# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE,**

**DEL LINGUAGGIO,**

**DELL'INTERPRETAZIONE E DELLA TRADUZIONE**

**Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza**


**Tesi di Laurea in**
**Diritto della Pubblicità Immobiliare**

# Natura giuridica dei diritti edificatori e profili di pubblicità immobiliare


**Laureando:**
**Leonardo Tamassia**

**Relatore:**
**Chiar.ma Prof.ssa Romana Pacia**



**Anno Accademico 2014-2015**

INDICE

PREMESSA ..... V

CAPITOLO PRIMO

LA C. D. CESSIONE DI CUBATURA: ORIGINI, NATURA GIURIDICA, PUBBLICITA'

1. L'origine dei contratti di cessione di cubatura: un inquadramento sistematico ... 1

2. Le diverse teorie in merito alla natura giuridica della fattispecie: orientamento c.d. privatistico e orientamento c.d. pubblicistico ..... 6

3. La cessione di cubatura come negozio ad effetti reali ..... 9

3.1 Diritto reale atipico ..... 9

3.2 Diritto di superficie ..... 11

3.3 Rinunzia alla facoltà di edificare ..... 13

3.4 Diritto di servitù ..... 14

4. Teorie minoritarie ..... 18

4.1 Vincolo di destinazione ..... 18

4.2 Cessione di contratto ..... 20

5. La cessione di cubatura come negozio ad effetti soltanto obbligatori ..... 22

6. Ricadute in punto di pubblicità immobiliare ..... 24

CAPITOLO SECONDO

## I TRASFERIMENTI DI VOLUMETRIA LEGATI A FENOMENI PEREQUATIVI, COMPENSATIVI E PREMIALI

1. Dalla cessione di cubatura ai nuovi diritti edificatori: un inquadramento sistematico ..... 29

2. I modelli perequativi, compensativi ed incentivanti ..... 35

2.1 La perequazione ..... 35

2.2 La compensazione ..... 41

2.3 L'incentivazione ..... 45

3. Rassegna della scarsa e frammentaria legislazione statale ..... 48

4. I diritti edificatori nella legislazione regionale: breve rassegna ed analisi di alcune esperienze paradigmatiche ..... 53

4.1 Profili di perequazione, compensazione e premialità nella legge urbanistica regionale del Friuli-Venezia Giulia ..... 54

4.2 L'esperienza della Regione Veneto ..... 58

5. Alcune considerazioni conclusive: i problemi sollevati dalla circolazione dei diritti edificatori prima della riforma del 2011 ..... 63

CAPITOLO TERZO

## NATURA GIURIDICA E PUBBLICITA' DEI DIRITTI EDIFICATORI ALLA LUCE DEL NUOVO ART. 2643, N. 2-*BIS*, C.C.

1. La novellazione dell'art. 2643 c. c. ad opera del d. l. 70/2011, convertito dalla l. 106/2011 ..... 71

2. Le teorie sulla natura giuridica dei diritti edificatori proposte nel vigore della novella ..... 79

2.1 La cubatura quale bene in senso tecnico-giuridico ..... 79

2.2 Il diritto edificatorio quale nuovo diritto reale tipico ..... 85

2.3 Il diritto edificatorio quale interesse legittimo pretensivo: la *chance* edificatoria ..... 92

3. La pubblicità delle vicende di diritti edificatori nel sistema della trascrizione ..... 103

3.1 La trascrizione dei contratti che trasferiscono diritti edificatori: efficacia notiziale; efficacia dichiarativa; efficacia "costitutiva" dell'equipollenza con l'atto di asservimento ..... 103

3.2 Aspetti problematici relativi alla trascrizione di contratti traslativi di diritti edificatori "in volo" ..... 110

3.3 La trascrizione delle domande giudiziali: esclusione. La lacuna relativa alla pubblicità delle vicende estintive: possibili soluzioni ..... 115

3.4 La trascrizione dei contratti che costituiscono e modificano diritti edificatori: efficacia meramente notiziale ..... 119

4. La pubblicità delle vicende di diritti edificatori nel sistema tavolare ..... 125

CONCLUSIONI ..... 137

BIBLIOGRAFIA

# PREMESSA

Com'è noto, il decreto legge 70/2011, poi convertito in legge con modificazioni, ha previsto l'ampliamento dell'elenco degli atti soggetti a trascrizione nei pubblici registri immobiliari, con funzione c. d. dichiarativa, attraverso l'introduzione, all'interno dell'art. 2643 c. c., del nuovo n. 2-*bis* , a norma del quale devono rendersi pubblici con il mezzo della trascrizione "i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale". All'evidenza, la formula legislativa rivela, oltre alla pluralità di fonti dalle quali può promanare la previsione delle fattispecie trascrivibili, anche il disinteresse per il profilo nominalistico: è chiaro che, con l'espressione "diritti edificatori", il legislatore abbia voluto fare riferimento, nell'ottica della loro emersione pubblicitaria e dell'applicazione di una ben determinata regola di soluzione dei conflitti, ad ogni possibile operazione avente ad oggetto la cubatura edificabile, intesa come capacità edificatoria attribuita ad un fondo, mediante quell'opera di conformazione della proprietà privata che viene svolta dalla Pubblica Amministrazione attraverso lo strumento urbanistico.

Sarebbero sufficienti queste poche righe per fare comprendere come gli istituti di cui si tratta si collochino esattamente sul crocevia tra il diritto pubblico e il diritto privato, in una sorta di limbo giuridico che suscita maggiormente l'interesse, ora dei giuspubbicisti, ora dei civilisti. Invero, qualche ulteriore precisazione si rende necessaria. Come si è detto, ogni possibile operazione inerente alla volumetria edificabile sembra rientrare nella previsione di cui al novello art. 2643, n. 2-*bis*, c. c.: la mente corre, anzitutto, ad un istituto ben noto alla prassi fin dagli anni '60, la c. d. cessione di cubatura (intesa in senso stretto), attraverso la quale si è reso possibile,

per i privati, "spostare" la cubatura tra fondi, contigui e siti nella medesima zona urbanistica, in modo che il "cessionario" potesse ottenere un titolo abilitativo edilizio per una volumetria superiore a quella che gli sarebbe spettata secondo gli strumenti urbanistici, sfruttando quella contestualmente "ceduta" dal vicino. Siffatto istituto, la cui rilevanza economica è evidente, dopo essersi insinuato nell'ordinamento attraverso le pieghe della prassi, ha finito inevitabilmente per suscitare, in assenza di qualsivoglia disciplina legislativa, il vivo interesse della dottrina la quale, nell'arco di almeno tre decenni, si è davvero sbizzarrita nella prospettiva di offrire ad esso un degno inquadramento dogmatico, per certi versi assecondata da un'elaborazione giurisprudenziale tutt'altro che univoca. Né può nascondersi che, a valle della questione relativa alla natura giuridica, si poneva il problema, almeno altrettanto importante, dell'emersione pubblicitaria di tali vicende negoziali, anch'esso risolto, in modo altrettanto vario, a seconda dell'opzione di partenza.

In realtà, l'interesse della dottrina per la c. d. cessione di cubatura, per come appena descritta, sembra conoscere una fase discendente a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, fenomeno di certo non imputabile al raggiungimento di posizioni ampiamente condivise. Invero, a partire da quel momento, le operazioni sulla cubatura hanno iniziato ad assumere, su impulso di alcune esperienze locali e regionali e nel generale disinteresse del legislatore nazionale, una portata fino ad allora forse impensabile[1], divenendo uno strumento rilevantissimo per il perseguimento di obiettivi di pubblico interesse. Si allude allo sviluppo, in seno al diritto urbanistico, degli istituti della perequazione, della compensazione e dell'incentivazione, per il cui tramite le Pubbliche Amministrazioni, in vario modo servendosi della volumetria edificabile, tentano di perseguire gli scopi più vari:

[1] Scrive LIBERTINI, *Sui "trasferimenti di cubatura"*, in *Contr. e impr.*, 1991, 92, che "la connessione tra due fondi è stata finora sempre un elemento tipizzante la fattispecie in esame. Non si è finora mai prospettato un trasferimento astratto di cubatura, avente ad oggetto una capacità edificatoria di cui l'acquirente possa avvalersi in un qualsiasi altro terreno di sua proprietà. Non è escluso che questa evoluzione del trasferimento di cubatura possa verificarsi in futuro".

dall'uguaglianza dei privati di fronte al potere di pianificazione all'acquisizione di spazi destinati alla c. d. città pubblica in periodo di gravi ristrettezze finanziarie; dalla riqualificazione energetica degli edifici al recupero di opifici dismessi e così via. Occorre precisare che la presente indagine non intende approfondire l'impatto del ricorso a siffatti strumenti sotto un aspetto squisitamente pubblicistico, lasciando ai cultori della materia, che presenta anche non trascurabili profili di rilevanza costituzionale, l'ardito compito.

L'elemento di forte rottura rispetto al passato è che alcune realtà regionali e comunali hanno previsto la possbilità che la volumetria, attribuita a vario titolo e per i fini più vari ai privati proprietari, sia suscettibile di circolazione tra fondi anche assai lontani tra loro e, soprattutto, a prescindere dalla titolarità, in capo al "cessionario" di essa, di un'area sulla quale farla, come si dice, "atterrare". Si tratta del fenomeno per il quale, in alcune Regioni, si parla di "credito edilizio" o "titolo volumetrico", da farsi valere nei confronti della P. A. e suscettibile di formare oggetto di un numero indefinito di cessioni tra privati, dopo il "decollo" dal fondo d'origine, fino all'acquisto in capo al proprietario di un'area destinata ad accoglierlo, il quale, avvalendosi del "credito" acquistato, richieda alla P. A. medesima il titolo abilitativo edilizio per una volumetria maggiorata.

Alla luce del grado di astrattezza, rispetto al terreno edificabile, raggiunto da siffatte operazioni, per le quali, inoltre, è costante la presenza della Amministrazione Pubblica, non v'è chi non veda come la commistione fra il diritto amministrativo e il diritto privato si faccia sempre più intensa, fino forse ad escludere quasi la rilevanza di quest'ultimo, se è vero che la dottrina civilistica ha prestato ben poca attenzione a tali fenomeni.

Sennonché, a ridestare l'interesse del civilista è stato lo stesso legislatore il quale, resosi conto che non si sarebbero potuti conseguire i pubblici scopi sottesi ai nuovi istituti, senza un'adeguata regolazione del "mercato" dei diritti edificatori che di essi sono strumento e che, per il buon funzionamento di qualsiasi mercato, costituisce requisito fondamentale la sicurezza (giuridica) dei traffici, si è adoperato

in questo senso, prevedendo appunto la trascrizione delle vicende relativi ai diritti edificatori medesimi. Il ricorso alla pubblicità immobiliare e l'applicazione dei canoni propri di essa per la risoluzione dei conflitti sono stati, quindi, gli istituti per i quali il legislatore ha optato, come strumento per garantire la certezza giuridica delle operazioni sulla cubatura, a prescindere dalla fonte e dal *nomen*, sul presupposto che un intervento legislativo era oramai non più procrastinabile, alla luce del contrasto di opinioni dottrinarie e dell'inefficienza e parzialità delle soluzioni sperimentate a livello locale e regionale (si pensi ai titoli emessi da alcuni Comuni e ai registri comunali dei diritti edificatori). D'altro canto, non può negarsi come, a una tale nobiltà di scopi, non abbia fatto in alcun modo riscontro l'utilizzo di un'adeguata tecnica legislativa. In mancanza, non solo di alcuna legge urbanistica di principi suscettibile di garantire (una base legislativa e) un alto grado di uniformità, sull'intero territorio nazionale, alla regolazione degli innovativi strumenti urbanistici consensuali di cui sopra si è detto, ma anche (e soprattutto, per quanto qui rileva) di un'apposita disciplina sostanziale del versante privatistico del fenomeno, il legislatore si è limitato a novellare un articolo del codice civile che disciplina la pubblicità immobiliare, dando in qualche modo per presupposto il fenomeno per il quale è stata prevista la trascrizione, così perpetrando una tendenza, certo criticabile, che va sempre più affermandosi da un decennio a questa parte: si pensi solo all'art. 2645-*ter*, con il quale, nel 2005, si è prevista la trascrivibilità dei vincoli di destinazione sugli immobili, in mancanza di qualsivoglia disciplina dell'istuto sotto il profilo sostanziale.

Ebbene, come si diceva, l'introduzione di tale norma non poteva non risollevare l'attenzione della dottrina, specie civilistica, la quale ha cercato, in vario modo, di fornire le risposte che ci si attendeva dal legislatore: è nel solco di questo rinnovato interesse per l'istituto, che pone questioni di inquadramento dogmatico tanto interessanti quanto complesse, alla luce delle inestricabili connessioni che si instaurano, nella materia *de qua*, tra il diritto civile e il diritto urbanistico-amministrativo, che si colloca la presente indagine. Deve fin da subito avvertirsi che

l'obiettivo perseguito non è certo quello di approfondire ogni singola questione posta dagli istituti in esame, perché ciò imporrebbe di sconfinare in ambiti di disciplina che esulano dai fini della presente trattazione; piuttosto, scopo del presente lavoro è quello di ripercorrere, in una prospettiva eminentemente privatistica, consapevole, però, dell'imprenscindibilità dei pubblici interessi e poteri coinvolti, il percorso di quelle che fino a qui si sono chiamate, con espressione lata e atecnica, "operazioni sulla cubatura". Si partirà, quindi, dalle origini e dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale creatosi intorno alla cessione di cubatura tradizionale, proseguendo con un inquadramento, volutamente sintetico, dei recenti fenomeni della perequazione, compensazione e incentivazione, per poi arrivare al nucleo dell'indagine, rappresentato da un'analisi critica dei principali tentativi di qualificazione giuridica delle "operazioni sulla cubatura" che sono stati avanzati successivamente alla novella del 2011; dedicando, infine, la necessaria importanza al profilo pubblicitario delle vicende in esame, rispetto al quale si pongono almeno altrettanti problemi, che tocca all'interprete affrontare e (tentare di) risolvere.

Per concludere, quindi, sia consentito ancora una volta rimarcare la rilevanza al contempo economica e sociale dell'istituto di cui si tratta e gli indubbi profili di interesse che esso presenta, anche e soprattutto sotto un profilo squisitamente giuridico. Proprio sotto quest'ultimo profilo l'analisi sarà condotta, come promesso dal titolo, in una duplice direzione: natura giuridica, con riguardo alla quale si cercherà di individuare quello che, allo stato, risulta il migliore inquadramento per l'istituto, dovendosi confrontare, fra l'altro, con le categorie tradizionali del diritto reale e del bene giuridico; pubblicità legale, fenomeno giuridico per così dire di secondo grado, per il quale si tenterà di dare una lettura della nuova disposizione che sia capace, da un lato, di armonizzarsi con il sistema della pubblicità nell'ordinamento giuridico italiano, dall'altro, di attribuire un significato incisivo alla novella, suscettibile di garantire veramente quella certezza giuridica che era negli intenti del legislatore. Un ultimo appunto, senza anticipare ulteriormente

quanto si dirà nel testo: nella consapevolezza che all'interno dell'ordinamento giuridico italiano non vige un unico sistema di pubblicità immobiliare, affiancandosi, a quello generale regolato dal codice civile, il diverso sistema basato sui libri fondiari, non si è potuto non dedicare qualche riflessione, vista anche la sede ove si scrive, alle ripercussioni della nuova fattispecie trascrivibile anche in tale ultimo sistema, le cui peculiarità, anche nei rapporti col sistema della trascrizione, suggeriscono, appunto, di fornire qualche indicazione specifica.

CAPITOLO PRIMO

# LA C. D. CESSIONE DI CUBATURA: ORIGINI, NATURA GIURIDICA, PUBBLICITA'

## 1. *L'ORIGINE DEI CONTRATTI DI CESSIONE DI CUBATURA: UN INQUADRAMENTO SISTEMATICO*

Per cessione di cubatura (o volumetria) si intende il contratto con il quale il proprietario di un'area "cede" la potenzialità edificatoria della stessa o parte di essa ad un soggetto "cessionario" che, incrementando la capacità di espansione fabbricabile del proprio terreno, può così ottenere dal Comune un permesso di costruire (c. d. maggiorato) idoneo alla edificazione di una costruzione avente un volume maggiore di quello che in origine avrebbe potuto esser realizzato secondo le norme urbanistiche[2]. Gli effetti che ne derivano hanno carattere definitivo ed irrevocabile, integrano una qualità oggettiva dei terreni e producono una

[2] Sulla cessione di cubatura in generale, in particolare v. TRIOLA, *La cessione di cubatura: natura giuridica e regime fiscale*, in *Riv. not.*, 1974, 114 ss.; PICCO, MAROCCO, *I così detti "trasferimenti di cubatura"*, in *Riv. not.*, 1974, 626 ss.; SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989, *passim*; CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, *passim*; CECCHERINI, *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, 1990, II, 103 ss.; GRASSANO P., *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 383 ss.; TROJANI, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, 285 ss.; LIBERTINI, *Sui "trasferimenti di cubatura"*, in *Contr. e impr.*, 1991, 73 ss.; GRASSANO N., *La cessione di cubatura*, in *Riv. not.*, 1992, 1069 ss.; SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 287 ss.; PAGANO, *In tema di c.d. trasferimento di cubatura*, in *Corr. giur.*, 1996, 1284 ss.; VANGHETTI, *Profili civilistici della c.d. "cessione di cubatura"*, in *Notariato*, 1996, 417 ss.; LEO, *Il trasferimento di cubatura*, in *Studi e materiali CNN*, 1998-2000, Milano, 2001, 669 ss.; CIMMINO N., *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, 2003, 1113 ss.; LANGELLA, *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, in *Vita not.*, 2007, 428 ss.; CECCHERINI, *Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 557 ss.; DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 199 ss.; BOVA, *Aspettative reali e diritti edificatori*, Napoli, 2012, 117 ss.; GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trasc*rizione, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, I, 1, Torino, 2012, 205 ss.; TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2012, 775 ss.; CIMMINO R., *La cessione di cubatura tra diritto reale e bene immateriale*, in *Notariato*, 2014, 152 ss.

minorazione permanente della loro utilizzazione da parte di chiunque sia il proprietario[3].

Il fenomeno non è espressamente disciplinato dal legislatore, ma ha avuto origine e diffusione nella prassi contrattuale, per ricevere poi l'avallo della giurisprudenza amministrativa e civile.

L'origine più remota di una tale prassi deve ricercarsi nel piano regolatore generale (e nelle relative norme attuative) della città di Torino approvato con d. p. r. 6 ottobre 1959, il quale subordinò la facoltà del proprietario di costruire sul proprio fondo all'osservanza, anche, dell'indice di densità edilizia, cioè del rapporto massimo teorico tra superficie dell'area e volumetria edificabile sulla stessa, stabilito dal Comune nell'interesse pubblico, in misura differente a seconda della zona[4]. L'esempio offerto dal modello torinese fu seguito da altri Comuni, i quali dettarono norme analoghe per l'attuazione dei loro piani regolatori generali.[5]

Il legislatore, dal canto suo, recepì il sistema, che si era così diffuso, nell'art. 17 della legge 6 agosto 1967 n. 765 (c. d. legge ponte), divenuto l'articolo 41-*quinquies* della legge 17 agosto 1942 n. 1150 (c. d. legge urbanistica), e nel decreto ministeriale di attuazione n. 1444 del 2 aprile 1968. La normativa richiamata introdusse, con lo scopo di porre un argine alle scelte urbanistiche delle amministrazioni comunali[6], limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra i fabbricati; prevedendo altresì i rapporti massimi tra gli spazi destinati ad insediamenti residenziali e gli spazi riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi, con riferimento a zone territoriali omogenee. La tecnica urbanistica degli *standard* divenne così di applicazione generale, vuoi attraverso l'adozione o

---

[3] Cass. pen., 20 maggio 2009, n. 21177, in *pa.leggiditalia.it.*

[4] Lo stesso p. r. g., all'art. 6, consente che la cubatura spettante a un'area possa essere utilizzata su altro suolo, a seguito di accordo delle parti col consenso del Comune.

[5] PICCO, MAROCCO, *op. cit.*, 630.

[6] Si veda CANDIAN, *op. cit.*, 5 ss.: secondo l'A. "in particolare si è trattato di evitare che potessero formarsi in alcune zone cittadine situazioni di eccessiva concentrazione edificativa grazie all'altissima densità edilizia consentita da strumenti urbanistici troppo corrivi. Fenomeni del resto che si erano puntualmente verificati in alcune grandi città investite dalla ondata di urbanizzazione verificatasi nei primi anni sessanta".

revisione dei piani regolatori, ad opera dei Comuni, col necessario rispetto di tali *standard*, vuoi con l'applicazione diretta degli stessi nell'ambito dei Comuni sprovvisti di piano regolatore.

Lo *standard* che qui rileva è quello c. d. planovolumetrico: esso indica la densità edilizia, ossia il rapporto (espresso in mc per mq) tra volumi edificabili e superficie disponibile, e risponde all'interesse generale di consentire uno sviluppo edilizio controllato. Tale *standard* attiene alla distribuzione del carico edilizio sul territorio, indipendentemente dal modo in cui esso sia attualmente frazionato tra i proprietari dei singoli fondi. In considerazione di ciò, "è stata spontanea riflessione degli *addetti ai lavori*, quella per cui *coloro che avevano un progetto edilizio ma non disponevano della proprietà del terreno in misura sufficiente per realizzarlo in conformità allo standard planovolumetrico in vigore, potevano tuttavia procurarsi la disponibilità della volumetria mancante acquistandola dai proprietari finitimi, i quali non fossero interessati ad attuare un pari sviluppo edilizio dei loro terreni*"[7]: da qui lo sviluppo della prassi della cessione di cubatura[8].

Il riconoscimento della legittimità di tale prassi, pur in assenza di previsioni urbanistiche che espressamente la prevedano e disciplinino[9], è venuto dalla giurisprudenza amministrativa già a partire dai primi anni '70[10]: essa ha correttamente preso atto di come il fenomeno in esame non leda, di regola, alcun interesse pubblico. Come già osservato, ciò che rileva è che non venga superata la densità edilizia consentita dallo strumento urbanistico nella zona complessivamente considerata, a prescindere dalla distribuzione della volumetria edificabile in un'area piuttosto che in un'altra, della zona medesima: infatti,

---

[7] BOVA, *op. cit.*, 122 ss.

