

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE



**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO
INTERNO IN MATERIA INTERNAZIONALE**

(XIII CICLO)

Tesi di dottorato in:

“Dalla cessione di cubatura alla circolazione dei diritti edificatori”

Coordinatore:

Ch.ma Prof.ssa *Maria Cristina FOLLIERO*

Tutor:

Ch.ma Prof.ssa *Vitulia IVONE*

Ch.mo Prof. *Andrea FEDERICO*

Dottorando:

Dott. *Paolo TESAURO OLIVIERI*

ANNO ACCADEMICO 2013/2014

DALLA CESSIONE DI CUBATURA ALLA CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI EDIFICATORI

INDICE

Introduzione	7
1. La pianificazione urbanistica.	11
1.1. Il Piano Territoriale di Coordinamento (P.T.C.).	15
1.2. I Piani Territoriali Paesaggistici (P.T.P.).	17
1.3. Il Piano Regolatore Generale (P.R.G.), cenni e rinvio.	20
1.4. Il Programma di Fabbricazione (P.d.F.).	20
1.5. Il Piano Particolareggiato Esecutivo (P.P.E.).	22
1.6. Il Piano Esecutivo Convenzionato (P.E.C.).	24
1.7. I Piani per Insediamenti Produttivi e i Piani di Recupero del patrimonio edilizio esistente.	27
2. Il Piano Regolatore Generale.	33
2.1. La natura giuridica: atto amministrativo o atto normativo?	34
2.2. Il procedimento di formazione.	36
2.3. Il contenuto.	39
2.4. I vincoli urbanistici.	44
2.5. I modelli di amministrazione concordata: la perequazione e la compensazione nella pianificazione urbanistica.	53
2.5.1. <i>La perequazione.</i>	53
2.5.2. <i>La compensazione.</i>	60
2.5.3. <i>La premialità edilizia.</i>	65

2.5.4. *Perequazione, compensazione e diritto di proprietà. Il rapporto col principio di legalità e il problema della legittimità costituzionale alla luce della riserva di legge statale ex art. 42 Cost.* 68

3. L'evoluzione degli strumenti negoziali di pianificazione del territorio: la cessione di cubatura quale accordo di micropianificazione.	72
3.1. L'istituto sconosciuto al legislatore.	76
3.2. Le ricostruzioni in ordine alla natura giuridica.	91
3.2.1. <i>Tesi del trasferimento di un diritto reale atipico.</i>	92
3.2.2. <i>Tesi del diritto di superficie.</i>	95
3.2.3. <i>Tesi della costituzione di un diritto di servitù.</i>	96
3.2.4. <i>Tesi della rinuncia abdicativa.</i>	104
3.2.5. <i>Tesi del negozio ad effetti obbligatori e dell'autosufficienza del provvedimento amministrativo.</i>	106
3.2.6. <i>Tesi della cessione d icontratto.</i>	110
3.2.7. <i>Tesi del vincolo di destinazione.</i>	113
4. I diritti edificatori.	116
4.1. L'effetto comune delle misure perequative, compensative e incentivanti: l'attitudine a generare diritti edificatori.	116
4.2. Il dibattito ancora acceso sulla natura giuridica dei "diritti edificatori comunque denominati".	122
4.2.1. <i>Teoria della chance edificatoria.</i>	125

4.2.2. <i>Teoria dei diritti edificatori quale autonoma misura dello ius aedificandi.</i>	131
4.2.3. <i>Teoria dei “diritti soggettivi di natura obbligatoria”.</i>	134
4.2.4. <i>Teoria del bene a sé stante.</i>	138
4.2.5. <i>Teoria dello ius in re.</i>	152
4.3. Il rapporto di continuità tra la vecchia cessione di cubatura e la nuova figura dei diritti edificatori.	170
4.4. I vincoli pubblici e i diritti edificatori.	173
5. La circolazione dei diritti edificatori.	178
5.1. Il nuovo n.2 <i>bis</i> dell’art. 2643c.c.: la trascrizione e i problemi applicativi connessi.	178
5.2. Le fattispecie negoziali idonee a coinvolgere i diritti edificatori.	188
5.3. I profili fiscali della circolazione dei diritti edificatori.	202
5.3.1. <i>L'imposizione diretta.</i>	202
5.3.2. <i>L'imposizione indiretta.</i>	208
Bibliografia	219

Introduzione

L'art. 5, 3° co., D.L. 13 maggio 2011, n. 70, (cd. Decreto Sviluppo), convertito con Legge 12 luglio 2011, n. 106, introducendo all'art. 2643, 1° co., c.c. il n. 2 *bis*, ha accolto nell'impianto codicistico la figura dei diritti edificatori, dando seguito e considerazione alla prassi della cessione di cubatura ormai invalsa nelle dinamiche contrattuali private.

L'ambiziosa novella, tuttavia, pur nella apprezzabilità dell'intento enunciativo, si concentra nel garantire l'emersione pubblicitaria alla relativa circolazione, spalancando le porte alla maggiore incertezza possibile in ordine alla ricostruzione della natura giuridica e prestando il fianco alle critiche di incompletezza e di scelleratezza della tecnica legislativa.

Occorre denunciare sul punto un metodo non troppo condivisibile adottato in sede di legiferazione che, sul presupposto di legittimare determinate posizioni, opta per l'accoglimento della relativa trascrivibilità, piuttosto che declinarne una compiuta identificazione e disciplina, come è peraltro accaduto per l'art. 2645 *ter* c.c., il quale, comunque, a differenza del caso in esame, pone un accenno di regolamentazione.

L'indagine condotta in queste pagine si pone, pertanto, l'obiettivo di inquadrare la fattispecie di recente introduzione e gli strumenti idonei a trasferirne la titolarità, calandola in un rapporto di confronto con la più antica cubatura e misurandosi col difficile compito di conciliare gli obiettivi pratici con la costruzione teorica.

Certo deve considerarsi che la complessità del dato normativo da cui si parte e, soprattutto, le interferenze tra gli eterogenei ambiti disciplinari coinvolti, quali

quello urbanistico e quello civilistico, conducono il civilista, che non intenda abdicare al sistema di fronte a simili interventi, a orientare il suo sguardo critico su molteplici piani. Si tratta, infatti, di analizzare le proposte ricostruttive avanzate dagli interpreti prima e dopo la citata novella normativa, muovendo dalle prime, dedicate al fenomeno della cessione di cubatura, per giungere alle più recenti concentrate sul nuovo ambito tematico della pianificazione perequativa, compensativa e incentivante, nell'ottica di rintracciarne un'adeguata collocazione nel quadro delle categorie ordinanti del diritto civile.

Non può tacersi, tuttavia, la peculiare difficoltà che incontra la sussunzione di ipotesi normative assolutamente inedite nei modelli noti, malgrado, a parere di chi scrive, alla collocazione e al tenore letterale della nuova norma vada attribuito un valore dirimente e proficuamente orientativo.

Sulla base degli esiti di tale analisi, occorrerà un'operazione di sintesi con gli indici da ultimo assunti in forza della recente riformulazione dell'art. 2643 c.c., indicando, altresì, l'eventuale rapporto di continuità instaurato tra la figura della cubatura nell'inquadramento tradizionale e la nuova fattispecie.

La complessità di un esatto e soddisfacente inquadramento dogmatico discende, poi, anche dal fatto che le operazioni circolatorie prospettate si pongono sull'esatto confine tra diritto amministrativo e diritto civile, atteso il preponderante coinvolgimento del diritto urbanistico tale da garantire al permesso di costruire un'indubbia rilevanza.

Chi, tuttavia, sulla scorta di tale considerazione, ritiene che oggetto dei trasferimenti di cubatura non siano posizioni di diritto ma interessi legittimi tesi all'ottenimento del titolo abilitativo, relega immeritatamente l'indagine civilistica in secondo piano, atteso che la responsabilità ermeneutica impone di distinguere il momento antecedente al rilascio da quello successivo. Di conseguenza, non può negarsi al titolare del diritto edificatorio una posizione

meritevole di assoluta tutela e considerazione già prima di tale rilascio, dal momento che, come attenta dottrina ha avuto modo di affermare, soltanto chi disponga di un titolo idoneo a comprovare la detta titolarità sarà legittimato all'avanzamento della relativa istanza. Titolo che proietta indiscutibilmente la vicenda su un piano di riconoscimento proprio del diritto civile.

Pertanto, annientare la rilevanza civilistica del fenomeno circolatorio, condannandolo a mero momento di un procedimento a formazione progressiva di stampo amministrativistico, sarebbe certamente fuorviante ai fini di una ricostruzione adeguatamente rispettosa del dato normativo e funzionale.

Altrettanto incongrua si rivelerebbe una qualificazione che estromettesse *in toto* l'aspetto dei rapporti con la pubblica amministrazione che, anzi, rappresenta, in ragione della costante evoluzione della pianificazione per accordi e delle tecniche perequative, compensative e dei meccanismi incentivanti, il punto di partenza più opportuno per un'indagine sui diritti edificatori. Ragione per cui qui se ne è collocata l'analisi in posizione di apertura.

Altro fondamentale intento che anima le pagine che seguono attiene alla confutazione delle tesi che propongono una duplicazione ricostruttiva della fattispecie a seconda che essa circoli in mancanza o meno di concreta determinazione del fondo originante e di quello di destinazione (“a terra” o “in volo”). Un tale atteggiamento, a ben vedere, tradisce l'esigenza fondamentale di affrontare e risolvere il compito ermeneutico in prospettiva unitaria, peccando di eccessiva confusione nell'accogliere un'inaccettabile variabilità della natura giuridica, per di più oscillante tra diritto di credito e diritto reale.

In conclusione, giova sin d'ora precisare che dovrà prestarsi attenzione ad evitare di cadere nella sterile sovrapposizione tra natura della situazione negoziata e natura degli effetti, reali o obbligatori, del relativo strumento

circolatorio, pericolo piuttosto concreto in molte delle ricostruzioni sostenute in merito.

Ciò nondimeno, ognuna di tali ricostruzioni risulta, ai fini che qui ci si propone, degna di riflessione, sorreggendosi su motivazioni sempre piuttosto concrete che attirano l'interprete verso un nuovo diritto reale ovvero un bene che di un tale diritto può formare oggetto ovvero ancora un interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione strettamente collegato al potere di pianificazione di quest'ultima.

Concentrando, poi, l'attenzione sulla portata pubblicitaria della novella, si indagherà approfonditamente, altresì, l'atteggiamento della trascrizione rispetto alla circolazione dei diritti edificatori, individuandone gli effetti e gli aspetti problematici che hanno suscitato maggiori perplessità sia negli interpreti sia negli operatori.

Nelle pagine che seguono, si cercherà, dunque, di analizzare le teorie citate, delineandone gli elementi più e meno convincenti, e, al contempo, di prospettare una propria modesta ricostruzione che possa, infine, fornire qualche spunto di riflessione ulteriore in un dibattito al quale certo non mancano vivacità e ispirazione.

Capitolo I

La pianificazione urbanistica.

Sommario: 1.1. Il Piano Territoriale di Coordinamento (P.T.C.). – 1.2. I Piani Territoriali Paesaggistici (P.T.P.). – 1.3. Il Piano Regolatore Generale (P.R.G.), cenni e rinvio. – 1.4. Il Programma di Fabbricazione (P.d.F.). – 1.5. Il Piano Particolareggiato Esecutivo (P.P.E.). – 1.6. Il Piano Esecutivo Convenzionato (P.E.C.). – 1.7. I Piani per Insediamenti Produttivi e i Piani di Recupero del patrimonio edilizio esistente.

Nell'ambito del diritto amministrativo, la branca dell'urbanistica è quella che si occupa dello studio e della disciplina dell'*urbs*, ossia la città, e, in generale, di ogni insediamento dell'uomo sul territorio.

Essa si pone quale scopo la progettazione dello spazio urbanizzato e la pianificazione organica delle sue modificazioni su tutto il territorio, compreso quello scarsamente urbanizzato, e comprende, estensivamente, altresì, ogni aspetto gestionale, di tutela, programmatico e normativo dell'assetto territoriale ed in particolare delle infrastrutture e dell'attività edificatoria.

Oggetto immediato dell'urbanistica è, da un lato, la disciplina dei piani che regolano l'uso delle aree e che conformano la proprietà privata ai bisogni della collettività e, dall'altro, la regolamentazione della realizzazione delle opere pubbliche e degli interventi privati attraverso procedimenti amministrativi di vario tipo. Il compito che si prefigge è, dunque, certamente, di non poco conto, dal momento che le è demandata la composizione di posizioni sovente contrapposte tra interesse collettivo ad uno sviluppo controllato dei suoli e diritto dei privati di realizzare sulla propria area le opere ritenute più opportune.

Negli anni sono andate sviluppandosi posizioni che hanno sponsorizzato l'autonomia del diritto urbanistico rispetto al diritto amministrativo¹, in virtù del costante aumento di peso che iniziava ad acquisire e del fatto che si poneva al centro di significative evoluzioni tanto dottrinarie quanto giurisprudenziali, le quali, tuttavia, insieme ad una certa incoerenza terminologica del legislatore soprattutto costituzionale², hanno alimentato notevoli incertezze in ordine all'inquadramento costituzionale e alla giurisdizione.

Sotto il primo di tali due aspetti, l'art. 51 d. lgs. n. 112/1998 mantiene allo Stato, in ragione dell'evidente rilievo, i compiti relativi all'identificazione delle linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale con riferimento ai valori naturali ed ambientali, alla difesa del suolo e all'articolazione territoriale delle reti infrastrutturali. Tuttavia, la funzione legislativa concorrente crea non pochi problemi in ordine alla definizione dei principi fondamentali che sono riservati al legislatore nazionale, il quale, nella sua produzione normativa, sconfinava troppo spesso in una legislazione di dettaglio che limita l'intervento legislativo regionale.

Per quanto, poi, alla giurisdizione nelle materie dell'urbanistica e dell'edilizia, il d. lgs. n. 80/1998 attribuisce tale funzione al giudice amministrativo, seppure limitatamente agli atti e ai provvedimenti, conferendogli altresì il potere di disporre il risarcimento del danno.

Come detto, la concretizzazione della disciplina urbanistica e della corretta gestione dello spazio è affidata ad una serie di piani programmatici di natura concettuale, normativa e tecnica, i quali, sotto il profilo dell'attuazione della pianificazione urbanistica, prendono il nome di strumenti urbanistici, distinguibili per livello gerarchico, tipologia e funzionalità.

¹G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 1999, 7.

²S. AMOROSINO, *Il "governo del territorio" tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *RGE*, Milano, 2003, 78.

In Italia, essi prendono avvio con la promulgazione della legge 17 agosto 1942, n. 1150, c.d. Legge urbanistica. La pianificazione urbanistica che tale normativa predispone prevede una sequenza gradualistica di piani che considerano diversi livelli di spazialità territoriale ed hanno efficacia conformativa delle proprietà private parimenti diversificata. Essa è, infatti, gerarchicamente ordinata su tre livelli: al livello più ampio si trovano i piani territoriali di coordinamento mentre a quello intermedio si collocano i piani comunali, tra cui principalmente il Piano regolatore generale, sostituito in alcune occasioni dai programmi di fabbricazione o, in ipotesi ancora più rare, dai piani intercomunali. Infine, a livello di dettaglio, sono posti i piani attuativi, ovvero i piani particolareggiati, ma anche una serie svariatissima di piani attuativi speciali, quali i piani per l'edilizia economica e popolare, i piani di recupero, i piani per gli insediamenti produttivi, ecc.

Di questi, quello che ha ricevuto la più massiccia e diffusa applicazione è quello comunale (PRG), per la cui analisi approfondita si rinvia al prossimo capitolo.

Malgrado su scala nazionale la legge urbanistica sia da tempo in attesa di una riforma, dal 1942 ad oggi sono state, all'opposto, promulgate numerose leggi di supporto per argomenti specifici, quali l'edilizia popolare, gli standard, ecc., che tuttavia non hanno modificato il suo ruolo quadro. Di queste si possono ricordare, rispettivamente, le seguenti leggi: 167/1962, 765/1967, 865/1971, 10/1977, 142/1990.

Fenomeno davvero rilevante cui si è assistito a partire dalla promulgazione della legge urbanistica vedeva una pianificazione territoriale concepita secondo canoni rigidi o c.d. a cannocchiale. Si doveva, secondo le opinioni del tempo, partire da un piano territoriale di livello regionale, o comunque sovracomunale, le cui prescrizioni dovevano trovare attuazione nel piano regolatore generale di

ciascun Comune, il quale, a sua volta, sarebbe stato poi attuato mediante una serie di piani particolareggiati.

Questa forma rigida di pianificazione si è dimostrata foriera di notevoli inconvenienti, che hanno decisamente spinto a favore della tendenza a “degerarchizzare” la sequenza anzidetta dei piani urbanistici. Inoltre, con l’avvento del governo delle Regioni, nel 1972, la materia dell’edilizia e del territorio passa dalla gestione centrale a quella regionale, ed, infatti, si assiste in ogni Regione ad un processo di approvazione di proprie normative per i vari settori dell’edilizia, dell’urbanistica e del territorio.

Ad oggi, pertanto, un certo schema gerarchico residua nei rapporti tra P.R.G. e piani attuativi, mentre i piani sovracomunali territoriali di coordinamento, contenendo disposizioni eminentemente programmatiche, non pongono vincoli di sorta immediatamente applicabili ai privati ma si limitano a predisporre indirizzi organici rivolti alle amministrazioni, salvo il caso dei piani paesaggistici, costitutivi, come si dirà, di vincoli impressi direttamente sul territorio.

Con il passare del tempo, nel dibattito del governo delle città e del territorio, sono apparse anche altre tematiche, originariamente non prioritarie, relative principalmente ai settori della tutela del paesaggio e della difesa dell’ambiente, che ricevono un impulso sempre più importante nell’approccio della sostenibilità.

Nelle pagine che seguono si presenteranno, senza presunzione di completezza, i singoli strumenti urbanistici, generati dalla citata Legge urbanistica nazionale del 1942 e da altre leggi in materia.

1.1. Il Piano Territoriale di Coordinamento (P.T.C.).

Il Piano Territoriale di Coordinamento (P.T.C.) è lo strumento che coinvolge i più vasti territori ed è perciò il piano più ampio e complesso.

Esso si occupa di raccogliere, coordinare e rendere efficienti i programmi nei vari settori dell'iniziativa pubblica e privata e di promuovere lo sviluppo di nuove attività nel territorio cui il piano si riferisce³.

Introdotta dagli artt. 5 e 6 della Legge urbanistica durante il regime fascista, che da sempre si oppose a ogni forma di decentramento amministrativo, non trovò immediata attuazione a causa delle note vicende belliche. A partire dal 1945, cominciano, poi, ad affermarsi i principi della pianificazione urbanistica già presenti nelle nazioni occidentali e prende corpo una linea favorevole al P.T.C.

Solo con gli anni '70, però, in virtù dell'istituzione delle Regioni a statuto ordinario, la pianificazione di coordinamento acquista centralità nel dibattito politico, e ne viene delegata la promozione alle Regioni, prima, e alle Province, poi.

Malgrado la Legge urbanistica non precisasse l'estensione minima del P.T.C., essa lasciava, comunque, intendere che avrebbe dovuto coinvolgere più Comuni, in una prospettiva, in un primo momento, regionale per la delimitazione dei territori soggetti al Piano, sostituita poi, successivamente all'emanazione della legge n. 142/1990, dal criterio dell'estensione provinciale e delle c.d. aree metropolitane.

Come sopra anticipato, in base alla situazione reale, non è possibile ravvisare in tale tipo di strumento una pianificazione rigida, dal momento che esso è

³Cfr. N. ASSINI, *Pianificazione urbanistica e governo del territorio*, Padova, 2000, 77, secondo il quale "il piano territoriale è strumento di indirizzo generale della politica del territorio che autorità diverse adottano al fine di sovrapporre alla pianificazione comunale determinazioni di carattere e portata di direttive, scaturenti da una valutazione più globale del territorio, considerato su più larga scala ed estensione"

soggetto alla necessità di adeguarsi costantemente alle mutabili esigenze economico-sociali di livello locale. Al contempo, tuttavia, occorre auspicare una certa robustezza, allo scopo di garantire l'inquadramento della programmazione comunale in chiare scelte strategiche operate su un più vasto ambito territoriale⁴. Nel piano, infatti, devono stabilirsi le direttive da seguire nella programmazione territoriale in rapporto principalmente alle zone da riservare a speciali destinazioni o a quelle soggette a vincoli o a limitazioni di legge; alle località da scegliere come sedi di nuovi nuclei edilizi o di impianti di particolare natura o importanza e alla rete delle principali linee di comunicazione, stradali, ferroviarie ed elettriche⁵.

Il contenuto del piano è determinato dalla Legge urbanistica e si suddivide in più settori di analisi e progettazione destinati a diventare progetti grafici completi di norme regolamentari. Tali settori corrispondono alle zone di lavoro e di produzione, come insediamenti agricoli, industriali, commerciali e turistici; agli insediamenti urbani e rurali; alle zone paesistiche e attrezzature per lo svago e il riposo; ai servizi e attrezzature sociali, quali strutture sanitarie e scolastiche o parchi urbani e territoriali e alla rete delle comunicazioni e dei trasporti.

Come pure si evidenziava, la Legge urbanistica non ha previsto alcun effetto in ordine all'approvazione del piano, esprimendo ai Comuni un generico invito al recepimento non sanzionato in sede di approvazione dei piani nonostante la funzione programmatica vincoli direttamente tutti gli enti pubblici ad adeguarsi alle sue disposizioni, mentre le indicazioni aventi carattere precettivo, viceversa, comportano di norma l'adozione delle misure di salvaguardia.

⁴M. BREGANZE, *Piano territoriale di coordinamento*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996, 242.

⁵G. MORBIDELLI, *Pianificazione territoriale ed urbanistica*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1991, 1-54.

In ogni caso, infine, il piano può avere una disciplina prevalente rispetto a quella dei vigenti strumenti urbanistici, determinando, in capo al Comune destinatario delle disposizioni, l'obbligo di sospendere ogni determinazione sulle domande di permesso di costruire⁶.

1.2. I Piani Territoriali Paesaggistici (P.T.P.).

I Piani Territoriali Paesaggistici (P.T.P.) sono strumenti urbanistici di livello territoriale contenenti prescrizioni per un armonioso sviluppo di intere zone che si vogliono tutelare in ragione della loro particolare bellezza, risultando, ad oggi, residuale il ricorso alla tecnica della disciplina puntuale, come quella delle dichiarazioni di notevole interesse pubblico, oggetto di singoli provvedimenti amministrativi al di fuori degli atti di pianificazione⁷.

Già previsti dalla legge n. 1497/1939, essi furono scarsamente applicati fino al 1985, fino a quando, cioè, con la legge n. 431/1985 per la Tutela delle zone di particolare interesse ambientale, fu introdotto l'obbligo per le Regioni, depositarie della tutela paesaggistica, di dotarsi di un Piano Paesistico al fine di valorizzare le risorse ambientali.

La materia, caratterizzata com'era da un meccanismo di vincolo per mezzo di notifica dell'interesse pubblico, ha conosciuto un deciso sviluppo con l'emanazione, nel 2004, del Codice dei beni culturali e del paesaggio, il quale persegue l'intento di riempire di contenuti regolativi minimi obbligatori i piani

⁶N. CENTOFANTI – M. FAVAGROSSA – P. CENTOFANTI, *Diritto urbanistico*, Padova, 2012, 71 e ss.

⁷P. URBANI, *La costruzione del piano paesaggistico*, in *UA*, 2006, 382.

paesistici, in modo da renderli strumenti di effettivo governo dello sviluppo sostenibile delle aree paesaggisticamente rilevanti⁸.

Tra le innovazioni di maggior rilievo apportate dal detto Codice, spiccano, senz'altro, la predisposizione di un sistema di tutela del paesaggio ridisegnato rispetto al passato e basato su un provvedimento amministrativo pianificatorio; l'attribuzione alle Regioni della competenza di tale pianificazione paesistica e la riaffermazione della finalità dinamica del piano che, pertanto, non ha più il solo scopo di mera conservazione che caratterizzava la precedente normativa⁹, ma si rende baluardo del valore paesaggistico, decisamente prevalente rispetto alla pianificazione urbanistica nel rinnovato spirito garantista.

È delineato, altresì, un evidente recupero di funzioni e poteri da parte dello Stato in tale materia, anche in osservanza degli impegni assunti a Firenze con la Convenzione europea del paesaggio del 2000. All'interno di questo quadro si collocano le previsioni normative che stabiliscono che i piani paesaggistici dettino misure di coordinamento con gli strumenti di pianificazione territoriale di settore, nonché con gli strumenti regionali e territoriali per lo sviluppo economico.

I piani in esame, in ogni caso, non fanno venire meno, ma anzi presuppongono, l'esistenza del vincolo paesaggistico, sia che lo stesso sia stato imposto dalla Regione nell'esercizio delle funzioni delegate sia che esso sia stato imposto dall'amministrazione statale. L'imposizione del vincolo comporta, ove si vogliano eseguire lavori sui beni interessati, l'obbligo di munirsi del preventivo

⁸Vd. P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *RTDP*, II, Milano, 2004, 363, a parere del quale “la pianificazione paesaggistica diviene il passaggio obbligatorio essenziale per la conservazione e la gestione del paesaggio, con estensione di essa a tutto il territorio regionale, con la previsione di diverse gradazioni di tutela in relazione alla ricognizione dei valori paesaggistici e alla conseguente assegnazione di obiettivi di qualità, nonché di interventi di recupero nelle aree degradate, in obbedienza alle indicazioni scaturenti dalla Convenzione europea del paesaggio”.

⁹R. TAMIOZZO, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2005, 238.

nulla osta, ora di competenza della Regione, salvo il caso di delega agli enti locali¹⁰.

L'art. 143 dell'anzidetto Codice descrive il contenuto del piano e lo tripartisce in base agli aspetti ricognitivo, prescrittivo e propositivo.

La parte prescrittiva è contenuta nel primo comma, che, con riferimento agli interventi realizzabili sui beni tutelati, prevede una modulazione del regime autorizzatorio su tre livelli, a seconda che sia rafforzato, attenuato ovvero escluso in rapporto agli ambiti territoriali e agli obiettivi di qualità paesaggistica. Per quanto invece alle parti ricognitiva e propositiva, essi devono stabilire il rapporto fra aree libere e aree fabbricabili in ciascuna località soggetta a vincolo; dettare le istruzioni per la scelta della flora; dettare le norme per i vari tipi di costruzione in relazione alle caratteristiche ambientali e prevedere la distribuzione dei fabbricati e i relativi allineamenti.

Peraltro, come ha avuto modo di precisare recente giurisprudenza amministrativa, il Piano paesaggistico regionale, oltre alla disciplina dei beni paesaggistici, può contenere anche le misure necessarie per il corretto inserimento, nel contesto ambientale, degli interventi di trasformazione del territorio, al fine di realizzare uno sviluppo sostenibile delle aree interessate, purché tali prescrizioni riguardino componenti del paesaggio che abbiano assunto specifica rilevanza nel procedimento di formazione del piano stesso e per le quali si siano svolte le conferenze di copianificazione e la partecipazione dei Comuni interessati, fermi restando i beni paesaggistici appositamente individuati e tipizzati¹¹.

¹⁰G. C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, 88.

¹¹ T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. II, 10.4.2009, n. 498, in *FATAR*, 2009, IV, 1263.

1.3. Il Piano Regolatore Generale (P.R.G.), cenni e rinvio.

Del Piano Regolatore Generale (P.R.G.) tratteremo, come detto, in prosieguo ma basti in questa sede specificare che si tratta dello strumento fondamentale della disciplina urbanistica di un Comune. Esso presenta le caratteristiche di un progetto di massima, che configura la futura sistemazione del territorio comunale e stabilisce le direttive e i vincoli necessari per attuarla, tenuto conto delle condizioni ambientali e delle esigenze della popolazione.

1.4. Il Programma di Fabbricazione (P.d.F.).

Il Programma di Fabbricazione è stato previsto dall'art. 34 della Legge urbanistica come allegato del regolamento edilizio nei Comuni sprovvisti di Piano regolatore e consiste in uno strumento più semplice nei contenuti, negli effetti e nelle procedure, volto a conoscere con precisione i luoghi ove poter costruire, ossia la perimetrazione della possibile espansione del centro abitato, determinando la c.d. zonizzazione del territorio comunale e la definizione dei diversi tipi di costruzioni edilizie¹².

Esso risente, tuttavia, di precisi limiti tanto contenutistici, per quanto, ad esempio, all'edificabilità dei suoli, quanto spaziali, dal momento che trova applicazione all'interno dei limiti comunali.

Proprio in riferimento all'edificabilità, la giurisprudenza ha discusso sulla legittimità dell'imposizione di vincoli assoluti o di localizzazione di opere pubbliche su parte del territorio comunale attraverso il programma in commento.

¹²A.CALEGARI, *Programma di fabbricazione*, in ITALIA V. (a cura di), *Urbanistica Edilizia Espropriazione*, Milano, 2007, 1090.

In un primo tempo, l'indirizzo giurisprudenziale ha ritenuto che, attraverso questo strumento urbanistico, non potessero imporsi vincoli di inedificabilità o di destinazione, poiché tali funzioni apparterrebbero esclusivamente al Piano regolatore. La competenza del programma sarebbe, all'opposto, limitata all'adibizione di singole aree o zone a particolari destinazioni e alla realizzazione di opere pubbliche nei soli casi di espressa previsione da parte di specifici piani ovvero qualora si tratti di interventi particolari previsti da leggi speciali.

A parere della giurisprudenza degli anni novanta, infatti, il programma di fabbricazione non è idoneo ad imporre *ex novo* vincoli di inedificabilità e di destinazione specifica di singole aree, ad eccezione di quelli ricognitivi, che possono essere introdotti, alla stregua dell'art. 34 della Legge urbanistica, dai singoli piani particolari¹³.

I sostenitori di tale posizione rilevano, da un lato, la necessità di evitare l'imposizione di vincoli a contenuto espropriativo in uno strumento urbanistico che non preveda una limitazione temporanea collegata all'espropriazione ed al relativo indennizzo del vincolo e, dall'altro, la mancanza di una procedura di approvazione aperta alla collaborazione dei privati.

Altro indirizzo, confortato ormai dalla giurisprudenza costituzionale¹⁴ e dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, prevede invece la totale equiparazione, quanto a contenuto ed effetti, del programma di fabbricazione al Piano regolatore nell'imposizione dei vincoli e nelle localizzazioni¹⁵.

Quanto, infine, all'evoluzione del programma in discorso, si contrappongono due indirizzi, dei quali il primo ne sponsorizza la salvaguardia come strumento urbanistico e il secondo, invece, prevede la sua soppressione, rendendo

¹³Cons. St., sez. V, 26.5.1990, n. 434, CS, 1990, I, 757.

¹⁴Corte cost. 20.3.1978, n. 23, RGE, 1978, 61.

¹⁵G. C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, 267.

obbligatoria per i Comuni l'adozione del Piano regolatore e ammettendo esclusivamente varianti ai programmi vigenti. L'evoluzione successiva della legislazione regionale si è conformata a tale ultima impostazione, estendendo alla generalità dei Comuni l'obbligo di dotarsi del Piano regolatore generale o del diverso strumento urbanistico comunale da essa previsto, quale il piano strutturale, il piano operativo ovvero il piano di governo del territorio, per cui oggi l'istituto non può più trovare applicazione¹⁶.

1.5. Il Piano Particolareggiato Esecutivo (P.P.E.).

Il Piano Particolareggiato Esecutivo è uno strumento di attuazione e di sviluppo del P.R.G. previsto dalla legge urbanistica del 1942, e rappresenta lo stadio finale del processo di pianificazione.

Utilizzato dal Comune per mostrare ciò che può essere costruito su un determinato terreno, esso deve dare, in relazione a ciascuna particolare zona e nel rispetto delle indicazioni di massima dello strumento generale, indicazioni riguardanti la rete stradale, i principali dati altimetrici, le masse e le altezze delle costruzioni lungo strade o piazze, gli spazi riservati a opere e impianti di interesse pubblico, gli edifici destinati a demolizione, ricostruzione ovvero restauro, la suddivisione degli isolati, gli elenchi catastali delle proprietà da espropriare o vincolare, le profondità delle zone laterali a opere pubbliche, la cui occupazione serve ad integrare le finalità delle opere stesse e a soddisfare prevedibili esigenze future.

¹⁶A.CALEGARI, *Programma di fabbricazione*, in ITALIA V. (a cura di), *Urbanistica Edilizia Espropriazione*, Milano, 2007, 1099.

Fra gli elaborati che il Piano in discorso deve contenere figurano, ai sensi dell'art. 13 della Legge urbanistica, una relazione illustrativa ed una relazione finanziaria.

Deve, tuttavia, darsi atto in questa sede, in primo luogo, che giurisprudenza consolidata ha osservato come il Piano regolatore generale possa contenere non solo indicazioni di carattere programmatico da sviluppare in piani esecutivi ma anche prescrizioni categoriche immediatamente impegnative ed obbligatorie, come tali, costitutive di vincoli indipendentemente dalla formazione di uno strumento particolareggiato e, *in secundis*, che l'evoluzione legislativa degli anni '70 ha condotto alla previsione, nella fase dell'attuazione del piano regolatore, di strumenti urbanistici alternativi o sostitutivi del piano particolareggiato, che, pertanto, ha perso il monopolio della pianificazione attuativa.

Si tratta dei piani di lottizzazione, piani di edilizia economico popolare, piani degli insediamenti produttivi e piani di recupero¹⁷, prototipi, ad eccezione dei primi, di piani attuativi volti alla realizzazione di specifiche finalità. Proprio in tale caratteristica può cogliersi la distinzione dai piani particolareggiati, i quali si rivolgono, invece, ad una destinazione indifferenziata¹⁸.

Di notevole interesse è il rapporto che si instaura tra lo strumento particolareggiato e il Piano regolatore generale di cui il primo è esecuzione. Quest'ultimo, infatti, non può adottare soluzioni contrastanti con lo strumento generale, non potendosi considerare come sue varianti né le modifiche introdotte dal piano particolareggiato né le modifiche parziali, salvo il caso di effettiva modifica al Piano regolatore generale regolarmente approvata. Pertanto, il piano particolareggiato può operare, di norma, solo nell'ambito delle

¹⁷G. BERGONZINI, *Piano regolatore particolareggiato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996, 232.

¹⁸A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1995, 281.

prescrizioni del Piano regolatore suscettibili di ulteriori specificazioni e può dettare norme, anche integrative o di adattamento, all'interno degli spazi dispositivi che il piano non abbia espressamente occupato con esplicite previsioni.

1.6. Il Piano Esecutivo Convenzionato (P.E.C.).

Come detto, esistono strumenti alternativi ai Piani particolareggiati, tra i quali meritano particolare considerazione i Piani Esecutivi Convenzionati, versione aggiornata dei Piani di Lottizzazione Convenzionata.

Essi costituiscono la forma di urbanizzazione del territorio lasciata prevalentemente all'iniziativa privata e, infatti, vengono proposti dai privati sulla base e in attuazione della necessaria presenza e vigenza di un Piano Regolatore Generale o di Programmi di Fabbricazione, ai sensi dell'art. 7 della Legge ponte n. 765/1967 modificativo dell'art. 28 della Legge urbanistica.

In linea teorica, la lottizzazione convenzionata costituisce un mezzo straordinario di attuazione del Piano regolatore generale, malgrado competa alla piena e insindacabile discrezionalità dell'amministrazione comunale la scelta in ordine alla modalità di attuazione dello strumento urbanistico generale.

Tali lottizzazioni presentano aspetti che vanno tenuti accuratamente distinti. Il primo attiene al momento della pianificazione urbanistica in senso spaziale e si esprime nel piano di lottizzazione mentre il secondo attiene al momento della programmazione realizzatoria e si esprime nella convenzione.

Come è stato evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, il piano è necessario ogni qual volta ci si trovi di fronte ad una zona di notevoli estensioni

che sia priva di opere di urbanizzazione, ossia di attività capaci di provocarne una profonda trasformazione socio-economica oltre che strutturale.

Proprio per tale motivo si rende necessario dotarla di una struttura viaria e di tutte le relative infrastrutture idonee a consentire un insediamento ordinato e razionale, tenuto conto delle costruzioni già realizzate, di quelle per le quali la richiesta di esenzione è in corso di presentazione e di quelle realizzabili¹⁹.

Dunque, di norma, il permesso di costruire non può essere rilasciato in assenza del piano attuativo. Eccezioni a tale regola possono individuarsi nei casi in cui emerga che l'area edificabile di proprietà del richiedente sia l'unica a non essere stata edificata, collocandosi in una zona integralmente interessata da costruzioni o dotata delle opere di urbanizzazione primaria, tali da rendere superflua un'opera di lottizzazione, ovvero qualora sussista, nel comprensorio interessato, una situazione di fatto corrispondente a quella derivante dall'attuazione della lottizzazione stessa ovvero ancora siano presenti le fondamentali opere di urbanizzazione, quali strade residenziali, rete idrica e fognaria e di distribuzione dell'energia elettrica²⁰.

La considerazione che il Piano è necessario ogni volta che la zona ad edificarsi sia priva di opere di urbanizzazione non compromette il principio secondo cui la preventiva lottizzazione è necessaria anche in situazioni intermedie, nelle quali, cioè, esiste un principio di urbanizzazione, come nel caso, ad esempio, di zone già compromesse da fenomeni urbanistici spontanei ed incontrollati.

¹⁹Cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 5.5.2011, n. 2485, in *FATAR*, 2011, 5, 1963, ove si legge che “ove si tratti di asservire per la prima volta ad insediamenti edilizi aree non ancora urbanizzate, che obiettivamente richiedano, per il loro armonico raccordo con un preesistente aggregato abitativo, la realizzazione o il potenziamento delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria volte a soddisfare le esigenze della collettività, si rende necessario un piano esecutivo particolareggiato o di lottizzazione, quale presupposto per il rilascio del permesso di costruire”.

²⁰T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 3.6.2010, n. 8219, richiede però che il Comune interessato accerti la compatibilità effettiva del nuovo insediamento edilizio rispetto allo stato di urbanizzazione della zona.

Per ciò che riguarda il contenuto, il piano di lottizzazione consiste in uno strumento esecutivo e, come tale, esprime tutte le prescrizioni di dettaglio necessarie all'esecuzione delle opere programmate a livello generale. Sotto tale aspetto esso non si distacca troppo dal piano particolareggiato di cui sopra.

Rispetto a questi contenuti, la convenzione svolge una funzione programmatica, in quanto costituisce e regola gli obblighi assunti dal lottizzatore circa l'esecuzione delle opere di urbanizzazione, ovvero la cessione delle aree da urbanizzare e i versamenti delle somme destinate al medesimo scopo.

Il contenuto della convenzione urbanistica è stabilito dall'art. 28, comma quarto, della Legge urbanistica. Essa deve prevedere la cessione gratuita, entro termini prestabiliti, delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria e secondaria; l'assunzione a carico dei proprietari degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria, alla parte di opere di urbanizzazione secondaria relative al piano e a quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi – la cui proprietà sarà trasferita gratuitamente al Comune, insieme agli oneri di manutenzione, su richiesta del lottizzante, qualora l'ente ne ravvisi l'opportunità; un termine non superiore a 10 anni entro il quale deve essere ultimata l'esecuzione delle opere inerenti all'urbanizzazione e, infine, congrue garanzie finanziarie degli obblighi derivanti al privato per effetto della stipula della convenzione stessa.

Una volta approvato il Piano, il Comune è tenuto a concludere il procedimento, pervenendo alla sottoscrizione del negozio accessorio della convenzione urbanistica, alla cui stipulazione la legge condiziona sospensivamente l'efficacia dell'autorizzazione a procedere alla lottizzazione.

Per cogliere appieno la rilevanza della convenzione, è necessario ricordare che nessun piano urbanistico può essere fonte di obblighi di fare o di dare per i privati, in quanto la sua efficacia giuridica è limitata all'imposizione di vincoli,

ovvero obblighi di non fare. Ai fini della concreta realizzazione delle previsioni di piano, un obbligo di astensione è evidentemente insufficiente, perciò il momento realizzatorio può esplicarsi mediante azione diretta degli enti pubblici o mediante convenzioni, eventualmente precedute da esproprio, oppure, infine, attendendo la maturazione delle scelte realizzatorie dei privati.

È bene specificare, infine, che si tratta, in questo caso, di convenzioni *sui generis*, poiché lasciano intatte le potestà pubblicistiche del Comune in materia di governo del territorio, configurando, così, un difetto di parità contrattuale in grado di minare il sinallagma delle medesime convenzioni, il che rende problematica l'applicazione ad esse della disciplina generale dei contratti di diritto comune²¹.

1.7. I Piani per Insediamenti Produttivi e i Piani di Recupero del patrimonio edilizio esistente.

Altri strumenti urbanistici attuativi degni di nota sono i Piani per Insediamenti Produttivi e i Piani di Recupero del patrimonio edilizio esistente.

Il Piano per insediamenti produttivi, previsto dall'articolo 27 della legge n. 865/1971, si caratterizza sia come strumento di pianificazione urbanistica nel senso tradizionale sia, soprattutto, come strumento di politica economica²² e, trattandosi di un piano di attuazione di scelte già effettuate a livello di pianificazione generale, può essere adottato dai soli Comuni dotati di Piano regolatore generale o di Programma di fabbricazione. Essi intendevano essere un momento della programmazione economica tradotta in termini spaziali.

²¹A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1995, 297.

²²G. C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, 411.

Secondo la dottrina, la previsione di piani siffatti risponde ad un duplice ordine di interesse. In primo luogo, le finalità di carattere economico, che sono fatte oggetto di strumenti programmatici, e, in secondo luogo, la riconduzione di detti piani all'interno della pianificazione urbanistica. Il P.I.P. consente, quindi, che le finalità in questione siano perseguite in modo non avulso dalla disciplina dell'assetto del territorio²³.

Il piano in commento ha, infatti, la funzione di incentivare le imprese, dal momento che tramite la loro approvazione vengono loro offerte, previa espropriazione ed urbanizzazione, le aree occorrenti per il loro impianto o la loro espansione ad un prezzo politico. Il meccanismo esecutivo predisposto dai piani prevede, in altre parole, l'acquisizione all'ente delle aree e della loro urbanizzazione e la successiva cessione in proprietà o in diritto di superficie a tempo indeterminato ai privati²⁴. In entrambi i casi, l'atto di trasferimento deve essere accompagnato da una convenzione in cui vengano disciplinati gli obblighi posti a carico del concessionario o dell'acquirente. Il contenuto di queste convenzioni, cui la legge statale accenna soltanto, è specificato nella legislazione regionale, ove intervenuta, mentre, sotto il profilo della qualificazione giuridica, tuttavia, tali convenzioni non si discostano dalle convenzioni urbanistiche in senso lato di cui sopra.

In forza della concentrazione delle competenze in materia di pianificazione urbanistica generale, di autorizzazione alle trasformazioni edilizie e di gestione dei vincoli paesaggistici, come detto, buona parte delle scelte fondamentali sul governo del territorio, tra le quali anche quelle in ordine agli insediamenti

²³G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *DA*, IV, 2003, 707, il quale osserva che "la qualificazione dei P.I.P. come strumenti di tipo urbanistico consente di dettare prescrizioni che incidono sul diritto di proprietà, ma con scopi, evidentemente, di promozione dell'attività di impresa più che, o non solo, di ordinato sviluppo dell'assetto territoriale".

²⁴C. CACCIAVILLANI LANZIERI, *Piano per gli insediamenti produttivi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996, 208.

produttivi qui in discorso, sono affidate dalla legge ai Comuni, quali enti responsabili dello sviluppo sociale ed economico delle collettività che rappresentano.

La giurisprudenza rileva che ciascun Comune può legittimamente tendere a favorire gli insediamenti produttivi, anche a scapito dei Comuni vicini e anche mediante l'adattamento dei propri strumenti urbanistici, purché nel rispetto dei limiti e dei presupposti normativi²⁵.

La programmazione urbanistica non può, per contro, introdurre misure espulsive degli insediamenti produttivi esistenti, neanche in via indiretta, in ossequio ai principi di corretta pianificazione che traspaiono dalla normativa di settore e più volte evidenziati dalla giurisprudenza amministrativa²⁶.

Quest'ultima, infine, esige, altresì, che l'adozione del piano si fondi sulle reali ed accertate condizioni economico-sociali e produttive in vista di concrete prospettive di utilizzazione del piano, a giustificazione dell'interesse pubblico²⁷, per cui si ritengono illegittime le delibere comunali di adozione di un P.I.P. non accompagnate da adeguata istruttoria circa la necessità di nuove aree per insediamenti produttivi²⁸.

Passando, ora, alla trattazione dei Piani di Recupero del patrimonio edilizio esistente, occorre, in primo luogo, precisare che l'art. 27 della legge n. 457/1978 dispone che nello strumento urbanistico generale si debbano individuare le aree oggetto di interventi di recupero e che, successivamente a detta scelta, si

²⁵T.A.R. Umbria 12.6.2006, n. 325, *FATAR*, 2006, VI, 2021.

²⁶Su tutti, T.A.R. Lombardia Brescia 3.7.2006, n. 828.

²⁷Cfr. Cons. St., sez. IV, 5.7.1995, n. 539, *RGE*, 1995, I, 1101, ove si afferma che "la decisione di assoggettare determinati terreni ad un P.I.P. deve essere puntualmente motivata con riferimento a quelle esigenze di pubblico interesse che ne formano la *ratio legis*, dovendo in ogni caso essere considerata, e adeguatamente dimostrata, l'idoneità del piano ad apportare un incremento di ricchezza per l'intero sistema economico locale, non potendo lo strumento espropriativo essere utilizzato semplicemente per consentire a singoli imprenditori di ricavare maggiori profitti dai loro investimenti".

²⁸Cons. St., sez. IV, 8.4.1991, n. 254, *Cons. Stato*, 1991, I, 601.

debbano predisporre da parte dell'amministrazione comunale, nella sua piena discrezionalità, o da parte dei privati i relativi piani di recupero.

La detta disposizione consente, dunque, in primo luogo, al consiglio comunale di individuare, in sede di formazione o di variante dello strumento urbanistico generale, dapprima una zona di recupero e poi, come operazione logicamente se non temporalmente successiva, nell'ambito di questa, immobili od aree da assoggettare a tale tipo di intervento, purché i fabbricati considerati possano dirsi effettivamente esistenti, ossia dotati, quantomeno, di mura perimetrali, strutture orizzontali e copertura, a pena di illegittimità del piano.

Certamente, infatti, i piani in esame non sono idonei ad autorizzare interventi edilizi che prevedano nuove costruzioni, le quali non siano, cioè, predisposte dagli strumenti generali. Pertanto, l'inclusione in essi di un'area non edificata può giustificarsi o con il fatto che la si vuole rendere area pertinenziale ad un edificio da recuperare, ovvero con il fatto che essa risulta inserita in un'area soggetta, in base allo strumento urbanistico generale, ad una ristrutturazione urbanistica, intervento ben diverso dalla ristrutturazione edilizia.

Malgrado tali piani siano, a parere della giurisprudenza, strumenti urbanistici equivalenti, sotto il profilo dell'efficacia giuridica, al piano particolareggiato, da questo si differenziano, innanzitutto, per l'estrema vincolatività che esprimono nei confronti degli immobili presi in considerazione, dal momento che escludono su essi ogni attività diversa da quelle stabilite e, in secondo luogo, in ragione della finalità di recupero del patrimonio edilizio ed urbanistico esistente invece che di complessiva trasformazione del territorio, tipica del piano particolareggiato.

Gli interventi che in essi si predispongono sono volti alla conservazione, risanamento, ricostruzione e migliore utilizzazione del patrimonio stesso²⁹,

²⁹Cons. St., sez. IV, 14.10.2005, n. 5724, *FACS*, 2005, X, 2901.

come previsto all'art. 31 della legge n. 457/1978, ove sono richiamati la manutenzione ordinaria e straordinaria; le opere e modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali di edifici; le opere necessarie per realizzare e integrare servizi igienico-sanitari e tecnologici; gli interventi di restauro e risanamento conservativo e, infine, la ristrutturazione edilizia ed urbanistica.

Per quanto attiene più specificamente alla necessità dell'adozione di un piano di recupero, la giurisprudenza richiede una specifica individuazione degli immobili che si intende recuperare, con la conseguenza che esso deve considerarsi illegittimo allorquando, in sostituzione di un piano particolareggiato, riguardi un'area quasi completamente inedificata e non immobili degradati³⁰ ovvero qualora abbia ad oggetto un singolo immobile in assenza di una specifica previsione dello strumento urbanistico generale. In tale ultimo caso, sarebbe, infatti, indispensabile che una scelta così circoscritta sia accompagnata da una specifica motivazione che dia conto dell'interesse pubblico perseguito.

Come si anticipava, è normativamente prevista dagli artt. 27 e 30 della legge n. 457/1978, anche a favore dei privati, la facoltà di presentare proposte di Piani di recupero, soggette, poi, all'adozione da parte dei consigli comunali di competenza.

Anche in tal caso, l'approvazione da parte del Comune è condizionata alla stipulazione di apposita convenzione omologa, sotto il profilo della struttura, a quella tipica delle lottizzazioni convenzionate.

Parte della dottrina osserva come a tale richiesta non possano applicarsi, per interpretazione analogica, i meccanismi procedurali relativi al rilascio del permesso di costruire, dal momento che, in tal caso, non sorgerebbe in capo all'istante un interesse legittimo, tutelato col rispetto delle norme di azione

³⁰Cons. St., sez. IV, 27.2.1996, n. 181.

amministrativa, ma bensì una mera aspettativa. In un primo tempo, infatti, la proposta di piano fu interpretata come una mera sollecitazione nei confronti dell'amministrazione comunale all'esercizio dei suoi poteri pianificatori attuativi.

Successivamente, la giurisprudenza è stata protagonista di un radicale mutamento nella considerazione della situazione giuridica ascrivibile ai privati, riconoscendo al proprietario di un immobile ricadente in area interessata da interventi di risanamento e ristrutturazione uno specifico interesse all'approvazione del piano di recupero, cui corrisponde l'obbligo in capo all'ente di provvedere alla relativa attuazione.

Di conseguenza, infine, il soggetto interessato è legittimato ad adire il giudice amministrativo per far rilevare, ad esempio, il silenzio serbato dalla pubblica amministrazione, ritualmente evidenziato³¹

³¹T.A.R. Lazio Latina 20.4.2005, n. 374, *FATAR*, 2005, IV, 1137; Cons. St., sez. V, 11.10.1996, n.1231, *FA*, 1996, 2886.

Capitolo II

Il Piano Regolatore Generale.

Sommario: 2.1. La natura giuridica: atto amministrativo o atto normativo? – 2.2. Il procedimento di formazione. – 2.3. Il contenuto. – 2.4. I vincoli urbanistici. – 2.5. I modelli di amministrazione concordata: la perequazione e la compensazione nella pianificazione urbanistica. 2.5.1. *La perequazione.* – 2.5.2. *La compensazione.* – 2.5.3. *La premialità edilizia.* – 2.5.4. *Perequazione, compensazione e diritto di proprietà. Il rapporto con il principio di legalità e il problema della legittimità costituzionale alla luce della riserva di legge statale ex art. 42 Cost.*

Come sopra accennato, il Piano Regolatore Generale costituisce lo strumento fondamentale della disciplina urbanistica delle Amministrazioni comunali.

Di frequente definito con l'imprecisa dicitura di Piano Urbanistico Comunale, esso possiede le caratteristiche di un progetto di massima, che configura la futura sistemazione del territorio comunale e stabilisce le direttive e i vincoli necessari per attuarla, tenuto conto delle condizioni ambientali e delle esigenze della popolazione.

L'evoluzione del ruolo dello strumento in discorso prende le mosse dall'emanazione della legge n. 2359/1865, che si limitava tuttavia a prevedere esclusivamente piani di carattere viario, restandone esclusi ogni modificazione d'uso dei suoli e criterio di organizzazione della città.

Le deficienze che l'intervento normativo recava furono presto evidenti, soprattutto in relazione a numerose città medio grandi, e determinarono, dapprima, la necessità di leggi speciali che, caso per caso, legittimassero

l'adozione di piani regolatori e, in seguito, l'esigenza di nuove disposizioni di livello nazionale.

Si pervenne, così, alla già più volte citata Legge urbanistica del 1942 che conferiva ai Comuni il compito tanto della predisposizione quanto dell'attuazione dei P.R.G., malgrado la mancanza di adeguate risorse tecniche e finanziarie, le difficoltà procedurali e gli scarsi strumenti di intervento si ponessero quali forti ostacoli a riguardo. Di conseguenza, lo sviluppo urbanistico risultò governato ancora per molti anni da finalità ben diverse da quelle sancite dall'anzidetta legge.

Sul finire degli anni sessanta, in coincidenza di un rinnovamento politico e culturale, vi fu un profondo ripensamento sulla natura e sulle caratteristiche della pianificazione urbanistica, ormai centrale nel concetto di programmazione dello sviluppo locale.

La situazione si ribaltò, tuttavia, nella seconda metà degli anni ottanta, quando le grandi infrastrutture nei settori delle comunicazioni, dei trasporti, del terziario, del tempo libero e via dicendo, assunsero rilevanza tale da imporre soluzioni di livello territoriale.

Nelle pagine che seguono si analizzeranno nello specifico gli elementi che caratterizzano tale strumento, in modo da delinearne, con la maggiore attenzione possibile, il ruolo centrale che esso pacificamente detiene nella programmazione urbanistica.

2.1. La natura giuridica: atto amministrativo o atto normativo?

A parere della dottrina, il Piano regolatore generale ha natura di atto amministrativo complesso, in considerazione del fatto che, ai sensi dell'art. 8

della legge urbanistica, esso risulta dal concorso delle volontà del Comune e della Regione.³²

La giurisprudenza ha precisato che l'efficacia normativa del piano e delle prescrizioni in esso contenute ha inizio non già dalla data di approvazione da parte del consiglio comunale, ma da quello della pubblicazione del decreto di approvazione del presidente della giunta regionale.³³ Pertanto, la sola pubblicazione nel B.U.R. rende lo strumento urbanistico già pienamente efficace, a nulla rilevando il deposito nella segreteria del Comune.

Sotto il profilo processuale, poi, l'opinione più seguita in giurisprudenza vuole il *dies a quo* dell'impugnativa decorrente dalla data di pubblicazione presso la segreteria al fine di rendere i soggetti potenzialmente lesi pienamente edotti delle disposizioni³⁴, malgrado ricorrano posizioni più rigidamente formalistiche, sebbene minoritarie.³⁵

Benché, come si è detto, gli attori principali della formazione del piano siano due enti pubblici e questo valga a conferirgli natura formale di atto amministrativo, sotto il profilo contenutistico esso è stato classificato come un atto normativo, al fine di risolvere in tal modo ogni problema in ordine all'efficacia del provvedimento nei confronti dei destinatari. I vincoli che il piano predispone, infatti, in quanto conformativi del diritto di proprietà,

³²R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1996, 628.

³³ Cfr. Cass. civ., sez. II, 19.3.1991, n. 2927, *GCM*, 1991, 877.

³⁴ Cons. St., sez. IV, 11.12.1998, n. 782, *RGE*, 1999, 305.

³⁵ Secondo Cass. civ., sez. II, 9.1.1993, n. 147, *GCM*, 1993, 28, "i regolamenti edilizi e gli annessi programmi di fabbricazione acquistano efficacia normativa solo dalla data in cui si completa il termine della loro affissione nell'albo comunale, così come è stabilito dall'art. 10 della l. 1150 del 1942, e non dalla data del decreto di approvazione del regolamento da parte della competente autorità regionale o da quella della pubblicazione di tale decreto nel bollettino ufficiale della Regione.

