

DIRITTO DI SUPERFICIE ED EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA

di MARIA NIVES IANNACCONE

(DAL TRATTATO SUI DIRITTI REALI DIRETTO DA FILIPPO PREITE)

A CURA DI FILIPPO PREITE E MARCELLO DI FABIO UTET)

- 1) Il diritto di superficie nell'edilizia economica popolare
- 2) Il diritto di superficie nella legge Tognoli
- 3) Convenzioni: contenuto e divieti
- 4) Caratteristiche del diritto di superficie nei piani particolareggiati
- 5) Giudice competente
- 6) Trasformazione del diritto di superficie
- 7) Applicabilità del Codice dei Beni Culturali alla edilizia residenziale pubblica realizzata in diritto di superficie
- 8) Demanio e diritto di superficie.

1) Il diritto di superficie nell'edilizia economica popolare

Per comprendere come il diritto di superficie sia stato utilizzato nell'ambito dell'edilizia residenziale pubblica, occorre fare qualche cenno di diritto urbanistico che interessa la materia e seguirne lo sviluppo legislativo. La legge 17 agosto 1942 n.1150 (legge Urbanistica) prevedeva il Piano Regolatore Generale quale strumento di pianificazione urbanistica, con lo scopo di regolamentare l'assetto di tutto il territorio. A differenza di quanto accadeva prima dell'entrata in vigore della legge Urbanistica del '42, i P.R.G. non avevano un termine di scadenza e per la loro attuazione era necessario l'uso di strumenti, detti "piani attuativi"¹, emanati dal Comune.

Ai fini del presente studio occorre quindi tener presente i Piani Particolareggiati (P.P.), in particolare i Piani per l'Edilizia Economica Popolare (P.E.E.P.) e Piani Esecutivi Convenzionati o Piani per Insediamenti Produttivi (P.I.P.), ricordando soltanto, non essendo questo il contesto per

¹ Sono stati introdotti diversi tipi di piano attuativo per la realizzazione dei criteri generali disposti con il PRG. La legge 1150/42 (legge urbanistica) ha introdotto infatti: Piani di Lottizzazione Convenzionata, i Piani di Recupero (che possono anche partire su iniziativa privata), i Piani Particolareggiati, i Piani per l'Edilizia Economica Popolare, i Piani Esecutivi Convenzionati o i Piani per Insediamenti Produttivi. Questi ultimi tipi di piano attuativo sono di esclusivo appannaggio pubblico.

parlarne più diffusamente, che si tratta di strumenti urbanistici che potrebbero essere rivisti con l'adozione, da parte dei Comuni, del Piano di Governo del Territorio, che andrà a sostituire il Piano Regolatore Generale, ad oggi tuttavia non ancora definitivamente approvato in tutti i comuni italiani.

Negli anni sessanta del secolo scorso l'Italia, in piena crescita economica, si trovava nella necessità di rispondere all'esigenza di abitazioni dei ceti meno abbienti. Si rendeva necessario risolvere il problema dei suoli urbani e edificabili, frenare la speculazione edilizia garantendo al contempo la proprietà privata delle abitazioni compatibilmente con le ragioni della collettività, nonché assicurare l'urbanizzazione di determinate zone con relativi opere e servizi. A tal fine la legge 18 aprile 1962 n.167 stabilì che i comuni italiani con più di 50.000 abitanti, o capoluoghi di provincia, dovessero dotarsi di un piano decennale per la realizzazione di case economiche o popolari; ciascun Comune doveva individuare le aree ritenute idonee per tali iniziative e, se opportuno, poteva espropriarle. La relativa procedura venne regolamentata nella legge 22 ottobre 1971 n. 865. Le aree comprese nei piani approvati a norma della legge 167/1962, espropriate dal Comune o da consorzi di Comuni appositamente creati, divenivano patrimonio indisponibile del Comune o del Consorzio, i quali concedevano il diritto di superficie sulle stesse per la costruzione di case di tipo economico o popolare e dei relativi servizi urbani e sociali. Con il meccanismo della concessione delle aree in diritto di superficie si era inteso senz'altro rafforzare il controllo pubblico sull'espansione edilizia e rispondere all'esigenza di coinvolgere l'iniziativa degli operatori privati nella fase attuativa dei piani.

Il soggetto interessato alla costruzione, ente pubblico istituzionalmente operante nel settore dell'edilizia economica e popolare, cooperative edilizie, imprese edilizie, faceva istanza al Sindaco o al Presidente del Consorzio per ottenere la concessione. Il Comune (o il Consorzio) con la medesima delibera del Consiglio Comunale con cui identificava il soggetto operatore cui concedere il diritto, determinava anche il contenuto della "convenzione" (da qui la definizione di "edilizia convenzionata") che doveva stipularsi per atto pubblico tra il concedente e l'impresa richiedente.

L'art. 35 della legge 865/1971 indicava l'intero contenuto della convenzione. Il concessionario doveva corrispondere al Comune o al Consorzio un importo pari al costo di acquisizione delle aree nonché al costo delle relative opere di urbanizzazione, se già realizzate, per le quali potevano essere stabilite anche ulteriori facilitazioni economiche. Pertanto l'esborso iniziale dell'operatore era molto inferiore a quello che avrebbe sostenuto acquistando aree edificabili sul libero mercato, e a fronte di tale agevolazione la legge stabiliva che già nella convenzione dovessero essere previsti i criteri per la

determinazione del prezzo di cessione degli alloggi, prezzo anche questo molto contenuto.

La durata del diritto di superficie doveva essere compresa tra i 60 e i 99 anni per l'edilizia residenziale, con possibilità di rinnovo; era invece prevista a tempo indeterminato nel caso in cui concessionari fossero enti pubblici, relativamente alla realizzazione di impianti e servizi.

Una procedura molto simile veniva inoltre dettata per gli insediamenti produttivi.

Per completezza si ricorda che le aree potevano essere cedute anche in proprietà; in tal caso la medesima norma (commi 15 e ss. art. 35 legge 865/1971) prevedeva dei rigidi vincoli per la circolazione degli alloggi costruiti in piena proprietà, limiti poi aboliti dalla legge 179/1992 conosciuta anche come legge "Botta-Ferrarini". Inoltre la realizzazione di impianti e servizi pubblici al servizio dell'edilizia convenzionata poteva essere fatta solo in diritto di superficie.

Da questo impianto iniziale deriva gran parte dell'edilizia residenziale economica popolare degli ultimi trenta anni del secolo scorso e le norme qui ricordate ancora regolano gli alloggi costruiti secondo la stessa normativa. Va anche sottolineato che le particolari caratteristiche del diritto di superficie nell'edilizia residenziale convenzionata oggetto del presente intervento, sono tutte contenute nell'art.35 della legge 865/1971² e nelle successive modifiche.

2) Il diritto di superficie nella legge Tognoli

La legge 24 marzo 1989 n. 122, cosiddetta "legge Tognoli", perseguiva lo scopo di agevolare l'edificazione di posti auto nelle aree urbane, introducendo deroghe al regime autorizzativo urbanistico vigente. L'interesse pubblicistico perseguito dalla legge Tognoli era quello di favorire il decongestionamento dei centri urbani, migliorarne la circolazione e snellire il carico dei parcheggi su pubblica via³.

Tale legge prevedeva che le Regioni individuassero i Comuni tenuti alla realizzazione del Programma Urbano dei Parcheggi, che, una volta approvato, costituiva variante degli strumenti urbanistici vigenti nei singoli Comuni, ove in contrasto con le disposizioni ivi contenute; la legge equiparava il programma ad una "dichiarazione di pubblica utilità, urgenza e indifferibilità delle opere da realizzare".

² La legge Tognoli n.122/1989 regola infatti unicamente la realizzazione di parcheggi e verrà analizzata nei paragrafi successivi per il vicolo di pertinenza con le unità immobiliari ad uso abitativo.

³ Francesco Gerbo, I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui, Milano 2001.

Accanto ai progetti di competenza comunale, l'art. 9 della legge Tognoli⁴ regolamentava la creazione dei parcheggi su iniziativa privata concedendo una serie di facilitazioni. In particolare: la costruzione poteva essere in deroga agli strumenti urbanistici esistenti, purché nel rispetto dei vincoli dell'ambiente e paesaggistici; l'autorizzazione all'intervento edilizio era gratuita, non necessitava di concessione edilizia ma l'inizio dei lavori veniva comunicato con deposito della Dichiarazione di Inizio Attività (con la previsione del silenzio-assenso per le opere conformi agli strumenti urbanistici non contestate); le aliquote IVA relative all'intera operazione erano agevolate.