[8] BOVA, *op. cit.*, 123, sottolinea come la necessità di procurarsi la volumetria necessaria alla realizzazione di un certo progetto potrebbe soddisfarsi anche mediante l'acquisto di terreni circostanti a titolo di piena proprietà, sennonché una tale operazione si rileverebbe sproporzionata rispetto allo scopo: essendo tali terreni destinati a rimanere inedificati, bene potrebbero continuare ad esser adibiti all'uso cui sono destinati dai loro attuali proprietari.

[9] V., per tutti, Cons. Stato, 8 settembre 1983, n. 366, in *Cons. Stato*, 1983, 910 ss.

[10] Cons. Stato 28 giugno 1971, n. 632, in *Cons. Stato*, 1971, 1122; Cons. Stato, 23 febbraio 1973, n. 178, in *Cons. Stato*, 1973, 222 ss.

l'aumento della volumetria di una determinata area è compensata dalla corrispondente diminuzione permanente di quella dell'area asservita.

Del pari, dall'elaborazione giurisprudenziale – in assenza, giova ricordarlo, di un'espressa disciplina legislativa nazionale – viene l'individuazione dei presupposti di legittimità della cessione di cubatura[11]: oltre a quello appena rilevato della conservazione della cubatura media nella zona interessata, si richiede che le aree abbiano la stessa destinazione urbanistica e siano confinanti, ovvero collegate tra loro sì da formare un unico lotto in senso, sia fisico, che funzionale[12]. Inoltre si richiede, perché si configuri la cessione di cubatura propriamente detta, alla cui analisi sarà limitata la presente indagine, che i proprietari delle aree siano soggetti distinti, configurandosi altrimenti la diversa ipotesi della c. d. concentrazione di cubatura.

Tuttavia, la sussistenza dei requisiti suesposti non è ancora sufficiente ad attuare l'incremento di cubatura voluto: a tale fine, occorre il consenso del Comune manifestato, all'esito di un procedimento di natura amministrativa, attraverso il rilascio del permesso di costruire c. d. maggiorato. Infatti, poiché in linea di principio il trasferimento di cubatura opera una modifica dell'assetto territoriale previsto in sede di pubblica strumentazione, viene da sé che l'intervento della P. A. - volto a tutelare l'interesse pubblico ad un armonico ed omogeneo sviluppo del territorio - si rende necessario.

Dal ruolo fondamentale svolto dal provvedimento amministrativo e dal necessario collegamento tra quest'ultimo e l'atto giuridico posto in essere dai privati, deriva la presa di coscienza della "imprescindibilità reciproca – all'interno

---

[11] Sui presupposti della cessione di cubatura, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, si veda CIMMINO N., *op. cit.*, 1115 ss.

[12] Si deve avvertire tuttavia che la giurisprudenza amministrativa in numerose pronunce ha fornito un'interpretazione piuttosto elastica del presupposto in esame, affermando che non sarebbe richiesta la continuità e unicità del lotto, ma semplicemente che i fondi siano contigui: non escluderebbe tale contiguità l'esistenza di una strada o di un fosso di scolo delle acque tra le aree interessate (v., fra le altre, Cons. stato, 8 settembre 1983, n. 366, cit.).

della fattispecie – tra momento pubblicistico e momento privatistico"[13]. Infatti, è evidente che l'istituto in esame, coinvolgendo interessi eterogenei privati e pubblici, si colloca in "una zona di confine tra il diritto privato ed il diritto pubblico"[14].

A questo punto, sembra opportuno un breve cenno anche alle forme, conosciute dalla prassi e ritenute ammissibili dalla giurisprudenza civile e amministrativa, adottate per conseguire l'incremento di cubatura[15]:

a) contratto di cessione concluso a titolo oneroso o gratuito tra i diversi proprietari presentato al Comune unitamente all'istanza del "cessionario" volta ad ottenere il permesso di costruire c. d. maggiorato;
b) convenzione con la quale il "cedente" si obbliga, nei confronti del "cessionario", ad intervenire nei confronti del Comune per "rinunciare" alla propria volumetria; In questo caso il realizzarsi del trasferimento di volumetria presuppone ancora l'effettivo atto di asservimento manifestato al Comune (oltre ovviamente al rilascio del permesso c. d. maggiorato);
c) "rinuncia" manifestata direttamente al Comune che non discende da un preventivo impegno, o quanto meno derivante da un impegno non formalizzato. Le pronunce che hanno accolto lo schema della rinuncia, ne prevedono due forme di esplicazione implicita: istanza di permesso di costruire congiunta (ossia intestata a "cedente" e "cessionario" e sottoscritta da entrambi) ovvero semplice sottoscrizione da parte del "cedente" dell'istanza (o, addirittura, del solo progetto allegato) presentata dal "cedente";
d) ratifica da parte del "cedente" del permesso c. d. maggiorato rilasciato al "cessionario"[16].

---

[13] GRASSANO N., *op. cit.*, 1071.
[14] CIMMINO N., *op. cit.*, 1119.
[15] La rassegna è tratta da VANGHETTI, *op. cit.*, 421
[16] In tale caso VANGHETTI, *op. cit.*, 422, sottolinea come la concessione (*rectius*: permesso di costruire) debba essere necessariamente rilasciata sotto la condizione sospensiva della successiva ratifica, "onde non incorrere in uno stravolgimento dell'intero sistema di edificabilità dei suoli".

Una tale varietà tipologica, l'assenza di un'espressa disciplina legislativa, nonché la collocazione dell'istituto ai confini tra diritto pubblico e diritto privato, sono alla base delle numerose teorie proposte da dottrina e giurisprudenza in merito alla natura giuridica della cessione di cubatura, teorie delle quali si offrirà una breve disamina nel prosieguo della trattazione, avvertendo fin d'ora che la giurisprudenza, specie di legittimità, "pronunciandosi più volte sui trasferimenti di cubatura, ha spesso contraddetto le proprie decisioni ed i propri orientamenti, dando vita a un panorama giurisprudenziale tanto caotico quanto farraginoso e claudicante"[17] e che, del pari, unanimità di vedute non vi sia stata nemmeno da parte della dottrina che si è occupata dell'istituto.

## 2. *Le diverse teorie in merito alla natura giuridica della fattispecie: orientamento c. d. privatistico e orientamento c. d. pubblicistico*

L'indagine sulle diverse teorie giurisprudenziali e dottrinali, in ordine alla qualifica giuridica dell'istituto della cessione di cubatura, sembra necessaria per comprendere le ripercussioni di tale qualifica in punto di trascrivibilità nei pubblici registri immobiliari e, inoltre, per verificare la perdurante validità delle teorie proposte anche nel vigore dell'art. 2643, n. 2-*bis*, c. c., il quale ha previsto la trascrizione dei "contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati" [18]: un *genus*, quello dei diritti edificatori, nel quale dev'essere ricompresa anche la fattispecie tradizionale della cessione di cubatura.

Prima di procedere ad un'analisi delle varie teorie proposte, sembra opportuno, anche al fine di una maggiore chiarezza, evidenziare come gli

[17] SCARLATELLI, *op. cit.*, 288.

[18] Introdotto nel nostro ordinamento con il d. l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito nella l. 12 luglio 2011 n. 106.

orientamenti che si fronteggiavano prima della novella fossero sostanzialmente due[19].

Secondo un primo orientamento, c. d. privatistico, vi è la necessità di strumenti negoziali privatistici, quando il proprietario di un terreno intenda asservirlo a favore di un altro proprietario limitrofo, per fargli ottenere una volumetria maggiore di quella che il suo solo terreno gli consentirebbe: ovviamente, per conseguire il risultato finale (l'incremento volumetrico), sarebbe pur sempre necessario il permesso di costruire c. d. maggiorato, al cui rilascio da parte della P.A. l'efficacia del negozio tra i privati rimarrebbe comunque subordinata. Secondo tale impostazione il negozio tra i privati ha vita autonoma rispetto al rapporto intercorrente tra proprietario "cessionario" e Comune: i due rapporti viaggerebbero lungo binari paralleli – quello di diritto privato e quello di diritto pubblico – che, pur conducendo a un unico risultato unitario, non si incrociano.

Sennonché una parte (minoritaria) della dottrina ha sostenuto che l'interesse pubblico, che permea la vicenda, non sarebbe adeguatamente tutelato dalla ricostruzione in termini di collegamento tra due rapporti distinti, privatistico e pubblicistico: infatti, la risoluzione per mutuo consenso sarebbe in grado di fare cessare discrezionalmente, sulla base di una libera scelta dei privati, il vincolo sull'area, con conseguente grave pregiudizio dell'interesse del Comune a salvaguardare l'inedificabilità permanente dell'area stessa. Si è allora affermato che l'unico modo per salvaguardare l'interesse pubblico sarebbe quello di far ricorso a un accordo trilaterale (tra le due parti private e il Comune), come tra l'altro espressamente richiesto dall'art.6 del p. r. g. del Comune di Torino[20].

Tuttavia, né la dottrina, né la giurisprudenza hanno ritenuto di accogliere una simile impostazione, la quale è rimasta isolata, sicché la previsione contenuta nel p.

---

[19] Così PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile – primo semestre 2011*, in *www.gaetanopetrelli.it*, 5.

[20] PITTER, *Limiti di volumetria e vincolo di inedificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 436; GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, VII, Torino, 1982, 527.

r. g. torinese può essere considerata un'eccezione e la relativa disciplina non può trovare generale applicazione[21].

Accantonata la ricostruzione in termini di accordo trilaterale, bisogna rilevare che la constatazione dell'importanza dell'interesse pubblico coinvolto ha dato vita, invece, a un secondo orientamento, c. d. pubblicistico, il quale ha avuto notevole riscontro sia in dottrina, sia in giurisprudenza (specie quella più recente). La cessione di cubatura sarebbe da qualificarsi come contratto atipico ad effetti meramente obbligatori: fonte esclusiva del c. d. vincolo di asservimento rispettivamente a carico e a favore del fondo, sia per le parti sia per i terzi, sarebbe il titolo abilitativo edilizio, elemento perfezionativo di una fattispecie complessa a formazione progressiva e non già mero requisito di efficacia di un negozio privato.

Nell'ambito di quest'ultimo indirizzo si deve dar atto di alcune pronunce, le quali a tal punto sviliscono il ruolo dell'autonomia privata, da non ritenere "necessario un atto negoziale privato diretto alla costituzione di una servitù o di altro vincolo giuridico tra le parti, quando, per realizzare il rapporto area-volume prescritto dalla legislazione urbanistica, sia indispensabile destinare la proprietà di un terzo al servizio del costruendo edificio"[22]: il vincolo di asservimento sorgerebbe esclusivamente in forza del provvedimento amministrativo, ritenendosi sufficiente una mera adesione[23] al progetto da parte del proprietario "cedente", in qualsiasi modo manifestata (magari con una mera firma apposta sull'istanza di permesso di costruire o sugli estratti planovolumetrici alla stessa allegati)[24].

---

[21] CIMMINO N., *op. cit.*, 1121 ss., cui si rinvia anche per la confutazione dell'affermazione che la risolubilità del negozio ad iniziativa delle parti sarebbe di pregiudizio all'interesse pubblico.

[22] Così' Cass. civ., 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, 1, 685; v. anche Cass. civ., 12 settembre 1998, n. 9081, in *pa.leggiditalia.it.*

[23] Nella pronuncia citata si legge che "l'adesione del proprietario del fondo contiguo al progetto è determinante nella fattispecie di diritto pubblico. Essa può concettualmente enuclearsi con l'inquadramento nella categoria degli atti di diritto pubblico dei privati, connessi all'esplicazione di una potestà pubblica. Ed opera indipendentemente dalla circostanza che tra le parti private ne sia stato previamente imposto l'obbligo con la stipulazione di un contratto –oneroso o gratuito –i cui effetti prodromici sono indifferenti alla P.A".

[24] CIMMINO N., *op. cit.*, 1125, sostiene in senso contrario che nel caso di specie non si può prescindere da un vero e proprio accordo contrattuale tra le parti, dal momento che ogni atto dispositivo di un

In mancanza di un preciso riferimento normativo, dottrina e giurisprudenza hanno proposto numerose soluzioni, dando luogo a una situazione di incertezza che impone di analizzare singolarmente le singole tesi sostenute.

## 3. *LA CESSIONE DI CUBATURA COME NEGOZIO AD EFFETTI REALI*

### 3.1 *DIRITTO REALE ATIPICO*

Un risalente indirizzo della giurisprudenza di legittimità formatosi nell'ambito di controversie di natura tributaria sulla corretta individuazione del regime fiscale applicabile alla cessione di cubatura[25], ha qualificato la stessa come negozio traslativo di un diritto reale immobiliare avente ad oggetto la volumetria intesa come bene in senso economico-giuridico[26]. Un tale orientamento ha avuto qualche seguito anche nella dottrina[27].

Secondo tale ricostruzione, il proprietario del fondo, cui inerisce una determinata cubatura, distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura concessagli dal piano regolatore e, formando un diritto a sé stante, lo trasferisce definitivamente all'acquirente, a beneficio del fondo di costui. L'acquirente, ampliato così il contenuto del proprio diritto dominicale, può conseguire il permesso di costruire c. d. maggiorato, al cui rilascio gli effetti dell'accordo sono condizionati. In tale prospettiva, la cubatura

---

qualsiasi bene richiede sempre il consenso pieno del legittimo titolare, affinché possa essere valido ed efficace, espresso nelle forme richieste dal legislatore. Secondo TRAPANI, *op. cit.*, 787, l'accordo tra cedente e cessionario non può allora che precedere giuridicamente e logicamente l'intervento della Pubblica Amministrazione.

[25] Per tale motivo non costituirebbero un valido precedente: così Cass. civ., 22 febbraio 1996, n. 1352, in *pa.leggiditalia.it.*

[26] Cass. civ., 6 luglio 1972, n. 2235, in *pa.leggiditalia.it;* Cass. civ., 9 marzo 1973, n. 641, in *Riv. not.*, 1973, 1165, e *ivi* (solo massima), 1974, 114, con nota di TRIOLA, *La "cessione di cubatura": natura giuridica e regime fiscale*; Cass. civ., 30 aprile 1974, n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1424, con nota di TRIOLA; Cass. civ., 14 dicembre 1988, n. 6807, in *pa.leggiditalia.it.*

[27] GRASSANO P., *op. cit.*, 386 ss.; SCARLATELLI, *op. cit.*, 293 ss.

costituisce un valore economico, una *utilitas*, di cui il titolare può liberamente disporre[28].

La ricostruzione in esame sembra realizzare appieno gli interessi delle parti, nonché tutelare adeguatamente anche l'affidamento dei terzi: trattandosi di un negozio traslativo di un diritto reale immobiliare per la sua conclusione sarebbe necessaria la forma scritta *ad substantiam* e l'opponibilità ai terzi seguirebbe le regole sulla trascrizione[29]. Consentirebbe inoltre, sia detto per inciso, l'applicazione dell'imposta proporzionale di registro.

Peraltro le critiche mosse dalla dottrina a tale ricostruzione, a partire dalla segnalata atecnicità delle pronunce che l'hanno adottata[30], appaiono insuperabili.

Anzitutto è stato rilevato il contrasto col fondamentale principio del *numerus clausus* dei diritti reali[31]: nelle sentenze citate si legge che esso non sarebbe contraddetto, dal momento che le previsioni dei piani regolatori disciplinanti la

---

[28] Cass. civ., 30 aprile 1974, n. 1231, cit.

[29] Qualora si accedesse, beninteso, alla tesi dell'applicabilità analogica dell'art. 2643 c. c., per il tramite dell'art. 2645: così GRASSANO P., *op. cit.*, 388.

[30] GRASSANO N., *op. cit.*, 1079.

[31] Una breve ma esaustiva ricognizione del detto principio e della sua perdurante validità, con ulteriori riferimenti di dottrina, può leggersi in LANGELLA, *op. cit.,* 434 ss. Afferma l'A. che il principio si sostanzia nella competenza esclusiva dell'ordinamento giuridico in ordine alla creazione dei diritti reali. La *ratio* giustificatrice del divieto di creazione di diritti reali atipici ad opera dei privati si rinviene già nel diritto romano, il quale considerava con sfavore l'esistenza di limiti all'esercizio del diritto di proprietà suscettibili di renderne meno agevole la circolazione. Manifestatasi anche nel periodo della codificazione napoleonica, tale esigenza ha condotto a delimitare rigorosamente l'ambito dei diritti reali. Nell'ordinamento vigente il dogma non risulta sancito a livello normativo, ma è tuttavia considerato ancora ben saldo dalla prevalente dottrina, pur se sono venute in parte meno le antiche motivazioni in ordine alla necessità di non gravare la proprietà fondiaria di pesi e limiti. Non sono mancate voci in senso contrario (v., per tutti, SELVAROLO, *op. cit*., 47 ss.; FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 439 ss.; PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *www.gaetanopetrelli.it,* 183 ss.), nel senso cioè di esprimere dubbi sulla validità e utilità del principio del numero chiuso dei diritti reali, ma gli argomenti a sostegno della sua attuale validità appaiono indubbiamente preferibili: l'art. 1322 c. c. si riferisce ai soli contratti e non anche ai diritti reali; esigenze di tutela dei terzi impongono che essi siano messi in grado di conoscere esattamente, stante la efficacia *erga omnes* dei diritti reali, la condizione giuridica in cui si trova un determinato bene; l'art. 1372 comma 2 c. c. impone il rispetto del principio *res inter alios acta tertio neque prodest neque nocet*, vietando quindi all'autonomia privata di dar vita a schemi reali atipici (v., per tutti, COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Tr. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, II ed., Milano, 2011, 225 ss; MORELLO, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, I, Milano, 2011, 67 ss.).

cessione di cubatura derogherebbero, in quanto *lex specialis,* al paradigma legislativo che impone il rispetto del principio stesso: tuttavia, anche a volere riconoscere ai medesimi valore normativo, essi non potrebbero derogare al codice civile, in quanto norme di grado gerarchico inferiore.

In secondo luogo è inaccettabile la tesi, secondo la quale le singole facoltà inerenti al diritto di proprietà potrebbero essere da questo distaccate e fatte oggetto di autonoma circolazione per ampliare il corrispondente diritto spettante al proprietario di un altro fondo[32]. Tale tesi sembra accogliere la concezione, superata, dei diritti reali limitati come diritti frazionari, aventi cioè per contenuto alcune delle facoltà originariamente ricomprese nel diritto di proprietà: in realtà, i diritti reali limitati sono diritti autonomi aventi contenuto analogo a quello di alcune facoltà inerenti al diritto dominicale. Infatti, quest'ultimo è, non già un fascio di facoltà separabili, bensì un diritto unitario che può essere compresso dalla costituzione di un diritto reale minore tipico, per poi tornare a riespandersi[33].

Infine, non è condivisibile la configurazione della cubatura quale bene a sé stante in senso tecnico giuridico[34]. Con l'espressione "cubatura" ci si limita ad individuare in termini matematici e ingegneristici le dimensioni che la futura costruzione dovrà avere[35].

### 3.2 *DIRITTO DI SUPERFICIE*

Per tentare di ricostruire la natura giuridica della cessione di cubatura si è anche percorsa la via dell'inquadramento all'interno della categoria dei diritti reali tipici.

---

[32] TRIOLA, *La "cessione di cubatura": natura giuridica e regime fiscale*, cit., 115.
[33] CIMMINO N., *op. cit.*, 1131.
[34] Si veda sul punto CANDIAN, *op. cit.*, 48 ss.
[35] GAZZONI, *op. cit.*, 208.

In primo luogo si è tentato di ricondurre la fattispecie nell'alveo del diritto di superficie tipico, benché connotato dalla peculiare caratteristica di esercitare il diritto di costruire non sul fondo del concedente, ma sul diverso fondo dello stesso superficiario utilizzando la volumetria del primo[36].

La soluzione non appare convincente proprio per l'insuperabile obiezione che mentre il diritto di superficie consiste nel diritto di fare e mantenere una costruzione sul fondo altrui (art. 952, comma 1, c. c.[37]), nella cessione di cubatura il costruttore realizza un'opera sul fondo proprio[38]: si esce quindi dallo schema tipico del diritto di superficie, in contrasto ancora una volta col principio di tipicità e numero chiuso dei diritti reali.

Altra opinione addirittura ipotizza la costituzione di un diritto di superficie atipico che si configurerebbe come evoluzione della figura prevista dall'art. 952, comma 2, c. c.: il diritto di superficie potrebbe costituirsi, non solo alienando la costruzione esistente separatamente dalla proprietà del suolo, ma anche –nel caso appunto della cessione di cubatura – alienando separatamente una costruzione non ancora esistente[39]. Si tratterebbe di un'evoluzione del diritto di superficie, collocata in posizione intermedia tra le fattispecie disciplinate espressamente dal comma 1 e dal comma 2 dell'art. 952 c. c.

---

[36] IANNELLI, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, in *Giur. mer.*, 1977, 743 ss. Più di recente anche FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura*, in *Contr. e Impr.*, 2011, 651ss., afferma che la superficie è una prospettiva difficile, ma percorribile: si rinvia all'A. per una rassegna degli argomenti cui poter ancorare la tesi in oggetto. Sempre nella direzione del diritto di superficie sembrano muoversi anche alcune risalenti pronunce della Suprema Corte: v. Cass. civ., 9 marzo 1973, cit., in cui si legge che "Non è veramente diversa l'ipotesi dell'acquisto di cubatura dall'ipotesi del diritto di superficie o di sopraelevazione acquistato su fondo altrui. Anche l'acquisto di cubatura, secondo i criteri giurisprudenziali adottati in materia, produce l'effetto di una concessione *ad aedificandum* ed attua un trasferimento di diritti da uno ad altro fondo".

[37] SI riporta di seguito il testo integrale dell'art. 952 c. c.: "Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà. Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo."

[38] TRIOLA, Nota a Cass. civ. 30 aprile 1974, n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, 1425.

[39] SELVAROLO, *op. cit.*, 64 ss.

Si è obiettato, oltre all'insanabile contrasto col principio del *numerus clausus*[40], che un simile contratto su cosa futura sarebbe qualcosa di diverso dalla cessione di cubatura, dal momento che l'alienazione di costruzione futura ha sempre per oggetto una cosa determinata (la costruzione inerente al suolo sul quale si crea la superficie), mentre la cessione di cubatura ha ad oggetto una facoltà di edificare da esercitarsi su un altro suolo[41]

### 3.3 *RINUNZIA ALLA FACOLTÀ DI EDIFICARE*

Una diversa opinione dottrinale ha ritenuto di ricostruire l'istituto come rinunzia (abdicativa) alla facoltà di edificare: sul presupposto dell'intervenuta rinuncia, la P.A. rilascerebbe al terzo beneficiario istante il permesso di costruire c. d. maggiorato, dal quale dipenderà l'incremento edificatorio[42].

