela della proprietà edilizia. È evidente che il divieto di consumare nuovo suolo senza avere preventivamente acquisito un credito di superficie, derivante dalla desigillazione di un'area cementificata che viene riportata a verde, comporta un limite alla proprietà fondiaria e, più precisamente, un limite alla facoltà del proprietario di edificare sul terreno.

Il tema dei limiti alla proprietà fondiaria è stato oggetto di ampio dibattito. Un autorevole studioso a metà del secolo scorso avvertiva che «non v'è diritto (soggettivo) che possa concentrarsi unicamente nell'interesse privato, poiché il diritto (obiettivo) obbedisce fondamentalmente a finalità di interesse pubblico»²⁹.

La questione centrale riguarda le facoltà che compongono il diritto di proprietà: il diritto di edificare appartiene al proprietario del suolo oppure gli è "concesso" dallo Stato? Su questo problema ha preso posizione, in maniera netta, la legge n. 10/1977 (c.d. legge Bucalossi) che sostituì la *licenza edilizia* con la *concessione ad edificare*, subordinò il rilascio della concessione ad edificare al pagamento di determinati contributi, i c.d. *oneri di urbanizzazione* con i quali il privato contribuisce alle spese che il Comune deve sostenere per le opere di urbanizzazione. La legge Bucalossi partiva dal presupposto che il diritto di proprietà si caratterizza per tutta una serie di singole facoltà (godere, amministrare, cedere, coltivare, lasciare improduttivo il bene), salvo una (lo *ius aedificandi*, cioè il diritto di costruire sul proprio suolo) che appartiene allo Stato ed è attribuito al privato tramite la concessione *ad aedificandum*, cioè la "concessione" del diritto di costruire. La Corte costituzionale³⁰ con sentenza 30 gennaio 1980, n. 5 ha chiarito che nel diritto di proprietà del terreno è insito anche il diritto di costruire, che può essere assoggettato a limitazioni, ma che non può essere disconosciuto in capo al privato. La giurisprudenza ha sostanzialmente riconosciuto che parlare di concessione ad edificare anziché di licenza edilizia non cambiava la natura giuridica dell'istituto, trattandosi pur sempre di un provvedimento autorizzatorio (e non concessorio) di competenza del Comune³¹.

In dottrina è stata evidenziata la particolare caratteristica dello *jus aedificandi* al quale deve ritagliarsi una propria autonomia giuridica rispetto alle situazioni proprietarie tradizionali³². È stato chiaramente affermato che «tale potere [di edificare sul suolo], in verità, oggi, alla luce della più avanzata legislazione urbanistica del nostro paese (legge n. 10 cit.) non è possibile attribuire aprioristicamente a chicchessia: esso tende sempre più a trovare legittimazione nel nostro sistema nella composizione di un delicato equilibrio tra pubblico e privato, che tendenzialmente mira a garantire l'uso ottimale del territorio, valorizzando al contempo l'iniziativa economica privata. In tale quadro di riferimento risulta del tutto improponibile una visuale che assegna la decisione di provvedere in concreto all'attività edificatoria al libero arbitrio, vuoi del comune vuoi del privato»³³. Il Consiglio di Stato con parere A.G. 29 marzo 2001, n. 52 ha ritenuto che fosse da abbandonare la dizione "concessione edilizia", introdotta con la legge n. 10/1977, in quanto essa

²⁹ Pugliatti, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954 (rist. 1964), 3.

³⁰ La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 865/1971 (artt. 16 e 20, modificati dagli artt. 14 e 19 della legge n. 10/1977) le quali escludevano che in sede di espropriazione si tenesse conto della suscettibilità edificatoria dei suoli, ai fini della determinazione della misura dell'indennità.

³¹ Casu citato in Santarcangelo, *Formalità urbanistiche negli atti tra vivi*, Utet, 2019, 401.

³² Per una ampia trattazione del rapporto tra proprietà e *ius aedificandi*, cfr. Leo, *Il trasferimento di cubatura*, in *Studi e materiali del Consiglio nazionale del notariato*, vi, 1998-2000, 677 ss.; sul tema cfr. anche Centofanti, *Diritto a costruire. Pianificazione urbanistica. Espropriazione*, I, Giuffrè, Milano, 2005, 33 ss.

³³ Di Majo, Francario, voce "Proprietà edilizia", in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, 355

non corrispondeva più alle intenzioni di chi la introdusse nel nostro ordinamento, e di usare, invece, la dizione “permesso di costruire” che lascia intendere che lo *jus aedificandi* non discende dall’autorità che lo concede ma nel contempo afferma che quel diritto è soggetto all’interesse generale, per la salvaguardia di superiori valori ad un regime di governo e controllo amministrativo³⁴. Il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, approvato con d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, all’art. 46, ha definito il titolo edilizio “permesso di costruire” in luogo di “concessione edilizia”.