Il primo comma dell'art. 9, prevedeva la costruzione di parcheggi da realizzare nel sottosuolo degli immobili, da destinare a pertinenza delle singole unità immobiliari che ne facevano parte, oppure da realizzare nel sottosuolo di aree pertinenziali esterne al fabbricato da destinare ad uso esclusivo dei residenti. Per potersi avvalere di questa procedura amministrativa semplificata era necessario che le opere non fossero in contrasto con i piani urbani del traffico, tenuto conto dell'uso della superficie sovrastante e compatibilmente con la tutela dei corpi idrici. In caso di parcheggi da realizzare in aree condominiali, erano previsti quorum ridotti per le delibere condominiali che dovessero approvare l'intervento.

Il quarto comma del medesimo articolo 9 stabiliva⁵ che i Comuni potessero prevedere che, previa determinazione del criterio di cessione del diritto di superficie e su richiesta dei privati interessati, venissero realizzati dei parcheggi, da destinare a pertinenza di immobili privati, su aree comunali o nel sottosuolo delle stesse. La costituzione del diritto di superficie⁶ era subordinata alla stipula di una convenzione, nella quale dovevano essere previste la durata della concessione del diritto di superficie per un periodo non superiore a novant'anni, il dimensionamento, i tempi e le modalità di esecuzione dell'opera.

Entrambe le fattispecie rendevano necessaria la creazione di un vincolo di pertinenzialità dei posti auto⁷, che doveva essere espressamente reso in atto notarile per poter essere trascritto. Si ricorda che, per costante giurisprudenza, il vincolo di pertinenza viene validamente costituito in presenza di due condizioni: il requisito soggettivo dell'appartenenza in proprietà del bene principale e del bene accessorio ad un'unica persona; il

⁴ Ci si riferisce alla versione originale della legge, non ancora modificata dalle norme successive.

⁵ Il quarto comma dell'art. 9 della Legge Tognoli è stato modificato dal recente D.Lg. 5/2012 infra citato.

⁶ Michele Pallottino approfondisce la discussione in merito alla tassatività dell'utilizzo del diritto di superficie nella legge Tognoli: I parcheggi pertinenziali su aree pubbliche, in Vita Notarile, 1997 pg. 1293 e ss.

⁷ Il rapporto pertinenziale va qualificato come rapporto reale, ovvero che può essere opposto nei confronti di chiunque

requisito oggettivo della contiguità tra i due beni in modo che la pertinenza arrechi realmente un'utilità e quindi un miglioramento al bene principale.

Il vincolo *ex lege* Tognoli ha carattere pubblicistico e natura reale⁸ in quanto opponibile *erga omnes*⁹. Il carattere pubblicistico si evidenzia dallo scopo generico della legge, ovvero quello di togliere o comunque diminuire la sosta delle automobili sulle strade. L'ordinamento tutela questo interesse come un interesse generale, e quindi non ammette che sia aggirato da un accordo tra privati.

L'atto di cessione del parcheggio separato dall'unità abitativa, in spregio del vincolo di pertinenzialità come sopra costituito, ai sensi del primo e del quarto comma dell'art. 9, veniva sanzionato con la nullità dell'atto stesso (comma 5 dell'art. 9).

Ai fini dell'esame del diritto di superficie, rileva in questa sede specificamente l'analisi del quarto comma del citato articolo 9, già sopra enunciato. Questi parcheggi sono definiti Parcheggi da Piano Urbano (i cosiddetti parcheggi P.U.P.)¹⁰.

Il procedimento avviene quindi per fasi:

- una fase preliminare, che è creazione, da parte del Comune, del Programma Urbano dei Parcheggi;
- determinazione, da parte dello stesso Comune, dei criteri di cessione del diritto di superficie;
- la richiesta da parte di privati interessati o imprese di costruzione o società anche cooperative di creare i parcheggi;
- la stipula di una Convenzione tra il Comune e il soggetto richiedente;
- la creazione di un vincolo di pertinenzialità del parcheggio con la porzione immobiliare alla quale è legato che, come già detto, deve essere trascritto.

⁸ Sulla natura pubblicistica del vincolo, si veda A. Luminoso, Posti macchina e parcheggi tra disciplina pubblicistica e codice civile, in *Contratto e Impresa* 1990 pg. 68. La Natura pubblicistica e reale del vincolo di pertinenzialità che lega i parcheggi alle unità immobiliari è stata evidenziata anche dalla Cassazione, con la sentenza del 20 aprile 1995, n. 4465. La pronuncia ha ad oggetto i parcheggi realizzati negli stabili la cui costruzione è iniziata successivamente al primo settembre 1967. Tali parcheggi erano soggetti al vincolo che poi è stato soppresso dall'art. 12 comma 9 della legge 246/2005. "In virtù della natura pubblicistica del vincolo di destinazione che l'art. 18 della l. 6 agosto 1967 n. 765 ha imposto sulle aree di parcheggio pertinenti ai fabbricati ed alle esigenze di carattere generale che stanno alla base all'imposizione del detto vincolo, nelle ristrutturazioni di edifici preesistenti alla sua entrata in vigore che comportino la realizzazione di fabbricati dotati di spazi di parcheggio, questi, entro i limiti quantitativi stabiliti dalla legge, restano assoggettati alla disciplina di cui alla citata disposizione normativa e, quindi, al diritto d'uso dei proprietari dei fabbricati stessi e delle relative porzioni".

⁹ Arcidiacono, Le aree a parcheggi e i vincoli pubblicistici all'autonomia privata, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999, pg. 1934. Cassazione 3 aprile 1998 n. 3422; nonché Cassazione 12 giugno 1998 n. 5870 e 30 luglio 1998 n. 7498 ricorrono alla definizione di diritto reale d'uso.

¹⁰ Federico Magliulo, La disciplina dei parcheggi a trent'anni dalla legge ponte, in *Notariato*, p.570, 1996.

I parcheggi in esame possono occupare sia la parte fuori terra del suolo del Comune, sia il sottosuolo¹¹, purché sia presente il vincolo reale di pertinenza tra gli immobili.

Le caratteristiche del diritto di superficie così costituito sono molto simili a quelle già esaminate per la costruzione dell'edilizia economica e popolare ai sensi della legge 865 del 1971; in particolare, anche in questo caso, la superficie si concede con una convenzione e ha un termine di durata stabilito dalla norma, senza tuttavia che venga qui espressamente prevista la possibilità di rinnovo di detto termine; anche in questo caso lo *ius soli* rimane di proprietà del Comune concedente, che alla scadenza della durata del diritto di superficie diviene pieno proprietario dei parcheggi.

Il quinto comma dell'art. 9 è stato di recente modificato dall'art. 10 del decreto legge 9 febbraio 2012 n. 5 convertito in legge 4 aprile 2012 n.35¹². Adesso, quindi, il vincolo gravante sui parcheggi realizzati ai sensi del primo comma dell'art. 9 di questa legge è solo quello della destinazione a parcheggio, mentre essi sono alienabili autonomamente dall'immobile di cui erano pertinenza iniziale anche in deroga a quanto stabilito in convenzione, purché, contestualmente all'atto di cessione, sia creato un nuovo vincolo di pertinenza con un altro immobile nel territorio del medesimo Comune.

Nella stesura precedente la conversione, il D.Lg. 5/2012 non modificava il regime vincolistico gravante sui parcheggi edificati in diritto di superficie sul suolo o nel sottosuolo comunale. Per questi parcheggi quindi rimaneva in vigore la sanzione della nullità per gli atti che ne trasferivano la proprietà superficiaria senza la contestuale cessione dell'immobile cui erano pertinenziali. La legge di conversione 35/2012 ha mantenuto distinti i parcheggi P.U.P. (realizzati a sensi quarto comma dell'art 9) da quelli privati (realizzati a sensi primo comma dell'art 9) ed ha confermato la sanzione di nullità già prevista per i primi, però ha ammesso la possibilità che anche

¹¹ La giurisprudenza non è costante nell'ammettere o rifiutare che le agevolazioni Tognoli siano applicabili anche a parcheggi solo parzialmente sotto il suolo comunale: mentre in passato è stata ammessa l'applicazione del quarto comma dell'art. 9 lg. 122/89 anche a parcheggi solo parzialmente interrati, di recente tale applicazione è stata negata con la motivazione che il parcheggio era erigendo, il vincolo di pertinenzialità era ancora da creare e quindi era soggetto a una verifica (si veda la sentenza n. 280 del Tribunale Amministrativo Regione ABRUZZO del 19 aprile 2011, che richiama la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato per la quale le autorimesse, anche solo parzialmente fuori terra, sono soggette alla disciplina urbanistica (Consiglio di Stato 27 novembre 2010, n. 8260 e 11 ottobre 2006, n. 6065).