La natura normativa dei predetti regolamenti e dei relativi programmi di fabbricazione conferisce alle forme di pubblicità prescritte dall'art. 10, 6° co., della l. 17.8.1942, n. 1150 valore integrativo del provvedimento escludendo la possibilità della sua applicazione prima del loro adempimento".

incidono negativamente sui suoli che considera, il che, a parere della dottrina amministrativistica, impone di considerarne la natura e la portata in chiave esclusivamente normativa.³⁶

Anche la giurisprudenza, allineandosi a tale impostazione, si è soffermata sulla natura delle disposizioni dei piani regolatori comunali, generali o particolareggiati, deducendone il valore di norme obiettive di legge con efficacia *erga omnes*, sottraendosi, nell'imposizione di vincoli o restrizioni ai diritti di proprietà privati, ai principi che regolano la trascrizione dei titoli di acquisto di diritti su immobili ai fini della loro opponibilità ad eventuali acquirenti di analoghi diritti sullo stesso immobile, ai sensi degli artt. 2653 e 2654 c.c.³⁷

Di conseguenza, infine, l'accertamento del loro contenuto e della loro efficacia deve essere compiuto d'ufficio dal giudice, senza che sussista al riguardo un onere di produzione in giudizio della parte.³⁸

2.2. Il procedimento di formazione.

Il procedimento di formazione del piano regolatore è disciplinato dagli artt. 8, 9 e 10 della legge urbanistica e si basa sulla partecipazione di diversi attori con ruoli e competenze diversi. La formazione del P.R.G. avviene, infatti, su delibera del consiglio comunale obbligatoriamente sottoposta all'attenzione dei soggetti interessati alla relativa approvazione, che possono presentare osservazioni al progetto. L'approvazione definitiva è rimessa, in conclusione, al presidente della giunta regionale.

³⁶R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1996, 629.

³⁷ Cass. civ., sez. II, 14.12.1993, n. 12298, *GCM*, 1993,2773.

³⁸ Cass. civ., sez. II, 16.6.1992, n. 7367, *GCM*, 1992, 1667.

Il procedimento si articola, quindi, nelle fasi della delibera di adozione, del deposito presso la segreteria comunale, delle osservazioni e delle opposizioni e, infine, della delibera di risposta alle osservazioni e di definitiva adozione della variante, con la conseguente trasmissione degli atti alla Regione preposta all'approvazione del piano.

Per quanto all'adozione, il Consiglio Comunale delibera, in primo luogo, di procedere alla formazione del P.R.G., affidando eventualmente l'incarico di redigerlo ad un professionista (o gruppo) esterno o, in alternativa, al proprio Ufficio Tecnico.

In tale prima fase si raccolgono informazioni e dati relativi alla situazione esistente nel territorio da pianificare sia dal punto di vista paesistico-ambientale che della struttura insediativa e produttiva in tutte le sue componenti. Ciò costituisce il presupposto per delineare un quadro puntuale dello stato di fatto del territorio da pianificare, onde pervenire alle scelte di piano essenzialmente politiche rimesse alla competenza degli amministratori locali, mentre spetta ai progettisti individuare le modalità tecniche per la loro attuazione.

Entro 12 mesi dall'affidamento dell'incarico, il progetto di P.R.G. viene sottoposto a deliberazione del Consiglio Comunale. La legge impone limiti alla facoltà di intervento nel procedimento e, in particolare, il d. lgs. n. 267/2000 e i regolamenti comunali fanno obbligo agli amministratori di astenersi dalle deliberazioni in cui abbiano un interesse per conto proprio o altrui³⁹. Di conseguenza, un consigliere comunale che sia portatore di un qualche interesse non è legittimato a partecipare alle riunioni preordinate all'approvazione degli strumenti urbanistici, non essendo sufficiente una loro astensione dalle operazioni di voto.

³⁹G. C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, 229.

La mancata osservanza del predetto obbligo comporta l'illegittimità del relativo provvedimento di approvazione anche nei casi in cui, a parere della giurisprudenza amministrativa, esso semplicemente non consenta di stabilire con certezza chi abbia partecipato alle operazioni di votazione, dal momento che la possibilità di desumere l'individuazione degli intervenuti e dei votanti deve ritenersi condizione imprescindibile di validità dell'atto.⁴⁰

La procedura di adozione è resa, poi, nota al pubblico mediante il deposito del progetto di piano regolatore presso la segreteria comunale in modo da consentire, attraverso la presa visione, la presentazione delle osservazioni da parte dei soggetti interessati.⁴¹

Tale progetto deve restare depositato presso la detta segreteria per la durata di trenta giorni consecutivi, durante i quali chiunque ha facoltà di prenderne visione, pena l'annullamento dell'intero piano.⁴²

Come detto, ai sensi dell'art. 9 della legge urbanistica, entro 60 giorni dalla data di pubblicazione, è consentito ai privati interessati, alle associazioni sindacali e agli altri enti pubblici e istituzionali interessati di presentare osservazioni sul piano, se lo ritengono opportuno

In relazione a tali osservazioni la giurisprudenza amministrativa si divide tra la tendenza, da un lato, a classificarle quali forme di civica collaborazione o,

⁴⁰ T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 29.9.2007, n. 2992. Vd. altresì T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 24.5.2004, n. 1280, *FATAR*, 2004, 1560, con la quale è stata dichiarata illegittima la delibera consiliare di adozione della variante al piano regolatore generale assunta da soli cinque consiglieri presenti e votanti incluso il sindaco, cioè da meno di un terzo dei consiglieri assegnati al Comune, così come previsto dall'art. 38, 2° co., d.lgs. n. 267/2000.

⁴¹ Secondo T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 17.2.2011, n. 481, *FATAR*, 2011, 2, 358, le norme in materia di partecipazione al procedimento di approvazione del piano e del procedimento di valutazione ambientale strategica risultano rispettate anche nel caso in cui l'amministrazione abbia attuato una fase informativa delle parti economiche e sociali convocando assemblee pubbliche, nel corso delle quali l'amministrazione inviti i cittadini a presentare suggerimenti e proposte ed invii alla cittadinanza opuscoli informativi, dal momento che, così operando, essa ha sufficientemente informato i soggetti interessati sin dalla fase di avvio dei procedimenti decisionali consentendo loro di partecipare a questi.

⁴² T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 7.11.2007, n.875.

meglio, di apporti collaborativi più che di rimedi giuridici, il che esonererebbe l'amministrazione dal formulare motivazioni analitiche⁴³, in ogni caso all'esito di un attento esame e confronto con gli interessi pubblici supportati dal piano, e la necessità, dall'altro, che il rigetto delle osservazioni sia, invece, corredato da complete spiegazioni delle ragioni ostative.⁴⁴

Viceversa, le opposizioni spettanti solo ai proprietari degli immobili compresi nel piano hanno carattere di veri e propri rimedi giuridici, in quanto obbligano l'autorità competente a esaminarle e a decidere sulle stesse.⁴⁵

Una volta trasmessi gli atti alla Regione competente e intervenuta l'approvazione definitiva da parte del Presidente della giunta, il piano viene depositato presso il Comune in libera visione per tutto il periodo della sua validità.

Contro il P.R.G. può essere immediatamente presentato ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale (T.A.R.) oppure ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

2.3. Il contenuto.

L'art. 7 della Legge urbanistica determina il contenuto obbligatorio del piano regolatore che incida in larga massima sulle scelte fondamentali relative a tutto

⁴³ Cons. St., sez. IV, 18.6.2009, n. 4024.

⁴⁴ Cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 4.1.2008, n. 60, secondo la quale "il rigetto delle osservazioni deve essere assistito da una motivazione che sia congrua rispetto agli elementi di fatto e di diritto posti alla base delle osservazioni stesse e che abbia tenuto presente (e ciò deve essere dimostrato) il loro apporto critico e collaborativo in comparazione con gli interessi pubblici coinvolti, così che, nell'interesse reale della popolazione, sia assicurata l'adozione di soluzioni urbanistiche, oltre che legittime, anche opportune e razionali".

⁴⁵ Secondo altri, all'opposto, sarebbero dei semplici mezzi istruttori che non pregiudicherebbero i futuri rimedi giurisdizionali, dal momento che si rivolgono contro atti non ancora perfetti.

il territorio comunale e rinvii per le scelte di dettaglio alla pianificazione esecutiva.⁴⁶

La disposizione normativa riporta, nell'ordine, la rete delle principali comunicazioni stradali, ferroviarie, navigabili e relativi impianti; la zonizzazione del territorio comunale; le aree destinate a formare spazi ad uso pubblico; le aree da riservare a edifici pubblici o di uso pubblico; i vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale, paesistico e, infine, le norme per l'attuazione del piano.

Per integrare questo elenco si ricordi che la legge n. 765/1967 introduce altre disposizioni relative ai limiti inderogabili di densità edilizia, altezza, distanza tra i fabbricati, ecc.; all'obbligo di riservare nelle nuove costruzioni appositi spazi per parcheggi in misura di 1 metro quadro ogni 20 metri cubi di costruzione (in seguito elevata a 1 metro quadro ogni 10 metri cubi) e a determinate distanze a protezione del nastro stradale da osservare al di fuori dei centri abitati.

Il P.R.G. può essere, altresì, espresso mediante tre sottolivelli di pianificazione territoriale ossia il Piano strutturale Comunale (P.S.C.), il Regolamento Urbanistico ed Edilizio (R.U.E.) e il Piano operativo Comunale (P.O.C.).

Malgrado quanto detto, l'indicazione legislativa è stata disattesa e la pratica ha concretizzato una pianificazione rigida, disciplinando minuziosamente l'assetto del territorio, e ha determinato una stretta costrizione della pianificazione esecutiva.

La legge urbanistica non precisa gli elaborati che devono costituire il provvedimento di adozione del piano da parte dell'ente locale, salvo la relazione finanziaria. A tale lacuna ha sopperito la legislazione regionale che ha richiesto la relazione illustrativa, gli elaborati grafici e le norme di attuazione.⁴⁷

⁴⁶M. BASSANI – V. ITALIA, *Piano regolatore*, in *Urbanistica Edilizia Espropriazione* (a cura di V. Italia), Milano, 2007, 981.

⁴⁷G. C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, 230.

La relazione illustrativa contiene, oltre ad una analisi del tessuto urbanistico ed edilizio esistente, le ragioni che motivano le scelte di piano. Vi sono, infatti, esposti i motivi che determinano la collocazione delle varie zone, quali il centro storico, le zone di completamento, le zone di espansione ecc., e la localizzazione delle infrastrutture, dei servizi e delle principali opere pubbliche. Gli elaborati grafici, attraverso la simbologia che caratterizza gli spazi, traducono la relazione illustrativa nella rappresentazione cartolare. A parere della dottrina, è applicabile a tali elaborati il principio di specialità per cui, in caso di contrasto apparente tra disposizioni coesistenti rispettivamente contenute nelle norme tecniche di attuazione e nelle norme grafiche trova applicazione quella dotata di un contenuto più preciso e dettagliato.⁴⁸

Le norme di attuazione, a loro volta, dettano le disposizioni specifiche che regolano gli interventi in materia di urbanizzazione, distanze, indici di edificabilità, volumetria, ecc.

Come anticipato, la legislazione regionale, fra le disposizioni possibili di una normativa di larga massima che fissi le scelte programmatiche, ha predisposto disposizioni rigide di dettaglio. Essa, pur nelle sue differenziate e molteplici articolazioni, delinea un contenuto del P.R.G. sempre più caratterizzato da previsioni di dettaglio e le stesse amministrazioni comunali concepiscono lo strumento urbanistico generale come volto a disciplinare non solo l'assetto urbanistico del territorio ma anche la tipologia edilizia, le distanze e le altezze per ogni singola zona.

Le scelte urbanistiche non comportano, di regola, la necessità di una specifica motivazione che tenga conto delle aspirazioni del privato quando si tratti di varianti al piano regolatore vigente o di modificare scelte precedenti. L'amministrazione, infatti, nell'esercitare il potere pianificatorio ad essa

⁴⁸N. ASSINI – P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1997, 274.

attribuito, non è tenuta ad esternare in modo puntuale le ragioni delle proprie scelte, essendo sufficiente una ragionevole e coerente giustificazione delle linee portanti della pianificazione; né sussiste l'obbligo per essa di motivare specificamente ed analiticamente per le singole zone innovate, fatta salva la necessità di una congrua indicazione delle diverse esigenze che si sono dovute conciliare e la coerenza delle soluzioni proposte con i criteri tecnico-urbanistici stabiliti per la formazione del piano.

Le scelte pianificatorie effettuate dall'amministrazione in sede di pianificazione sono frutto di apprezzamenti di merito sottratti al sindacato discrezionale del giudice amministrativo, salvo che non siano inficiate da errori di fatto o abnormi illogicità. La giurisprudenza ritiene, al contrario, obbligatoria una congrua e specifica motivazione per giustificare scelte differenti solo in presenza di impegni già formalmente assunti dall'amministrazione con l'avvenuta stipula di una convenzione di lottizzazione ovvero quando lo strumento incida su analoghe aspettative specificamente qualificate, quali quelle derivanti da accordi di diritto privato intercorsi tra il Comune e i proprietari delle aree, aspettative nascenti da giudicati di annullamento di dinieghi di approvazione o di silenzio-rifiuto su una domanda di permesso di costruire.

Di conseguenza, nemmeno le scelte pianificatorie che si concretano in destinazioni di zona impresse al territorio necessitano di apposita motivazione, oltre quella che si può evincere dai criteri generali, di ordine tecnico-discrezionale, seguiti nell'impostazione del piano stesso.

Il rapporto fra programmazione e strumenti finanziari è regolato dall'art. 30 della legge urbanistica che contribuisce a dare alle scelte di piano il necessario contenuto di concretezza. La giurisprudenza ha, peraltro, minimizzato la funzione della programmazione economica, ritenendo sufficiente anche una previsione finanziaria di larga massima. La relazione finanziaria di

accompagnamento, prevista dall'anzidetta disposizione, dunque, non costituisce elemento essenziale del piano regolatore, ben potendo intervenire anche successivamente, quando sia deliberata l'espropriazione dell'area interessata dal vincolo.

Analizzando più da vicino il contenuto delle disposizioni tipiche riportate dallo strumento in esame, attraverso la zonizzazione sono determinati i vincoli ed i caratteri di ciascuna zona, particolarmente di quelle di carattere storico, ambientale e paesaggistico, mentre le disposizioni aventi natura conformativa, come vedremo oltre con maggiore attenzione, definiscono quali sono le caratteristiche delle opere da realizzare.

Il concetto di zona omogenea non è definibile aprioristicamente, essendo la conseguenza di valutazioni rimesse alle competenti autorità amministrative, le quali possono tenere adeguato conto anche delle trasformazioni del territorio che siano intervenute rispetto alla zonizzazione del precedente strumento urbanistico, ed individuare nuove zone ove siano presenti elementi di omogeneità che devono essere riscontrati con riferimento alle dimensioni della nuova zona e non della vecchia maglia.⁴⁹

Nessuna attenzione è, infine, dedicata alle reali necessità del territorio nel senso che nessuna indagine è richiesta per rilevare attraverso una approfondita istruttoria quali sono le necessità in termini residenziali o commerciali o industriali o ancora in termini di servizi.

⁴⁹ Cfr. T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, 8.1.2009, n. 2, secondo cui tale concetto non è utilizzabile per contestare il piano regolatore per disparità di trattamento rispetto alla situazione di una proprietà limitrofa, assolutamente identica a quella della vicina preesistente edificazione, per natura o genere, dovendosi per contro prendere ad esame la nuova situazione edificatoria.

2.4.I vincoli urbanistici.

Come sopra anticipato, sono considerate espressione di zonizzazione quelle prescrizioni di piano che suddividono in zone o *comparti* il territorio comunale, precisando le caratteristiche di ciascuno di essi. Le norme di zonizzazione hanno natura cogente, sebbene non ablatoria, alla stregua di ogni limite che la pubblica amministrazione impone all'attività dei privati, e trovano un supporto normativo nell'art. 11 della legge urbanistica.

Detta disposizione obbliga i proprietari degli immobili ad osservare nelle costruzioni le linee direttive di zona indicate nel piano. Ciononostante, le prescrizioni di zonizzazione hanno carattere programmatico e, per essere tradotte in pratica, abbisognano di ulteriori specifiche disposizioni.

Con la localizzazione, invece, l'amministrazione opera una scelta programmatoria gestionale indicando, fra quelle disponibili, le aree, edificate o meno, su cui dovranno realizzarsi le opere di interesse pubblico. A differenza delle precedenti, le prescrizioni aventi natura localizzatoria hanno in sé un contenuto ablatorio, malgrado tale vincolo non possa discendere direttamente dall'approvazione del piano regolatore, ma bensì dai piani particolareggiati o comunque aventi natura attuativa ovvero da una successiva dichiarazione di pubblica utilità o di indifferibilità ed urgenza dei lavori.⁵⁰

È certo, in ogni caso, che la localizzazione imponga alle aree un vincolo di destinazione che, quantomeno, deve rispettare i principi costituzionali che prevedono un congruo indennizzo per ogni limitazione al diritto di proprietà e sanciscono il pieno rispetto del principio di uguaglianza dei cittadini. In altre

⁵⁰ A parere di N. ASSINI, *Pianificazione urbanistica e governo del territorio*, Padova, 2000, 107, "il tratto distintivo e peculiare tra zonizzazione e localizzazione viene colto in un'ottica squisitamente espropriativa e nella maggiore incisività della localizzazione in quanto conformativa del singolo bene mediante la sua indiretta individuazione".

parole, la normativa deve evitare che, alla creazione di rendite di posizione automaticamente sorte a favore delle aree che si collocano sul mercato libere da vincoli, faccia riscontro l'espropriazione senza indennizzo.

Sul punto, la Corte costituzionale è spesso intervenuta in maniera incisiva, dichiarando, in tali occasioni, l'illegittimità degli artt. 7 e 40 della legge urbanistica che prevedevano la possibilità di istituire vincoli senza indennizzo a tempo indeterminato.⁵¹

Per rispondere alle censure mosse dalla Corte, il legislatore ha approvato la legge n. 1187/1968 che, all'art. 2, dispone la perdita di efficacia dei vincoli di piano dopo cinque anni dall'approvazione dello strumento urbanistico, qualora entro tale termine non vengano emanati i relativi piani attuativi ovvero non sia perfezionato l'esproprio delle aree interessate dal vincolo.

Tuttavia i Comuni, nella maggior parte dei casi, non hanno disposto la programmazione esecutiva per tutte le aree vincolate ed il legislatore è stato sovente costretto all'emanazione di numerose leggi tampone fino all'approvazione della legge n. 10/1977 sul regime dei suoli.

Secondo alcuni autori, tale intervento normativo ha comportato il superamento delle obiezioni fatte dalla Corte costituzionale, in quanto l'attività edificatoria resta subordinata alla concessione edilizia rilasciata dalla pubblica autorità. Non vi sarebbero, di conseguenza, vincoli che colpiscono la proprietà fondiaria dal momento che è impossibile esercitare lo *iusedificandi* prima del rilascio della detta concessione ovvero dell'esercizio del potere programmatorio comunale attraverso il programma pluriennale di attuazione.⁵²

⁵¹Vd. Corte cost. 29.5.1968, n. 55, *RGE*, 1968, 777, che, al fine di realizzare una perfetta sintonia col sistema, richiede che le disposizioni di piano trovino attuazione entro precisi termini, in modo che il potere ablatorio della pubblica amministrazione si accompagni alla corresponsione del risarcimento entro termini ben definiti.

⁵² Su tutti, A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977, n. 10*, Milano, 1977, 337.

Altri autori, all'opposto, ritengono che, pur con l'entrata in vigore della legge sul regime dei suoli, il sistema non sia affatto perequato, rimanendo di fatto ammessa l'ipotesi del vincolo senza indennizzo a tempo determinato, poiché lo *iusedificandi*, anche con la nuova legislazione, rimane in capo alla proprietà fondiaria. Gli stessi problemi si pongono, pertanto, fino a quando la pianificazione urbanistica non dia attuazione, attraverso gli strumenti esecutivi, ai piani generali nei termini di legge, procedendo, ove del caso, all'esproprio.

La Corte costituzionale, infine, ha avvalorato questa impostazione, affermando che il principio del vincolo quinquennale fissato dalla predetta legge, pur risalendo agli anni sessanta, debba intendersi tuttora vigente, mentre la giustizia amministrativa ha dato ulteriori indicazioni in ordine agli effetti che derivano dalla scadenza del termine quinquennale.

Per quanto concerne le aree interessate dal vincolo scaduto, esse sono soggette alla disciplina prevista dall'art. 4 della citata legge n. 10/1977, sostituito, per i comuni sprovvisti degli strumenti urbanistici generali, dall'art. 9 del Testo Unico sull'Edilizia.

Una volta decaduto il vincolo urbanistico per inutile decorso del termine di efficacia, previsto dall'art. 2 della legge n. 1187/1968, a parere della giurisprudenza amministrativa, il Comune sarebbe tenuto ad integrare, sul punto, il piano regolatore.⁵³ Scaduto, quindi, infruttuosamente il quinquennio, la cessazione di efficacia del vincolo urbanistico comporta il venir meno della sua esecutorietà e della sua sussistenza quale previsione urbanistica, cui corrisponde

⁵³ Secondo T.A.R. Lazio Latina 9.2.2004, n. 47, infatti, la disciplina statuente limiti di edificabilità, contenuta nell'art. 4, ult. comma, legge n. 10/1977, come modificato, nonché nella legge reg. Lazio n. 86/1990, è per sua natura provvisoria, tendendo a supplire all'inerzia dell'ente locale.

la necessaria riespansione delle ordinarie facoltà del diritto di proprietà nei limiti di legge.⁵⁴

La giurisprudenza ha precisato che il termine massimo di durata di cinque anni, previsto dall'anzidetta disposizione, si applica ai vincoli di qualsiasi specie che, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello strumentale, comportino l'inedificabilità dei suoli, tra i quali è da annoverarsi quello che impone la subordinazione della edificabilità alla formazione di un piano esecutivo. Il principio vale perciò anche in riferimento ai programmi pluriennali di attuazione, soprattutto quando, come nella specie, la parte privata abbia chiesto invano l'inclusione della propria area nel programma e il Comune sia rimasto inerte al riguardo.⁵⁵

Non può tacersi, tuttavia, che altra giurisprudenza si orienta nel senso di legittimare, anche in caso di intervenuta decadenza, l'attuazione delle previsioni di piano, purché il proprietario, nei cui confronti il vincolo non sia più opponibile, consenta o sia acquiescente alla realizzazione dell'opera pubblica che, pertanto, non potrà essere considerata abusiva nonostante la decadenza in cui è incorso il vincolo medesimo.⁵⁶

⁵⁴ M.A. SANDULLI, *Reiterazione dei vincoli espropriativi e tutela risarcitoria*, in *RGE*, II, Milano, 1993, 128; Cfr., altresì, T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 28.2.2006, n. 2432, in base alla quale "è illegittimo il diniego di permesso di costruire fondato solo sull'esistenza di un vincolo di piano regolatore ormai decaduto per inutile decorso del termine stabilito dall'art. 2, legge 19.11.1968, n. 1187, modificato dall'art. 9, d.p.r. n. 327/2001"; ancora, secondo Cons. St., sez. IV, 3.12.1990, n. 941, *RGE*, 1990, 90, la presenza di un vincolo imposto ad un parco, ormai scaduto, rende illegittima la delibera di approvazione del progetto del parco e i conseguenti atti ablatori.

⁵⁵ Cons. St., sez. V, 22.10.1992, n. 1058, *GC*, 1993, I, 820.

⁵⁶ Cons. St., sez. IV, 20.3.1992, n. 254, *RGE*, 1992, 441. Successivamente, Cons. St., ad. pl., 25.9.1996, n. 20, *RGE*, 1997, 254, ritenne di rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità della reiterazione stessa, poi esclusa, e della determinazione dei casi costituenti espropriazione con conseguente obbligo di indennizzo.

In ogni caso, i vincoli di inedificabilità che hanno perso efficacia per il decorso di un quinquennio dalla loro imposizione possono essere reiterati⁵⁷, purché la nuova delibera impositiva motivi congruamente l'asserita necessità e il pubblico interesse alla base della riproposizione e riporti le ragioni della loro mancata attuazione, pena la sua illegittimità come prescritto dall'art. 3 della legge n. 241/1990 e dall'art. 9, 4° co., d.p.r. n. 327/2001.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, nel caso di reiterazione di precedenti vincoli urbanistici, anche se effettuata "in blocco", permane l'obbligo di adeguata motivazione, poiché una mancata utilizzazione dei fondi, nonostante il vincolo di destinazione, può essere giustificata quando non si sia protratta in maniera significativa nel tempo⁵⁸, malgrado, in caso di reiterazione preordinata all'espropriazione o che comporti l'inedificabilità e ove sia imposta in via generale con un nuovo piano o a mezzo di variante generale, non necessiti di motivazione specifica circa la destinazione impressa alle singole aree, essendo sufficiente limitarsi alle esigenze urbanistiche che sono a fondamento della disciplina generale di piano evincibile dai criteri di ordine tecnico seguiti per la redazione dello strumento.⁵⁹

L'oggetto e l'idoneità di tale motivazione devono essere correlati al contenuto del provvedimento. L'amministrazione interessata è tenuta ad indicare espressamente le ragioni che giustificano la reiterazione del vincolo in riferimento alla mancanza di aree più idonee da destinare ad uso pubblico nella stessa zona, alla perdurante conformità all'interesse pubblico dell'originaria destinazione, alle esigenze della collettività che richiedono la realizzazione

⁵⁷ Sul punto M.A. SANDULLI, *Reiterazione dei vincoli espropriativi e tutela risarcitoria*, in *RGE*, II, Milano, 1993 sostiene che "il riconosciuto potere di reiterazione dei vincoli veniva ancora una volta a frustrare il principio del necessario indennizzo del divieto di edificabilità a tempo indeterminato".

⁵⁸ T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 7.3.2011, n. n. 555, *FATAR*, 2011, 3, 1017.

⁵⁹ Cons. St., sez. V, 16.8.2011, n. 4791.

dell'opera e, infine, alla prevalenza delle stesse sull'interesse del privato proprietario del bene.⁶⁰

Il Consiglio di Stato, in una recente decisione adottata in composizione plenaria⁶¹, ha avuto modo di analizzare da vicino il tema dell'adeguatezza della motivazione, distinguendone tre ipotesi.

Una prima possibilità riguarda la reiterazione di una pluralità di aree, nell'ambito dell'adozione di una variante generale o comunque riguardante una consistente parte del territorio comunale. Occorre chiarire, in questo caso, che la reiterazione dovuta alla decadenza di uno strumento urbanistico generale che abbia disposto una molteplicità di vincoli preordinati all'esproprio, necessari per l'adeguamento degli *standard* a seguito della realizzazione di ulteriori manufatti, trova una generosa giustificazione *in re ipsa*, dal momento che, quando sono reiterati in blocco i vincoli decaduti già riguardanti una pluralità di aree, la sussistenza di un attuale specifico interesse pubblico risulta dalla perdurante constatata insufficienza delle aree destinate a *standard*. Peraltro, la decisione rileva l'assenza di un intento vessatorio che si evince dalla parità di trattamento che hanno tutti i destinatari dei precedenti vincoli decaduti.

La seconda ricostruzione considera il caso della reiterazione soltanto di una parte delle aree già incise dai vincoli decaduti, escludendo la restante parte in virtù dell'individuazione di ulteriori terreni per il rispetto degli *standard*. La sentenza rimarca un'anomalia della funzione pubblica quando, dopo la decadenza in blocco dei vincoli complessivamente previsti dallo strumento urbanistico generale, l'autorità ne reiteri solo alcuni, individuando altre aree per soddisfare i detti *standard*, in assenza di una adeguata istruttoria o motivazione.

⁶⁰ Secondo T.A.R. Valle d'Aosta Aosta, sez. I, 14.7.2010, n. 50, *FATAR*, 2010, 7-8, 2285, la reiterazione del vincolo può essere consentita solo in presenza di una congrua e specifica motivazione sulla perdurante attualità della previsione nonché in ordine alle specifiche ragioni che la impongono.

⁶¹ Cons. St., ad. pl., 24.7.2007, n. 7.

La terza e ultima ipotesi riguarda, infine, la reiterazione che sia stata disposta per la prima volta. Secondo il giudice, l'amministrazione comunale deve tener conto del fatto che il vincolo sia decaduto una o più volte, ritenendo giustificato il richiamo alle originarie valutazioni solo quando si sia di fronte ad una prima reiterazione. All'opposto, ove il rinnovato vincolo sia a sua volta decaduto, l'autorità urbanistica dovrà procedere con una ponderata valutazione degli interessi coinvolti, esponendo le ragioni relative al rispetto degli standard, alle esigenze di spesa o a specifici accadimenti, che inducano ad escludere profili di eccesso di potere e ad ammettere l'attuale sussistenza dell'interesse pubblico.

Quanto poi all'elemento dell'indennizzo, come sopra accennato, il Consiglio di Stato, in una pronuncia del 1996, richiese al legislatore una determinazione espressa dei casi in cui la reiterazione dei vincoli costituisca espropriazione di valore e comporti, di conseguenza, la corresponsione dell'indennizzo e dei criteri per il suo calcolo, rimettendo, quindi, al giudice delle leggi la questione di legittimità costituzionale delle norme mancanti di tale determinazione per contrarietà agli artt. 9, 2° co., 32, 2° co., 42, 3° co. e 97 della Costituzione.⁶²

La dottrina ha aderito a questa impostazione della giurisprudenza e ha proposto, quindi, la corresponsione di un indennizzo alla scadenza del termine quinquennale ovvero, quanto meno, l'approvazione di una relazione di massima delle spese occorrenti per l'acquisizione delle aree.⁶³

La Corte costituzionale, sul finire degli anni novanta, accolse i detti rilievi e dispose l'indennizzo per i vincoli scaduti e reiterati dalle amministrazioni.⁶⁴ In particolare, essa individuò i caratteri che devono distinguere il vincolo affinché possa essere soggetto ad indennizzo, precisamente:

⁶² Cons. St., ad. pl., 25.9.1996, n. 20, *RGE*, 1997, 254.

⁶³ Su tutti, G. LAVITOLA, *Trent'anni dopo: l'impatto delle sentenze della Corte Costituzionale n. 55 e 56 del 1968 sull'evoluzione successiva dell'ordinamento giuridico e dell'urbanistica*, in *Atti del Convegno Roma 20.4.1998*, in *RGE*, II, Milano, 1998, 301.

⁶⁴ Corte cost., 20.5.1999, n. 179, *GD*, 1999, n. 22, 133.

- nella preordinazione all'espropriazione o nel carattere espropriativo, nel senso di comportare come effetto pratico uno svuotamento di rilevante entità ed incisività del contenuto della proprietà stessa mediante imposizione, immediatamente operativa, di vincoli di assoluta inedificabilità su beni determinati;
- nel superamento della durata che il legislatore ha fissato come limite, non irragionevole e non arbitrario, affinché il vincolo stesso risulti sopportabile da parte del titolare del bene interessato;
- nel superamento, sotto il profilo quantitativo, della normale tollerabilità secondo una concezione della proprietà regolata dalla legge per i modi di godimento ed i limiti preordinati alla sua funzione sociale.⁶⁵

Non rientrano negli schemi del procedimento espropriativo, invece, i beni immobili aventi valore paesistico-ambientale, in virtù delle loro qualità oggettive che li inseriscono in particolari categorie di beni. Essi sono, infatti, sottoposti ad un particolare regime di utilizzo, secondo le caratteristiche intrinseche che li distinguono.

Devono, viceversa, essere considerati come normali e connaturati alla proprietà i limiti non ablatori, posti dai regolamenti edilizi e dalla pianificazione urbanistica, relativi alle norme tecniche, quali i limiti di altezza, di cubatura, di superficie coperta, le distanze tra edifici, le zone di rispetto relative a determinate opere pubbliche, gli indici di edificabilità e gli standard attinenti alle zone territoriali omogenee.

Nel caso in cui i vincoli assumano carattere patologico o quando vi sia una ripetizione o una proroga *sine die* o all'infinito, attraverso una reiterazione di proroghe che si susseguano le une alle altre, o, ancora, quando il limite temporale sia indeterminato e senza una previsione di indennizzo, il sistema si

⁶⁵ Corte cost., 20.5.1999, n. 179, *cit.*, 133.

scontra con i limiti imposti dalle norme costituzionali.⁶⁶ Pertanto, è stata pronunciata l'illegittimità costituzionale non dell'intero complesso normativo, che continua a consentire la reiterazione dei vincoli, ma esclusivamente della mancata previsione di indennizzo in tutti i casi di permanenza del vincolo urbanistico preordinato all'espropriazione o comportante l'assoluta inedificabilità oltre i limiti di durata fissati dal legislatore, ove non risulti in modo inequivocabile l'inizio della procedura espropriativa.

La Corte non giunge a fissare i criteri per la concreta liquidazione dell'indennizzo anche se pone le premesse per la loro definizione e, avendo ravvisato nella procedura di determinazione del risarcimento una serie di variabili che pongono la diminuzione di valore conseguente alla reiterazione in rapporto diverso con l'indennizzo relativo alla perdita della proprietà del bene, afferma che tale indennizzo per il protrarsi del vincolo è un ristoro, non necessariamente integrale od equivalente al sacrificio, ad una serie di pregiudizi che si possono verificare a danno del titolare del bene immobile colpito. Esso deve essere commisurato al mancato uso ordinario del bene ovvero alla diminuzione di prezzo di mercato rispetto alla situazione giuridica antecedente alla pianificazione che ne ha imposto il vincolo.⁶⁷

Se spetta al legislatore ordinario fissarne i criteri, la Corte non esclude, infine, che, anche in caso di mancanza di tale intervento, il giudice competente sulla richiesta di indennizzo, una volta accertato che i vincoli imposti in materia urbanistica abbiano carattere espropriativo in base ai suddetti criteri, possa ricavare dall'ordinamento le regole per la liquidazione di obbligazioni

⁶⁶ Corte cost., 20.5.1999, n. 179, *cit.*, 133, nelle cui pagine si legge: "è incostituzionale il combinato disposto degli artt. 7, nn. 2, 3 e 4, e 40 della L. n. 1150/1942 e l'art. 2, co. 1, L. n. 1187/1968 nella parte in cui consente all'amministrazione di reiterare i vincoli urbanistici scaduti preordinati all'espropriazione o che comportino l'inedificabilità, senza la previsione di indennizzo".

⁶⁷ Corte cost., 20.5.1999, n. 179, *cit.*, 134.

indennitarie, nella specie considerandole come obbligazioni derivanti dal pregiudizio subito a causa della rinnovazione o del protrarsi del vincolo stesso.⁶⁸

2.5.I modelli di amministrazione concordata: la perequazione e la compensazione nella pianificazione urbanistica.

2.5.1. La perequazione.

Si è registrato, negli ultimi anni, il diffondersi di tecniche di pianificazione urbanistica ispirate alla finalità di interazione tra amministrazioni locali e privati. Di queste, la perequazione è volta ad attribuire valore edificatorio uniforme a tutte le proprietà che possono concorrere alla trasformazione urbanistica di uno o più ambiti del territorio comunale, prescindendo dall'effettiva localizzazione della capacità edificatoria su ciascuna di esse e dalla imposizione di vincoli di inedificabilità apposti, al fine di garantire all'amministrazione la disponibilità di spazi da destinare ad opere collettive⁶⁹.

Si persegue, in tal modo, superando la discriminatorietà degli effetti propri della zonizzazione⁷⁰, un'equa distribuzione dei valori e degli oneri collegati alla

⁶⁸ Corte cost., 20.5.1999, n. 179, *cit.*, 135.

⁶⁹ Sulla perequazione in generale vd. E. BOSCOLO, *La perequazione e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, II, Rimini, 2010; E. FERRARI, *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, 2000; P. STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, in *RGE*, II, Milano, 2005, 169.

⁷⁰ La tradizionale tecnica della zonizzazione da tempo è oggetto di critiche da parte della dottrina, la quale rileva, tra l'altro, l'incongruenza di differenziare in termini di edificabilità, con conseguenze economiche tutt'altro che secondarie, aree versanti nelle medesime condizioni quanto a morfologia e ubicazione. La tecnica dello *zoning* nasce quale principio di razionalizzazione della distribuzione degli interessi pubblici e privati sul territorio ai sensi, come detto, dell'art. 7 della legge urbanistica, ma ad oggi non risponde più, in molti casi, alle esigenze dello sviluppo e della riqualificazione delle città.

La rigidità di tale modello si è rivelata da tempo controproducente rispetto alla soddisfazione

trasformazione urbanistica, realizzando al contempo l'utilità pubblica in termini di infrastrutture e di qualità urbana attraverso l'acquisto gratuito di aree pubbliche.

L'edificabilità così egualmente ripartita ha carattere solo virtuale, dal momento che la volumetria può essere spesa, e, quindi, dare vita alla concreta edificazione, solo su certe aree. Sicché, in termini generali e salve le specificità delle normative locali, lo scambio a titolo oneroso di diritti edificatori da un lato permette ai proprietari dei fondi cd. sorgente di ottenere un'utilità economica e, dall'altro, incentiva i titolari dei suoli cd. riceventi ad acquistarli per raggiungere il livello minimo necessario per la concreta trasformazione del territorio.

In altre parole, ciascun proprietario di un'area edificabile, seppur titolare del diritto di costruire, non può sfruttare in concreto il proprio diritto all'edificazione, e ciò in quanto l'area soggetta a perequazione non raggiunge il limite minimo dell'indice di edificabilità previsto. Pertanto, questi sarà incentivato a procurarsi altrove la differenza volumetrica al fine di poter esercitare in concreto il proprio diritto, attivando, così, un vero e proprio mercato dei diritti edificatori, che richiede regole certe di trasparenza e sicurezza sicché, come per la cessione di cubatura, esigenza prioritaria è quella di assicurare la piena conoscibilità ai terzi della situazione giuridica dei terreni interessati dagli accordi.

Oltre ad attuare un'opera di giustizia distributiva nei confronti di tutti i proprietari, interpretando in chiave pianificatoria il principio di uguaglianza di

delle continue esigenze dello sviluppo e del rinnovo urbano che richiedono, in molti casi, l'uso integrato della plurifunzionalità delle attività di trasformazione dei suoli. La perequazione intende superare la tecnica pianificatoria tradizionale incentrata sulla ripartizione del contenuto del piano regolatore generale in zonizzazione e localizzazioni, ossia nella imposizione, sugli immobili, di vincoli, nel primo caso, incidenti su un bene in particolare e comportanti la sua inedificabilità e, nel secondo caso, incidenti su un insieme di beni e comportanti limiti più o meno ampi all'utilizzo edificatorio.

cui all'art. 3 della Costituzione, la perequazione consente la formazione di un patrimonio fondiario pubblico senza fare ricorso all'espropriazione, evitando così gli oneri connessi a tale procedura e superando i limiti strutturali del metodo pianificatorio tradizionale.⁷¹

Tra le finalità della perequazione vi è infatti il raggiungimento dell'indifferenza delle posizioni proprietarie rispetto agli effetti conformativi delle scelte discrezionali, distribuendo tra le aree oggetto di trasformazione i vantaggi e gli oneri pubblici dell'edificazione. Indifferenza realizzata, come detto, attraverso l'attribuzione ai fondi di una stessa area dello stesso indice di edificabilità, inferiore a quello necessario per la concreta edificabilità.

In chiave innovativa rispetto alle precedenti tecniche della zonizzazione e della localizzazione, la perequazione, in conclusione, distribuisce il plusvalore fondiario legato alla trasformazione dei suoli sulla collettività, riequilibrando al contempo anche il costo sociale della trasformazione stessa per un generale miglioramento della qualità urbana dei servizi.⁷² Il *proprium* della perequazione consiste per l'appunto nel gravare la proprietà contemporaneamente del beneficio della edificabilità e del peso di contribuire all'innalzamento generale della qualità urbana.⁷³

Le esperienze perequative locali e regionali si caratterizzano per una pluralità di tecniche attuative e di modelli adottati alla quale si accompagna l'assenza di un

⁷¹A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, VII, Torino, 2005, 489.

⁷² Secondo P. URBANI, *Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica comunale*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno*, in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2012, 12, "il principio della perequazione non è quello di creare indifferenza tra proprietari rispetto alle scelte di pianificazione, che non è possibile, ma quello di riconoscere ai proprietari un valore alle proprietà commisurato alla tipologia, localizzazione, urbanizzazione e classificazione delle aree rispetto al contesto territoriale nel quale si collocano, cosa ben diversa dal criterio della zonizzazione. E' in breve un principio che riflette il "merito" delle aree, che non può prescindere dalla loro natura".

⁷³ T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II, 14.1.1999, n. 22.

generale ed univoco dato normativo. In dottrina si sono articolati, sulla base di tali pratiche concrete, alcune tipologie di realizzazioni perequative.⁷⁴

La forma iniziale dell'istituto è stata qualificata come “*perequazione parziale o a posteriori o per comparti*”, in quanto incidente su un tessuto civico già urbanizzato e quindi già oggetto di pregresse normazioni.

Secondo tale modello di perequazione, anche detto classico, l'area interessata è limitata a particolari zone nelle quali i diritti oggetto di distribuzione tra i proprietari coincidono con l'edificabilità attribuita dal piano. Si tratta di un modello che richiama l'istituto del comparto di cui all'art. 23 della legge urbanistica, nel quale i diritti maturati all'interno del comparto non possono essere trasferiti all'esterno.

In base a tale tecnica, in altri termini, viene identificato un insieme di aree di proprietà privata, che formano il detto comparto, all'interno del quale a ciascuna di tali aree viene attribuita un'identica capacità volumetrica proporzionale alla sua estensione, ma in ogni caso inferiore al limite minimo fondiario di edificabilità. Contestualmente, vengono individuate le zone destinate ai servizi ed opere di pubblica utilità, e successivamente ogni proprietario potrà autonomamente decidere di cedere, senza corrispettivo in denaro, tali aree al Comune, attualizzando i diritti edificatori assegnati a seguito della formazione del piano.

Proprio il comparto, da istituto scarsamente applicato in passato, costituisce, come autorevolmente ricordato⁷⁵, l'archetipo della perequazione urbanistica, dal momento che si tratta di un modello funzionalmente limitato a particolari zone nelle quali i diritti edificatori distribuibili coincidono con l'edificabilità concessa dal piano. Il comparto, pertanto, costituisce l'unità di intervento

⁷⁴S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005, 15.

⁷⁵P. URBANI, *Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica comunale*, cit., 12.

perequativo, ricomprendendo sia una zona edificabile sia una zona preordinata ad ospitare attrezzature collettive o destinata in funzione ambientale a rimanere verde. Tecnicamente, il meccanismo consiste nell'assegnazione all'insieme delle aree costituenti il medesimo comparto, benché dotate di diverse destinazioni, un indice perequativo inferiore a quello fondiario attribuito alle aree destinate all'edificazione. Ne consegue che i proprietari delle aree destinate a edificazione privata dovranno compensare i titolari delle aree con destinazione, invece, pubblica, acquistando da questi ultimi i diritti edificatori al fine di esercitare concretamente il proprio *ius edificandi*.

Il privato non subisce alcun vincolo e non resta gravato dall'obbligo di soggiacere all'esproprio, ma sarà titolare dell'onere previsto dal piano perequativo il cui assolvimento gli permetterà, al contempo, di partecipare ai vantaggi del piano stesso.

Dalla tecnica appena analizzata, le progressive evoluzioni teorico-pratiche hanno, poi, condotto ad uno sviluppo quasi impetuoso dell'istituto.

Un secondo modello di perequazione prevede, infatti, l'attribuzione dell'edificabilità anche ad aree esterne al comparto e tra loro non contigue, le quali possono contribuire alla trasformazione dello stesso. In questo caso, l'edificabilità convenzionale attribuita alle aree esterne, di cui si richiede la conservazione, viene spostata all'interno del comparto determinando una capacità edificatoria aggiuntiva, mentre la perequazione degli oneri viene ripartita tra tutte le aree interessate, esterne o interne ad esso.

Vi è, infine, un terzo modello di perequazione, cd. *a priori o generalizzato*, consistente nell'uso di parametri di edificabilità convenzionali particolarmente bassi e uniformi per ampie categorie di aree. Questo modello prevede, altresì, una differenza tra l'edificabilità conseguente al riconoscimento della capacità edificatoria riservata ai privati e quella maggiore che è necessaria per il

raggiungimento degli obiettivi posti dal piano, riservando gratuitamente la differenza al Comune.⁷⁶ Peculiare rilievo assume la ricerca delle caratteristiche urbanistiche e giuridiche dei lotti, allo scopo di aggregarli in classi aventi un indice di edificabilità corrispondente.

Il ricorso ad una tale metodica non impedisce, comunque, che vengano individuate peculiari aree o categorie di aree alle quali possa essere attribuito, in virtù della loro omogeneità, anche morfologica, un indice di edificabilità proporzionale alla loro estensione superficiale.

L'indice di edificabilità territoriale attribuito convenzionalmente, come accennato quantitativamente molto basso, potrà essere fruito solo nelle aree nelle quali ciò è stabilito dallo strumento urbanistico, mentre nelle aree lasciate libere potranno essere concentrati, invece, gli interventi di carattere sociale e generale. Si ottiene così, in ogni caso, per effetto del riconoscimento di un complesso di volumetrie spalmate uniformemente sul territorio, la mancata coincidenza con il carico urbanistico effettivo previsto per il raggiungimento del piano ed una maggiorazione di edificabilità dovuta proprio alla riduzione della tecnica urbanistica in questione. In altri termini, si genera una capacità edificatoria maggiorata in capo alla pubblica amministrazione che prescinde dal consueto ricorso ai meccanismi tipici di natura ablatoria e che permette l'acquisto alla mano pubblica di aree in misura corrispondente alla somma algebrica tra l'indice convenzionale di edificabilità e lo sviluppo edificatorio

⁷⁶ Tale modello è stato adottato dalle leggi regionali della Basilicata e della Calabria (oltre che in taluni piani comunali) e solleva non secondarie questioni, sia in termini di esatta determinazione del rapporto tra i due valori di edificabilità, privata e pubblica, sia in termini di ammissibilità giuridica. Sullo sfondo vi è la questione dell'ammissibilità del modello in rapporto alla riserva di legge di cui all'art. 42, 2° co., Cost., che, come vedremo, rimette al legislatore nazionale la competenza a determinare i modi di acquisto e godimento della proprietà.

delle aree private, senza alcun rispetto dei parametri discendenti dalle esigenze delle urbanizzazioni e degli standards.⁷⁷

Pertanto, il ricorso alle procedure espropriative sarà utilizzato solo nelle ipotesi in cui le nuove metodiche non raggiungano l'obiettivo predeterminato, con l'effetto di rendere particolarmente appetibile l'adesione contrattuale al disegno formulato dall'ente territoriale.

Se nel modello definito di perequazione a posteriori la zonizzazione convive ancora con le nuove metodiche, nella perequazione a priori, dall'applicazione di siffatta tecnica all'intero territorio oggetto di trasformazione discende l'abbandono definitivo dello *zoning* per un'articolazione delle aree fondata su una diversa classificazione dei suoli.

Si determina, in tal modo, un doppio livello di intervento: diviene necessario procedere, in primo luogo, alla classificazione dei suoli oggetto delle attività di trasformazione, con l'attribuzione di un indice edificatorio convenzionale ed, in secondo luogo, alla concreta conformazione dei suoli sulla base di una verifica del carico edificatorio attribuito dal piano.⁷⁸

La perequazione *a posteriori* o *parziale* e la perequazione *generalizzata* o *a priori* costituiscono, in definitiva, due delle metodiche che la scienza urbanistica ha formulato sull'argomento.

La difficoltà ricognitiva dell'interprete ha poi condotto a definire *tipologica* la perequazione quando si realizza in ambiti aventi caratteristiche omogenee e comuni: vengono, da una parte, determinati i parametri di omologazione dell'ambito, magari mediante forme di restauro e recupero conservativo, mentre,

⁷⁷R. GAROFOLI, *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 Cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno*, in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2012, 37.

⁷⁸P. URBANI, *L'urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011, 158.

dall'altra, vengono previsti interventi di tipo demolitivo e ricostruttivo di edifici vetusti o non adeguati all'ambito stesso.⁷⁹

È, inoltre, perequazione *atipica* l'ipotesi che combina le caratteristiche della perequazione generalizzata e quelle della tecnica del comparto. In tal caso, l'indice edificatorio è distribuito in modo non uniforme da un distretto di intervento all'altro, in modo da escludere forme discriminatorie effetto della diffusione di un coefficiente indifferenziato. Una seria, logica e razionale motivazione dovrà supportare l'adozione di un siffatto strumento urbanistico, mediante la quale saranno distinte le aree in base alle loro caratteristiche con conseguente attribuzione dell'indice adeguato.⁸⁰

Sono state, tuttavia, proposte, nella detta assenza di dati normativi univoci, anche altre classificazioni delle fattispecie di tipo perequativo. Al riguardo, si è, infine, sottolineato, ricalcando in parte proprio le tecniche delle tipologie perequative appena descritte, che l'applicazione dei modelli di perequazione può avvenire all'interno di ambiti o piani attuativi (cd. *perequazione endoambito*) oppure su tutta la porzione territoriale interessata, mediante la circolazione dei diritti edificatori (cd. *perequazione estesa*).⁸¹

2.5.2. La compensazione.

La compensazione rappresenta, a sua volta, uno strumento che svolge una piena funzione di ristoro per eliminare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'imposizione dei vincoli preespropriativi o per soddisfare gli oneri sostenuti per il *facere* imposto, mirando a ridurre gli effetti sfavorevoli e negativi del

⁷⁹S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *RGE*, V, Milano, 2011, 369.

⁸⁰S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *RGE*, V, Milano, 2011, 370.

⁸¹S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *RGE*, V, Milano, 2011, 370.

piano stesso. Una siffatta tecnica mira a ripagare il proprietario che ha subito il vincolo espropriativo del sacrificio da sopportare e che comporta la possibilità di un equo ristoro in termini di quote di edificabilità o di recupero di cubature in altre aree oppure della possibilità di permuta con altre aree di proprietà comunale o del soggetto espropriando ove trasferire i diritti edificatori riconosciuti, sempre che il piano ne preveda la localizzazione.

Esigenza, questa, sempre più pressante, in ragione, da un lato, del già citato divieto di reiterare vincoli urbanistici scaduti preordinati all'espropriazione senza la previsione di un indennizzo e, dall'altro, dell'attuale parametrizzazione del *quantum* dell'indennizzo al valore venale dei beni espropriati, sancito all'art. 2, 89° co., della legge finanziaria 24 dicembre 2007, n. 244, considerato anche il dovere di indennizzare la perdita di *chances* per il periodo in cui vige il vincolo. La stessa Corte costituzionale, del resto, con una decisione assai innovativa, riconobbe la legittimità della compensazione urbanistica in alternativa all'indennizzo espropriativo monetario, previa cessione del bene, attraverso l'attribuzione di quote di edificabilità da spendere in altre aree o la permuta. I giudici hanno riconosciuto, cioè, la legittimità di istituti compensativi che non penalizzino i soggetti interessati dalle scelte urbanistiche incidenti su beni determinati, riconoscendo la conformità all'ordinamento di moduli di compensazione anche a prescindere da specifiche previsioni normative.⁸²

Ancora una volta, la giurisprudenza costituzionale ha colmato un vuoto legislativo, tanto più grave considerando la crisi finanziaria dei comuni, tesa a dare soluzioni alternative all'esproprio delle aree vincolate. Ed infatti manca nella legislazione statale qualunque riferimento a tale istituto, né ve n'è traccia nel Testo Unico sulle espropriazioni n. 327/2001, nonostante sia successivo alla citata sentenza della Corte.

⁸² Corte cost. 20.5.1999, n. 179, *cit.*

La legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990, recentemente modificata, ha previsto, tuttavia, la possibilità per la pubblica amministrazione di ricorrere ad accordi sostitutivi di provvedimento per i quali non sussiste più il limite dei casi espressamente previsti dalla legge, legittimando quindi la facoltà del Comune di trovare, tramite l'accordo, quella compensazione tra aree cedute e modalità alternative all'indennizzo monetario di cui la Corte ha parlato.

La pratica delle compensazioni in luogo dell'indennizzo espropriativo si è così diffusa in molti piani regolatori comunali, ove è prevista, nei casi più sistematici, la rilocalizzazione delle volumetrie concesse ai proprietari espropriandi, sulla base dell'individuazione di ambiti compensativi, conducendo ad attribuire a tale istituto una duplice funzione: in primo luogo, di tipo indennitario e, *in secundis*, di tipo economico volta a rendere neutra l'imposizione di interventi posti a carico dei privati.⁸³

Alla duplicità di funzione corrispondono due ipotesi tecniche aventi squisitamente natura compensativa: la *compensazione cd. infrastrutturativa* e la *compensazione cd. paesaggistico-ambientale*.

Nella prima delle due fattispecie, l'amministrazione comunale individua determinate aree nelle quali, in considerazione dell'importanza delle opere da realizzare, non può rinunciarsi all'imposizione di vincoli preespropriativi quinquennali ed alla conseguente potestà di espropriazione delle stesse. Il ristoro del proprietario avrà luogo non mediante la corresponsione del consueto indennizzo economico ma bensì attraverso l'attribuzione di un diritto edificatorio compensativo.⁸⁴

L'obiettivo dell'ente territoriale non è, insomma, più solo quello di esercitare concretamente un principio di autorità, che pure in parte residua sempre, quanto

⁸³P. URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *UA*, 2006, 906.

⁸⁴P. URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, *cit.*, 906.

piuttosto incentivare l'adesione del privato a meccanismi convenzionali che presentano un minor grado di diseconomicità e criticità.

La *compensazione cd. paesaggistico-ambientale* è, invece, la seconda metodica alla quale spesso le amministrazioni ricorrono e corrisponde ad un piano in cui, in considerazione dei rischi ambientali paesaggistici per la presenza, in via esemplificativa, di manufatti degradati o abusivi, in particolare in ipotesi di vecchi impianti industriali ormai dismessi, è possibile invitare i privati a procedere ad operazioni di riqualificazione urbana i cui oneri vengono remunerati mediante l'attribuzione di diritti edificatori, già denominati "crediti compensativi".⁸⁵ Il privato concorre alla riqualificazione delle aree degradate, assumendone gli oneri ed ottenendo in ricompensa diritti edificatori, coniugando così l'interesse pubblico all'ambiente salubre con un vantaggio di tipo economico costituito dalla volumetria premiale.

La maggior effettività del piano richiede che siano, infatti, rimosse le tracce più ingombranti di una produzione edilizia dozzinale sedimentatasi anche in tempi recenti e tutte le situazioni che ingenerano un degrado paesaggistico.⁸⁶

Entrambe dette ipotesi non devono però essere confuse con le forme di *compensazione economico-finanziaria* che i piani territoriali, di fonte regionale o provinciale, attribuiscono ai Comuni che siano investiti da esternalità generate da insediamenti collocati in Comuni vicini, in prossimità del confine.⁸⁷

La logica che presiede in generale alle scelte urbanistiche di tipo compensativo è evidente, trattandosi di ottenere un risultato più efficiente in tempi certi a costi evidentemente minori, nel rispetto delle ragioni economiche del privato.

⁸⁵ G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 1999, 155.

⁸⁶ Sul punto vd. E. BOSCOLO, *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, cit., 69; S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, cit., 354.

⁸⁷ E. BOSCOLO, *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, cit., 66.