Anche tale ricostruzione non è andata esente da critiche, in primo luogo rilevandosi come non sia agevole individuare il diritto oggetto della rinuncia. Sono rinunciabili solo diritti soggettivi, mentre le facoltà che vi ineriscono (qual è, nel caso di specie, lo *ius aedificandi* in relazione alla proprietà) non sono autonomamente disponibili, come poco sopra rilevato. A ritenere, invece, che lo *ius aedificandi* assurga al ruolo di autonomo diritto, si tornerebbe a contraddire il principio di tipicità e numero chiuso dei diritti reali.

In secondo luogo si è rilevato che, anche a prescindere dall'obiezione appena mossa, la rinunzia abdicativa è atto giuridico unilaterale, mediante il quale un soggetto si priva puramente e semplicemente di un diritto soggettivo di cui è titolare, senza trasferirlo ad altri e indipendentemente dal fatto che il diritto rinunziato si estingua o venga acquistato da altro soggetto e, più in generale, prescindendo dalla considerazione che altri traggano vantaggio dalla dismissione

---

[40] CIMMINO N., *op. cit.*, 1134.
[41] LIBERTINI, *op. cit.*, 91.
[42] TRIOLA, *op. ult. cit.*, 1425; ID., *La "cessione di cubatura": natura giuridica e regime fiscale*, cit., 115.

dello stesso. Non si spiega pertanto l'incremento della facoltà edificatoria a favore del proprietario di un determinato fondo contiguo, ovvero come e perché proprio quel determinato proprietario (e non un altro confinante) acquisti la cubatura cui si è rinunciato[43].

In realtà, col negozio in esame il "cedente" non si limita a dismettere un diritto, ma espressamente indica il soggetto che di una tale dismissione dovrebbe avvantaggiarsi: si tratterebbe, al più, di una rinuncia c. d. traslativa[44]. Tuttavia, la configurabilità sul piano giuridico-concettuale di una rinuncia traslativa è esclusa, sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza, "sulla scia della considerazione che una rinunzia di tal fatta non si traduce in null'altro che in un'alienazione"[45].

Pertanto, se in null'altro si risolve tale rinuncia se non in un normale negozio traslativo, è evidente come tale teoria coincida sostanzialmente con quella della cessione di un diritto reale atipico e si esponga, pertanto, alle medesime critiche sopra illustrate.

### 3.4 *DIRITTO DI SERVITÙ*

Sempre nell'ottica di ricondurre la cessione di cubatura nell'alveo dei diritti reali tipici, si è fatto ricorso, stante la duplice inerenza fondiaria che caratterizza il diritto cui dà luogo la cessione di cubatura, allo schema della servitù[46]. Si tratta di

---

[43] CIMMINO N., *op. cit.*, 1132 s. Per dare una soluzione al problema illustrato, COSTANZA, Nota a Cass. civ. 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 372, che pure aderisce alla tesi della rinuncia, afferma che la rinunzia non è fatta in favore del proprietario del fondo confinante, bensì verso la P. A.

[44] Ricostruzione che sembra fatta propria anche da alcune pronunce: v. Cass. civ., 6 luglio 1972, n. 2235, cit.

[45] SCARLATELLI, *op. cit.*, 291, cui si rinvia anche per riferimenti dottrinali.

[46] Lo schema della servitù, sia detto per inciso, è stato proposto anche, *sub specie* di servitù per destinazione del padre di famiglia, per inquadrare l'ipotesi della concentrazione di cubatura, con il vantaggio di rendere opponibile la fattispecie ai terzi qualora i fondi cessino di appartenere al medesimo proprietario: così GRASSANO N., *op. cit.*, 1083.

un'impostazione accolta, sia da alcune pronunce giurisprudenziali[47] (dopo quelle, già esaminate, che nell'individuare il regime tributario applicabile alla fattispecie si sono appellate a un non meglio precisato diritto reale immobiliare), sia da una parte della dottrina, ove ha riscosso maggiori consensi rispetto alla teorie sopra illustrate[48].

In particolare, nell'ipotesi in cui il "cedente" spogli completamente della capacità edificatoria il fondo servente, lo schema sarà quello della *servitus non aedificandi*; qualora, viceversa, la cessione di cubatura dovesse essere parziale, il meccanismo di riferimento sarà quello della *servitus altius non tollendi*.

Vi è consapevolezza che l'accoglimento della tesi della servitù tipica, concepita come servitù di non edificazione o di minore edificazione, non è di per sé sufficiente a realizzare lo scopo che le parti si sono prefissate, ritenendosi necessario il provvedimento comunale al fine di determinare l'incremento edificatorio di un fondo rispetto all'altro. Infatti la costituzione di servitù spiega il vincolo di inedificabilità, ma non giustifica l'ulteriore risultato che intende ottenere il proprietario del fondo dominante, ossia la maggiore "disponibilità" di volumetria[49].

Di conseguenza, il rilascio del permesso di costruire c. d. maggiorato è stato diversamente qualificato in dottrina: come *condicio iuris*, perché prevista dal p. r. g. [50]; come *condicio facti*, perché la cessione di cubatura può realizzarsi anche in assenza di una espressa previsione contenuta negli strumenti urbanistici[51]; come presupposizione, in quanto il rilascio del provvedimento è una situazione di fatto futura, comune ad entrambi i contraenti, di carattere oggettivo e indipendente dalla

---

[47] Per tutte, Cass. civ., 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Giust. civ.*, 1974, I, 922; Cass. civ., SS. UU., 20 dicembre 1983, n. 7499, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 209.
[48] Tra gli altri, PICCO, MAROCCO, *op. cit.*, 633 ss.; LIBERTINI, *op. cit.*, 92 ss.; GRASSANO N., *op. cit.*, 1078 ss.; DE MARTINIS, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 222 ss.; VANGHETTI, *op. cit.*, 426; LEO, *op. cit.*, 714 ss.
[49] LEO, *op. cit.*, 697.
[50] PICCO, MAROCCO, *op. cit.*, 641.
[51] DE MARTINIS, *op. cit.*, 222.

loro volontà, tenuta presente dalle parti durante l'*iter* formativo del negozio, pur in assenza di un espresso riferimento[52].

Si è quindi ritenuto che, affinché la costituzione di servitù possa determinare il trasferimento di cubatura, vi si debba accompagnare un contestuale atto d'obbligo unilaterale nei confronti della P. A. da parte del "cedente", ovvero l'assunzione da parte di quest'ultimo di uno specifico obbligo contrattuale di porre in essere l'atto d'obbligo a richiesta del "cessionario", che viene eventualmente costituito mandatario *in rem propriam*. L'atto d'obbligo consoliderebbe e renderebbe irrevocabili sotto il profilo pubblicistico gli effetti già verificatisi sul piano privatistico[53].

Secondo un'opinione in parte divergente, si impone la necessità di una variante dallo schema tradizionale della *servitus non aedificandi*, ammissibile stante il contenuto atipico delle servitù[54]. Si tratterebbe di ipotizzare una servitù qualificata o finalizzata, dove il peso gravante sul fondo servente consisterebbe, sia in un *non facere* (non edificare)[55], sia in un *pati* (sopportare l'insistenza su un fondo contiguo di una costruzione di volume superiore agli indici di densità edilizia previsti dagli strumenti urbanistici), traducentesi nell'incontestabilità, da parte del proprietario del fondo servente, della costruzione maggiorata e dei provvedimenti amministrativi che la consentano.

---

[52] GRASSANO N., *op. cit.*, 1078.

[53] DI VITA, *Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria della novella*, in *Il notaro*, 2011, 15-30 novembre, 90, sottolinea come l'atto d'obbligo venga anche, nella prassi, fatto oggetto di trascrizione, ovviamente con funzione di mera notizia, non essendo la formalità trascrittiva prevista da alcuna disposizione di legge.

[54] LIBERTINI, *op. cit.*, 93.

[55] Si sottolinea come anche il contenuto negativo di tale servitù dovrebbe intendersi in modo parzialmente divergente dallo schema della *servitus non aedificandi* tipica: in particolare, l'obbligo di non edificare sarebbe calibrato sulle previsioni delle norme urbanistiche vigenti al momento della conclusione del negozio; non può escludersi, infatti, che il mutamento successivo di tali norme comporti un'attribuzione al fondo servente di un ulteriore residuo di cubatura, suscettibile di essere sfruttato dal proprietario o direttamente o mediante un'ulteriore cessione di cubatura a terzi. Si vedano PICCO, MAROCCO, *op. cit.*, 637.

Nonostante lo schema della servitù prediale sembri essere adatto all'inquadramento della cessione di cubatura, parte della dottrina non ha mancato di avanzare una serie di critiche.

In primo luogo si è constatato che, attuandosi talora la cessione di cubatura tra fondi non contigui, si violerebbe il canone secondo il quale *praedia vicina esse debent*. In senso contrario, si è detto, innanzitutto, che costante giurisprudenza amministrativa richiede espressamente e inequivocabilmente la contiguità tra i fondi[56]. In secondo luogo, anche a voler ammettere una cessione di cubatura tra fondi lontani, il requisito della *vicinitas*, non sancito dal legislatore, è stato abbandonato da giurisprudenza e dottrina, le quali hanno ritenuto irrilevante la localizzazione dei due fondi laddove essa non incida sulla possibilità di esercizio della servitù: sicché, in relazione alla cessione di cubatura, la contiguità tra fondi dev'essere considerata con esclusivo riguardo alla zona in cui entrambi i fondi devono essere compresi[57].

Si è poi evidenziato come il contenuto della servitù, per quanto atipico, debba essere sempre espressione di una *utilitas* permanente che il fondo dominante riceve da quello servente, mentre, nel caso di specie, l'*utilitas* si esaurirebbe nel rilascio del permesso di costruire per la cubatura desiderata. Anche tale obiezione appare superabile sulla base della seguente considerazione: "non può dirsi che l'utilità che riceve il fondo dominante sia temporanea e occasionale, ma al contrario essa perdura anche a costruzione avvenuta, in quanto il fondo dominante continua a usufruire della costruzione con maggior cubatura e potrà altresì goderne ad esempio in caso di ricostruzione"[58].

Sotto altro profilo, autorevole dottrina ha rilevato come "non sarebbe ravvisabile l'asservimento attuale di un fondo in favore dell'altro confinante, perché

---

[56] CIMMINO N., *op. cit.*, 1136 s.
[57] Si vedano, anche per gli opportuni riferimenti di dottrina e giurisprudenza, PICCO, MAROCCO, *op. cit.*, 634.
[58] PICCO, MAROCCO, *op. cit.*, 634.

è sempre indispensabile che intervenga il provvedimento amministrativo affinché possa configurarsi una *utilitas* e tale provvedimento è non già condizione di efficacia dell'atto di cessione, ma elemento costitutivo della fattispecie stessa" [59]. Obiettatosi che la servitù potrebbe nascere immediatamente con utilità (l'incremento edificatorio, in esito al provvedimento amministrativo) solo futura del fondo dominante *ex* art. 1029 c. c. [60]; si è replicato che, se il provvedimento amministrativo fosse positivo, la servitù non avrebbe più ragion d'essere, perché il titolo giustificativo dell'inedificabilità sarebbe esclusivamente il provvedimento, se quest'ultimo fosse negativo, la servitù non potrebbe continuare a sopravvivere, se non altro in esito al venire meno di una presupposizione[61]. Si ipotizzerebbe, dunque, un contratto privo della sua causa tipica, in quanto destinato a non aver vigore e a essere solo strumentale alla presentazione, sul piano obbligatorio, dell'istanza al Comune, volta a permettere il trasferimento della cubatura[62].

## 4. *TEORIE MINORITARIE*

### 4.1 *VINCOLO DI DESTINAZIONE*

Per esigenze di completezza, ma senza la pretesa di approfondirne esaurientemente la disciplina sostanziale e pubblicitaria, si accennerà ad alcune

[59] GAZZONI, *op. cit.*, 206; (L'A., prima della novella del 2011, propendeva, con una parte delle giurisprudenza, per la ricostruzione della cessione di cubatura in chiave di contratto ad effetti meramente obbligatori).
[60] TRAPANI, *op. cit.*, 806 ss.
[61] GAZZONI, *op. cit.*, 206 s.
[62] Specifica GAZZONI, *op. cit.*, 207: "Questa fattispecie non ha nulla a che vedere con il caso di scuola portato ad esempio della servitù per utilità futura, e cioè la servitù di presa d'acqua in vista della futura destinazione agricola del fondo dominante. In tal caso, infatti, attuata la destinazione, l'utilità del fondo dominante è tratta pur sempre dal vincolo reale di presa d'acqua, gravante sul fondo servente, mentre nel caso della cubatura, l'utilità non è tratta da un vincolo reale gravante sul fondo di proprietà del cedente, ma da un provvedimento amministrativo".

ipotesi ricostruttive originali dell'istituto in esame avanzate in dottrina, ma rimaste per lo più prive di seguito[63].

Secondo una di queste impostazioni, il proprietario del fondo "cedente" imporrebbe a favore del fondo contiguo un vincolo di destinazione, consistente nell'obbligo di non utilizzare l'area di sua proprietà a fini edificatori[64]: il rilievo pubblico degli interessi coinvolti spiegherebbe il motivo per il quale un tale vincolo di natura privatistica possa avere carattere reale e perpetuo, in deroga a quanto previsto dall'art. 1379 c. c. [65] Ne conseguirebbe il potere del Comune di redistribuire la volumetria non utilizzata tra i proprietari dei fondi aventi le caratteristiche previste dagli strumenti urbanistici; tuttavia, non vi sarebbe alcun ostacolo logico o giuridico ad ammettere la possibilità di un regolamento pattizio della distribuzione della cubatura non impiegata. In quest'ottica, appare preferibile che l'atto di destinazione abbia una struttura bilaterale o plurilaterale, in modo da far accettare espressamente i destinatari dell'attribuzione. Il negozio privato sarebbe subordinato alla *condicio iuris* del rilascio del permesso di costruire c. d. maggiorato da parte del Comune: da quest'ultimo deriva l'assegnazione della volumetria non utilizzata. L'atto di destinazione, concluso nelle forme a tal fine idonee, potrebbe essere trascritto (in forza di una interpretazione estensiva dell'art. 2645 c. c.), per rendere opponibile ai terzi il trasferimento di volumetria.

Il difetto di una tale impostazione, che precorre i tempi postulando il ricorso al vincolo di destinazione in urbanistica ben prima dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 2645-*ter* c. c., è rappresentato proprio dalla difficoltà di

---

[63] Per la ricostruzione della fattispecie nei termini di un accordo trilaterale intercorrente tra le due parti private e il Comune, si rinvia alle considerazioni svolte a pag. 7.

[64] L'ipotesi è formulata da CIMMINO N., *op. cit.*, 1137 ss.

[65] CIMMINO N., *op. cit.*, 1139 s., richiama una sentenza della Suprema Corte che, in materia di vincoli urbanistici discendenti dalla adesione a convenzioni urbanistiche, esclude il carattere meramente obbligatorio degli impegni assunti, escludendo l'operatività dell'art. 1379 c. c., proprio in considerazione degli interessi di rango generale che sono in gioco nel caso in esame.

giustificare il carattere di realità e perpetuità di un siffatto vincolo in mancanza di un dato positivo, il quale sarà temporalmente successivo alla suesposta tesi[66].

E' stata altresì affrontata dalla dottrina la possibilità di inquadrare la fattispecie della cessione di cubatura all'interno del nuovo schema offerto dall'art. 2645-*ter* c. c.[67], il quale dispone la trascrivibilità del vincolo di destinazione volto a soddisfare un interesse meritevole di tutela, riferibile anche a Pubbliche Amministrazioni[68].

Peraltro, in senso contrario si può osservare che con la cessione di cubatura non si destina il proprio bene a qualcosa, ma si rinuncia semplicemente alla sua capacità edificatoria a favore di un'altra area appartenente a un diverso proprietario. Si è quindi fuori dal meccanismo dell'art. 2645-*ter* c. c., che rende funzionale all'interesse la destinazione, atteso altresì il contenuto preparatorio del contratto: solo il permesso di costruire c. d. maggiorato realizzerà l'interesse prospettato dalle parti e l'utilizzazione della maggiore volumetria.

### 4.2 *CESSIONE DI CONTRATTO*

Secondo un'altra impostazione, sarebbe possibile inquadrare dogmaticamente il negozio di cessione di cubatura nell'alveo della cessione di contratto: in particolare, si tratterebbe della cessione, a favore del soggetto beneficiario dell'incremento volumetrico, della posizione contrattuale assunta dal soggetto che intende trasferire in tutto o in parte la volumetria afferente il proprio fondo nei confronti della P. A.[69]

Tale opinione trae spunto dalla considerazione che, dopo la l. 28 gennaio 1977 n. 10 (c. d. legge Bucalossi), è sembrato che l'acquisto dello *ius aedificandi* da parte

---

[66] L'osservazione critica è di TRAPANI, *op. cit.*, 801.
[67] Introdotto dal d. l. 30 dicembre 2005, n. 273, poi convertito con la l. 23 febbraio 2006, n. 51.
[68] CASU, *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in *www.fondazionenotariato.it.*
[69] TROJANI, *op. cit.*, 298 ss.

del proprietario del suolo avvenisse solo in seguito al rilascio della concessione edilizia (oggi permesso di costruire), previo pagamento degli oneri fissati per legge. Tra pagamento degli oneri e rilascio del provvedimento amministrativo sussisterebbe un nesso sinallagmatico suscettibile di consentire l'inquadramento della fattispecie nell'ambito dei contratti di diritto pubblico. La cessione di cubatura consisterebbe nella cessione della relativa posizione contrattuale: il rilascio del permesso di costruire c. d. maggiorato costituisce espressione di consenso della stessa P.A. quale contraente ceduto. Ne consegue l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1406 ss. c. c. Si è sottolineato inoltre che non costituisce ostacolo all'accoglimento di tale tesi il fatto che le prestazioni siano già state in parte adempiute (pagamento degli oneri accessori già avvenuto): l'art. 1406 c. c., infatti, è norma dispositiva, come tale derogabile dall'autonomia privata.

Un primo limite alla ricostruzione in esame risiede nell'impossibilità di dare luogo a una o più cessioni parziali (a favore di uno solo o più beneficiari) della volumetria sviluppata dal fondo del cedente: infatti, in tale caso si avrebbe, non una vera cessione del contratto, ma solo una "pluralità di autonome cessioni aventi ad oggetto frammenti o frazioni di una posizione contrattuale"[70].

Ma il vero ostacolo all'accoglimento di tale tesi risiede nell'inaccettabile presupposto per il quale la l. 28 gennaio 1977, n. 10, avrebbe scorporato dal diritto di proprietà il diritto di edificare, attribuendolo allo Stato e rendendolo oggetto di un vero e proprio provvedimento concessorio. La fondamentale sentenza della Corte Costituzionale del 30 gennaio 1980 n. 5 ha infatti nettamente affermato che lo *ius aedificandi* continua a inerire al diritto di proprietà e il titolo abilitativo rilasciato dalla P. A. (prima licenza edilizia, poi concessione, oggi permesso di costruire) ha la sola funzione di rimuovere un ostacolo al suo esercizio, accertando la ricorrenza delle condizioni cui dall'ordinamento esso è subordinato[71].

---

[70] CIMMINO N., *op. cit.*, 1129.

[71] Corte Cost., 30 gennaio 1982, n. 5, in *www.giurcost.it*.

Da ultimo, è doveroso rilevare che tale tesi non risolve il problema dell'opponibilità ai terzi: sarebbe invero difficile ammettere la possibilità di trascrivere nei registri immobiliari una tale cessione[72].

## 5. *LA CESSIONE DI CUBATURA COME NEGOZIO AD EFFETTI SOLTANTO OBBLIGATORI*

Le perplessità segnalate in relazione alle tesi del negozio ad effetti reali hanno più di recente spinto a percorrere strade diverse, rafforzando così l'idea dell'efficacia meramente obbligatoria del contratto (atipico) concluso dai privati. Una tale tesi si è consolidata in una parte della dottrina[73] e nell'ultima giurisprudenza civile[74] e amministrativa[75].

Presupposto di tale ricostruzione è l'attribuzione di un ruolo determinante, ai fini del passaggio di cubatura, al provvedimento amministrativo: esso non si limiterebbe ad approvare la ridistribuzione dei volumi edilizi come voluta dai privati, bensì opererebbe una vera e propria modifica agli strumenti urbanistici in vigore. La valutazione della P. A. in ordine al rilascio del permesso di costruire c. d.

---

[72] Per le critiche, esposte nel testo, rivolte alla tesi in esame, si veda CIMMINO N., *op. cit.*, 1129 s.

[73] CANDIAN, *op. cit., passim*; CECCHERINI, *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, cit., 105 ss.; CHIANALE, *Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di volumetria*, in *Giur. it*, 1989, I, 1, 1548; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, 658 ss.

[74] Cass. civ., 29 luglio 1981, n. 4245, in *Giur. it*, 1982, I, 1, 685; Cass. civ., 22 febbraio 1996, n. 1352, in *pa.leggiditalia.it.* Tale ultima pronuncia si segnala anche per lo sforzo di riconduzione ad unità dei diversi orientamenti prospettati dalla Suprema Corte medesima, in particolare per il volere recuperare anche la precedente Cass. civ.,14 dicembre 1988, n. 6807, in *pa.leggiditalia.it*, alla tesi dell'obbligatorietà: si afferma che " è vero che nella stessa decisione si è anche affermato che la cessione di volumetria produce effetti simili a quelli dei trasferimenti di diritti reali immobiliari, tuttavia…tale precisazione si spiega con la peculiarità della fattispecie concreta, nell'ambito della quale doveva giustificarsi l'applicazione dell'imposta proporzionale di registro al contratto oggetto della controversia tributaria". In altri termini, secondo la pronuncia citata le precedenti decisioni della Cassazione propendenti per la realità non contraddirebbero l'opposta tesi della obbligatorietà: l'analogia con il trasferimento di un diritto reale sussisterebbe soltanto *ratione materiae* tributaria. Più di recente, si veda Cass. civ., 24 settembre 2009, n. 20623, in *pa.leggiditalia.it.*

[75] Cons. Stato, 28 giugno 2000, n. 3637, in *www.giustizia-amministrativa.it;* Più di recente, Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2009, n. 3, in *www.giustizia-amministrativa.it*, la quale si esprime nei termini di "fattispecie negoziale atipica ad effetti obbligatori in base ai quali un'area viene destinata a servire al computo dell'edificabilità di altro fondo".

maggiorato avrebbe allora carattere discrezionale: più propriamente, non si tratterebbe della discrezionalità tecnica che caratterizza il rilascio del normale permesso di costruire, bensì di vera e propria discrezionalità amministrativa, giacché il Comune sarebbe tenuto a effettuare una nuova valutazione dei vari interessi pubblici in gioco[76].