¹² Il cui testo è il seguente: "5. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 41-sexies, della legge 17 agosto 1942, n.1150, e successive modificazioni, e l'immodificabilità dell'esclusiva destinazione a parcheggio, la proprietà dei parcheggi realizzati a norma del comma 1, può essere trasferita, anche in deroga a quanto previsto nel titolo edilizio che ha legittimato la costruzione e nei successivi atti convenzionali, solo con contestuale destinazione del parcheggio trasferito a pertinenza di altra unità immobiliare sita nello stesso comune. I parcheggi realizzati ai sensi del comma 4 non possono essere ceduti separatamente dall'unità immobiliare alla quale sono legati da vincolo pertinenziale e i relativi atti di cessione sono nulli, ad eccezione di espressa previsione contenuta nella convenzione stipulata con il comune, ovvero quando quest'ultimo abbia autorizzato l'atto di cessione.

questi parcheggi possano essere ceduti separatamente, qualora espressamente previsto nella convenzione oppure qualora autorizzato dal Comune. La legge, nel prevedere tali eccezioni, non esige che venga mantenuto il vincolo di pertinenzialità richiesto per i parcheggi privati; sarà il Comune, in sede di convenzione o di successiva autorizzazione, a stabilire se il parcheggio per il quale è possibile la vendita separata dovrà o meno continuare ad essere pertinenza di una unità abitativa. Se quindi il proprietario superficario volesse vendere e avesse ottenuto il necessario consenso o questo fosse già contenuto nella convenzione senza previsione di ulteriori vincoli, l'unico obbligo gravante sul proprietario superficario è l'immodificabilità della destinazione.

3) Convenzioni: contenuto e divieti

Dall'esposizione dei precedenti paragrafi risulta chiaro come il diritto di superficie che interessa questo intervento, viene sempre concesso dal Comune (o dal consorzio di Comuni) con una convenzione. Diviene quindi particolarmente interessante approfondire questo atto ed il suo contenuto anche al fine di meglio comprendere le successive possibilità di trasformazione previste dalla più recente normativa.

Abbiamo già avuto modo di vedere che la convenzione ex lege 865/1971 deve essere stipulata per atto pubblico, mentre in tema di parcheggi la legge 122/1989 non dà alcuna indicazione sulla forma della convenzione. Per questo ultimo caso dovrebbe essere sufficiente un atto idoneo alla trascrizione, anche una scrittura privata autenticata dal notaio.

L'art. 35 della legge 865/1971 regola analiticamente il testo della convenzione che deve contenere:

- a) il corrispettivo della concessione, tale da assicurare la copertura delle spese sostenute per l'acquisizione dell'area, e le modalità del relativo versamento;
- b) il corrispettivo delle opere di urbanizzazione da realizzare a cura del Comune, ovvero se tali opere dovevano essere realizzate dal concessionario, le relative garanzie finanziarie, gli elementi progettuali delle opere da eseguire, le modalità di controllo sulla loro esecuzione, e le modalità per il loro trasferimento al comune o al consorzio;
- c) le caratteristiche costruttive e tipologiche degli edifici da realizzare;
- d) i termini di inizio e ultimazione degli edifici e delle opere di urbanizzazione;
- e) i criteri per la determinazione e la revisione periodica dei canoni di locazione nonché per la determinazione del prezzo di cessione degli alloggi, ove consentita; di norma l'operatore si obbligava a praticare i prezzi di

cessione e i canoni di locazione come concordati sulla base dei parametri in convenzione;

f) le sanzioni a carico del concessionario per l'inosservanza degli obblighi stabiliti nella convenzione ed i casi di maggiore gravità in cui tale inosservanza comporta la decadenza dalla concessione e la conseguente estinzione del diritto di superficie¹³;

g) i criteri per la determinazione del corrispettivo in caso di rinnovo della concessione la cui durata non può essere superiore a quella prevista nell'atto originario;

h) la durata del diritto di superficie non inferiore ad anni 60 e non superiore ad anni 99.

Spesso, al fine di evitare speculazioni, si riportavano nelle convenzioni concedenti il diritto di superficie i vincoli stabiliti dalla legge per quelle che concedevano le aree in piena proprietà e veniva anche previsto che:

- l'alloggio non potesse essere ceduto per un determinato periodo dalla data del primo acquisto;

- i primi acquirenti (o locatari) dovessero avere determinati requisiti soggettivi reddituali, di possidenza e di residenza;

- che anche le successive rivendite potessero essere fatte solo a determinati soggetti e a prezzi da determinarsi in forza di criteri già individuati.

Occorre qui precisare che la norma relativa alla cessione di aree in diritto di superficie non prevede divieti temporanei di alienazione degli alloggi, né preclusioni derivanti dal mancato possesso di requisiti soggettivi degli acquirenti; pertanto le clausole in tal senso contenute nella convenzione creano un obbligo pattizio (ex art 1379 c.c.) con effetto limitato tra le sole parti, la cui violazione non può dar luogo che al risarcimento del danno oppure all'applicazione delle sanzioni riportate nella medesima convenzione; in assenza di clausole convenzionali, l'alienabilità è libera, salvo l'osservanza dei criteri per la determinazione del prezzo massimo imposto per la cessione (e per la revisione periodica dei canoni di locazione). Gli stessi divieti, a norma dell'art. 1379 c.c. devono pertanto essere contenuti entro convenienti limiti di tempo (certamente non superiori a quelli fissati nel settore dell'edilizia sovvenzionata pari a 10 anni) e rispondere ad un apprezzabile interesse di una delle parti; si rileva che, non avendo il cessionario/concessionario alcun interesse a limitare la successiva possibilità

¹³Dallo studio n.521-2011 dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato: "la decadenza, come rilevato da autorevole dottrina, è un istituto di diritto amministrativo che incide sul rapporto facendolo venir meno ex nunc; è uno strumento di autotutela della P.A. e può essere prevista non per ogni tipo di inadempimento bensì nei soli casi di maggior gravità, casi che devono essere esplicitati; i casi che determinano la decadenza vanno preventivamente deliberati dal Consiglio Comunale e debbono essere gli stessi per tutte le convenzioni; con la decadenza vengono travolti i diritti dei terzi in quanto viene meno il diritto di superficie con conseguente consolidamento alla proprietà che diventa piena ed esclusiva in capo al Comune".

di alienazione dei propri aventi causa, l'interesse non può che essere del Comune, il quale è preposto ad evitare speculazioni a fronte delle agevolazioni concesse in sede di concessione del diritto di superficie. L'eventuale rivendita fatta in violazione del patto di inalienabilità pertanto non è invalida ma, come già precisato, potrebbe determinare conseguenze non meno rilevanti, quali la decadenza dal diritto di superficie, come di norma previsto in convenzione.

Le sanzioni cui si riferisce il precedente punto f) sono spesso pattiziamente stabilite anche a carico dei successivi aventi causa.

E' importante tenere presente il contenuto della convenzione, nella parte obbligatoria ed in quella pattizia, al fine di meglio comprendere le successive possibilità di "trasformazione" del diritto di superficie previste dalla più recente normativa.

E' anche assai frequente l'inserimento nelle convenzioni di un patto di prelazione a favore del Comune per il caso di trasferimento degli alloggi, al prezzo "imposto" dalla convenzione. Come per ogni patto di prelazione convenzionale si tratta di un patto ad effetti meramente obbligatori anche se trascritto, con efficacia limitata tra le parti, con la conseguenza che non trova applicazione l'istituto del riscatto (con efficacia reale) previsto solo per le prelazioni legali. Anche in questo caso la rivendita avvenuta in dispregio della prelazione, non dà luogo a riscatto a favore del Comune, e ciò indipendentemente dalla buona o mala fede del subacquirente, per cui al Comune spetterà solamente il diritto al risarcimento del danno, salvo le sanzioni stabilite nella convenzione.