Vengono, in concreto, elise le conseguenze negative della pianificazione tradizionale, che si manifestano per la realizzazione della città pubblica, ristorando il proprietario per il sacrificio richiedente la cessione volontaria al Comune o la prestazione del *facere*.

Volendo tracciare una distinzione tra la tecnica in esame e la perequazione, può dirsi che la cessione compensativa si caratterizza per l'individuazione da parte del pianificatore di aree destinate alla costruzione della città pubblica rispetto alle quali l'amministrazione non può rinunciare a priori al vincolo ed alla facoltà imperativa e unilaterale dell'acquisizione coattiva. In queste aree, il Comune appone il vincolo espropriativo ed entro il termine di cinque anni deve far ricorso all'espropriazione con la possibilità di ristorare il proprietario mediante la cessione di crediti compensativi od aree in permuta in luogo dell'indennizzo pecuniario.

La cessione perequativa è, invece, alternativa all'espropriazione perché non prevede l'apposizione di un vincolo preespropriativo sulle aree destinate ai servizi pubblici ma prevede che tutti i proprietari, sia quelli che possono edificare sulle loro aree sia quelli i cui immobili dovranno realizzare la città pubblica, partecipino alla realizzazione delle infrastrutture pubbliche attraverso l'equa e uniforme distribuzione di diritti edificatori indipendentemente dalla localizzazione delle aree per attrezzature pubbliche e dei relativi obblighi nei confronti del Comune.

Seguendo un ulteriore criterio di distinzione, infine, occorre precisare, altresì, che la cessione compensativa prevede la corresponsione di un corrispettivo in volumetria o in aree in permuta anziché in denaro, come avverrebbe tanto nel caso in cui l'area fosse acquisita bonariamente quanto nel caso in cui venisse espropriata⁸⁸, mentre la cessione perequativa si caratterizza per il fatto che il

⁸⁸ T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 17.9.2009, n. 4671.

terreno che sarà oggetto di trasferimento in favore dell'amministrazione sviluppa volumetria propria, espressa dall'indice di edificabilità attribuitogli, che, tuttavia, può essere realizzata solo sulle aree su cui deve concentrarsi l'edificabilità, alle quali è attribuito un indice urbanistico adeguato a ricevere anche la cubatura proveniente dai terreni oggetto di cessione.

2.5.3. La premialità edilizia.

Entrambi i modelli analizzati devono essere tenuti concettualmente distinti anche dalle misure cd. incentivanti, ossia dalla premialità edilizia.

Essa consiste nell'attribuzione da parte dell'amministrazione comunale di diritti edificatori, in aggiunta a quelli riconosciuti in via ordinaria dal piano, a favore di taluni soggetti ritenuti meritevoli in base a condotte che hanno favorito il raggiungimento di interessi pubblici. Gli interventi di riqualificazione urbana diretti a realizzare attrezzature e servizi aggiuntivi rispetto a quanto necessario per soddisfare gli *standard* o migliorare la qualità ambientale determinano quindi un premio riconosciuto dalla pubblica amministrazione che consiste nell'attribuzione di un *bonus* di diritti edificatori in aggiunta a quelli già spettanti all'area.

Tali figure di incentivazione urbanistica sono state introdotte da alcune leggi nazionali e regionali⁸⁹, con le quali il legislatore ha voluto attribuire all'ente locale un ruolo promozionale, che non è perseguito mediante l'ordinaria tecnica di regolazione comando-controllo, bensì facendo ricorso a strumenti tesi a stimolare l'attivazione dei privati. L'obiettivo è quello di promuovere iniziative spontanee sul versante dell'efficiente aumento energetico e della riqualificazione paesaggistica.

⁸⁹ Cfr. art. 12, d. lgs. 11.3.2011, n. 28; L. r. Lombardia 11.3.2005, n. 12.

Un importante riconoscimento dell'istituto sotto il profilo della normativa statale vi è stato con l'art. 1, 259° co., della legge n. 244/2007⁹⁰, il quale consente ai Comuni, nell'ambito delle previsioni degli strumenti urbanistici, un aumento di volumetria premiale “ai fini dell'attuazione di interventi finalizzati alla realizzazione di edilizia residenziale sociale, di rinnovo urbanistico ed edilizio, di riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti”.

Altra disciplina premiale, contenuta nella legge statale, è quella dell'art. 11, 5° co., lett. e), della legge n. 133/2008, di conversione del d.l. n. 112/2008, che prevede, nell'ambito del cd. *social housing*, la cessione in tutto o in parte dei diritti edificatori come corrispettivo per la realizzazione di unità abitative di proprietà pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato oppure all'alienazione in favore delle categorie sociali svantaggiate.

In ogni caso, il legislatore ha opportunamente posto un limite a tale incentivo volumetrico e ha previsto, altresì, una possibilità di graduazione nella concessione del beneficio sotto forma di percentuale progressiva di incremento volumetrico, in proporzione alla rilevanza dei vantaggi collettivi prodotti dall'iniziativa privata. Di conseguenza, l'ente ha la possibilità di individuare una pluralità di obiettivi e di fissare delle priorità assolute, senza perdere di vista quelle relative.

A parere di autorevole dottrina, è evidente il rischio che, in difetto di una gestione e di criteri particolarmente rigorosi, l'incentivazione subisca la perdita della funzione di stimolo, dal momento che i traguardi mirati, corrispondenti all'ottenimento del relativo beneficio, non possono confondersi nel rispetto dei parametri quanto-qualitativi che già *ex se* regolano la pianificazione urbanistica. In altre parole, si deve trattare di forme di intervento apprezzabilmente più

⁹⁰ Legge 24.12.2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008).

“esigenti”, idonee a produrre risultati sensibilmente più elevati rispetto all’ordinario, solo con i quali possono davvero favorirsi risultati di infrastrutturazione piuttosto che scoraggiare la creazione di luoghi sostanzialmente monofunzionali, premiando rapporti più equilibrati tra le diverse destinazioni. Si troverà, in tal modo, opportuna giustificazione ad una misura che, incidendo direttamente sulle grandezze insediatesi, ha un costo sul versante della sostenibilità complessiva del piano.⁹¹

Volendo tracciare opportune distinzioni, diverse sono le ragioni che sottendono le distinte misure urbanistiche analizzate in queste pagine, quali quelle redistributive nella perequazione, indennitarie nella compensazione, incentivanti nella premialità. A tali diversità ontologiche corrispondono, del resto, anche differenze nella disciplina dei diritti edificatori rinvenienti dal ricorso a misure rispettivamente perequative, compensative o incentivanti.

Mentre, infatti, i diritti perequativi vengono assegnati direttamente in seguito alla formazione del piano e sono commerciabili nel momento stesso in cui il piano viene approvato, avendo il terreno oggetto di trasferimento alla mano pubblica una volumetria propria, tuttavia realizzabile solo sulle aree di concentrazione, i diritti compensativi sono attribuiti in seguito alla cessione all’amministrazione comunale del fondo sorgente e non hanno limiti spaziali e, infine, i diritti incentivanti o premiali sono attribuiti in seguito all’intervento di riqualificazione urbanistica ed ambientale.

Sotto il profilo funzionale, infine, mentre i diritti perequativi rimangono assoggettati a revisioni modificative del piano che li ha assegnati, i diritti compensativi costituiscono il corrispettivo di una prestazione che il privato ha già assolto cedendo l’aria o, per quelli in funzione incentivante, avendo effettuato l’intervento premiato e, pertanto, dovrebbero essere indifferenti alle

⁹¹ BOSCOLO E., *La compensazione e l’incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, cit., 73.

eventuali variazioni successive del Piano.

2.5.4. Perequazione, compensazione e diritto di proprietà. Il rapporto con il principio di legalità e il problema della legittimità costituzionale alla luce della riserva di legge statale ex art. 42 Cost.

Un quesito particolarmente interessante che ha per anni destato l'attenzione degli interpreti, producendo tra questi un vivace dibattito, attiene alla sussistenza, e in ogni caso alla necessità, in ossequio al principio di legalità di cui all'art. 42 Cost. in materia di contenuti e limiti al diritto di proprietà, di un riferimento normativo che legittimi il ricorso da parte della P.A. alle tecniche perequative e conformative, in considerazione dell'evidente idoneità di queste ultime ad incidere sul contenuto del diritto di proprietà.

Quanto alla verifica della sussistenza di tale riferimento, occorre accertare la presenza nella legislazione nazionale di principi fondamentali ai quali le Regioni devono conformarsi. A ben vedere, non possono considerarsi leggi di principio quelle che contengono disposizioni particolari, come la Legge n. 308/2004, in cui sono previsti crediti compensativi in caso di vincolo ambientale sopravvenuto, né, per la laconicità che le caratterizza, le disposizioni delle Leggi finanziarie per il 2008 e per il 2009.

In merito, invece, alla necessità di un riferimento normativo generale, la giurisprudenza ha risposto in termini negativi, osservando come la tecnica della perequazione rappresenti una estrinsecazione del potere di pianificazione rimesso alla discrezionalità della pubblica amministrazione.⁹² Anche la dottrina si è espressa in termini analoghi rilevando, in particolare, come la perequazione

⁹² Cfr. T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. I, 14.1.1999, n. 22; T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 5.7.2002, n. 670, in *Foro amm.*, 2002, 2653; Cons. St., sez. sez. IV, 16.10.2006, n. 6171, in *Foro amm.* CDS, 2006, X, 2776; Cons. St. 8.6.2010, n. 4545, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, IX, 964.

urbanistica trovi giustificazione alla stregua del principio di equità distributiva e, quindi, come già evidenziato, degli artt. 3 e 97 della Carta costituzionale.

Si tratterebbe, pertanto, di un modello coerente con il sistema e con i principi che lo caratterizzano e non derogatorio rispetto ad essi. D'altra parte, l'esigenza di rinvenire un preciso referente normativo che abiliti le amministrazioni ad utilizzare la tecnica perequativa si è progressivamente attenuata per effetto del moltiplicarsi delle leggi urbanistiche regionali che disciplinano tale modello, malgrado la legittimità non possa dedursi dalla sussistenza di normative locali abdicando al sistema delle fonti.

Significativo riconoscimento può ravvisarsi nella menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 179 del 20 maggio 1999 che, come sopra ampiamente evidenziato, ha introdotto il principio dell'indennizzabilità dei vincoli almeno in caso di loro reiterazione a seguito della prima scadenza quinquennale. Precisamente, la Corte ha osservato come la legittimità della disciplina perequativa si regga "su due pilastri fondamentali, entrambi ben noti al nostro ordinamento: da un lato, la potestà conformativa del territorio di cui l'amministrazione è titolare nell'esercizio della propria attività di pianificazione e, dall'altro, la possibilità di ricorrere a modelli privatistici e consensuali per il perseguimento di finalità di pubblico interesse".⁹³

Cionondimeno, a seguito della modifica costituzionale del Titolo V, il modello rispetto al quale verificare il richiamato principio può essere tratto sia dalla normativa nazionale che da quella regionale, sicché il Comune può modificare la disciplina di dettaglio degli strumenti urbanistici a condizione che ciò non comporti una deviazione dal modello legale rispetto alla "causa" ovvero al "contenuto", in ossequio all'art. 117, ult. co., Cost. che attribuisce ai Comuni la potestà regolamentare nelle materie di loro competenza.

⁹³ Corte cost. 20.5.1999, n. 179, *cit.*

In altre sentenze, si evidenzia l'ammissibilità della perequazione e la sua compatibilità con il sistema in quanto appartenente al novero dei poteri conformativi della proprietà privata di spettanza della Pubblica Amministrazione, in linea con la tendenza del coinvolgimento dei privati e il rafforzamento della dimensione negoziale.⁹⁴ Il metodo perequativo in ambito urbanistico, si osserva, “è conforme (...) ai principi costituzionali in materia di tutela della proprietà privata” e precisamente al principio per il quale “i benefici e gli oneri derivanti dalla pianificazione vengano distribuiti in modo rigidamente proporzionale alla consistenza ed all'estensione delle singole proprietà”.⁹⁵

Si fa altresì strada in giurisprudenza la consapevolezza dell'utilità concreta della compensazione urbanistica quale strumento alternativo all'espropriazione e ai costi della liquidazione monetaria dell'indennizzo. Significativa al riguardo è una recente riflessione giurisprudenziale che è entrata nel merito dell'opportunità dell'istituto, osservando che il modello perequativo consente di procedere all'acquisizione di aree aventi destinazione pubblica “evitando il procedimento espropriativo mediante la loro cessione al Comune e ovviando, in tal modo, al contenzioso derivante dalla reiterazione dei vincoli di destinazione pubblica”⁹⁶, anche in virtù della promozione della collaborazione e della partecipazione dei privati proprietari con progetti e piani urbani di riqualificazione.

⁹⁴ T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 28.4.2004, n. 2711, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1172; T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 5.7.2002, n. 670, in *RGE*, 2003, I, 812; T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 17.9.2009, n. 4671, in *Urbanistica e appalti*, 2010, III, 353.

⁹⁵ T.A.R. Lombardia Brescia, 20.10.2005, n. 1043, in *Foro amm. TAR*, 2005, X, 3088, ove i giudici escludono, invece, dagli obiettivi della perequazione urbanistica la finalità di redistribuzione della ricchezza fondiaria tra i vari proprietari di aree comprese nel comparto, con l'obiettivo di pervenire ad una distribuzione egualitaria dei benefici economici derivanti dalla pianificazione.

⁹⁶ T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 19.5.2009, n. 1504, in *Foro amm. TAR* 2009, V, 1374.

Attraverso la perequazione urbanistica, proseguono i giudici, si persegue l'obiettivo di "eliminare le disuguaglianze create dalla funzione pianificatoria e in particolare dalla zonizzazione e dalla localizzazione diretta degli standards". Sembra allora, in conclusione, di poter osservare come l'assenza di una normativa statale che disciplini espressamente i principi generali in tema di perequazione non sottragga alle Regioni il potere di legiferare in materia. In questo senso, oltre agli indici sopra evidenziati, possiamo richiamare la giurisprudenza costituzionale, la quale ha avuto occasione di precisare che "la mancanza di una espressa e specifica disciplina statale contenente i principi fondamentali di una determinata materia di competenza legislativa concorrente non impedisce alle Regioni di esercitare i propri poteri in quanto in ogni caso i principi possono e devono essere desunti dalla preesistente legislazione statale".⁹⁷

⁹⁷ T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 19.5.2009, n. 1504, cit., 1374.

Capitolo III

L'evoluzione degli strumenti negoziali di pianificazione del territorio: la cessione di cubatura quale accordo di micropianificazione.

Sommario: 3.1. L'istituto sconosciuto al legislatore. – 3.2. Le ricostruzioni in ordine alla natura giuridica. – 3.2.1. *Tesi del trasferimento di un diritto reale atipico.* – 3.2.2. *Tesi del diritto di superficie.* – 3.2.3. *Tesi della costituzione di un diritto di servitù.* – 3.2.4. *Tesi della rinuncia abdicativa.* – 3.2.5. *Tesi del negozio ad effetti obbligatori.* – 3.2.6. *Tesi della cessione di contratto.* – 3.2.7. *Tesi del vincolo di destinazione.* – 3.2.8. *Ipotesi di irrilevanza giuridica.*

Nel ripercorrere le tappe della storia evolutiva degli strumenti urbanistici convenzionali, non può tacersi che l'art. 17 della legge n. 765/1967 inserì nella più volte citata legge urbanistica del 1942 l'art. 41 *quinquies*, introducendo per la prima volta il concetto di *standards edilizi* diretti all'individuazione degli indici inderogabili di densità edilizia, espressione del rapporto tra la superficie interessata dall'intervento edificatorio e il volume del fabbricato a realizzarsi.

I criteri che di volta in volta influenzano la determinazione di tali limiti sono vari ed eterogenei, quali, esemplificativamente, la superficie edificabile in proprietà, le distanze tra i costruendi edifici e le aree destinate alle opere di urbanizzazione, alle attività collettive pubbliche o private, a parcheggi e a verde pubblico.

Di tutta evidenza è la considerazione che tale previsione normativa sia preordinata alla tutela degli interessi costituzionali del più razionale sfruttamento degli spazi fabbricabili, della salvaguardia della salute della

collettività, della promozione delle attività economiche e della più adeguata funzione sociale della proprietà.

L'adozione del criterio degli *standards* delinea il più compiuto tentativo da parte del legislatore, fallito il compito della legge urbanistica del 1942, di imporre un contenuto precettivo ai piani regolatori generali, cercando di limitare, in tal modo, la discrezionalità delle amministrazioni comunali nelle scelte urbanistiche e, con essa, i fenomeni di eccessiva concentrazione urbana, resi possibili da un'alta densità edilizia, a sua volta permessa da strumenti urbanistici troppo indulgenti soprattutto nelle grandi città interessate da fenomeni di massiccia urbanizzazione. La tecnica degli *standards* costituisce, pertanto, un limite alla potestà urbanistica dell'amministrazione che, pur se titolare di un potere discrezionale, quanto alla disciplina urbanistica delle singole zone, deve attenersi agli *standards* minimi inderogabili indicati dal legislatore, non potendo concedere di edificare volumetrie maggiori di quelle risultanti in base alle dimensioni dell'area del proprietario ricevente.

In questi termini, la tecnica degli *standards* gioca un ruolo conformativo non solo dei pubblici poteri, vincolando la pubblica amministrazione a non concedere di edificare volumetrie maggiori del consentito, ma anche delle situazioni private, giacché il proprietario interessato al permesso di costruire, qualunque sia la posizione soggettiva che egli vanta nei confronti dell'amministrazione, non può pretendere di edificare volumetrie maggiori di quanto l'area gli consenta, considerato che lo *standard* volumetrico, quale parametro, fa dipendere la misura di quanto edificabile dall'estensione della proprietà.

Ai fini del discorso che si va conducendo, tra i vari *standards* urbanistici assume rilievo quello plano-volumetrico che fissa un determinato rapporto tra il terreno disponibile, espresso in metri quadri, e la volumetria edificabile,

espressa in metri cubi, stabilendo, in tal modo, quanti metri cubi di costruzione possono realizzarsi su un dato terreno.

L'imposizione di uno *standard* plano-volumetrico, in assenza di ulteriori prescrizioni urbanistiche, lascia tuttavia libero il proprietario di decidere come edificare sul proprio terreno, scegliendo di concentrare la volumetria in uno spazio ristretto, con conseguente sviluppo in altezza della costruzione, oppure di svilupparla orizzontalmente. Ma, soprattutto, la fissazione degli *standards* comporta un'indifferenza rispetto alla tipologia e alle dimensioni degli edifici realizzabili.

Ciò che importa, infatti, come pure indicato dalla giurisprudenza amministrativa, è il rispetto dei limiti inderogabili di densità edilizia in una determinata zona e non anche la materiale ubicazione degli edifici all'interno di essa⁹⁸.

In altri termini, rilevante non è la distribuzione delle volumetrie edificabili tra i proprietari di aree appartenenti ad una determinata zona, ma la distribuzione del carico edilizio all'interno di un territorio, restando, invece, indifferente il modo in cui esso è frazionato fra i privati.

Tali considerazioni consentono di comprendere appieno lo sviluppo di accordi negoziali volti alla micropianificazione in ragione delle limitazioni determinate dalla generalizzazione della tecnica degli *standards*.

La disciplina urbanistica conosce da sempre, infatti, strumenti negoziali in grado di incidere sul profilo attuativo della pianificazione territoriale. La dottrina ricorda, in merito, una serie di convenzioni, tra le quali, in tempi maggiormente risalenti, vanno segnalate quelle di lottizzazione *ex art. 8* della legge n. 765/1967, quelle previste per la realizzazione dei piani per insediamenti

⁹⁸ Cfr. Cons. St., 4.5.2006, n. 2488, cit.; Cons. St., 23.4.2009, n. 3, cit.

produttivi ex art. 27 della legge n. 865/1971 e quelle relative alla realizzazione dei piani di edilizia economico-popolare (legge n. 167/1962).⁹⁹

Fermo il potere proprio della Pubblica Amministrazione nel processo conformativo della proprietà privata, è, pertanto, generalmente riconosciuto all'autonomia negoziale il compito di organizzare i beni a fini urbanistici, integrando i programmi di pianificazione territoriali. I meccanismi di attuazione delle scelte urbanistiche, infatti, lasciano sempre maggiori spazi all'iniziativa privata affinché concorra con l'amministrazione nella cura dell'interesse pubblico all'ordinato assetto del territorio.

Una conferma giunge dai dati relativi alla proliferazione dell'urbanistica per accordi, consistente nell'applicazione dei principi introdotti dalla legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990 e, in particolare, nel ricorso agli accordi tra amministrazioni, in virtù dell'art. 15, e tra potere pubblico e privato ai sensi dell'art. 11.¹⁰⁰

⁹⁹A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso*, in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, 226 ss.

¹⁰⁰ Il tema dell'applicabilità dell'art. 11 della legge n. 241/1990 ai procedimenti urbanistici è oggetto di vivace dibattito in dottrina e giurisprudenza. Un orientamento nostrano si è espresso in termini negativi, affermando che l'impossibilità di sostituire lo strumento urbanistico con gli accordi previsti dall'art. 11 l. n. 241/90 è resa palese dall'art. 13 della stessa legge che ne esclude l'ammissibilità in materia di procedimenti urbanistici (T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 18.6.2002, n. 535). Sulla base del medesimo art. 13, la dottrina si è interrogata in ordine all'applicabilità delle disposizioni del capo III "partecipazioni al procedimento" all'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione per le quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione, osservando come detto art. 13 non vieti la stipula degli accordi nella pianificazione urbanistica e non impedisca alle pubbliche amministrazioni di prevedere forme di partecipazione del tipo di quelle previste per i procedimenti individuali. Sul punto vd. A. TRAVI, *Accordita proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, V, 2002, 274 ss.; S. CIVITARESE, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in F. PUGLIESE – A. FERRARI (a cura di), *Presente e futuro nella pianificazione urbanistica*, Milano, 1999, 163; P. URBANI, *L'urbanistica consensuale*, Torino, 2000.

Tale linea evolutiva, così rispettosa del ruolo rivestito dai privati in funzione pianificatoria, si iscrive in un filone di valorizzazione, in materia, del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, 4° co., Cost. e nella prassi negoziale si sono diffusi, oltre a forme sempre più evolute di accordi rivolti all'urbanizzazione delle aree di espansione o riqualificazione urbana, meccanismi negoziali di "micropianificazione ad iniziativa privata", i quali, lungi dall'essere costretti in cornici tipiche, sono di volta in volta determinati in funzione degli interessi pubblici e privati da comporre.

Tra questi una delle figure più note e diffuse è la cd. cessione di cubatura, con la quale i proprietari di aree interessate da un progetto edilizio, sebbene non dispongano della proprietà del terreno necessario per realizzarlo secondo lo *standard* planovolumetrico in vigore, possono procurarsi la volumetria mancante acquistandola dai proprietari dei terreni contigui non intenzionati a realizzare un pari sviluppo edilizio sui loro terreni o, più semplicemente, rinunciarvi in tutto o in parte della possibilità di edificarvi, così da permettere agli acquirenti di presentare domanda all'autorità comunale per un permesso edilizio cd. maggiorato.

3.1.L'istituto sconosciuto al legislatore.

Come evidenziato, la cessione di cubatura configura un accordo con il quale il proprietario di un'area cede l'intera potenzialità edificatoria della stessa o parte di essa ad un soggetto cessionario che, incrementando la capacità di espansione fabbricabile espressa dal proprio terreno, è legittimato ad ottenere dall'autorità comunale un permesso di costruire definito "maggiorato", idoneo, cioè,

all'edificazione di un manufatto avente un volume maggiore di quello che, in origine, sarebbe potuto essere realizzato.

Tale cessione rinvia ad una consolidata prassi contrattuale che, come unanimemente riconosciuto dalle differenti ricostruzioni giuridiche, consente di pervenire agli effetti desiderati dai privati, ossia una diversa azione dello sfruttamento edificatorio.

Varie sono le posizioni che l'autorità amministrativa può assumere di fronte all'intervento di tale fattispecie. In particolare, si osserva, il Comune potrà 1) prevedere, ammettere e regolare espressamente la fattispecie della cessione di volumetria; 2) negare espressamente l'ammissibilità del trasferimento di volumetria; 3) prevedere la cessione di volumetria solo in particolari casi e previa espressa autorizzazione; 4) non prevedere nulla, nel qual caso è del tutto legittimo ricorrere a tale trasferimento.¹⁰¹

E' di tutta evidenza come tale metodica tragga origine proprio dalla scarsità di volumetrie utilizzabili in relazione agli impieghi desiderati in un momento di crescita anche economica del sistema, in quanto, mediante tali accordi, è possibile garantire ai proprietari interessati allo sviluppo edilizio la volumetria sufficiente per realizzare gli obiettivi assunti.¹⁰² D'altra parte, la diffusione di tali accordi è indicativa dell'idoneità della cessione in esame a conferire alla procedura di pianificazione quella flessibilità necessaria per far fronte alla sopravvenuta inattuabilità delle prescrizioni di piano, il che trova conferma nella circostanza per la quale la pubblica amministrazione, una volta esaurito il

¹⁰¹ Cfr. F. PATTI – F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, II, Palermo, 2001, 1689 ss. Anche A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1995, 312, ricorda che le cessioni di cubatura prescindono da una previsione di piano espressa, atteso che essi svolgono una funzione maggiormente utile proprio nelle zone non disciplinate da alcuno strumento urbanistico.

¹⁰²S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *RGE*, V, Milano, 2011, 200.

procedimento pianificatorio, non ha più alcuna *potestasvariandi* nella ripartizione delle volumetrie edificabili.

Solo i privati, dunque, possono comprimere il loro diritto di proprietà mediante strumenti di natura privatistica, mentre l'amministrazione si limiterà a prendere atto del programmato asservimento, controllando la sua conformità alle prescrizioni degli strumenti urbanistici.

Altrettanto chiaro è come la previsione degli *standards* urbanistici ed edilizi, introdotta nel 1967, abbia costituito il fondamento tecnico delle operazioni di cessione di cubatura, determinando, nel limite della densità edilizia predisposta, l'indifferenza dello sfruttamento della volumetria complessivamente fruibile.

Non viene mutato, in altri termini, l'indice di densità complessivo della zona o del comparto e, quindi, la distribuzione totale del carico urbanistico sul territorio, dal momento che, a differenza di quanto avviene nella disciplina dei crediti di cubatura, non vi è alcun intervento premiale della condotta del privato istante da parte dell'amministrazione comunale. Qualora, poi, l'ente accolga la regolamentazione privata dello sviluppo edificatorio delle aree oggetto di contrattazione, all'inedificabilità totale o parziale del fondo del cedente corrisponderà un eguale incremento della volumetria utilizzabile sul fondo di proprietà del cessionario.

La dottrina osserva come per inedificabilità totale o parziale a seguito della cessione di volumetria debba intendersi non solo l'impossibilità a costruire sull'area, ma anche l'impossibilità che l'area stessa venga nuovamente presa in considerazione ai fini del calcolo della volumetria per il rilascio di una nuova concessione edilizia.¹⁰³

Pertanto, nonostante ai fini dell'analisi dell'istituto in discorso abbia maggiori profili di interesse l'indice massimo di densità edilizia realizzabile su una

¹⁰³N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, V, Milano, 2003, 1113.

determinata area, non può tacersi che all'obiettivo di ancorare la capacità edificatoria al parametro della superficie edificabile a disposizione dei singoli proprietari corrisponde il concetto di superficie minima idonea a “ospitare” una determinata volumetria.

In termini generali, dal momento che, per lungo tempo, è mancata una specifica disciplina normativa, la cessione di cubatura è nata e si è sviluppata in ambito prassistico e ha trovato riscontro ed espressione nelle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza amministrativa, spinte, non solo, dall'esigenza di disciplinare l'accordo intervenuto tra le parti nei limiti consentiti, ma anche di garantire ai terzi la piena conoscibilità dello stato giuridico dei terreni.

Dal punto di vista sostanziale, tale istituto nasce anche dalla difficoltà di conciliare l'esiguità delle superfici utilizzabili, frutto di frazionamenti catastali dall'esito sempre più parcellizzante, con le prescrizioni urbanistiche vigenti tempo per tempo, rispettando nel contempo lo sviluppo armonico delle aree finite e realizzando costruzioni aventi il pregio dell'omogeneità strutturale ed architettonica. In dottrina è stato, infatti, prospettato che il sistema del trasferimento di cubatura è sorto come una delle possibili soluzioni al meccanismo previsto dalla legislazione urbanistica relativo ai comparti edificatori e alla perequazione dei volumi.¹⁰⁴

La cessione di cubatura impone, inoltre, che i fondi siano posti all'interno della medesima zona urbanistica o che almeno abbiano la medesima destinazione urbanistica, implicando, insomma, un doppio limite di tipo quantitativo e qualitativo.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Così M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 1763/1999, in *Studi e materiali*, 6.2, Milano, 2001, 671, il quale aggiunge che la questione dello *iusaedificandi* deve essere sottratta dalla problematica dei trasferimenti di cubatura, in considerazione, a tacer d'altro, della diversità sempre più marcata tra esso e le facoltà inerenti alla proprietà in senso tradizionale.

¹⁰⁵ N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 1117.

In primo luogo, il trasferimento della cubatura tra proprietari di fondi posti in differenti zone urbanistiche non genererebbe, infatti, quel meccanismo compensativo in forza del quale all'incremento del fondo destinatario della cubatura corrisponderebbe un decremento della cubatura del fondo oggetto della limitazione senza intaccare la densità edilizia massima di ciascuna delle due zone. Anzi, ove un siffatto meccanismo fosse ammesso, si verificherebbe un superamento di pari misura della densità edilizia massima permessa dagli strumenti urbanistici vigenti nella zona coinvolta, fatta salva, con tutta evidenza, un'espressa previsione in tal senso da parte dei detti strumenti.¹⁰⁶

È, poi, parimenti necessario che vi sia omogeneità destinataria delle zone oggetto del trasferimento, dal momento che anche i fabbricati a realizzarsi non possono sfuggire al rispetto delle caratteristiche imposte dalle previsioni urbanistiche.

Una superata impostazione della dottrina¹⁰⁷ e della giurisprudenza¹⁰⁸ richiedeva, addirittura, che i terreni oggetto del negozio fossero confinanti o almeno

¹⁰⁶ Sul punto A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1995, 310, ricorda l'esperienza americana dei *Transfert developmentrights*, nati con l'intento di perequare la distribuzione delle volumetrie edificabili ovvero con lo scopo di allocare in modo più efficiente una risorsa estremamente scarsa quale l'edificabilità. In questo senso, N. CENTOFANTI – M. FAVAGROSSA – P. CENTOFANTI, *Le convenzioni urbanistiche ed edilizie*, Milano, 2012, 310, secondo i quali l'area asservita e l'area asservente devono essere comprese nella medesima zona omogenea.

¹⁰⁷ N. CENTOFANTI – M. FAVAGROSSA – P. CENTOFANTI, *Le convenzioni urbanistiche ed edilizie*, cit., 311; N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 1118.

¹⁰⁸ Secondo Cons. St., sez. V, 2.12.1977, n. 1092, in *Foro amm.*, 1977, I, 2900, "non vi è dubbio che il concetto di lotto - inteso quale porzione minima di area edificabile necessaria per realizzare una costruzione funzionalmente autonoma in conformità del tipo edilizio permesso nella zona dalla disciplina urbanistica in vigore al momento del rilascio della licenza - da un lato, postula la continuità fisica dell'area da adibire non solo a base di impianto, ma anche a servizio dell'erigendo edificio; dall'altro, implica uno stretto vincolo di unitarietà tra le singole parti in cui è frazionabile materialmente, oltre che idealmente, il terreno costituente il lotto stesso. I limiti allo sfruttamento edilizio dei suoli, che derivano dai caratteri ora specificati, sono preordinati al soddisfacimento di interessi pubblici relativi all'igiene, all'estetica, all'ecologia e alla densità demografica poiché, garantendo ad ogni costruzione determinate quantità di aria, luce e verde, tendono ad impedire un eccessivo grado di concentrazione dei

collegati tra loro in modo da realizzare un lotto unico in senso fisico, o, quantomeno, funzionale. Tale indirizzo, tuttavia, è stato in prosieguo mitigato dalle interpretazioni che hanno richiesto quale requisito sufficiente per poter cedere la volumetria la mera contiguità dei fondi¹⁰⁹, dando in materia un chiaro segnale dell'esigenza di continuo adeguamento delle strutture contrattuali e del loro contenuto alle esigenze che, di volta in volta, appaiono corrispondere ad interessi meritevoli di tutela, giungendo a ritenere possibile la cessione di volumetria anche tra fondi posti semplicemente nella medesima zona urbanistica.

Dallo schema negoziale in parola, infatti, sono nate nella prassi altre variazioni, espressione tutte dell'espansione degli strumenti convenzionali.

Si pensi, in particolare, all'indicazione secondo la quale il trasferimento di volumetria può avere luogo solo tra terreni appartenenti a diversi proprietari. Le esigenze della prassi hanno, all'opposto, elaborato la fattispecie del cd. accorpamento, che si realizza invece allorché l'unico proprietario di più aree vicine intenda utilizzare l'intera cubatura solo su una o alcune di esse. Presupposto applicativo è che i fondi appartengano alla medesima zona urbanistica o che abbiano la medesima destinazione, non essendo, invece, necessario che le aree idonee alla realizzazione di una siffatta operazione urbanistica siano tra loro confinanti.

fabbricati e a garantire, nell'assetto urbanistico dell'ambiente, una pressoché uniforme ed armonica distribuzione degli spazi liberi. La tutela delle esigenze in parola verrebbe gravemente compromessa, ove esistesse la possibilità di qualificare come lotto parti separate del territorio comunale e di frazionare l'unità edilizia formata dal lotto medesimo." Nello stesso senso vd. Cons. St., sez. V, 30.3.1994, n. 193, in *Rep. Giur. it.*, 1994, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 368; Cons. St., sez. V, 1.4.1998, n. 400, in *Rep. Giur. it.*, 1998, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 633.

¹⁰⁹ Cons. St., sez. V, 1.10.1986, n. 193, in *RGE*, 1986, I, 1014; T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 25.8.2010, n. 34, 18, in *RGE*, 2010, 1989.

Ancora, il proprietario di un fondo potrebbe alienarlo a terzi, riservando contestualmente a favore di un altro lotto di sua titolarità, contiguo a quello alienato, la totale o parziale capacità edificatoria sviluppata dal lotto ceduto.¹¹⁰

E' l'evoluzione delle pratiche urbanistiche, in definitiva, a elaborare, nell'indifferenza pressoché totale del legislatore, le varie sfaccettature del trasferimento di volumetria, sotto i profili dei crediti, della riserva e via dicendo. La peculiare caratteristica, e, al contempo, aspetto di spiccata problematicità ricostruttiva, che la cessione di cubatura presenta, quale negozio finalizzato a determinare un incremento di edificabilità del suolo, è la singolare coesione dell'interesse privato allo sfruttamento della capacità edificatoria di un determinato lotto di terreno e dell'interesse pubblico al rispetto delle regole di programmazione territoriale come definite dagli strumenti urbanistici tempo per tempo vigenti.

L'origine storica delle difficoltà incontrate nel riconoscere piena natura giusprivatistica alla cessione di cubatura è da reperire principalmente nelle opinioni che si sono formate dopo l'entrata in vigore della legge 28 gennaio 1977, n. 10, cd. Legge Bucalossi, e il passaggio dal sistema della licenza a quello della concessione edilizia.

Fino alla legge n. 765/1967, lo *iusaedificandi* rappresentava una prerogativa del proprietario, sia pure nella misura e con i limiti fissati dagli strumenti urbanistici e salva, in ogni caso, la necessità della osservanza degli *standards* legali.¹¹¹

All'indomani del richiamato intervento normativo di fine anni Settanta, parte della dottrina e della giurisprudenza misero in discussione l'idea che la facoltà edificatoria appartenesse al proprietario del fondo e che questi potesse disporre,

¹¹⁰ Osserva S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012, 10, nota 19, come la fattispecie possa essere ricondotta nell'alveo della figura della *deductioservitutis*, istituto, non regolato dal legislatore, che si realizza allorquando il proprietario dell'immobile nell'atto di alienazione costituisce una servitù a favore di un immobile di cui è e resta titolare.

¹¹¹ Corte Cost., 29.5.1968, n.55, cit., 838.

segnando così una separazione dal contenuto del diritto di proprietà. Di conseguenza, il provvedimento amministrativo fu ricostruito come atto costitutivo del diritto di edificare e non quale rimozione di un limite all'esplicazione del diritto di proprietà.

Su tali aspetti è intervenuta la Corte costituzionale che, con una importantissima sentenza, ha escluso l'ammissibilità di siffatta ricostruzione, sancendo la natura della facoltà di edificare quale contenuto insito nel diritto di proprietà sebbene non connotato naturale, inviolabile e illimitato di esso.¹¹²

Pertanto, la concessione edilizia, oggi permesso di costruire, non attribuisce nuovi diritti e facoltà al proprietario, ma ha la funzione di rimuovere quei limiti funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico ad un corretto e disciplinato sfruttamento del territorio.

L'annoso problema della natura giuridica dello *iusaedificandi*, per quanto qui di interesse, si caratterizza per un certo disagio che tormenta il civilista quando è chiamato ad indagare l'incidenza dei negozi giuridici di diritto privato sulle situazioni proprietarie, a causa della pressoché totale riconduzione della disciplina alla legislazione speciale, per sua natura disarmonica. In altri termini, posto il dibattito circa la natura costitutiva o meno del titolo edilizio, tale disagio può sintetizzarsi, come si approfondirà nelle pagine che seguono, nella difficoltà di ricostruire il valore e l'efficacia di strumenti negoziali che coinvolgono la facoltà edificatoria in un momento cronologicamente antecedente rispetto al rilascio del detto titolo.

Ciò detto, la problematica concettuale della cessione di cubatura risente proprio della doppia natura, privatistica e pubblicistica. L'operazione, infatti, si presenta articolata in due momenti distinti, seppure funzionalmente collegati: il primo, genetico, costituito dall'accordo tra i proprietari che autoregolamentano i propri

¹¹² Corte Cost, 30.1.1980, n.5.

interessi; il secondo, realizzazione vera è propria del primo, corrisponde all'emanazione del provvedimento amministrativo che conclude l'iter, producendo l'effetto voluto.

Il negozio di diritto privato si pone, pertanto, quale presupposto imprescindibile per un idoneo rilascio del permesso di costruire richiesto dal cessionario allo scopo di edificare una maggiore volumetria di quella che le dimensioni del lotto svilupperebbero. Al contempo però, l'incremento e la corrispondente diminuzione della cubatura nei due lotti oggetto dell'attività negoziale fanno seguito solo ed esclusivamente all'intervento della pubblica amministrazione: qualora all'atto negoziale non segua il permesso di costruire come richiesto dal beneficiario della cessione, quest'ultima non produrrà alcun effetto.

Il collegamento tra le dette due fasi esclude, allora, la possibilità di attribuire all'una o all'altra carattere prevalente e tale da assorbire la specificità disciplinare dell'altra, non essendo possibile individuare il momento qualitativamente pozior e, di qui, stabilire la disciplina dominante. In dottrina si è, infatti, osservato che ove si enfatizzasse la fase genetica della cessione, rappresentata dall'accordo tra le parti, la disciplina del caso andrebbe rinvenuta nel diritto privato, laddove, ponendo attenzione alla fase conclusiva del rilascio del permesso di costruire cd. maggiorato, il ricorso alle regole del diritto amministrativo sarebbe indispensabile.¹¹³

E' in proposito accreditata l'opinione secondo cui il rilascio del permesso di costruire cd. maggiorato, conforme alla volontà delle parti, rappresenta la *condicio iuris* alla quale è subordinata l'efficacia del negozio concluso tra cedente e cessionario¹¹⁴, nonostante tale risultato possa qualificarsi anche come *condicio facti*, dal momento che la cessione di cubatura potrebbe prescindere, come visto, da un'espressa previsione degli strumenti urbanistici, ovvero,

¹¹³M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., 710.

¹¹⁴N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 1120.

ancora, come presupposizione, atteso che il rilascio del permesso di costruire consiste in una attuazione giuridica futura, comune ad entrambe le parti, oggettiva ed indipendente dalla loro volontà, che in ogni caso i contraenti, anche in difetto di espressa previsione, hanno tenuto senz'altro in debita considerazione.¹¹⁵

Parimenti da considerare sono le ipotesi dell'eventuale nullità, o invalidazione successiva, e della risoluzione, anche per mutuo consenso, del contratto di trasferimento della cubatura, le quali comporterebbero, ove la costruzione non sia stata ancora realizzata, l'impossibilità per il cessionario di avvalersi della maggiorata capacità edificatoria non ancora esercitata in tutto o in parte. La caducazione del contratto determinerà, infatti, certamente il mancato rilascio del permesso di costruire e, nel caso in cui esso fosse già stato rilasciato, non la sua decadenza quanto, piuttosto, la possibilità di un suo annullamento d'ufficio o di un suo ritiro, previa adeguata motivazione che abbia riguardo alla necessaria salvaguardia dell'interesse pubblico leso.¹¹⁶

Con particolare riferimento all'inadempimento del contratto di cessione di cubatura, andrebbe distinta l'ipotesi in cui il contenuto del contratto non contrasti con le prescrizioni urbanistiche, nel qual caso il privato vanterebbe un diritto certo alla esecuzione in forma specifica nelle forme previste dall'art. 2933 c.c.¹¹⁷

Qualora, invece, la costruzione sia già stata realizzata, l'eliminazione del vincolo non importerà la riespansione automatica della capacità edificatoria del

¹¹⁵M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., 699. Ancora, F. PATTI – F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., 1678, ricordano che il meccanismo condizionale potrebbe atteggiarsi quale condizione risolutiva del mancato rilascio del permesso di costruire per volumetria ampliata o, in assenza di una chiara ed espressa previsione pattizia quale presupposizione.

¹¹⁶M. LIBERTINI, *Sui "trasferimenti di cubatura"*, in *Contr. e impr.*, Milano, 1991, 2253.

¹¹⁷N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, cit., 1087.

fondo eccedente la cubatura, dal momento che un simile risultato sarà giuridicamente impossibile sino a quando sul terreno insisterà la costruzione che abbia esaurito in tutto o in parte la capacità edificatoria conformemente al rilasciato permesso di costruire.

Nel caso, poi, di demolizione di tale ultimo manufatto, sia per effetto espresso dell'accordo obbligatorio di ripristino della situazione *quo ante*, sia quale effetto implicito della definitività della caducazione dell'accordo traslativo originario, ai due fondi saranno attribuite le capacità edificatorie che a ciascuno di essi spettavano secondo le prescrizioni urbanistiche originarie, fatta eccezione per il caso di una eventuale nuova regolamentazione pattizia che moduli diversamente la volumetria ceduta tra i fondi.¹¹⁸

L'inedificabilità del lotto spogliato in tutto o in parte della volumetria e l'incremento corrispondente dell'area beneficiaria sono legati, insomma, da un vincolo funzionale e di corrispettività e, di conseguenza, il mancato o difettoso rilascio del permesso di costruire richiesto dal proprietario del fondo beneficiario non priverebbe solo il negozio di qualsiasi giustificazione, determinandone così la sopravvenuta inefficacia, ma addirittura ne impedirebbe l'efficacia in maniera retroattiva, a far tempo dalla stipulazione iniziale, per quanto concerne il trasferimento della cubatura in modo definitivo.

Le due fattispecie in parola, in ogni caso, pur funzionalmente collegate, mantengono una loro autonoma rilevanza, dal momento che, sebbene sia unico il risultato perseguendo, le relative vicende regolate dal diritto pubblico e dal diritto privato restano perfettamente indipendenti tra loro, instaurando sotto alcuni profili una reciproca irrilevanza.¹¹⁹

¹¹⁸M. LIBERTINI, *Sui "trasferimenti di cubatura"*, cit., 2276; N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 1122.

¹¹⁹N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 1121.

In particolare, il contratto di cessione è perfettamente valido indipendentemente dal rilascio del permesso di costruire, con conseguente piena applicazione ad esso delle regole che disciplinano la materia contrattuale dal punto di vista fisiologico e patologico.

In ogni caso, la caducazione dell'accordo pattizio, magari discendente dal mutuo consenso delle parti, potrebbe recare con sé, quale conseguenza non voluta, un grave pregiudizio all'assetto urbanistico di una certa area, ponendo il fondo vincolato in uno stato di inedificabilità permanente e mutilando la tutela dell'interesse pubblico sotteso al collegamento tra il rilascio del permesso di costruire e la stipulazione del negozio di diritto privato avente ad oggetto il trasferimento della cubatura.

È stato, allora, affermato che solo un accordo trilaterale tra cedente, cessionario e Comune potrebbe salvaguardare tutti gli interessi in gioco.¹²⁰

Va, invero, segnalato che una siffatta ricostruzione, pur ispirata da ragioni apprezzabili, finirebbe per rendere ancora più complesso il meccanismo giuridico della fattispecie quanto meno dal punto di vista pratico, senza per altro verso riscuotere il consenso pieno della giurisprudenza.¹²¹ E' preferibile affermare che ciascun segmento della materia è regolato dalla disciplina rispettiva, senza bisogno alcuno di trovare margini comuni a statuti giuridici per loro natura del tutto autonomi.

Inoltre, non vi è alcun pericolo per l'interesse pubblico che è sotteso alla disciplina urbanistica nell'ipotesi, pur sempre realizzabile, di contrasto tra

¹²⁰ Osserva A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, VII, Torino, 2005, 527, che in tal modo l'atto privatistico si fonderebbe in un unico accordo con l'atto della pubblica amministrazione; vd. pure N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Riv. not.*, Milano, 1992, 1071, il quale afferma che all'accordo medesimo non può disconoscersi efficacia bidirezionale: efficacia di diritto privato per quanto riguarda i rapporti tra i proprietari delle aree edificabili ed efficacia di diritto pubblico per quel che concerne i rapporti dei proprietari con il Comune.

¹²¹ Cass. civ., 29.6.1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 685.

l'assetto privatistico e il regime urbanistico delle costruzioni. Qualora l'assetto negoziale disegnato dalle parti contrasti con la disciplina urbanistica vigente, esso manterrebbe comunque efficacia vincolante per gli stipulanti, ad eccezione naturalmente del caso in cui ciò si traduca in una contrarietà ai principi inderogabili dell'ordinamento, e sarebbe comunque totalmente irrilevante nei confronti della pubblica amministrazione, fatta, in ogni caso, salva la possibilità di prevedere il rilievo amministrativo dell'accordo solo qualora esso sia conforme alle norme urbanistiche via via vigenti.

Come accennato e come meglio vedremo oltre, varie sono state le ricostruzioni in ordine alla natura giuridica del negozio di trasferimento della volumetria, alcune ispirate ad una concezione della cubatura quale diritto reale limitato e, di conseguenza, decise nell'affermare il valore di contratto ad effetti reali della relativa cessione; altre, invece, indifferenti rispetto al ruolo di tale programma negoziale e, certamente, convinte della sua secondarietà rispetto al momento "amministrativistico" della fattispecie.

Il rilievo dell'interesse pubblico al rispetto delle regole di programmazione urbanistica e ad una corretta, armonica ed omogenea espansione edilizia nel territorio interessato ha, infatti, indotto parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza a sminuire il ruolo giocato dall'autonomia privata nell'ambito della cessione di volumetria, tanto da qualificare in termini di assoluta superfluità qualsiasi accordo concluso dalle parti, non solo per quanto agli effetti *inter partes*, ma addirittura anche nei confronti della pubblica amministrazione.¹²² In tali termini, il momento essenziale e costitutivo dell'intera fattispecie sarebbe costituito solo ed esclusivamente dal rilascio del permesso di costruire, divenendo sufficiente la mera adesione del proprietario

¹²² Cass. civ., 29.6.1981, n. 4245, in *Giur. it.*, I, 1, 685; Cass. civ., 12.9.1998, n. 9081, in *Rep. Giur. it.*, 1998, voce *Edilizia ed urbanistica*, n. 632; per la dottrina vd. su tutti P. URBANI, *L'urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011, 195.

cedente in qualsiasi modo manifestata, anche attraverso una mera sottoscrizione apposta sull'istanza di permesso di costruire o, ancor più semplicemente, sugli estratti plano-volumetrici allegati al progetto ed alla domanda medesima.

Secondo un indirizzo giurisprudenziale ormai risalente, sarebbe necessario che il proprietario cedente manifesti espressamente la sua adesione al trasferimento mediante un atto d'obbligo, non ritenendo sufficiente a perfezionare il meccanismo traslativo detta sottoscrizione, proprio perché inidonea alla tutela delle ragioni dei terzi in quanto non aventi accesso ai registri immobiliari.¹²³

In senso parzialmente diverso, un risalente indirizzo della giurisprudenza amministrativa ha, al proposito, affermato che, pur essendo legittima la richiesta da parte dell'amministrazione comunale di un atto d'obbligo unilaterale, non appare, invero, necessaria la sua trascrizione nei registri immobiliari, dal momento che la tutela delle ragioni dei terzi estranei discende dalla semplice annotazione del vincolo negli atti amministrativi del Comune.

La limitazione edificatoria di un lotto e la conseguente espansione dell'altro deriverebbe, insomma, esclusivamente dal provvedimento amministrativo¹²⁴, divenendo, così, irrilevante per la pubblica amministrazione, in primo luogo, l'intervento eventuale di un accordo tra le parti, privo di qualsivoglia effetto sul completamento dell'*iter* di rilascio del permesso di costruire e, in secondo, anche tutte le vicende successive all'eventuale stipulazione del contratto di cessione.

L'esigenza di salvaguardia dell'interesse pubblico sotteso all'intero procedimento non deve però far dimenticare la necessità di tutela dell'interesse delle parti a conformare un assetto negoziale per loro soddisfacente mediante l'espressione di un consenso libero e cosciente e, nel contempo, rispettoso delle

¹²³ G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, 359 ss.

¹²⁴ T.A.R. Umbria Perugia, 24.1.1990, n. 7, in *Foro amm.*, 1990, I, 2100.

regole, dei principi e dell'interesse dei terzi a conoscere il trasferimento di cubatura attraverso il regime della pubblicità immobiliare.

Non è possibile, infatti, reputare sufficiente a tale scopo la mera sussistenza di provvedimenti amministrativi che legittimino lo spostamento della cubatura da un fondo all'altro, ancorché contenenti clausole che diano atto del trasferimento stesso.

La sottoscrizione della documentazione amministrativa, come sostenuto da più parti della dottrina, non può mai surrogare e sostituire la predisposizione di strumenti negoziali, coscienti e volontari, che stiano a presidio del corrispondente assetto avente carattere squisitamente amministrativistico.¹²⁵

Né, peraltro, la scarsa o nulla considerazione del ruolo giocato in materia dall'attività negoziale privata permetterebbe di comprendere come la pubblica amministrazione possa consentire un effetto giuridico così importante quale il trasferimento di volumetria, che, incidendo profondamente sulle facoltà del proprietario che subisce la minorazione di capacità edificatoria del proprio lotto, non può immaginarsi perfezionato sulla base di una non formale adesione in qualità di cedente.

E' stato, infatti, sostenuto che nel caso di specie non può prescindersi da un vero e proprio accordo contrattuale tra le parti, dal momento che qualsiasi atto dispositivo di un bene richiede sempre il pieno consenso del legittimo titolare espresso nelle forme richieste affinché possa considerarsi valido ed efficace.¹²⁶

Pertanto, occorre affermare, in definitiva, che un corretto assetto negoziale è, senza dubbio, espressione dell'accordo intercorso tra cedente e cessionario e non può allora che precedere giuridicamente e logicamente l'intervento della pubblica amministrazione.

¹²⁵ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., 699 ss.

¹²⁶ N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 1125; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., 671.

Indipendentemente, insomma, dalle vicende legate allo svolgimento della successiva fase amministrativa, la funzione del negozio è quella di creare il vincolo sui beni e di soddisfare l'interesse dei privati a realizzare il più possibile l'assetto negoziale condiviso in merito ai fondi. Certamente, non determina il trasferimento di cubatura in assenza del provvedimento amministrativo, ma garantisce la creazione del vincolo di inedificabilità, il quale, benché risultato solo parziale, sarà opponibile *erga omnes* mediante la trascrizione.¹²⁷

In conclusione, può affermarsi che il negozio di diritto privato si inserisce nell'ambito del procedimento amministrativo dal quale deriverà, quale effetto finale, il rilascio del permesso di costruire cd. maggiorato secondo le regole biunivoche tra diritto privato e diritto pubblico, nel senso che tale ultimo permesso di costruire potrà essere rilasciato al proprietario del lotto ricevente solo qualora sia stato stipulato in suo favore un negozio traslativo di volumetria nei limiti dell'interesse pubblico alla salvaguardia sostanziale del bene territorio.

3.2. Le ricostruzioni in ordine alla natura giuridica.

Come si è evidenziato, la cessione di volumetria consegue ad un *iter* complesso formato dall'accordo negoziale al quale necessariamente segue un provvedimento amministrativo che autorizza sul terreno del cessionario lo sfruttamento di una cubatura incrementata in modo corrispondente alla relativa diminuzione sul lotto del cedente.

In assenza di un meccanismo negoziale tipico che fugasse ogni dubbio ricostruttivo, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato opinioni variegata circa l'individuazione dello strumento idoneo ad inquadrare la fattispecie e pervenire

¹²⁷M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., 711.

al risultato concreto voluto dalle parti, nel rispetto del valore dell'intervento della pubblica amministrazione.

Preliminarmente, occorre precisare che i primi interventi della giurisprudenza di legittimità sul punto sono stati originati da questioni di natura fiscale più che da istanze classificatorie. Si discuteva, infatti, in ordine all'assoggettabilità della cessione, quale trasferimento di un diritto reale immobiliare, alle agevolazioni previste per i trasferimenti immobiliari dalla Legge 2 luglio 1949, n. 408 piuttosto che all'art. 1 della tariffa allegata sub A alla Legge di Registro.¹²⁸

Nelle pagine che seguono si delineeranno i principali orientamenti sui quali la dottrina e la giurisprudenza che si sono occupate della natura giuridica degli strumenti qui indagati continuano a tutt'oggi a discutere, contrapposte da tendenze ricostruttive dotate di maggiore o minore considerazione per il ruolo ricoperto dall'accordo negoziale nel perfezionamento dell'intera fattispecie e, di conseguenza, da opposte posizioni in ordine alla natura giuridica della facoltà edificatoria.

3.2.2.1. *Tesi del trasferimento di un diritto reale atipico.*

Le pronunce che, in sede di legittimità si occupavano delle questioni di natura fiscale si ispiravano, già alla vigilia della richiamata sentenza della Corte costituzionale del 1980, all'assunto che lo *iusedificandi* fosse una facoltà

¹²⁸ Mentre, infatti, da un lato, si afferma che “le cessioni di cubatura previste dal piano regolatore della città di Torino (...) costituiscono atti con effetti analoghi a quelli propri dei trasferimenti di diritti immobiliari considerati dall'art. 1 della tariffa allegata alla legge di registro, per cui sono soggetti all'aliquota d'imposta stabilita per tali atti” (Cass. civ., 6.7.1972, n. 2235, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Registro*, n. 250), dall'altro, si aggiunge che esse beneficiano, ove ne ricorrano altri presupposti, “delle agevolazioni concesse per i trasferimenti immobiliari dalla legge 2 luglio 1949, n. 408”, con conseguente assoggettamento all'imposta fissa e non proporzionale di registro (Cass. civ., 9.3.1973, n. 641, in *Riv. not.*, 1973, II, 1165 ss.).

inerente al diritto di proprietà, in quanto tale, trasferibile per volontà delle parti e con l'assenso del Comune. Di conseguenza, attraverso la fattispecie in discorso, il proprietario del fondo cui inerisce una determinata cubatura distaccherebbe la facoltà inerente al suo diritto dominicale nei limiti di quanto concesso dal piano regolatore e, costituendo un autonomo diritto, lo trasferirebbe definitivamente all'acquirente a beneficio del suo fondo.¹²⁹

Dunque, la cubatura costituirebbe, in tale luce, un oggetto del diritto a sé stante, una *utilitas* vera e propria ed un valore economico di cui il titolare può liberamente disporre.