In questo quadro, l'accordo tra i privati avrebbe efficacia meramente obbligatoria: il proprietario "cedente" si obbliga nei confronti del "cessionario" a non richiedere per sé il permesso di costruire e a fare tutto quanto necessario per agevolare il rilascio del permesso c. d. maggiorato a favore del "cessionario" medesimo, aderendo in sostanza alla richiesta rivolta al Comune da quest'ultimo[77].

Tale negozio avrebbe natura preparatoria e procedimentale, costituendo uno dei presupposti che il Comune dovrà tenere in considerazione nell'ambito del procedimento amministrativo, dal quale poi scaturirà l'effetto finale. Infatti, il permesso di costruire c. d. maggiorato, che nella sostanza concreta una modifica del piano regolatore, non opererebbe qui quale condizione di efficacia dell'intera vicenda, ma avrebbe efficacia costitutiva della fattispecie, ossia del vincolo di inedificabilità su un fondo e del corrispondente incremento volumetrico sull'altro fondo, sia per le parti che per i terzi[78].

L'opinione descritta, pur negando all'autonomia privata un ruolo principale nella vicenda complessiva, non ne esclude almeno la funzione di creare i presupposti necessari per una eventuale modifica del piano regolatore da parte della P. A.

Si è obiettato che la ricostruzione in esame, oltre a porre una disciplina che poco garantisce gli interessi delle parti[79], non richiedendo alcun onere di forma né di trascrizione, comporterebbe seri rischi per la circolazione immobiliare,

---

[76] CECCHERINI, *op. ult. cit.*, 106; GAZZONI, *op. ult. cit.*, 658.
[77] CECCHERINI, *op. ult. cit.*, 105.
[78] V. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 658; Cass. civ., 29 luglio 1981, n. 4245, cit.
[79] Per alcune considerazioni in riguardo, si veda LEO, *op. cit.*, 706 s.

esponendo il terzo acquirente alla possibilità di acquistare un fondo privato in tutto o in parte della cubatura edificabile: un approfondimento delle soluzioni pubblicitarie riconnesse all'accoglimento dell'orientamento c. d. pubblicistico o di quello privatistico verrà svolto nel prosieguo della trattazione.

## 6. *RICADUTE IN PUNTO DI PUBBLICITÀ IMMOBILIARE*

Dopo avere passato in rassegna le molteplici teorie avanzate da dottrina e giurisprudenza in ordine alla natura giuridica della cessione di cubatura, è possibile delineare un quadro di sintesi sulla situazione immediatamente anteriore all'entrata in vigore del nuovo numero 2-*bis* dell'art. 2643 c. c.

Accantonate le ricostruzioni "chiaramente inattendibili"[80], possono mettersi in evidenza in particolare i seguenti due aspetti.

In primo luogo, sul versante fiscale, si segnala il già richiamato orientamento della giurisprudenza, accompagnato da una posizione granitica dell'Amministrazione Finanziaria[81], la quale ritiene che la cessione di cubatura integri l'acquisto di un diritto strutturalmente analogo ad un diritto reale immobiliare di godimento, con correlativa applicazione dei criteri ordinari di tassazione con le aliquote dell'imposta di registro di cui all'art. 1, parte prima, allegato A del d. p. r. 26 aprile 1986, n. 186.

In secondo luogo, sul piano civilistico, può affermarsi che nella sostanza erano due gli orientamenti che si fronteggiavano: da un lato, la prevalente (almeno negli ultimi decenni) giurisprudenza civile e amministrativa riteneva che il negozio concluso dai privati avesse un'efficacia meramente obbligatoria, enfatizzando così il ruolo assorbente e costitutivo dell'intervento della P. A.; dall'altro, gli operatori

---

[80] L'espressione è di GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tr. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, VIII, Milano, 1995, 315.

[81] Si veda la Risoluzione 17 agosto 1976, n. 250948, in *www.casaportale.it* e, più di recente, in relazione a un istituto diverso, ma dalla stessa A. F. ritenuto analogo alla cessione di cubatura, Risoluzione 20 agosto 2009 n. 233/E, in *www.agenziaentrate.gov.it.*

giuridici e gli altri soggetti dell'ordinamento, col supporto della dottrina – specie notarile – sopra richiamata, erano indotti ad adottare lo schema negoziale della costituzione di servitù.

A volere qualificare la cessione di cubatura come contratto atipico a effetti obbligatori, come si è accennato, consegue che non via siano oneri, né di forma, né di trascrizione: il negozio non è opponibile ai terzi aventi causa dal "cedente" la cubatura, sicché al "cessionario" non residua che il rimedio risarcitorio.

D'altro canto, i terzi aventi causa dal "cedente" sono esposti al forte rischio di acquistare inconsapevolmente un suolo ormai privato in tutto o in parte della sua capacità edificatoria, senza essere stati in grado di verificare l'esistenza o no del vincolo, il quale si attua immediatamente – tra le parti e verso i terzi - in forza del permesso di costruire c. d. maggiorato, a prescindere da qualsivoglia pubblicità, tanto meno di quella che si realizza a seguito di trascrizione[82]. Infatti, il vincolo

[82] GAZZONI, *op. ult. cit*., 661. Sembra utile, per apprezzare su un piano più generale la impossibilità di trascrivere la cessione di cubatura (siccome ricostruita quale contratto a effetti obbligatori), riportare le considerazioni svolte –occupandosi del tema diverso, ma affine, della trascrizione della cessione del diritto a reimpianto di vitigni - da GABRIELLI, *Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1989, 622 ss. Sostiene l'A. che " in termini generali è estranea al vigente sistema pubblicitario, almeno in quello di diritto comune, la previsione che possano e debbano trascriversi gli atti modificativi del diritto di proprietà: basta osservare come, in materia di proprietà, il codice civile indichi, quale oggetto di trascrizione, solo gli atti traslativi (art. 2643, n. 1 c. c.), laddove, con riguardo ai diritti reali di godimento, ha cura di menzionare espressamente anche gli atti modificativi (art. 2643, n. 2 e n. 4). La diversità di formulazione si spiega con il convincimento, di cui si rinviene traccia in classiche trattazioni dedicate alla materia della pubblicità immobiliare, secondo cui le vere e proprie menomazioni del diritto di proprietà – in quanto si riconducano a specifici atti costitutivi, e non già a situazioni di fatto indicate in termini generali dalla legge stessa – si traducono immancabilmente nella costituzione di diritti reali, aventi ad oggetto la medesima cosa, in capo a altri…onde la pubblicità data a quest'ultima val anche, al tempo stesso, a segnalare la menomazione della proprietà. Laddove, giustamente si osserva, di pubblicità non c'è bisogno, quando la menomazione derivi direttamente dalla legge, sia pur in relazione a specifiche situazioni di fatto...Ma l'assorbimento delle menomazioni della proprietà derivanti da atti particolari nella categoria degli *iura in re aliena*, posto che potesse con buon fondamento affermarsi in passato, certo non è più sostenibile oggi: numerosi, e di grande rilievo, sono invero i casi in cui al proprietario vengono tolte una o più facoltà, imponendo un vincolo che accompagna il bene in tutte le eventuali future vicende traslative, senza che a tale situazione passiva corrisponda un *ius in re*; senza quindi che del vincolo stesso il terzo acquirente possa avere notizia attraverso la pubblicità data a quest'ultimo. Dell'esigenza di apprestare al riguardo uno strumento d'informazione attraverso i registri immobiliari il legislatore si è dato carico solo episodicamente, con risposte frammentarie e certo impari allo sviluppo che il moltiplicarsi dei vincoli di cui si tratta ha conosciuto in tempi recenti". Il diniego di pubblicità, in caso di vincoli di grave incidenza e frequente ricorso, quale

derivante dalla cessione di cubatura si configura come vero e proprio limite legale della proprietà posto dagli strumenti urbanistici, come tale opponibile *erga omnes*. Pertanto, il rimedio per il terzo acquirente consiste solo nell'applicazione dell'art. 1489 c. c.: il vincolo di inedificabilità è un onere non apparente suscettibile di fondare il diritto dell'acquirente ad una congrua riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto, laddove esso non sia stato dichiarato dall'alienante o effettivamente conosciuto dallo stesso acquirente[83].

Nell'ottica di individuare un adeguato strumento di pubblicità, si è anche proposto di inserire la cessione di cubatura tra i vincoli di ordine pubblico che possono gravare i terreni, in modo che esso risulti dal certificato di destinazione urbanistica, rilasciato dalla competente Autorità ed allegato agli atti di trasferimento di aree non edificate, ai sensi dell'art. 18 della l. 28 febbraio 1985 n. 47[84].

Viceversa, l'adozione dello schema della costituzione di servitù, accompagnata dal contestuale atto d'obbligo del "cedente" nei confronti della P. A. o dall'assunzione da parte sua del relativo obbligo con eventuale conferimento di mandato *in rem propriam* al "cessionario", consente sicuramente la trascrizione del relativo atto ai sensi dell'art. 2643 n. 4 c. c. e, con essa, la conoscibilità e l'opponibilità del vincolo di inedificabilità agli aventi causa del "cedente", assicurando così una maggiore certezza nell'ambito della circolazione immobiliare. Ciò è a tal punto vero da sostenere che la tesi della servitù (come d'altronde tutte quelle che in un modo o

---

appunto la cessione di cubatura, che priva il fondo dello *ius aedificandi* e comporta un serio rischio per il terzo acquirente di buona fede, riposa sul principio di tassatività delle segnalazioni pubblicitarie, della cui esistenza non è lecito dubitare. Peraltro, se da un lato l'esistenza di tali lacune potrebbe perfino tradursi in censure di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza, dall'altro le medesime potrebbero superarsi in via interpretativa nei territori in cui vige il sistema tavolare, nel quale l'iscrizione delle modificazioni di diritti tavolari, tra i quali anche a anzitutto figura la proprietà, è espressamente prevista: "sicché non può escludersi che costituisca titolo per un'intavolazione ogni atto particolare che, imponendo a una determinata proprietà immobiliare un vincolo reale, indubbiamente della proprietà stessa modifica il contenuto".

[83] Cass. civ. 29 giugno 1981, n. 4245, cit.; Cass. civ. 22 febbraio 1996, n. 1352, cit.

[84] VANGHETTI, *Profili civilistici della c.d. "cessione di cubatura"*, in *Notariato*, 1996, 425; Cons. Stato, 28 giugno 2000, n. 3637, cit.

nell'altro si sono appellate ad un negozio a effetti reali) trovi la propria motivazione più recondita proprio nel tentativo di utilizzare la trascrizione come sistema atto a garantire l'acquirente in sede di circolazione[85].

Atteso l'evidente contrasto di opinioni, il legislatore ha infine ritenuto di dover intervenire con l'introduzione del n. 2-*bis* nell'art. 2643 c. c., optando così per la trascrivibilità della cessione con gli effetti di cui al successivo art. 2644 c. c. Pur essendo apprezzabile un tale intervento legislativo rivolto ad accrescere la certezza dei traffici giuridici, non si può certo dire che esso abbia una volta per tutte fugato ogni dubbio circa la natura giuridica della cessione di cubatura: infatti una cosa è l'opponibilità mediante trascrizione, altra cosa è la natura reale o obbligatoria della fattispecie.

[85] Così GAZZONI, *op. ult. cit.*, 659.

CAPITOLO SECONDO

# I TRASFERIMENTI DI VOLUMETRIA LEGATI A FENOMENI PEREQUATIVI, COMPENSATIVI E PREMIALI

## 1. *DALLA CESSIONE DI CUBATURA AI NUOVI DIRITTI EDIFICATORI: UN INQUADRAMENTO SISTEMATICO*

I diritti edificatori comunque denominati, delle cui vicende contrattuali il nuovo art. 2643, n. 2-*bis*, c. c. ha previsto la trascrizione nei pubblici registri immobiliari, non si esauriscono in quella operazione di "micropianificazione ad iniziativa privata"[86], che è la cessione di cubatura tradizionale, esaminata nel capitolo precedente. Invero, essa può essere considerata la capostipite delle molteplici ed eterogenee ipotesi di trasferimenti di volumetria, riconducibili ai fenomeni perequativo, compensativo e incentivante, che emergono dalla legislazione statale e regionale, nonché dalle previsioni di alcuni strumenti urbanistici comunali[87]. Le due ipotesi hanno come caratteristica comune il fatto di

[86] L'espressione è di GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., 527.

[87] Appare utile riportare, al fine di apprezzare l'origine dei trasferimenti di volumetria, alcune considerazioni svolte in chiave storico-comparatistica da MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, VII ed., Milano, 2014, 235 ss. L'A. mette in luce l'indiscutibile ruolo di primogenitura degli Stati Uniti nell'introduzione dell'istituto dei diritti edificatori trasferibili, ruolo che si fonda, oltre che sulla mentalità pragmatica di tale Stato, sulla diversa concezione del diritto di proprietà, inteso quale insieme di diverse facoltà (e non come unico inscindibile diritto soggettivo, concezione tipica dei paesi di origine romanistica) e fatto oggetto della massima tutela sul piano della salvaguardia del suo valore economico: in quell'ordinamento tutti i vincoli posti nel pubblico interesse (e non solo quelli formalmente o sostanzialmente espropriativi, come nel nostro ordinamento) sono indennizzabili. Orbene, la necessità di affrontare in modo non discriminatorio i problemi derivanti dagli squilibri dei valori immobiliari indotti dalla pianificazione urbanistica e la necessità di tutela dei valori culturali e ambientali sono state affrontate dagli Stati Uniti mediante l'introduzione dei *transferable developing rights* (T. D. R.). L'istituto sorse per la prima volta nella città di New York nel 1916, con l'introduzione degli indici edificatori spettanti alle proprietà ed il riconoscimento ai privati della possibilità di trasferire ai lotti adiacenti il proprio diritto edificatorio, rispettando l'indice globale di zona, non alterato dallo spostamento dell'indice da un lotto all'altro: è lo schema della cessione di cubatura tradizionale. Esso fu confermato e sviluppato negli anni '60 del secolo scorso: è

essere negozi interprivati di disposizione dei "diritti edificatori", volti ad accrescere la potenzialità volumetrica dell'area cessionaria. Tuttavia, mentre nella cessione di cubatura il carattere della realità è molto accentuato, in quanto il "decollo" e l'"atterraggio" avvengono su aree ben identificate e, se non confinanti, almeno contigue o radicate nella medesima zona omogenea; nei trasferimenti di volumetria il carattere della realità risulta attenuato ed eventuale, potendosi avere circolazione dei diritti edificatori "in volo", ossia a prescindere dalla presenza di un'area "cedente" e di una "cessionaria" e, inoltre, risulta talvolta possibile l' "atterraggio" su aree collocate anche in zone o ambiti diversi[88].

Pertanto, i diritti edificatori cui il legislatore fa riferimento costituiscono un *genus*, all'interno del quale coesistono diverse tipologie non accumunabili in

---

famoso il caso della stazione *Grand Central Terminal* della ferrovia urbana di New York, la cui esistenza, considerata di interesse storico-monumentale insieme all'area circostante, impediva ai proprietari degli immobili confinanti –che risultavano così in qualche modo vincolati – di utilizzare l'indice edificatorio di zona. La città di New York riconobbe, dopo una lunga controversia giudiziaria, che i diritti edificatori inutilizzabili a causa del vincolo potessero trasferirsi altrove, non solo a favore delle proprietà confinanti: in tal modo l'istituto dei T. D. R. perseguiva finalità compensative di un vincolo pubblico. Per altro verso, i diritti trasferibili hanno avuto negli Stati Uniti un utilizzo forse maggiore per l'imposizione di vincoli paesaggistici e naturalistici: si ricorda il caso della vastissima riserva naturale gestita dalla *New Jersey Pinelands Commission*, per costituire la quale fu vincolata un' estensione di terreni e acque molto ampia, attribuendo a tutti i proprietari delle aree interessate un indice edificatorio identico, ma molto ridotto, trasferibile e vendibile, utilizzabile solo in una determinata parte del vasto territorio vincolato; in tal modo, il proprietario interessato ad edificare ragionevolmente sul proprio terreno era costretto ad acquistare dai proprietari delle aree inedificabili un indice ulteriore, indennizzandoli così del vincolo imposto. Prescindendo dagli esempi fatti, occorre sottolineare che anche negli Stati Uniti l'istituto dei T. D. R. ha conosciuto e conosce una grande varietà di tecniche applicative, fermo che esso opera sempre per fini di equità nei rapporti tra privati e nel pieno e incondizionato rispetto del diritto di proprietà. Volendo solo accennare all'introduzione dell'istituto nel continente europeo, va ricordato che è alla legge urbanistica spagnola del 1956 che deve attribuirsi il primo istituto perequativo europeo, denominato *aprovechamento medio*: esso introdusse un indice perequativo diffuso attribuito a tutta la superficie qualificata dal piano generale come suolo urbanizzabile programmato.

[88] La proposta di distinzione sul piano terminologico tra cessione di cubatura e trasferimento di volumetria, sulla base dei criteri differenziali indicati nel testo, è di BARTOLINI, *Profili giuridici del c. d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 307 ss. Inoltre, è ormai comunemente accettata la triplice metafora per la quale mediante il primo trasferimento i diritti edificatori "decollano" dal fondo cedente, per "atterrare" su quello cessionario dopo una fase più o meno lunga di "volo": v. SIRENA *La trascrizione dei contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano diritti edificatori*, in AA. VV., *Pubblicità degli atti e delle sentenze*, Atti dell'8° Convegno Nazionale SISDIC, Esi, Napoli, 2014, 209.

un'unica *species*[89]: quindi, prima di analizzare i problemi sollevati dalla novella del 2011, sembra opportuno dare conto delle situazioni giuridiche riconducibili nell'alveo dei modelli (in senso lato) perequativi[90]; con tale espressione intendendo "quelle tecniche e modelli attuativi del principio di proporzionalità ed equità nella distribuzione dei vantaggi e svantaggi derivanti dalla pianificazione territoriale" . Preliminarmente, però, occorre qualche breve considerazione di carattere generale in merito all'evoluzione del diritto urbanistico nel nostro ordinamento, per chiarire quantomeno come, e in quale contesto, le tecniche perequative (in senso lato) siano sorte e abbiano trovato crescente sviluppo, avvertendo fin d'ora come esuli dai fini della presente indagine un'analisi esauriente dei numerose problemi cui le suddette tecniche danno luogo sul piano strettamente urbanistico.

La disciplina urbanistica in Italia affonda le proprie radici nella l. 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modifiche, la quale è improntata ai criteri della gerarchia tra livelli di pianificazione, della zonizzazione, degli *standard* e della previsione di vincoli preespropriativi per la separazione delle aree sulle quali realizzare le opere pubbliche, nell'ottica di un forte centralismo e autoritarietà delle scelte urbanistiche: "la rigidità di un siffatto schema si riflette nel modello di sviluppo urbano che esso genera, organizzato su settori monofunzionali (residenziale, artigianale, industriale, terziario)"[91].

La divisione del territorio in zone omogenee (zonizzazione o *zoning*), oltre ad essersi rivelato uno strumento rigido e poco adeguabile ai mutamenti nel tempo delle esigenze della comunità insediata in un dato territorio, comporta anche conseguenze fortemente discriminatorie, in quanto non rende insensibili le situazioni proprietarie di fronte alle scelte di piano, caratterizzate da notevole discrezionalità dell'ente pubblico territoriale. Infatti, se da un lato alcuni proprietari

---

[89] Così TRAPANI, *I diritti edificatori*, Ipsoa, Milano, 2014, 357.
[90] Così DE PAOLIS, *La pianificazione consensuale, premiale e per accordi: perequazione, compensazione, altre forme di urbanistica contrattata e di premialità edilizia*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, IV, Milano, 2012, 345 s.
[91] TRAPANI, *op. ult. cit.*, 72.

rimangono avvantaggiati dalla riconosciuta capacità edificatoria del proprio fondo, dall'altro, altri proprietari risultano fortemente pregiudicati dall'imposizione di vincoli preordinati all'esproprio per la realizzazione di opere di pubblica utilità o, comunque, da disposizioni vincolistiche riduttive della capacità edificatoria del proprio fondo[92].

"Dall'esigenza, particolarmente sentita, di superare siffatti limiti e talora per motivi di fiscalità locale, nasce l'urbanistica contrattata o negoziata o per accordi, espressa mediante moduli consensuali, diretti ad esprimere una sorta di *soft regulation*, che mira al governo del territorio mediante l'adozione di strumenti di pianificazione meno complessi, meno rigidi e più agili"[93]. In altri termini, si assiste all'imperare del principio della consensualità, oltreché nell'ambito dell'azione amministrativa in generale, anche, e soprattutto, per quanto rileva ai nostri fini, nella materia della gestione del territorio[94]. Si tratta di una forte riconsiderazione del ruolo del privato, come soggetto attivo e non passivo, in grado di svolgere un ruolo pianificatorio, specie nel momento attuativo: tendenza che pare espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, introdotto nell'art. 118, comma 4, Cost. dalla l. cost. 3/2001.

Per completare la sfondo nel quale si inseriscono le tecniche urbanistiche perequative, devono tenersi a mente ancora tre aspetti: in primo luogo, il diffondersi del principio di giustizia redistributiva, tipico di settori diversi come quello tributario, anche in urbanistica, nell'ottica di superare le discriminazioni prodotte dallo *zoning*; in secondo luogo, la marginalizzazione dell'istituto espropriativo nell'ambito delle normali scelte di pianificazione territoriale, perché oneroso[95],

---

[92] Sottolinea MENGOLI, *op. cit.*, 251, che "il diritto di edificare, là dove esso sia riconosciuto, costituisce la parte assolutamente preponderante e, in taluni casi, la quasi totalità del valore di un appezzamento di terreno".

[93] TRAPANI, *op. ult. cit.*, 74.

[94] MARENA, *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2013, 906.

[95] DE PAOLIS, *op. ult. cit.*, 348, ricorda come i costi delle procedure espropriative non siano agevolmente sostenibili dai Comuni, a causa delle pronunce della Corte costituzionale (emanate sulla scorta di numerose condanne dell'Italia da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo e dell'esito di un decennale e altalenante scontro tra legislatore e giurisprudenza, specie

conflittuale e scisso dalla realizzazione delle opere private, in contrasto col dinamismo richiesto dalla pianificazione; infine, l'avvertita necessità di assicurare il risultato delle scelte di piano, che ha condotto l' I. N. U. ad enucleare un nuovo modello di pianificazione, alternativo a quello delineato dalla legge urbanistica, basato su un piano strutturale ed uno operativo, il quale ha avuto un considerevole seguito nella legislazione di molte Regioni[96].