Per tale prevalenza degli aspetti pubblicistici sottesi alla materia indicata e alla luce dei procedimenti amministrativi che normalmente precedono la stipula della convenzione, la dottrina e la giurisprudenza qualificano la convenzione come concessione-contratto, cioè un meccanismo contrattuale complesso condizionato dalla connotazione pubblicistica di uno dei contraenti e caratterizzato da aspetti pubblicistici e da aspetti privatistici¹⁴. Lo stesso contenuto della convenzione è permeato dal relativo interesse pubblico e non può essere pensato e interpretato secondo schemi tipici di diritto privato (mero trasferimento del diritto verso il pagamento del corrispettivo), così come la natura del rapporto, complesso e destinato a prolungarsi nel tempo, che si instaura tra Comune concedente e privato.

La presenza, poi, nel rapporto della Pubblica Amministrazione con i tutti i suoi privilegi, comporta che quest'ultima abbia la facoltà, a fronte di

¹⁴ vedi, per un panorama dei più significativi contributi, "Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti con i privati, a cura di M. Costantino, Milano, 1978; Gambaro, La proprietà edilizia, Trattato Rescigno, Torino, 1984, 539; Pallottino - Bonaccorsi, Soggetti e strumenti per la realizzazione degli interventi di edilizia residenziale pubblica, in La casa di abitazione, Milano, 1986, pag.455; cfr. Cass. 3 settembre 1998, n.8768, in Giur.it., 1999, I, 1, 624).

sopravvenute esigenze pubbliche, di determinare la modifica della convenzione.

4) Caratteristiche del diritto di superficie nei piani particolareggiati

Il diritto di superficie previsto e regolato dalle normative fin qui esaminate (legge 865/71 e legge 122/1989) diverge in più punti dal diritto di superficie del Codice Civile e occorre quindi analizzarne le differenze, che sono comunque rilevanti. Per prima cosa è bene tenere presente che nel primo caso esiste un interesse pubblico sia alla realizzazione dell'edilizia residenziale a favore dei meno abbienti, sia a impedire speculazioni in un settore dell'edilizia fortemente agevolato¹⁵; questa considerazione costituisce l'ottica nella quale vanno valutati i seguenti confronti.

Nozione: La nozione di superficie data dall'art. 952 del codice civile include sia il diritto di proprietà di un edificio separato dalla proprietà del suolo (*proprietà superficiaria*, secondo comma art 952 c.c.), sia il diritto che il proprietario concede ad altri di fare e mantenere un edificio sul suolo di cui il proprietario conservi la proprietà (*diritto di costruire*, primo comma dell'art. 952 c.c.). Quest'ultima nozione del codice si adatta anche al diritto di superficie concesso dai Comuni a sensi della legge 865/1971 "per la costruzione di case di tipo economico o popolare e dei relativi servizi urbani e sociali" sul suolo espropriato, che rimane patrimonio indisponibile del Comune stesso. La medesima cosa può dirsi per il diritto di superficie di cui al quarto comma dell'art. 9 della legge 122/1989, che si estrinseca nel diritto di fare e mantenere sul suolo o nel sottosuolo del Comune, parcheggi con una durata predeterminata dalla legge stessa. Non è prevista, nell'edilizia residenziale pubblica e nel diritto di superficie della Tognoli, l'altra modalità di esplicazione del diritto di superficie (*proprietà superficiaria*).

Fonti: Il diritto di superficie previsto dal codice, si costituisce per contratto inter vivos¹⁶ che deve avere la forma scritta e che, come tutti gli atti che costituiscono, modificano o estinguono diritti reali immobiliari, al fine della trascrizione, deve essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata (art. 2657 c.c.); si considera possibile la costituzione anche "per riserva", quando il proprietario del suolo si riserva il diritto di superficie nel medesimo atto di cessione del suolo. Può inoltre costituirsi per disposizione *mortis causa*, mentre è discusso se possa costituirsi per usucapione¹⁷.

¹⁵ Al cui controllo è competente il Comune come Ente pubblico territorialmente interessato.

¹⁶ Si ritiene che anche una sentenza costitutiva di esecuzione forzata in forma specifica, ai sensi dell'art. 1932 C.C., sia titolo idoneo alla creazione del diritto di superficie ex 952 C.C.

¹⁷ Deve darsi atto che a fronte della dottrina prevalente (G. Pugliese, Superficie, cit. pg. 441; Palermo, La superficie, cit. pg. 13) che ammette la costituzione per usucapione, argomentando in base all'ammissibilità di un possesso del proprietario superficiario distinto dal possesso del proprietario del suolo, parte della dottrina nega la possibilità

Come già più volte dichiarato il diritto di superficie concesso dal Comune può essere costituito unicamente in una convenzione la quale inoltre è vincolata nel contenuto dalle disposizioni previste dalle leggi 865/1971 e 122/1989.

Natura: Per la dottrina prevalente¹⁸ il diritto di superficie ha una natura unica: si tratta di eccezione al principio dell'accessione (art. 934 c.c.); entrambe le ipotesi di cui all'art. 952 c.c. sono espressione di un unico *ius in re aliena*. Anche il diritto di costruire che il Comune può concedere sul proprio territorio è un diritto su cosa altrui che si qualifica come eccezione al principio dell'accessione, in ciò confermando l'affinità ontologica tra i due istituti.

Soggetti: Dal punto di vista dei soggetti coinvolti, si ricorda che il diritto di fare e mantenere sopra o sotto il suolo una costruzione previsto dal primo comma dell'art. 952 c.c. non pone limiti nelle caratteristiche dei soggetti interessati. Costituente quindi sarà il proprietario del suolo e concessionario del diritto può essere chiunque, persona fisica o giuridica, ente pubblico o privato. Invece, nell'ambito dell'edilizia residenziale pubblica disciplinata dall'art. 35 della 865/71 e dall'art. 9 comma 4 della legge Tognoli, vige una specificità dei soggetti: concedente può essere solo il Comune o, per la prima normativa, un consorzio di Comuni confinanti tra loro¹⁹, mentre concessionari del diritto di costruire possono essere o gli Enti pubblici istituzionalmente operanti nel settore dell'edilizia economica e popolare (come l'A.L.E.R. e l'I.A.C.P.) o cooperative edilizie (preferibilmente a proprietà indivisa) e loro consorzi, imprese di costruzioni e loro consorzi, e, nel caso dei parcheggi da realizzare ai sensi della legge Tognoli, anche "privati interessati" (art. 9 comma 4 lg. 122/89).

Poteri: I soggetti come sopra esaminati sono titolari di specifiche facoltà, a seconda del ruolo e dell'istituto. Il proprietario superficario ai sensi dell'art. 952 C.C., sia che il suo diritto si espliciti come proprietà superficaria di un bene già esistente, sia che si espliciti come diritto di costruire, può disporre del suolo, al solo fine di edificare, o della costruzione già esistente, come se ne

soggettiva dell'*animus possidendi* nel superficario separato da quello del proprietario del suolo e pertanto ritiene che l'usucapione si realizza non sulla sola superficie, ma sull'intera proprietà.

¹⁸Giovanni Pugliese, *Superficie*, in Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca, Bologna Roma 1976; Gianfranco Palermo *La Superficie* in Trattato di Diritto Privato (Trattato Rescigno), VIII 1989 Torino; C. Massimo Bianca, *La Proprietà* in Diritto Civile, 1999 Milano; Quaranta, *Della Superficie* in Commentario al Codice Civile diretto da De Martino, Roma 1972. In passato però la dottrina era di altro avviso: L. Salis distingueva il diritto di fare e mantenere su suolo altrui una costruzione regolato dal primo comma dell'art. 952 C.C. (che secondo la dottrina in esame sarebbe il vero e proprio diritto di superficie) dalla proprietà superficaria di cui al secondo comma medesimo articolo: il primo è uno *ius in re aliena* che, in caso di perimento della costruzione, permette al superficario di ricostruire, mentre il secondo indica un "diritto di proprietà separata orizzontalmente" che si estingue con il perimento della costruzione (Lino Salis, *La superficie* in Trattato di Diritto Civile Italiano, 1958 Torino)

¹⁹ Art. 1 comma 4 della legge 18 aprile 1962 n. 167.

fosse proprietario, ma subordinatamente alle ragioni del titolare della proprietà del suolo, il quale, a sua volta, può disporre in qualsiasi modo del proprio diritto, con il limite unico di non arrecare danno alla proprietà superficiaria e di non intralciare la realizzanda costruzione.