Di qui, la ricostruzione della cessione di cubatura in termini di atto traslativo, volontario e a titolo oneroso, di un diritto reale atipico, soggetto, pertanto, innanzitutto, alla relativa aliquota d'imposta e, poi, alle prescrizioni di cui all'art. 1350 c.c., in tema di forma, e all'art. 2643 c.c., per quanto alla pubblicità.

Siffatta ricostruzione non contraddirebbe il principio del numero chiuso dei diritti reali, atteso che il paradigma legislativo che lo impone sarebbe derogabile da norme speciali e quindi dal legislatore medesimo mediante, con particolare riferimento alla fattispecie in esame, le previsioni dei piani regolatori che disciplinano la cessione di volumetria.

In ogni caso, a parere del Supremo Collegio, tale negozio andrebbe comunque sottoposto alla condizione risolutiva del mancato rilascio da parte del Comune della concessione maggiorata, dal momento che, ai fini tanto del concreto risultato finale quanto del gettito fiscale, è irrilevante accertare l'effetto della rinuncia allo sfruttamento edilizio e della cessione della cubatura ovvero dell'assenso a che questa sia utilizzata dal cessionario, posto che l'incremento

¹²⁹ Cfr. Cass. civ., 30.4.1974, n. 1231, in *Riv. not.*, 1975, II, 547, ove se ne riconoscono effetti *erga omnes* analoghi a quelli che producono i trasferimenti di diritti reali.

concreto dell'edificabilità del fondo consegue soltanto ad un provvedimento amministrativo.¹³⁰

Singolare appare, invero, a questo punto, coniugare la natura di diritto reale, benché atipico, della cubatura con una portata tanto incisiva dell'intervento della P.A., malgrado la Corte costituzionale abbia tentato di chiarire tale relazione. Nella citata sentenza del 1980, infatti, si afferma che "il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà e alle altre situazioni che comprendono la legittimazione a costruire anche se di esso sono stati tuttavia compressi e limitati portata e contenuto, nel senso che l'avente diritto può costruire entro i limiti, anche temporali, stabiliti dagli strumenti urbanistici".¹³¹

Cionondimeno, autorevole e preferibile dottrina rifiuta di tale ricostruzione la configurazione della facoltà di costruire in termini di autonomo diritto. Sarebbe inaccettabile, infatti, ammettere che le singole facoltà possano essere rese autonome e trasferibili quali specifici diritti reali, dotati di vita propria e proprie regole di circolazione nonostante la mancata inerenza ad una *res* materiale determinata.¹³² Si dice, infatti, che tale impostazione sia espressione della concezione dei diritti reali come diritti parziali o frazionari, e cioè diritti aventi ad oggetto alcune soltanto delle facoltà comprese nel diritto di proprietà, al quale, piuttosto, non può non conferirsi dignità di diritto pieno ed unitario che ben può essere compresso per effetto della costituzione di diritti reali parziali per poi riespandersi a seguito della loro estinzione.¹³³

¹³⁰ Cfr. Cass. civ., 14.12.1988, n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, 372.

¹³¹ Corte cost., 30.1.1980, n. 5, cit.

¹³² M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645bis*, Milano, 1998.

¹³³ N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, V, Milano, 2003, 699 ss.

Anche la ricostruzione in termini di bene a se stante, infine, appare deficitaria, dal momento che la volumetria altro non è che una mera utilità del fondo e, in quanto tale, non trasferibile in maniera svincolata dalle sorti di quest'ultimo.

3.2.2. *Tesi del diritto di superficie.*

Secondo parte della dottrina e due risalenti pronunce della Suprema Corte¹³⁴, il negozio di cessione della potenzialità edificatoria dovrebbe essere inquadrato nell'ambito della costituzione di un diritto di superficie, anche se con connotati atipici rispetto allo schema legale, stabilendo che l'acquisto della cubatura realizza il medesimo effetto di una concessione *ad aedificandum* e, conseguentemente, il trasferimento di diritti da un fondo all'altro.

In tale ipotesi, l'elemento del tutto peculiare è rappresentato dal fatto che il diritto di costruire venga esercitato non sul fondo che lo origina, ma bensì sul diverso lotto del beneficiario dell'attribuzione, ottenendo il rilascio del permesso di costruire cd. maggiorato.

Il principale vizio di tale inquadramento risiede nel mancato rispetto proprio dei suddetti requisiti sostanziali imposti dagli artt. 952 e ss. c.c., innestando un conflitto evidente con il principio del numero chiuso dei diritti reali, a meno di non voler aderire ad un coraggioso indirizzo che, rielaborando lo spunto offerto dall'art. 952 c.c., costruisce una sorta di evoluzione della fattispecie normativa, individuando all'oggetto del trasferimento della cubatura non un immobile già esistente, ma una costruzione non ancora edificata.¹³⁵

Tuttavia, infine, anche a tale impostazione non sono mancate critiche, soprattutto da parte di chi, giustamente, non ha potuto non considerare che in tal caso all'oggetto del contratto vi sarebbe il bene futuro della costruzione non

¹³⁴ Cass. civ., 1.6.1953, n. 1655; Cass. civ., 20.10.1976, n. 3639, in *Riv. leg. fisc.*, 1977, 1146.

¹³⁵ S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989, 69.

ancora realizzata e non la cubatura in sé¹³⁶, a tacere poi dell'esatto rilievo secondo cui, anche in tal caso, la cubatura fungerebbe da facoltà insita nel diritto di proprietà autonomamente trasferibile.

3.2.3. *Tesi della costituzione di un diritto di servitù.*

Parte della dottrina e una nota pronuncia della Cassazione hanno tentato di assimilare gli effetti della cessione di cubatura a quelli del contratto costitutivo di servitù¹³⁷¹³⁸, identificandola, in concreto, con un negozio mediante il quale il proprietario di un fondo lo grava volontariamente di un peso a favore di un altro lotto. A ben vedere, il caratteristico contenuto atipico del diritto reale di servitù permetterebbe agli interpreti di coniugare il rispetto del principio della tipicità dei diritti reali e il ricorso alla pubblicità immobiliare con una soddisfacente ricostruzione della fattispecie.

In altri termini, attraverso tale cessione, si restringerebbero i poteri del proprietario cedente in relazione al bene che gli appartiene e verrebbe incrementata la particolare utilità rappresentata dalla capacità edificatoria del fondo di altro soggetto, attribuendo all'area beneficiata vantaggi agevolmente riconducibili alle qualità del fondo tipiche dei diritti di servitù.

In particolare, nell'ipotesi in cui il cedente dismetta integralmente la capacità edificatoria del fondo in modo da non poter più realizzare alcuna costruzione, lo

¹³⁶M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit, 699 ss.

¹³⁷M. LIBERTINI, *I "trasferimenti di cubatura"*, in F. GALGANO, *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, III, Torino, 1995, 2273 ss; C. TENELLA SILLANI, *I "limiti verticali" della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, 603.

¹³⁸ Per la giurisprudenza cfr. Cass. civ., 25.10.1973, n. 2743, in *Giust. civ.*, 1974, I, 922, secondo cui le pattuizioni con cui vengono imposte, a carico di un fondo e a favore del fondo confinante, limitazioni di edificabilità si atteggiano, rispetto ai terreni che ne sono colpiti, a permanente minorazione della loro utilizzazione da parte di chiunque sia proprietario, e attribuiscono ai terreni contigui un corrispondente vantaggio che inerisce ai terreni stessi come *qualitas fundi*, cioè con carattere di realtà così da inquadrarsi nello schema della servitù, per infine precisare che si tratta di servitù prediale a contenuto atipico e, pertanto, trascrivibile.

schema legale di riferimento sarà quello della *servitus non aedificandi*, mentre, ove le parti intendano realizzare un parziale trasferimento della cubatura, il meccanismo adottato ricalcherà le linee della *servitus altius non tollendi* che consente al cedente di utilizzare egli stesso la residua cubatura ovvero cederla a terzi.

Anche in caso di cessione integrale, peraltro, nell'ipotesi di successivo mutamento delle regole urbanistiche che attribuisca al fondo spogliato un'ulteriore capacità edificatoria, questa potrà essere sfruttata direttamente dal proprietario ovvero ceduta da questi ad altri.

Non può negarsi, invero, che il rapporto costituito tra i fondi presenta i caratteri tipici che emergono dall'art. 1027 c.c., ossia la vicinanza tra i fondi, l'incremento del valore e dell'utilità del fondo dominante correlato alla riduzione del valore e dell'utilità di quello servente e l'appartenenza a due differenti proprietari, a tacere poi dell'indubbio vantaggio della trascrivibilità e della conseguente emersione pubblicitaria del negozio.

Le critiche a tale teoria sono state, tuttavia, molteplici.

È stato, *in primis*, rilevato che il ricorso a tale schema legale offrirebbe una spiegazione chiara alla nascita del vincolo sul fondo appartenente al cedente, ma risulterebbe inidoneo a giustificare la genesi del corrispondente incremento della volumetria in capo al cessionario, ove, a differenza della mera imposizione del peso della servitù, qui resterebbe da indagare il diritto da parte del soggetto proprietario del fondo avvantaggiato di utilizzare una cubatura maggiore di quella attribuita dagli strumenti urbanistici.¹³⁹

Orbene, l'esigenza di reperire detto raccordo ha spinto la prassi e parte della dottrina a reperire nella finalizzazione della servitù l'elemento peculiare della cessione di cubatura rispetto alla mera *servitus non aedificandi*. Si tratterebbe,

¹³⁹N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 699 ss.

in altre parole, di una servitù *finalizzata* o *qualificata*, nella quale il peso gravante sul fondo servente consisterebbe, oltre che in un *non facere*, altresì in un *pati*, corrispondente alla sopportazione della circostanza che sul fondo vicino si realizzi un manufatto di volume superiore agli indici edilizi stabiliti dalle previsioni urbanistiche¹⁴⁰, ovviamente all'indomani del rilascio del permesso di costruire.

Altra osservazione critica ha avuto ad oggetto l'eventualità che la cessione di volumetria venga attuata anche tra lotti non contigui, magari spazialmente lontani tra loro, in violazione del principio per il quale *praedia vicina esse debent*.¹⁴¹

A tale rilievo si è tentato di replicare, in primo luogo, sostenendo l'assunto ormai pacifico della rilettura di tale principio in chiave non di vicinanza fisica ma bensì di mera idoneità all'effettivo esercizio della servitù e, in secondo luogo, con particolare riferimento alla cessione di cubatura, prospettando la necessità di valutare l'incidenza del requisito della vicinanza, ai fini della trasferibilità della volumetria, di volta in volta con specifico riguardo alla zona urbanistica in cui sono compresi entrambi i fondi, risultando tale possibilità esclusa, e pertanto non dissimile rispetto alla costituzione del diritto di servitù, allorquando, in assenza di una previsione espressa nello strumento generale, le aree a standard e le opere di urbanizzazione primarie e secondarie siano previste in modo da servire adeguatamente l'intero tessuto urbano.¹⁴²

¹⁴⁰M. LIBERTINI, *I "trasferimenti di cubatura"*, cit., 687 ss., secondo cui tale sopportazione potrebbe comportare anche una riduzione della possibilità di godimento panoramico o l'implicita elevazione della soglia di tollerabilità di certe immissioni.

¹⁴¹N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 699 ss.; F. PATTI – F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, II, Palermo, 2001, 1680.

¹⁴²G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *Notariato e diritto immobiliare*, Coll. diretta da G. LAURINI – E. BRIGANTI, III, Milano, 2014, 38.

Si è sostenuto, quindi, che gli accordi di micropianificazione qui in esame non possano incidere in maniera duratura sul rapporto tra cittadini ed opere di urbanizzazione, fermi restando gli indici di edificabilità fondiaria.¹⁴³

In più, avverso la qualificazione in termini di servitù si sono sollevati dubbi in ordine, da un lato, alla mancanza di inerenza oggettiva per il fondo dominante e di asservimento attuale del fondo servente, giacché l'*utilitas* non conseguirebbe alla servitù *ex se* bensì al rilascio del permesso di costruire e, dall'altro, al carattere non permanente dell'*utilitas* che si esaurirebbe con l'ottenimento del titolo abilitativo.¹⁴⁴

Nel caso di specie, si sarebbe in presenza di una fattispecie a formazione progressiva, in cui dichiarazioni private confluiscono nel contesto di un procedimento amministrativo. Atteso, dunque, il carattere pubblicistico della fattispecie, soltanto al rilascio del permesso di costruire il cessionario acquisterà il diritto ad una cubatura maggiore, mentre, a seguito del negozio di cessione, il cessionario vanterebbe esclusivamente un interesse legittimo ad ottenere il rilascio di un permesso di costruire in misura corrispondente alla cubatura sviluppata dal solo lotto sul quale sarà realizzata la costruzione o anche dai lotti oggetto del trasferimento della volumetria medesima.

Ad avviso di tale ricostruzione, l'inquadramento in chiave di servitù non ha alcun rilievo per la pubblica amministrazione nei confronti della quale saranno sempre indispensabili i presupposti previsti dal piano regolatore ed il consenso debitamente manifestato all'ente da parte del cedente.

Alla stregua di quanto detto, risulta evidente che il cessionario non può ritenersi titolare di alcun diritto reale opponibile ai terzi dal momento che, in caso di

¹⁴³S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *RGE*, V, Milano, 2011, 398.

¹⁴⁴F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645bis*, cit., 655; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso*, in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, 25.

conflitto, prevarrebbe ai fini del rilascio del titolo abilitativo colui il quale potrà vantare un atto di consenso del cedente manifestato nelle debite forme nei confronti del Comune¹⁴⁵, mutando il ruolo di tale rilascio da condizione di efficacia della stipulazione a momento perfezionativo della fattispecie.

A ben vedere, tuttavia, non può non riconoscersi alla costituzione della servitù un suo proprio ruolo e l' idoneità a produrre determinati effetti, come, in particolare, l'imposizione del limite all'edificazione del fondo servente a prescindere dall'ottenimento del provvedimento amministrativo. L'incremento edificatorio del fondo dominante conseguirà, invece, soltanto all'intervento dell'ente pubblico ma, sino ad allora, l'immediata efficacia dell'accordo e la sua vincolatività esprimeranno tra le parti tutta la loro forza, soprattutto in caso di doppia cessione e di inadempimento, e saranno opponibili ai terzi mediante il meccanismo pubblicitario.

Nel tentativo di superare tale rilievo, si è, poi, compiuto un passo ulteriore profilando, attraverso il richiamo allo schema della servitù per un vantaggio futuro del fondo dominante, una distinzione fra *utilitas*, consistente nell'attuale imposizione di un limite all'edificazione, immediatamente efficace, e vantaggio, futuro e incerto, consistente nell'incremento edificatorio del fondo dominante, legato al provvedimento amministrativo. In altre parole, l'utilità può essere, nel congegno negoziale predisposto dalle parti, legata ad un elemento futuro quale il provvedimento stesso, recuperando, in tal modo, l'inerenza reale della fattispecie.

In particolare, già in epoca romana, si ammetteva una servitù costituita per vantaggio futuro, mentre oggi l'ipotesi trova la sua regolamentazione all'art. 1029 c.c., il quale, nell'ottica di costituire i presupposti che possano permettere

¹⁴⁵F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645bis*, cit., 659-660.

di meglio fruire delle utilità dei fondi¹⁴⁶, consente la costituzione di una servitù che assicuri ad un fondo un vantaggio soltanto futuro ed eventuale¹⁴⁷.

Sul punto, la dottrina ricorda che solo nella generalità dei casi utilità e vantaggio coincidono nel tempo, mentre ben possono esserne disgiunti¹⁴⁸, revocando tale vantaggio su un piano di futuro eventuale, come nel caso di costituzione di una servitù rispetto all'acqua che si potrà scoprire.

La servitù, insomma, al tempo della sua costituzione, contiene in sé tutti gli elementi essenziali previsti dalle norme per la sua venuta ad esistenza, ivi comprese le utilità, e produce effetti immediati ponendo in essere il vincolo a favore del fondo dominante¹⁴⁹, mentre futura ed incerta sarà solo la possibilità di esercizio concreto.

Malgrado anche tale inquadramento presti il fianco alle critiche basate sulla centralità, nella vicenda traslativa, del rilascio del permesso di costruire, e sulla conseguente irrilevanza di ogni vincolo reale costituito in virtù della negoziazione privata, non può trascurarsi come la ricostruzione della servitù a vantaggio futuro permetta di focalizzare e scandire meglio, anche tecnicamente, i due tempi della fattispecie: il primo, si ripete, corrispondente all'imposizione del limite all'edificazione del fondo servente, immediatamente efficace tra le parti indipendentemente dal rilascio del permesso di costruire, il quale ultimo consentirà, in un secondo momento, all'esito positivo del procedimento amministrativo, il trasferimento finale della cubatura.

Sebbene, per alcuni, il tutto vada a costruire una fattispecie a formazione progressiva, dove il vantaggio in senso tecnico, ossia l'effettivo incremento

¹⁴⁶B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, XII, Milano, 1967, 148;

¹⁴⁷G. BRANCA, *Servitù prediali (art. 1027-1099)*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Roma-Bologna, 1967, 33 ss.

¹⁴⁸B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 149.

¹⁴⁹M. C. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 2003, 649; S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2012, 222.

edificatorio del fondo dominante, assurge al rango di elemento costitutivo, fatta salva, come sembra opportuno, la possibilità di una personalizzazione in sede negoziale in termini di elemento esterno e condizionale del negozio costitutivo medesimo¹⁵⁰, a parere di chi scrive la funzione del rilascio del provvedimento edilizio va limitata entro i ranghi del rendere possibile l'esercizio concreto della servitù, nonostante l'effetto vincolante tra le parti si sia già verificato precedentemente.

Ove, pertanto, il provvedimento amministrativo risulti positivo, la servitù come costituita manterrà la sua ragion d'essere proprio perché inibisce al proprietario del fondo servente di edificare ulteriormente sul proprio fondo, mentre spetterà al titolo edilizio la legittimazione della costruzione cd. maggiorata. Qualora, al contrario l'esito del provvedimento sia negativo, la servitù continuerà a sussistere, ben potendo il titolo essere concesso in un tempo successivo, con libertà di scelta delle parti circa il mantenere vivo il negozio costitutivo della servitù o l'apporre ad esso una condizione risolutiva, sia essa o meno espressa.

Infine, neppure convince il rilievo circa la limitatezza temporale del vantaggio, in quanto soggetto ad esaurimento in sede di rilascio del permesso di costruire, dal momento che l'utilità della maggior cubatura non si esaurisce né si consuma nel conseguimento del titolo edilizio, ma bensì si concretizza non solo nel realizzare, mantenere e godere della costruzione nella volumetria aumentata, ma anche nella riutilizzazione in occasione di una eventuale ricostruzione dello stesso manufatto.

In concreto, al fine di rendere irrevocabile la volontà del cedente anche nei confronti della pubblica amministrazione, la prassi notarile è solita accompagnare all'atto di trasferimento della cubatura un atto d'obbligo, unilaterale o bilaterale, con il quale il proprietario del fondo servente si obbliga

¹⁵⁰F. PATTI – F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, II, Palermo, 2001, 1688;

nei confronti del Comune a non richiedere il rilascio di un titolo edilizio riferito al fondo stesso ovvero assume uno specifico obbligo contrattuale di rogare siffatto atto a semplice richiesta del cessionario.

Tuttavia, in merito a tale atto, che, sottratto alle vicende del contratto cui si riferisce, avrebbe l'indiscusso pregio della irrevocabilità, si discute della effettiva opportunità, posto che l'asservimento del lotto costituisce una qualità dello stesso e prescinde dalla stipulazione del medesimo. La definitività urbanistica dipende, infatti, dalle norme vigenti tempo per tempo.

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato in seduta plenaria afferma che dal provvedimento edilizio abilitativo nasce un vincolo di asservimento del lotto per effetto del quale, una volta esaurite le sue potenzialità edificatorie, le restanti parti del fondo saranno gravate da un vincolo di inedificabilità che ne preclude qualsivoglia ulteriore sfruttamento urbanistico.¹⁵¹ In alternativa, al fine di tutelare e garantire l'interesse del cessionario, costui potrebbe essere costituito mandatario *in rem propriam* alla stipula di un siffatto atto d'obbligo, laddove richiesto dalla Pubblica Amministrazione.¹⁵²

In definitiva, nonostante le numerose obiezioni, gran parte della dottrina e la prassi notarile, con il conforto del Consiglio Nazionale del Notariato, sembrano preferire questa impostazione, identificando la cessione di volumetria con la costituzione di servitù, a seconda dei casi, *non aedificandi* ovvero *altius non tollendi*, malgrado non manchi chi sostiene che la novella dell'art. 2643, n. 2bis, c.c., laddove prevede la vicenda traslativa a favore di un soggetto e non già di un fondo, rechi con sé, tra gli altri, l'effetto di adombrare la ricostruzione del trasferimento di volumetria qui in commento.

¹⁵¹ Cons. St., ad. plen. 23.4.2009, n. 3, in *Foro it.*, 2009, 10, 523, secondo cui il rilascio del permesso di costruire definisce le potenzialità edificatorie del fondo, determinando anche la cubatura spendibile in relazione alle norme vigenti per tempo.

¹⁵² M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit, 699 ss.

3.2.4. *Tesi della rinuncia abdicativa.*

Secondo un'altra ricostruzione, la cessione di volumetria consisterebbe in una rinuncia abdicativa dietro corrispettivo alla facoltà di edificare, alla quale farebbe seguito una richiesta di permesso di costruire che tenga conto dell'intervenuta minorazione da parte di un terzo beneficiario.¹⁵³

La Pubblica Amministrazione, a questo punto, rilascerebbe al terzo un permesso di costruire cd. maggiorato proprio sul presupposto dell'intervenuta rinuncia che, in chiave meramente abdicativa (e non traslativa), ne costituirebbe titolo di legittimazione. Anche in questo caso, l'incremento edificatorio sarebbe collegato esclusivamente al provvedimento amministrativo.

L'atto di rinuncia così prospettato non potrebbe essere soggetto a trascrizione ai sensi del combinato disposto degli artt. 2643 e 2645 c.c., malgrado la prassi di alcune Agenzie delle Entrate accetti ugualmente tale pubblicità, in base, secondo alcuni¹⁵⁴, all'art. 2643, n.5, c.c.

L'opinione in discorso non è andata, tuttavia, esente da critiche.

Al proposito, è stato osservato da qualcuno come non sia sufficientemente determinato il diritto oggetto di siffatta rinuncia.¹⁵⁵

In particolare, qualora si affermasse che all'oggetto ci sia il diritto di edificare a sé stante, si urterebbe contro il principio di tipicità e *numerusclausus* dei diritti

¹⁵³ Su tutti, in dottrina vd. R. TRIOLA, *La "cessione di cubatura": natura giuridica e regime fiscale*, in *Riv. not.*, Milano, 1974, 115; mentre, per la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. civ., 29.6.1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 685, secondo cui l'eventuale accordo nei rapporti esterni rileva unicamente come "impegno del proprietario cedente a prestarsi presso la pubblica amministrazione alla rinuncia a utilizzare per sé la cubatura mancante al cessionario, con effetto preliminare all'essenziale momento costitutivo rappresentato dall'intervento dell'ente pubblico con l'emissione della licenza."

¹⁵⁴ N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, cit., 1083.

¹⁵⁵ N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, V, Milano, 2003, 1132.

reali¹⁵⁶; qualora, al contrario, si sostenesse che si tratti di una mera rinuncia alla facoltà di costruire, si contraddirebbe piuttosto l'assunto, fin qui propugnato, che il contenuto del diritto di proprietà non solo non può essere modulato dalla mera volontà delle parti, ma che le facoltà in esso comprese non possono formare oggetto di autonomi atti dispositivi.

È stato, poi, altresì, rilevato che la rinuncia abdicativa costituisce un negozio unilaterale, non recettizio ed irrevocabile, mediante il quale un soggetto dismette in modo netto un diritto che gli appartiene, mancando ogni volontà traslativa ed a prescindere dall'estinzione o dal riacquisto da parte di altri del diritto rinunciato.¹⁵⁷

Sarebbe, in altri termini, difficile comprendere come dalla rinuncia della potenzialità edificatoria possa derivare l'acquisto della stessa da parte di un altro soggetto determinato, dal momento che non sussiste alcuna relazione tra la diminuzione della volumetria del fondo di proprietà del rinunciante e il corrispondente incremento della capacità edificatoria di un altro fondo.

Incomprensibili sarebbero, poi, le ragioni che spingerebbero a legittimare un determinato cessionario piuttosto che un altro a beneficiare di siffatta espansione di volumetria, atteso che, come detto, la rinuncia non può andare a diretto favore di alcuno ma avvantaggia indirettamente tutti coloro che si trovino a rivestire una determinata posizione.

Nemmeno la Pubblica Amministrazione potrebbe fungere da utile beneficiario della rinuncia in esame, dal momento che, così opinando, si produrrebbe un

¹⁵⁶ Sul punto, tuttavia, B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013, 30, ritiene che l'obiezione potrebbe ritenersi superata dalla novella dell'art. 2643, n. 2bis, c.c. la quale sembrerebbe aver tipizzato il diritto edificatorio quale nuovo diritto reale.

¹⁵⁷ N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, 1132; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., 699; F. PATTI – F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., 1678.

insanabile discrasia tra la ricostruzione astratta e la fattispecie concreta, ove il cedente indica espressamente il beneficiario della sua attribuzione.

Alcuni, infine, hanno tentato di recuperare detto inquadramento nella differente veste di rinuncia cd. traslativa, nella quale alla rinuncia del cedente corrisponderebbe in maniera diretta l'incremento della volumetria del fondo appartenente al soggetto cessionario, con ciò esponendosi alle medesime critiche relative all'ipotesi di un comune negozio traslativo.¹⁵⁸

3.2.5. Tesi del negozio ad effetti obbligatori e dell'autosufficienza del provvedimento amministrativo.

Un'ulteriore impostazione ritiene che dal negozio di cessione di cubatura possano conseguire, tra le parti, effetti soltanto obbligatori, consistenti nell'impegno del cedente a non richiedere il permesso di costruire per tutta o parte della cubatura sviluppata dal suo fondo ed a prestare il proprio consenso affinché il cessionario ottenga dalla Pubblica Amministrazione il titolo abilitativo maggiorato (cd. atto di asservimento).¹⁵⁹

Il provvedimento amministrativo, attribuendo, poi, al cessionario una volumetria maggiore, opererebbe una vera e propria modificazione del piano regolatore generale, il cui potere di variazione e valutazione spetta soltanto alla discrezionalità dell'ente pubblico, non limitandosi, in concreto, a recepire *sic et simpliciter* l'assetto negoziale formulato dalle parti interessate.¹⁶⁰

Pertanto, nelle more del rilascio del permesso di costruire, l'unico effetto scaturente dalla contrattazione tra le parti sarà un vincolo di natura obbligatoria,

¹⁵⁸M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit, 699 ss.

¹⁵⁹F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645bis*, cit., 655; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso*, cit., 735; S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2012, 65-67; in giurisprudenza vd. Cass. civ., 22.2.1996, n. 1352, cit.

¹⁶⁰M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit, 699 ss.

con la scomoda conseguenza che l'atto di trasferimento non sarà trascrivibile nei registri immobiliari, e, se trascritto, tale pubblicità avrà mero valore di pubblicità notizia.

In questa prospettiva, pertanto, come già evidenziato, il rapporto intercorrente tra accordo di diritto privato e provvedimento della Pubblica Amministrazione è inquadrato nell'ambito di un procedimento amministrativo, ovvero, secondo altri, di un procedimento a formazione progressiva¹⁶¹, nel quale il negozio perde autonoma rilevanza per esserne assorbito e annullato. Requisito idoneo e sufficiente sarà il semplice consenso del cedente espresso alla Pubblica Amministrazione, con il solo limite della verificabilità da parte di quest'ultima.¹⁶²

Ciò nondimeno, pur negando un ruolo principale all'autonomia privata nella vicenda complessiva, tale posizione non ne esclude la funzione di presupposto indispensabile, di *condicio sine qua non*, necessario ad una eventuale modificazione del piano regolatore da parte della Pubblica Amministrazione¹⁶³, sebbene, tuttavia, sarà assolutamente superflua la stipulazione di un atto negoziale, tanto più nella forma dell'atto pubblico, potendo la decisione del cedente emergere anche da un atto unilaterale di asservimento indirizzato all'autorità comunale, dall'adesione all'istanza o al progetto presentato dal

¹⁶¹F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645bis*, cit., 656, secondo il quale la cessione di cubatura va ricostruita in termini di fattispecie a formazione progressiva che esita nel titolo abilitativo in considerazione del fatto che all'interno del procedimento amministrativo confluiscono dichiarazioni private, che, tuttavia, ne rappresentano soltanto un momento. All'opposto, l'Autore ha, inoltre, sottolineato come, nel caso di specie, non sia richiamabile la struttura della servitù "perché l'interesse del preteso titolare della servitù attiva non è tanto quello di costituire una servitù di non edificare a carico del cedente, quanto piuttosto quello di acquisire il diritto di costruire egli stesso per una cubatura superiore".

¹⁶²F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645bis*, cit., 656, per il quale, pertanto, qualsiasi atto negoziale traslativo della volumetria sarebbe "*inutiliter factum*"; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., 699 ss.

¹⁶³G. CECCHERINI, *Il c.d. "trasferimento di cubatura"*, Milano, 1985, 59.

cessionario, da una istanza comune o, ancora, da una notifica al Comune della rinuncia di cubatura a favore del cessionario medesimo.¹⁶⁴

Si è detto che un vincolo che sia soltanto obbligatorio certamente non può prestarsi a trascrizione. Orbene, i rischi che da tale assunto deriverebbero per la circolazione immobiliare fondano la più rilevante delle critiche mosse a tale impostazione. A parere di una parte della dottrina, infatti, nelle more del procedimento amministrativo, l'acquirente del fondo per il quale è stata ceduta la volumetria potrebbe essere all'oscuro della vicenda traslativa che ha interessato in tutto o in parte il lotto compravenduto, non essendo tale circostanza rilevabile da alcuno strumento pubblicitario.

Tuttavia, per i fautori della tesi qui indagata tale rilievo non ne costituisce un limite. Essi, infatti, rispondono segnalando come il rimedio esperibile sia la tutela fornita dall'art. 1489 c.c., trattandosi essenzialmente di limitazioni legali, dal momento che il vincolo di inedificabilità assoluta o parziale discendente dal trasferimento della volumetria deriverebbe direttamente, seguendo tale ricostruzione, dagli strumenti urbanistici e sarebbe, pertanto, opponibile *erga omnes* anche senza l'esecuzione di alcuna formalità nei registri immobiliari.¹⁶⁵

Di conseguenza, al terzo avente causa spetta il potere di chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, ove il venditore dell'area non abbia dichiarato tale limite o qualora esso non fosse stato conosciuto dall'acquirente, salvo il risarcimento del danno.

In definitiva, tale prospettiva, che può definirsi eminentemente pubblicistica, presta il fianco a notevoli perplessità, proprio con riguardo all'impossibilità di opporre ai terzi il vincolo di inedificabilità conseguente al trasferimento di volumetria, addirittura realizzando l'effetto distorsivo per il quale sarebbero

¹⁶⁴ Cass. civ., 29.6.1981, n. 4245, cit.; Cass. civ., 28.6.2000, n. 3637, cit.

¹⁶⁵ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645bis*, cit., 660; in giurisprudenza vd. Cass. civ., 29.6.1981, n. 4245, cit.; Cass. civ., 22.2.1996, n. 1352, cit.

soggetti al vincolo assunto in sede di trasferimento solo i primi soggetti obbligati e non i loro aventi causa a titolo particolare, circostanza che non appare coerente neppure con l'interesse pubblico a realizzare in modo definitivo l'assetto urbanistico.

Non può trascurarsi, sul punto, che, come si è già sopra sottolineato, una risalente pronuncia della Suprema Corte, secondo cui per il rilascio della concessione maggiorata e il contestuale asservimento del fondo cedente sarebbe sufficiente una qualsiasi manifestazione di volontà del proprietario di tale fondo¹⁶⁶, inaugurò un indirizzo ancora più radicale che sosteneva l'assoluta autosufficienza del provvedimento amministrativo.

Al fine di superare l'annoso problema dell'inopponibilità ai terzi del trasferimento di volumetria, tale impostazione osservava che il vincolo di asservimento, sebbene non trascritto nei registri immobiliari, costituisce certamente una qualità obiettiva dello stesso che si crea a seguito del rilascio del permesso di costruire cd. maggiorato.

Pertanto, la cessione di cubatura non necessiterebbe di un atto ad effetti obbligatori né reali, in quanto l'adesione del cedente può derivare o da una rinuncia nei confronti del Comune ovvero dalla sottoscrizione del progetto presentato dal cessionario. Come tale, il vincolo diventerebbe opponibile agli aventi causa del cedente o ai terzi acquirenti della medesima capacità edificatoria per effetto del solo rilascio del provvedimento abilitativo e senza che occorra alcuna particolare formalità pubblicitaria.

Ancora più chiaramente, altra sentenza, supportata altresì dalla giurisprudenza amministrativa¹⁶⁷, stabilì che “quando, per realizzare il rapporto area-volume

¹⁶⁶ Cass. civ., 29.6.1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, I, 685.

¹⁶⁷ Cons. St., 26.1.1994, n. 1382, cit.; Cons. St., 28.6.2000, n. 3637, cit., secondo cui “alle esigenze di pubblicità provvede il certificato di destinazione urbanistica dell'area, che deve indicare tutte le prescrizioni urbanistiche ed edilizie riguardanti la zona o gli immobili interessati, compreso l'eventuale trasferimento di volumetria, e che deve essere allegato a pena

prescritto dalla legislazione urbanistica, sia indispensabile destinare la proprietà di un terzo al servizio del costruendo edificio, non è necessario un atto negoziale privato, diretto alla costituzione di una servitù o di altro vincolo giuridico tra le parti, poiché la cessione di cubatura si realizza in virtù del solo provvedimento amministrativo di concessione edilizia che ha effetto verso i terzi e tra le parti”.¹⁶⁸

Tuttavia, anche tale tesi non è particolarmente seguita a causa della scarsa tutela che appresta alle esigenze di certezza delle parti coinvolte, incluse le autorità comunali.

Come già evidenziato, alcuni hanno opportunamente sottolineato come una mera sottoscrizione apposta agli allegati plano-volumetrici del progetto non sembri sufficiente a testimoniare l’impegno, ovvero ad eliminare i rischi legati alla mancanza di un preventivo consenso negoziale, libero e cosciente, all’operazione in esame.¹⁶⁹

Tale situazione determinerebbe, infatti, il rischio di emettere il titolo abilitativo senza il preventivo consenso del cedente e, di conseguenza, di dover registrare una sopravvenuta illegittimità della concessione maggiorata per violazione del principio di imparzialità della Pubblica Amministrazione.

3.2.6. Tesi della cessione di contratto.

Un’isolata posizione prospettava la ricostruzione della cessione di cubatura in termini di cessione di contratto. Più precisamente, si tratterebbe della cessione a favore di un soggetto, beneficiario dell’incremento di volumetria, della

di nullità a tutti gli atti tra vivi, sia in forma pubblica che in forma privata, aventi ad oggetto il trasferimento o la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni.”

¹⁶⁸ Cass. civ., 12.9.1998, n. 9081, cit.

¹⁶⁹ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit, 699 ss.

posizione contrattuale strumentale al conseguimento del permesso di costruire detenuta dal titolare del fondo cedente nei confronti della Pubblica Amministrazione.¹⁷⁰

Detta ricostruzione trae spunto dal già analizzato mutamento intervenuto per effetto della citata legge “Bucalossi” n. 10/1977, consistente nel passaggio da un sistema di pianificazione edilizia di tipo autorizzatorio ad un sistema concessorio e sull’idea di fondo per la quale lo *iusaedificandi* non rappresenterebbe una facoltà compresa nel diritto di proprietà del suolo bensì una situazione giuridica attribuita a seguito di concessione, previo pagamento degli oneri.

In tale ottica, risulta agevole individuare un nesso di sinallagmaticità tra il pagamento di tali oneri concessori e il rilascio del permesso di costruire, configurando così un contratto cd. di diritto pubblico, e stabilire la trasferibilità, alla stregua dell’art. 1406 c.c., della posizione contrattuale sussistente in capo al soggetto privato.

Il consenso del contraente ceduto, ossia la Pubblica Amministrazione, alla cessione sarà manifestato proprio attraverso il rilascio del titolo abilitativo maggiorato.

Anche con riguardo a tale impostazione sono state sollevate alcune obiezioni.

In primo luogo ad ostacolare l’ammissibilità della ricostruzione in discorso, nel caso in cui gli oneri fossero già stati corrisposti, vi era chi, tradizionalmente, individuava tra i requisiti necessari per l’applicazione della disciplina di cui all’art. 1406 c.c. la mancata esecuzione del contratto da entrambe le parti.

È bene a riguardo precisare che la dottrina più attenta ha superato tale lettura restrittiva della disposizione normativa citata e ne ha tratto l’idea che quello

¹⁷⁰L. TROJANI, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed un’ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, Palermo, 1990, 285.

fornito da questa sia il modello tipico che non impedisce ai privati di dare vita a cessioni atipiche, in ossequio al principio dell'autonomia negoziale *ex art. 1322 c.c.*¹⁷¹

Proseguendo, un reale limite di tale posizione è costituito dall'impossibilità di dare luogo ad una o più cessioni parziali della volumetria sviluppata dal lotto cedente a favore di uno solo o più beneficiari. In questo caso, infatti, si starebbe concludendo non una ma più autonome cessioni di singole frazioni di un'unica originaria posizione contrattuale.

In più, l'ostacolo più significativo all'accoglimento della ricostruzione prospettata risiede nella critica di fondo al citato assunto derivante dall'instaurazione del sistema concessorio.

Come si è sottolineato, infatti, la modifica del regime amministrativo ad opera della legge Bucalossi costituisce, senza dubbio, un erroneo presupposto, dal momento che, come ormai pacifico dopo l'intervento della citata pronuncia della Corte costituzionale del 1980¹⁷² e all'indomani dell'emanazione del Testo Unico dell'Edilizia¹⁷³, tale prospettiva è stata definitivamente abbandonata e lo *iusaedificandi* continua ad inerire alla proprietà, non avendo la concessione ad edificare alcun valore costitutivo.

Ulteriori osservazioni critiche risiedono tanto nel paradosso di configurare una surrogazione del cessionario nelle identica posizione giuridica del cedente con l'effetto di esercitare il diritto di edificare sul lotto del proprio dante causa¹⁷⁴, quanto, infine, nell'impossibilità di trascrivere una tale cessione nei registri immobiliari.

¹⁷¹M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2011, 476.

¹⁷² Corte cost., 30.1.1980, n. 5, cit.

¹⁷³ D.P.R. n. 380/2001.

¹⁷⁴ N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 1130.

3.2.7. *Tesi del vincolo di destinazione.*

Infine, un'ulteriore posizione dottrinale¹⁷⁵, risalente a tempi anteriori rispetto all'introduzione dell'art. 2645*ter* c.c., sosteneva che, con l'atto di cessione di cubatura, il proprietario del fondo imponesse a favore del lotto confinante un vincolo di destinazione che si sostanziava nell'obbligo di non utilizzare l'area di sua proprietà a fini edificatori, ossia di non modificare lo stato di fatto dell'immobile mediante la costruzione di edifici.

Si tratterebbe, pertanto, di un atto di disposizione a contenuto negativo perfettamente riconducibile al contenuto tipico del diritto di proprietà, ma da tenere distinto dalla disciplina di cui all'art. 1379 c.c., che difetterebbe delle caratteristiche perpetuità e realtà tipiche del trasferimento di volumetria, malgrado la Corte di legittimità abbia ammesso che la disciplina privatistica possa subire delle deroghe in considerazione del rilievo pubblico degli interessi eventualmente coinvolti.¹⁷⁶

Alla questione in ordine al nesso tra l'imposizione di un simile vincolo di destinazione e l'incremento di cubatura nel fondo del soggetto beneficiario si replicava che sorgerebbe dall'atto di dismissione della volumetria il potere dell'autorità comunale di redistribuire tra i proprietari dei fondi aventi le caratteristiche previste dagli strumenti urbanistici la volumetria non utilizzata anche in conformità con eventuali accordi espressi tra i privati interessati o solo tra alcuni di loro, rendendo preferibile la struttura bilaterale o plurilaterale dell'atto di destinazione affinché consti l'accettazione espressa dei beneficiari dell'attribuzione.

Anche alla stregua di tale impostazione, dunque, il trasferimento della volumetria sarebbe scandito da due fasi, di cui la prima corrispondente all'atto

¹⁷⁵ N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 1138.

¹⁷⁶ Cass. civ., 27.9.1997, n. 9508, in *Urb. e app.*, 1998, 263.

d'obbligo privato bilaterale che, reso nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, sarebbe trascrivibile con la conseguente opponibilità¹⁷⁷ e la seconda consistente nel provvedimento amministrativo maggiorato, che fungerebbe da *condicio iuris* dell'operazione.

Tuttavia, proprio le caratteristiche della perpetuità e realtà, che costituiscono il valore aggiunto della fattispecie qui indagata, sembrano allontanare l'ammissibilità di tale tesi e confliggere nettamente con il vincolo di destinazione, intriso del carattere pubblicistico degli interessi in gioco.

È stata, altresì, prospettata la possibilità di ricostruire la fattispecie della cessione di volumetria utilizzando il nuovo schema offerto dall'art. 2645*ter* c.c. in ordine alla trascrivibilità nei registri immobiliari del vincolo di destinazione destinato a soddisfare un interesse meritevole di tutela da parte della Pubblica amministrazione.

Tuttavia, differenze ontologiche minano l'ammissibilità di tale opinione dal momento che, in realtà, mediante la cessione di volumetria, interviene una dismissione della potenzialità edificatoria di un fondo, che viene sfruttata, in senso urbanisticamente rilevante, da un'area appartenente ad un diverso proprietario. In altri termini, non vi sarebbe la destinazione del proprio bene ad alcunché, ma bensì la rinuncia alla sua capacità edificatoria a favore di un altro lotto.

È innegabile, pertanto, che il nostro trasferimento di volumetria esula dal meccanismo destinatorio di cui all'art. 2645*ter* c.c., che instaura un nesso di funzionalità tra la destinazione e l'interesse, anche in considerazione, da un lato,

¹⁷⁷N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 1145, nota come la circolare del Ministero delle Finanze 2 maggio 1995, n. 128 ammetta la trascrizione degli atti unilaterali di obbligo, senza esclusione degli atti bilaterali, tra i quali può essere inquadrato l'atto impositivo del vincolo, ed aggiunge che anche il principio di tassatività di cui all'art. 2645 c.c. debba essere letto in modo attenuato, permettendo la trascrizione "di quei diritti immobiliari assimilabili ai diritti reali tipici in quanto si traducono in un peso della proprietà immobiliare".

del valore puramente preparatorio del contratto di cessione rispetto alla conclusione dell'operazione traslativa con il rilascio del titolo abilitativo e, dall'altro, del fatto che il legislatore ha avvertito la necessità di introdurre l'art. 2645*quater* c.c., appositamente rivolto alla trascrizione degli atti unilaterali d'obbligo e delle convenzioni urbanistiche, precedentemente rimesse alle indicazioni operative fornite esclusivamente da circolari ministeriali, con ciò sottolineandone la differenza dai vincoli di destinazione *ex art. 2645ter* c.c.

Capitolo IV

I diritti edificatori.

Sommario: 4.1. L'effetto comune delle misure perequative, compensative e incentivanti: l'attitudine a generare diritti edificatori. – 4.2. Il dibattito ancora acceso sulla natura giuridica dei “diritti edificatori comunque denominati”. – 4.2.1. *Teoria della chance edificatoria*. – 4.2.2. *Teoria dei diritti edificatori quale autonoma misura dello iusaedificandi*. – 4.2.3. *Teoria dei “diritti soggettivi di natura obbligatoria”*. – 4.2.4. *Teoria del bene a sé stante*. – 4.2.5. *Teoria dello ius in re*. – 4.3. Il rapporto di continuità tra la vecchia cessione di cubatura e la nuova figura dei diritti edificatori. – 4.4. I vincoli pubblici e i diritti edificatori.

4.1. L'effetto comune delle misure perequative, compensative e incentivanti: l'attitudine a generare diritti edificatori.

Come già si accennava, il principio di consensualità, quale concertazione e dialettica bilaterale, ha modificato in maniera significativa l'*agere* pubblicistico, conformandolo ed orientandolo ad un regime giuridico improntato non più alla rigidità autoritativa ma, piuttosto, allo scambio dualistico di interazione.

Il nuovo modello dell'intervento pubblico che, pertanto, si è delineato si fonda su un assetto dinamico di funzioni concorrenti e di poteri amministrativi, basato sulla logica del coordinamento e del decentramento amministrativo.¹⁷⁸

Una concreta applicazione dell'imperare del principio della consensualità nell'azione amministrativa e, in particolare, nella gestione del territorio risiede

¹⁷⁸ E. M. MARENGHI, *Il sistema amministrativo locale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Santaniello, Padova, 1994, 157 ss.; G. MARENA, *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, in *Riv. not.*, IV, Milano, 2013, 895.

nella negoziazione dei diritti edificatori, normativamente consacrata dal recente Decreto Sviluppo n. 70/2011.

Si tratta dell'ormai famosa novella legislativa posta dall'art. 5, 3° co., D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con Legge 12 luglio 2011, n. 106 (cd. decreto sviluppo), il quale introduce all'art. 2643, 1° co., c.c. il n. 2 *bis*, ove si dispone la trascrivibilità dei “*contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali ovvero da strumenti di pianificazione territoriale*”, all'espresso scopo di definire con certezza e stabilità il fenomeno del mercato dei diritti di edificare.

Il contesto normativo di riferimento, ossia il settore dell'urbanistica, è caratteristicamente soggetto ad un'incisiva discrezionalità amministrativa di cui la fase pianificatoria è veicolo. Tale scelta discrezionale, tuttavia, non sempre risulta rispettosa dei parametri dell'uguaglianza, determinando, il più delle volte, un esito intrinsecamente discriminatorio, per sopperire al quale, come si è già avuto modo di evidenziare, si è di recente assistito ad una proliferazione di tecniche pianificatorie ulteriori.¹⁷⁹

È, dunque, possibile che, oltre a quanto specificamente previsto dai singoli strumenti urbanistici in materia di edificabilità dei suoli, siano attribuiti nuovi e ulteriori diritti edificatori attraverso accordi di pianificazione urbanistica a carattere costitutivo.

Si tratta, più precisamente, delle citate nuove tecniche di pianificazione territoriale quali perequazione, compensazione ed incentivazione, la cui caratteristica comune, già indagata nelle pagine precedenti, può rintracciarsi proprio nell'attitudine a generare diritti edificatori.

Occorre, a questo punto, ribadire la portata di tali metodiche.

¹⁷⁹ Cfr. G. MARENA, *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, cit., 907.

In primo luogo, per perequazione deve intendersi una tecnica urbanistica volta ad attribuire un valore edificatorio uniforme, inferiore al limite minimo dell'indice di edificabilità, a tutte le proprietà che possano concorrere alla trasformazione urbanistica di uno o più ambiti del territorio comunale, determinando un'uguale partecipazione alla distribuzione dei valori e degli oneri in gioco attraverso la necessità dei proprietari di aree edificabili di procurarsi, mediante cessione da altri soggetti privati, la differenza volumetrica necessaria per l'intervento edilizio.

Nelle altre due ipotesi, definite di urbanistica c.d. consensuale, viceversa, vengono conclusi accordi non fra privati, ma fra questi e la pubblica amministrazione, con la precisazione che se, in sede di compensazione, si verifica una cessione di volumetria da parte del Comune in favore di soggetti che, a loro volta, cedono volontariamente le aree di proprietà a destinazione pubblica e, come tali, inedificabili, in caso di incentivazione, l'amministrazione attribuisce diritti edificatori ad alcuni soggetti ritenuti meritevoli in quanto autori di condotte di promozione e soddisfacimento di interessi pubblici, quali la realizzazione di attrezzature e servizi in aggiunta a quanto richiesto o il miglioramento della qualità ambientale.

In relazione a tali tecniche vigono differenziate discipline regionali, che rilevano anche sotto il profilo terminologico. La legge veneta del 2004 parla, infatti, di credito edilizio con riferimento agli interventi di riqualificazione ambientale che danno origine al premio¹⁸⁰, mentre la legge lombarda consente allo strumento urbanistico di prevedere, a fronte di rilevanti benefici pubblici, una disciplina di incentivazione in misura non superiore al 15% della volumetria ammessa.

Ancora, occorre sottolineare come, mentre i diritti perequativi sono assegnati direttamente in seguito alla formazione del piano e sono commerciabili nel

¹⁸⁰ L. r. Veneto 23 aprile 2004, n.11.

momento stesso in cui il piano è approvato, i diritti compensativi sono attribuiti in seguito alla cessione all'amministrazione comunale del fondo sorgente e non hanno limiti spaziali. I diritti incentivanti o premiali, dal canto loro, sono attribuiti in seguito all'intervento di riqualificazione urbanistica ed ambientale.

Tali distinzioni comportano, altresì, una diversità funzionale in base alla quale soltanto i diritti perequativi sarebbero soggetti al cd. *iussuperveniens*, dal momento che, salva l'ipotesi in cui la pubblica amministrazione disponga di tener ferma la relativa attribuzione per un certo periodo di tempo, è possibile una modifica *in peius* ovvero, addirittura, l'estinzione dei medesimi.

L'Amministrazione comunale potrebbe, infatti, riesercitare il potere pianificatorio e modificare le scelte di governo del territorio mediante varianti allo strumento urbanistico, comprimendo le concrete possibilità di edificazione.¹⁸¹

All'opposto, si osserva come i crediti compensativi e premiali, in quanto esito di concessioni già perfezionate o di attività già compiute, non dovrebbero essere mai soggetti al potere di revisione, dovendo la pubblica amministrazione autolimitarsi a tenerli fermi sino ad un termine di scadenza.¹⁸²

Tuttavia, difficilmente si riesce a immaginare come le varianti successive e i nuovi strumenti urbanistici diretti a ridurre la cubatura del territorio possano influire su crediti edilizi che già circolino in maniera del tutto slegata rispetto al terreno di origine, come appresso si illustrerà. Ciò non vuol dire, però, che il Comune non possa influire sui medesimi con una modificazione peggiorativa o estintiva, purché si rispetti, al contempo, il duplice limite dell'adeguata motivazione e dell'indennizzo, quanto meno nell'ipotesi di crediti compensativi e premiali, in quanto scaturenti da accordi tra privati e pubblica amministrazione.

¹⁸¹A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, Rimini, 2007, 311.

¹⁸²E. BOSCOLO, *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, cit., 72.

Occorre, a questo punto, sottolineare come diritti edificatori e crediti edilizi, una volta assegnati, possano circolare più o meno liberamente, a seconda della vigente disciplina urbanistica, fino poi ad essere destinati (“atterrare”) a determinate aree idonee allo sfruttamento dopo una serie di eventuali cessioni successive. Questo fenomeno viene oggi definito come “trasferimento di volumetria in volo” a sottolinearne la fondamentale differenza con la cessione di cubatura tra fondi ben determinati.

Il carattere peculiare delle tecniche pianificatorie anzidette risiede, infatti, nel netto distacco di cui i diritti da esse originati godono dal fondo, potendo in concreto anche verificarsi l’eventualità che, al momento dell’attribuzione, il beneficiario non sia proprietario di alcun suolo su cui sfruttare la volumetria attribuitagli, ad esempio, avendo già ceduto al Comune l’area di sua proprietà e dovendosi, pertanto, limitare a mantenere i diritti in vista di un acquisto futuro.

L’innovazione apportata dalle tecniche urbanistiche della perequazione, compensazione ed incentivazione, dunque, consiste proprio in tale svincolatezza da ogni collegamento diretto con l’area di provenienza o destinazione, con l’ulteriore precisazione che addirittura nella fase genetica, se nell’ipotesi di perequazione sussiste un collegamento fra diritto e terreno, nelle ipotesi di compensazione e di premialità tale rapporto può del tutto mancare, dal momento che il diritto viene attribuito dall’amministrazione in qualità di corrispettivo per la cessione di un’area ovvero in seguito ad un intervento di riqualificazione, non costituendo, quindi, a differenza dell’ipotesi precedente, qualità intrinseca dell’area stessa.¹⁸³

Rinviando alle pagine seguenti per quanto all’analisi degli aspetti legati al fenomeno circolatorio dei diritti in esame, è d’uopo qui anticipare che l’esposta

¹⁸³ Cfr. E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall’art. 5 del decreto sviluppo*, in *Urb. app.*, Milano, 2011, 1061, il quale afferma con sufficiente convinzione che accedono ad un fondo solo i diritti edificatori nascenti dalla perequazione, escludendo tale connessione sia per le premialità edilizie che per i crediti compensativi.

distinzione genetica tra diritti edificatori perequativi, crediti compensativi e premialità edilizie si riflette anche sul piano della disponibilità, in quanto, sebbene alcune normative regionali non pongano alcun limite alla libera circolazione dei primi due, la commerciabilità dei crediti premiali, ove prevista, è ammessa, invece, entro determinati limiti, nella misura in cui sia funzionale ad un più equo ed efficiente governo del territorio.¹⁸⁴

Quanto detto si iscrive pienamente nel già evidenziato fenomeno della cd. consensualizzazione dell'urbanistica che eleva il privato al rango di partecipante titolato al processo di definizione dell'assetto territoriale già dalle fasi iniziali oltre che nel momento attuativo di scelte compiute a monte, in vista della facilitazione dell'acquisizione del suo necessario consenso e della velocizzazione dei processi decisionali in un'ottica di maggiore efficienza generale dell'azione amministrativa.

Quali esempi di questa politica possono annoverarsi, con riguardo alla fase delle scelte pianificatorie, alcune leggi regionali che regolamentano i modelli di accordi finalizzati ad assumere, negli strumenti urbanistici, disegni di assetto del territorio proposti dal privato¹⁸⁵, mentre, con riguardo alla fase attuativa, deve riferirsi come alle convenzioni di lottizzazione siano andati aggiungendosi via via, tra gli altri, i programmi complessi e i programmi integrati previsti dalla Legge 17 febbraio 1992, n. 179, gli accordi di programma, i contratti d'area e i patti territoriali.

¹⁸⁴ La circolazione dei diritti edificatori premiali è, infatti, consentita senza remore dalla Regione Veneto mentre non è contemplata dalla Regione Lombardia. Nel mezzo si colloca, ad esempio, la Regione Umbria, che si è aperta a tale pratica solo per i crediti edilizi concessi a seguito di intervento di riqualificazione del centro storico.

¹⁸⁵ L. r. Veneto 23 aprile 2004, n.11.

4.2. Il dibattito ancora acceso sulla natura giuridica dei “diritti edificatori comunque denominati”.

La novella del 2011 è intervenuta in un quadro normativo molto scarno e, purtroppo, non ha colto l’occasione di chiarire le ipotesi ricostruttive sulla natura giuridica del fenomeno in discorso.