Quanto appena delineato rappresenta, in estrema sintesi, il panorama nel quale si affacciano i "nuovi" diritti edificatori nell'ambito dei procedimenti di urbanistica consensuale, caratterizzati dall'affidamento al mercato e all'autonomia privata dell'allocazione di una risorsa scarsa (volumetria edificabile), in alternativa alla sua rimessione all'esercizio autoritario del potere pubblico[97].

Prima di scendere nel dettaglio, occorre avvertire che l'interprete è costretto a muoversi nell'assenza di una legislazione organica, nemmeno di principio, a livello nazionale. Infatti, il processo di formazione delle fonti si è sviluppato, in questa materia, dal basso: "la prima fonte della perequazione, al di fuori della cessione di cubatura e della perequazione attuativa, si trova in piani regolatori generali comunali (tra i primi Reggio Emilia, Ravenna, più recentemente Roma) che hanno portato avanti in vario modo gli istituti della perequazione tra privati, oltre i limiti della perequazione attuativa di comparto, della perequazione compensativa di esproprio, dell'indice pubblico e di quello premiale nonché di tutti gli altri metodi

---

costituzionale) del 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 (in *www.giurcost.it*) le quali hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-*bis* del d. l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con modificazioni nella l. 8 agosto 1992, n. 359, nella parte in cui non collegava l'indennità di esproprio al valore venale del bene immobile espropriato. Il legislatore si è con estrema tempestività adeguato a quanto stabilito dalla Consulta, prevedendo, con l'art. 2, comma 89, della legge finanziaria 24 dicembre 2007, n. 244, che "l'indennità di espropriazione di un'area edificabile è determinata nella misura parti al valore venale del bene" e che essa, in caso di cessione volontaria, è addirittura "aumentata del dieci per cento".

[96] Sulle ragioni che hanno condotto all'affermazione della perequazione in urbanistica, si veda URBANI, *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, in *www.pausania.it.*

[97] SIRENA, *op. cit.*, 209.

di gestione e di utilizzazione pubblica del diritto di edificare[98]. Solo successivamente l'istituto della perequazione è stato talora recepito, nelle sue varie articolate forme, dalla legislazione urbanistica regionale"[99] e ha ricevuto l'avallo della giurisprudenza amministrativa[100] e del legislatore nazionale, il quale è intervenuto con rare e frammentarie disposizioni di cui si darà conto *infra*[101].

---

[98] STELLA RICHTER P., *Diritto urbanistico. Manuale breve*, III ed., Milano, 2014, 25 ss., ricorda che la "pianificazione urbanistica è, nel nostro ordinamento, una disciplina prevalentemente di procedimenti, piuttosto che di contenuti. Ciò comporta un'ampia discrezionalità nel dare al piano, di qualsiasi tipo esso sia, uno od altro tipo di contenuto e, conseguentemente, di effetto; altrimenti detto l'efficacia del piano dipende più…dalla volontà dell'autorità che lo adotta, che non dalla normativa che lo prevede". Sotto altro profilo, BELLOMIA, *Diritto privato regionale, perequazione urbanistica e nuovi strumenti di governo del territorio*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, II, 73 s., sottolinea come il meccanismo perequativo possa essere direttamente e interamente disciplinato dallo strumento urbanistico, in assenza di un previo fondamento legislativo: tale soluzione si fonda sul fatto che "nessuna disciplina legislativa a monte è necessaria là dove la perequazione è il frutto di una libera adesione del proprietario". In difetto della volontarietà dell'adesione, invece, la necessità della copertura legislativa (anche di rango regionale) appare ineludibile, stante la riserva di legge di cui agli artt. 23 e 42 Cost.

[99] MENGOLI, *op. cit.*, 134 s. Per un panorama sull'effettiva incidenza dei fenomeni in esame, si riportano di seguito le considerazioni svolte da BOSCOLO, *La perequazione e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 107 ss. Avverte l'A. che, quando si parla di perequazione e di compensazione, il riferimento va a fenomeni dalla diffusione ancora relativamente circoscritta: "le leggi regionali non hanno sancito l'obbligatorietà della perequazione ed hanno fatto menzione di questi istituti unicamente in guisa di un contenuto opzionale delle nuove figure di piano urbanistico comunale. La decisione circa la struttura del piano…è quindi demandata alle singole amministrazioni comunali". "Osservando il panorama dell'attività pianificatoria comunale, si riscontra che il modello perequativo non è ancora riuscito ad affermarsi appieno fino a divenire il modello veramente prevalente". Tuttavia, un impulso all'adozione di tali tecniche è venuto dalla giurisprudenza amministrativa: "il Consiglio di Stato ha rimarcato che, ove il piano si prefigga l'obiettivo di acquisizione di vaste aree, il ricorso a questi strumenti pianificatori diviene necessitato. La motivazione di una delibera di reiterazione di vincoli deve conseguentemente dare conto della "mancanza di possibili soluzioni alternative o di perequazione fra i proprietari espropriabili" e, laddove sia configurabile una alternativa non autoritativa all'esproprio, quest'ultima è senz'altro preferibile" (v. Cons. Stato, 16 ottobre 2006, n. 6171, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[100] V., di recente, Cons. Stato 13 luglio 2010, n. 4545, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che - pronunciandosi nel senso della legittimità del nuovo p. r. g. della città di Roma - ha confermato la legittimità della disciplina perequativa, ritenendo che essa si fondi, da un lato sulla potestà conformativa di cui sono titolari i Comuni nell'esercizio dell'attività di pianificazione, dall'altro sulla facoltà di perseguire interessi pubblici mediante il ricorso a modelli di stampo privatistico e consensuale.

[101] Si ricorda che la disciplina del governo del territorio è materia di legislazione concorrente, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., sicché le Regioni sono tenute a legiferare nel rispetto dei principi regolatori della materia enunciati in apposite leggi quadro nazionali o, in mancanza, dei principi fondamentali desumibili dalle leggi statali vigenti (v., *ex plurimis,* Corte Cost., 19 dicembre 2003, n. 359, in *www.giurcost.it*).

Il panorama normativo si presenta, non solo frammentario e disomogeneo, ma anche confuso, per quanto riguarda la distinzione concettuale tra i tre diversi istituti della perequazione, compensazione e incentivazione, al punto che, come è stato affermato, strumenti urbanistici e norme regionali disegnano "ipotesi pratiche che sono talora espressione di una sorta di *melting pot* urbanistico"[102]. Infatti, oltre alla eterogeneità delle soluzioni accolte dalle diverse amministrazioni, prive del pregio della reciproca uniformità e coerenza, deve constatarsi la scarsa consapevolezza delle differenze (al contrario, nettamente individuabili sul piano teorico) tra i diversi istituti, che risultano parcellizzati e configurati in modo commisto, tanto da rendere ardua la lettura anche agli stessi addetti ai lavori[103].

Pertanto, appare doveroso, ancora prima di fornire una rassegna della scarna legislazione nazionale e qualche indicazione sulle diverse esperienze regionali, delineare i tratti salienti dei diversi sistemi finalizzati al conseguimento della perequazione urbanistica, intesa in senso ampio, distinguendo, nell'ambito di questi, il fenomeno perequativo in senso proprio, da quello compensativo e da quello incentivante-premiale.

## 2. *I MODELLI PEREQUATIVI, COMPENSATIVI ED INCENTIVANTI*

### 2.1 *LA PEREQUAZIONE*

Pianificare mediante tecniche perequative[104] significa (tentare di) rendere indifferenti i singoli proprietari di fronte alle scelte di piano, eliminare quindi l'intrinseca discriminatorietà della pianificazione tradizionale delineata dalla legge urbanistica nazionale del 1942. Tale indifferenza sarebbe l'effetto di un'equa

[102] TRAPANI, *op. ult. cit.*, 84.
[103] Le considerazioni riportate sono svolte da TRAPANI, *op. ult. cit.*, 147.
[104] Il plurale è d'obbligo, non essendovi un solo modo di pianificare perequando: così DE PAOLIS, *op. ult. cit.*, 355. L'A. sottolinea come non esista un'unica definizione di perequazione urbanistica, almeno non una che sconti un elevato tasso di genericità e vaghezza, riscontrandosi piuttosto una varietà di modelli e tecniche perequative.

distribuzione degli oneri e vantaggi tra i proprietari incisi dall'attività pianificatoria e si realizzerebbe con l'attribuzione, da parte dello strumento urbanistico generale (p.r.g. o piano strutturale, nel caso di adozione da parte della Regione del modello di pianificazione in due stadi) di un indice edificatorio uniforme[105] e proporzionale all'estensione delle singole proprietà, che prescinde dalla destinazione, edificatoria o per opere pubbliche, della singola area, la quale sarà individuata solo dallo strumento attuativo o dal piano operativo (sempre nel caso di pianificazione urbanistica a due stadi). Tale indice c. d. diffuso è realizzabile anche in aree diverse rispetto a quella di appartenenza: in tale modo verrebbero a distinguersi aree di "decollo" dei diritti edificatori e aree di "atterraggio" dei medesimi, in modo che alla P. A. residui una quota di territorio comunale da destinare alla realizzazione della c. d. città pubblica[106].

In altre parole, sia che si tratti di perequazione estesa all'intero territorio comunale, sia che si tratti di perequazione settoriale, è necessario individuare la volumetria complessiva insediabile nel territorio (destinato alla trasformazione o

---

[105] BOSCOLO, *op. cit.*, 118 ss., sottolinea l'importanza –ai fini dell'attribuzione dell'indice edificatorio diffuso - della previa distinzione delle aree in diverse categorie in base al criterio della loro attitudine edificatoria in concreto (legata alle caratteristiche morfologiche, all' esistenza di fasce di rispetto stradale, etc.), in modo da evitare l'inaccettabile e paradossale conseguenza di una discriminazione "di ritorno" (*reverse discrimination*). Aggiunge l'A. che, sul piano della tecnica urbanistica, si è progressivamente assunta consapevolezza dell'importanza di tale preliminare analisi: essa va sotto il nome di classificazione dei suoli e dovrebbe sostanziarsi in un'attività di mero accertamento delle differenze fisico-morfologico-ubicazionali tra i diversi lotti, ma nella realtà non è completamente scevra da valutazioni tecnico-discrezionali poco trasparenti e, comunque, spesso le leggi regionali non prevedono tale specifica fase, né gli strumenti urbanistici specificano i criteri adottati. Quanto affermato è ancora più grave, se si considera che il risultato della classificazione dei suoli costituisce una "premessa decisionale" particolarmente stringente per il pianificatore: ad esso non resta, nella fase successiva, che attribuire alle diverse classi (anche a distribuzione territoriale discontinua) una diversa attribuzione volumetrica, comunque indipendente dalla destinazione finale.

[106] Si riporta di seguito l'efficace definizione del fenomeno perequativo avanzata da T. A. R. Puglia, Bari, 1 luglio 2010, n. 2810, in *pa.leggiditalia.it*: "il concetto di base dal quale muovono generalmente gli strumenti urbanistici ispirati ad idee perequative è quello di attribuire alle varie porzioni di territorio considerate - e cioè sia alle aree destinate alla vera e propria edificazione, sia a quelle destinate ad essere utilizzate per scopi differenti, ed in particolare per fini pubblici - una eguale, astratta suscettività edificatoria: tale situazione, infatti, crea le condizioni perché tra privati ed amministrazioni pubbliche, ovvero tra privati e privati, si addivenga ad accordi che favoriscono da una parte la dislocazione, sui fondi in concreto edificabili, della volumetria assegnata ai fondi non edificabili, d'altra parte la cessione gratuita di questi ultimi alle amministrazioni pubbliche".

espansione) di riferimento: questa sarà ripartita tra tutti i fondi interessati, senza distinzione tra suoli effettivamente trasformabili e suoli concretamente immodificabili per ragioni di disegno urbanistico. Successivamente, della complessiva volumetria così distribuita dovranno individuarsi le possibili destinazioni finali, cioè le aree che saranno oggetto dell'attività edificatoria: emergerà così la distinzione tra fondi "sorgente" o di "decollo", tributari della capacità edificatoria, ma in tutto o in parte non sfruttabili per trasformazioni urbanistico-edilizie, e fondi "accipienti" o di "atterraggio", sui quali saranno realizzabili i diritti edificatori non sfruttabili sui primi, acquistati dai proprietari dei fondi "sorgente". Questi ultimi, pertanto, ottengono un ristoro economico per la perdita della loro area, ceduta gratuitamente al Comune, per la realizzazione delle opere di interesse generale[107]: in tale caso si parla di cessione perequativa, per distinguerla dalla cessione compensativa[108].

Se quello appena delineato è lo schema generale del funzionamento del modello perequativo, occorre rilevare la notevole varietà applicativa dell'istituto, con conseguente difficoltà di procedere a classificazioni di sorta. A ogni modo, tratti comuni possono individuarsi nella opzionalità e volontarietà della perequazione: il

---

[107] V. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, IV ed., Milano, 2010, 143 ss. Si tenga conto che la capacità volumetrica attribuita sarà inferiore al limite minimo fondiario di edificabilità, cosicché i proprietari di fondi edificabili saranno in qualche modo costretti, qualora intendano costruire, ad acquistare i diritti edificatori attribuiti ai fondi "sorgente". BOSCOLO, *op. cit.*, 136, sottolinea l'interessante aspetto per il quale, in qualche piano di Comuni più piccoli, dove l'amministrazione assume unicamente l'obiettivo di non superare una certa soglia di densità, si profila addirittura la possibilità di lasciare ai proprietari l'opzione circa la valenza di fondo rispettivamente "sorgente" o "accipiente" della rispettiva area (è il caso del Comune di Taino(VA)).

[108] V. BOSCOLO, *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, in *www.fondazionenotariato.it*. Sulla distinzione tra le due fattispecie, v. più ampiamente *infra:* ad ogni modo, si tenga conto che non sempre la perequazione ingloba la componente infrastrutturativa (ossia l'acquisizione gratuita da parte del Comune di aree per la realizzazione di infrastrutture), potendosi avere anche perequazioni pure, le quali –ripartendo equamente vantaggi e svantaggi della pianificazione tra i proprietari interessati - "mirano solo a promuovere densificazioni e diradamenti".

piano perequativo non può essere fonte di obblighi per i proprietari, né può attuarsi in mancanza di una loro libera adesione[109].

Volendo fornire un'indicazione di base sui diversi modelli perequativi, può affermarsi che essi sono principalmente due: perequazione generale (altrimenti detta *a priori* o estesa) e perequazione parziale (altrimenti chiamata *a posteriori*, settoriale, di comparto o endoambito)[110].

La perequazione parziale è limitata ad alcune parti del territorio comunale prescelte per la trasformazione, cui il piano assegna una potenzialità volumetrica uniforme (previa deduzione della volumetria di eventuali edifici esistenti): l'equilibrio tra le posizioni proprietarie avviene all'interno dell'ambito così individuato mediante un contratto (c. d. di ricomposizione fondiaria) con il quale tutti i soggetti coinvolti definiscono consensualmente la ripartizione dei vantaggi e degli oneri correlati all'assetto prefigurato dal piano, attraverso un complesso programma contrattuale fatto di cessioni e permute di aree e volumetrie[111]. L'ambito interessato non potrà sviluppare nel complesso una volumetria diversa rispetto a quella attribuita dallo strumento urbanistico generale, né i diritti edificatori generati all'interno del comparto potranno essere trasferiti all'esterno: si tratta, pertanto,

---

[109] V. ancora PAGLIARI, *op. cit.*, 152. Inoltre DE PAOLIS, *op. ult. cit.*, 364, sottolinea che "invero, il consenso dei proprietari coinvolti rimane essenziale e la perequazione non può mai essere imposta dal piano, in caso contrario sorgerebbero gravi sospetti di illegittimità costituzionale del piano, perché adottato in violazione degli artt. 42 e 23 Cost.

[110] Per una rassegna esauriente ed aggiornata delle svariate e complesse classificazioni proposte in dottrina, si rinvia a TRAPANI, *op. ult. cit*., 92 ss.

[111] BOSCOLO, *La perequazione e le compensazioni,* cit., 131, rileva che è questo il modello perequativo uniformemente profilato nelle leggi regionali, mentre al modello della perequazione estesa si riferisce, in termini veramente espliciti, solo la legge urbanistica lombarda, l. r. 11 marzo 2005, n. 12, della quale si riporta per esteso l'art. 11, comma 2: "sulla base dei criteri di cui al comma 1, nel piano delle regole i comuni, a fini di perequazione urbanistica, possono attribuire a tutte le aree del territorio comunale, ad eccezione delle aree destinate all'agricoltura e di quelle non soggette a trasformazione urbanistica, un identico indice di edificabilità territoriale, inferiore a quello minimo fondiario, differenziato per parti del territorio comunale, disciplinandone altresì il rapporto con la volumetria degli edifici esistenti, in relazione ai vari tipi di intervento previsti. In caso di avvalimento di tale facoltà, nel piano delle regole è inoltre regolamentata la cessione gratuita al comune delle aree destinate nel piano stesso alla realizzazione di opere di urbanizzazione, ovvero di servizi ed attrezzature pubbliche o di interesse pubblico o generale, da effettuarsi all'atto della utilizzazione dei diritti edificatori, così come determinati in applicazione di detto criterio perequativo". Occorre segnalare che tale modello trova un certo numero di applicazioni anche in piani di altre Regioni.

della tecnica perequativa più coerente con il tradizionale principio della zonizzazione[112]. Tuttavia, una variante al modello così delineato prevede la limitata possibilità che diritti edificatori acquistati all'esterno del comparto "atterrino" al suo interno (comparto c. d. discontinuo)[113]. Emerge chiaramente la natura parziale di tale sistema: la giustizia redistributiva viene applicata solo ad alcune categorie di aree e di proprietari, per quanto esse possano essere parzialmente ampliate (nel comparto c. d. discontinuo), lasciando del tutto intatte le forme di discriminazione preesistenti in essere all'esterno del comparto perequato, generate dalla pianificazione pregressa e quindi consolidate.

E' la ricerca di tecniche che aspirano all'eguaglianza sostanziale che ha condotto alla formulazione dello strumento della perequazione estesa[114]. Infatti, quest'ultima si contraddistingue per l'attribuzione di un indice di edificabilità convenzionale ed uniforme (di regola piuttosto basso) esteso tendenzialmente ad una parte rilevante delle aree di espansione o di trasformazione[115]: il diritto edificatorio assegnato ad un'area non trasformabile può avvenire su uno qualsiasi

---

[112] V. DE PAOLIS, *op. ult. cit.*, 361 ss., il quale tra l'altro sottolinea come, per l'attuazione della perequazione urbanistica parziale, si faccia ricorso all'istituto del comparto edificatorio, disciplinato dall'art. 870 c. c. e, sotto il profilo urbanistico, dall'art. 23 della l. urbanistica 1150/1942. In proposito sembra utile riportare quanto affermato da T. A. R. Puglia, Bari, 1 luglio 2010, n. 2810, cit.: "se è vero che tale istituto ben si presta a dare attuazione a principi perequativi, è opinabile che esso sia stato concepito, nel 1942, a tale scopo: risalgono infatti solo ai primi anni sessanta i primi esperimenti di perequazione. Il c.d. "comparto edificatorio", così come disciplinato dal legislatore del 1942, non presuppone infatti, necessariamente, una perequazione interna, essendo stato invece concepito allo scopo di assicurare l'attuazione dello strumento urbanistico mercé l'accordo dei privati proprietari o, in difetto, l'esproprio da parte del comune e la riassegnazione dell'area espropriata a terzi".

[113] V. URBANI, *op. cit.*, il quale rileva che "in tal caso l'edificabilità convenzionale attribuita alle aree esterne di cui si richiede la conservazione (e quindi l'inedificabilità) viene spostata all'interno del comparto determinando una capacità edificatoria aggiuntiva, mentre la perequazione degli oneri viene ripartita tra tutte le aree esterne o interne al comparto". L'A. richiama l'esempio del p. r. g. di Reggio Emilia, il quale ha previsto le c. d. zone miste a valenza ecologica, composte da due perimetri: uno più interno, costituente il comparto, in cui devono concentrarsi le capacità edificatorie, e uno più interno, destinato a verde, da cedere alla P. A. a fronte dell'indennizzo ricavato dalla cessione (ai proprietari delle aree collocate nella zona di concentrazione) dei diritti edificatori riconosciuti.

[114] TRAPANI, *op. ult. cit.*, 103.

[115] Secondo PAGLIARI, *op. cit.*, 151, non possono, comunque, rientrare in schemi perequativi le aree già edificate (salvo siano previste riqualificazioni del tessuto consolidato), le aree agricole, le aree gravate da vincoli non urbanistici (paesistici o ambientali), le aree destinate ad altre attività (impianti sportivi o attività di cava) ed infine le aree morfologicamente inadatte allo scopo edificatorio.

dei molteplici fondi "accipienti" previsti dal piano quali aree a concentrazione necessaria. In altri termini, "il piano si limita a prefigurare due macro-categorie di fondi ed è lasciata all'iniziativa individuale…l'individuazione delle possibili soluzioni di atterraggio: il piano si astiene dunque dal predeterminare la destinazione puntuale dei diritti edificatori[116], limitandosi a prevedere che ogni trasformazione sia il risultato di un "atterraggio" di diritti edificatori esogeni che si saldano alla (eventuale) dotazione intrinseca del fondo-accipiente (comunque insufficiente a consentire la trasformazione dell'area)"[117].

Di conseguenza, la perequazione estesa dà luogo alla massimizzazione dell'autonomia dei proprietari, sicché un piano di questa matrice è destinato a dare risultati organici in tempi abbastanza lunghi e la sua attuazione presuppone che i privati interessati pongano in essere lo schema di cessioni e atterraggi previsti per il piano: se quest'ultimo non dovesse risultare particolarmente attraente, gli interessi pubblici coinvolti rimarrebbero frustrati, e il Comune sarebbe costretto a servirsi dello strumento espropriativo[118].

Per concludere, occorre ricordare che, in alcuni casi, il piano riserva all'amministrazione comunale una frazione della volumetria concentrabile su specifici lotti (ad esempio, nei piani attuativi o nel recupero di opifici dismessi): il Comune potrà poi cedere a terzi tale dotazione volumetrica, ovvero impiegarla per scopi connessi al *social housing*. Sono stati avanzati forti dubbi di legittimità in relazione a tale fattispecie (detta perequazione "con volumetria pubblica aggiuntiva"): in particolare, desta perplessità l'idea che il Comune possa ottenere diritti edificatori disancorati dalla sottostante proprietà di un fondo[119].