Il concessionario del diritto di superficie costituito su suolo comunale, invece, non è libero di realizzare qualsiasi edificio, ma deve attenersi strettamente agli obblighi assunti nella convenzione stipulata con il Comune concedente e rispettare le specifiche caratteristiche di costruzione ivi previste. In questo caso è quindi la Convenzione che detta le regole del diritto e ne disciplina l'esatto contenuto.

Durata: Il diritto di superficie può essere costituito a termine o con durata indeterminata. Ma se la durata del diritto di superficie ex 952 c.c. è decisa dal proprietario nell'atto costitutivo e non subisce vincoli di legge, al contrario la durata del diritto di costruire concesso dal Comune varia a seconda del concessionario e della norma. L'art. 35 della legge 865/1971 prevede che la concessione ad Ente pubblico per la realizzazione di impianti e servizi pubblici, deve essere effettuata a tempo indeterminato, mentre se fatta a soggetti privati la concessione deve avere durata compresa tra 60 e 99 anni (art. 35 legge 865/1971), salva la possibilità di rinnovo, la cui durata tuttavia non può essere superiore a quella prevista nell'atto originario. La durata del diritto di costruire previsto dalla legge 122/89 (legge Tognoli) non può essere superiore ai novant'anni (art.9 comma 4 lett.a).

Cedibilità: Tra i poteri dei soggetti coinvolti rientrano anche la trasferibilità e l'ipotecabilità del diritto di superficie. Per i diritti di cui all'art. 952 C.C. non ci sono dubbi: salvo vincoli pattizi, convenuti tra i contraenti e con effetto obbligatorio tra le parti, essi sono liberamente trasferibili, nei limiti della loro portata e eventualmente della loro limitata durata. Sono anche ipotecabili, in quanto il diritto di superficie è contemplato nell'elenco tassativo²⁰ di diritti reali su beni immobili capaci di ipoteca contenuto nell'art. 2810 c.c.

Al contrario la libera circolazione delle unità immobiliari realizzate in diritto di superficie in forza delle norme qui esaminate è fortemente limitata dai vincoli che di norma vengono previsti nelle convenzioni e meglio esaminati al precedente paragrafo, con riferimento a quelle stipulate a sensi della legge 865/1971. È sufficiente qui ricordare i vincoli temporali di alienazione pattiziamente fissati nella convenzione, nonché i diritti di prelazione a favore del Comune concedente, e la sussistenza di specifici requisiti soggettivi nei concessionari dell'alloggio. A questi si aggiungono i vincoli previsti dalla legge e relativi al prezzo di cessione.

²⁰ Rubino, L'ipoteca immobiliare e mobiliare, in Trattato Cicu – Messineo, Milano 1956.

Malgrado tali limitazioni inerenti il trasferimento degli immobili in oggetto, il diritto di superficie concesso dai Comuni ai sensi dell'art. 35 della legge 865/1971, è comunque ipotecabile, limitatamente alla durata del diritto stesso.

I parcheggi realizzati in diritto di superficie con la legge Tognoli sono sottoposti al vincolo di inalienabilità separatamente dalla proprietà dell'immobile di cui sono pertinenza (comma 5 dell'art.9); la legge crea infatti un'eccezione al secondo comma dell'art. 818 c.c. per il quale "le pertinenze possono formare oggetto di separati atti o rapporti giuridici". Abbiamo in precedenza visto come anche la recente normativa²¹ che ha reso possibile la cessione separata dei box realizzati ai sensi del primo e quarto comma del medesimo art. 9, mantiene tuttavia la sanzione della nullità per l'atto di cessione del parcheggio realizzato in diritto di superficie separatamente dall'immobile di cui costituiva pertinenza, se tale possibilità non fosse espressamente prevista in convenzione o autorizzata dal comune.. La *ratio* della norma sembra sia quella di impedire qualsiasi atto che renda possibile un utilizzo del parcheggio separato: si ritiene pertanto che nel divieto siano compresi anche gli atti personali di godimento, sia a titolo gratuito sia *mortis causa*, la cessione della nuda proprietà, nonché i contratti preliminari potenzialmente idonei a produrre l'effetto traslativo²² ex 2932 c.c.. Maggiori dubbi esistono relativamente alla ipotecabilità di detti parcheggi: è stata ritenuta²³ possibile l'ipoteca gravante anche sul solo parcheggio argomentando sul fatto che l'ipoteca costituisce per il creditore ipotecario un titolo di preferenza rispetto agli altri ed influisce nella procedura nel senso di creare una graduatoria di aggrèdibilità dei beni immobili del debitore (art. 2911 c.c.), senza tuttavia realizzare un'alienazione separata dall'immobile di cui il parcheggio dato in garanzia è legato da vincolo pertinenziale; inoltre, il trasferimento della proprietà del parcheggio si determina a seguito dell'espropriazione forzata che prescinde dall'esistenza dell'ipoteca, e potrebbe essere promossa anche da creditori non ipotecari liberi di pignorare il bene che ritengono più idoneo a soddisfare le loro ragioni. Tuttavia a tale interpretazione è stato contestato che al creditore ipotecario garantito unicamente dal parcheggio *ex lege* Tognoli, conviene soddisfarsi in via esclusiva sul bene a lui offerto in ipoteca, senza pignorare anche l'unità abitativa di cui costituisce pertinenza, in tal modo violando il vincolo di pertinenza *ex lege* 122/89. Pertanto, da parte di chi segue questa teoria più vincolista, il divieto di legge si ritiene applicabile non solo alla concessione del parcheggio in garanzia ma anche ai provvedimenti giurisdizionali idonei

²¹ Art. 10 del decreto legge 9 febbraio 2012 n. 5 convertito con modificazioni nella legge 4 aprile 2012 n.35.

²² Federico Magliulo, la Disciplina dei parcheggi a trent'anni dalla legge ponte, Notariato n. 6 del 1996.

²³ Metallo Serena e Antonio Ruotolo, Risposte a Quesiti, CNN n. 283/2008.

a determinare l'effetto di spezzare il vincolo di pertinenza, quali vendite esecutive o esecuzioni forzate²⁴.

Oggetto: Tenendo conto principalmente dell'oggetto, possiamo distinguere quattro modi di espressione del diritto di superficie:

- il diritto disciplinato dal primo comma dell'art. 952 c.c. ha come oggetto qualsiasi parte del nudo suolo (incluso, per esempio, il suolo sulla sommità di un'altra costruzione, per cui si parlerà di sopraelevazione), sia sopra sia sotto il livello ove si cammina,
- il diritto di superficie del secondo comma dell'art.952 ha come oggetto una costruzione già esistente, che sia incorporata al suolo anche per un periodo di tempo definito, come le edicole per la vendita dei giornali,
- il diritto di costruire regolato dalla legge 865/1971 è concesso dal Comune e ha come oggetto un'area compresa nei Piani approvati a norma della legge 167/62; tale area è stata oggetto di esproprio, in seguito al quale è divenuta patrimonio indisponibile del Comune o del consorzio di Comuni esproprianti; sulla stessa può essere realizzato un edificio residenziale secondo le caratteristiche costruttive e tipologiche specificate in convenzione,
- il diritto di costruire regolato dalla legge 122/1989 è concesso dal Comune e ha come oggetto un'area, o il sottosuolo, di proprietà comunale e sulla stessa possono essere costruiti unicamente parcheggi pertinenziali ad unità residenziali. Come già più volte ricordato, la recente novità normativa²⁵, ha tuttavia reso possibile sopprimere tale vincolo, rendendo libera la vendita, se espressamente concesso dal comune nella convenzione o in un successivo provvedimento autorizzativo.

Estinzione: L'estinzione del diritto di superficie qui preso in esame, presenta specifiche peculiarità.

La proprietà superficaria del secondo comma dell'art. 952 c.c. è imprescrittibile, mentre il diritto di costruire previsto al primo comma dell'art. 952 c.c. si estingue per prescrizione per effetto del non uso protratto per vent'anni: il concessionario del diritto di costruire quindi ha l'onere di esercitarlo nel termine dei vent'anni previsti per la prescrizione dei diritti reali (art. 954 c.c. primo comma).