La mancanza di un sistema articolato di disposizioni codicistiche che lo inquadrasse a monte sia del meccanismo circolatorio sia della previsione del relativo regime pubblicitario ha determinato un forte dubbio ermeneutico in ogni autore che si sia occupato dell’analisi tecnico-giuridica della fattispecie.

Le nuove figure di trasferimento “in volo” della volumetria, introdotte dall’urbanistica perequativa, compensativa e premiale, che si affiancano alla tradizionale vicenda della cessione di cubatura tradiscono l’apertura del sistema verso forme di circolazione dei diritti edificatori, anche in considerazione della previsione da parte di alcune leggi regionali di liberalizzarne la commerciabilità tramite il mercato borsistico.

Al tempo stesso, tuttavia, si avverte l’imprescindibile esigenza di regolare con sufficiente grado di certezza tale circolazione, cui risponde il nuovo n. *2bis* dell’art. 2643 c.c., il quale, in maniera non troppo dissimile dagli artt. 2645 *ter* e *quater* c.c., con una previsione di ambito pubblicitario, riflette una volontà tipizzante di uno schema contrattuale e un’indicazione certa sulla natura del diritto oggetto di circolazione, delle quali, tuttavia, nella disposizione non v’è traccia.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Secondo altri, tuttavia, non sembra esatto ritenere che l’art. 2643, n. 2 *bis*, c.c. abbia replicato lo stesso schema dell’art. 2645 *ter* c.c., dal momento che, in tale ultima disposizione, si giunge a tipizzare una fattispecie quale schema negoziale destinatorio a causa generica, di cui si individuano e disciplinano, seppur con una formulazione piuttosto incerta, alcuni elementi (così G. PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a “diritti edificatori” (cd. cessione di cubatura o di volumetria)*, in www.gaetanopetrelli.it).

In altri termini, con l'art. 2643, n. 2bis, c.c., viene codificata una precisa regola di opponibilità alla quale non corrisponde una altrettanto chiara presa di posizione sugli aspetti di ordine sostanziale e disciplinare, i quali, dunque, continuano a richiedere agli interpreti un costante sforzo ricostruttivo con imbarazzi ermeneutici talvolta anche significativi.

La difficoltà di un esatto e soddisfacente inquadramento dogmatico discende, altresì, dal fatto che siffatte operazioni circolatorie si pongono sull'esatto confine tra diritto amministrativo e diritto civile, potendo la cubatura o la volumetria atteggiarsi, proficuamente e con motivazioni degne di ogni attenzione e considerazione, sia quale diritto reale ovvero quale bene che di un tale diritto può formare oggetto nei rapporti interprivatistici sia ancora quale interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione strettamente collegato al potere di pianificazione di quest'ultima.

A complicare il quadro è l'aspetto inerente all'individuazione del fondamento dei diritti in discorso. Sebbene la legge statale si sia marginalmente occupata di queste peculiari situazioni giuridiche soggettive, riconoscendone l'esistenza e regolamentandone il funzionamento, come, da ultimo, con il recente Decreto Sviluppo, la fonte principale di disciplina è tradizionalmente stata la legge regionale e ciò ha sempre dato adito a dibattiti circa la sua legittimità in tal senso.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Sul punto vd. G. MARENA, *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, cit., 916, secondo cui "l'inquadramento prospettato induce a dare una soluzione positiva al quesito, in quanto i diritti edificatori sono espressione del potere conformativo del territorio e della proprietà, che è il *quid* proprio della pianificazione urbanistica. Non viene, dunque, in gioco, sempre in linea di principio, la competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile ex art.117, comma 2, Cost., ma la potestà concorrente in materia di governo del territorio ex art. 117, comma 3, Cost. Resta inteso che, laddove la disciplina dei diritti edificatori incida sulla materia dell'ordinamento civile, sarà necessaria la legge statale, come è emblematicamente accaduto con il Decreto Sviluppo" che regola il regime della pubblicità delle relative vicende circolatorie.

Volendo, tuttavia, tentare di far chiarezza, il primo dato che, incontrovertibilmente, viene in rilievo dalla lettura della novella è l'indifferenza verso il *nomen*, ossia la definizione tecnica, come è evidente in ragione dell'utilizzo della locuzione “*comunque denominati*”, il che risulta coerente con la complessità del settore oggetto d'indagine e con la concorrenza di competenze normative in materia urbanistica nel citato quadro tracciato dal novellato art. 117 Cost. Di talché la mancata qualificazione può interpretarsi come precisa scelta di politica legislativa, idonea a coinvolgere la variegata molteplicità di normative nazionali e locali nelle quali si fa ricorso a *nomina* diversificati.

Al riguardo, tuttavia, deve sottolinearsi, già nelle prime considerazioni di queste pagine, come l'indifferenza definitoria deve ritenersi comprensiva anche dell'atecnicismo del *nomen* legislativo di “*diritto edificatorio*”, inidoneo, pertanto, a orientare l'analisi della natura giuridica, invalso com'è nella prassi a definire in maniera onnicomprensiva i termini “crediti edilizi”, “crediti di volumetria” e “titoli volumetrici”.

La scelta terminologica, pertanto, non può supportare le posizioni dottrinali che si assestano su ricostruzioni in chiave di diritti reali tipici, che, in questi anni, si sono contrapposte a indirizzi che, rispettivamente, sponsorizzano la natura della cubatura quale bene giuridico autonomo ovvero la natura obbligatoria delle operazioni aventi ad oggetto i diritti edificatori.

Absolute interesse riscuotono, altresì, le posizioni che considerano la riconduzione della fattispecie in alveo civilistico nient'altro che “il tentativo di privatizzare una vicenda senza dubbio di carattere pubblicistico”¹⁸⁸ e ricostruiscono la natura dei diritti edificatori in termini di *chance* edificatoria

¹⁸⁸ Così F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, Torino, 2012, pag. 212 e ss.

assimilabile ad un interesse legittimo più o meno pretesivo nei riguardi delle amministrazioni comunali.

Nelle pagine che seguono, si cercherà di delineare le teorie citate, individuandone gli aspetti convincenti e quelli che al contrario causano maggiori perplessità e, al contempo, di prospettare un proprio spunto di riflessione, che possa ulteriormente supportare un dibattito già particolarmente vivace e ispirato.

4.2.1. Teoria della chance edificatoria.

La prima teoria che qui si indagherà muove i passi dall'assunto che, optando per la trascrivibilità della cessione, il legislatore non ha necessariamente inteso riconoscere un vincolo di carattere reale. In altri termini, altro è l'opponibilità altro è la realtà: la prima atterrebbe, infatti, al profilo circolatorio mentre la seconda alla natura e ai caratteri del diritto reale.¹⁸⁹

Di conseguenza, una tesi che sposasse l'importanza fondamentale del procedimento amministrativo, sottolineando come l'effetto finale dell'operazione non possa che essere il permesso di costruire, non troverebbe smentita nella previsione della trascrizione. Si sarebbe, infatti, in presenza di un contratto ad effetti obbligatori dotato di una peculiare opponibilità quanto al vincolo di indisponibilità che da esso promanerebbe se non fosse che il legislatore ha inserito la norma in esame nell'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c., il quale, ricollegandosi all'art. 2644 c.c., vale a garantire al contratto di cessione un'efficacia reale e non obbligatoria.¹⁹⁰

Così opinando, i conflitti tra aventi causa rispettivamente del terreno e della relativa cubatura dovrebbero quindi essere risolti alla stessa stregua di quelli che

¹⁸⁹ Così F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 212.

¹⁹⁰ Così F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 215.

nascono tra acquirente del bene destinato e beneficiario della destinazione ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c.

Pertanto, punto davvero centrale è ricostruire la natura della situazione che circola, in merito alla quale gli autori che assumono la posizione qui in discorso escludono senz'altro la proprietà del bene cubatura e il diritto reale su cosa altrui per concentrare condivisibilmente l'attenzione sull'alternativa tra nuovo diritto reale tipico e interesse legittimo.

Essi, tuttavia, ravvisano nella prima ipotesi soltanto un tentativo di privatizzare una vicenda senza dubbio di carattere pubblicistico mentre più coerente apparirebbe una ricostruzione in chiave di *chance* edificatoria, discendente da un interesse legittimo pretensivo, situazione giuridica soggettiva, quest'ultima, correlata a beni della vita patrimonialmente valutabili¹⁹¹, come tale suscettibile di circolazione mediante contratti ad effetti reali.¹⁹²¹⁹³

Ciò, peraltro, non comporta che il cedente e, successivamente alla cessione, il cessionario godano di un diritto di credito nei confronti dell'amministrazione comunale e che, quindi, il rilascio del permesso di costruire "maggiorato" possa qualificarsi come atto dovuto, ma bensì essi disporrebbero di una sorta di credito sperato o meglio di un'aspettativa di diritto, posizioni queste, a parere di tale indirizzo, ben vicine alla detta *chance*.

In questo caso, dunque, l'interesse legittimo si atteggierebbe quale *chance* ossia quale concreta possibilità di conseguire un vantaggio economico sperato, liberamente trasferibile alla stregua di un ordinario diritto di credito, dal

¹⁹¹ Cass. civ., sez. un., 22.7.1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2261.

¹⁹² Il riferimento civilistico starebbe nell'art. 1376 c.c., il quale, nella parte in cui recita il riferimento al "trasferimento di un altro diritto", originariamente costruito dal legislatore per i diritti di credito, sembrerebbe potersi interpretare come applicabile anche ai diritti edificatori (così F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, I, cit., 213).

¹⁹³ Posizione che da ultimo sembrerebbe convincere anche A. PISCHETOLA, *Negoziazione dei diritti edificatori e relativa rilevanza fiscale, anche alla luce dell'articolo 2643 n. 2-bis) c.c.*, studio n. 540-2014/T CNN, in *www.notariato.it*, 12.

momento che il beneficiario vanta una fondata probabilità che il Comune accolga l'istanza e rilasci il permesso, così come richiesto. Essa, tuttavia, in quanto entità patrimoniale giuridicamente a sé stante e suscettibile di autonoma valutazione economica¹⁹⁴, andrebbe distinta dalla mera astratta possibilità di un esito positivo che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile.¹⁹⁵

Altra voce fa notare come il privato goda della concreta possibilità di realizzare la volumetria acquisita anche in ragione "dell'alto grado di vincolatezza"¹⁹⁶ che, caratterizzando i procedimenti abilitativi edilizi, se, da un lato, restringe i margini di discrezionalità della pubblica amministrazione, dall'altro, non consente comunque di configurare un obbligo in capo ad essa. Si tratterebbe, dunque, con riguardo al provvedimento abilitativo, non già di discrezionalità amministrativa, bensì di discrezionalità tecnica, ossia del potere di rilasciare il permesso non in base a valutazioni di interesse generale, ma alla luce di valutazioni sulle modalità tecnico-costruttive.¹⁹⁷

Pur tuttavia, fintanto che sia rinvenibile un minimo di discrezionalità, la natura latamente obbligatoria della potestà non consente mai l'assimilazione di questa alla situazione soggettiva di obbligo.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Cass. civ., 29.11.2012, n. 21245, in www.personaedanno.it; Cass. civ., sez. un., 26.1.2009, n. 1850 in www.altalex.com.

¹⁹⁵ Così Cons. St., 2.2.2008, n. 490, in www.giustiziaamministrativa.it; Cons. St., 22.5.2012, n. 2974, in www.altalex.com, secondo cui il danno, per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o, comunque, deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile, ciò che consentirebbe di distinguere la *chance* risarcibile dalla mera astratta possibilità di risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile.

¹⁹⁶ A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, cit., 306.

¹⁹⁷ La prima potrebbe configurarsi, infatti, solo là dove gli strumenti urbanistici risultino talmente generici da attribuire all'amministrazione il potere di stabilire l'impatto della costruzione sull'edificabilità della zona, mentre, in presenza di una strumentazione urbanistica più specifica, l'autorità comunale potrebbe solo valutare se il programma edilizio privato sia aderente a siffatta disciplina e sia consentito dal piano regolatore generale (cfr. B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013, 111).

¹⁹⁸ Solo laddove si aderisse a quelle teorizzazioni più recenti che, passando per una concezione del rapporto pubblicistico modellato sulla falsariga di quello obbligatorio, giungono a trasmutare il potere funzionale della pubblica amministrazione in obbligo e ad assimilare

Tale assunto dimostrerebbe, altresì, in maniera invero piuttosto dubbia, l'infondatezza di una ricostruzione che, in chiave di reificazione, propugni la coincidenza della cubatura con la *chance* edificatoria, intesa tuttavia quale bene in sé distinto dal bene finale della costruzione, e ne sostenga, poi, artificiosamente, l'idoneità ad atteggiarsi contemporaneamente a oggetto di diritti nei rapporti interprivatistici e a interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione.

A circolare, insomma, non potrebbe che essere lo stesso interesse legittimo, anche in considerazione del ruolo giocato dal permesso di costruire, vero bene finale, ottenuto il quale, la *chance* si esaurirebbe e lascerebbe spazio alla costruzione come opportunità non più sperata, ma ormai certa.¹⁹⁹

Secondo autorevolissima dottrina, infatti, tale *chance* consisterebbe in una "potenzialità di trasformazione in termini volumetrici del territorio (...) correlata tanto al potere di piano, quanto al procedimento edilizio diretto a concretizzare l'aspettativa edificatoria in diritto ad edificare".²⁰⁰

l'interesse legittimo al diritto di credito, potrebbe accettarsi la ricostruzione del diritto edificatorio in chiave di diritto di credito. Vi è, infatti, chi discutibilmente ritiene che la prospettiva di rafforzamento della tutela del soggetto privato contrapposto al potere pubblico, fondata sulla disciplina dell'inadempimento dell'obbligo, produrrebbe la perdita dell'identità di situazione soggettiva da parte dell'interesse legittimo, che così si confonderebbe nella figura del credito (così F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 12ss.).

¹⁹⁹E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 215. A tale considerazione G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *Notariato e diritto immobiliare*, Coll. diretta da G. LAURINI – E. BRIGANTI, III, Milano, 2014, risponde in maniera convincente sostenendo che, in realtà, nelle cessioni di cubatura non vi è alcun bene finale, atteso che la volumetria non solo potrebbe non essere mai sfruttata, ma addirittura potrebbe anche venire meno per effetto di un ulteriore provvedimento della pubblica amministrazione. Del resto, il permesso di costruire non potrebbe mai costituire un bene finale per la ragione altrettanto semplice che i provvedimenti amministrativi non possono mai formare oggetto di convenzioni.

²⁰⁰L'espressione è di A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie*, in *Riv. giur. urb.*, II, Rimini, 2008, 436-437, il quale precisa che "la *chance* è la possibilità per il privato di esercitare poteri ed interessi volti a conformare la funzione amministrativa. Non è, dunque, un bene autonomo, né tantomeno una situazione autonoma, poiché, in fin dei conti, il concetto civilistico di *chance* si traduce, in termini pubblicistici, nella concezione strumentale dell'interesse legittimo (...). La *chance*, dunque, nel diritto

Una vicenda così inquadrata non può, comunque, escludere, in ogni caso, un qualche profilo obbligatorio *inter partes*, attesa la possibilità che il disponente, prima che si trascriva la cessione, alieni lo stesso bene una seconda volta. In tal caso, in virtù della cessione, nascerebbe a carico di questi un vincolo di indisponibilità, la cui violazione comporterebbe il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento subito dal primo avente causa.

Volendo tracciare la questione in termini di *chance* edificatoria, tale vincolo assumerebbe la duplice forma dell'indisponibilità e dell'obbligo di non esercitarla in proprio richiedendo il rilascio del permesso di costruire relativamente alla cubatura ceduta.

Pertanto, l'indirizzo in discorso conclude che il legislatore, prevedendo la trascrivibilità del contratto, ha inteso risolvere gli eventuali conflitti sancendo la prevalenza di chi per primo trascriva ai sensi dell'art. 2644 c.c., fermo il carattere pubblicistico del procedimento e quello condizionante e discrezionale del provvedimento amministrativo finale.

Non sfugge, tuttavia, il rischio che il cessionario potrebbe doversi accontentare del solo risarcimento del danno, proprio in ragione del carattere meramente obbligatorio del vincolo in questione, nell'eventualità che il cedente si renda inadempiente non presentando l'atto di asservimento.

Il contratto trascritto, pertanto, si inserirebbe tra i presupposti del procedimento amministrativo in luogo dell'atto di asservimento, onde la trascrizione acquista, come visto, un valore in qualche modo costitutivo nei rapporti con l'ente comunale. Ne consegue che, ove la cessione non sia stata trascritta, l'atto di asservimento sarà necessario e trascrivibile *ex art. 2645 c.c.*, producendo i medesimi effetti della cessione.

Tale aspetto costituirebbe un'importante novità rispetto all'atteggiarsi del

amministrativo, non si misura in termini di beni e situazioni autonome, ma di poteri e correlati interessi”.

fenomeno prima della novella, quando una rilevanza esterna della volontà privata in chiave contrattuale non era nemmeno configurabile in ragione della struttura unilaterale dell'atto di asservimento del cedente dotato di rilevanza pubblicistica.

Se, dunque, il Comune è tenuto a verificare la legittimazione del cessionario alla luce del principio di continuità delle trascrizioni, l'annullabilità del provvedimento amministrativo può conseguentemente dipendere anche dall'invalidità o inefficacia del contratto di cessione ben al di là di quanto potesse incidere il vizio dell'atto di asservimento, ferma restando la riferibilità esclusivamente all'atto amministrativo dell'effetto finale.

In altri termini, infine, si sarebbe pur sempre in presenza di un procedimento amministrativo che coinvolge interessi legittimi inseriti in una vicenda circolatoria, con la peculiarità, tuttavia, che l'atto privato presupposto potrebbe essere ora un contratto opponibile.

Siffatta impostazione, che risulta del tutto apprezzabile e per ampi versi anche condivisibile, permettendo di attribuire rilievo alla componente civilistica delle operazioni aventi ad oggetto diritti edificatori, non è tuttavia andata esente da critiche.

È stato, infatti, obiettato che tale pretesa verso l'amministrazione richiede quale presupposto per l'esercizio, in ogni caso, un titolo idoneo preesistente che sia valido e non meramente potenziale, il che vale a porre in dubbio l'opinione che nega la rilevanza civilistica dei diritti edificatori sulla base della loro soggezione al rischio di un successivo mutamento delle determinazioni amministrative.²⁰¹

Portato alle estreme conseguenze, tale assunto condurrebbe a negare rilevanza civilistica addirittura allo stesso diritto di proprietà, atteso che esso ben può

²⁰¹G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno*, cit., 43; A. MUSIO – G. SABBATO – G. SALITO, *Il piano casa*, cit., 60; cfr. nota sub 219.

essere oggetto di conformazione da parte di previsioni di piano senza per questo dismettere la sua natura di situazione giuridica soggettiva civilisticamente rilevante.²⁰²

Sì è poi, altresì, rilevato che la disponibilità dell'interesse legittimo si traduce nella semplice possibilità di rinunciare alla tutela amministrativa che dalla sua lesione conseguirebbe e non nella sua circolazione interprivatistica.

Ciò che circolerebbe, insomma, in conclusione, non può che essere qualcosa di diverso dal mero interesse legittimo di cui il cedente risulterebbe portatore alla stregua dell'impostazione in commento.²⁰³

4.2.2. Teoria dei diritti edificatori quale autonoma misura dello iusedificandi.

Secondo una recente posizione²⁰⁴, che in parte risente delle opinioni di matrice amministrativistica, se il diritto di proprietà ha un contenuto minimo consistente proprio nella determinazione dell'adeguata capacità di sfruttamento del fondo, è evidente il legame di esso con la capacità edificatoria, con la conseguenza che,

²⁰²G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno*, cit., 44.

²⁰³ Secondo G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *Notariato e diritto immobiliare*, cit., 312, come si dirà, si tratterebbe allora della circolazione del bene-cubatura, la quale andrebbe separata dal godimento e dallo sfruttamento di essa sul lotto beneficiato dall'attribuzione, subordinato all'esito positivo dell'*iter* procedimentale per il rilascio del permesso di costruire. L'Autore, tuttavia, giunge poi ad affermare come tale circolazione costituisca una fattispecie a formazione progressiva, nella quale il mero consenso non sarebbe sufficiente a determinare gli effetti tipici dell'accordo, il che striderebbe decisamente con l'assunto dell'indipendenza tra detta circolazione e il relativo godimento (costruzione), atteso che, ove si tratti di reale indipendenza, certamente il consenso sarebbe sufficiente a generare l'effetto traslativo di una situazione immediatamente determinata, il cui sfruttamento soltanto potrebbe dirsi soggetto al ricordato *iter* procedimentale. Soltanto in questi termini apparirebbe, peraltro, sostenibile la rilevanza civilistica della vicenda circolatoria in esame.

²⁰⁴S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *RGE*, V, Milano, 2011, 389.

se si procede ad una frattura del legame tra la volumetria e il lotto che la genera, si incide certamente sullo statuto della proprietà.

Secondo tale opinione, vanno separate le posizioni giuridiche denominate “diritti edificatori” dallo *iusaedificandi*, inteso quale facoltà inerente la titolarità del diritto di proprietà e consistente nel “diritto all'esercizio di un'attività economica di trasformazione del suolo, sottoposta al potere conformativo della pianificazione urbanistica”.

Benché anche i diritti edificatori siano legati alla titolarità del fondo, solo questi ultimi, e non lo *iusaedificandi*, potrebbero circolare “autonomamente rispetto al diritto sulla cosa”.²⁰⁵

Gli strumenti urbanistici attribuiscono a tutti i proprietari una certa misura di edificabilità enunciata dai diritti edificatori, che si rendono, quindi, espressione del rapporto tra area e volume sulla stessa sviluppabile, “anche se non è riconosciuto il potere di trasformazione connesso allo *iusaedificandi*”²⁰⁶. Secondo una tale impostazione, il rapporto tra diritti edificatori e *iusaedificandi* è di tipo squisitamente quantitativo, atteso che i diritti edificatori indicano la misura dello *iusaedificandi* esercitabile sul fondo.

Dunque, il prospettato indirizzo, nell’offrire una lettura costituzionalmente orientata delle leggi regionali che disciplinano il fenomeno circolatorio in esame, afferma che lo *iusaedificandi* non è scorporato dal diritto di proprietà, ma costituisce il contenuto dei diritti edificatori negoziati. Solo questi potrebbero formare oggetto di trasferimento: “i volumi realizzabili che atterrano su un altro fondo, subordinatamente al rilascio del titolo abilitativo”, hanno un’estensione “indicata proprio dai diritti edificatori su di esso trasferiti”.²⁰⁷

²⁰⁵S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, cit., 2011, 389.

²⁰⁶S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, cit., 2011, 389.

²⁰⁷S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, cit., 2011, 389.

Il valore di tali diritti è, dunque, strettamente collegato alla possibilità di realizzazione su di un fondo e, pertanto, il successo delle metodiche perequative e compensative dipenderà non solo dagli accordi tra privati, ma anche dalle regole di atterraggio fissate dal Comune. Lo strumento di pianificazione generale dovrà, allora, diminuire il più possibile l'incidenza dell'alea nelle dinamiche circolatorie dei diritti, il cui contenuto rappresenta l'utilità del fondo in senso tecnico, economico e giuridico, che realizza "un plusvalore spesso anche notevole del bene oggetto del diritto di proprietà".²⁰⁸

L'interesse dell'ordinamento giuridico, seguendo la presente impostazione, non è quello dell'assenza di vincoli tali da svuotare il diritto di proprietà, bensì quello di escludere che vincoli imposti dall'autorità determinino un tale effetto: in questo senso, l'autonomia logico-giuridica dei diritti edificatori dallo *iusaedificandi*, garantisce nel contempo l'inerenza di quest'ultimo al diritto di proprietà, fugando i dubbi di costituzionalità delle norme regionali.

Tale indirizzo, per così dire intermedio, è frutto di un evidente sincretismo tecnico-giuridico: da una parte, infatti, esso abbandona la posizione dei fautori dell'opinione che vede i diritti edificatori quali *chance*, scorporandoli dallo *iusaedificandi* e rendendoli autonomi, dall'altra, non accoglie la teoria della volumetria quale situazione di diritto, in ragione delle problematiche che una tale tesi porrebbe in relazione al principio di tipicità e nominatività dei diritti reali.

In concreto, dunque, esso risente dell'impostazione pubblicistica di chi la esprime ma prelude certamente all'opinione che fa propria la reificazione della cubatura, laddove esprime la considerazione che i diritti edificatori sono legati anch'essi alla titolarità del fondo e che, a differenza dello *iusaedificandi*, essi possono circolare autonomamente rispetto al diritto sulla cosa. Tuttavia, in

²⁰⁸S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, cit., 2011, 390, il quale critica sia la teoria del bene sia la teoria della *chance*.

senso critico, deve sin d'ora considerarsi che, mutando la definizione dell'oggetto della circolazione giuridica in favore di una ricostruzione che consideri la cubatura in termini di bene autonomo, si abdicerebbe alla concretezza ermeneutica, dando luogo ad un'arrendevolezza desiderosa di aggirare l'ostacolo dell'inerenza reale senza abbandonare la rilevanza della situazione di appartenenza del presunto bene-cubatura.

4.2.3. Teoria dei “diritti soggettivi di natura obbligatoria”.

Secondo una recente impostazione²⁰⁹, le disposizioni in ordine alla forma e al regime della trascrizione non possono ritenersi risolutive ai fini di un corretto inquadramento ermeneutico e, pertanto, in assenza di dati certi nel nuovo contesto normativo, la ricostruzione più attendibile delle fattispecie concernenti la circolazione dei diritti edificatori deve essere formulata in termini di contratto tipico ad effetti obbligatori²¹⁰ trascrivibile, appunto, in virtù di un'espressa previsione che lo consente.

È stato sostenuto in dottrina che, nonostante la previa individuazione delle aree di decollo e di atterraggio faccia “intravedere un certo carattere di realtà del diritto che, tuttavia, nel caso di mancata compresenza delle due aree appare fortemente attenuata”²¹¹, è preferibile affermare l'efficacia obbligatoria dei negozi tra privati “traslativi di questi diritti (traslazione senza area)”.

Ciò nondimeno, ai sostenitori di tale impostazione non è parso soddisfacente il termine “credito di volumetria o di cubatura”, legato a fenomeni di natura compensativa e non perequativa, che poco si presterebbe ad abbracciare la

²⁰⁹A. SAVATTERI, *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione*, in *Urb. app.*, IV, Milano, 2013, 380.

²¹⁰ Si esprime in questi termini R. TRIOLA, *I diritti edificatori e la cd. cessione di cubatura*, cit., secondo il quale in ordine alla natura del contratto dovrà parlarsi di cessione del credito vantato nei confronti della pubblica amministrazione e, in ordine alla trascrizione, di funzione atipica di risoluzione dei conflitti tra più acquirenti dello stesso diritto di credito.

²¹¹A. MUSIO – G. SABBATO – G. SALITO, *Il piano casa*, Torino, 2011, 59.

fattispecie in esame dotata di carattere unitario malgrado le diverse colorazioni provenienti dalla sua concreta applicazione.²¹² Adottando una tale terminologia, infatti, non si giustificerebbe la posizione creditoria del cessionario nei confronti del cedente, atteso che i diritti edificatori possono essere impiegati in concreto solo in presenza di un idoneo titolo abilitativo.

Non andrebbe, poi, trascurato il rilievo del *nomeniuris* della fattispecie che evoca, più che l'interesse legittimo, un diritto soggettivo, nonostante l'esposizione alle scelte e alle vicende urbanistiche possa suscitare qualche perplessità in proposito. È verosimile, infatti, che, come già evidenziato, in virtù dello *iusvariandi*, l'amministrazione modifichi anche *in pejus* la destinazione edificatoria assegnata ad una certa area o zona, a seguito di successive revisioni delle decisioni urbanistiche adottate.²¹³

Dunque, le parti avrebbero l'onere di prevedere meccanismi risarcitori o indennitari a supporto di tutte le ipotesi nelle quali tale edificabilità non sia in concreto realizzabile per fatti successivi non imputabili ai titolari dei diritti edificatori. E, se questi ultimi partecipano della natura di diritti soggettivi, una volta esclusa la natura di diritto reale per difetto di inerenza (sia in decollo che in atterraggio), non resta, secondo l'impostazione in commento, che qualificarli come "diritto soggettivo di natura obbligatoria", che "trova diretto fondamento nelle previsioni urbanistiche perequative", i quali, preesistendo all'esercizio del potere pianificatorio, sarebbero dotati di autonoma consistenza rispetto ai diritti dominicali.²¹⁴

In tale ricostruzione, l'ente comunale assumerebbe la posizione di debitore, il che non sembrerebbe smentito dal fatto che l'amministrazione possa limitare la

²¹²A. MUSIO – G. SABBATO – G. SALITO, *Il piano casa*, cit., 60.

²¹³A. MUSIO – G. SABBATO – G. SALITO, *Il piano casa*, cit., 62.

²¹⁴A. MUSIO – G. SABBATO – G. SALITO, *Il piano casa*, cit., 63.

posizione del privato assumendo provvedimenti che, seppure opportunamente motivati, producono l'effetto ricordato.

Nemmeno la previsione della pubblicità immobiliare per operazioni circolatorie di questo tipo striderebbe con tale soluzione, poiché essa costituirebbe uno strumento idoneo per la salvaguardia delle ragioni del creditore cessionario nei confronti dei terzi.

Il modello di trasferimento delle situazioni in commento, riconducibili dunque al diritto di credito, andrebbe rinvenuto negli artt. 1260 e ss. c.c., anche per il valore di uso o di scambio che oggi si attribuisce ad esse²¹⁵, con la proficua conseguenza che, in ipotesi di emissione di titoli comunali rappresentativi dei diritti edificatori, l'iscrizione nei registri comunali produrrebbe, a parere di tali autori, l'effetto della notificazione al debitore ceduto richiesta dall'art. 1264 c.c., decretandone l'opponibilità a quest'ultimo.

Tale impostazione, pertanto, varrebbe l'abbandono dello schema della cessione di cubatura utilizzato nelle operazioni di micropianificazione urbanistica e renderebbe sufficiente una mera comunicazione dell'atto di trasferimento alla pubblica amministrazione senza necessità di autorizzazioni, consensi o accettazioni di sorta.

Tuttavia, possono rintracciarsi numerosi ostacoli alla rappresentazione in parola, ad esempio, nelle ipotesi in cui sia prevista dallo strumento urbanistico una riserva di cubatura in capo al Comune, con conseguente difficoltà di immaginare un rapporto creditizio in cui l'ente territoriale assuma al contempo la duplice veste di creditore e di debitore. Non è mancato, infatti, chi, partendo proprio dal caso in questione, ha rilevato come la circolazione della volumetria riservata a favore del Comune non sia compatibile con la cessione del credito in quanto scardina la tripartizione tipica dei rapporti obbligatori tra ceduto,

²¹⁵A. MUSIO – G. SABBATO – G. SALITO, *Il piano casa*, cit., 66.

cedente e cessionario, configurandosi in capo al Comune la discutibile posizione mista di cedente e ceduto.²¹⁶

Inoltre, si è rilevato che la caratteristica prescrittibilità delle situazioni creditorie sembra confliggere con la tendenziale perpetuità prospettica delle previsioni urbanistiche. Si può, invero, convenire sul punto che la capacità di prescriversi attiene alle situazioni giuridiche tra privati, laddove si atpeggia diversamente il decorso del tempo nella situazione giuridica esistente nei confronti della P.A.

Manca, poi, in tale ricostruzione, la definizione dell'oggetto della prestazione che forma, a sua volta, oggetto dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., ossia il comportamento positivo o negativo, materiale o negoziale, al quale sarebbe tenuto il debitore, né può soccorrere tale mancanza la previsione di meccanismi indennitari o finanche risarcitori, atteso che si tratta della sostituzione di una prestazione originaria non individuata con un'altra successiva che non può risolvere il problema a monte delle caratteristiche di un siffatto obbligo.

In definitiva, laddove volesse correttamente distinguersi la prestazione dal suo oggetto, intendendosi per essa la cosa o il fare oggetto rispettivamente dell'obbligazione di dare o di fare, ci si troverebbe di fronte all'insuperabile difficoltà della mancanza dell'oggetto della prestazione e, pertanto, deve concludersi che detti diritti edificatori non possono fungere da prestazione oggetto di una presunta obbligazione ma, piuttosto, assurgere essi stessi al rango di situazione soggettiva di diritto.

²¹⁶G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 319.

4.2.4. Teoria del bene a sé stante.

Uno degli indirizzi che più ha avuto seguito in dottrina qualifica la cubatura quale bene giuridico autonomo. Dall'esame delle metodiche di tipo perequativo, compensativo ed incentivante, apparirebbe evidente, infatti, che la capacità edificatoria si sia separata rispetto alla proprietà del terreno dal quale origina, divenendo autonomamente trasferibile e negoziabile.²¹⁷

Come più volte affermato, la peculiarità delle tecniche suddette è costituita dal fatto che i diritti edificatori in parola possono costituire oggetto immediato di negozi giuridici senza alcun collegamento diretto con l'area di provenienza o di destinazione, determinando lo scorporo dello *iusaedificandi* rispetto alla titolarità formale del suolo.²¹⁸

Muovendo, quindi, dalla asserita indifferenza del legislatore per il dato nominalistico e sviluppando i contributi offerti dalla dottrina e dalla giurisprudenza anteriori alla novella del 2011, è stato sostenuto che la volumetria costituisca appunto una *res*.²¹⁹

La capacità edificatoria di un fondo rappresenterebbe, ormai sempre più, un valore economico capace di attività negoziale tra privati, indipendentemente dal tipo di fenomeno micropianificativo, perequativo, compensativo o incentivante che l'ha generata. Di conseguenza le vicende attinenti all'area di decollo diventano sempre più irrilevanti.

²¹⁷R. GAROFOLI, *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 Cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa*, cit., 36; S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012, 77.

²¹⁸R. GAROFOLI, *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 Cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa*, cit., 36, il quale distingue l'ipotesi di perequazione, ove sussiste un collegamento quanto meno genetico, dalle ipotesi di compensazione e di incentivazione, nelle quali il rapporto può mancare anche in tale momento.

²¹⁹S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit., 82; G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 334.

La difficoltà maggiore nell'ammettere che la cubatura possa formare oggetto di diritti è, però, legata alla tradizionale insofferenza nell'immaginare che lo spazio aereo connesso alla proprietà del suolo possa essere oggetto di diritti separatamente dalla proprietà del suolo. Suscettibile di essere oggetto di diritti e, conseguentemente, di trasferimento potrebbe essere soltanto un bene materiale, escludendo dunque lo spazio aereo.

Si è osservato, più precisamente, che delineare la cubatura in termini di bene giuridico autonomo equivarrebbe a considerare lo spazio aereo come un bene giuridicamente rilevante e la cd. colonna d'aria quale entità separabile dalla proprietà dell'immobile e, di conseguenza, liberamente trasferibile.²²⁰ Occorre dare qui conto di come la dottrina²²¹ e la giurisprudenza²²², anche dopo la formulazione dell'art. 840 c.c., siano giunte alla conclusione che lo spazio aereo sovrastante il suolo non possa essere considerato un bene a sé stante, oggetto di proprietà separata da quella del suolo e, dunque, di autonomi atti di disposizione.

In proposito, tuttavia, giova segnalare come una parte della dottrina abbia evidenziato al contrario come il tema qui in discussione si ponga con tratti marcatamente diversi rispetto alla questione della proprietà della cd. colonna d'aria sovrastante i fondi.²²³

La tesi tradizionale argomentava, infatti, dalla possibilità di esercitare le facoltà dominicali nello spazio aereo sovrastante la proprietà fondiaria, intendendo

²²⁰ Così C. TENELLA SILLANI, *I limiti verticali della proprietà fondiaria*, cit., 492 e 588 ss., il quale contesta l'estensione della proprietà in verticale, viziata dalla confusione fra oggetto del diritto e contenuto del medesimo. Tale estensione induce a credere che l'art. 840 c.c. disciplini l'oggetto della proprietà, laddove, invece, esso si limita a risolvere i conflitti fra proprietario del suolo e terzi.

²²¹ Sul punto, cfr. M. C. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 2003, 209, secondo cui sopra il fondo vi è solo l'aria, bene comune insuscettibile di apprensione.

²²² Vd. Cass. civ., sez. un., 4.5.1989, n. 2084, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1536, che ha dichiarato nulla la donazione della proprietà o della nuda proprietà, con riserva di usufrutto, della colonna d'aria sovrastante il fondo del donante

²²³ S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit., 82-83.

quest'ultimo quale proiezione verticale della proprietà del suolo in chiave di estensione oggettiva. Altri, invece, ne intendono la rilevanza non in termini di oggetto di dominio bensì in chiave ricostruttiva dei confini dell'*agere licere* dominicale e in un'ottica delimitativa delle facoltà insite nella situazione proprietaria.

Di conseguenza, con raro e pienamente condivisibile acume giuridico, si nota che “le facoltà del proprietario del suolo avranno come misura l'interesse che costituisce il contenuto della proprietà della cosa: e così non potrà opporsi ad attività di terzi nello spazio sovrastante al suolo, che si svolgano ad altezza tale che egli non abbia interesse ad escluderle”²²⁴, il che, oltretutto, salvaguarderebbe la coerenza logica tra i due commi dell'art. 840 c.c., i quali, altrimenti, accoglierebbero diverse accezioni del concetto di proprietà.²²⁵

Vengono, quindi, in rilievo gli interessi coinvolti, tanto individuali quanto collettivi, che delimiterebbero in chiave giuridica il diritto esclusivo del proprietario nelle sue varie manifestazioni.

Al contempo, la reificazione dei diritti edificatori proporrebbe elementi profondamente innovativi rispetto alle indagini appena esposte che sinora hanno impegnato la dottrina, riassunti nella mancanza di inerenza di detti diritti con la proprietà dell'area e nella capacità circolatoria svincolata sia dal fondo sia dalla sua concreta edificabilità.

Posta, dunque, in questi termini l'estraneità della reificazione della cubatura dalla questione della cd. colonna d'aria, ciò che più impegna gli autori che si iscrivono in tale indirizzo è, certamente, il delineamento degli indici in forza dei quali i diritti edificatori assurgono a beni a sé stanti, con particolare riguardo al profilo della loro immaterialità.

²²⁴S. PUGLIATTI, *Della proprietà*, in *Commentario del cod. civ.*, Firenze, 1942, 155.

²²⁵C. TENELLA SILLANI, *I limiti verticali della proprietà fondiaria*, Milano, 1994.

Sul punto, risulta essenziale l'interpretazione dell'art. 810 c.c., il quale individua le cose che possono qualificarsi come beni dal punto di vista giuridico, riservando al legislatore la possibilità di attribuirne, negarne o restringerne l'idoneità. La cosa diventa bene in quanto è oggetto di una particolare considerazione da parte del diritto.

Pertanto, nell'inquadramento della fisionomia di un bene giuridico concorrono fattori tanto di ordine naturalistico quanto, soprattutto, di carattere squisitamente giuridico, tra i quali l'influsso della volontà umana che spesso prescinde dall'aspetto materiale.

Di conseguenza, deve rilevarsi come il concetto di bene sia più ampio di quello di cosa, comprendendo esso non solo le cose materiali o corporali, ma anche quelle entità immateriali o ideali che, pur non essendo cose, risultano idonee a formare oggetto di diritti, per via della capacità di soddisfare interessi tutelati dal nostro ordinamento giuridico.

Seguendo tale schema, il concetto di bene si colora di una sfumatura funzionale in ragione dell'idoneità o meno di una cosa ad adempiere una certa funzione economica, ad essere, cioè, utile nell'ottica del soddisfacimento di un bisogno umano.²²⁶

Sì è, altresì, affermato che, seppure l'utilizzabilità delle potenzialità edificatorie del fondo non fosse un bene in senso tecnico giuridico, certamente vi si potrebbe riconoscere almeno un'utilità oggettiva del lotto, in grado di avere un valore economico espresso dal rapporto matematico tra i metri quadrati di superficie e i metri cubi di costruzione edificabili sul medesimo.²²⁷ Di talché, tale rapporto matematico non potrebbe essere confuso con la cubatura ma ne

²²⁶F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 55, il quale discorre anche di suscettibilità di appropriazione.

²²⁷M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 1763/1999, cit., 672; S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2012, 1.

esprimerebbe soltanto l'unità di misura, concludendo che solo ad essa andrebbe riconosciuta dignità di autonomo bene in senso giuridico.²²⁸

Tale impostazione non urterebbe, poi, con il principio del numero chiuso dei diritti reali, non costituendo la cubatura un diritto ma un bene oggetto dei diritti medesimi, dotato di una sua apprezzabilità economica.

Per quanto poi alla qualificazione in termini di bene immobile o bene mobile, gli autori precisano, in primo luogo, che i beni immobili sarebbero tali per effetto dell'accessione, in virtù di un legame che discende, a termini dell'art. 813 c.c., dall'incorporazione naturale o artificiale rispetto al suolo, laddove si formi un tutto inseparabile senza danno.²²⁹

Si nota, in realtà, come i beni giuridici siano distinguibili in mobili o immobili non tanto in ragione della loro astratta considerazione, quanto piuttosto della concreta regolamentazione secondo l'uno o l'altro modello.²³⁰ Di conseguenza, può dirsi che il regime immobiliare trova applicazione solo ove queste cose siano in connessione con gli immobili veri e propri o tale sia la valutazione recepita nell'ordinamento giuridico, recuperando quel criterio funzionale di cui si accennava.

²²⁸ In senso contrario, B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 93, la quale rileva, in chiave pubblicistica, come, allorché si discorre di utilità economica riferendosi alla cubatura, in realtà si individui, solo in termini matematici e ingegneristici, le dimensioni che la futura costruzione dovrà rispettare, considerando sterile la distinzione proposta fra la cubatura quale bene autonomo e la sua misura. La cubatura non sarebbe, pertanto, un bene autonomo, ma la misura dell'interesse legittimo del proprietario ad ottenere il provvedimento abilitativo dalla pubblica amministrazione.

Vd. pure A. MALTONI, *Perequazione e compensazione nella legislazione urbanistica della Regione Emilia Romagna e nella disciplina di alcuni strumenti urbanistici locali. Considerazioni generali in tema di alienazione di diritti edificatori*, in BARTOLINI A. – MALTONI A. (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, Napoli, 2009, 104, il quale afferma che "l'amministrazione è tenuta a riconoscere al richiedente la volumetria corrispondente ai diritti edificatori di cui è titolare, individuando, questi ultimi, soltanto la componente quantitativa dello *iusaedificandi*".

²²⁹ S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, in *Scritti giuridici*, Vol. IV, Milano, 2011, 620.

²³⁰ S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, cit., 694.

Mutuando da tali considerazioni, la cubatura consisterebbe in un bene immateriale di origine immobiliare, certamente lecito e possibile e, comunque, astrattamente dotato delle caratteristiche di cui all'art. 1346 c.c., quindi determinato o determinabile, e, pertanto, idoneo a formare oggetto di diritti reali.²³¹²³²

In tale ottica, andrebbe, poi, distinta la circolazione del bene cubatura dalla sua fruizione: la prima, devoluta esclusivamente alla regolamentazione pattizia mentre la seconda, subordinata all'esito favorevole dell'attività provvedimentale della pubblica amministrazione.²³³

²³¹ Secondo A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, si tratterebbe di beni immobili virtuali, oggetto di proprietà o di diritto di superficie e quindi soggetti a tutte le regole esistenti in materia di circolazione dei diritti immobiliari, mutuando il carattere immobiliare dall'attribuzione della cubatura stessa in funzione della misura del suolo in proprietà o in superficie.

In senso contrario, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, I, cit., 209, contesta che si tratti di un bene immateriale in base a due ordini di valutazione: *in primis* sarebbe preferibile qualificare la fattispecie come cosa materiale priva di forma corporale sensibile e, *in secundis*, la cubatura è connessa alla materialità del terreno, che è piena ed assoluta e dalla quale non si può prescindere. In ogni caso, tale qualificazione darebbe vita ad un terzo ed inedito genere di bene, a nulla rilevando l'espressione "di origine", salvo alludere ad una scissione in più beni di cose unite cui andrebbe preferita, comunque, anche a parere di chi scrive, una ricostruzione in chiave di nesso pertinenziale tra bene mobile ed immobile essendo il primo a servizio del secondo.

²³² La conclusione esposta riassume la posizione dell'autorevole voce di G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., il quale, poi, richiama la questione dell'ipotecabilità dei diritti edificatori a riprova della coerenza della ricostruzione in chiave di bene giuridico autonomo. Atteso che l'art. 2811 c.c. estende l'ipoteca ai miglioramenti, alle costruzioni e alle altre accessioni dell'immobile ipotecato, salve le eccezioni stabilite dalla legge, tali diritti sarebbero certamente suscettibili di essere oggetto del diritto reale di garanzia, ferma restando la pacifica derogabilità pattizia in estensione o riduzione. In questo passaggio, l'Autore sembra aderire all'ipotesi del nesso pertinenziale tra bene mobile e bene immobile prospettato da F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, I, cit., (vd. nota precedente). Ciò che lascia perplessi resta, tuttavia, l'ipotecabilità di un bene asseritamente di natura mobiliare.

²³³ Sul punto, in maniera più che proficua, F. PATTI – F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, II, Palermo, 2001, 1689, affermano che, se la circolazione del bene cubatura può essere attuata con il ricorso a schemi negoziali aventi struttura e caratteri squisitamente privatistici, il suo godimento è piuttosto strettamente legato all'intervento amministrativo e si realizza al momento in cui viene emanato il provvedimento abilitativo della costruzione. In questo, a parere di chi scrive, può rintracciarsi, senza timore di

Secondo autorevole opinione²³⁴, a riprova di siffatta soluzione, soccorrerebbero alcune fattispecie del tutto speculari ai diritti edificatori, seppure afferenti materie diverse.

Vengono, in primo luogo, in rilievo le cd. quote latte²³⁵, considerate quali beni immateriali, incorporali, e disgiunti dal terreno. Si tratterebbe, insomma, di un bene giuridico di natura patrimoniale suscettibile di essere oggetto di situazioni proprietarie capaci di dismissione e di cessione in tutto o in parte, definitivamente o temporaneamente, a favore di un terzo e a fronte, rispettivamente, di un'indennità o di un prezzo.

Vi sarebbe, poi, il cd. diritto al reimpianto del vitigno²³⁶, convenzionalmente trasferibile a favore di altri viticoltori in maniera autonoma rispetto all'azienda di originaria appartenenza e, pertanto, veri e propri beni.

Altra ipotesi analoga sarebbe quella dei diritti/titoli all'aiuto, ossia di quote assegnate all'agricoltore in alternativa alla richiesta di pagamento, trasferibili, con o senza terra, unicamente ad altro agricoltore stabilito nello stesso Stato membro e a titolo oneroso o mediante qualsiasi altro trasferimento definitivo.

dubbio, il valore civilistico dell'istituto indagato, in ragione della necessità che il richiamato provvedimento poggi su un titolo idoneo che solo le dinamiche civilistiche possono fornire e inquadrare.

²³⁴G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 345-347.

²³⁵ Nel contesto della disciplina emanata in applicazione della normativa comunitaria avente ad oggetto la regolazione delle quote della produzione del latte bovino assegnate a ciascun produttore, la titolarità di esse, ai sensi dell'art. 10, comma 1, della Legge n. 468/1992, compete al produttore nella sua qualità di conduttore dell'azienda agricola, salvo diverse pattuizioni tra le parti. Tali quote, poi, ai sensi del comma 2 della medesima disposizione, possono essere cedute o affittate totalmente o parzialmente dal conduttore, senza alienare l'azienda, anche per singole annate, a condizione che l'azienda del produttore cessionario sia ubicata nella medesima regione e si trovi in un territorio della medesima categoria.

²³⁶ Fattispecie inizialmente disciplinata dal Regolamento del 18 febbraio 1980, n. 456/80 diretto ad incentivare l'abbandono definitivo o temporaneo delle superfici vinicole, che aveva previsto, a favore di coloro che sceglievano la formula dell'abbandono temporaneo, il diritto a procedere al reimpianto delle viti dopo otto campagne vitivinicole, e, successivamente, dal Regolamento del 16 marzo 1987, n. 822/87, che, nel vietare ogni nuovo impianto di viti, stabiliva che il diritto al reimpianto potesse essere esercitato su una superficie dello stesso fondo o del fondo altrui equivalente a quella oggetto di estirpazione purché destinato alla produzione di vini di qualità prodotti in regioni determinate.

Anche in questo caso, secondo l'interpretazione preferibile, si tratterebbe di beni immateriali, sia pure collegati ad un bene immobile.

Infine, anche i cd. certificati verdi, introdotti dal D.Lgs. n. 38/2003 in recepimento della Direttiva n. 2001/77/CE, sono qualificati come beni immateriali. Tali certificati avrebbero l'obiettivo di realizzare un'incentivazione del ricorso all'energia rinnovabile attraverso la previsione di un obbligo a carico dei produttori e degli importatori di energia di immettere nella rete complessiva una quantità minima predeterminata di energia proveniente proprio da fonti di tipo rinnovabile.²³⁷

Ciò nondimeno, si è obiettato a tale lettura che il paragone tra i detti istituti può avere carattere meramente paradigmatico soltanto di come sia possibile nel nostro ordinamento giuridico, già prima della novella del 2011, discernere la circolazione di un bene dalla sua fruizione in concreto, laddove la prima è affidata all'autonomia delle parti mentre la seconda è riconducibile all'interesse legittimo, soggetta al positivo esito dell'attività provvedimento amministrativa.²³⁸

Malgrado tale ultimo assunto sia perfettamente condivisibile, i sostenitori della tesi della reificazione giungono ad un dubbio parallelismo con l'esposto indirizzo che individua in tale vicenda una *chance*, intesa quale possibilità di trasformazione edilizia del territorio e distinta dal bene finale della costruzione a seconda della maggiore o minore intensità del grado di certezza che

²³⁷ Cfr. S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit., 93, la quale ricorda che la qualificazione di tali certificati come beni immateriali deriva anche da alcune letture dell'interprete fiscale e, in particolare, dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 46/e del 19 luglio 2007, nella quale si afferma che essi, ai fini dell'IVA e delle altre imposte, sono considerati beni simili ai beni immateriali, e dalla circolare n. 71/e del 20 marzo 2009 dell'Agenzia delle Entrate, che qualifica le cessioni di tali certificati quali cessioni di beni immateriali come prestazioni di servizio.

²³⁸ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, I, cit., 211, il quale, come sopra esposto, afferma che il contratto traslativo non sarebbe altro che uno dei momenti in cui è scandito un procedimento amministrativo, cosa della quale, per le ragioni sottolineate *sub* nota 219, qui si dubita fortemente.

contraddistinguerebbe la possibilità di trasformazione rispettivamente prima e dopo il rilascio del permesso di costruire.²³⁹

La *chance* edificatoria si atteggierebbe, pertanto, in maniera diversa a seconda che venga considerata sul piano dei rapporti interprivatistici, ove sarebbe immediatamente efficace a prescindere dal fatto che il trasferimento operi in volo o che i meccanismi di decollo e atterraggio siano ben definiti, e sul piano dei rapporti con la pubblica amministrazione, ove assumerebbe la veste di interesse legittimo almeno sino al tempo dell'avvenuto rilascio del titolo edilizio che ne costituisce lo scopo ultimo.

Se, da un lato, come si vedrà, convince pienamente e, anzi, si ritenga evidente, la distinzione concettuale della circolazione dall'esercizio²⁴⁰, ciò che resta fortemente dubbio è, in primo luogo, la discutibile sovrapposizione tra i concetti di bene e di interesse legittimo, atteso che la teoria del bene giuridico autonomo sembra voler recuperare la rilevanza civilistica in base ad un'artificiosa reificazione di quello che, in realtà, posto in questi termini, sembrerebbe proprio un interesse legittimo.²⁴¹

²³⁹G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 350-351, secondo cui la peculiarità della fattispecie, in equilibrio tra diritto amministrativo e diritto civile, consiste nell'atteggiarsi della cubatura quale bene che può formare oggetto di diritti nei rapporti interprivatistici e contemporaneamente quale interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione strettamente collegato al potere di pianificazione di quest'ultima; vd. sul punto *supra* pag. 110.

²⁴⁰R. CONTI, *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009, 427.

²⁴¹A nulla rileverebbe in termini sostanziali, infatti, l'assunto espresso da G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., secondo cui qui l'elemento distintivo risiederebbe nell'idoneità del bene-cubatura ad essere oggetto di situazioni di diritto e non di interesse legittimo, a prescindere dall'accostamento tra le dette situazioni in ambiente dottrinale e giurisprudenziale.

Lo stesso A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, Rimini, 2007, 304, in chiave tuttavia pubblicistica, critica in ogni caso la visione bifronte della situazione giuridica in esame, osservando come una siffatta soluzione appaia artificiosa nel doppiare una situazione soggettiva unitaria in un diritto edificatorio che riguarda l'astratta titolarità e in un interesse legittimo che, all'opposto, riguarderebbe la legittimazione all'esercizio, ed aggiunge che un tale sdoppiamento non appare "perseguibile sotto un profilo giuridico, atteso che di diritto edificatorio potrà parlarsi solo laddove sia stato rilasciato il titolo ampliativo, il quale consentirà di esercitare concretamente l'astratto diritto che in realtà è un interesse legittimo".

Numerose e, per ampi margini, ampiamente condivisibili sono le critiche che hanno bersagliato l'impostazione qui in commento.

Sì è obiettato che la tesi della reificazione non riesce a superare, in primo luogo, due notevolissimi ostacoli: il primo è costituito dal fatto che il n. 2 *bis* dell'art. 2643 c.c. sarebbe una norma del tutto superflua qualora i diritti edificatori configurassero un bene autonomo, oggetto di situazioni di diritto già contemplate agli altri numeri dello stesso art. 2643 c.c., di guisa che le disposizioni poste agli altri numeri sarebbero sufficienti a garantire la proficuità dello strumento pubblicitario.

In secondo luogo, viene dimenticato che la cubatura non è altro che un'espressione matematica ed ingegneristica atta a rappresentare le dimensioni che la futura costruzione dovrà assumere in virtù di un provvedimento amministrativo che assegni la maggiorazione volumetrica al nuovo fondo prescindendo del tutto dall'eventuale accordo già raggiunto in sede privata.

In merito al secondo di tali rilievi, può convenirsi con la risposta critica avanzata da un'autorevole voce, secondo la quale, attesa l'indubbia possibilità che un contratto possa avere ad oggetto un diritto su un bene pur non essendo ancora idoneo a produrre effetti reali immediati, deve ancora una volta ribadirsi l'assoluta verosimiglianza di un trasferimento indipendente dal concreto, eventuale e futuro sfruttamento edificatorio, che potrà mancare non solo per decisione del soggetto titolare, ma anche per un sopravvenuto intervento normativo.²⁴²

Ciò che più convince, invero, è la già espressa considerazione che il permesso di costruire non potrà non tenere in conto l'accordo già intercorso tra le parti e che suggellerà, in presenza dei presupposti urbanistici ed edilizi, l'espressione

²⁴²G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 349.

dal punto di vista amministrativo del corrispettivo incremento e decremento volumetrico subito dai fondi oggetto dell'operazione circolatoria privatistica.²⁴³

Quanto, invece, al rilievo della inutilità dell'introduzione del n. 2 *bis* ove di bene giuridico si tratti, la stessa voce sopra riportata²⁴⁴ eccepisce il rilievo che, quando la legge detta per i mobili in un caso le disposizioni relative agli immobili mentre in altro distingue nettamente o, ancora, quando in generale le disposizioni relative agli immobili vengono estese a certi mobili, questi, agli effetti della legge, sono da considerarsi proprio beni mobili.