---

[116] Viceversa, caratteristica delle perequazione endoambito è proprio la fissazione *ex ante*, da parte del piano, del luogo di dispiegamento delle potenzialità volumetriche.
[117] BOSCOLO, *op. ult. cit.*, 134.
[118] Precisa BOSCOLO, *op. ult. cit.*, 127, che presupposto della perequazione è che tutti i proprietari coinvolti trovino razionalmente preferibile l'adesione alle decisioni sull'assetto territoriale.
[119] BOSCOLO, *op. ult. cit.*, 125.

Esulando dai fini della presente indagine l'analisi puntuale dei profili più strettamente urbanistici dell'istituto perequativo, nonché degli aspetti di attrito con la Carta Costituzionale, pur evidenziati da una parte della dottrina[120], sembra opportuno a questo punto esaminare i tratti salienti del (diverso) fenomeno della compensazione, in particolare mettendone in luce le differenze con quello della perequazione.

## 2.2 *LA COMPENSAZIONE*

Denominatore comune dei fenomeni perequativo e compensativo è quello di essere entrambi protesi ad ottenere due effetti concomitanti e speculari: da un lato, assicurare la giustizia distributiva nei confronti dei proprietari dei suoli destinati ad usi urbani; dall'altro, garantire l'attuazione consensuale della programmazione e la formazione di un patrimonio pubblico immobiliare a servizio della collettività, senza la necessità di esercitare poteri ablatori e senza oneri diretti per l'erario pubblico locale. In altri termini, si tratta di fare coincidere il perseguimento di obiettivi egoistici dei privati con risultati di utilità pubblica[121]. Ciò detto, occorre rilevare che, soprattutto nell'ultimo periodo, si è presa sempre maggiore consapevolezza della diversità strutturale dei due istituti (pur spesso utilizzati simultaneamente nei piani regolatori): al fine di apprezzare maggiormente tale differenza pare opportuno, innanzitutto, dare conto delle situazioni ricorrenti,

---

[120] Per questi aspetti si rinvia agli Autori che si sono occupati del fenomeno perequativo: per tutti, URBANI, *op. cit., passim*; BOSCOLO, *op. ult. cit., passim*; POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, II, 3 ss.; DE PAOLIS, *op. ult. cit., passim*.

[121] POLICE, *op. cit.*, 3. Si è già sottolineato, inoltre, come ulteriore elemento comune delle diverse fattispecie sia quello della consensualità: si dirà tra breve, tuttavia, come il consenso si collochi in momenti diversi rispetto all'esercizio della potestà conformativa della proprietà privata attribuito alla P. A.

collegabili al fenomeno compensativo, rinvenibili nelle leggi e soprattutto nei piani[122].

In un primo ordine di casi, rispetto ai quali può parlarsi di compensazione infrastrutturativa, il pianificatore individua nel piano opere pubbliche di primaria importanza, rispetto alle quali la P. A. non può rinunciare *a priori* al vincolo ed alla facoltà imperativa e unilaterale di acquisizione coattiva delle aree: viene dunque apposto il vincolo preespropriativo, cui dovrà seguire l'esproprio dell'area nel termine di cinque anni. Tuttavia, è prevista la possibilità di ristoro del proprietario mediante l'attribuzione di "crediti compensativi"[123] (o, sia detto per inciso, di un diverso immobile), in luogo del consueto indennizzo in denaro, da spendere in aree di "atterraggio" ovvero da cedere onerosamente a terzi[124].

In un secondo ordine di casi, in presenza di situazioni di degrado ambientale o paesaggistico (si pensi all'esistenza di manufatti incongrui o degradati suscettibili di incidere, snaturandola, sulla percezione di un luogo), la P. A. richiede azioni positive, dalla delocalizzazione alla riqualificazione, i cui oneri vengono integralmente compensati, ancora una volta, con l'attribuzione di diritti edificatori (o di immobili): per queste fattispecie può parlarsi di compensazione paesaggistico-ambientale[125].

---

[122] V. BOSCOLO, *op. ult. cit.*, 123 ss., il quale fornisce anche una rassegna, senza pretese di completezza, delle indicazioni ricorrenti nelle leggi e nei piani relativamente alle diverse modulazioni del fenomeno perequativo.

[123] Afferma TRAPANI, *op. ult. cit.*, 89, nota 66, che l'espressione, utilizzata in alcune leggi regionali, appare quasi fuori luogo dopo l'introduzione del n. 2-bis dell'art. 2643 c. c., sicché appare preferibile parlare, in ogni caso, di "diritti edificatori".

[124] V. Corte Cost. 20 maggio 1999, n. 179, in *www.giurcost.it*: la Consulta ha affermato che le modalità di attuazione del principio dell'indennizzabilità dei vincoli a contenuto espropriativo possono consistere in misure risarcitorie, indennitarie, ma anche in "misure riparatorie alternative anche in forma specifica, mediante offerta ed assegnazione di altre aree idonee alle esigenze del soggetto che ha diritto ad un ristoro, ovvero altri sistemi compensativi che non penalizzano i soggetti interessati dalle scelte urbanistiche che incidono su beni determinati". TRAPANI, *op. ult. cit.*, 127 ss., fa riferimento ai due possibili inquadramenti giuridici dell'istituto: *datio in solutum* atipica ad effetti non reali ovvero "permuta (transattiva) tra terreno trasferito all'amministrazione volontariamente e diritto edificatorio generato in capo al privato cedente, che avrebbe piuttosto…natura chiaramente reale".

[125] Si avverte fin d'ora che, in altre fattispecie, decisamente più frequenti, azioni positive dei proprietari, rilevanti sul piano delle politiche paesaggistiche ed ambientali, vengono perseguite con

Concentrando l'indagine sul fenomeno, ben più diffuso, della compensazione c. d. infrastrutturativa, si evince da quanto detto che, mentre la perequazione, sovvertendo l'impostazione tradizionale, configura una vera alternativa al vincolo, la compensazione si situa nell'ambito della pianificazione tradizionale ed è finalizzata a elidere le conseguenze pregiudizievoli che si manifestano ove resti necessario acquisire aree mediante vincolo e conseguente ablazione[126]. La perequazione si distacca del tutto dal tradizionale schema vincolistico; infatti, apponendo un "peso" su un fondo, il piano perequativo si limita a fissare un obiettivo (di pubblico interesse), cui è condizionato il dispiegamento delle potenzialità attribuite ai proprietari: la cessione (gratuita) dell'area al Comune non è quindi conseguenza dell'imperatività di un vincolo, bensì costituisce adempimento di un onere. L'elemento consensuale si colloca nel momento conformativo della proprietà privata, poiché solo se c'è il consenso il piano perequativo è realizzabile, consenso che può essere garantito solo attraverso la realizzazione di sufficienti vantaggi per i proprietari chiamati ad esprimerlo. Viceversa, nella compensazione il momento autoritativo (apposizione del vincolo preordinato all'esproprio) è il presupposto del fenomeno, il quale è volto a risolvere gli effetti negativi delle previsioni urbanistiche sfavorevoli: con il consenso, che si colloca a valle rispetto al momento conformativo della proprietà, i proprietari incisi possono ottenere un vantaggio superiore rispetto all'ordinario indennizzo

strumenti incentivanti caratterizzati dall'attribuzione premiale di un incremento volumetrico rispetto alla dotazione intrinseca del fondo: per un'analisi del fenomeno, si rinvia a quanto si dirà *infra* in relazione all'ulteriore istituto dell'incentivazione.

[126] Mette in evidenza le differenza tra gli istituti in esame, BOSCOLO, *op. ult. cit.*, 127 ss., il quale sottolinea altresì che la compensazione paesaggistico-ambientale "si pone al di fuori dagli schemi usuali e diviene funzionale a garantire ristoro ad un proprietario a cui si richiede (od impone) un *facere* per ragioni paesaggistico-ambientali".

pecuniario[127], il quale, tra l'altro, risulta meno preferibile per le Amministrazioni locali in periodo di ristrette disponibilità finanziarie[128].

Ancora, deve segnalarsi che i diritti edificatori di origine perequativa traggono origine direttamente dallo strumento urbanistico e, dal momento dell'approvazione di quest'ultimo, possono formare oggetto di negozi volti alla concentrazione della volumetria nelle aree predeterminate, mentre i diritti edificatori di origine compensativa discendono dalla cessione del fondo all'amministrazione comunale. Analogamente, i diritti derivanti dalla compensazione paesaggistico-ambientale saranno attribuiti dalla P. A. e, pertanto, negoziabili solo dopo l'esatto adempimento degli obblighi di riqualificazione; mentre quelli premiali saranno negoziabili a seguito dell'esecuzione dell'intervento da parte del privato[129].

---

[127] MALTONI, *Il trasferimento dei diritti edificatori: profili pubblicistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 547 s., sottolinea come, per rendere appetibile tale opzione per il privato, dovrebbe prevedersi una sorta di "riserva di atterraggio" per i diritti edificatori di natura compensativa mentre, per altro verso, sarebbe comunque necessario che siano attribuiti in compensazione diritti edificatori per un valore superiore a quello retraibile dalla normale indennità di esproprio.

[128] V. DE PAOLIS, *op. ult. cit.*, 351 ss.

[129] V. TRAPANI, *op. ult. cit.*, 91. Si riporta la sintetica e paradigmatica enucleazione delle differenze tra cessione perequativa e compensativa formulata da T. A. R. Lombardia, Milano, 17 settembre 2009, n. 4671, in *www.giustizia-amministrativa.it*: "occorre chiarire che la legge regionale prevede due sistemi di cessione di aree al Comune in corrispettivo dell'attribuzione di diritti edificatori, diversi tra loro, che possiamo definire, il primo cessione perequativa, ed il secondo cessione compensativa. La cessione perequativa è prevista dall'art. 11 comma 1 e 2 della L.R. 12/05 ed è alternativa all'espropriazione perché non prevede l'apposizione di un vincolo preespropriativo sulle aree destinate a 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 ed uniforme distribuzione di diritti edificatori indipendentemente dalla localizzazione delle aree per attrezzature pubbliche e dei relativi obblighi nei confronti del Comune. La cessione compensativa invece si caratterizza per l'individuazione da parte del pianificatore di aree, destinate alla costruzione della città pubblica, rispetto ai quali l'amministrazione non può rinunciare a priori al vincolo ed alla facoltà imperativa ed unilaterale di acquisizione coattiva delle aree. In queste aree, il Comune appone il vincolo preespropriativo ed entro il termine di cinque anni deve fare ricorso all'espropriazione con la possibilità di ristorare il proprietario mediante attribuzione di 'crediti compensativi' od aree in permuta in luogo dell'usuale indennizzo pecuniario.
La cessione perequativa si caratterizza per il fatto che il terreno che sarà oggetto di trasferimento in favore dell'amministrazione sviluppa volumetria propria (espressa, appunto dall'indice di edificabilità territoriale che gli viene attribuito) che, però, può essere realizzata solo sulle aree su cui deve concentrarsi l'edificabilità (aree alle quali è attribuito un indice urbanistico adeguato a ricevere anche la cubatura proveniente dai terreni oggetto di cessione). La cessione compensativa, invece, prevede la corresponsione di un corrispettivo (per la cessione) in volumetria (diritto edificatorio) o

Infine, da quanto affermato, emerge un ulteriore profilo distintivo: mentre i diritti edificatori perequativi rimangono immanentemente sottoposti al potere di revisione del piano da parte della P. A. (salvo eventuali autolimiti posti dalla stessa Autorità comunale), una regola diversa dovrebbe valere nel caso della volumetria assegnata a titolo di compensazione, la quale costituisce il risultato di una prestazione che il privato ha già assolto, cedendo la propria area o riqualificando il proprio edificio, sicché dovrebbe ritenersi che il Comune non possa discrezionalmente revocare la propria controprestazione[130].

### 2.3 *L'INCENTIVAZIONE*

Qualche cenno merita, infine, la fattispecie dell'incentivazione o c. d. premialità edilizia, la quale consiste nella generazione e conseguente attribuzione di un diritto edificatorio aggiuntivo, rispetto a quello previsto in via ordinaria dagli strumenti urbanistici, riconosciuto quale premio per il raggiungimento di determinati obiettivi pubblici[131]. Si è detto che, mentre perequazione e

---

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 espropriata)".

[130] V. BOSCOLO, *op. ult. cit.*, 157. MALTONI, *op. cit.*, 547 s., sottolinea come, al ricorrere di rilevanti motivi di interesse pubblico, che la inducano a riesercitare il proprio potere pianificatorio, la P. A potrebbe anche ritenere di sopprimere in tutto o in parte i diritti edificatori già attribuiti in compensazione a privati e non utilizzati a fini edificatori; d'altro canto, essa sarebbe tenuta a pagare al privato una somma pari al valore dei diritti edificatori così estinti, al fine di preservare l'equilibrio economico –costituzionalmente imposto - tra le prestazioni oggetto dell'accordo bonario concluso, in sostituzione di provvedimento, tra P. A. e privato medesimo.

[131] TRAPANI, *op. ult. cit.*, 180 ss., sottolinea il crescente sviluppo dei meccanismi generatori di diritti edificatori (ciò che vale sia in relazione alla compensazione, sia in relazione alla premialità), nell'erroneo convincimento che la "moneta volumetrica" abbia per i Comuni un costo nullo o quasi nullo: al contrario, si pongono nuove questioni riguardanti il consumo edificatorio del suolo, il quale costituisce una risorsa limitata. Sembra opportuno riportare anche un'altra considerazione svolta dall'A.: egli evidenzia come la generazione di tali diritti edificatori assuma forme diverse a livello comunale, traendo origine da aree di proprietà comunale (così nel Comune di Reggio Emilia), o dall'acquisto da privati (così nel Comune di Terni), ovvero a prescindere dalla proprietà del suolo (così nel Comune di Monza). Se le prime due ipotesi sono espressione delle normali regole della conformazione urbanistica, la terza è riconducibile piuttosto ad una fattispecie concessoria, nella quale il diritto edificatorio è considerato, non come facoltà inerente al diritto di proprietà (come insegna Corte Cost. 30 gennaio 1980, n. 5, in *www.giurcost.it*), bensì come vero e proprio "nuovo

compensazione hanno come referente, rispettivamente, il principio di eguaglianza formale (*ex* art. 3 Cost.) e il principio di indennizzabilità in materia di espropriazioni (*ex* art. 42 Cost.), le premialità vanno piuttosto ricondotte al principio di eguaglianza in senso sostanziale *ex* art. 3, comma 2, Cost[132].

In assenza di una disciplina di rango statale, che è intervenuta solo successivamente e in maniera assai frastagliata, come si avrà modo di vedere *infra*, anche in quest'ambito le Regioni si sono mosse in autonomia, dando luogo a discipline diversificate[133]. Un elemento comune può individuarsi nelle finalità cui è ricollegato l'istituto premiale: in ciascuna delle Regioni che hanno legiferato sul punto si riscontra il collegamento tra incremento volumetrico premiale e interventi di riqualificazione urbanistica ed ambientale. A questa matrice comune si aggiungono poi, in maniera differenziata, finalità ulteriori quali, a titolo esemplificativo, la realizzazione di interventi di edilizia residenziale pubblica (in Lombardia, in Puglia e in Provincia di Trento), la tutela e valorizzazione di beni storico-artistici (in Lombardia e in Veneto) e dei centri storici (in Umbria), il risparmio energetico (in Lombardia). Inoltre, in tutte le Regioni, si richiede l'individuazione (da parte dello strumento urbanistico) delle aree ove dirigere i suddetti interventi. Per altro verso, forti differenze sussistono, da Regione a Regione, per quanto riguarda la disciplina delle aree ove i diritti edificatori di

---

diritto", prima inesistente. In realtà, appunto, lo *ius aedificandi* inerisce al diritto di proprietà e non può considerarsi come diritto spettante *ab origine* all'ente pubblico: "in assenza di un'espressa disposizione della Legge nazionale, insomma, non esiste il potere del Comune di dare vita e di generare illimitatamente, quasi per partenogenesi, diritti edificatori non collegati alla proprietà dei suoli stessi, con conseguente illegittimità di tali disposizioni degli strumenti urbanistici". In altri termini, forse, è quello dell'autopoiesi dei diritti edificatori, l'aspetto sul quale permane un autentico dubbio di illegittimità, in assenza di una legge statale che ne assicuri il fondamento.

[132] V. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c. d. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 429 ss.

[133] BARTOLINI, *op. ult. cit.*, 431, evidenzia anche sul piano lessicale "la variegata e fantasiosa terminologia impiegata per indicare la medesima fenomenologia", il che sembra essere un dato costante nella materia delle nuove tecniche urbanistiche perequative, compensative e premiali.

origine premiale possono essere spesi, i criteri di quantificazione dei diritti premiali, la loro commerciabilità[134].

In conclusione, e per completezza, deve rilevarsi che esistono forme di utilizzo dei diritti edificatori, differenti dalle perequazioni e dalle compensazioni, che si avvicinano alla premialità, pur non potendo ad essa del tutto assimilarsi[135]: si tratta di meccanismi di scambio per i quali, in cambio di prestazioni concernenti solitamente la realizzazione di opere pubbliche, viene riconosciuta ad un imprenditore una determinata quantità di diritti edificatori, che rappresentano una (parte della) controprestazione nell'ambito di un rapporto sinallagmatico. In relazione a tali cessioni, si è posta la questione della loro compatibilità col diritto della concorrenza: in particolare, l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (oggi Autorità nazionale anticorruzione) si è interrogata sull'applicabilità del codice dei contratti pubblici in relazione a tali fattispecie[136]. L'Autorità si è espressa nel senso che le convenzioni urbanistiche dirette a trasferire ai costruttori diritti edificatori, a fronte della realizzazione di infrastrutture pubbliche, rientrano nella nozione comunitaria di appalto pubblico[137] e le ha pertanto considerate soggette al diritto comunitario e interno in materia di appalti pubblici[138]. Una parte della dottrina ha affermato che la soluzione non sarebbe corretta, dal momento che difetterebbe, nel caso di specie, il requisito dell'onerosità e che, per altro verso, nel diverso caso delle c. d. premialità edilizie, tale disciplina sarebbe radicalmente inapplicabile, difettando, oltre all'onerosità, il fondamentale elemento della controprestazione a carico del privato: l'istituto rientrerebbe, piuttosto, nell'ambito della diversa

---

[134] V. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, 431 ss.

[135] Ricomprende queste fattispecie nell'ambito delle premialità, TRAPANI, *op. ult. cit.*, 186.

[136] V. determinazione A. V. C. P., 2 aprile 2008, n.4, in *www.anticorruzione.it.*

[137] V. art. 1, par. 2, lett. a), direttiva 2004/18/CE, ai sensi del quale "gli «appalti pubblici» sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva".

[138]In particolare si richiede, sussistendo determinati requisiti, l'esperimento di procedure di evidenza pubblica. Giova qui ricordare il caso di Reggio Emilia e Ferrara, ove il Comune, per trasferire i propri diritti edificatori, ha bandito una procedura aperta basata sul criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa: v. sul punto MEUCCI, *Circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012, 188.

categoria delle sovvenzioni e, di conseguenza, sarebbe applicabile soltanto l'art. 12 della l. 241/1990, che impone solo la predeterminazione e la previa pubblicità dei criteri di attribuzione[139].

## 3. *RASSEGNA DELLA SCARSA E FRAMMENTARIA LEGISLAZIONE STATALE*

Passando dall'analisi teorica degli istituti perequativi, compensativi e premiali ad una rassegna di legislazione, due aspetti in particolare meritano immediata evidenza: da un lato, l'assenza di qualsivoglia norma di legge statale di portata generale in materia di perequazione in senso lato, accompagnata da qualche sporadico e settoriale intervento del legislatore nazionale medesimo, il quale, più che dare fondamento al fenomeno, sembra presupporlo[140]; dall'altro, una legislazione regionale tumultuosa, disomogenea e non sempre compiuta, forse necessario corollario dell'assenza di una legge quadro di rango nazionale, fortemente auspicata[141], in grado di orientare le scelte dei singoli legislatori regionali. Ciò detto, la trattazione procederà nel senso di dare conto della legislazione statale vigente, per poi soffermarsi su alcune rilevanti esperienze regionali, non potendosi, per ragioni di sinteticità, esaminare nel dettaglio la normativa emanata da ciascuna Regione e, ancor più, la strumentazione urbanistica adottata nelle singole realtà locali.

---

[139] Per le considerazioni svolte, v. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, 440 ss.

[140] In questo senso, BARTOLINI, *op. ult. cit.*, 435.

[141] TRAPANI, *I diritti edificatori,* cit., 140 ss., sottolinea che i metodi perequativi, espressione del potere di conformazione del territorio e del diritto di proprietà al fine di assicurarne la funzione sociale *ex* art. 42 Cost., sembrano conformi al parametro costituzionale (per una puntuale dimostrazione si rinvia alle considerazioni svolte dall'A.), risultando tutt'al più auspicabile una legislazione nazionale che esprima principi fondamentali e criteri orientativi; mentre, in relazione alla regolazione del trasferimento, della circolazione, dell' "atterraggio" dei diritti edificatori, della pubblicità e opponibilità ai terzi delle vicende ad essi inerenti, riguardando i medesimi il tema dei diritti soggettivi e dei rapporti tra privati, i sospetti di illegittimità costituzionale si acuiscono e l'esigenza di una legge statale si fa più pressante, dal momento che la materia dell'"ordinamento civile" è devoluta dall'art.117, comma 2, lett. l, Cost., alla potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Una prima manifestazione di interesse, per i fenomeni al vaglio, da parte del legislatore statale si ha innanzitutto con l'art. 1, comma 21, della l. 15 dicembre 2004, n. 308 (avente ad oggetto il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale), ai sensi del quale: "qualora per effetto di vincoli sopravvenuti diversi da quelli di natura urbanistica non sia più esercitabile il diritto di edificare che sia già stato assentito a norma delle vigenti disposizioni, è in facoltà del titolare del diritto di chiedere di esercitare lo stesso su un'altra area del territorio comunale, di cui abbia acquisito la disponibilità a fini edificatori". Il successivo comma 22 dispone che "in caso di accoglimento dell'istanza…la traslazione del diritto di edificare su area diversa comporta la contestuale cessione al comune, a titolo gratuito, dell'area interessata". Si tratta di una misura di tipo compensativo il cui presupposto è costituito dalla preclusione del diritto di edificare per effetto di vincoli: in particolare, si ritiene che la previsione operi a favore del proprietario dell'area che, prima dell'imposizione del vincolo, abbia vocazione edificatoria, a prescindere dal già intervenuto rilascio del titolo abilitativo edilizio[142]. Inoltre, quanto al vincolo, esso deve configurarsi come vincolo di tipo ambientale sopravvenuto diverso da quelli di natura urbanistica e non deve necessariamente comportare l'inedificabilità assoluta dell'intera area. L'area di "atterraggio" dev'essere sita nel medesimo Comune di quella (interamente) ceduta e dev'essere nella disponibilità, a fini edificatori, del proprietario[143].