Il diritto di costruire concesso dal Comune è sempre regolato dalla Convenzione, la quale deve contenere, ai sensi della lettera f) ottavo comma dell'art. 35 legge 865/71, "le sanzioni a carico del concessionario per l'inosservanza degli obblighi stabiliti nella Convenzione e i casi di maggiore

²⁴ Angelo Luminoso, Spazi destinati a parcheggio, regime delle pertinenze e disciplina del condominio, in Rivista Notarile, 1990 pg. 579. A. Luminoso, Posti macchina e parcheggi, in I Contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Trattato diretto da Francesco Galgano, Torino 1995 pg. 2305.

²⁵ Art. 10 del decreto legge 9 febbraio 2012 n. 5 convertito con modificazioni nella legge 4 aprile 2012 n.35.

gravità in cui tale osservanza comporti la decadenza dalla concessione e la conseguente estinzione del diritto di superficie”.

Di norma le convenzioni prevedono tra le cause di inosservanza degli obblighi assunti, anche la mancata costruzione dei fabbricati o il ritardo nell’inizio dei lavori rispetto ai termini previsti, di fatto quindi assumendo come causa di estinzione il “non uso” dell’area concessa (come previsto dall’ultimo comma dell’art. 954 c.c. sia pure con termini molto più brevi); ma possono essere previste in convenzione anche ulteriori e differenti obbligazioni a carico del concessionario, per la cui violazione venga prevista la decadenza e la conseguente estinzione. Spesso infatti vengono così sanzionate la violazione dell’obbligo di inalienabilità temporanea, la cessione degli alloggi a soggetti privi dei requisiti soggettivi previsti, oppure la cessione a prezzi superiori a quelli convenuti.

La legge Tognoli prevede l’estinzione del diritto di superficie alla scadenza del termine di durata dello stesso previsto nella convenzione. In quest’ultima tuttavia potrebbero essere stabilite delle cause di decadenza dalla concessione con conseguente estinzione del diritto.

5) Giudice competente

Per regola generale le controversie in materia di urbanistica e edilizia in cui sia parte un Ente di diritto pubblico sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La norma sulla giurisdizione era contenuta nell’articolo 34 del decreto legislativo n. 80 del 31 marzo 1998²⁶. Tale articolo, in seguito a dichiarazioni di illegittimità costituzionale, è stato poi abrogato, in forza del decreto legislativo 104 del 2 luglio 2010, entrato in vigore il 16 settembre 2010, che attualmente regola l’intera materia del processo amministrativo.

²⁶ L’art.34, come sostituito dall’art. 7 della legge 21 luglio 2000 n. 205, disponeva: <<1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia. 2. Agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell’uso del territorio. 3. Nulla è innovato in ordine: a) alla giurisdizione del tribunale superiore delle acque; b) alla giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell’adozione di atti di natura espropriativa o ablativa>>. La Corte Costituzionale con sentenza 5-6 luglio 2004, n. 204 dichiarava l’illegittimità dell’articolo, nella parte in cui prevede che siano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto «gli atti, i provvedimenti e i comportamenti» anziché «gli atti e i provvedimenti» delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia. La stessa Corte, con successiva sentenza 13-28 luglio 2004 n. 281, dichiarava poi l’illegittimità del presente articolo, nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di edilizia e urbanistica, anziché limitarsi a estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno. Quindi l’articolo 34 è stato abrogato dal n. 20) del comma 1 dell’art. 4 dell’allegato 4 al Decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104.

Come osservato in dottrina²⁷, l'Amministrazione pubblica, anche quando stipula contratti di diritto privato, persegue interessi della collettività, e quindi rimane soggetta al perseguimento dell'interesse pubblico, tanto che conserva la potestà di intervenire nella fattispecie negoziale²⁸, non alla pari con il contraente privato, ma in maniera autoritativa.

Rientrano nella "regola generale" della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia le Convenzioni stipulate tra il Comune e i soggetti privati incaricati dell'edificazione di immobili ad uso residenziale, sia i negozi attuativi dei Piani Regolatori Generali. Infatti, pur agendo con gli strumenti del diritto privato, cui è soggetto il contratto di Convenzione tra l'Ente territoriale e il concessionario che edificherà, l'amministrazione conserva il potere di intervenire anche successivamente nell'accordo. Ciò è ammissibile proprio perché l'Ente pubblico è portatore di un interesse legittimo, che è quello dell'esercizio della potestà urbanistica²⁹.

E' stato infatti osservato dalla giurisprudenza di merito, in caso di concessione di un diritto di superficie ex art. 35 della legge 865/71 che "i concessionari in quanto concessionari di beni pubblici, sono soggetti ai poteri autoritativi dell'ente territoriale, sino a quando non sia realizzata la finalità pubblicistica cui la cessione è diretta³⁰".

Pertanto le controversie sorte nell'interpretazione e nell'esecuzione delle convenzioni urbanistiche stipulate tra il Comune concedente e il soggetto concessionario ex art. 35 della legge 865/71 e ex art 9 della legge 122/1989, spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, incluso il giudizio sulle pretese di risarcimento danni³¹.

Sarà invece di competenza del giudice ordinario ogni controversia, anche se sorta tra concedente e concessionario, che abbia ad oggetto il pagamento del corrispettivo pattuito da parte del concessionario o dei soggetti comunque obbligati; le successive vicende della proprietà superficaria sono poi certamente soggette alla giurisdizione del giudice ordinario ed il Comune non vi partecipa. Infatti in un caso di controversia avente ad oggetto la rivendicazione di area occupata per sconfinamento del fabbricato realizzato in proprietà superficaria³² ex lege 865/1971, è stata esclusa la partecipazione del Comune concedente il diritto di superficie, dal litisconsorzio necessario.

²⁷Cartei Gian Franco, Convenzioni urbanistiche e limiti alla giurisdizione esclusiva, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7 del 2003, p. 714

²⁸F. G. Scoca, Autorità e consenso, in *Diritto Amministrativo* 2002, pg. 453; pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Foro amm.*, 2002, 2898 ss.; G. Pericu, in *AA.VV.*, *Diritto amministrativo II*, Bologna, 1998.

²⁹E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996.

³⁰Tribunale di Nocera Inferiore, 22 giugno 2010.

³¹Le Sezioni Unite in data 10 maggio 2001 n. 1090 e 6 maggio 2003 n. 6856, nel confermare quanto sopra, dichiarano la nullità di clausole compromissorie inserite in convenzione, clausole nelle quali venga affidata al lodo la soluzione di risarcimenti nella materia in oggetto, prima dell'entrata in vigore della legge 205/2000.

³²Cassazione 5 settembre 2002 n. 12911.

Potrebbe comunque rimanere un grado di incertezza in merito alla giurisdizione competente relativa alle controversie riguardanti le convenzioni di cui all'art. 35 della legge 865/71 e ai parcheggi costruiti ai sensi del quarto comma dell'art. 9 della legge 122/89.

Una recente pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite (n. 20143 del 3 ottobre 2011)³³ implicitamente ribadisce la competenza del giudice amministrativo per quanto riguarda le controversie sull'edilizia residenziale pubblica, perché, nell'estendere la competenza del Tribunale Amministrativo anche alle liti su Piani degli insediamenti produttivi, si richiama proprio al principio generale della giurisdizione esclusiva per l'edilizia residenziale pubblica. In questo modo le Sezioni Unite rispondono ai dubbi emersi in passato.