Di conseguenza, in considerazione del fatto che sia stato proprio il legislatore ad affermare che le regole di circolazione dei diritti edificatori seguono le norme dettate in tema di pubblicità immobiliare, il carattere mobiliare, seppur di provenienza immobiliare, di tale bene imponeva al legislatore l'introduzione della novella proprio al fine di permettere l'ingresso nel sistema dei registri immobiliari alle convenzioni gratuite o onerose aventi ad oggetto beni non immobili, quali appunto i diritti edificatori, restando in assenza di essa altrimenti un ampio margine di dubbio.

Si è osservato, ancora, come tale ricostruzione strida seccamente con il disposto stesso dell'art. 2643, n. 2 *bis* c.c., nella parte in cui considera "i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori".

Se, da un lato, si può condividere il rilievo dell'indifferenza normativa per il *nomen* "diritti edificatori", dall'altro, non può accettarsi di buon grado che il legislatore abbia legittimato una volontà negoziale addirittura idonea a costituire e/o modificare beni. Non è in alcun modo concepibile che un bene venga "costituito" o "modificato" dallo strumento contrattuale, in grado,

²⁴³ Sul punto si rinvia *supra* alla nota n. 197 e a quanto ivi considerato in merito alla discrezionalità puramente tecnica della pubblica amministrazione in ragione dell'alto grado di vincolatezza del procedimento in materia urbanistica.

²⁴⁴ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 353.

piuttosto, come ben sappiamo, di provocare la nascita o la modificazione di situazioni di diritto.

Né tale obiezione può essere smorzata dalla supposta natura immateriale del bene-cubatura, altrettanto non “costituibile” né “modificabile” volontariamente. Si è, poi, altresì sottolineato, in maniera invero piuttosto inconsistente, come la ricostruzione in esame incontri importanti ostacoli nei tradizionali schemi dogmatici in materia di proprietà e diritti reali e, precisamente, nella regola che vuole che le facoltà componenti le situazioni giuridiche reali non possano assurgere a posizioni autonome dal diritto cui appartengono.

Siffatta obiezione, che rimarca quanto già eccepito nel quadro della cessione di cubatura, perderebbe effettivamente consistenza con riferimento alla questione dei diritti edificatori, attesa l’assenza di qualsivoglia scorporo oggettivante di facoltà dal diritto dominicale che le origina.

In ogni caso, sempre secondo l’opinione qui ricostruita, occorrerebbe guardare alle indicazioni offerte dal diritto europeo con spirito autocritico.²⁴⁵

Secondo un’attenta ma poco condivisibile dottrina²⁴⁶, infatti, apparirebbe rilevante la qualificazione di bene alla stregua di quanto prospettato dall’ordinamento comunitario e, in particolare, dalla giurisprudenza CEDU, ove la caratterizzazione della nozione di proprietà è, certamente, più ampia rispetto a quella tradizionalmente sentita negli ordinamenti continentali di civil law. La Corte di Strasburgo, più precisamente, tende a identificare il concetto di proprietà con la cosa posseduta piuttosto che con il diritto che sulla cosa si esercita, estendendo la tutela giudiziale a situazioni comunemente lontane dalla nozione di proprietà in senso stretto, quali, ad esempio, il cd. diritto al goodwill e i crediti di imposta.

²⁴⁵S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit., 89.

²⁴⁶S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit., 89.

La giustificazione tecnico-giuridica di siffatta opzione viene reperita nell'art. 1 Prot. 1 della Carta²⁴⁷, in virtù del quale la Corte ha inteso garantire il diritto di proprietà attraverso il concreto riconoscimento a ciascuno del rispetto dei propri beni, determinando così la nascita di una peculiare idea di bene autonomo rispetto alle qualificazioni giuridiche degli ordinamenti interni.

Come, peraltro, osserva lo stesso autore con acuta onestà, l'estensione di tutela così tratteggiata, in mancanza di indici normativi chiari di supporto, non si prospetta del tutto indifferente dal momento che richiede un'indagine critica della nozione di bene come *res* oggetto di diritti, i cui confini vengono progressivamente attenuati.²⁴⁸

Il rischio da evitare è, quindi, che un incontrollato superamento delle categorie ordinanti possa compromettere l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, il che vale a far dubitare chi scrive della valenza dirimente di tale seppur lucido richiamo di stampo comunitario.

A ben vedere, tale rinnovato concetto di bene giuridico sembra richiamare quello con il quale la dottrina interna tradizionalmente identifica la sfera giuridico-patrimoniale, intesa quale insieme dei rapporti giuridici facenti capo al titolare, con la conseguenza che non solo un'impostazione siffatta non può valere di supporto alla tesi della reificazione, atteso il carattere eminentemente descrittivo e atecnico della categoria, ma nemmeno è in grado di escludere la ricostruzione della natura dei diritti edificatori in termini di diritti reali.

Tanto più se si considera che lo stesso autore è costretto ad ammettere il limite descrittivo della categoria²⁴⁹ e che più volte egli parla di tutela proprietaria, il

²⁴⁷ Ove si recita: "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni" (n.d.a.).

²⁴⁸F. GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contratto e impr.*, II, Milano, 2010, 353, osservava come "l'uso sapiente della tecnica contrattuale ha dato vita a forme nuove di ricchezza, ha creato la ricchezza finanziaria, la proprietà industriale, in una parola le new properties. Il contratto non serve solo per far circolare la ricchezza; ora serve anche per crearla."

²⁴⁹S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit., 94.

che conduce piuttosto ad una considerazione di tali situazioni in termini di sostanziale realtà.²⁵⁰

Infine, aspetto che meno consente la condivisione delle argomentazioni qui proposte a supporto della reificazione è proprio la presunta natura immateriale del bene-cubatura. Ammesso, infatti, che è ormai ampiamente recepito il concetto di bene immateriale attraverso le fattispecie sopra analizzate, occorre rilevare che proprio in relazione a queste ultime il diritto assoluto, pur comportandosi come un diritto reale, ne differisce profondamente in quanto privo di un'entità materiale che si atteggi quale termine di riferimento oggettivo dell'interesse protetto, sicché l'esercizio del diritto si realizza senza alcun collegamento con essa.

Al contrario, non può negarsi che la cubatura sia strettamente legata al terreno, a prescindere dal quale non sarebbe neppure concepibile in termini di interesse e questo finanche nell'ipotesi peculiare di circolazione in volo, laddove tale assenza è limitata alla sola fase circolatoria.²⁵¹

²⁵⁰ In altri termini, nell'intento di giungere ad una definizione quanto più convincente possibile della natura dei diritti edificatori che sia conforme ai nostri principi ordinamentali, occorre badare alla sostanza delle cose, abbandonando il dato nominalistico, come prospettato in apertura di capitolo. Pertanto, un inquadramento in chiave reificatoria dovrebbe rispettare i parametri sostanziali della categoria dei beni posti dal nostro ordinamento interno, senza ricorrere a inediti concetti di matrice europea, peraltro ancora privi di coordinamento con le categorie ordinanti interne, e che, per di più, risultano connotati di un atecnicismo tale da sembrare condurre l'interprete a riconoscere in essi indizi di situazioni di diritto più che beni giuridici.

²⁵¹ Come acutamente osservato da G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 51, l'immaterialità è inconcepibile per un bene che, come la cubatura, realizzi l'interesse ad edificare e dunque non può trovare realizzazione finale senza relazione qualificata, sia essa la proprietà o altro diritto, con il bene materiale-suolo. Parimenti condivisibile risulta G. MORBIDELLI, *Presentazione*, cit. 15, il quale parla di materialità, seppur *sub condicione*.

4.2.5. Teoria dello ius in re.

Da ultimo, si intende analizzare l'impostazione che qui si ritiene per larghi aspetti preferibile.

È stato sostenuto che l'istituto in esame configuri piuttosto un diritto reale tipizzato proprio dal recente intervento avente ad oggetto l'art. 2643 c.c. e ricompreso, prima dell'autonomizzazione, tra le facoltà del diritto di proprietà alla stregua dei diritti reali minori già previsti.

Alla base di tale ricostruzione deve prospettarsi una serie di dirimenti valutazioni.²⁵²

Non c'è dubbio, in primo luogo, che un discorso dedicato al trasferimento dei diritti edificatori in chiave civilistica strida apertamente con l'idea che limita la rilevanza del fenomeno al piano dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione, individuando all'oggetto dei trasferimenti di cubatura interessi legittimi volti a pretendere dall'amministrazione competente il rilascio del titolo abilitativo.

La pecca di un'impostazione siffatta è che, nell'analisi di un fenomeno circolatorio ove certamente concorrono parimenti profili civilistici ed elementi procedurali di stampo amministrativistico, paradossalmente “condanna fatalmente il civilista al silenzio”.²⁵³

L'onestà ermeneutica impone, dunque, di considerare fuorviante tanto un'analisi puramente endocivilistica quanto la riduzione della rilevanza del fenomeno al piano dei rapporti con l'amministrazione.

Senza contare che una tale pretesa nei confronti dell'amministrazione in tanto potrebbe esercitarsi e realizzarsi, in quanto il richiedente possa vantare un titolo idoneo ad esercitarla, titolo che precede, logicamente e cronologicamente, detto

²⁵²G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 43.

²⁵³L'arguta espressione è di G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 43.

esercizio, collocandosi sul diverso piano di riconoscimento giuridico proprio del diritto civile.²⁵⁴

Altra obiezione, mossa nell'intento di affermare la natura di interesse legittimo, intenderebbe negare la rilevanza civilistica di quei diritti la cui esistenza risulti esposta al rischio di un successivo mutamento delle determinazioni amministrative in ordine allo sfruttamento edilizio del territorio.

La risposta a tale obiezione non può che conquistare l'interprete laddove consideri che, così opinando, si giungerebbe ingenuamente a negare rilevanza civilistica allo stesso diritto di proprietà, il quale, tutte le volte in cui risulti conformato da previsioni di piano, sconta pur sempre il rischio di sopravvenienze modificative del suo contenuto, senza per questo cessare di essere una situazione giuridica soggettiva civilisticamente rilevante.²⁵⁵

In secondo luogo, si avverte l'esigenza di affrontare e risolvere il problema ermeneutico in una prospettiva unitaria. Più volte, almeno all'indomani della novella, si è assistito ad una malsana e poco fruttuosa duplicazione concettuale della qualificazione della volumetria a seconda che essa circoli "a terra" oppure "in volo", divenendo, nel primo caso, un diritto reale, e, nel secondo, una situazione di natura personale riconducibile allo schema del diritto di credito.²⁵⁶

Una tale variabilità della natura giuridica non solo non risulta sufficientemente verosimile ma può prestarsi, per di più, ad uno sterile aggravio del compito interpretativo generando ulteriore confusione, ferma restando la perplessità suscitata dal legame tra l'assenza di inerenza nel caso di trasferimento in volo e il passaggio alla categoria del credito, prima, e del bene immateriale, poi.

²⁵⁴ Elemento che, a parere di chi scrive, avrebbe un valore quasi decisivo ai fini della rilevanza civilistica, sulla base della netta distinzione tra vicende circolatorie del diritto ed esercizio finale, soggetto alla potestà autoritativa di stampo amministrativo.

²⁵⁵ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 44.

²⁵⁶ G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto?*, in *Studi e materiali*, II, 2011, 339.

Posta, in ogni caso, la preferenza per una ricostruzione in termini di situazione di diritto, occorre tracciare la linea di confine tra diritti assoluti e diritti relativi muovendo dalle modalità realizzative dell'interesse protetto. Se il diritto assoluto, nel cui insieme si iscrive il diritto reale, corrisponde allo schema dell'*agere licere*, nel quale l'interesse trova realizzazione attraverso il comportamento proprio del titolare, il diritto relativo configura, viceversa, una pretesa, in virtù della quale l'interesse trova realizzazione solo attraverso il comportamento di un soggetto diverso dal titolare, ossia del debitore.

Venendo specificamente all'istituto in esame, non può revocarsi in dubbio che il trasferimento dei diritti edificatori, come meglio evidenziato nelle pagine precedenti, produca, altresì, un effetto obbligatorio a carico del cedente, da inquadrarsi non tanto nel suo adoperarsi al fine di procurare al cessionario il rilascio del titolo, quanto piuttosto nell'astenersi dallo sfruttare in proprio la cubatura ceduta, costruendo, e dal disporre nuovamente a favore di diversi aventi causa.

Ma tale circostanza non può condurre il giurista ad affermare la natura di diritto di credito di quanto trasferito, a meno di non voler sovrapporre tale natura giuridica con gli effetti del contratto dispositivo, confondendo tra realtà del diritto e realtà dell'effetto contrattuale, cosa ben diversa ed indipendente dalla prima.²⁵⁷

Né tantomeno può sostenersi che il cessionario goda di un diritto di credito nei confronti della pubblica amministrazione, che, di conseguenza, vestirebbe i panni di debitore ceduto. Malgrado, infatti, si sia già sottolineato come il procedimento urbanistico sia soggetto ad un alto grado di vincolatezza,

²⁵⁷ Sul punto è fin troppo elementare il paragone con il contratto di compravendita, tipico contratto ad effetti reali avente ad oggetto un diritto reale e, al contempo, idoneo a produrre in capo all'acquirente l'obbligo di corrispondere il prezzo, senza per questo dismettere la natura di contratto ad effetti reali.

l'autorità amministrativa godrà comunque di una certa discrezionalità in sede di rilascio del provvedimento, il che la sottrae da qualsiasi posizione debitoria.²⁵⁸

Proseguendo, ammesso il condivisibile rilievo dell'indifferenza del legislatore nei confronti del *nomen* utilizzato, testimoniata dalla locuzione “*comunque denominati*”, e dell'impossibilità di derivare con ineluttabile certezza la realtà dei diritti che qui ci occupano dalla mera collocazione della novella nell'alveo dell'art. 2643 c.c.²⁵⁹, non può trascurarsi la rilevanza sottesa all'utilizzo di altri termini.

Come già evidenziato, infatti, non passa inosservata la considerazione dei “*contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori*”, posto che sarebbe inconcepibile sia un contratto costitutivo o modificativo di beni giuridici o *chances* edificatorie sia una svista in tal senso del legislatore.²⁶⁰

Ancora, basterebbe leggere la norma del nuovo n. 2 *bis* in consecuzione con il numero successivo, il quale allude a contratti che, sui “*diritti menzionati nei*

²⁵⁸ In merito, vd. F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 213, il quale, proprio in considerazione di tale rilievo, al concetto di interesse legittimo pretensivo preferisce quello più attenuato di *chance* edificatoria.

²⁵⁹ A sottolineare tale rilievo F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 212, il quale sostiene che “una cosa è l'opponibilità, altra cosa è la realtà”. Nel medesimo senso, in tempi recentissimi, A. PISCHETOLA, *Negoziazione dei diritti edificatori e relativa rilevanza fiscale, anche alla luce dell'articolo 2643 n. 2-bis) c.c.*, studio n. 540-2014/T CNN, in *www.notariato.it*.

²⁶⁰ Il che, invero, sembrerebbe piuttosto confermare la natura di facoltà insita in quel diritto dominicale conformato dagli strumenti urbanistici e resa autonoma da un atto negoziale di disposizione sul modello della costitutività. Dunque, produrrà un effetto costitutivo-attributivo il contratto con cui un soggetto, titolare di un diritto di proprietà incorporante la potenzialità edificatoria, attribuisca ad un terzo la suddetta potenzialità, elevandola a diritto, mentre saranno, viceversa, traslativi i contratti con cui quel diritto, ormai assunto a situazione giuridica autonoma, verrà trasferito ad ulteriori aventi causa.

In senso contrario, G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 326, *sub* nota 151, afferma, in maniera non del tutto convincente, trattarsi dell'introduzione di un'ipotesi che, seppur rara, sarebbe sfuggita al regime pubblicitario, ossia l'ipotesi di un non meglio definito contratto, o meglio di una convenzione urbanistica, dalla quale discenda la nascita di un diritto edificatorio.

numeri precedenti”, costituiscono una comunione, fenomeno certamente riferito alla proprietà e agli altri diritti reali.²⁶¹

A ben vedere, l’ipotesi qualificatoria qui in discorso sconta, più che altre, due serie difficoltà, delle quali la prima, già sostenuta per la cessione di cubatura, consisterebbe nella violazione del principio di tassatività dei diritti reali, in base al quale una facoltà ricompresa in un diritto reale tipico, che non sia autonomamente prevista tra i diritti reali, non può mai configurare una situazione soggettiva autonoma rispetto a tale diritto, quantunque sia intervenuto un atto dispositivo di autonomia privata, mentre la seconda atterrebbe alla mancanza di inerenza reale nel caso di trasferimento in volo, laddove potrebbe verificarsi l’acquisto del diritto da parte di un soggetto attualmente sprovvisto di un diritto di proprietà su un suolo idoneo alla trasformazione edilizia.

Con riferimento al primo rilievo, è stato sostenuto che la qualificazione di determinate utilità in termini di beni giuridici è stata da sempre condotta in nome di un’esigenza di tutela non ancora accolta dal legislatore. In altre parole, ove ci si trovasse di fronte a interessi meritevoli, privi di specifici strumenti di tutela normativamente riconosciuti, l’interprete è stato spesso costretto a costruire, surrettiziamente, il substrato necessario a garantire tale protezione, finendo per inflazionare la qualificazione dei beni.

Detto meccanismo ha interessato l’ambiente, le informazioni, le opere dell’ingegno, il nome e, da ultimo, la cubatura e gli stessi diritti edificatori.

²⁶¹G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 47. In senso contrario, F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 238 nota come la collocazione di una norma non possa considerarsi argomento decisivo, portando ad esempio il mancato coordinamento della nuova disposizione con l’art. 2645 *bis* c.c., che delimita la trascrivibilità del preliminare ai soli contratti di cui ai nn. 1, 2, 3 e 4, non risultando allo stato alcun rinvio al n. 2 *bis*. A tale rilievo, si è, in ogni caso, contrapposto un mero difetto di coordinamento, per il cui superamento si è ipotizzata una generica interpretazione favorevole.

Tale sforzo ricostruttivo risulta, ad oggi, superfluo, in ragione dell'intento del legislatore di riconoscere al diritto edificatorio dignità di situazione giuridica soggettiva autonoma mediante l'introduzione del nuovo n. 2 *bis* all'art. 2643 c.c.²⁶²²⁶³

Sul punto, infatti, non può accettarsi la richiamata impostazione che sponsorizza la reificazione dei diritti edificatori, proprio in virtù dell'inutilità della novella indagata conseguente alla possibilità di avvalersi degli altri numeri previsti dalla

²⁶²F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 238, definisce tale assunto aprioristico, volto ad affermare che tale diritto debba necessariamente essere tipico malgrado lo stesso legislatore lo determini con la più ampia espressione possibile di “diritti edificatori comunque denominati”.

²⁶³ In merito alla configurazione dei diritti edificatori in termini di facoltà afferente al contenuto del diritto di proprietà suscettibile di autonomizzazione vd. in senso critico A. ALAMANNI, *Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori: bene o nuovo diritto?*, in *Contr. e impresa*, III, Padova, 2014, 662-664, la quale esclude che nella cessione della cubatura si verifichi un fenomeno di compressione o distacco di una facoltà con conseguente costituzione di un nuovo diritto per derivazione dalla proprietà in considerazione del fatto che “non viene inciso il contenuto del diritto di proprietà ma piuttosto la potenzialità edificatoria riferita a quel terreno. Non priva quel trasferimento dunque, strutturalmente, il proprietario del diritto di edificare, come avviene, invece, per effetto della costituzione di un diritto reale, in cui il proprietario subisce tecnicamente una compressione dei suoi poteri.” Ancora, a parere dell'Autrice, “il negozio di trasferimento dei diritti edificatori non comporta la violazione del diritto di edificare del cedente con acquisto del medesimo a favore del cessionario. (...) E infatti nel caso in cui, successivamente, in seguito ad una modifica del piano regolatore, venisse attribuita una ulteriore cubatura al terreno del cedente, questi ben potrebbe sfruttarla costruendo. A questa medesima conclusione non si potrebbe invece pervenire qualora si ritenesse che il cedente abbia svuotato il suo diritto di proprietà della facoltà di edificare attribuendola ad altro soggetto.” Il discorso qui esteso risulta, tuttavia, poco condivisibile, dal momento che, invece, ogni motivazione riportata a supporto dell'argomentazione sembra, al contrario, una conferma della tesi avversata. Proprio in quanto facoltà di cui è svuotabile il diritto di proprietà, il cedente dismette davvero il suo potere di costruire a favore del cessionario e, ove, invece, successivamente, in virtù di mutamenti pianificatori, dovesse essergli assegnata un'ulteriore volumetria, intesa come misura del diritto, egli, reintegrando il suo diritto di proprietà, potrà certamente esercitarla. La tesi appare tanto meno convincente ove si consideri che è elaborata al fine di sposare l'inquadramento che reifica il diritto edificatorio peraltro accogliendo una discutibile sovrapposizione tra bene-volumetria “non dissociabile dalla posizione soggettiva di titolarità di un diritto” e diritto stesso, bene in senso economico-giuridico di cui all'oggetto di un negozio traslativo. In merito, non può che condividersi la censura di sterile “superfetazione” dei concetti avanzata da F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 234.

norma, corrispondenti alle situazioni giuridiche soggettive eventualmente sussistenti in relazione al bene stesso.²⁶⁴

Resta da spiegare la possibilità che un diritto qualificato in termini di realtà possa essere acquistato da un soggetto nella cui sfera giuridica manchi un bene idoneo alla sua realizzazione.

Bisogna, invero, ammettere che tale profilo è il vero motivo di perplessità che ci allontana dalla piena condivisione di siffatto indirizzo, malgrado, in ogni caso, la natura di diritto reale convinca più delle altre ricostruzioni.

La risposta che la dottrina²⁶⁵ ha tentato di fornire risulta, infatti, piuttosto dubbia e, in alcuni passaggi, anche artificiosa. Si è detto che la stessa difficoltà affligge anche la tesi della reificazione della volumetria, dal momento che la situazione giuridica di appartenenza dovrà comunque confrontarsi con il contesto normativo tipico del diritto dominicale e col riferimento al relativo elemento oggettivo.

Precisamente, il proprietario della volumetria difficilmente potrà diventare proprietario di un edificio, se non in quanto disponga di un suolo su cui costruire.

Ne deriva l'ulteriore sviluppo della reificazione in termini di bene immateriale, il quale trae giustificazione dalla razionalizzazione e riconduzione al sistema di una categoria di diritti che, come già evidenziato, pur trovando riconoscimento e tecniche di protezione coerenti con il modello del diritto assoluto, non godono di un'entità materiale quale termine di riferimento oggettivo dell'interesse tutelato.²⁶⁶

²⁶⁴ Deve rigettarsi l'opinione espressa da G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 353, secondo il quale, trattandosi qui di bene mobile, la disposizione non potrebbe considerarsi superflua (vd. *supra* pag. 118).

²⁶⁵ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 51.

²⁶⁶ Osserva, in senso critico, G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 325, che, in realtà, la volumetria è bene in sé proprio perché è giuridicamente e di fatto del tutto indipendente dalla realizzazione di un fabbricato futuro. Tale assunto sarebbe più coerente con le ipotesi in cui il

L'individuazione di beni immateriali giuridicamente autonomi consentirebbe di condurre l'indagine senza il timore del difetto di inerenza, dal momento che essi stessi rappresenterebbero il substrato oggettivo della situazione giuridica di appartenenza.

A questo punto, si nota come l'interesse ad edificare, tradizionalmente ricompreso tra le facoltà interne alla proprietà del suolo e oggi tipizzato, non possa trovare realizzazione finale senza una relazione qualificata con un suolo, malgrado il diritto edificatorio possa essere trasferito in volo realizzando il valore economico senza instaurare alcuna forma di inerenza materiale.²⁶⁷

In relazione a tale ultimo rilievo, l'indirizzo qui in esame²⁶⁸ osserva come, sul piano della distinzione tra le diverse specie di situazioni giuridiche soggettive, l'argomento della realizzabilità immediata del valore di scambio risulta inconcludente in considerazione del fatto che identico risultato consegue alla

titolare non voglia più realizzare, per le ragioni più disparate, l'edificio ovvero in cui, per effetto di modifiche normative successive all'origine dei diritti edificatori o al loro trasferimento, la capacità edificatoria venga ridotta o addirittura azzerata.

Egli sottolinea, altresì, come il bene cubatura non subisca alcuna mutazione genetica o fisiologica se è incorporato ad un'area o ad un fabbricato o se è in volo, individuando in ciò il *vulnus* della tesi del diritto reale, trovandosi questa inevitabilmente costretta a rintracciare un bene che formi oggetto del diritto stesso.

Come si dirà, tuttavia, proprio una tale considerazione evidenzia i limiti della reificazione, affannata a svincolare la cubatura dalle strette maglie dell'inerenza e disposta, in nome di ciò, a creare una sovrapposizione tra il bene-cubatura e il bene-fondo, quando, invece, appare evidente come sia solo questo a costituire oggetto, materiale, dell'intera vicenda.

²⁶⁷ Sul punto, è da ultimo intervenuto A. PISCHETOLA, *Negoziazione dei diritti edificatori e relativa rilevanza fiscale, anche alla luce dell'articolo 2643 n. 2-bis) c.c.*, studio n. 540-2014/T CNN, in *www.notariato.it*, il quale, seppure con riferimento alle ripercussioni tributarie dell'operazione circolatoria, osserva che il difetto dei due elementi qualificativi e costitutivi del diritto reale, ossia l'immediatezza e l'inerenza, non consentirebbe di assimilare i diritti edificatori ai diritti reali. L'Autore trae a supporto due recenti pronunce del giudice amministrativo, nelle quali la cessione di cubatura viene qualificata come "contratto atipico ad effetti obbligatori, avente natura di atto preparatorio finalizzato al trasferimento di volumetria, che si realizza soltanto con il provvedimento amministrativo" (T.A.R. Lombardia, Milano, 26.7.2012, n. 2097) o ancora come "accordo (...) che ha efficacia solo obbligatoria tra i suoi sottoscrittori, mentre il trasferimento di cubatura fra le parti e nei confronti dei terzi è determinato esclusivamente dal provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato..." (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 9.1.2014, n. 106).

²⁶⁸ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 51.

disposizione di un diritto di credito, di un diritto su bene immateriale, di un diritto reale immobiliare, il che conferma come solo le modalità di realizzazione dell'interesse, piuttosto che quelle di trasferimento, possano assumere valenza dirimente.

Un diritto, quindi, non potrebbe essere meno reale per il fatto che se ne consenta il mutamento di titolarità pur in mancanza del rapporto attuale col bene. Ciò che conta è che in nessun caso quel diritto potrà essere esercitato in difetto di un rapporto qualificato con un suolo edificabile o, più esattamente, finché manchi la titolarità di una situazione giuridica soggettiva idonea ad assicurare quel rapporto qualificato.²⁶⁹

Prima che tale presupposto si realizzi, si sostiene, per la verità non senza qualche accenno di incoerenza concettuale, il diritto edificatorio, pur staccatosi

²⁶⁹ Sul punto, si sono registrate le maggiori critiche e obiezioni. In primo luogo, G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 326, fa notare come l'inerenza sia intrinsecamente legata al diritto reale, assumendone il ruolo di elemento costitutivo, tanto che solo quando essa si manifesta il diritto reale può dirsi configurabile e non già solo esercitabile come accade per la *chance* edificatoria. In altri termini, un diritto reale senza il bene al quale inerisca sarebbe una contraddizione in termini.

L'Autore, tuttavia, riconosce che l'incorporazione in un fondo della cubatura circolante costituisce il presupposto tecnico-giuridico solo per una maggiore capacità edificatoria del lotto, che prescinda logicamente e tecnicamente dalla sua fruizione attraverso l'intervento edilizio.

Nello stesso senso, S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit., 81 afferma il ruolo strutturale e caratterizzante dell'inerenza rispetto alla situazione soggettiva reale, da non confondere con un mero elemento della sequenza circolatoria. Conforme anche F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 233, secondo cui, *mutatismutandis*, il cessionario del diritto edificatorio riveste la stessa posizione dell'acquirente di cosa futura, il quale, prima della venuta ad esistenza della cosa, sarebbe titolare solo di un diritto di credito strumentale nei confronti dell'alienante e quindi di un'aspettativa. Di conseguenza, l'acquisto del diritto reale è eventuale e, comunque, differito e irretroattivo. In quest'ultima caratteristica risiederebbe, a parere dell'Autore, la differenza tra l'aspettativa e la titolarità di un diritto non esercitabile.

Tale ultima considerazione, tuttavia, non riscuote qui ampio consenso, atteso che, più che la situazione dell'acquirente di un diritto futuro, qui sembra configurabile quella ascrivibile in capo all'acquirente di un diritto sottoposto a condizione, quindi di un'aspettativa tutelata, il cui trasferimento, viceversa, godrà della retroattività tipica del congegno condizionale.

dal fascio di facoltà proprietarie, sarà assimilabile al credito esistente ma inesigibile, ma non per questo vedrà mutare la propria natura giuridica.²⁷⁰

Suggestivo appare, a questo punto, il richiamo ad un fenomeno ben noto, ormai, alla contrattualistica immobiliare e, con essa, alla prassi notarile, ossia il differimento della efficacia negoziale. In proposito, un insegnamento fa ricorso alla categoria della pendenza condizionale che da luogo alla circolazione della cd. aspettativa qualificata di diritto, la quale non incide sulla perfezione del regolamento né, tanto meno, sulla natura delle situazioni giuridiche finali che ne costituiscono oggetto.²⁷¹

Tale richiamo non è pacificamente condiviso dall'impostazione in esame, la quale esclude che la circolazione dei diritti edificatori rientri nello schema del differimento di efficacia. Essa, dunque, produrrebbe l'acquisto immediato della situazione giuridica in capo al cessionario, ferma restando, tuttavia, la circostanza che l'interesse protetto non potrà realizzarsi in assenza di disponibilità di suoli edificabili.²⁷²

²⁷⁰ Cfr. G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 52, che, peraltro, qui non si condivide, nemmeno considerando l'assunto quale tentativo puramente paradigmatico. Si faticerebbe troppo, invero, ad ammettere concettualmente una situazione di diritto variabile a seconda del momento cronologico di riferimento. Se diritto reale deve essere, è bene che tale sia sempre, seppure ricorrendo alla ricostruzione del trasferimento in termini di congegno condizionale, e, quindi, di aspettativa di diritto.

²⁷¹ Sul punto è quasi d'obbligo confrontare A. FALZEA, voce *Condizione*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, il quale, in tema di effetti differiti, nega si tratti di condizione e ricostruisce correttamente la fattispecie come ipotesi di mancanza attuale dei termini di riferimento oggettivi e soggettivi dell'effetto negoziale.

²⁷² Cfr. G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 52, che considera il richiamo allo schema del trasferimento differito del tutto incongruo, in virtù della considerazione che qui l'atto traslativo sembra descritto dalla legge come immediatamente efficace. In altri termini, a parere dell'Autore, qui si registra la discontinuità più rilevante dai principi, laddove l'acquirente sembra poter vantare un diritto vero e proprio, piuttosto che un'aspettativa tutelata, seppur in difetto attuale del substrato materiale su cui potrà esercitarsi e, di conseguenza, della possibilità di realizzare l'interesse sotteso. Ciò nonostante, Egli è disposto ad ammettere che il diritto non esercitabile non è poi così dissimile dall'aspettativa di acquisto.

Pertanto, se si concorda con tale impostazione, dovrà concludersi per una qualificazione normativa riconducibile alla categoria del diritto assoluto, risultato dell'autonomizzazione di una facoltà originariamente ricompresa nel diritto dominicale.²⁷³

Né potrà accogliersi la tesi del diritto reale su cosa altrui, posto che, in tal caso, sarebbe ovviamente necessario che il bene, sul quale il diritto dovesse esercitarsi, fosse oggetto di una concorrente proprietà altrui, circostanza esclusa in radice.

L'accostamento al diritto di superficie può, invece, rivelarsi utile quanto meno per la ricostruzione del contenuto della situazione *de quo* e, conseguentemente, per descriverne la genesi, che, analogamente, avviene attraverso il distacco di una facoltà inerente il dominio e la sua elevazione a diritto a sé stante.

In definitiva, l'indirizzo qui in esame propone una ricostruzione del trasferimento dei diritti edificatori come contratto consensuale avente ad oggetto il trasferimento immediato di un diritto reale, il cui contenuto consiste nello sfruttamento edificatorio del suolo. Il fattore di discontinuità della nuova

²⁷³G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 330 fa notare come la ricordata scissione tra proprietà dell'area e diritto di costruzione sarebbe singolarissima ove si consideri che configurerebbe un nuovo tipo di diritto di godimento su cosa propria e non su cosa altrui, potendo essere esercitato solo dal proprietario dell'area.

Secondo F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 235, l'unica possibilità teorica di scindere i due diritti consisterebbe in un accordo tra titolare dei diritti edificatori e proprietario di un'area inedificabile sulla quale l'edificio costruito resterebbe di proprietà di quest'ultimo alla stregua di una proprietà superficiale. Circostanza questa inverosimile dal momento che un permesso di costruire relativo ad un'area inedificabile sarebbe certamente illegittimo. Ove, poi, il terreno fosse edificabile, il diritto di superficie potrebbe essere direttamente acquisito senza l'intermediazione dei diritti edificatori, con ciò, a parere di chi scrive, confondendo il contenuto dei due diritti.

In una vicenda che coinvolga il titolare di diritti edificatori e proprietario di un'area edificabile, viceversa, quest'ultimo ben potrà ottenere il permesso di costruire sul proprio fondo, salvo acquistare dal primo l'ulteriore volumetria da esercitare sempre sul proprio fondo, nel rispetto degli *standards* edilizi, senza che rilevi in alcun modo un eventuale diritto di superficie.

Altra ipotesi ancora consisterebbe nell'eventualità che il titolare del diritto di superficie eserciti il suo diritto edificatorio sull'area oggetto della superficie, a riprova del fatto che i due diritti non confliggano in alcun modo.

disciplina rispetto alle tradizionali figure circolatorie starebbe nella nuova fisionomia assunta dall'inerenza reale, la quale, in primo luogo, avrebbe un duplice riferimento oggettivo nella ordinaria vicenda costitutivo-realizzativa, e, in secondo, potrebbe avere un peculiare carattere virtuale, o differito rispetto all'acquisto, in relazione al bene su cui dovrà esercitarsi il diritto, il che non comprometterebbe il perfezionarsi della fattispecie traslativa, come testimoniato dalla previsione dell'immediata trascrivibilità di detto acquisto.

Ulteriore ostacolo a tale ricostruzione, che, tuttavia, è al contempo idoneo a minare la condivisione di gran parte delle tesi qui prospettate, è la considerazione che non potrebbe di certo mancare l'inerenza d'origine. In altri termini, non sarebbe concepibile che un diritto edificatorio possa essere attribuito indipendentemente dalla titolarità di un'area, o, per così dire, essere creato dal nulla, svincolato cioè da un legame con un fondo sorgente, come invece è in caso di origine in forza di tecniche compensative o premiali.²⁷⁴

Certamente, può condividersi il rilievo che, in tale ipotesi, sussisterebbe un'irrealizzabilità tecnica della trascrizione non riferita a un immobile, mentre, all'opposto, in caso di mancanza di fondo di destinazione, lo scopo pubblicitario

²⁷⁴ Così G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 56, il quale ritiene che, pertanto, tale ipotesi non rientrerebbe nella previsione della nuova norma sulla trascrivibilità. Sul punto, F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 239, considera la tesi del diritto reale un'idea fragile destinata all'insuccesso proprio con riferimento al fatto che non sarebbe possibile ipotizzare diritti edificatori di natura reale ove manchi un terreno, con la conseguenza dell'impossibilità di attrarre tali fattispecie nella disciplina del nuovo n. 2 bis dell'art. 2643 c.c. Secondo l'Autore, la pretesa irrealizzabilità tecnica di una trascrizione non riferita ad un immobile finirebbe per confondere realtà ed opponibilità e giungerebbe a sostenere implicitamente che la trascrizione sarebbe costitutiva dei diritti edificatori, con ciò, a parere dello scrivente, fraintendendo G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 56, il quale è, piuttosto, critico della detta realizzabilità per verosimili ragioni puramente pratiche.

Cfr., invece, G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 329, il quale suggerisce, favorendo, implicitamente, la tesi del diritto reale, che a ben vedere l'ipotesi di diritti edificatori creati originariamente in mancanza di un fondo sorgente sarebbe pienamente iscrivibile nella novella normativa, e, precisamente, tra i contratti che costituiscono detti diritti, per tali intendendosi soprattutto le convenzioni urbanistiche.

può dirsi raggiunto assicurando evidenza all'effetto che si produce a carico del fondo d'origine, ma tale limitatezza interpretativa compromette la fruttuosa ricostruzione unitaria che in apertura si auspicava.

In conclusione, come si è detto, anche a parere di chi scrive non si riesce a concepire la nuova figura dei diritti edificatori se non in termini di diritto assoluto.

Decisamente esclusa la presunta reificazione, a ben vedere soltanto un *escamotage* per aggirare l'ostacolo che l'elemento dell'inerenza pone all'accoglimento *tout court* della tesi dello *ius in re* e, per di più, insormontabilmente ostacolato dalle obiezioni sopra evidenziate, le ricostruzioni più convincenti, sotto il profilo della coerenza strettamente contenutistica, attengono alla *chance* edificatoria e al diritto reale tipico.

Riprendendo i rilievi sopra formulati, tuttavia, accogliere l'impostazione che individua detta *chance* significa sacrificare sull'altare del procedimento amministrativo vicende di respiro eminentemente civilistico.

Non è possibile, infatti, annientare *in toto* la rilevanza che una situazione del genere e le sue dinamiche circolatorie rivestono, condannandole a meri momenti assorbiti in una fattispecie a formazione progressiva che esiti nel rilascio del titolo abilitativo.

Precedentemente a questo, sussiste *ictu oculi* una posizione portatrice di interessi certamente meritevoli di tutela e, in quanto tale, degna di regolamentazione da parte dell'ordinamento civilistico, anche in considerazione del fatto, più volte sottolineato, che il presunto esito potrebbe anche non intervenire lasciando spazio all'eventuale interesse dei privati a realizzare esclusivamente il valore di scambio di detti diritti.

Con ciò si intende accogliere la distinzione concettuale, quanto mai pregnante ai fini che qui interessano, tra il momento della circolazione e quello della

realizzazione degli interessi, entrambi dotati di autonoma rilevanza, da cui deriva l'impossibilità di trascurare le vicende precedenti al rilascio del permesso di costruire.

Senza contare che la figura della *chance* risulta pregiudicata da rilevanti incongruenze in chiave contenutistica, definita talvolta come espressione di un interesse legittimo pretensivo²⁷⁵, talaltra come possibilità per il privato di esercitare poteri ed interessi volti a conformare la funzione amministrativa²⁷⁶, talaltra ancora come seria e concreta possibilità di conseguire un vantaggio o una utilità economica²⁷⁷, come legittimazione a chiedere il permesso di costruire²⁷⁸ ovvero, infine, come corrispondente civilistico dell'interesse legittimo.

Anche il profilo circolatorio risulta di difficile comprensione, atteso che, per giustificare il trasferimento, la dottrina adotta un farraginoso ragionamento giuridico che, equiparata la *chance* al diritto di credito sperato o eventuale o all'aspettativa, ritenuti suscettibili di essere oggetto di contratti ad effetti reali in virtù del richiamo dell'art. 1376 c.c. ad un non meglio definito "altro diritto", ecco che la *chance* si tinge di rilievo civilistico e circola alla stregua di una situazione di credito, in evidente contraddizione con la lettura panpubblicistica di cui è figlia.

Tale assunto è, ovviamente, inaccettabile, intriso di un'affannosa incoerenza nell'aprioristico tentativo di escludere la sussistenza di un diritto reale, ciò che, invece, qui si vuole affermare, seppure con qualche precisazione.

Alla luce di quanto detto, non sembra revocabile in dubbio che l'istituto in discussione configuri una vera e propria situazione di diritto, intesa, sulla base

²⁷⁵B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 109.

²⁷⁶A. BARTOLINI, *La nuova chance di Palazzo Spada*, in *Urb. App.*, Milano, 2007, 80.

²⁷⁷B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 110.

²⁷⁸B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 126.

delle più famose e tradizionali espressioni della dottrina, quale potere di realizzare un proprio interesse, e che si tratti di un diritto reale.

Opinando diversamente, ci si assumerebbe l'arduo compito di rintracciare, tra i soggetti coinvolti nelle operazioni attinenti ai diritti edificatori, la figura del debitore tenuto a realizzare l'interesse creditorio.

Tale non potrebbe essere né l'Amministrazione, in capo alla quale, come più volte ribadito, certamente non pende l'obbligo di rilasciare il provvedimento richiesto, né il cedente, posto che questo può mancare ovvero coincidere con l'Amministrazione stessa, che, così, si troverebbe a rivestire al contempo i panni del creditore cedente e del debitore ceduto. In secondo luogo, sarebbe a dir poco incerta la prestazione all'oggetto del rapporto idonea a soddisfare la pretesa creditoria.

Viceversa, qui si ritiene che un diritto edificatorio non sia nemmeno concepibile se non in rapporto, quanto meno nel momento realizzativo, ad un fondo su cui sfruttare la volumetria, il che suggerisce univocamente il carattere reale del diritto, malgrado non possa negarsi che quest'ultimo, in maniera piuttosto singolare, muti il riferimento oggettivo nel corso delle dinamiche circolatorie e che, nel trasferimento "in volo", l'inerenza sembri addirittura mancare.

La dottrina che sponsorizza la natura reale dei diritti qui in discorso²⁷⁹ è ricorso al fenomeno dell'"inerenza virtuale", distinguendo la fase circolatoria, in cui il termine oggettivo di riferimento non sarebbe necessario, dalla fase realizzativa, della quale, al contrario, sarebbe requisito imprescindibile, soluzione qui non particolarmente gradita, in ragione della difficoltà avvertita nel concepire una situazione capace di mutamenti strutturali così rilevanti conseguenti a meccanismi ad esso esterni.

²⁷⁹G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 51.

Tanto più che, addirittura, la medesima dottrina ne ipotizza l'assimilazione, nella detta fase circolatoria, alla figura del credito esistente ma non esigibile.²⁸⁰

Il rilievo non convince. Ricostruire l'istituto in termini univoci, tali da inquadrare una natura giuridica insensibile a qualsivoglia evenienza e a qualsiasi tipo di trasferimento, corrisponde ad un interesse vitale in quest'operazione ermeneutica.

Risulta, pertanto, particolarmente proficuo richiamare la figura dell'aspettativa, che ogni acquirente consegue ove il titolo di acquisto risenta di una struttura condizionale.

Come si è rilevato, le fattispecie note come "vendite obbligatorie", aventi ad oggetto diritti altrui o futuri, tendono ad assorbire la figura dell'aspettativa, sfumandone caratteri e peculiarità.

Esse, in realtà, non coincidono in alcun modo, dal momento che, se nei casi di vendita obbligatoria l'acquisto avviene irretroattivamente nel momento in cui l'alienante si procura la titolarità del diritto originariamente altrui e quando il diritto futuro viene ad esistenza, in caso di condizione, viceversa, l'acquisto del diritto negoziato è certamente differito e avrà luogo piuttosto in forma retroattiva ma il contratto sarà immediatamente idoneo a procurare all'acquirente una situazione autonomamente tutelata, conosciuta come aspettativa, da molti ritenuta verosimilmente un diritto non esercitabile.²⁸¹

²⁸⁰G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 52.

²⁸¹ Il riconoscimento dell'aspettativa condizionale come situazione giuridicamente protetta discende dall'esame delle disposizioni che apprestano tutela all'interesse dell'acquirente sotto condizione, non solo attraverso l'imposizione alla controparte della aspettativa negativa, ossia la soggezione della stessa al prodursi automatico dell'effetto (irrevocabilità del contratto, dovere di comportarsi secondo buona fede), ma anche predisponendo, a protezione di tale posizione, una tutela più intensa che si concreta nella concessione all'acquirente condizionale di una serie di poteri e prerogative diretti a salvaguardare il suo interesse al conseguimento dell'effetto ultimo (poteri conservativi, regola della finzione di avveramento). Le posizioni di vantaggio in cui questa tutela si risolve troverebbero, infatti, la propria ragion d'essere nel fatto che già esiste una posizione minima di attesa del futuro acquisto del diritto in sé tutelata (D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 268 ss.; A. FALZEA, *La*

Si consenta a questo punto qualche considerazione conclusiva. Dunque, come la stessa dottrina filo-pubblicistica è disposta ad ammettere²⁸², sia la tradizionale fattispecie della cessione di cubatura tra fondi contigui o omogenei sia le “nuove” figure dei diritti edificatori di origine perequativa, compensativa e premiale sembrerebbero indicare che non possa tecnicamente parlarsi di un diritto sino al rilascio del titolo abilitativo edilizio da parte dell’Amministrazione.

In secondo luogo, deve riconoscersi come la richiamata aspettativa non sia idonea a mutare la natura della situazione giuridica finale cui è rivolta, rilievo particolarmente proficuo nell’ottica di apprestare una soluzione ermeneutica stabile e valida per ogni fase o circostanza in cui si considerino i diritti edificatori.

Pertanto, ferma restando la natura di diritti reali di essi, il relativo trasferimento potrebbe rivestire i panni del contratto ad effetti reali differiti, idoneo, quindi, in virtù di una condizione sospensiva individuabile nel rilascio del permesso di costruire, a procurare al cessionario l’acquisto della sola aspettativa tutelata e, in ogni caso, soggetto a trascrizione.²⁸³ Una volta verificatasi tale condizione, gli

condizione e gli elementi del fatto giuridico, Milano, 1941, 203 ss). La necessità di distinguere tra aspettativa e diritto eventuale risiederebbe, allora, nel diverso assetto di interessi che queste due posizioni intendono tutelare. In altri termini, l’anticipazione di tutela dell’aspettativa di diritto corrisponderebbe a un interesse attuale, qualitativamente diverso da quello finale, anche se strumentale rispetto alla tutela dell’interesse sotteso al diritto finale e considerato dalla legge meritevole di protezione giuridica. In tal senso, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 75, il quale parla di “posizione di attesa del soggetto cui l’ordinamento attribuisce rilevanza giuridica, favorendone la conservazione e l’attitudine a trasformarsi nel diritto soggettivo”.

Sull’attualità dell’aspettativa, vd. anche E. GRASSO, *Cessione di credito futuro e fallimento del cedente*, in *Dir. Fall.*, II, 1958, 338 ss., per il quale l’attualità è dimostrata dalla tutela di cui essa gode di per sé e dunque dagli effetti determinati dal realizzarsi di quella tutela, che potranno essere cancellati qualunque sia la sorte del diritto futuro, anche se questo verrà in essere.

²⁸² B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 105.

²⁸³ Come, peraltro, la Suprema Corte aveva già avuto modo di chiarire in relazione alla cessione di cubatura, seppure nell’intento di assicurarne la certezza pubblicitaria. Cfr. Cass.

effetti traslativi si consolideranno a favore dell'ultimo cessionario, il quale disporrà di un vero e proprio diritto reale con tanto di suolo di inerenza, a nulla rilevando ormai la posizione detenuta dall'autorità amministrativa.

Del resto, non può sostenersi la tesi che obietta alla configurabilità del diritto reale la necessaria consumazione della presunta situazione reale con l'ottenimento del titolo abilitativo, dal momento che inconcepibile sarebbe la consumazione di un diritto reale, che, al contrario, è certamente idoneo a restare quiescente fino a nuova legittimazione all'esercizio. In altri termini, ove il titolare eserciti il suo diritto edificatorio elevando una costruzione sul proprio fondo, egli di certo non perderà la legittimazione ad un nuovo intervento edilizio nell'ipotesi che il precedente manufatto venga meno.

Né può condividersi la posizione di chi sostiene che, a tutto concedere, il diritto reale sia originato dalla autorizzazione edilizia, sussistendo esso già precedentemente tra le facoltà dominicali, come confermato, altresì, dalla giurisprudenza costituzionale.²⁸⁴

civ., 14.12.1988, n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, 372, secondo la quale “Quando, senza cedere anche il suolo (cui inerisce, secondo la normativa urbanistica, una determinata volumetria costruttiva) il proprietario rinuncia a sfruttare per sé tale volumetria, al fine di mettere in grado il proprietario del fondo finitimo di chiedere licenza edilizia per una costruzione sul fondo di volume maggiore di quella ad esso spettante, (...) non vi è dubbio che la *utilitas* in questione, dopo il rilascio della licenza edilizia e la realizzazione dell'opera, risulterà trasferita dall'uno all'altro proprietario e il diritto dell'uno ampliato di quanto l'altro sarà stato ridotto. Ciò basta per evidenziare la realtà di quanto trasferito ed anche il carattere negoziale dell'atto che le parti hanno posto in essere al fine di permettere il diritto effetto”; conforme Cass. civ., n. 10979/2007, cit., la quale si esprime in termini di facoltà afferente al diritto di proprietà. Sul punto cfr. pure A. ALAMANNI, *Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori: bene o nuovo diritto?*, in *Contr. e impresa*, III, Padova, 2014, 660, la quale afferma che l'eventuale autorizzazione può atteggiarsi più come un evento dedotto in condizione che nei termini di una incidenza sulla consistenza della situazione soggettiva.

²⁸⁴ La considerazione trova conforto nella giurisprudenza costituzionale. Vd. infatti Corte cost. 25.1.1980, n. 5, cit., 273, ad avviso della quale “la concessione a edificare non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti, sicché sotto questo profilo non adempie a funzione sostanzialmente diversa da quella dell'antica licenza, avendo lo scopo di accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto, nei limiti in cui il sistema normativo ne riconosce e tutela la sussistenza”. Lo stesso G. MARENA, *L'urbanistica*

Piace concludere questa dissertazione richiamando l'attenzione, infine, sulla continuità che una simile ricostruzione instaura con l'impostazione della cubatura in chiave di diritto di servitù a vantaggio futuro e, in particolare, con la scansione della vicenda in due momenti distinti peculiare ad essa, superandone, tuttavia, al contempo, le censure attinenti al singolare esercizio di uno *ius in re aliena* su un proprio fondo.

4.3. Il rapporto di continuità tra la vecchia cessione di cubatura e i nuovi diritti edificatori.

Con l'introduzione della novella in materia pubblicitaria qui in discorso, ad opera dell'art. 5, comma 3, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito e modificato in L. 12 luglio 2011, n. 106, il legislatore ha inteso disciplinare una fattispecie per larghi aspetti inedita. Alla luce delle considerazioni svolte nelle pagine precedenti circa la natura giuridica tanto della cubatura, di cui all'invalsa prassi circolatoria precedente all'introduzione del n. 2 *bis* all'art. 2643 c.c., quanto dei diritti edificatori ivi contemplati, ci si chiede se possa individuarsi o meno un rapporto di continuità tra le due figure.

Attenta dottrina ha notato come il fenomeno giuridico di recente introduzione configuri una situazione diversa da quella tradizionalmente oggetto della cessione di cubatura. Quest'ultima, indipendentemente dalla ricostruzione che si sostenga in ordine alla relativa natura giuridica, richiede la necessaria individuazione del fondo cedente e del fondo acquirente, a differenza dei diritti edificatori, la cui circolazione, come più volte ricordato, potrebbe avvenire

consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori, cit., 907, ammette il ruolo di mera autorizzazione ricognitiva del permesso di costruire rispetto alla fase pianificatoria.

anche “in volo”, laddove l’acquirente non abbia, in sede di negoziazione, un fondo su cui riversare la maggiore capacità edificatoria, potendo dunque mantenere tale potenzialità sino ad un successivo acquisto di un fondo o, eventualmente, cederla, a sua volta, a terzi.²⁸⁵

Il trasferimento della cubatura è subordinato alle condizioni che siano soddisfatti i presupposti dell’omogeneità di destinazione d’uso e della continuità territoriale, intesa quale significativa vicinanza dei suoli, in difetto dei quali l’asservimento deve ritenersi invalido e inefficace.²⁸⁶

In più, nell’insieme dei diritti edificatori “comunque denominati” trovano sicura collocazione anche i crediti di volumetria sovente assegnati dalle Amministrazioni anche a soggetti che non dispongono di alcun suolo su cui esercitarli, in quanto se ne siano contestualmente spogliati o, comunque, ne siano sprovvisti. In questo caso, dunque, ove sia intavolata un’operazione traslativa, potrebbe addirittura verificarsi la singolarissima circostanza che entrambi i soggetti coinvolti non dispongano di fondi edificabili.

In altri termini, la novella normativa ha inteso richiamare in un unico riferimento terminologico una variegata serie di situazioni, accomunate contenutisticamente dal potere di realizzare un intervento edilizio, tra le quali vengono in rilievo le posizioni assunte dai soggetti privati destinatari di assegnazioni di diritti edificatori nelle richiamate sedi della perequazione, della compensazione o ancora dell’incentivazione.

Occorre, tuttavia, evidenziare come la distinzione tra tecniche perequative, compensative e meccanismi incentivanti non possa produrre particolari effetti distintivi sotto il profilo della natura giuridica della fattispecie: il diritto edificatorio, infatti, quale ne sia la fonte e quale ne sia la metodica dalla quale

²⁸⁵ L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, in *www.e-glossa.it*.

²⁸⁶ A. SAVATTERI, *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione*, in *Urb. app.*, IV, Milano, 2013, 377.

promana, esprime, in ogni caso, la misura della trasformazione urbanistica realizzabile dal suo titolare.²⁸⁷ La concreta applicazione delle suddette metodiche, dunque, richiede, senz'atro, la soggezione alle regole del diritto privato, alla luce delle quali devono essere costruite ed interpretate le fattispecie in gioco.²⁸⁸

A parere di chi scrive, è opportuno basare la valutazione in ordine all'eventuale legame tra la tradizionale cubatura e i nuovi diritti edificatori sulle considerazioni che qui di seguito si presentano.

In primo luogo, è ben chiaro che il principio che più degli altri conduce la presente indagine è quello secondo cui l'inquadramento ermeneutico più coerente non può che coinvolgere ogni figura che possa attrarsi nello schema dei diritti edificatori e, beninteso, in ogni fase delle relative dinamiche.

Deve, poi, considerarsi che qui, in ragione di una più che apprezzabile affinità di contenuto, si intende accogliere, tanto per la cubatura quanto per i diritti edificatori, la tesi che ne fa situazioni di diritto, aventi, con sufficiente grado di convinzione, carattere di realtà.

Infine, occorre ricostruire la fattispecie di recente introduzione alla luce dell'inciso dell'art. 5, comma 3, L. n. 106/2011 e, pertanto, in relazione all'espresso scopo di "garantire certezza nella circolazione dei diritti". Una tale esigenza non può che essere soddisfatta rintracciando soluzioni tecnico-giuridiche che realizzino l'obiettivo indipendentemente dall'ambito generativo della cubatura, sia esso legato ad accordi di micropianificazione urbanistica ovvero ad una delle più recenti tecniche urbanistiche sopra richiamate.

In altri termini, regole sicure di circolazione sono opportune non solo in relazione ad una ipotesi di tipo tradizionale, quale la cessione di cubatura, ma

²⁸⁷ A. MUSIO – G. SABBATO – G. SALITO, *Il piano casa*, cit., 53; S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, cit., 2011, 386.

²⁸⁸ In questo senso, G. SABBATO, *La perequazione urbanistica*, cit., 16.

anche in ipotesi in cui vi sia il ricorso a meccanismi perequativi, compensativi o incentivanti.