È un dato acquisito che «la proprietà edilizia è conformata dalla disciplina urbanistica vigente»³⁵, nel senso che la disciplina urbanistica concerne ogni rilevante trasformazione del territorio e non solo la costruzione di edifici e che la proprietà edilizia è l’esempio più evidente di proprietà conformata, evidenza che nasce essenzialmente dal fatto che la conformazione è affidata ad uno strumento specifico, il piano urbanistico³⁶.

La Corte costituzionale con la sentenza 16 luglio 2019, n. 179 si è occupata del vaglio di legittimità della legge regionale Lombardia 28 novembre 2014, n. 31, che ha introdotto nel governo del territorio nuove disposizioni mirate a limitare il consumo di suolo e a favorire la rigenerazione delle aree già urbanizzate, ed ha affermato che la stessa «persegue innovative finalità generali, consistenti nell’orientare gli interventi edilizi prioritariamente verso aree già urbanizzate, degradate o dismesse e nel prevedere consumo di suolo esclusivamente se la riqualificazione e la rigenerazione di aree già edificate si dimostri tecnicamente ed economicamente insostenibile. Essa quindi, da un lato, riguarda le più recenti concezioni di territorio, considerato non più solo come uno spazio topografico suscettibile di occupazione edificatoria ma rivalutato come una risorsa complessa che incarna molteplici vocazioni (ambientali, culturali, produttive, storiche) e, dall’altro, è avvertita sul fatto che il consumo di suolo rappresenta una delle variabili più gravi del problema della pressione antropica sulle risorse naturali». Sul rapporto tra legge regionale e pianificazione comunale, la Corte cost. ha evidenziato che, in base all’art. 118, comma 2, Cost., la funzione di pianificazione spetta ai Comuni, quale ente più vicino al cittadino, in cui storicamente essa si è radicata come funzione propria; ciò non toglie che la legge regionale possa intervenire a disciplinare la funzione di pianificazione fino a conformarla in nome della verifica e della protezione di concorrenti interessi generali collegati a una valutazione più ampia delle esigenze diffuse sul territorio.

8. Considerazioni conclusive.

Il presente studio ha proposto una possibile ricostruzione della natura giuridica e della circolazione dei crediti di superficie sulla base di un’applicazione analogica della disciplina dei crediti edilizi o diritti edificatori. I crediti di superficie acquisiranno, in un futuro non lontano, un ruolo importante nella pianificazione urbanistica e sono destinati a circolare in maniera rilevante, stante la necessità, per chi intende “consumare nuovo suolo”, di acquisire un credito di superficie dal Comune o da altro soggetto che ne sia titolare per avere in precedenza eseguito, in proprio, un’attività di desigillazione approvata dal Comune.

Già sulla base della disciplina vigente si ritiene possibile pubblicizzare la genesi e l’estinzione dei crediti di superficie facendo ricorso alla trascrizione *ex art. 2645-quater*: i) della convenzione tra il soggetto attuatore ed il Comune che disciplina l’obbligo di desigillazione, i

³⁴ Centofanti, *Diritto a costruire. Pianificazione urbanistica. Espropriazione*, cit, 38.

³⁵ Gambaro, *Trattato dei diritti reali*, a cura di Gambaro e Morello, I, Milano, 2008, 316.

³⁶ Gambaro, *Trattato*, cit., 318; cfr. anche Cirillo, *La premialità edilizia, la compensazione urbanistica e il trasferimento dei diritti edificatori*, cit.

tempi, e le modalità di realizzazione dell'attività di desigillazione, il credito di superficie generato, le garanzie prestate dal soggetto attuatore; ii) di un atto d'obbligo edilizio nei confronti del Comune che pubblicizzi l'utilizzo del credito di superficie e la sua conseguente estinzione.

È evidente che il contratto di cessione dei crediti di superficie necessita di strumenti affidabili per la sua formazione e per la sua pubblicità, ed in particolare dell'intervento notarile e della trascrizione nei pubblici registri immobiliari. Il credito di superficie rappresenta, infatti, un bene immateriale di rilevante valore che si inserisce come presupposto fondamentale per il rilascio di un permesso di costruire che preveda il consumo di nuovo suolo. L'utilizzo della pubblicità dei registri immobiliari è in astratto ammissibile poiché non è limitata ai diritti reali immobiliari ma è prevista anche per atti aventi ad oggetti diritti di natura obbligatoria: si pensi alla trascrizione del contratto di locazione ultranovennale (art. 2643, n. 8); alla trascrizione del contratto preliminare di compravendita (art. 2645-*bis*); alla trascrizione degli atti di destinazione patrimoniale di un bene immobile ad uno scopo meritevole di tutela (art. 2645-*ter*), alla trascrizione della cessione di un diritto edificatorio compensativo (art. 2643, n. 2-*bis*), sulla cui natura la recente Cass., sezioni unite, 29 ottobre 2020, n. 23902 ha ribadito che non ha natura reale, non inerisce al terreno, non costituisce una sua qualità intrinseca ed è trasferibile separatamente da esso. Si auspica l'approvazione di una legge nazionale che disciplini in maniera unitaria, per l'intero territorio nazionale, la circolazione e la pubblicità dei crediti di superficie.