6) Trasformazione del diritto di superficie

Nell'art. 3 commi 75 e seguenti della legge 549/1995 si trova la prima normativa emanata al fine di rendere possibile la "trasformazione" del diritto di superficie in piena proprietà mediante la modifica delle convenzioni stipulate tra i Comuni e gli assegnatari di immobili di edilizia economico o popolare realizzati in piani di zona. L'art.3, commi sessantesimo e seguenti, della legge 662/1996 modificò la norma precedente e estese la trasformabilità anche alle aree comprese nei piani P.I.P. Successivamente l'art.31, commi quarantacinquesimo e seguenti, della legge n.448/1998, che è la normativa vigente, riformulò la materia in oggetto, prevedendo:

- la possibilità per i Comuni di cedere in proprietà le aree già concesse in diritto di superficie a sensi art. 35 legge 865/1971, come previsione di carattere generale (comma 45);
- che la trasformazione avvenga su iniziativa degli stessi Comuni mediante proposta fatta ai concessionari (comma 47) che devono accettarla, con ciò confermando la natura contrattuale dell'atto trasformativo;
- che la trasformazione avvenga dietro versamento di un corrispettivo determinato dal Comune su parere del proprio ufficio tecnico, i cui criteri di determinazione vengono dettagliatamente indicati nel comma 48 (si applicano i criteri stabiliti per il calcolo dell'indennità di esproprio, ridotto al 60% dello stesso valore, al netto degli oneri di concessione del diritto di superficie rivalutati, e il costo non deve comunque superare quello previsto per la cessione di aree in proprietà al momento della trasformazione; si

³³ La massima della sentenza citata: "Appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia promossa da una società al fine di ottenere l'accertamento dell'illegittimità del recesso del Comune da una convenzione conclusa ai sensi della legge n. 122/1989 e i conseguenziali provvedimenti risarcitori".

esclude in ogni caso la retrocessione di somme in eccesso già riscosse dal Comune (comma 49));

- che cessionario della proprietà del suolo possa essere anche il singolo condomino titolare della proprietà superficiaria dell'alloggio "per la quota millesimale corrispondente"; in proposito si osserva che la norma precedente, in presenza di un condominio, richiedeva la delibera dell'assemblea dei condomini, (sia pur prevedendo per la delibera una maggioranza ridotta rispetto a quella prevista dal codice civile), con la cessione a tutti i condomini della proprietà del suolo, anche se dissenzienti; nei confronti di questi ultimi la delibera costituiva titolo esecutivo per il Comune.

Pertanto in seguito all'attuale normativa, nello stesso condominio potranno esserci condomini che hanno la piena proprietà dell'appartamento e condomini che ne hanno la sola proprietà superficiaria, con la conseguenza che il comune potrà conservare dei millesimi di proprietà di suolo e, alla scadenza del termine di durata del diritto di superficie divenire pieno proprietario degli alloggi i cui proprietari superficiari non hanno accettato la proposta di trasformazione.

La legge non da alcuna indicazione sulla forma dell'accordo; da ciò consegue che, a sensi del combinato disposto dagli art. 1350 e 2657 c.c., trattandosi di un contratto traslativo di un diritto reale, sarà necessario l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata.

La vigente normativa non prevede alcun limite al successivo trasferimento degli alloggi dopo la "trasformazione"; pertanto la alienazione in piena proprietà dell'alloggio diviene libera, con la precisazione tuttavia che gli eventuali ulteriori e diversi vincoli previsti in convenzione, permangono comunque. Infatti questa nuova disciplina di cessione dello ius soli da parte del Comune (cosiddetta "trasformazione") non va a modificare le condizioni precedentemente assunte nella originaria convenzione di concessione del diritto di superficie, ma è tesa solo a far acquistare al proprietario superficiario la piena proprietà del suo alloggio.

In proposito occorre inoltre tener presente che il comma 46 dell'art.31 legge 448/1998, dispone la possibilità di "sostituire" le convenzioni che concedevano l'area da edificare in diritto di superficie o in proprietà (queste ultime solo se stipulate prima dell'entrata in vigore della legge 179/1992) con una convenzione "Bucalossi", attualmente disciplinata dall'art 18 del D.P.R. 380/2001 testo unico in materia urbanistica (che sostituisce l'art. 8 della legge detta "Bucalossi" n. 10/1977) la quale non prevede che gli acquirenti degli alloggi debbano possedere particolare requisiti soggettivi, ma richiede soltanto che vengano stabiliti i prezzi di cessione degli stessi alloggi.

La “sostituzione” deve essere accompagnata da un corrispettivo (calcolato a sensi del successivo comma 48) e la “convenzione sostitutiva” avrà una durata massima di trent’anni diminuita del tempo trascorso tra la data di stipula della convenzione originaria e quella della nuova convenzione. Molto spesso quindi, al fine di eliminare la richiesta della sussistenza dei requisiti soggettivi per gli acquirenti degli alloggi e di rendere libera la cessione a chiunque, in sede di “trasformazione”, si procede anche alla “sostituzione” della convenzione originaria. In questi casi dopo la “trasformazione” gli unici vincoli alla libera circolazione del bene resteranno quelli economici, legati al prezzo vincolato, secondo i criteri previsti in convenzione. Infine è da rilevare che esiste un ulteriore motivo che può indurre a passare ad una convenzione Bucalossi: essendo stata sostituita la convenzione originaria, in caso di inadempienza degli obblighi ivi assunti, non si incorre più nella decadenza prevista ex lettera f) dell’ottavo comma dell’art.35 legge 865/1971 riportati nella stessa convenzione.

Di recente l’art.5 comma 3 bis del decreto legge n.70 del 13 maggio 2011, convertito con la legge n. 106 del 12 luglio 2011 ha introdotto nell’art. 31 della legge 448/1998, il nuovo comma 49 bis che prevede la possibilità di rimuovere anche i vincoli relativi alla determinazione del prezzo massimo di cessione delle singole unità abitative e loro pertinenze, contenuti nelle convenzioni di cui all’art. 35 legge 865/1971. La modifica deve avvenire con una convenzione in forma di atto pubblico stipulato a richiesta dei singoli proprietari; può essere fatta solo dopo cinque anni dalla data della prima cessione e dietro corrispettivo calcolato in base al comma 48 (già sopra esaminato) applicando una percentuale che verrà stabilita dal Ministro dell’economia e delle finanze. Pertanto anche quell’ultimo residuo vincolo relativo al prezzo può essere rimosso.

Il proprietario superficario di immobili realizzati in Piani di Edilizia Economica Popolare quindi in un unico contesto può:

- divenire pieno proprietario dell’alloggio acquistando dal Comune i rispettivi millesimi di ius soli quali spettano all’alloggio sugli enti comuni dell’intero fabbricato di cui fa parte a sensi art.1117 e ss c.c.;
- svincolarsi dall’obbligo di vendere unicamente a soggetti aventi determinati requisiti soggettivi, sostituendo alla originaria, una convenzione a sensi art. 18 del D.P.R. 380/2001;
- rimuovere tutti i vincoli che obbligavano a vendere soltanto ad un prezzo non superiore a quello calcolato in forza dei criteri previsti in convenzione, in modo da essere libero di vendere al prezzo di mercato.

Il legislatore fin dalla prima norma del 1995 ha utilizzato il termine “trasformazione” e come tale è conosciuto il risultato dell’accordo tra

Comune e proprietario superficario disciplinato dalla normativa sopra indicata. Tuttavia nel nostro codice non vi è traccia della trasformazione tout court di un diritto reale. Ed in particolare per il diritto di superficie non è neanche prevista la confusione, come in caso di usufrutto (primo comma n.2 dell'art 1014 c.c.) o di servitù (art 1072 c.c.).

Questo è pertanto un aspetto peculiare del diritto di superficie costituito in ambito di edilizia residenziale convenzionata.

In realtà comunque anche in questo caso si tratta di **confusione**, in quanto il superficario acquista dal Comune i millesimi del suolo di competenza della sua unità immobiliare, e riunisce così in una sola persona la proprietà dello *ius soli* con la proprietà superficaria. La singolarità è data dal fatto che la norma consente di raggiungere questo risultato con riferimento a singole unità immobiliari acquistando una quota millesimale del suolo esattamente coincidente con la quota di comproprietà spettante all'unità immobiliare sugli enti comuni quale risulta dal regolamento di condominio; ed il suolo su cui sorge il fabbricato è il primo tra i beni comuni a tutti i condomini come dispone il numero 1 del primo comma dell'art 1117 c.c.. Una volta stabilito che si tratta di una cessione pro quota dello *ius soli*, l'atto dovrà rispettare gli obblighi di legge relativi alla vendita di terreno: allo stesso dovrà allegarsi il relativo CDU e dovrà contenere le dichiarazioni rese a sensi del Decreto Legge n. 223/2006 convertito con modificazioni nella legge 248/2006.

Certamente, anche in considerazione della collocazione delle norme che hanno introdotto la trasformazione del diritto di superficie in piena proprietà, tutte contenute in Leggi Finanziarie (anni 1996, 1997 e 1999), appare evidente che scopo del legislatore era quello di far affluire entrate nei bilanci dei Comuni. Tuttavia il fenomeno va considerato in contesto di più ampia portata.

Infatti resta comunque un interesse pubblico sotteso a tutta l'edilizia realizzata a sensi della legge 865/1971 con determinate condizioni agevolative e tesa a favorire gli strati sociali più bisognosi.