A questo punto, al fine di fornire adeguata risposta all'interrogativo proposto in apertura, si conclude affermando la sussistenza di un certo rapporto di continuità tra la figura della cubatura ed il nuovo istituto dei diritti edificatori, atteso che, se nel più può sempre essere incluso il meno, tra le situazioni che costituiscono l'insieme dei diritti edificatori "comunque denominati" non può che essere contemplata anche la più antica fattispecie di origine prassistica.

4.4. I vincoli pubblici e i diritti edificatori.

L'art. 6, co. 5 *quaterdecies*, del d. l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito in legge 26 aprile 2012, n. 44 ha introdotto nel codice civile l'art. 2645 *quater* disciplinandovi la trascrizione degli atti costitutivi di vincoli di natura pubblica.²⁸⁹

Detto articolo si pone come norma di chiusura, al fine di consentire la trascrizione in tutte quelle ipotesi in cui la stessa non sia già prevista dalla legge che prescrive la costituzione del vincolo e contrastare la consolidata prassi amministrativa che negava la trascrivibilità degli atti costitutivi laddove la formalità non fosse già prevista da specifica disposizione di legge.

La norma in commento riguarda i contratti, gli atti unilaterali e le convenzioni, in specie quelle urbanistiche. Essa sottolinea come debba trattarsi di atti di diritto privato, limitando la portata della norma, qualora dell'atto sia parte un

²⁸⁹ Sul punto cfr. F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 224, il quale critica fortemente tale norma sulla base della mancanza in essa di alcuna indicazione circa la tipologia di tali vincoli, la disciplina degli atti in essa richiamati e l'efficacia per la quale la trascrizione è disposta.

ente pubblico, al caso in cui quest'ultimo agisca sulla base delle norme di diritto privato su un piano di parità con i soggetti privati.

Restano, invece, esclusi dall'ambito di applicazione i provvedimenti emanati dalla pubblica amministrazione in forza dei poteri di carattere pubblicistico che le spettano.²⁹⁰

Con riferimento al vincolo di cui all'oggetto dell'atto, la norma non contiene alcuna definizione e, pertanto, dovranno considerarsi tali tutti i limiti al diritto di proprietà, destinati ad incidere sia sulla facoltà di godimento che sul potere di disposizione, ferma restando la necessità che questi siano richiesti da normative statali e regionali, da strumenti urbanistici comunali nonché dai conseguenti strumenti di pianificazione territoriale e dalle convenzioni urbanistiche ad essi relative.

Ne risultano, quindi, compresi tutti i vincoli previsti dagli strumenti urbanistici comunali o dai piani urbanistici attuativi per il rilascio di permessi di costruire.²⁹¹

Come si accennava, la disposizione in esame non chiarisce l'efficacia della trascrizione dalla stessa prevista. Deve, tuttavia, escludersi che la trascrizione *de quo* abbia efficacia costitutiva, dal momento che il vincolo nasce nel momento

²⁹⁰ Secondo F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 225, sono evidentemente esclusi i piani regolatori comunali, generali e particolareggiati, i quali sono dotati di valore di legge, con efficacia *erga omnes*, in conformità del loro carattere di generalità e conoscibilità, sicché essi si sottraggono, quando impongono vincoli o restrizioni ai diritti di proprietà dei privati, ai principi della trascrizione a fini di notizia, piuttosto che di opponibilità ad eventuali acquirenti di diritti sullo stesso immobile, non essendo i conflitti in nessun modo ipotizzabili nemmeno in linea teorica.

²⁹¹ Può trattarsi di vincoli di destinazione a parcheggio di uso pubblico; vincoli di non utilizzazione di fabbricati industriali per attività particolarmente inquinanti; vincoli di utilizzazione a fini turistico-alberghieri; vincoli di destinazione a fini di coltivazione o allevamento di bestiame per costruzioni in zone agricole. Ovvero, ancora, di divieti di alienazione a chiunque o soltanto a persone estranee al nucleo familiare per un certo numero di anni dal rilascio della agibilità; divieti di alienazione a soggetti che non siano in possesso di determinati requisiti soggettivi. Questi ultimi avrebbero la funzione di evitare utilizzi a fini speculativi di nuove costruzioni realizzate in deroga a prescrizioni urbanistiche ovvero godendo di riduzioni da oneri di urbanizzazione.

stesso in cui viene riconosciuto in quanto coelemento necessario del procedimento e presupposto legale per ottenere il beneficio ovvero il rilascio di un provvedimento amministrativo.

Tale vincolo, in quanto destinato a perseguire un interesse pubblico, non può dipendere dall'effettuazione della formalità pubblicitaria ma deve necessariamente preesistere alla sua esecuzione.

Parte della dottrina²⁹² attribuisce alla trascrizione in discorso efficacia dichiarativa richiamandosi all'orientamento espresso dalla Corte costituzionale²⁹³, che ha ricondotto la trascrivibilità dei vincoli di destinazione a parcheggio nell'ambito dell'articolo 2645 c.c.²⁹⁴

Altri²⁹⁵, invece, preferiscono attribuire a tale trascrizione la natura di pubblicità-notizia, sulla base, in primo luogo, del tenore letterale della norma, manchevole di qualsiasi riferimento all'effetto di opponibilità; della collocazione della norma, posta sia dopo l'art. 2644 che dopo l'art. 2645 a conferma del ripudio degli effetti richiamati da queste ultime disposizioni; e, infine, della circostanza che l'opponibilità a terzi del vincolo *de quo*, come già anticipato, non può che discendere dalle leggi, dai regolamenti o dagli altri atti amministrativi che lo prevedono, quale presupposto per il perfezionamento del procedimento amministrativo, in ragione della tutela dell'interesse pubblico cui è preposto.

Si tratta di limitazioni legali al diritto di proprietà che, come tali, si impongono *erga omnes* a prescindere da qualsiasi adempimento rimesso alla volontà privata, come appunto la trascrizione.

²⁹² G. PETRELLI, *Rassegna novità normative primo semestre 2012*, 5, per il quale la tradizionale e risalente opinione che attribuiva alla trascrizione degli atti costitutivi di vincoli pubblicitari natura di pubblicità notizia è stata di recente superata dalla giurisprudenza costituzionale a favore della tesi della natura dichiarativa.

²⁹³ Corte cost., 4.12.2009, n. 318, in *Foro it.*, 2010, I, 11.

²⁹⁴ E quindi con funzione dichiarativa ex art. 2644 c.c. (n.d.a.).

²⁹⁵ F. GAZZONI in E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 228.

Scopo di tale trascrizione è, pertanto, quello di rendere edotti i terzi, coinvolti dalla circolazione immobiliare, dell'esistenza di tali vincoli in quanto incidenti sul contenuto della proprietà immobiliare e, come tali, inquadrabili appunto tra le limitazioni legali del diritto di proprietà. Potrebbe, di conseguenza, ipotizzarsi che l'omessa notizia rilevarebbe ai fini risarcitori ovvero varrebbe come condizione per il rilascio di un provvedimento abilitativo, atteggiandosi a vero e proprio coelemento del procedimento amministrativo.

Venendo ai rapporti che tale disposizione intrattiene con la circolazione dei diritti edificatori, il ricorso alla trascrizione regolata dall'art. 2645 *quater* c.c. non può giovare in alcun modo a causa dell'esatta previsione normativa di cui all'art. 2643, n. *2bis*, c.c., che, senz'altro, costituisce una norma speciale in materia.

Evidente risulta, già sul piano ontologico, la differenza fra le figure disciplinate nelle due disposizioni. Nel caso dell'art. 2645 *quater* c.c., infatti, si è di fronte ad un vincolo di natura obbligatoria che non attribuisce al soggetto beneficiario alcuna situazione attiva riconducibile ad elementi di realtà e, pertanto, non idonea alla circolazione in forma separata dal bene connotato dal vincolo stesso, il quale solo potrà circolare trascinando con se l'incombenza.

All'opposto, nel caso dell'art. 2643, n. *2bis*, c.c., protagonista è proprio una situazione soggettiva suscettibile di circolazione più o meno libera, a seconda di quanto previsto dagli strumenti urbanistici, svincolandosi da qualsivoglia fondo di riferimento. Tale situazione, lungi dall'essere considerata un vincolo, riacquista, poi, inerenza reale ad un terreno solo al momento dell'atterraggio e, dunque, al momento dell'esercizio.

Pertanto, non vi sarebbe spazio per il ricorso specifico al novello art. 2645 *quater* c.c., salvo il caso in cui al fenomeno costitutivo, modificativo ed estintivo della situazione in discorso si accompagni la nascita, la modificazione

o anche l'estinzione di vincoli di natura pubblica.

In tal caso, all'esecuzione della formalità avente ad oggetto l'atto di trasferimento dei diritti edificatori, dovrà far seguito anche l'esecuzione della formalità dalla quale emerga la costituzione, modificazione o estinzione del vincolo pubblicistico, il quale troverà autonoma emersione pubblicitaria in virtù della nuova disposizione.

Il notaio, pertanto, dovrà prestare particolare attenzione nell'esecuzione delle formalità pubblicitarie che si accompagnino ad una tale ipotesi ed eseguire un duplice adempimento, di cui il primo avrà ad oggetto la vicenda circolatoria dei diritti mentre il secondo concernerà l'imposizione dei ricordati vincoli. Non sarà, insomma, sufficiente la mera compilazione del quadro D della nota riguardante l'atto circolatorio della volumetria, ma sarà necessaria la predisposizione di una nuova ed autonoma nota di trascrizione.

Diverso è, infine, il caso in cui il vincolo limitativo della disponibilità non riguardi l'immobile in sé ma la volumetria dallo stesso generata, laddove detto vincolo graverà solo ed esclusivamente sui diritti edificatori come generati dal fondo e ne produrrà l'indisponibilità fino a modifica o caducazione del vincolo medesimo.

Di talché, qualora il fondo venga trasferito, occorrerà distinguere se detti diritti limitati, a seguito della circolazione, siano rimasti in capo al cedente o siano stati attribuiti all'avente causa sotto forma di aspettativa, escludendo eventualmente la convenzione urbanistica soltanto la circolazione in forma separata dall'area originante.

CAPITOLO V

La circolazione dei diritti edificatori.

Sommario: 5.1. Il nuovo n. *2 bis* dell'art. 2643 c.c.: la trascrizione e i problemi applicativi connessi. – 5.2. Le fattispecie negoziali idonee a coinvolgere i diritti edificatori. – 5.3. I profili fiscali della circolazione dei diritti edificatori. – 5.3.1. *L'imposizione diretta*. – 5.3.2. *L'imposizione indiretta*.

5.1. Il nuovo n. 2 bis dell'art. 2643 c.c.: la trascrizione e i problemi applicativi connessi nell'ottica della soluzione dei conflitti.

Il presupposto per l'obbligo di esecuzione della formalità della trascrizione, a norma dell'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c., come più volte sottolineato, è il perfezionamento di un contratto che trasferisca, costituisca o modifichi i diritti edificatori. Pertanto, ogni qualvolta il diritto edificatorio formi oggetto di una di tali ipotesi contrattuali, il notaio rogante o autenticante dovrà senz'altro procedere a tale adempimento.²⁹⁶

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione della norma, si è detto della perplessità ingenerata dall'introduzione nella formula del nuovo n. 2 *bis* dei contratti che “costituiscono o modificano” i diritti edificatori, dal momento che

²⁹⁶ È sorto il dubbio se possano essere trascritti oggi atti aventi ad oggetto diritti edificatori recanti una data anteriore all'entrata in vigore della novella. Sul punto cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 390, il quale non esclude una simile evenienza, ritenendola talora addirittura opportuna per consentire efficacemente che trovino attuazione i principi di opponibilità e continuità che animano i registri immobiliari.

Rileva A. SAVATTIERI, *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione*, cit., 380, che anche prima della novella siffatti atti andavano comunque trascritti.

gran parte della dottrina, ritenendo gli accordi tra privati incapaci di generare detti diritti, conferisce tale attitudine all'esclusiva potestà della P.A. afferente al governo del territorio.²⁹⁷

L'origine risiederebbe, dunque, nel piano urbanistico perequativo oppure in accordi fra amministrazione comunale e soggetti privati, riconducibili alla fattispecie degli accordi sostitutivi di provvedimento, mediante i quali vengono disciplinati gli impegni delle parti attinenti alla fase attuativa delle prescrizioni già poste a monte dall'Amministrazione in sede di pianificazione urbanistica.²⁹⁸

A ben vedere, potrebbe opinarsi, come già evidenziato, nel senso di individuare in tali convenzioni compensative o premiali proprio la fattispecie sussumibile nei detti contratti costitutivi considerati dalla novella, alla cui trascrizione il legislatore abbia voluto conferire, in chiave innovativa, l'effetto dell'opponibilità.²⁹⁹

Vero è che parte della dottrina si attesta in maniera piuttosto concorde nel ritenere lo strumento urbanistico perequativo e le citate convenzioni fra privati e autorità amministrativa non soggetti a trascrizione³⁰⁰, la quale, peraltro, potrebbe rilevare solo sul piano della pubblicità notizia, atteggiandosi semplicemente a strumento agevolativo ai fini della conoscenza della fattispecie da parte dei terzi. Ciò nondimeno, altri Autori, proprio al fine di generare la catena delle trascrizioni a favore dell'ultimo avente causa, hanno sostenuto la

²⁹⁷ Così B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 150, secondo la quale è sempre all'interno del piano urbanistico attuativo o di altri strumenti urbanistici che l'Amministrazione comunale attribuisce e ripartisce i diritti edificatori fra i proprietari dei suoli e ne fissa le regole di circolazione nell'ambito delle misure perequative ovvero attribuisce crediti edilizi a soggetti privati con funzione compensativa o premiale per effetto di convenzioni fra la P.A. e i medesimi soggetti.

²⁹⁸ P. URBANI, *Urbanistica solidale*, cit., 202 ss.

²⁹⁹ Sul punto vd. G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 329; G. PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a diritti edificatori*, cit., 8, sostiene che la costituzione del diritto edificatorio si identificerebbe, in realtà, con la prima cessione di cubatura, ipotizzando un contratto derivativo-costitutivo alla stregua delle servitù prediali, e che il trasferimento concernerebbe la successiva circolazione.

³⁰⁰ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 55.

trascrivibilità anche di tali provvedimenti, alla stregua del disposto dell'art. 2645 c.c., il quale avrebbe, pertanto, la funzione di rendere irrilevante il tipo di atto ai fini della trascrizione, purché produca gli effetti di cui all'art. 2643 c.c.³⁰¹ Seguendo la prima impostazione, soltanto le vicende che attengono alla circolazione dei diritti edificatori sarebbero suscettibili di emersione pubblicitaria nell'ottica della soluzione di eventuali conflitti circolatori ai sensi dell'art. 2644 c.c., mentre, sul piano genetico, un conflitto circolatorio non sarebbe verosimile, dal momento che lo stesso diritto edificatorio o credito edilizio, riferito o meno ad un terreno, non potrebbe essere assegnato due volte dall'Amministrazione a soggetti diversi.

Il risultato della novella del 2011 sarebbe, dunque, ben strano, atteso che nella medesima disposizione coesisterebbero due tipi distinti di trascrizione, di cui una dotata dell'effetto di opponibilità e un'altra intesa quale pubblicità notizia, ma, malgrado la difficoltà ricostruttiva, tale riferimento alle fattispecie costitutive, inserito peraltro in occasione della conversione del decreto legge in discontinuità con il testo della norma originaria, deve necessariamente essere interpretato come diretto a tutte le ipotesi convenzionali dalle quali origini la cubatura in sede di compensazione o di incentivazione.³⁰²

Nonostante il valore scarsamente proficuo di pubblicità notizia, la trascrizione dell'atto dal quale promana la costituzione dei diritti edificatori serve a rendere la consultazione dei registri immobiliari più esauriente ed affidabile, costituendo un punto di partenza che abbrevi indagini del tutto inutili e, di conseguenza, la vera chiave di volta nell'inaugurazione di un efficiente mercato dei diritti edificatori.

³⁰¹Vd. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 230, il quale propone la trascrizione del provvedimento amministrativo iniziale di assegnazione dei diritti edificatori a favore di colui che, poi, li cederà.

³⁰²G. MARENA, *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, cit., 915.

L'assenza di pubblicizzazione, tuttavia, secondo parte della dottrina, non impedirebbe comunque alla fase genetica di rendersi manifesta già a monte della catena circolatoria, giacché, in sede di trascrizione del primo trasferimento, il provvedimento amministrativo o la convenzione risulteranno dalla copia del titolo allegata alla nota di trascrizione in ossequio al disposto dell'art. 2659 c.c.³⁰³

Neanche le determinazioni amministrative che modificano o addirittura estinguano il diritto edificatorio già attribuito sarebbero trascrivibili o, comunque, seppure trascritte, non potrebbero svolgere una funzione di opponibilità, determinandosi, in tal caso, un serio problema di segnalazione pubblicitaria non risolvibile né in base all'art. 2655 c.c.³⁰⁴ né con la cancellazione della trascrizione, in ragione della tipicità delle ipotesi previste dall'art. 2668 c.c.³⁰⁵

Risulta, allora, opportuno riferire tale fattispecie alle ipotesi convenzionali in cui vengano modulati diversamente i diritti edificatori precedentemente trasferiti, con specifico riguardo alla misura della volumetria traslata o al luogo di atterraggio o ancora in funzione di eventuali riserve a favore dell'originario disponente o di un terzo. Evidente, in questo caso, l'effetto dichiarativo della formalità pubblicitaria.

Come per le ipotesi costitutive, devono essere, poi, trascritte, da un lato, anche eventuali convenzioni meramente riproduttive dell'atto amministrativo che ha dato luogo alla modifica volumetrica con accettazione della stessa da parte del privato titolare e, dall'altro, ai sensi dell'art. 2645 c.c., gli stessi provvedimenti

³⁰³ Cfr. B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 153.

³⁰⁴ Per le medesime ragioni già eccepite nel caso della consumazione del diritto edificatorio in sede di rilascio del titolo abilitativo.

³⁰⁵ Così F. GAZZONI, *Cessione di cubatura*, cit., 116. Vd. pure G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 55, il quale nega con fermezza la trascrivibilità di tali vicende.

amministrativi dai quali origini tale modificazione sia pure con mera efficacia di pubblicità notizia.

Non può essere richiamato a supporto della difficoltà qui testimoniata, come già anticipato, il nuovo art. 2645 *quater* c.c., il quale assoggetta a trascrizione gli atti costitutivi di vincoli pubblicistici su beni immobili rispondendo, così, pur mantenendosi sul piano della pubblicità notizia³⁰⁶, all'esigenza di segnalazione di tutti quei vincoli o limiti, derivanti da atti o provvedimenti, che, in concreto possano comprimere il contenuto del diritto di proprietà immobiliare.

Sì è già evidenziato, infatti, come tale norma non possa assumere uno specifico rilievo ai fini della trascrizione degli atti di natura amministrativo-urbanistica costitutivi o modificativi dei diritti qui indagati, malgrado parte della dottrina abbia notato, precedentemente all'introduzione della disposizione, come una pubblicizzazione siffatta della vicenda a monte della catena circolatoria avrebbe certamente garantito un mercato dei diritti edificatori più proficuo ed efficace sotto il profilo della certezza.³⁰⁷

Venendo al piano dei conflitti, l'introduzione della novella esprime, nel sancire la pubblicizzazione delle vicende traslative dei diritti edificatori, la scelta di affidarne la soluzione al meccanismo di prevalenza posto dall'art. 2644 c.c. e al principio della priorità della trascrizione ivi teorizzato.

Procedendo alla disamina delle ipotesi verosimili di conflitti, consideriamo, in primo luogo, il rapporto fra cessionario della cubatura e acquirente del fondo asservito, al quale ultimo il vincolo di inedificabilità sarà opponibile qualora

³⁰⁶ Sul valore di pubblicità notizia la dottrina è pressoché unanime: cfr. B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 154; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 223.

³⁰⁷ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 55, *sub* nota 20. Per il discorso sulla differenza tra gli artt. 2643, n. 2 *bis* e 2645 c.c. vd. par. 4.4. del Cap. IV cui si rinvia.

abbia trascritto l'atto di acquisto dopo la trascrizione del trasferimento di volumetria.

La priorità della pubblicità regolerà anche il conflitto che si instaura nel caso di doppia cessione, laddove il cessionario primo trascrivente prevarrà sull'altro e sarà legittimato a chiedere il permesso di costruire maggiorato quantunque il suo titolo fosse di data successiva.³⁰⁸³⁰⁹

In questi termini, può individuarsi l'opponibilità del contratto traslativo anche nei confronti dell'amministrazione, opinando nel senso di conferire alla trascrizione dell'accordo valore costitutivo dell'equipollenza con l'atto di asservimento, quale titolo che legittimi la richiesta del titolo abilitativo da parte del cessionario.

Dovrebbe, quindi, ritenersi che il cessionario, curata tempestivamente la trascrizione, possa procedere autonomamente, estromettendo il cedente dal procedimento amministrativo, dal momento che il consenso di quest'ultimo può essere rintracciato nell'atto stesso di cessione. Il che varrebbe a stabilire che solo il cessionario primo trascrivente sarebbe legittimato a chiedere il permesso

³⁰⁸ Il profilo dell'eventuale insorgenza dei conflitti circolatori regolati dal meccanismo della priorità è un altro degli indici rivelatori della sussistenza di una situazione di diritto già perfetta in capo al cessionario che lo legittimerebbe poi a perpetrare il proprio interesse ad edificare. Altrimenti opinando, dovrebbe concludersi per l'irrelevanza di quanto conseguito in virtù dell'operazione nell'ottica dell'assorbente rilevanza del rilascio del provvedimento. Per giunta, i fautori di tale ultima impostazione restano soggetti alla difficoltà di immaginare detto rilascio a prescindere da un'ulteriore manifestazione del consenso del cedente, svuotando di fatto la posizione del cessionario da ogni tutela, considerato che, data la natura meramente obbligatoria del vincolo, egli potrebbe doversi accontentare del solo risarcimento (Cfr. F. GAZZONI, *Cessione di cubatura*, cit., 109; B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 140, la quale osserva come l'opponibilità dell'accordo traslativo della volumetria possa avere senso solo se si risolva nella possibilità di chiedere il permesso maggiorato a prescindere dal consenso del cedente).

³⁰⁹ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 402, estende l'applicazione della disposizione anche al caso in cui il conflitto sorga con diritti reali minori, come nell'ipotesi di concessione dell'ipoteca a garanzia di un mutuo iscritta anteriormente alla trascrizione di un contratto di cessione di volumetria ovvero nell'ipotesi di concessione di diritti reali minori che possono comprimere la legittimazione alla cessione della cubatura medesima.

di costruire maggiorato, mentre il Comune non potrebbe rilasciarlo a prescindere dall'avvenuta prioritaria trascrizione.

A ben vedere, infatti, ove tale opponibilità non vi fosse, non si potrebbe verificare alcuna ipotesi di conflitto circolatorio con la Pubblica Amministrazione risolvibile *ex art.* 2644 c.c. e la novella in esame resterebbe lettera morta laddove il primo cessionario non trascrivente possa ottenere il permesso di costruire maggiorato producendo la sottrazione al secondo cessionario primo trascrivente oppure, in caso di doppio rilascio, la revoca del primo permesso in via di autotutela e l'abbattimento dell'opera costruita dal primo cessionario per irregolarità del procedimento amministrativo.³¹⁰

Pertanto, sia stata o meno realizzata la costruzione, la tutela del secondo cessionario primo trascrivente presuppone che il provvedimento amministrativo in favore del primo sia posto nel nulla, auspicando che il Comune controlli, in sede di rilascio del permesso, che l'istante vanti a proprio favore anche la prioritaria trascrizione del contratto di cessione.

Anzi, l'opponibilità comporta piuttosto un onere a carico del Comune, il quale, ferma la valutazione pubblicistica e quindi discrezionale relativa al provvedimento, sarebbe vincolato dalle risultanze dei registri immobiliari rispetto alle quali dovrebbe verificare la legittimazione attiva dell'istante alla luce del rispetto del principio della continuità delle trascrizioni, senza che il

³¹⁰E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 215 e ss.; R. TRIOLA, *La tutela dei diritti. La trascrizione*, cit., 127 e ss, il quale, invece, individua un limite all'operatività dell'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c. nell'avvenuta utilizzazione della cubatura da parte del primo acquirente non trascrivente prima della trascrizione del secondo acquirente, potendo funzionare la regola della priorità solo ove il primo avente causa non abbia utilizzato il permesso, ritenendo, in primo luogo, che in tal caso il potere di annullamento non sussista e che, così facendo, si consentirebbero accordi fraudolenti in danno dell'Amministrazione. Sul punto, però, non può non condividersi la posizione assunta da F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 217, secondo cui, non solo più che di frode dovrebbe parlarsi qui di malafede del secondo acquirente primo trascrivente che, comunque, non sarebbe privato della prevalenza alla stregua di quanto disposto dall'art. 2644 c.c., ma, in ogni caso, l'Amministrazione, ove siano perfezionati accordi fraudolenti in spregio del pubblico interesse, disporrebbe del potere di abbattimento della costruzione per irregolarità del titolo.

cedente sia chiamato ad una ripetizione della manifestazione di volontà. Di conseguenza, a fronte dell'istanza, il Comune sarà tenuto ad acquisire la visura presso i detti registri pur nell'ipotesi di cubatura non maggiorata, in considerazione dell'eventualità che il richiedente possa averla ceduta con atto trascritto, né può pretendersi dall'istante, esclusa l'autocertificazione, l'esibizione della relativa documentazione, peraltro già nella disponibilità della pubblica amministrazione.³¹¹

Si respingono in tal modo le posizioni che consentono la trascrizione della cessione solo successivamente all'ottenimento del permesso di costruire³¹² e quelle che, invece, teorizzano la menzione della condizione ai sensi dell'art. 2659 c.c., peraltro dubbia in ragione della natura di *condicio iuris*, non rientrante in alcuna ipotesi prevista dalla disposizione anzidetta.

Per quanto poi al problema della estinzione per consumazione del diritto edificatorio nel momento di rilascio del permesso di costruire³¹³, può sostenersi che, in termini di formalità pubblicitarie, il provvedimento dovrebbe essere annotato a margine della trascrizione ai sensi dell'art. 2655 c.c., malgrado non

³¹¹ Così F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 219, il quale trae a supporto l'art. 20, comma 5, d.P.R. n. 380/2001, che consente al responsabile del procedimento di richiedere i documenti che integrino o completino la documentazione presentata "che non siano già nella disponibilità dell'amministrazione o che questa non possa acquisire autonomamente". In senso contrario, B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 145, la quale ritiene che ceda a carico dell'istante l'obbligo di allegare le relative visure alla stregua del comma 1 della medesima disposizione citata, a tenore del quale la domanda per il rilascio va corredata, in primo luogo, da una attestazione concernente il titolo di legittimazione.

³¹² Al contrario, la trascrizione dell'accordo traslativo precede e non segue il rilascio del provvedimento, in quanto, come detto, tale accordo assume valore legittimante l'istanza di rilascio, come è confermato da numerosi piani attuativi comunali, nei quali suole parlarsi di presupposto legale del permesso di costruire.

³¹³ Problema qui, peraltro, non condiviso, in virtù di quanto osservato al par. 4.2.5. del Cap. IV, cui si rinvia.

possa negarsi che l'ipotesi della consumazione non rientri strettamente in alcuna delle fattispecie previste al primo comma.³¹⁴

Se la trascrizione di un contratto di cessione di cubatura tra fondi ben determinati non comporta particolari problemi, non altrettanto può dirsi con riguardo alle cessioni in volo dei diritti edificatori, che, come detto, sotto il profilo pubblicitario, incontrano numerosi ostacoli per quanto alla realizzabilità tecnica.

In primo luogo, occorre rilevare la complessità che investe la stesura della nota di trascrizione attinente alle successive vicende circolatorie del credito volumetrico e l'indicazione in essa della natura e della situazione dei beni cui si riferisce il titolo, conformemente a quanto prescritto dall'art. 2659, n. 4, c.c. Mentre, infatti, il terreno di origine è pienamente identificabile in sede di distacco dei relativi diritti edificatori, nell'ipotesi di cessioni successive non sembra possibile specificare un terreno di riferimento per via della mancanza tanto di fondi di decollo quanto di aree di atterraggio della volumetria ceduta.

La dottrina quasi unanime ha raggiunto una soluzione di compromesso, ammettendo, anche in tal caso, l'indicazione, nella nota, dei dati relativi al terreno di decollo, malgrado proprietario di esso non sia il cedente ma un terzo estraneo al contratto.³¹⁵

³¹⁴ Così B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 146, che teorizza il principio secondo cui l'apparato pubblicitario deve offrire un'informazione conforme alla realtà giuridica. Sul punto, L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, in www.wikijus.it, suggerisce sia di ricorrere al certificato di destinazione urbanistica sia di servirsi della trascrizione di un atto che sancisca l'esercizio dei diritti come previsto, secondo l'Autore, dall'art. 2645 *quater* c.c., onde raggiungere un risultato soddisfacente in termini di certezza.

³¹⁵ Così, concordemente, L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, cit., in virtù della struttura del sistema della trascrizione, organizzato su base personale, per cui il problema potrebbe crearsi solo per le Regioni, Province e Comuni nei quali vige ancora il sistema tavolare; F.P. TOMEO, *I diritti edificatori*, cit., per il quale si tratterebbe di un diritto analogo alla superficie e, quindi, su cosa altrui; G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 55, secondo cui un simile problema non sussiste dal momento che tali diritti non configurano diritti di servitù e, dunque, lo scopo della trascrizione può dirsi raggiunto assicurando evidenza all'effetto prodotto a carico del fondo d'origine.

La soluzione prospettata, per quanto incontri il favore anche della presente indagine, non si presta a coinvolgere l'ipotesi dei crediti edificatori assegnati in sede di compensazione ed incentivazione, a prescindere da qualsiasi terreno di riferimento, e successivamente ceduti fra soggetti non proprietari di aree. Relativamente a tali trasferimenti, infatti, la nota di trascrizione incontrerà notevolissimi ostacoli compilativi, motivo che ha indotto parte della dottrina a proporre la trascrizione, invero assai controversa, del provvedimento amministrativo di assegnazione di tali crediti a favore di chi, successivamente, li ceda, in modo da inaugurare la catena di trascrizioni.³¹⁶³¹⁷

Qualora, all'opposto, non si ammettesse la trascrivibilità dei trasferimenti in volo dei diritti edificatori³¹⁸, i conflitti fra più cessionari dovrebbero risolversi in base al criterio generale della priorità dell'atto di data certa, creando un *vulnus* assolutamente contrastante con la *ratio* ispiratrice dell'intervento normativo del 2011, atteso che non sarebbe possibile far valere la vicenda circolatoria nei confronti dell'autorità amministrativa. Tale vicenda, infatti, non configura, certamente, una cessione del credito da notificare o far accettare all'Amministrazione³¹⁹ e non sarebbe, parimenti, possibile ipotizzare un atto di asservimento, come invece accade per la cessione di cubatura, attesa la mancanza di un'area di atterraggio.

Viene in rilievo, infine, il problema dell'indicazione della quota del credito edificatorio trasferito. In merito, è stato proposto di ricorrere alle parti libere del

³¹⁶ Così F. GAZZONI, *Cessione di cubatura*, cit., 114, il quale, ammettendone, tuttavia, l'abnormità, ipotizza l'indicazione, nella nota relativa al contratto traslativo, del comparto di atterraggio dei crediti previsto nel medesimo provvedimento in luogo dell'immobile di riferimento.

³¹⁷ Specularmente alla ricostruzione del diritto edificatorio in termini di autonomo bene giuridico, A. GAMBARO, *I beni*, cit., 136, ne suggerisce l'accatastamento, in modo da consentire la trascrizione degli atti che ne producono il trasferimento.

³¹⁸ Come sembra sostenere G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit. 55.

³¹⁹ Come più volte evidenziato, non sembra potersi individuare in capo ad essa un vincolo irreversibile, in ragione del potere decisorio di cui gode in sede di valutazione dell'area di atterraggio e di revisione del piano urbanistico.

noto quadro D, seppure in funzione esclusivamente di pubblicità notizia e non anche di opponibilità³²⁰, dopo aver inserito nel quadro A della nota il codice residuale 100³²¹ e nel quadro C il codice del diritto di superficie³²² oppure quello della servitù³²³.

5.2. Le fattispecie negoziali idonee a coinvolgere i diritti edificatori.

Come evidenziato, la disposizione del 2011 si limita a prevedere l'obbligo di esecuzione della formalità della trascrizione di tutte le tipologie contrattuali che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, tipizzando lo schema contrattuale della cessione di cubatura.

Ne discende l'apertura del legislatore ad un ricorso alle strutture negoziali più disparate che, esprimendo la più ampia autonomia contrattuale, coniughino la circolazione della volumetria con la sicurezza pubblicitaria.

Occorre precisare, il primo luogo, che senz'altro il legislatore, nel formulare la novella, ha preso a parametro lo schema della vendita. Ciò nondimeno, la valenza significativa della norma è ben più ampia e richiede all'interprete una valutazione degli schemi tipici codicistici al fine di testarne l'idoneità non solo ad avere quale oggetto i diritti edificatori ma anche ad essere trascritti nei registri immobiliari.

Il discorso che seguirà terra, pertanto, conto di tali ostacoli ermeneutici e muoverà dall'impostazione in termini di *iura in re* che qui si preferisce nella ricostruzione della natura giuridica dei diritti in esame.

³²⁰ Cfr. L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, cit.; F.P. TOMEO, *I diritti edificatori*, cit.

³²¹ F.P. TOMEO, *I diritti edificatori*, cit.; G. PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori"*, cit., 8.

³²² L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, cit.

³²³ G. PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori"*, cit., 9.

Per cominciare, ad una prima lettura delle disposizioni vigenti, i contratti preliminari di costituzione, trasferimento o modificazione della volumetria sembrerebbero esclusi dalla formalità pubblicitaria in ragione del mancato coordinamento del nuovo n. 2 *bis* con l'art. 2645 *bis* c.c., il quale richiama all'obbligo della trascrizione i contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei negozi di cui ai soli numeri 1, 2, 3 e 4 dell'art. 2643 c.c.

La dottrina³²⁴ ritiene, tuttavia, pacificamente preferibile una lettura estensiva della norma, ravvisando nella lacuna un banale e difettoso coordinamento dispositivo, che, in concreto, non inibisce la stipulazione dei contratti preliminari che comportino costituzione, modificazione e trasferimento dei diritti edificatori.

Analoghe considerazioni potranno poi essere svolte con riguardo al contratto preliminare a favore del terzo³²⁵ e alla cessione del contratto preliminare³²⁶, figure ambedue ammissibili ove coinvolgano detti diritti.

Con riferimento, invece, al negozio di compravendita, si è ricordato come il legislatore si sia basato proprio su esso nello stendere la nuova formulazione normativa e, precisamente, su una vendita che trasferisse direttamente i diritti edificatori producendo un effetto traslativo immediato.³²⁷

³²⁴F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 238; A.M. MINERVA, *La cessione di cubatura alla luce dell'art. 2643 n. 2 bis*, cit., 112; B. BRIANTE, *La trascrizione degli atti di cessione di diritti edificatori*, cit., 21.

³²⁵A. INDOLFI, *Il contratto preliminare a favore del terzo*, in *Circolazione del contratto preliminare*, a cura di F. ALCARO, Milano, 2011, 93.

³²⁶R. FRANCO, *La cessione del contratto preliminare*, in *Circolazione del contratto preliminare*, a cura di F. ALCARO, cit., 107; sulla cessione del contratto in generale vd. M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2011, 693.

³²⁷ Si ricorda, tuttavia, posta la natura dei diritti edificatori in termini di realtà, l'opportunità di individuare nel negozio una condizione sospensiva volontaria di rilascio del permesso di costruire al fine di fugare ogni censura relativa all'apparente mancanza di inerenza reale nella fase circolatoria. Sul punto vd. par. 4.2.5. del Cap. IV, cui si rinvia.

Essa, pertanto, risulta pienamente legittima ed in perfetta linea col sistema delineato dal legislatore riformista, quantunque si apponga ad essa una condizione volontaria sospensiva che non pregiudicherebbe l'esecuzione della formalità alla stregua del disposto dell'art. 2659 c.c.

Si è ipotizzata³²⁸, altresì, una cessione a terzi dell'area sorgente con contestuale riserva al cedente dei diritti edificatori, fattispecie anche questa senz'altro rientrante nell'ipotesi tipica disciplinata dalla legge, nonostante in tal caso l'esecuzione della formalità si complichino prospettando la necessità di redigere due note di trascrizione, di cui la prima di compravendita e la seconda utilizzando il codice 100.

Parimenti verosimili sono le ipotesi di compravendita con prezzo non espressamente determinato o con determinazione affidata ad un terzo secondo equità ai sensi degli artt. 1473 e 1474 c.c., ovvero, ancora, con devoluzione della determinazione del prezzo al mero arbitrio del terzo. Quest'ultima ipotesi, tuttavia, recando con sé l'imprevedibilità sia dei criteri di giudizio sia della decisione finale ed un profilo latente di nullità, non raggiunge *medio tempore*, a parere della dottrina³²⁹, lo stadio del compiuto perfezionamento e, di conseguenza, l'immediata trascrivibilità.

Stessa sorte spetta alla cessione di diritti edificatori individuati solo per genere, attesa la medesima carenza di determinazione dell'oggetto, mentre si ritiene³³⁰ idonea all'immediata trascrizione la cessione di diritti edificatori futuri³³¹ e la cessione di diritti totalmente o parzialmente altrui, fattispecie che prevede, sul presupposto che l'acquirente conosca l'altruità di quanto in oggetto, il

³²⁸ N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 1143; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., 671.

³²⁹ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 116.

³³⁰ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 123-130.

³³¹ Ipotizzabile è la cessione di quei diritti edificatori che si ritiene saranno generati in virtù di un determinato meccanismo compensativo all'esito dell'esecuzione di peculiari attività di risanamento ambientale o della cessione volontaria di una certa area al Comune.

differimento dell'effetto reale al momento in cui l'alienante *non domino* procurerà all'acquirente la titolarità del diritto negoziato³³².

I diritti edificatori potranno poi legittimamente formare oggetto di una vendita con patto di riservato dominio di cui all'art. 1523 c.c. in ragione dell'apertura espressa dalla dottrina³³³ ad una lettura estensiva della norma che, in realtà, considera testualmente il solo diritto di proprietà. Tale istituto risulta caratterizzato dalla progressività e, cioè, da un peculiare diritto di fruizione che sorge immediatamente e di cui è subito beneficiato l'acquirente e da un effetto reale pieno differito al semplice adempimento degli obblighi pecuniari.

Ne deriva, dunque, l'immediata trascrivibilità che seguirà le ordinarie regole esecutive.

Infine, con riferimento alla vendita, vengono in rilievo le ipotesi di vendita di eredità e di azienda, in cui ben possono essere considerati i diritti qui in esame.

Trattando del contratto di permuta, nessun ostacolo si frappone rispetto all'ammissibilità di uno scambio, ad esempio, tra diritti edificatori o tra questi e diritti immobiliari, a nulla rilevando la fonte generatrice della volumetria e l'eventuale riconduzione nell'alveo delle fattispecie perequative, compensative o incentivanti.

Il profilo puramente tecnico della formalità necessita, però, di una precisazione, in quanto, ove all'oggetto del negozio vi siano esclusivamente diritti edificatori, potrà utilizzarsi un'unica nota di trascrizione, mentre, all'opposto, qualora vengano negoziati detti diritti in cambio di diritti immobiliari, dovranno

³³² Immediata trascrivibilità che in questo caso lascia un po' perplessi atteso il carattere non retroattivo del trasferimento che, comunque, non si è ancora verificato.

³³³ Tale estensione è condizionata alla circostanza che si tratti di diritti suscettibili di utilizzazione autonoma e duratura e sempre che una siffatta pattuizione sia compatibile con l'esercizio del diritto ceduto (Cfr. sul punto C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, Torino, 1993, 580 ss.; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, in *Il codice civile Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2004, 293).

eseguirsi due formalità con perfetta autonomia pubblicitaria dei due trasferimenti.³³⁴

La *datio in solutum*, invece, secondo la posizione preferibile, configura un contratto “a contenuto necessariamente reale nel senso che esso si perfeziona solo nel momento in cui si produce l’effetto reale, essendo il contratto prima di tale momento ancora *in itinere*”³³⁵. Pertanto, una prestazione in luogo di adempimento obbligatoria non risulta nemmeno ipotizzabile, dal momento che, ove la cosa fosse futura, altrui o generica, i rispettivi venire ad esistenza, acquisto o specificazione coinciderebbero certamente con il perfezionamento stesso del contratto.

Applicando a quanto qui di interesse le considerazioni svolte, la cessione del diritto edificatorio appare come la diversa prestazione in luogo dell’adempimento originariamente dovuto, il quale ultimo può avere il più ampio contenuto possibile, non necessariamente diverso o simile al contenuto della prestazione successivamente eseguita.

Anche in questo caso, risulta del tutto indifferente tanto l’origine del diritto edificatorio, perequativa, compensativa o incentivante che sia, quanto che si tratti o meno di un trasferimento in volo.

Può, altresì, farsi ricorso al paradigma di cui all’art. 1198 c.c., nel quale è regolata la fattispecie della cessione di un credito in luogo di adempimento, che ben potrebbe aver avuto ad oggetto il trasferimento di un diritto edificatorio. Malgrado la legittimità di tale ipotesi, non potrà esservi, tuttavia, in tal caso alcuna emersione pubblicitaria nei registri immobiliari.

Venendo ora alla donazione, si discute fortemente in ordine alla possibilità che le vicende concernenti i diritti edificatori abbiano carattere gratuito o liberale,

³³⁴F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 159-160.

³³⁵F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 161-162.

richiedendo il rispetto dei parametri imposti dalla legge laddove l'operazione concretamente posta in essere configuri una donazione vera e propria.³³⁶

Ribadendo qui la preferenza per una ricostruzione che faccia dei diritti edificatori *iura in re*, deve concludersi per l'ammissibilità di un negozio gratuito o liberale che contempri siffatti diritti.

Non troverebbe, infatti, in tal caso, applicazione il divieto di cui all'art. 771 c.c. in materia di donazione di beni futuri, dal momento che non è possibile rintracciare nei diritti edificatori alcun elemento di futurità, a meno di non voler confondere, come già ampiamente sottolineato, la situazione negoziata con gli effetti del negozio medesimo.

Di conseguenza, parimenti ammissibile sarebbe una donazione di tali diritti sottoposta alla più volte considerata condizione sospensiva, in base all'ovvio rilievo dell'inidoneità del differimento degli effetti reali a mutare la natura dei diritti trasferiti.

Nessun dubbio osta, poi, all'accoglimento di una donazione di diritti edificatori a favore di un figlio con espressa previsione che l'acquisto si realizzi in capo alla comunione legale, ovvero a favore di persona che un terzo sceglierà tra quelle designate dal donante o appartenenti a determinate categorie ovvero ancora a favore di una persona giuridica tra quelle indicate dal donante stesso.

Stesso profilo di indeterminatezza interesserà, altresì, le donazioni che hanno ad oggetto taluni tra i diritti edificatori indicati dal donante o entro limiti di valore da questo stabiliti, nel qual caso, qualora i terreni di decollo di tali diritti alternativi siano preventivamente individuati, il rispetto della formalità potrà aver luogo al tempo stesso della stipulazione dell'atto ovvero al tempo dell'esercizio della facoltà di scelta. Viceversa, nel caso opposto, l'esecuzione

³³⁶R. CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, cit., 427.

della formalità dovrà essere rinviata al momento dell'esercizio della facoltà di scelta.

Non c'è motivo di escludere, altresì, la donazione obnuziale di diritti edificatori, ipotesi peculiare di atto unilaterale di liberalità previsto dall'art. 785 c.c. né la donazione di un'area con contestuale riserva dei diritti edificatori che essa genera, redigendo, tuttavia, anche qui come per la speculare ipotesi *inter vivos*, due distinte note di trascrizione.

Deve precisarsi che ogni considerazione fin qui riportata si addice pienamente alle ipotesi nelle quali il contratto liberale si perfezioni senza che la proposta e la relativa accettazione siano legate da contestualità.³³⁷

Altro schema negoziale prospettabile con riferimento ai diritti edificatori, intesi quali diritti reali, è quello della divisione, non solo tra i contitolari della volumetria sviluppata da un lotto in occasione della cessione volontaria di esso al Comune, destinata, poi, ad atterrare in lotti già in proprietà indivisa dei condividenti, ma anche nel caso in cui l'apporzionamento delle quote venga effettuato mediante assegnazioni di volumetria ad alcuni condividenti e di altri diritti ad altri ed ancora assegnazioni di cubatura ad uno dei condividenti con conguagli in danaro agli altri.³³⁸

³³⁷ G. CASU, *Donazione con accettazione separata e autocertificazioni di parte richieste a pena di nullità*, studio n. 2168, in *Studi materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, VI.1, Milano, 2001, 277, secondo cui l'accettazione della donazione, ove fatta con atto pubblico posteriore, è idonea al perfezionamento del contratto solo ove notificata al donante. Pertanto, non basta la sola volontà del donante né dell'acquirente, ma è necessario che ambedue le volontà si incontrino attraverso lo strumento della notificazione. Cfr. pure E. TOMA, *Esame di fattispecie particolari. Applicazione del Testo Unico sull'Edilizia*, in *Urbanistica ed Edilizia*, Giornata di studio in Bari 30.5.2003, Bari, 289.

³³⁸ I fautori della tesi della ricostruzione in termini di beni mobili di origine immobiliare incontrano un serio ostacolo, sotto il profilo dell'accesso ai registri immobiliari, nell'art. 2646 c.c., secondo il quale devono trascriversi esclusivamente le divisioni che hanno ad oggetto beni immobili, restando costretti ad individuare, come per il caso dei contratti preliminari, un difetto di coordinamento normativo, attesa la discontinuità che si creerebbe con il dettato dell'art. 2643, n. 3, c.c., per il quale vanno trascritti i contratti che costituiscono la comunione sui diritti menzionati nei numeri precedenti.

Tale divisione potrà assumere la conformazione definibile come oggettivamente parziale ordinaria laddove, assegnando diritti edificatori facenti parte della massa in comunione, si intenda estinguere quest'ultima con esclusivo riferimento ad essi, di talché gli altri beni non assegnati resteranno soggetti alla comunione nelle medesime quote fra tutti i medesimi comunisti, nonostante questi siano addivenuti ad una prima attribuzione parzialmente soddisfattiva.³³⁹

Parimenti, i diritti qui in discorso potranno formare oggetto dell'atto che costituisce una comunione ristretta fra gli originari condividenti, qualora tali diritti non siano stati ancora assegnati a seguito di divisione oggettivamente parziale, restando inalterate le quote di partecipazione alla massa comune residua.³⁴⁰

Certamente ammissibile, altresì, è la divisione a stralcio, o soggettivamente parziale, di diritti edificatori, in virtù della quale i comunisti assegnano ad alcuno o più di loro taluni dei beni o dei diritti comuni a soddisfazione integrale della quota spettante a costoro sulla totalità dei beni indivisi.³⁴¹

I diritti edificatori possono formare, inoltre, oggetto di un assegno in conto futura divisione, ove l'assegnazione a favore di uno o più condividenti si accompagni all'intesa che il valore dei beni attribuiti in anteparte sarà computato in occasione della divisione da effettuarsi.

³³⁹ Qualora, invece, fosse convenuto tra i comunisti in sede di divisione parziale che l'equiparazione tra le quote astratte ed i beni concretamente assegnati avvenga in un secondo tempo si sarebbe, piuttosto, in presenza di uno o più assegni in corso futura divisione.

³⁴⁰ L'assegnazione anticipata, insomma, non comporta un incremento della quota del diritto sui beni residui, come invece accade nello stralcio divisionale, e non costituisce titolo produttivo di variazioni nei reciproci rapporti tra comunisti.

³⁴¹ Per effetto di tale strumento, lo scioglimento del complessivo stato di comunione opera solo con riguardo ad uno o più condividenti e ad uno o più beni, restando gli altri soggetti in comunione per i residui beni comuni. La differenza con le altre ipotesi è, pertanto, evidente, in considerazione del fatto che la divisione totale comporta lo scioglimento della comunione con riferimento a tutti i condividenti ed a tutti i beni indivisi da assegnare, mentre la divisione oggettivamente parziale produce il medesimo effetto con riguardo esclusivo ad alcuni dei beni del compendio complessivo.

Occorre precisare che le modalità di esecuzione della divisione non conducono mai ad un'alterazione della natura peculiare dei diritti in oggetto, che, pertanto, potranno essere coinvolti in una divisione con conguagli ovvero in una divisione ereditaria con collazione, o con estrazione a sorte o ancora fatta dal testatore.

Anche l'ipotesi di un contratto con cui solo alcuni dei condividenti fissino le modalità di ripartizione del patrimonio comune³⁴², senza dar luogo ad alcuno scioglimento del compendio, si attaglia all'istituto in esame, producendo l'effetto meramente obbligatorio di imporne ai sottoscrittori la realizzazione con tutti gli strumenti giuridici messi a disposizione dall'ordinamento.

Vanno, da ultimo, distinte le ipotesi della divisione transattiva e della transazione divisoria, in ordine alle quali, in ogni caso, non si dubita della possibilità di attenere ai diritti in discorso. Se la prima tende a rimuovere semplicemente le difficoltà che possono insorgere nel corso delle operazioni divisionali³⁴³ e può rivestire i panni già descritti della divisione totale, oggettivamente parziale, a stralcio o con costituzione di comunioni ristrette, la seconda segue, cronologicamente, l'atto di divisione ed è rivolta a dirimere i conflitti che in quest'ultima trovano la loro fonte diretta³⁴⁴.

Discorso a parte merita la questione degli atti equiparati alla divisione e, in particolare, l'ipotesi, di discussa natura divisionale, di assegnazione dell'area ad un condividente e dei diritti edificatori da questa sviluppati ad un altro.³⁴⁵ La valutazione della portata divisionale della vicenda discende dall'impostazione che si adotti in ordine alla natura giuridica dei diritti edificatori. Qualora, come qui, si accetti l'interpretazione in termini di realtà, non sembra potersi dubitare

³⁴² Ipotesi dalla dottrina qualificata "accordo vincolante parziale".

³⁴³ Attinenti, esemplificativamente, al modo concreto di dividere i beni, alle assegnazioni, ai conguagli o ancora all'imposizione di limiti alla divisibilità di alcuni beni.

³⁴⁴ Possono, ad esempio, insorgere conflitti in relazione al titolo del coacervo, all'esistenza e alla modulazione dei diritti dei condividenti, all'esecuzione ed all'interpretazione dell'accordo divisionale.

³⁴⁵ Sul punto vd. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 263.

della riconduzione allo schema divisorio dell'operazione prospettata, atteso che una comunione può rintracciarsi sui diritti reali afferenti all'area indivisa.³⁴⁶

Proseguendo, consideriamo il profilo dell'ipotecabilità dei diritti qui in esame. Sul punto, occorre ribadire che, quale che sia l'opinione che si accolga in ordine ad essi, è preferibile, comunque, affermarne l'inidoneità a costituire oggetto di un diritto di ipoteca in ragione della mancata previsione normativa nell'elencazione posta dall'art. 2810 c.c., ritenuta tassativa dalla dottrina dominante³⁴⁷, o in altra disposizione normativa di rango di legge statale.³⁴⁸

In ogni caso, pur accedendo all'opinione della non tassatività dell'anzidetta disposizione, non si saprebbe comunque come procedere concretamente all'iscrizione dell'ipoteca ove la volumetria risultasse priva di qualsivoglia collegamento reale, data l'assenza di un fondo di riferimento³⁴⁹, e ciò quantunque ci si ponesse nel solco dell'art. 2823 c.c. intendendo i diritti edificatori quali beni futuri in quanto esistenti ma non ancora acquisiti al patrimonio.

Né può richiamarsi in proposito il disposto dell'art. 2825 c.c. nell'ottica di iscrivere ipoteca sul bene altrui dal quale sia avvenuto il decollo in attesa che si precisi il terreno di atterraggio e l'ipoteca vi si trasferisca, in considerazione

³⁴⁶ Anche gli autori che sponsorizzano la reificazione giungono ad analoghe conclusioni ermeneutiche (Cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit. 503-504).

³⁴⁷ Su tutti D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. CICU – F. MESSINEO, Milano, 1956, 104-105.

³⁴⁸ Può ricordarsi il dibattito che si pone in termini analoghi, ove si aderisca alla tesi della realtà, in ordine all'ipotesi dell'usufrutto causale. Più precisamente, si discute se il debitore pieno proprietario di un immobile possa ipotecare la sola facoltà di godimento che gli spetta quale proprietario a solo scopo di garanzia, riservandosi la proprietà per il tempo successivo ad un'eventuale espropriazione e scindendo così l'usufrutto dalla proprietà. Di conseguenza, l'aggiudicatario godrà di un diritto di usufrutto formale e non causale solo a seguito dell'esecuzione forzata. Anche tale questione subisce una soluzione negativa poiché l'azione esecutiva garantita non solo non è legislativamente prevista ma nemmeno può essere devoluta all'iniziativa negoziale delle parti, atteso che il creditore può aggredire soltanto un diritto di usufrutto formale e non causale.

³⁴⁹ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 235.

della diversità ontologica che assiste, rispetto al caso in esame, la condizione del debitore che iscrive ipoteca sulla quota ideale dei beni immobili di cui è titolare. Trattando, ora, della possibilità di assoggettare a convenzioni matrimoniali i diritti edificatori, viene, in primo luogo, in rilievo la costituzione di un fondo patrimoniale, ai sensi degli artt. 167 ss. c.c., in merito alla quale occorre, anche qui, prospettare la questione muovendo dall'assunto della realtà di tali diritti.

Laddove, infatti, si opini in tal senso, una tale ipotesi non può essere certamente esclusa³⁵⁰, mentre, all'opposto, la delimitazione oggettiva posta dall'art. 167 c.c. osterebbe all'estensione della fattispecie ai diritti considerati qualora debbano ritenersi alla stregua di beni immateriali.

Per quanto alle convenzioni matrimoniali che, ai sensi dell'art. 210 c.c., allarghino o riducano l'oggetto del regime della comunione legale, sostituendo a quest'ultima una comunione cd. convenzionale, non vi è dubbio che queste possano riguardare la volumetria a prescindere dalla ricostruzione che voglia sposarsi. Tuttavia, il profilo pubblicitario risentirà dell'eventuale natura di beni mobili, la quale condurrebbe a sfavorire l'emersione pubblicitaria della vicenda, salvo quanto di competenza dei registri comunali.³⁵¹

Si ritiene utile, a questo punto, affinare la nostra indagine affrontando l'ipotesi della destinazione dei diritti edificatori. Ci si chiede, più precisamente, se tali diritti possano formare oggetto di un atto di destinazione opponibile *ex art. 2645 ter c.c.*

Come per la costituzione di un fondo patrimoniale, anche qui non può trascurarsi la portata delimitatrice del disposto di tale norma laddove contempla

³⁵⁰ Così A.M. MINERVA, *La cessione di cubatura alla luce dell'art. 2643 n. 2 bis c.c.*, cit., 112; B. CRETELLA, *Trascrizione degli atti relativi a diritti e edificatori (cd. cessione di cubatura o di volumetria)*, cit., 488.

³⁵¹ Sul punto G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 522, preferisce, piuttosto, ritenere che anche tale aspetto sia vittima di un difettoso coordinamento normativo, in ragione della discrasia con la *ratio* ispiratrice della riforma del 2011.

esclusivamente beni immobili o mobili registrati. Di conseguenza, la soluzione non può che essere negativa qualora si ricostruiscano i diritti edificatori alla stregua di beni, in virtù della ricordata natura mobiliare, mentre chi privilegia l'aspetto di *iura in re* degli stessi non può che accogliere l'ipotesi prospettata.