In secondo luogo, deve ricordarsi l'art. 1, commi 258 e 259, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, il quale dispone che, nelle previsioni degli strumenti urbanistici, in aggiunta alle aree necessarie per garantire gli *standard*, si definiscano ambiti la cui trasformazione sia subordinata alla cessione gratuita da parte dei proprietari di aree o immobili da destinare a edilizia residenziale sociale, in rapporto al fabbisogno

---

[142] V. CIAGLIA, *Della "compensazione urbanistica", ovvero come rivoluzionare l'urbanistica senza che nessuno se ne accorga*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 450 ss., cui si rinvia per un esame compiuto della citata normativa.

[143] V. TRAPANI, *op. ult. cit.*, 297.

locale e in relazione all'entità della trasformazione (comma 258), prevedendo altresì la possibilità che, per l'attuazione di interventi finalizzati alla realizzazione di edilizia sociale (ed altro: rinnovo urbanistico ed edilizio, riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti), il Comune possa, nell'ambito delle previsioni degli strumenti urbanistici, consentire un aumento di volumetria premiale nei limiti di incremento massimo della capacità edificatoria prevista per gli ambiti medesimi, come definiti dalla stessa legge (comma 259). In relazione a tale disposizione, la dottrina, da un lato, ha censurato la mancata determinazione quantitativa del nuovo *standard* di edilizia sociale, lasciata alla discrezionalità dell'ente locale; dall'altro, però, ha messo in luce il fatto che tali disposizioni rappresentano il primo esempio a livello statale di premialità edilizia[144].

Un ulteriore richiamo dev'essere fatto all'art. 11 della l. 6 agosto 2008, n. 133 (di conversione del d. l. 25 giugno 2008, n. 112), il quale, sotto la rubrica "piano casa", mira ad individuare nuovi strumenti diretti a "garantire su tutto il territorio nazionale i livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo per il pieno sviluppo della persona umana", prevedendo i criteri cui dovrà attenersi il Governo per l'approvazione di un piano nazionale di edilizia abitativa (si tratta del c. d. Piano casa, successivamente emanato con d. P. C. M. 16 luglio 2009, n. 1). In particolare l'articolo citato prevede, al comma 5, che gli interventi del piano (costruzione di nuove abitazioni e realizzazione di misure di ricupero e riqualificazione del patrimonio abitativo esistente) possano essere realizzati anche mediante il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo (lett. a); mediante incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e di miglioramento della qualità urbana, nel rispetto delle aree necessarie per gli *standard* (lett. b); ancora, mediante la cessione, in tutto o in parte, dei diritti edificatori come

[144] V. TRAPANI, *op. ult. cit.*, 185 ss., anche per ulteriori riferimenti di dottrina.

corrispettivo per la realizzazione anche di unità abitative di proprietà pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato ovvero all'alienazione in favore di categorie sociali svantaggiate (lett. e). Si tratta di fattispecie di incentivazione e di altre ipotesi di cessione di diritti edificatori non esattamente coincidenti con la premialità, per le quali si rimanda alle considerazioni svolte al par. 2.3. Qui basti mettere in luce come manchi, nelle disposizioni citate, una specifica statuizione relativa alla commisurazione dei diritti edificatori premiali, la quale è rimessa all'accordo tra P. A. e privato: tutto ciò comporta il rischio che si verifichi una sorta di "gigantismo pianificatorio e costruttivo deprecabile e pericoloso"[145].

Gli interventi successivi del legislatore confermano la necessità di una previsione *ex ante* dell'entità dei diritti premiali: il riferimento è all'art. 12 del d. lgs. 11 marzo 2011, n. 28 (di attuazione della direttiva 2009/28/CE), il quale prevede che i progetti di edifici di nuova costruzione e di ristrutturazioni rilevanti su edifici esistenti, che assicurino una copertura dei consumi di calore, di elettricità e per il raffrescamento in misura superiore di almeno il 30 per cento rispetto ai valori minimi obbligatori, beneficiano, in sede di rilascio del titolo edilizio, di un *bonus* volumetrico del 5 per cento (fermo il rispetto delle norme sulle distanze legali, sulle distanze minime di protezione dal manto stradale e salvi gli interventi su immobili siti in zone A).

Da ultimo, deve richiamarsi l'art. 5, comma 9, del d. l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni nella l. 12 luglio 2011, n. 106[146], il quale persegue il dichiarato obiettivo, in una congiuntura economica assai sfavorevole, di promuovere misure di stimolo dell'edilizia e dell'economia. In particolare si prevede: "al fine di incentivare la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente nonché di promuovere e agevolare la riqualificazione di aree urbane

[145] TRAPANI, *op. ult. cit.*, 189 s., cui si rimanda anche per un'analisi più approfondita dei rischi che una tale lacuna può comportare.

[146] Si noti che il medesimo d. l., all'art. 5, comma 3, ha introdotto il n. 2-*bis* nell'elenco di cui all'art. 2643 c. c., norma sulla cui portata ci si soffermerà più ampiamente nel prossimo capitolo.

degradate con presenza di funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti nonché di edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione ovvero da rilocalizzare, tenuto conto anche della necessità di favorire lo sviluppo dell'efficienza energetica e delle fonti rinnovabili, le Regioni, approvano entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto specifiche leggi per incentivare tali azioni anche con interventi di demolizione e ricostruzione che prevedano, tra l'altro, il riconoscimento di una volumetria aggiuntiva rispetto a quella preesistente come misura premiale e la delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse". Si aggiunge, al comma successivo, che "gli interventi di cui al comma 9 non possono riferirsi ad edifici abusivi o siti nei centri storici o in aree ad inedificabilità assoluta, con esclusione degli edifici per i quali sia stato rilasciato il titolo abilitativo edilizio in sanatoria". Resta fermo, altresì, il rispetto degli *standard* urbanistici e delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia, nonché delle disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. La cubatura premiale diventa, in tale contesto, non solo elemento necessario per la realizzazione di obiettivi pubblici, ma anche volano dell'economia nazionale, in uno con il risanamento del patrimonio immobiliare privato, nell'ambito di una prima normativa di rango statale dotata di un minimo di organicità[147].

All'esito di questa breve rassegna, risultano senza dubbio confermate le premesse già anticipate: il legislatore nazionale, pur manifestando un certo interesse per le nuove tecniche urbanistiche collegate alla formazione ed alla circolazione dei diritti edificatori, ha individuato, per lo più, alcuni meccanismi di creazione premiale delle volumetrie, diretti alle svariate finalità di cui si è già dato conto,

[147] Così TRAPANI, *op. ult. cit.*, 196, il quale sottolinea, tra l'altro, come il vero ostacolo all'attuazione di una siffatta disposizione sia stata l'iniziale inerzia normativa delle Regioni, cui si è cercato di ovviare prevedendo, nei commi 13 e 14 dell'art. in esame, meccanismi sostitutivi della carenza di interventi normativi regionali; in particolare, si prevede l'operare della succitata disciplina, allo scadere di un determinato termine senza che sia intervenuta la legge regionale, con i limiti massimi di incremento volumetrico premiale previsti dal comma 9, lett. a, del più volte menzionato art. 5.

facendo ricorso a disposizioni di legge scarne e poco omogenee tra loro. Accanto ad esse si trova una congerie di norme di fonte legislativa regionale, anche integrative e innovative rispetto alla legislazione nazionale: tale apparato normativo sarà illustrato, ricorrendo a modelli paradigmatici, nel prosieguo della trattazione avvertendo come esso, sicuramente, non contribuisca a ridurre la disomogeneità normativa afferente la materia.

## 4. *I DIRITTI EDIFICATORI NELLA LEGISLAZIONE REGIONALE: BREVE RASSEGNA ED ANALISI DI ALCUNE ESPERIENZE PARADIGMATICHE*

L'esame ravvicinato delle disposizioni regionali consente senza dubbio una migliore lettura della conformazione dei diritti edificatori, dal momento che, al di là dell'analisi della loro configurazione tecnico-giuridica, è la normativa locale ad avere più o meno compiutamente regolato il fenomeno. In particolare, hanno disciplinato il fenomeno perequativo nelle proprie leggi urbanistiche le seguenti Regioni e Province autonome: Toscana (l. r. 3 gennaio 2005, n.1, sostitutiva dell'originaria l. r. 16 gennaio 1995, n. 5), Basilicata (l. r. 11 agosto 1999, n. 23), Lazio (l. r. 22 dicembre 1999, n. 38), Emilia Romagna (l. r. 24 marzo 2000, n.20), Puglia (l. r. 27 luglio 2001, n. 20), Calabria (l. r. 16 aprile 2002, n. 19), Campania (l. r. 22 dicembre 2004, n. 16), Veneto (l. r. 23 aprile 2004, n. 1), Lombardia (l. r. 11 marzo 2005, n. 12), Umbria (l. r. 22 febbraio 2005, n. 11), Provincia di Trento (l. p. 11 novembre 2005, n. 16, sostituita dalla successiva l. p. 4 marzo 2008, n. 1, sostituita a sua volta dalla recentissima l. p. 4 agosto 2015, n. 15), Friuli Venezia Giulia (l. r. 23 febbraio 2007, n. 5), Provincia di Bolzano (l. p. 2 luglio 2007, n. 3, di modifica della precedente l. p. 11 agosto 1997, n. 13)[148]. Inoltre, come si è già sottolineato, molteplici e diversificate sono anche le previsioni contenute negli strumenti urbanistici

[148] L'elenco delle Regioni che hanno legiferato in materia con l'indicazione delle relative fonti legislative è tratto da TRAPANI, *op. ult. cit.*, 85.

adottati a livello di amministrazione comunale, ritenute lecite dalla giurisprudenza pur in assenza di una norma regionale *ad hoc*.

Invece, per quanto concerne il fenomeno dell'incentivazione, nonostante alcune Regioni avessero già disciplinato il fenomeno[149], occorre rilevare che, in relazione all'attuazione delle finalità perseguite dalla normativa nazionale riguardante il c. d. piano casa, e successivamente all'intesa raggiunta in sede di Conferenza Stato Regioni del 1 aprile 2009 (in qualche caso anche dopo l'entrata in vigore della l. 106/2011), tutte le Regioni hanno legiferato, in maniera più o meno ossequiosa dei principi sanciti[150]. Ad ogni modo, come già accennato, l'indagine sarà limitata ad alcune soltanto delle esperienze regionali in materia: in particolare, si è ritenuto bastevole soffermare l'attenzione sulla situazione legislativa di due Regioni, scelte convenzionalmente nel Veneto e nel Friuli-Venezia Giulia.

### 4.1 *Profili di perequazione, compensazione e premialità nella legge urbanistica regionale del Friuli-Venezia Giulia*

La legge del Friuli-Venezia Giulia sul governo del territorio (l. r. 23 febbraio 2007, n. 5, rubricata "Riforma dell'urbanistica e disciplina dell'attività edilizia del paesaggio") persegue l'obiettivo di stabilire "le finalità strategiche che gli strumenti di pianificazione devono conseguire nella regolazione dell'uso del territorio", con la precisazione che "gli strumenti di pianificazione perseguono la riqualificazione dei sistemi insediativi e degli assetti territoriali, la prevenzione e il recupero del degrado ambientale, e prevedono un'attenta valutazione delle alternative di riuso e riorganizzazione dei tessuti insediativi esistenti prima di procedere a nuovi impegni di suolo"[151].

---

[149] Per i riferimenti puntuali si rinvia a BARTOLINI, *op. ult. cit.*, 431.

[150] Per un'analisi completa della legislazione regionale si rinvia ancora una volta a TRAPANI, *op. ult. cit.*, 202 ss.

[151] V. art. 1, commi 2 e 3, l. r. 23 febbraio 2007, n 5. Sulla legislazione regionale urbanistica del F. V. G., si veda PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, cit., 316 ss.

Quanto ai soggetti e agli strumenti della pianificazione, un ruolo centrale è attribuito al Comune, il quale esercita la funzione di pianificazione territoriale nel rispetto, tra l'altro, del principio di adeguatezza e in coerenza con le indicazioni del piano territoriale regionale (p. t. r.) adottato dalla Regione, il quale non è solo strumento di indirizzo, ma ha anche valore precettivo in relazione, ad esempio, all'individuazione delle risorse essenziali di interesse regionale, alle regole d'uso del territorio, alle prescrizioni sulla tutela della aree di interesse naturalistico e paesaggistico; un ruolo decisamente meno incisivo è attribuito alla Provincia[152].

In linea con le più recenti tendenze urbanistiche, il vecchio p. r. g. scompare, per essere sostituito da un atto di indirizzo (piano strutturale comunale, p. s. c.) e da uno più marcatamente attuativo (piano operativo comunale, p. o. c.): il primo, oltre a individuare, tra l'altro, gli ambiti urbanizzati, non urbanizzati e urbanizzabili e la rete delle infrastrutture, "definisce la metodologia, i criteri nonché i limiti per l'individuazione degli ambiti di perequazione urbanistica, di compensazione urbanistica e di compensazione territoriale"[153]; il secondo, che ha efficacia conformativa della proprietà ed è adottato dal Comune nel rispetto del p. s. c., ripartisce il territorio in zone omogenee, con relative destinazioni d'uso e indici edilizi, stabilisce norme tecniche di attuazione degli interventi di riqualificazione, trasformazione e conservazione del territorio, stabilisce gli *standard*[154]. Infine, è previsto e disciplinato lo strumento del piano attuativo comunale (p. a. c.), le cui procedure di adozione e approvazione tengono luogo di quelle degli strumenti urbanistici attuativi previsti dalla legislazione nazionale, assumendo, di volta in volta, il valore di piani particolareggiati, piani di lottizzazione, piani di recupero etc.[155].

---

[152] V. artt. 3, 4 e 5, l. r. cit.

[153] V. art. 15, comma 1, lett. f, l. r. cit.; v. anche gli artt. seguenti per quanto riguarda le finalità strategiche e il procedimento di approvazione.

[154] V. art. 21, l. r. cit., nonché l'art. 22 per il relativo procedimento di approvazione.

[155] V. art. 25, l. r. cit.

Accennato così al sistema urbanistico generale vigente nella regione in esame, può ora farsi riferimento agli aspetti che qui maggiormente interessano: la disciplina della perequazione e della compensazione, regolate, rispettivamente, dagli artt. 31 e 32 della legge urbanistica regionale.

Il Comune può ricorrere alla tecnica della perequazione urbanistica in sede di pianificazione operativa e attuativa, relativamente ad immobili destinati a trasformazione urbanistica, mediante apposita convenzione con i proprietari interessati: la disciplina perequativa inserita nel p. o. c. o nei p. a. c. è finalizzata ad assicurare la ripartizione dei diritti edificatori e dei relativi oneri tra tutti i proprietari degli immobili interessati, indipendentemente dalla destinazione specifica attribuita alla singola area. Emergono chiaramente, quindi, l'elemento della consensualità e la finalità tipica della perequazione parziale[156].

Invece, un maggiore grado di analiticità è raggiunto in sede di disciplina del fenomeno compensativo, regolato dall'art. 32, il quale prevede, al comma 1, che "Il Comune e i proprietari delle aree da destinare a servizi possono concordare la cessione delle medesime al Comune, a fronte di una compensazione attuata mediante il trasferimento dei diritti edificatori in altre aree del territorio comunale a ciò preventivamente destinate". Inoltre, il comma 2 del medesimo articolo specifica come la compensazione possa conseguirsi mediante la stipulazione di una convenzione tra Comune e proprietari interessati, la quale stabilisca le modalità di calcolo dei "crediti edificatori", la localizzazione delle aree sulle quali trasferirli, il tempo massimo per la loro utilizzazione, la corresponsione dell'indennità di esproprio per il caso di mancata utilizzazione del diritto edificatorio nel termine convenuto. Tali previsioni si inseriscono nello schema sopra delineato della compensazione c. d. infrastrutturativa, prevedendo opportunamente anche la

[156]Si riporta la definizione normativa della perequazione urbanistica fornita, in sede di definizioni generali, nell'art. 1, lett. o, l. r. cit.: "la tecnica che assicura la ripartizione dei diritti edificatori e dei relativi oneri tra tutti i proprietari degli immobili inclusi in un predeterminato ambito, indipendentemente dalle destinazioni specifiche assegnate alle singole aree".

regolazione, in sede di conclusione della convenzione urbanistica, di alcuni aspetti particolarmente problematici. Infine, deve segnalarsi la novità costituita dall'art. 33, l. r. citata, il quale prevede l'istituto della "compensazione territoriale": si tratta della possibilità, per i Comuni che provvedono congiuntamente alla pianificazione strutturale in forma sovracomunale, di realizzare lo scambio di diritti edificatori, contro "equivalenti valori di natura urbanistica o economica".

Da ultimo, qualche cenno merita la l. r. 11 novembre 2009, n. 19, con la quale è stato recepito il c. d. piano casa e che, nel capo VII (rubricato "Disposizioni straordinarie per la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente"), prevede le misure incentivanti "finalizzate al rilancio dell'attività economica mediante la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente", attraverso "il miglioramento della qualità energetica o igienico-funzionale degli edifici o delle unità immobiliari oggetto di intervento". Tali misure incentivanti consistono in un incremento volumetrico in caso di ristrutturazione e anche in collegamento con fattispecie di demolizione e successiva ricostruzione: interventi realizzabili, con tutta una serie di limiti e divieti, anche in deroga alle disposizioni in tema di distanze, altezze, superfici e volumi previsti dagli strumenti urbanistici[157]. Quanto agli ampliamenti,

[157] V. art. 57, l. r. cit., del quale si riporta integralmente il testo per comodità di lettura: "1. Gli articoli 58 e 59 individuano misure straordinarie finalizzate al rilancio dell'attività economica mediante la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente alla data di entrata in vigore del presente capo, attuata attraverso interventi edilizi realizzabili anche in deroga alle distanze, alle altezze, alle superfici e ai volumi previsti dagli strumenti urbanistici. 2. Gli interventi di cui agli articoli 58 e 59 assicurano il miglioramento della qualità energetica o igienico-funzionale degli edifici o delle unità immobiliari oggetto di intervento, secondo le leggi di settore e non possono in alcun caso trovare applicazione: a) in deroga alle leggi in materia di tutela dei beni culturali e del paesaggio e in materia ambientale, alle distanze minime previste dal codice civile ovvero in deroga alle altre leggi di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia, con particolare riferimento alle norme in materia di sicurezza statica, antisismica, antincendio, sicurezza stradale, sicurezza cantieri e impianti, nonché alle norme in materia igienico-sanitaria, in materia di barriere architettoniche, di accatastamento e di intavolazione; b) in deroga alle prescrizioni tipologico-architettoniche o di abaco contenute negli strumenti urbanistici vigenti alla data di entrata in vigore del presente capo; b-*bis*) in contrasto con le direttive in sede di predisposizione di un nuovo strumento urbanistico o delle sue varianti, nonché con lo strumento urbanistico adottato, secondo quanto previsto dall' articolo 20 della legge regionale 5/2007 ed entro i termini temporali massimi ivi previsti; c) per edifici o unità immobiliari oggetto di interventi edilizi abusivi i cui procedimenti sanzionatori non siano stati conclusi ai sensi di legge, anteriormente alla presentazione dell'istanza di permesso di costruire per gli interventi previsti dal presente articolo; d) per aree o edifici soggetti a vincolo espropriativo o a

è possibile un incremento volumetrico fino al 35 per cento del volume preesistente, con il limite di 200 mc per gli edifici ad uso abitativo, alberghiero e direzionale, di 1000 mc per gli edifici produttivi[158]; invece, per l'ipotesi di demolizione e ricostruzione di edifici non coerenti con le caratteristiche storiche o architettoniche o paesaggistiche e ambientali individuate dagli strumenti urbanistici comunali, l'incremento massimo è del 50 per cento ed è determinato dalla convenzione stipulata dal proprietario con il Comune, con la quale si preveda la misura e l'attribuzione dei diritti edificatori, da esercitarsi su aree, diverse da quelle di "decollo", convenzionalmente individuate, entro un termine prefissato[159].

### 4.2 *L'ESPERIENZA DELLA REGIONE VENETO*

L'esperienza veneta in materia di perequazione e compensazione si dimostra particolarmente interessante: essa prende le mosse dalla l. r. 23 aprile 2004, n. 11, rubricata "Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio". Principiando da qualche breve cenno in ordine allo strumento urbanistico previsto dalla legge regionale, deve rilevarsi che il piano urbanistico comunale è suddiviso, secondo il nuovo modello di pianificazione strutturale e operativa, in piano di assetto del territorio (p. a. t.) e piano degli interventi (p. i.), cui si aggiungono i piani urbanistici attuativi (p. u. a.); a livello sovracomunale, invece, sono previsti il piano di assetto del territorio intercomunale (p. a. t. i.), il piano territoriale di coordinamento provinciale (p. t. c. p.) e il piano territoriale regionale di coordinamento (p. t. r. c.)[160].

---

vincolo di inedificabilità assoluta; e) se i lavori non sono iniziati entro otto anni dalla data di entrata in vigore della presente legge".

[158] V. artt. 58 e 50, l. r. cit.

[159] V. art. 60, comma 1, l. r. cit. Per qualche considerazione sulla disciplina della incentivazione in F. V. G., v. TRAPANI, *op. ult. cit.*, 214 s.

[160] Per l'articolazione dei livelli di pianificazione v. art. 3, comma 4, l. r. 23 aprile 2004, n. 11. Sull'esperienza veneta, v., per tutti, MARZARO GAMBA, *Credito edilizio, compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 644; DE PAOLIS, *La*

Il p. a. t. è lo strumento di pianificazione che delinea le scelte strategiche di assetto e sviluppo per il governo del territorio comunale, individuando le specifiche vocazioni e invarianti di natura geologica, geomorfologica, idrogeologica, paesaggistico-ambientale e storico-architettonica, in conformità agli obiettivi ed indirizzi espressi nella pianificazione territoriale di livello superiore ed alle esigenze della comunità locale[161]. Invece, il p. i., ai sensi dell'art. 12, comma 3, l. r. cit., è "lo strumento urbanistico che, in coerenza e in attuazione del PAT, individua e disciplina gli interventi di tutela e valorizzazione, di organizzazione e di trasformazione del territorio programmando in modo contestuale la realizzazione di tali interventi, il loro completamento, i servizi connessi e le infrastrutture per la mobilità".