Per questo, anche se la trasformazione si avvale di un negozio "meramente privatistico" (trasferimento della quota millesimale dello *ius soli* dietro pagamento del corrispettivo), rientra in un meccanismo negoziale più complesso caratterizzato dalla presenza di "aspetti pubblicistici" espressi dalle determinazioni che il Comune deve adottare per valutare se procedere o meno alla "trasformazione"³⁴. L'atto non regola unicamente la cessione pro quota del diritto del suolo spettante al Comune, ma anche ulteriori rapporti economici tra concedente e concessionario o suoi aventi causa, come risulta

³⁴ Come acutamente osservato dal Notaio Filippo Ansalone in "Trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà nei piani di zona e pagamento del corrispettivo" nel sito delcomitato Notarile della Regione Campania.

dai criteri per la determinazione del corrispettivo dovuto, previsti dal comma 48 dell'art. 231 della legge 448/1998.

7) Applicabilità del Codice dei Beni Culturali all'edilizia residenziale realizzata in diritto di superficie.

Il Decreto Legislativo 22 gennaio 2004 n 42 detto " Codice dei Beni Culturali" stabilisce dei vincoli alla libera circolazione dei beni di interesse culturale, che sono differenti in considerazione del soggetto proprietario e della natura del bene.

In questa sede esamineremo due aspetti: l'applicabilità della disciplina del codice dei beni culturali all'edilizia residenziale convenzionata e alla "trasformazione" del diritto di superficie in piena proprietà.

L'art. 12 del DLgs.42/2004 stabilisce una sorta di provvisoria culturalità a tutti i beni immobili costruiti da più di settant'anni e opera di autore non più vivente, di proprietà di enti pubblici territoriali o di proprietà di persone giuridiche private senza fini di lucro. Detti immobili sono quindi soggetti alle disposizioni previste per i beni inalienabili finché non si provveda a escluderne l'interesse culturale mediante verifica del Ministero dei beni culturali. Pertanto prima di tale verifica i medesimi immobili, per poter essere venduti, devono avere la preventiva autorizzazione del Ministero (art. 55 e ss. DLgs 42) e sono altresì soggetti alla prelazione regolata dagli art. 60 e ss .

La norma non prevede deroghe, che del resto non sono contenute neanche nelle norme che regolano l'edilizia convenzionata in diritto di superficie.

Per cui è da ritenere che anche le unità immobiliari realizzate in diritto di superficie a sensi della legge 865/1971, qualora sussistano tutte le condizioni previste dall'art 12 sopra citato e sempre che non rientrino in fattispecie soggette a normative specifiche, siano soggette al Codice dei Beni Culturali, con la conseguenza che prima di essere alienate dovranno essere sottoposte alla verifica di culturalità.

Siccome non ritengo probabile che beni realizzati in piani di edilizia economico popolare possano avere un interesse culturale intrinseco, non penso che, all'infuori della disciplina dell'art.12 sopra citato, possano sussistere altri casi di applicazione del DLgs 42/2004 alla edilizia residenziale realizzata in diritto di superficie a sensi delle norme in oggetto.

Diversa è la seconda fattispecie considerata, cioè la trasformazione del diritto di superficie.

Per valutare se la trasformazione può essere interessata dalle norme del DLgs 42/2004, è necessario analizzare l'oggetto del relativo accordo tra Comune e il privato proprietario superficario; come già visto nel paragrafo precedente l'accordo modifica la convenzione originaria e pone in essere un

trasferimento in quota millesimale del diritto sul suolo spettante al Comune a favore del concessionario, realizzando di fatto una confusione e quindi l'estinzione del diritto di superficie. Il Comune infatti non è proprietario del fabbricato fino al termine della durata del diritto di superficie e la trasformazione è diretta proprio ad evitare che alla scadenza prevista in convenzione, il Comune acquisti la piena proprietà della costruzione.

Pertanto oggetto della cessione non è il fabbricato o porzioni di esso ma il suolo. Ora il D. Lgs. 42/2004 si interessa alle vicende dei terreni soltanto se questi rivestono una rilevanza archeologica o storica, circostanza difficilmente realizzabili nella materia in oggetto.

Pertanto è da escludere l'applicazione del Codice dei beni culturali in caso di trasformazione del diritto di superficie.

8) Demanio e diritto di superficie.

Nel presente paragrafo verrà brevemente analizzato il fenomeno della concessione del diritto di superficie su area demaniale in ambito di edilizia residenziale.

L'art. 822 c.c., elenca i beni appartenenti allo Stato che costituiscono il demanio pubblico (tra i quali rientrano strade di proprietà statale) e per i quali la legge detta una particolare disciplina; i beni demaniali sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti di terzi se non nei modi e limiti stabiliti da leggi speciali. Se i beni elencati nel secondo comma del citato articolo appartengono ai Comuni, sono soggetti al medesimo regime (art. 824 c.c.).

La concessione per l'edilizia residenziale su piani particolareggiati a sensi della legge 865/1971, avviene su terreni espropriati che costituiscono patrimonio indisponibile del Comune o di consorzi di Comuni, pertanto la presente fattispecie è estranea alla disciplina che riguarda i beni demaniali; quest'ultima potrebbe invece interessare il caso dei parcheggi realizzati su terreno comunale in forza del quarto comma dell'art. 9 della legge Tognoli.

Infatti a sensi dell'art. 824 c.c., le strade, le piazze e comunque le aree utilizzate per la pubblica viabilità di proprietà comunale sono equiparate ai beni demaniali e spesso per recuperare spazi idonei alla realizzazione dei parcheggi urbani si sfrutta il sottosuolo di pubbliche vie.

In realtà è frequente che su beni demaniali si creino dei diritti reali o personali a favore di terzi; pensiamo ad esempio alle concessioni sul demanio marittimo con facoltà di edificare, per le quali "deve ritenersi condivisibile... la ricostruzione giurisprudenziale della assimilazione dei diritti riconosciuti al concessionario, ai diritti reali su cosa altrui ed in particolare al diritto di

superficie”³⁵. In questi casi il diritto “di superficie” o comunque quello a questo assimilabile, avrebbe la peculiarità di essere “precario”, privo di una durata definita, perchè avrebbe termine con la concessione del bene demaniale sul quale è stata fatta la costruzione, si estinguerebbe al venir meno di questa, e sarebbe altresì soggetto al potere discrezionale di revoca da parte dell’Ente pubblico concedente. Inoltre il concessionario potrebbe disporre dei diritti a lui concessi³⁶, senza che ciò incida sulla posizione dell’amministrazione concedente, in tal caso il terzo acquirente subentra negli obblighi assunti nella concessione; i rapporti tra le parti private sono regolati dal diritto privato, mentre i rapporti nei confronti del soggetto concedente restano governati dal diritto amministrativo.

In tutti i casi in cui una concessione amministrativa su un bene demaniale sia costitutiva di diritti aventi natura reale a favore del concessionario, la giurisprudenza e gli interpreti fanno costante riferimento al diritto di superficie, anche se non espressamente richiamato dalla legge, unico che possa vincere, sia pure in modo temporaneamente anomalo, il principio dell’accessione³⁷.

Quindi non deve stupire che, come nel caso dei parcheggi *ex lege* Tognoli, sul suolo o nel sottosuolo comunale si stabiliscano rapporti di natura pubblicistica e privatistica che richiedono la contemporanea applicazione di norme del codice civile e del diritto amministrativo o di leggi speciali. I parcheggi realizzati nel sottosuolo di area demaniale saranno soggetti alla disciplina speciale della legge Tognoli, che ne regolerà anche la cedibilità; in caso di sconfinamento sarà necessaria una modifica della convenzione di concessione originaria.

Milano, 2012

Maria Nives Iannaccone

³⁵ M Velletti in *Natura e regime giuridico dei diritti nascenti dalle concessioni amministrative di beni demaniali. Brevi cenni su contratto di ormeggio*. In *CNN studi e materiali* 2002 pag.504

³⁶ L’art.46 cod. nav. Primo comma prevede la possibilità che il concessionario, previa autorizzazione, sostituisca altri nel godimento della concessione; la stessa norma prevede anche il subentro degli eredi del concessionario nel godimento della concessione. L’art.41 cod. nav. consente anche l’iscrizione ipotecaria sui beni costruiti del demanio marittimo, previa autorizzazione dell’autorità concedente.

³⁷ Cassazione civile Sezioni Unite 13 febbraio 1997 n. 1324; Cassazione civile sez.1 del 27 febbraio 1980 n.1369