Interessante, altresì, è il profilo della trascrizione di un *trust* interno costituito da cittadini italiani e avente ad oggetto i diritti in esame circolanti in Italia, come disciplinato dalla legge straniera espressamente richiamata dal disponente.³⁵²

Sul punto la soluzione non può che discendere dalla posizione che si accolga con riguardo alla ammissibilità di una tale impostazione, attese le perplessità concernenti il coordinamento tra i principi e le categorie del nostro ordinamento interno e le caratteristiche intrinseche dell'istituto di matrice internazionalistica.³⁵³

È opportuno, in questa sede, considerare anche l'ipotesi di un conferimento in società avente ad oggetto diritti edificatori tanto in fase costitutiva quanto in occasione della sottoscrizione in natura di un aumento di capitale. In merito, la considerazione di tali diritti in chiave di realtà consente di ammettere l'ipotesi nell'uno e nell'altro caso.

Con riferimento alle società per azioni, infatti, l'art. 2342 c.c., nell'escludere la legittimità di un conferimento operato con beni diversi dal denaro favorisce, al contempo, una previsione statutaria che apra ad una simile opportunità, mentre, per quanto alle società a responsabilità limitata, un siffatto conferimento risulta indirettamente ammesso dall'art. 2464 c.c. che contempla ogni bene purché suscettibile di valutazione economica.

³⁵²F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 466 in generale e 488 con particolare riguardo al cd. *trust* interno.

³⁵³ Su tutti, i rilievi in ordine alla violazione del principio del numero chiuso dei diritti reali e del principio della responsabilità patrimoniale posto dall'art. 2740 c.c. (sul punto cfr. T. CAMPANILE – F. CRIVELLARI – L. GENGHINI, *I diritti reali*, Padova, 2011, 335 ss).

Infine, risulta di notevole interesse richiamare qui i profili della circolazione *mortis causa* dei diritti edificatori nelle sue dimensioni di successione legittima e testamentaria.

L'art. 2648 c.c. stabilisce, al comma 1, che “si devono trascrivere l'accettazione dell'eredità che importi acquisto dei diritti enunciati nei numeri 1, 2 e 4 dell'articolo 2643 o liberazione dai medesimi e l'acquisto del legato che abbia lo stesso oggetto”. La disposizione distingue, poi, sotto il profilo della modalità trascrittiva, l'accettazione espressa, da effettuarsi sulla base della dichiarazione del chiamato per atto pubblico ovvero per scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente, dall'accettazione tacita dell'eredità.³⁵⁴

È di tutta evidenza, pertanto, che, stando al tenore letterale della disposizione, l'accettazione dell'eredità e l'acquisto del legato che abbiano ad oggetto i diritti edificatori non godrebbero di pubblicizzazione, non essendo ivi richiamato il nuovo n. 2 *bis*, ma è altrettanto vero che la portata dimensionale della norma è particolarmente discussa³⁵⁵.

Parte della dottrina, pertanto, sulla base di un'interpretazione sistematica alla luce dei principi che animano il regime pubblicitario, ha suggerito di accogliere l'ammissibilità della trascrizione degli acquisti dei diritti edificatori o della liberazione da essi provenienti da una accettazione ereditaria, sia essa espressa o tacita, ovvero dal conseguimento di un legato³⁵⁶, ferma restando, in tale ultimo

³⁵⁴ Il comma 3 del citato art. 2648 c.c. dispone che “se il chiamato ha compiuto uno degli atti che importano accettazione tacita dell'eredità, si può richiedere la trascrizione sulla base di quell'atto, qualora esso risulti da sentenza, da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente”.

³⁵⁵ Su tutti, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 323.

³⁵⁶ Così G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 522, il quale, anche qui, riconosce un difettoso coordinamento normativo, interpretabile sulla base di valutazioni sistematiche.

Nello stesso senso F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 238, che richiama in termini analoghi i dibattiti sviluppatosi in ordine alla trascrivibilità dei contratti preliminari e dell'intervenuta usucapione aventi ad oggetto diritti edificatori.

caso, la necessità di presentare un estratto autentico del testamento che lo contiene ai fini della corretta esecuzione della formalità.

Ne deriva la piena legittimità di qualunque disposizione testamentaria, a titolo universale o particolare, anche di tipo divisionale.

È possibile, dunque, ipotizzare anche un legato di cosa altrui o parzialmente altrui, un legato di cosa del legatario, un legato di genere ed ancora un legato di cosa determinata non esistente nell'asse, tutti aventi ad oggetto volumetriche.³⁵⁷

Può, altresì, immaginarsi anche un legato alternativo, in cui una o entrambe le cose oggetto della prestazione possono essere cubature e, più in generale, un legato di contratto, ad esempio di compravendita o di cessione volontaria al Comune in cambio di volumetria compensativa.

Qualora, poi, i diritti edificatori siano stati donati in vita dal *de cuius*, la loro imputazione in natura ai sensi dell'art. 746 c.c. può essere, secondo alcuni, costruita come trasferimento suscettibile di trascrizione, invocando l'applicazione dell'art. 2645 c.c. ovvero come revoca della precedente attribuzione³⁵⁸, fattispecie comunque distanti dall'ambito applicativo dell'art. 2648 c.c.

Parimenti legittima, in conclusione, è la negoziazione dei diritti edificatori nell'ambito di accordi diretti alla reintegrazione dei diritti del legittimario leso o pretermesso al fine di sanare eventuali discriminazioni perpetrate dal testatore.

³⁵⁷ Restano esclusi il legato di cosa da prendersi in un certo luogo, per l'evidente e fisiologica incompatibilità, e il legato di ipoteca dei diritti edificatori, non solo per l'inaammissibile configurazione di una tale ipotesi con atto tra vivi, in virtù delle ragioni già esposte, ma anche per il divieto di cui all'art. 2821, comma 2, c.c.

³⁵⁸ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., 339.

5.3. I profili fiscali della circolazione dei diritti edificatori.

La difficoltà in cui è incorsa l'indagine attinente alla qualificazione giuridica dei diritti edificatori riverbera i suoi effetti anche sull'inquadramento fiscale, atteso che l'assenza di norme univoche e la difformità delle disposizioni di rango diverso di fonte nazionale, regionale e amministrativa coinvolte hanno generato prassi discordanti negli uffici locali della Agenzia delle Entrate.

Occorre, infatti, segnalare come tanto il presupposto d'imposta e del debito di imposta quanto la natura del bene oggetto di cessione quanto ancora la base imponibile risultino di incerta individuazione, influenzata, sostanzialmente, dalla ricostruzione che si accolga in ordine alla natura giuridica dei diritti edificatori oggetto di trasferimento.

5.3.1. L'imposizione diretta.

Ai fini dell'imposizione diretta, l'aspetto che interessa approfondire è quello dell'imponibilità delle plusvalenze conseguite a seguito di cessione di cubatura da persone fisiche che agiscano al di fuori dell'esercizio dell'impresa, ovvero da enti commerciali che le maturino come componenti del reddito di impresa.

La circolazione dei diritti edificatori a titolo oneroso è stata al centro di un dibattito in ordine alla sua equiparazione con la costituzione di diritti reali di godimento e, in particolare, del diritto di servitù che ha contrapposto un'impostazione formalistica ad un'altra più attenta ad individuarne il dato sostanziale.

Secondo il primo indirizzo ³⁵⁹, la vicenda non genererebbe alcun reddito imponibile in virtù della funzione meramente indennitaria assunta dal corrispettivo pattuito, dal momento che la normativa e l'interprete fiscale escludono l'imponibilità delle indennità e dei risarcimenti salvo ritenerli sostitutivi di redditi imponibili.

Ove, dunque, il corrispettivo svolga effettivamente tale funzione, la cessione di cubatura non configurerebbe alcun reddito diverso tassabile ai sensi dell'art. 67 Tuir.

In tal senso deporrebbero tanto la considerazione che in tal modo verrebbe ristorata una oggettiva e definitiva perdita di valore del lotto spogliato della cubatura quanto l'assenza della cessione di cubatura nell'elencazione posta dall'anzidetta disposizione.³⁶⁰

Secondo la contrapposta impostazione, viceversa, l'assimilazione della cessione di cubatura alla costituzione o cessione di diritti reali di godimento e, in particolare, del diritto di servitù condurrebbe l'operatore tributario a ritenere plusvalente anche l'atto di cessione di cubatura indipendentemente dall'accoglimento della natura di diritto reale o di bene giuridicamente autonomo di quest'ultima.³⁶¹

³⁵⁹G. REBECCA – G. BORRIERO, *Cessione di terreni: ulteriori aspetti*, in *Il fisco*, II, Milano, 2008, 8.

³⁶⁰F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno*, in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2012, 163 fa notare come si potrebbe altrimenti ipotizzare l'applicazione del principio di surrogazione fiscale di cui all'art. 6, comma 2, Tuir, in virtù del quale sovrapporre il provento della cessione di credito assegnato in sostituzione del bene ceduto alla P.A. al provento della cessione del bene stesso.

³⁶¹Così Risoluzioni nn. 1/2013, 233/2009 e 210/2008, la quale ultima ritiene che anche la costituzione di servitù rientri tra gli atti plusvalenti. In particolare, a termini della Ris. n. 1/2013, ammesso che tali diritti godono del medesimo regime pubblicitario dei diritti reali su beni immobili, sarebbe possibile accedere alla fruizione delle disposizioni sulla rivalutazione dei terreni ai sensi dell'art. 7 della Legge n. 448/2001, ove la negoziazione avvenga al di fuori dell'ambito imprenditoriale. Sul punto cfr. F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei*

Si tratta, come accennato, di una tesi più attenta all'aspetto sostanziale della vicenda circolatoria, muovendo dalla considerazione che l'art. 67 Tuir, almeno con riferimento ai redditi diversi realizzati da persone fisiche, è stato introdotto anche al fine di assoggettare a tassazione i guadagni derivanti dalle cessioni speculative di beni immobili³⁶², con ciò estendendosi anche alla cessione di cubatura.

A questo punto, posto il condivisibile assunto dell'imponibilità, occorre distinguere, per coerenza di esposizione e per opportuna differenziazione, l'ipotesi in cui a negoziare i diritti edificatori sia una persona fisica da quella in cui invece protagonista della vicenda sia un'impresa.

Con riferimento alla prima ipotesi, la Risoluzione n. 233/2009, prendendo posizione in ordine alla determinazione della tassazione della plusvalenza, ha inteso riferirla alla natura del terreno della cui cubatura si tratta. Di conseguenza, ove la cubatura sia desunta da un terreno agricolo, la cessione risulterà plusvalente ove effettuata nei cinque anni dall'acquisto e non ricorra una provenienza successoria. All'opposto, nel caso in cui il terreno risulti edificabile, la cessione sarebbe bensì plusvalente a norma della lett. b, ult. parte dell'art. 67 Tuir, salvo il caso di lottizzazione che configurerebbe, viceversa, l'applicazione della lett. a.

In ordine, poi, alla determinazione del valore originario del diritto edificatorio in base al quale risalire all'entità dell'eventuale plusvalenza, la medesima Risoluzione ipotizza una perizia che attesti il valore della volumetria edificabile rispetto al valore del terreno ovvero l'adozione di un criterio proporzionale tra il valore complessivo del bene e il corrispettivo percepito in sede di cessione.

diritti edificatori, cit., 163, il quale, in senso parzialmente critico rispetto alle determinazioni del fisco, nota come, a tutto rigore, la plusvalenza potrebbe dirsi integrata solo ove vi sia un negozio idoneo a consentire la perdita di disponibilità del bene da parte del titolare, il che non ricorrerebbe in caso di costituzione di servitù.

³⁶²Vd. M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, Milano, 2007, 1132 ss.

Trattando, adesso, della seconda fattispecie, il corrispettivo percepito a fronte della cessione di cubatura concorrerà a formare il reddito dell'impresa cedente, in forza del principio di attrazione posto all'art. 81 Tuir, potendo distinguersi il caso in cui il terreno da cui origina la cubatura sia compreso tra le immobilizzazioni da quello in cui, all'opposto, si tratti di un bene merce il cui commercio abbia rilievo centrale nell'attività d'impresa. Se, nella prima ipotesi, il reddito realizzato configura una reale plusvalenza, nella seconda il cedente otterrà, invece, un ricavo.³⁶³

Quanto fin qui esaminato attiene strettamente alla cessione di cubatura a titolo oneroso. Non può, tuttavia, escludersi che questa possa costituire oggetto di un trasferimento a titolo gratuito con intento donativo, ma tale circostanza escluderebbe di certo l'imposizione diretta aprendo le porte all'applicazione esclusiva del T.U. n. 346/90.

Ulteriori ipotesi rilevanti sotto il profilo fiscale sarebbero le cc.dd. concentrazione e riserva di cubatura.

La prima, piuttosto frequente, intendendo accorpare la capacità edificatoria di più suoli su uno soltanto di essi, sarebbe, *prima facie*, neutrale ai fini impositivi, dal momento che non vi sarebbe alcun incremento in capo al soggetto che concentra la cubatura.³⁶⁴

³⁶³G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 567. Sul punto, A. PISCHETOLA, *Negoziazione dei diritti edificatori e relativa rilevanza fiscale, anche alla luce dell'articolo 2643 n. 2-bis) c.c.*, studio n. 540-2014/T CNN, in www.notariato.it, precisa che, in caso di plusvalenza, sarà in facoltà del cedente rateizzare la plusvalenza, intesa quale differenza tra corrispettivo conseguito e costo non ammortizzato, in un massimo di cinque esercizi, qualora il possesso si sia protratto per almeno tre anni.

³⁶⁴Sul punto cfr. G. PETRELLI, *Cessione di cubatura e trattamento tributario dei trasferimenti dei terreni edificabili*, studio n. 24/2002, in *Studi e materiali*, I, 2003, 137; M. LEO, studio n. 1763/2009, in *Studi e materiali*, 2001, 6/2, secondo i quali l'effetto di concentrazione deriverebbe dal solo provvedimento amministrativo concessorio e non si renderebbe necessario alcun atto. Altri, tuttavia, si schierano a favore della necessaria stipula di un atto unilaterale di asservimento da registrare e trascrivere.

La seconda ipotesi, invece, attiene alla riserva della cubatura originata dal terreno ceduto a favore di altro proprio fondo, contestualmente all'alienazione di quest'ultimo.³⁶⁵ In tal caso, i due negozi in cui si sostanzia la vicenda avranno le ordinarie ripercussioni tributarie ad essi ascrivibili con autonoma liquidazione di imposte.³⁶⁶

Le difficoltà relative all'inquadramento fiscale della cessione di cubatura si moltiplicano con riferimento ai tre nuovi modelli cui si ispira la pianificazione urbanistica. La perequazione, la compensazione e l'incentivazione di volumetria, infatti, seppure nelle distinte specificità anche terminologiche regionali, conquistano sempre più spazio nella considerazione del diritto urbanistico e, pertanto, attirano su di sé anche lo sguardo dell'indagine fiscale, la quale, peraltro, si affanna, al pari di quella dogmatica, nell'inquadrarne la svincolatezza dal fondo di riferimento.

Sul piano dell'imposizione diretta, specularmente a quanto considerato in riferimento alla cessione di cubatura, l'imponibilità non è certa ma varia a seconda della soluzione ricostruttiva accolta.

Potrebbe, infatti, sostenersi la tassabilità quale plusvalenza a termini dell'art. 67 Tuir solo laddove se ne ammetta la natura di diritto reale ovvero se ne riconduca la figura ad uno dei beni elencati nella medesima disposizione.

³⁶⁵ Il meccanismo, invero, ricorderebbe da vicino sia quello della cd. *deductio servitutis* sia quello della cessione con riserva di usufrutto, riproponendone i rilievi strutturali. Tale congegno si realizzerebbe, infatti, con due distinti atti, dei quali il primo sarebbe un atto di asservimento mentre il secondo un atto di cessione del bene spogliato della volumetria riservata. Sul punto cfr. F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, cit., 168, secondo il quale sarebbe preferibile ricostruire la vicenda facendo riferimento ad un contratto traslativo di proprietà e ad uno costitutivo di servitù, malgrado, dal punto di vista pratico, il negozio venga formulato con una semplice menzione della riserva nel contratto traslativo.

³⁶⁶ A. PISCHETOLA, *La circolazione di cubatura, di crediti edilizi e di diritti edificatori: profili fiscali*, in *Il fisco*, XVII, 2011, 2667. Cfr. anche G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 569, il quale, all'opposto, ritiene preferibile scandire l'operazione in un unico atto traslativo della proprietà del bene privato della cubatura trattenuta, alla stregua della riserva di usufrutto.

Al contrario, aderendo alle tesi che sponsorizzano la reificazione o la natura obbligatoria, si decreterebbe la non imponibilità delle vicende attinenti ai diritti edificatori, attesa l'esclusione di entrambe le figure dal novero normativamente considerato.³⁶⁷

Tuttavia, occorre arricchire le considerazioni svolte scandendo la vicenda circolatoria nelle citate fasi del decollo, del volo e dell'atterraggio.

La nascita dei diritti edificatori, circostanza nettamente distinta dal decollo³⁶⁸, non riscuote l'immediata attenzione dell'imposizione tributaria, giacché la semplice previsione negli strumenti urbanistici e la conseguente attribuzione di un diritto edificatorio non realizza, ove vada a beneficio di un soggetto privato, alcuna nuova ricchezza tassabile, fino a quando essi non siano posti all'oggetto di un'attività negoziale.

Viceversa, nel caso di attribuzione dei diritti ad un soggetto titolare di un'impresa, si discute in merito alla configurabilità di una sopravvenienza attiva richiamata dall'art. 88 Tuir.³⁶⁹

La fase circolatoria, invece, a prescindere dall'integrazione del "decollo" o del "volo", è certamente il frangente di maggiore respiro fiscale, dovendo certamente prospettarsi l'imponibilità della plusvalenza *ex art. 67 Tuir*, almeno ove si accolga la tesi della realtà dei diritti edificatori.

³⁶⁷ Salvo, secondo, A. PISCHETOLA, *Negoziante dei diritti edificatori e relativa rilevanza fiscale, anche alla luce dell'articolo 2643 n. 2-bis) c.c.*, studio n. 540-2014/T CNN, in www.notariato.it, ritenere la plusvalenza incisa dal disposto dell'art. 67, lett. 1), Tuir, laddove volesse desumersi che il cedente, nell'operare il trasferimento, si impegni a non utilizzarlo in proprio, a vantaggio dell'accipiente.

³⁶⁸ Sul punto, assai proficuamente G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 569, richiama l'attenzione su tale distinzione, sottolineando come, sebbene il decollo sia spesso inteso come fenomeno generativo dei diritti edificatori, esso configura piuttosto una fase successiva alla nascita e ne segnala il distacco dal fondo originante.

³⁶⁹ In merito, F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, cit., 175, richiamando G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2008, 336, sostiene la tassabilità di tale sopravvenienza argomentando dal concetto stesso di sopravvenienza, quale variazione in aumento del patrimonio dell'impresa, che qui, a parere dell'Autore, sembrerebbe ricorrere.

Le ricostruzioni che sponsorizzano, all'opposto, il diritto di credito (o la *chance*) e il bene giuridico autonomo comporterebbero l'esclusione della vicenda dall'ambito applicativo dell'art. 67 Tuir, in riguardo alla tassatività degli atti plusvalenti.³⁷⁰

Quanto, infine, alla fase dell'atterraggio, essa attiene alla concentrazione della volumetria in un lotto di proprietà, generando una situazione certamente imponibile solo in caso di trasferimento di diritti reali, al pari della vicenda circolatoria.³⁷¹

Laddove, invece, si optasse per la considerazione dei diritti edificatori quale bene autonomo ovvero quale diritto di natura obbligatoria, non potrebbero negarsi le medesime conclusioni già estese per la fase circolatoria.³⁷²

5.3.2. L'imposizione indiretta.

Con riferimento all'imposizione indiretta, si tratteranno analiticamente le diverse imposte con riferimento tanto al fenomeno della cessione di cubatura quanto alle ipotesi della perequazione, compensazione e incentivazione.

In primo luogo, occorre stabilire con certezza che la cessione di cubatura, al ricorrere dei presupposti soggettivi, oggettivi e territoriali previsti dall'art. 1

³⁷⁰ Così F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, cit., 175.

³⁷¹ Sul punto, F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, cit., 175, *sub* nota 140, fa notare come sarebbe più agevole delimitare l'area dell'imponibilità fino a colui che, nella fase circolatoria, riveste la posizione di ultimo titolare del diritto, in considerazione del fatto che in capo al titolare del fondo accipiente non si realizzerebbe alcun implemento di ricchezza. Pertanto, saranno soggetti alle imposte dirette non solo il primo trasferimento dal titolare del fondo sorgente al primo acquirente nella fase di decollo, ma anche tutte le successive cessioni sino all'atterraggio.

³⁷² G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 570 riferisce, tuttavia, che, in occasione dell'Incontro Telefisco 2013, è stato precisato che i diritti edificatori godono del medesimo regime dei diritti reali su beni immobili in materia di imposizione diretta e che, ai fini della rideterminazione del valore, il diritto edificatorio può essere considerato in modo autonomo e distinto rispetto al diritto di proprietà del terreno.

d.P.R. n. 633/1972³⁷³, potrebbe configurare un atto soggetto ad Iva a norma dell'art. 2 del medesimo testo normativo. Peraltro, in forza del principio di alternatività tra imposta di registro e imposta Iva, gli atti che, in mancanza dei detti presupposti, non soggiaceranno ad Iva saranno attratti nel campo dell'imposta di registro.

Anche qui, la determinazione in ordine all'assoggettabilità segue le sorti della ricostruzione dogmatica degli effetti dell'atto di cessione, dal momento che, laddove si accogliesse l'indirizzo che ne individua una portata esclusivamente obbligatoria³⁷⁴, la fattispecie, producendo *medio tempore* esclusivamente un vincolo di natura obbligatoria, potrebbe essere qualificata come prestazione di servizi in senso stretto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.P.R. n. 633/1972.³⁷⁵

Ove, invece, alla stregua di posizioni pacificamente accolte dalla giurisprudenza³⁷⁶, si propendesse per l'assimilazione alla costituzione o cessione di un diritto reale di godimento, l'operazione sarebbe certamente imponibile ai sensi dell'art. 2, comma 1, dello stesso provvedimento.

In ogni caso, dovrà applicarsi l'aliquota ordinaria ai sensi dell'art. 16 d.P.R. n. 633/1972, malgrado attenta dottrina non manchi di considerare che l'esatta individuazione del bene oggetto di cessione e la conseguente impostazione del contratto traslativo possano orientare all'applicazione dell'agevolazione prima casa e delle aliquote ridotte, purché tra la cessione e il completamento della

³⁷³F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, cit., 159, *sub nota* 30, osserva che l'esclusione da Iva dipenderà esclusivamente dalla sussistenza dell'elemento soggettivo. Ove, pertanto, la cessione rientri nell'ambito dell'attività d'impresa, l'atto sarà soggetto ad Iva.

³⁷⁴A. CANDIAN, *Trasferimento di cubatura*, cit., 735; A. CECCHERINI, *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, cit., 103; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 656; S. CERVELLI, *I diritti reali*, cit., 65-67.

³⁷⁵F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, cit., 159.

³⁷⁶Cfr. Cass. civ., n. 6807/1988, cit.; Cass. civ., n. 10979/2007, cit.

costruzione con l'ultimazione dei lavori non trascorra un periodo di tempo maggiore di tre anni, alla stregua dei documenti di prassi relativi.³⁷⁷

Giova qui precisare che, ove, al contrario, volesse intendersi la cubatura alla stregua di un bene autonomo, la cessione rientrerebbe di certo nell'alveo dell'art. 2, comma 1, d.P.R., 633/1972, ove si parla di "*beni di ogni genere*", a nulla rilevando, pertanto, la natura mobiliare o immobiliare di esso.

Per quanto, invece, all'imposta di registro, considerando parimenti dirimente l'inquadramento da abbracciare, occorre distinguere a seconda che si voglia assumere la cessione di cubatura come atto traslativo di diritto reale ovvero di un bene autonomo ovvero ancora come atto costitutivo di un rapporto obbligatorio.

Ove si percorra la prima ipotesi, dovrebbe concludersi per la sicura soggezione della fattispecie all'art. 1 della Tariffa parte 1 allegata al d.P.R. n. 131/1986 (Tur), con applicazione della nuova aliquota del 9% che, dal 1 gennaio 2014³⁷⁸, ha sostituito quella previgente pari all'8%.

A parere della dottrina, ai fini di tale imposizione, posta la riconduzione dello schema alla cessione di un diritto reale di godimento, a nulla rilevarebbe la natura del diritto negoziato, ossia se si tratti di un diritto di superficie ovvero di un diritto di servitù³⁷⁹ né la struttura del negozio concluso.

Nel caso in cui si ritenga che la vicenda configuri, bensì, la costituzione di un rapporto di tipo obbligatorio, la tassazione del relativo atto sconterebbe

³⁷⁷ Vd. F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, cit., 159, *sub* nota 38.

³⁷⁸ L'aggiornamento dell'aliquota è opera dell'art. 10, D.Lgs. 14 marzo 2011 n. 23, come modificato dall'art. 26, comma 1, D.l. 12 settembre 2013, n. 104, quest'ultimo convertito in Legge 8 novembre 2013, n. 128.

³⁷⁹ Così F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, cit., 160, il quale, *sub* nota 38, richiama l'ipotesi del diritto di servitù a vantaggio futuro alla quale pure sarebbe applicabile l'art. 1 della Tariffa parte 1 Tur, seppure limitatamente al primo dei due atti in cui si sostanzierebbe la vicenda, ossia quello costitutivo del vincolo di servitù, mentre il secondo, idoneo a produrre in via differita il trasferimento della cubatura all'esito positivo del procedimento amministrativo, fungerebbe da elemento esterno e condizionante del precedente, pertanto non autonomamente tassabile.

l'aliquota ordinaria del 3% del corrispettivo a termini dell'art. 9 della Tariffa parte 1 allegata al Tur.

Qualora, infine, si preferisca accedere alla tesi della reificazione della cubatura, bisognerebbe stabilire se la componente mobiliare possa dirsi prevalente sulla componente immobiliare. Se così fosse, l'atto sarebbe tassato a norma dell'art. 2 della Tariffa parte 1 con imposizione al 3%³⁸⁰, individuando, quale base imponibile, il valore del bene o del diritto alla data dell'atto, come previsto dall'art. 43, comma 1, lett. a), del Tur.

Nel caso opposto, tornerà applicabile l'art. 1 della Tariffa, come da ultimo aggiornato, con l'ulteriore difficoltà della valutazione della base imponibile.³⁸¹

Per completezza di esposizione, si ritiene di calcare l'indagine fiscale su ogni ricostruzione dogmatica prospettata in ordine alla cubatura, di guisa da analizzare le ripercussioni tributarie anche laddove si optasse per una delle tesi, per così dire, "minori".

Come evidenziato nelle pagine precedenti, la cessione di cubatura è stata ricostruita anche in termini di costituzione di un vincolo di destinazione alla stregua della fattispecie tipizzata all'art. 2645 *ter* c.c. ovvero di cessione della posizione contrattuale spettante al privato nei confronti della P.A. per il rilascio del permesso di costruire.

Nel primo caso, occorrerebbe distinguere a seconda che all'atto impositivo del vincolo si accompagni o meno l'effetto traslativo di un diritto reale in funzione più o meno strumentale. Ove tale effetto non si produca, l'atto esorbiterà dall'ambito applicativo del D.l. n. 262/2006 (Tus) e scontrerà l'imposta di registro in misura fissa prevista dall'art. 11 della Tariffa parte 1 allegata al Tur per gli atti privi di contenuto patrimoniale.

³⁸⁰ Così A. BUSANI, *L'imposta di registro*, Milano, 2009, 699.

³⁸¹ Secondo F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, cit., 167, potrebbe farsi riferimento, stante la connotazione di ineranza al terreno dal quale la cubatura promana, al valore venale di questo nel comune commercio.

All'opposto, un effetto siffatto attrarrebbe l'atto all'applicazione dell'art. 2, comma 49, del Tus, trattandosi di atto dispositivo a titolo gratuito, con l'imposizione dell'aliquota dell'8%, salvo il caso in cui il beneficiario rivesta una particolare posizione che gli consentirebbe un'aliquota ridotta.³⁸²

Con riferimento all'ipotesi di cessione del contratto, viceversa, l'art. 31 del Tur dispone la soggezione di tale tipo di atto all'imposta con l'aliquota propria del contratto ceduto, calcolando la base imponibile sul corrispettivo pattuito per la cessione e sul valore attribuito alle prestazioni ancora ineseguite, soggetto a imposta proporzionale, salvo scontare la tassa fissa in caso di mancata previsione del corrispettivo.³⁸³

È dubbio se la ricostruzione fiscale in ordine alla circolazione dei diritti edificatori possa essere univoca nelle operazioni di micropianificazione urbanistica testé affrontate e nelle operazioni appartenenti all'alveo della perequazione, compensazione ed incentivazione.

Anche qui si rende necessario affrontare la questione distinguendo le diverse fasi della genesi, decollo, volo e atterraggio di tali diritti.

Per quanto al momento genetico, giova precisare che l'attribuzione ad un lotto di un indice volumetrico non costituisce di per sé elemento imponibile dal punto di vista delle imposte indirette nel caso in cui derivi da una previsione normativa mentre, all'opposto, nel caso di disposizione convenzionale occorre analizzarne i profili fiscali.

Alla stregua, infatti, del discusso richiamo che la novella del 2011 opera a fini pubblicitari alle convenzioni e, in generale, agli atti costitutivi di diritti edificatori, è preferibile ritenere la possibilità di applicare a tali fattispecie il regime fiscale di cui all'art. 20 della Legge 28 gennaio 1977, n. 10 (cd. Legge Bucalossi) e, conseguentemente, l'esenzione di cui all'articolo 32, comma 2,

³⁸² Così G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 573.

³⁸³ F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, cit., 158.

d.P.R. n. 601/1973, con applicazione dell'imposta di registro in misura fissa ed esenzione dall'imposta ipotecaria.³⁸⁴

Venendo alle fasi successive, si può sostenere che, ai fini fiscali, il decollo e il volo possono essere trattati congiuntamente in quanto entrambi importano circolazione dei diritti edificatori a prescindere dalla circostanza che nell'uno e non nell'altro si verifica un distacco dal fondo da cui essi originano.

Qualora ritenessimo di trovarci di fronte alla cessione di diritti reali, tale trasferimento sarà assoggettabile all'imposizione di cui all'art. 1 della Tariffa parte prima allegata al Tur.³⁸⁵ Trattandosi di fondo edificabile, la relativa tassazione riproporrà i caratteri di quella tipica delle servitù con la rinnovata aliquota del 9% sul corrispettivo pattuito.³⁸⁶

Nell'atto traslativo dei diritti edificatori sussisterebbero, comunque, tutti i presupposti ai fini dell'applicazione dell'imposta ipotecaria dovuta a norma del D.Lgs. n. 347/1990 (cd. TUIC) nella misura oggi fissata in euro 50.³⁸⁷

Seguendo le diverse tesi dell'atto obbligatorio, della cessione del credito e della reificazione, le valutazioni non possono che orientarsi in maniera diversa.³⁸⁸

³⁸⁴G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 578, sottolinea come tale considerazione sia estensibile anche alle ipotesi di atti ricognitivi dell'intervenuta attività amministrativa dalla quale sia derivata la costituzione di diritti edificatori da trascrivere, malgrado sia ostacolata dalla riforma *infra* citata che, a far data dal 1 gennaio 2014, sopprime, in relazione agli atti di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 1 della Tariffa, "tutte le esenzioni e le agevolazioni tributarie, anche se previste in leggi speciali".

³⁸⁵ Si tratta della posizione assunta anche dall'amministrazione finanziaria con la più volte citata Risoluzione n. 233 del 2009, ove si legge che tale atto può essere sovrapposto ad un titolo traslativo della proprietà e degli altri diritti reali immobiliari.

³⁸⁶ Così A. BUSANI, *L'imposta di registro*, Milano, 2009, 699.

³⁸⁷F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, cit., 171, il quale segnala pure come una ricostruzione in questi termini escluderebbe l'imposta catastale, non essendovi alcuna operazione soggetta a voltura, mentre implicherebbe la possibilità di applicare l'aliquota agevolata dell'1% propria degli acquisti di aree ubicate in piani particolareggiati e con finalità di edilizia residenziale, trattandosi di norme dirette al migliore utilizzo del suolo suscettibile di potenzialità edificatoria per finalità meritevoli. Nello stesso senso anche A. PISCHETOLA, *La circolazione di cubatura, di crediti edilizi e di diritti edificatori: profili fiscali*, cit., 2672; G. PETRELLI, *Cessione di cubatura e trattamento tributario dei trasferimenti dei terreni edificabili*, cit. 139.

Nel primo caso, il trasferimento sarà sottoposto all'aliquota del 3% sul corrispettivo *ex art. 9* della Tariffa allegata al Tur³⁸⁹ mentre, con riferimento all'ipotesi della reificazione, vigerebbe una tassazione in termine fisso ai sensi dell'art. 2, comma 1, primo periodo della Tariffa parte prima, con applicazione dell'aliquota del 3%.

È, altresì, verosimile che la circolazione dei diritti edificatori abbia luogo in forma cartolarizzata, ossia mediante girata di speciali titoli volumetrici³⁹⁰ emessi dall'amministrazione comunale che incorporano tali diritti. Una parte della dottrina accoglie con sfavore tale previsione, ritenendo che essa ingenererebbe una tassazione confusionaria e contraddittoria, atteso che contrapporrebbe uno scenario applicativo previsto all'art. 1 o all'art. 2 della Tariffa parte prima ad un metodo di circolazione per incorporazione, il quale, argomentando dall'art. 8 della Tabella allegata al Tur, farebbe ritenere esenti da registrazione le relative girate.³⁹¹ Di conseguenza, gli atti di ripetizione della girata, quantunque effettuata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, sconterebbero l'imposta fissa ai sensi dell'art. 11 della Tariffa parte prima e dell'art. 2 della Tariffa parte seconda del Tur, instaurando evidenti disparità rispetto alle forme di circolazione alternative.

³⁸⁸ A. PISCHETOLA, *Negoziazione dei diritti edificatori e relativa rilevanza fiscale, anche alla luce dell'articolo 2643 n. 2-bis) c.c.*, studio n. 540-2014/T CNN, in *www.notariato.it*, 12.

³⁸⁹ Sul punto G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 580, ricorda come la fattispecie possa essere ricondotta all'ipotesi della cessione del credito ai sensi dell'art. 6 della Tariffa parte 1 allegata al Tur con aliquota dello 0,50%.

³⁹⁰ Si tratta di schede che indicano la consistenza della cubatura, gli indici di adeguamento della stessa, la previsione di scadenze temporali e gli oneri cui è subordinata la fruizione del diritto edificatorio.

³⁹¹ F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, cit., 172.

Infine, con riferimento all'atterraggio, occorre riferire di due distinti indirizzi che si sono contrapposti in ordine all'individuazione della tassazione applicabile.³⁹²

Secondo una prima impostazione³⁹³, la natura della vicenda e la sua origine convenzionale orientano l'interprete a non scardinare l'unitaria operazione negoziale nelle singole vicende traslative di attribuzioni, cessioni o permutate che potrebbero costituirne il contenuto, e a optare per l'imposta fissa di registro e l'esenzione dall'imposta ipotecaria.

La posizione opposta³⁹⁴, facendo leva sulla natura giuridica della perequazione e sulla *ratio* della redistribuzione interna, conferisce maggiore risalto alle vicende traslative in essa contenute, concludendo, anche qui, per l'applicazione dell'art. 1 della Tariffa parte prima del Tur e, se del caso, anche dell'agevolazione prevista per i piani particolareggiati con applicazione delle aliquote dell'1%, per l'imposta di registro, e del 3%, per l'imposta ipotecaria.

È sorto, altresì, il dubbio, in dottrina, in ordine alla possibilità di applicare ai modelli perequativi le conclusioni pacificamente raggiunte nell'analisi fiscale degli atti di redistribuzione di aree tra co-lottizzanti³⁹⁵. Sul punto, se la posizione dell'amministrazione finanziaria era in origine particolarmente rigorosa³⁹⁶, ad oggi³⁹⁷ si ritiene applicabile l'art. 32 del d.P.R. n. 601/1973 non

³⁹² Può dirsi, ormai, accantonata la ricostruzione in termini di costituzione di rapporti di natura obbligatoria, con conseguente tassazione a norma dell'art. 9 della Tariffa parte prima allegata al Tur (così F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, cit., 173).

³⁹³ Così Commissione Tributaria del Consiglio Nazionale del Notariato, studio n. 28-2006/T, il cui estensore è A. PISCHETOLA.

³⁹⁴ A. PISCHETOLA, *La circolazione di cubatura, di crediti edilizi e di diritti edificatori: profili fiscali*, cit., 2672.

³⁹⁵ Si tratta di atti con i quali vengono ripartiti proporzionalmente i vantaggi e gli svantaggi derivanti dalla attuazione del piano urbanistico mediante varie tecniche redistributive, ai quali pure si ritiene applicabile l'art. 20 della Legge 28 gennaio 1977, n. 10 e, quindi, l'art. 32 del d.P.R. n. 601/1973, con l'imposta di registro in misura fissa e l'esenzione dalle imposte ipotecaria e catastale.

³⁹⁶ Cfr. Risoluzioni nn. 156 del 2004; 220210 del 1986 e 25066 del 1983.

³⁹⁷ Vd. Risoluzione n. 1 del 2012.

solo nel caso di atti di redistribuzione immobiliare tra i proprietari di aree riunitisi in consorzio *ex art. 13, comma 6, della Legge n. 10/1977* ma anche in assenza di tale consorzio, con plausibile estensione anche alla perequazione urbanistica, salvo il caso di assoggettabilità ad Iva³⁹⁸.

Proseguendo nelle imposte indirette, come si accennava, una simile vicenda traslativa può verosimilmente assumere i caratteri del negozio a titolo gratuito e, più in particolare, procurare l'arricchimento del destinatario tanto in occasione di donazioni quanto in occasione dell'apertura di successioni.

Tale discorso è proficuo in considerazione sia della cubatura sia dei diritti edificatori di recente riconoscimento ma, in riferimento a questi ultimi, quanto meno nella fase del volo, genera non poche perplessità riguardo alla determinazione della base imponibile.

Posta, infatti, la pacifica valutazione di tale valore unitamente al lotto cui rispettivamente accedono nelle fasi di decollo e di atterraggio, nella fase del volo la base imponibile desta qualche problema, che alcuni risolvono ipotizzando l'utilizzo del valore globale dei diritti al netto di eventuali oneri che gravano in capo al beneficiario, diversi da quelli indicati all'art. 58, comma 1, d.P.R. n. 346/1990.³⁹⁹

Infine, con riferimento all'imposta municipale unica (cd. IMU), occorre segnalare una singolare peculiarità della vicenda che ci occupa, essendo questa idonea a svuotare un fondo della potenzialità edificatoria che gli compete senza che risulti ufficialmente la relativa perdita dell'edificabilità.

La circostanza comporta, pertanto, una discrasia tra la situazione che di fatto caratterizza il fondo in oggetto e la situazione di diritto ad esso ascrivibile.

³⁹⁸ Circostanza che secondo A. PISCHETOLA, studio n. 28-2006/T, risulta inevitabile soltanto laddove siano previsti conguagli in denaro.

³⁹⁹ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 585.

Se si pone mente al fatto che è l'astratta previsione dell'edificabilità del suolo ad opera degli strumenti urbanistici a generare l'obbligazione tributaria in capo al titolare del fondo medesimo, appare evidente che il cedente dei diritti edificatori potrebbe essere chiamato a rispondere dell'imposta municipale unica, malgrado ne manchino concretamente i presupposti di fatto e di diritto.

Peraltro, come è stato acutamente osservato, la sottrazione del fondo *a quo* dal novero dei presupposti applicativi dell'imposta non cagionerebbe alcuna variazione nel gettito complessivo, atteso che il fondo *ad quem* godrà di un incremento di valore, corrispondente al decremento del primo fondo, rilevante ai fini impositivi.⁴⁰⁰

Tale assunto resterebbe certamente svuotato di valore nel caso in cui, invece, si dia luogo ad un circolazione "in volo" senza, dunque, per il momento dare luogo ad alcun atterraggio, il che non determinerà alcun incremento idoneo a bilanciare quanto decurtato.

In conclusione, non manca chi, a prescindere da quanto sin qui sostenuto, propendendo per la tesi della reificazione dei diritti di edificare, ritiene insuperabile il rilievo della tassatività dei beni soggetti all'imposta in commento. Il novero di tali beni, infatti, non contemplerebbe beni mobili, che detti diritti configurerebbero, come *infra* analizzato⁴⁰¹, sino all'incorporazione nella costruzione corrispondente.⁴⁰²

⁴⁰⁰A. BUSANI, *Manuale dell'IMU*, Milano, 2012, 159.

⁴⁰¹ Si rinvia al par. 4.2.4. del cap. IV.

⁴⁰²G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 586.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Diritto amministrativo*, (a cura di F. G. Scoca), Torino, 2014;

ALAMANNI A., *Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori: bene o nuovo diritto?*, in *Contr. e impresa*, III, Padova, 2014;

AMADIO G., *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno*, in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2012;

AMOROSINO S., *Il “governo del territorio” tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *RGE*, Milano, 2003;

ANTONIAZZI S., *Le conseguenze della reiterazione di vincoli espropriativi e di inedificabilità, secondo la più recente giurisprudenza amministrativa: gli obblighi di motivazione e di indennizzo nonché di nuova pianificazione dell’area priva di destinazione urbanistica*, in *RGE*, VI, Milano, 2004;

ASSINI N., *Pianificazione urbanistica e governo del territorio*, Padova, 2000;

ASSINI N. – MANTINI P., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1997;

BARALIS G., *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, in *I quaderni della Rivista di diritto civile*, n. 17, Padova 2010;

BARTOLINI A., *La nuova chance di Palazzo Spada*, in *Urb. App.*, Milano, 2007;

BARTOLINI A., *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, Rimini, 2007;

BARTOLINI A., *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.*, II, Rimini, 2008;

BARTOLINI A. – MALTONI A., *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto* (a cura di), Napoli, 2009;

BASSANI M., *Il piano regolatore generale*, Milano, 1996;

BASSANI M. – ITALIA V., *Piano regolatore*, in *Urbanistica Edilizia Espropriazione* (a cura di V. Italia), Milano, 2007;

BELLAMIA S. – PAGLIARI G. – SANDULLI M.A. (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO e U. MORELLO, vol. IV, Milano, 2012;

BERGAMO E., *La cessione di diritti edificatori*, in *Corr. Merito*, II, Milano, 2012;

BERGONZINI G., *Piano regolatore particolareggiato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996;

BIANCA M. C., *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 2003;

BIONDI B., *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, XII, Milano, 1967;

BOSCOLO E., *Espropriazione: la giurisprudenza della CEDU e l'urbanistica regionale tra perequazione, compensazione e premialità*, in *FATAR*, 2005;

BOSCOLO E., *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno*, in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2012;

BOSCOLO E., *La perequazione e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, II, Rimini, 2010;

BOSCOLO E., *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, in *Urb. app.*, Milano, 2011;

BRANCA G., *Servitù prediali (art. 1027-1099)*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Roma-Bologna, 1967;

BREGANZE M., *Piano territoriale di coordinamento*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996;

BUSANI A., *L'imposta di registro*, Milano, 2009;

BUSANI A., *Manuale dell'IMU*, Milano, 2012;

BUTTITTA R., *Convenzioni di lottizzazione e cessione di cubatura*, in R. CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009;

CACCIAVILLANI LANZIERI C., *Piano per gli insediamenti produttivi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996;

CAIA G., *Governo del territorio e attività economiche*, in *DA*, IV, 2003;

CALEGARI A., *Programma di fabbricazione*, in ITALIA V. (a cura di), *Urbanistica Edilizia Espropriazione*, Milano, 2007;

CAMPANILE T. – GENGHINI L., *I diritti reali*, Padova, 2011;

CANDIAN A., *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso*, in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994;

CANDIAN A., *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. civile, Appendice, I*, Torino, 2000;

CARPENTIERI P., *La nozione giuridica di paesaggio*, in *RTDP, II*, Milano, 2004;

CARRABBA A.A. – CASU G., *Art. 871*, in A. JANNARELLI – F. MACARIO (a cura di), *Della proprietà. Artt. 869-1099*, in *Comm. c.c.* E. Gabrielli, Torino, 2012;

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013;

CASU G., *I negozi di destinazione a tutela della pianificazione urbanistica*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata. Atti del Convegno*, in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2007;

CECCHERINI G., *Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, Padova, 2009;

CECCHERINI G., *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, Milano, 1990;

CECCHERINI G., *Il c.d. "trasferimento di cubatura"*, Milano, 1985;

CENTOFANTI N., *I vincoli alla proprietà privata*, Torino, 2005;

CENTOFANTI N. – CENTOFANTI P., *La nuova disciplina del silenzio della P.A.*, Rimini, 2011;

- CENTOFANTI N. – FAVAGROSSA M. – CENTOFANTI P., *Diritto urbanistico*, Padova, 2012;
- CERULLI IRELLI V., *Jusedificandi*, in N. IRTI (a cura di), *Dizionari del diritto privato*, Milano, 1980;
- CERVELLI S., *I diritti reali*, Milano, 2012;
- CHIANALE A., *Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di cubatura*, in *Giur. it.*, I, Torino, 1989;
- CILLO C. – D’AMATO A. - TAVANI G., *Dei singoli contratti*, I e II, Milano, 2005-2011;
- CIMMINO N.A., *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, V, Milano, 2003;
- CIRILLO G.P., *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi*, in *Riv. not.*, Milano, 2013;
- COLLETTI R., *La servitù e la cessione di cubatura*, in *Nuova rassegna*, Firenze, 1996;
- COMPORI M., *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011;
- CONTI R., *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009;
- CONTIERI A., *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo*, Napoli, 2000;
- CRETELLA B., *Trascrizione degli atti relativi a diritti edificatori (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, in *Gazz. not.*, Potenza, 2011;

D'ANGELO G., *L'illegittimità dei piani regolatori generali in assenza di zonizzazione*, in UA, 2002;

D'ANGELOSANTE M., *Strumenti perequativi e compensativi– La traslazione del diritto ad edificare come strumento di compensazione urbanistica*, in S. BATTINI – L. CASINI – G. VESPERINI – C. VITALE (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013;

DE MARTINIS P., *Accorpamento urbanistico di più aree, con particolare riferimento al trasferimento di volumetria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, Milano, 1996;

DE MARTINIS P., *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, Milano, 1996;

DE PAOLIS S., *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *RGE*, V, Milano, 2011;

DI MAJO A., *Incidenza della pianificazione urbanistica sull'assetto proprietario dei suoli*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica* (Atti della Tavola rotonda, Macerata 22-24 maggio 1970), I. *Relazioni e comunicazioni*, Milano, 1971;

DI PAOLO M., *Trasferimenti di cubatura d'area e "numero chiuso" dei diritti reali*, in *Riv. not.*, Milano, 1975;

DI VITA G.A., *Riflessioni sul tema di cessione di cubatura: una lettura provocatoria della novella*, in *Il Notaro*, Roma, 2011;

DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, 2011;

FAVA P. – GIULIANO P. – SORANO F., *La tutela della proprietà e degli altri diritti reali*, Rimini, 2006;

FIALE A., *Diritto urbanistico*, Napoli, 1997;

- GABRIELLI E., *La pubblicità immobiliare*, Torino, 2012;
- GABRIELLI E. – GAZZONI F., *Trattato della trascrizione*, Torino, 2012;
- GALGANO F., *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contratto e impr.*, II, Milano, 2010;
- GALLI R., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1996;
- GAMBARO A., *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *RGE*, Milano, 2010;
- GAMBARO A., *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012;
- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1995;
- GAMBARO A., *La proprietà edilizia*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, VII, Torino, 2005;
- GAROFOLI R., *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 Cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno*, in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2012;
- GAZZONI F., *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, in *Giust. civ.*, II, Milano, 2012;
- GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645bis*, Milano, 1998;

GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, I, Napoli, 2007;

GRASSELLI G., *La proprietà immobiliare*, Padova, 2010;

GRASSANO N., *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Riv. not.*, Milano, 1992;

GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003;

LANGELLA M., *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, in *Vita not.*, Palermo, 2007;

LAVITOLA G., *Trent'anni dopo: l'impatto delle sentenze della Corte Costituzionale n. 55 e 56 del 1968 sull'evoluzione successiva dell'ordinamento giuridico e dell'urbanistica*, in *Atti del Convegno Roma 20.4.1998*, in *RGE*, II, Milano, 1998;

LEO M., *Il trasferimento di cubatura*, Milano, 2007;

LEO M., *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 1763/1999, in *Studi e materiali*, 6.2, Milano, 2001;

LIBERTINI M., *I "trasferimenti di cubatura"*, in F. GALGANO, *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, III, Torino, 1995;

LIBERTINI M., *Sui "trasferimenti di cubatura"*, in *Contr. e impr.*, Milano, 1991;

LORO P., *Motivazione e indennizzo nella reiterazione del vincolo preordinato all'esproprio dopo la sentenza Cdsap. 7/2007*, in *Esproprio online*, 2007;

- MAGLIULO F., *L'incidenza dei provvedimenti amministrativi sulla circolazione degli immobili*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno*, in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2012;
- MALTONI A., *Perequazione e compensazione nella legislazione urbanistica della Regione Emilia Romagna e nella disciplina di alcuni strumenti urbanistici locali. Considerazioni generali in tema di alienazione di diritti edificatori*, in BARTOLINI A. – MALTONI A. (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto*, Napoli, 2009;
- MANTINI P., *Le trasformazioni del diritto urbanistico*, Padova, 2012;
- MARENA G., *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, in *Riv. not.*, IV, Milano, 2013;
- MARENCHI E. M., *Il sistema amministrativo locale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Santaniello, Padova, 1994;
- MASTROPIETRO B., *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013;
- MENGOLI G. C., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009;
- MENGOLI V., *Gli accordi amministrativi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003;
- MEUCCI S., *Destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009;
- MEUCCI S., *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012;
- MINERVA A.M., *La cessione di cubatura alla luce dell'art. 2643 n. 2-bis c.c.*, in *Riv. del Notariato*, Roma, 2013;

MORBIDELLI G., *Pianificazione territoriale ed urbanistica*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1991;

MUSIO A. – SABBATO G. – SALITO G., *Il piano casa*, Torino, 2011;

NIGRO M., *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati. Problemi generali*, in M. COSTANTINO, *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978;

PAGANO A., *In tema di c.d. trasferimento di cubatura*, in *Corr. giur.*, Milano, 1996;

PAGLIARI G., *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 1999;

PATTI F. – RUSSO F., *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, II, Palermo, 2001;

PERONGINI S., *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005;

PETRELLI G., *Cessione di cubatura e trattamento tributario dei trasferimenti dei terreni edificabili*, studio n. 24/2002, in *Studi e materiali*, I, 2003;

PETRELLI G., *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009;

PISCHETOLA A., *La circolazione di cubatura, di crediti edilizi e di diritti edificatori: profili fiscali*, in *Il fisco*, XVII, 2011;

PORTALURI P., *Le funzioni urbanistiche “necessarie” dei soggetti privati: aspetti di diritto interno e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, I, Milano, 1999;

PICCO G. – MAROCCO A.M., *I cosiddetti “trasferimenti di cubatura”*, in *Riv. not.*, Milano, 1974;

- PREDIERI A., *La legge 28 gennaio 1977, n. 10*, Milano, 1977;
- PREDIERI A., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969;
- PUGLIATTI S., *Beni e cose in senso giuridico*, in *Scritti giuridici*, Vol. IV, Milano, 2011;
- PUGLIESE F. – FERRARI A., *Presente e futuro nella pianificazione urbanistica*, Milano, 1999;
- QUAGLIA M.A., *Pianificazione urbanistica e perequazione*, Torino, 2000;
- RAPONI F., *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno*, in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2012;
- REBECCA G. – BORRIERO G., *Cessione di terreni: ulteriori aspetti*, in *Il fisco*, II, Milano, 2008;
- RIZZI G., *La circolazione dei crediti edilizi*, in *Nuovi strumenti di pianificazione urbanistica e del territorio*, Milano, 2009;
- SANDULLI M.A., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984;
- SANDULLI M.A., *Reiterazione dei vincoli espropriativi e tutela risarcitoria*, in *RGE*, II, Milano, 1993;
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997;
- SATURNO A. – STANZIONE P., *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2002;

SAVATTERI A., *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione*, in *Urb. app.*, IV, Milano, 2013;

SCARLATELLI S., *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, in *Giust. civ.*, Milano, 1995;

SCUCCIMARRA R., *L'art. 2645 quater codice civile: prime riflessioni*, in *Immobili & proprietà*, X, Milano, 2012;

SELVAROLO S. G., *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989;

SMANIOTTO E., *Il nuovo art. 2645 quater c.c. sulla trascrizione di atti costitutivi di vincoli*, in *Vita not.*, Palermo, 2012;

SMANIOTTO E., *La cubatura e la trascrizione della cessione di cubatura*, in *Immobili & proprietà*, VI, Milano, 2012;

STELLA RICHTER P., *La perequazione urbanistica*, in *RGE*, II, Milano, 2005;

STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992;

TAMIOZZO R., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2005;

TENELLA SILLANI C., *I "limiti verticali" della proprietà fondiaria*, Milano, 1994;

TINTORI S., *Perequazione, dieci tesi maturate sul campo*, in *Urb. Inf.*, 148, 1996;

TRABUCCHI A., *La facoltà di edificare tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, II, Milano, 1980;

TRAPANI G., *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione e mutazione del diritto*, Studio n. 671/2009 del C.N.N., in *Studi e materiali del Consiglio del Notariato*, Roma, 2011;

TRAPANI G., *I diritti edificatori*, in *Notariato e diritto immobiliare*, Coll. diretta da G. LAURINI – E. BRIGANTI, III, Milano, 2014;

TRAPANI G., *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno*, in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2012;

TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000;

TRIOLA R., *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, Torino, 2004;

TRIOLA R., *La “cessione di cubatura”: natura giuridica e regime fiscale*, in *Riv. not.*, Milano, 1974;

TRIOLA R., *Le servitù*, in *Il diritto civile, Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2008;

TROJANI L., *Tipicità e numerusclausus dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed un’ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, Palermo, 1990;

ULESSI C., *Convenzioni urbanistiche e trascrizione: il nuovo art. 2645 quater c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, VI, Milano, 2012;

URBANI P., *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d’uso dei suoli*, in *UA*, 2006;

URBANI P., *Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica comunale*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno*, in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2012;

URBANI P., *L'urbanistica consensuale*, Torino, 2000;

URBANI P., *L'urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011;

URBANI P., *La costruzione del piano paesaggistico*, in *UA*, 2006;

URBANI P., *Pianificazione per accordi*, in *RGE*, IV, Milano, 2005;

URBANI P., *Territorio e poteri emergenti*, Torino, 2007;

URBANI P. – CIVITARESE MATTEUCCI S., *Diritto urbanistico*, Torino, 2013;

VANGHETTI V., *Profili civilistici della c.d. "cessione di cubatura"*, in *Notariato*, Milano, 1996;

ZAMPETTI E., *Diritti edificatori, permesso di costruire, d.i.a., negli interventi normativi del 2011*, in *Corr. merito*, Milano, 2012.