Venendo agli aspetti che in questa sede più interessano, è agli artt. 35 ss. della succitata legge che la Regione affida la regolazione delle tecniche perequative e compensative e incentivanti. L'art. 35[162] dispone che, mentre spetta al piano strutturale (p. a. t.) stabilire criteri e modalità per l'applicazione della perequazione urbanistica, è compito del p. i., dei p. u. a., dei comparti urbanistici e degli atti di programmazione negoziata attuare la perequazione disciplinando gli interventi di

---

*pianificazione consensuale, premiale e per accordi: perequazione, compensazione, altre forme di urbanistica contrattata e di premialità edilizia,* cit., 414 ss.; TRAPANI, *op. ult. cit.*, 169 ss.

[161] V. art. 12, comma 2, l. r. cit. Per il contenuto specifico e le procedure di approvazione, v. gli artt. 13 ss., l. r. cit.: qui basta ricordare come il p. a. t., in aggiunta agli ulteriori e molteplici contenuti, ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. m, "precisa le modalità di applicazione della perequazione e della compensazione di cui agli articoli 35 e 37".

[162] Se ne riporta il testo per esteso: "1. La perequazione urbanistica persegue l'equa distribuzione, tra i proprietari degli immobili interessati dagli interventi, dei diritti edificatori riconosciuti dalla pianificazione urbanistica e degli oneri derivanti dalla realizzazione delle dotazioni territoriali. 2. Il piano di assetto del territorio (PAT) stabilisce i criteri e le modalità per l'applicazione della perequazione urbanistica. 3. Il piano degli interventi (PI), i piani urbanistici attuativi (PUA), i comparti urbanistici e gli atti di programmazione negoziata attuano la perequazione disciplinando gli interventi di trasformazione da realizzare unitariamente, assicurando un'equa ripartizione dei diritti edificatori e dei relativi oneri tra tutti i proprietari delle aree e degli edifici interessati dall'intervento, indipendentemente dalle specifiche destinazioni d'uso assegnate alle singole aree. 4. Ai fini della realizzazione della volumetria complessiva derivante dall'indice di edificabilità attribuito, i piani urbanistici attuativi (PUA), i comparti urbanistici e gli atti di programmazione negoziata, individuano gli eventuali edifici esistenti, le aree ove è concentrata l'edificazione e le aree da cedersi gratuitamente al comune o da asservirsi per la realizzazione di servizi ed infrastrutture, nonché per le compensazioni urbanistiche ai sensi dell'articolo 37.".

trasformazione da realizzare unitariamente, assicurando l'equa ripartizione dei diritti edificatori e dei relativi oneri indipendentemente dalle specifiche destinazioni d'uso assegnate alle singole aree; realizzandosi così l'indifferenza per i proprietari rispetto alle destinazioni della singola area. Affinché si realizzi la volumetria complessiva derivante dall'indice di edificabilità indistintamente attribuito al settore di intervento, occorre che i p. u. a., i comparti urbanistici e gli atti di programmazione negoziata individuino le aree ove concentrare l'edificazione, nonché quelle da cedersi gratuitamente al Comune o da asservirsi per la realizzazione di servizi e infrastrutture. Si evince che, anche nel caso della legge regionale veneta, ad essere espressamente presa in considerazione è la perequazione parziale o *a posteriori*, e non quella estesa.

Per altro verso, il successivo art. 36, comma 4, l. r. citata, si esprime nei termini di "credito edilizio"[163], per indicare "la quantità volumetrica riconosciuta a seguito della realizzazione degli interventi di cui al comma 3 ovvero a seguito delle compensazioni di cui all'articolo 37". Gli interventi di cui al comma 3 si inseriscono all'interno di meccanismi di natura premiale: in particolare, è previsto che il p. a. t. "individua le eventuali opere incongrue, gli elementi di degrado, gli interventi di miglioramento della qualità urbana e di riordino della zona agricola definendo gli obiettivi di ripristino e di riqualificazione urbanistica, paesaggistica, architettonica e ambientale del territorio che si intendono realizzare e gli indirizzi e le direttive relativi agli interventi da attuare"; mentre spetta al p. i. disciplinare gli interventi di

[163] L'espressione è criticata da GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., 221: l'A. parla di "atecnicità" dal momento che il privato non vanta, nei confronti della P. A., un diritto perfetto che possa risolversi in una pretesa, eseguibile magari in forma specifica, bensì, secondo la sua ricostruzione dell'istituto, ha soltanto una *chance*, legata ad un interesse legittimo pretensivo. Si ricorda, inoltre, quanto già evidenziato *supra* in relazione alla dizione "crediti compensativi": la terminologia impiegata, sia dalla dottrina che dal legislatore, nella materia oggetto della presente indagine, risulta assai variegata, spesso senza che sussista un'autentica differenza di natura o di disciplina fra fattispecie diversamente denominate; pertanto, a maggiore ragione dopo l'introduzione del nuovo n. 2-*bis* nell'art. 2643 c. c., il quale parla indistintamente di "diritti edificatori", sembra più corretto – anche in un'ottica di maggiore chiarezza - utilizzare, per tutte le ipotesi di incremento volumetrico legato a fenomeni perequativi, compensativi o incentivanti, soltanto quest'ultima espressione onnicomprensiva.

trasformazione volti a realizzare i suddetti obiettivi. In questa cornice, "la demolizione delle opere incongrue, l'eliminazione degli elementi di degrado, o la realizzazione degli interventi di miglioramento della qualità urbana, paesaggistica, architettonica e ambientale … determinano un credito edilizio"[164]. Si tratta della prima previsione normativa relativa alla disciplina premiale nell'ambito del nostro ordinamento giuridico[165].

D'altro canto, l'art. 37 della legge urbanistica veneta stabilisce che sia permesso "ai proprietari di aree ed edifici oggetto di vincolo preordinato all'esproprio di recuperare adeguata capacità edificatoria, anche nella forma del credito edilizio di cui all'articolo 36, su altre aree e/o edifici, anche di proprietà pubblica, previa cessione all'amministrazione dell'area oggetto di vincolo": riemerge qui lo schema tipico della compensazione c. d. infrastrutturativa, in forza del quale il proprietario dell'immobile gravato da un vincolo preespropriativo può, con il suo consenso, beneficiare di una moneta migliore di quella indennitaria ritraibile dall'ordinaria procedura espropriativa.

Un aspetto peculiare, e particolarmente interessante per quanto riguarda il mercato dei diritti edificatori, è dato dalla previsione per la quale i diritti edificatori di fonte compensativa e incentivante (mentre non vi è disciplina specifica per i diritti edificatori perequativi) sono annotati nel registro di cui all'articolo 17, comma 5, lett. e[166], e sono liberamente commerciabili. Inoltre, il comma 4 dell'art. 36, l. r. cit., stabilisce che "Il p. i. individua e disciplina gli ambiti in cui è consentito l'utilizzo dei crediti edilizi, prevedendo l'attribuzione di indici di edificabilità differenziati in funzione degli obiettivi di cui al comma 1 ovvero delle compensazioni di cui all'articolo 37": sembra emergere con chiarezza la necessità che attribuzione dei

---

[164] V. art. 36, commi 1, 2, 3, l. r. cit.; ai sensi del successivo comma 5, salvo il caso di sanatoria, le opere realizzate in violazione di norme di legge o di prescrizioni di strumenti urbanistici, ovvero realizzate in assenza o in difformità dai titoli abilitativi, non possono dare luogo al riconoscimento del credito edilizio.

[165] BARTOLINI, *op. ult. cit.*, 431.

[166] Si tratta di un registro, consultabile, tenuto dall'Amministrazione Comunale, che costituisce uno degli elementi di cui è formato il p. i.

diritti edificatori e individuazione da parte del Comune degli ambiti e modi di impiego siano contestuali[167].

In conclusione, dev'essere citata la l. r. 8 luglio 2009, n. 14 (successivamente modificata, da ultimo in maniera sostanziale dalla l. r. 30 novembre 2013, n. 32), la quale disciplina il c. d. piano casa[168]: finalità di tale normativa è quella di promuovere il settore edilizio e, con esso, l'intera economia, incentivando interventi di sostituzione e rinnovamento del patrimonio edilizio esistente, finalizzati al perseguimento di tutta una serie di obiettivi, ritenuti meritevoli, concernenti l'adeguamento degli immobili agli attuali livelli qualitativi, architettonici, energetici, tecnologici, di sicurezza[169]. Tali obiettivi sono garantiti attraverso metodi incentivanti, i quali attribuiscono – in deroga ai vigenti strumenti urbanistici - un incremento volumetrico, ampiamente e variamente modulato, in caso di ampliamento o demolizione con successiva ricostruzione: a titolo di esempio, in caso di ampliamento di edifici, residenziali e no, è consentito un incremento di cubatura pari al 20 per cento del volume preesistente, percentuale ulteriormente elevabile del 10 per cento nel caso di utilizzo di tecnologie che prevedano l'uso di

---

[167] Così MARZARO GAMBA, *op. cit.*, 649 ss.; si rinvia alle considerazioni svolte dall'A. in merito al delicato problema dell'individuazione delle aree sulle quali "scaricare" il credito edilizio (ovviamente quando non sia pattuito il trasferimento dei diritti edificatori su altra area di proprietà dello stesso soggetto cui sono attribuiti). In particolare, egli sottolinea come il rischio che l'istituto diventi solo apparentemente satisfattivo per il singolo privato ed il rischio di una svalutazione o di una eccessiva valutazione dei crediti, pongano in primo piano come esigenza imprescindibile la "maturità" dell'ente pubblico che ricorre a tale strumento: è necessario che il Comune, nel piano strutturale, proceda alla determinazione del tetto massimo di diritti edificatori di cui può disporre a titolo di compensazione, distinguendo tra le diverse destinazioni, nonché all'individuazione degli strumenti con i quali provvedere al reperimento delle aree c. d. riceventi e ai criteri di quantificazione del diritto edificatorio medesimo.

[168] V. TRAPANI, *op. ult. cit.*, 237 ss.

[169] Si riporta il testo del vigente art. 1, comma 1, l. r. 8 luglio 2009, n. 14: "1. La Regione del Veneto promuove misure per il sostegno del settore edilizio attraverso interventi finalizzati: a) al miglioramento della qualità abitativa per preservare, mantenere, ricostituire e rivitalizzare il patrimonio edilizio esistente, nonché a favorire l'utilizzo dell'edilizia sostenibile e delle fonti di energia rinnovabili; b) ad incentivare l'adeguamento sismico e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici esistenti; c) ad incentivare la demolizione e ricostruzione in area idonea di edifici esistenti che ricadono in aree dichiarate ad alta pericolosità idraulica; d) a favorire la rimozione e lo smaltimento della copertura in cemento amianto di edifici esistenti.".

qualsiasi fonte di energia rinnovabile con una potenza non inferiore a 3 kW[170] (naturalmente sono previsti tutta una serie di limiti all'operare delle previsioni suesposte, dei quali si ometterà la trattazione per ragioni di sintesi); ancora, sono consentiti interventi, anche parziali, di demolizione e ricostruzione con aumenti di volumetria addirittura fino al 70 per cento, qualora per la ricostruzione vengano utilizzate tecniche costruttive che portino la prestazione energetica dell'edificio, per come definita dalla relativa normativa di settore, alla corrispondente classe A, e fino all'80 per cento, qualora l'intervento comporti l'utilizzo delle tecniche costruttive proprie dell'edilizia sostenibile, di cui alla l. r. 9 marzo 2007, n. 4[171].

## 5. *ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE: I PROBLEMI SOLLEVATI DALLA CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI EDIFICATORI PRIMA DELLA RIFORMA DEL 2011*

La constatazione della previsione, da parte della legge urbanistica del Veneto, della libera commerciabilità dei diritti edificatori e della loro annotazione in appositi registri tenuti a livello comunale, offre l'occasione per svolgere qualche considerazione ulteriore in ordine alle questioni sollevate dalla circolazione dei diritti edificatori medesimi, anteriormente all'entrata in vigore del nuovo n. 2-bis nell'art. 2643 c. c.[172]; non prima, però, di fornire ancora qualche sintetica indicazione di carattere generale.

---

[170] V. art. 2, commi 1 e 5, l. r. cit.

[171] V. art. 3, comma 2, l. r. cit.

[172] Si tratta di previsioni comuni anche ad altre esperienze regionali e locali: a titolo di esempio, l'art. 11, comma 4, della legge urbanistica lombarda, l. r. 11 marzo 2005, n. 12, prevede: "I diritti edificatori attribuiti a titolo di perequazione e di compensazione sono commerciabili. I comuni istituiscono il registro delle cessioni dei diritti edificatori, aggiornato e reso pubblico secondo modalità stabilite dagli stessi comuni"; inoltre misure analoghe sono adottate dal Comune di Parma (V. BOSCOLO, *La perequazione e le compensazioni*, cit., 138, nota 120) .Tuttavia mutano considerevolmente, da Regione a Regione, sia le regole per l'individuazione delle aree di "atterraggio", sia lo stesso regime della commerciabilità (ad esempio, in Veneto nulla si dice sulla negoziabilità dei diritti perequativi, mentre in Lombardia la commerciabilità dei diritti edificatori di origine incentivante è esclusa): pertanto, le considerazioni che si svolgeranno incontreranno pur sempre il limite di ogni generalizzazione, in quanto la disciplina effettivamente applicabile dipende dalla concreta

Anzitutto, si deve rilevare che la libera trasferibilità dei diritti edificatori è prevista allo scopo specifico di consentire ai soggetti tributari di tali diritti (vuoi in forza della conformazione della proprietà privata, attuata mediante un piano perequativo, vuoi a titolo di corrispettivo, nel contesto delle dinamiche compensative e premiali), i quali non siano titolari del diritto di edificare su aree c. d. riceventi, di monetizzare i medesimi mediante cessione a terzi, al fine di conseguire, per il tramite di questo utilizzo indiretto, un adeguato ristoro economico. E' evidente che, se la negoziabilità fosse preclusa, gli istituti in esame troverebbero un'applicazione assai limitata: "con il prevederne espressamente la libera commerciabilità, la quantità volumetrica diventa invece "valore economico" commutabile in denaro, mediante il trasferimento a terzi, qualora non ne sia possibile un'utilizzazione diretta"[173]. Ancora, il cessionario dei diritti edificatori potrebbe essere a suo volta un soggetto sfornito della titolarità (a titolo di proprietà o altro diritto reale, ad esempio di superficie) su qualsivoglia area c. d. ricevente: in tale caso l'"atterraggio" della volumetria è destinato a prodursi soltanto a seguito dell'acquisto da parte dell'avente diritto all'edificazione su un'area – anche lontana da quella di "decollo" - a ciò destinata e del rilascio al medesimo del permesso di costruire c. d. maggiorato, dopo una fase più o meno lunga di "volo" dei diritti edificatori stessi, ossia dopo una serie indeterminata di cessioni. Infine, deve ricordarsi che, nel caso della compensazione e dell'incentivazione, non esiste nemmeno un'area di "decollo", perché i diritti edificatori sono *ab origine* svincolati dalla proprietà di un terreno: infatti, non sorgono nell'ambito della conformazione del diritto di proprietà, bensì sono attribuiti dalla P. A. come corrispettivo a fronte dell'esecuzione delle diverse prestazioni che sopra si sono più ampiamente esposte;

---

modulazione dei diritti edificatori e della loro circolazione nell'ambito della singola esperienza regionale e/o locale.

[173] V. RIZZI, *I diritti edificatori il loro riconoscimento e la loro circolazione*, in *www.notairizzitrentin.it*, il quale si riferisce, in particolare, ai diritti edificatori che definisce "corrispettivi" (ossia quelli di origine incentivante e compensativa). Il discorso vale anche per i diritti edificatori perequativi; anzi, per essi, il requisito della commerciabilità sembra essere connaturale alla *ratio* stessa dell'istituto, in particolare laddove si tratti di perequazione c. d. estesa.

tali diritti sono attinti da una disponibilità propria della P. A. stessa[174]. E' stato sottolineato che, in tutti questi casi, il diritto edificatorio non è più collegato alla titolarità di un fondo e cessa di essere una facoltà proprietaria, acquisendo tale sua qualità solo nel momento della sua utilizzazione (l'"atterraggio"): ciò, peraltro, non deve condurre a distinguere completamente quest'ipotesi da quella dell'ordinario trasferimento di cubatura da un fondo ad un altro[175].

Tutto ciò premesso, possono ora analizzarsi i tentativi pratici e dottrinali in ordine alle tecniche circolatorie dei diritti edificatori ed ai meccanismi risolutori di eventuali conflitti, tentativi volti *in primis* a garantire la certezza giuridica delle negoziazioni[176].

In primo luogo, deve menzionarsi la proposta, avanzata prima della novella, di far ricorso alle regole sui titoli di credito e sulla loro circolazione[177]: in particolare, il diritto edificatorio sarebbe incorporato in una "scheda" rilasciata dal Comune, una sorta di certificato di destinazione urbanistica, trasferibile e cedibile, indicante l'effettiva consistenza del diritto e gli oneri cui sia eventualmente condizionato il dispiegamento del diritto edificatorio medesimo (si pensi all'onere di cessione gratuita dell'area al Comune, nel caso di perequazione c. d. infrastrutturativa).

---

[174] V. SIRENA, *La trascrizione dei contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano diritti edificatori,* cit., 214 ss., il quale precisa che la disponibilità di diritti edificatori in capo alla P. A. può derivare da aree di cui sia proprietaria, dal preventivo acquisto da parte di terzi ovvero, nell'ipotesi più innovativa e problematica, per c. d. autopoiesi, ossia indipendentemente dalla proprietà di qualsiasi fondo privato o pubblico.

[175] Così GAZZONI, *op. ult. cit.*, 223.

[176] BOSCOLO, *op. ult. cit.*, 136 ss., evidenzia anche un altro obiettivo: quello di far assumere alla P. A. un ruolo pro-attivo nel favorire l'incontro fra domanda e offerta di diritti edificatori, necessario per limitare i rischi di fallimento dei meccanismi (in senso lato) perequativa; "il fallimento della perequazione infrastrutturativa e della compensazione postulerebbe…l'inattuazione delle opere essenziali per l'erogazione dei servizi pubblici e la frustrazione della garanzia di accesso generalizzato a beni pubblici: fallimenti che lascerebbero dunque residuare rilevanti costi sociali". L'A. sottolinea che, per raggiungere tale scopo, alcune Regioni hanno previsto che il Comune gestisca un sistema di aste "amministrate" e, inoltre, "spesso si organizzano sessioni aperte, precedute da avvisi pubblici, nelle quali domanda ed offerta possano venire contestualmente a galla con la desiderabile chiarezza e con il vantaggio di una piena confrontabilità". TRAPANI, *op. ult. cit.*, 269, sottolinea come si sia proposta l'istituzione di una c. d. Borsa dei diritti edificatori, che agevoli le contrattazioni aventi ad oggetto la cubatura.

[177] Ricorda TRAPANI, *op. ult. cit.*, 255, che i diritti edificatori, per espressa previsione di alcune peculiari norme regionali, possono essere espressi da un titolo.

Quanto alla circolazione del documento, non sarebbe da escludere che esso venga scambiato mediante girata, di modo che la serie continua sia idonea a legittimare il titolare in ogni sede, anche e soprattutto laddove si tratti di richiedere alla P. A. l'utilizzazione della volumetria incorporata nel titolo[178]. Si è specificato che, al fine di garantire la massima sicurezza, la serie continua di girate richiede l'autentica esclusivamente notarile[179]; inoltre, la gestione accentrata presso il Comune (oppure presso una sorta di Borsa) garantirebbe un elevato grado di affidabilità, tanto che si è ipotizzata addirittura la stessa dematerializzazione del titolo, ossia la gestione e la circolazione non materiale delle cedole corrispondenti al titolo[180]. Una parte della dottrina ha sottolineato come, dato l'elevato grado di certezza circolatoria che una tale soluzione potrebbe comportare, il legislatore nazionale avrebbe fatto meglio ad adottarla in luogo della prevista trascrizione dei contratti produttivi di vicende di diritti edificatori, la quale dà luogo a non pochi problemi[181].

In secondo luogo, qualche cenno meritano i registri comunali, sopra menzionati, previsti da alcune previsioni legislative regionali (*in primis*, Veneto e Lombardia). E' stato sottolineato che, laddove, accanto alla circolazione della cubatura *sub specie* di titolo di credito o titolo rappresentativo, sia ammessa od

---

178 V. BOSCOLO, *op. ult. cit.*, 139 ss., il quale sottolinea come una tale modalità circolatoria risulterebbe più adeguata nell'ambito di Comuni più vasti, laddove si impone la necessità di una maggiore flessibilità e fluidità nella negoziazione; viceversa, "in Comuni più piccoli si tratterà di vicende tipicamente bilaterali, nelle quali la pretesa qualificata nei confronti dell'amministrazione comunale ad ottenere il dispiegamento dell'attribuzione volumetrica verrà scambiata direttamente tra il proprietario del fondo-sorgente e il titolare del fondo-accipiente (magari entro la cornice di un accordo che veda una "presa d'atto" dell'amministrazione)".

179 TRAPANI, *op. ult. cit.*, 255 s.

180 V. BOSCOLO, *op. ult. cit.*, 139, il quale sottolinea come si tratti della caratteristica vicenda evolutiva che, nella ricerca di una sempre maggiore sicurezza delle negoziazioni, ha investito la disciplina dei titoli di credito negli ultimi decenni. L'A. propone quale strumento di gestione dematerializzata dei titoli in esame proprio i registri comunali dei diritti edificatori.

181 Così GAZZONI, *op. ult. cit.*, 223: l'A. evidenzia come l'inquadramento più corretto della fattispecie analizzata sarebbe quello dei "titoli impropri, del tipo di quello previsto, per la polizza assicurativa, dall'art. 1889, con inapplicabilità dell'art. 1993". Viceversa, BOSCOLO, *op. ult. cit.*, parla di titolo rappresentativo (come la fede di deposito: art. 1996 c. c.) di una grandezza volumetrica. In ogni caso la circolazione seguirebbe, con qualche variante, le regole previste per i titoli di credito, ispirate a quelle – orientate all'agilità e sicurezza degli scambi - proprie dei beni mobili, a partire dall'art. 1153 c. c.

imposta anche l'annotazione delle cessioni in appositi registri, queste ultime rappresenterebbero "un *quid pluris* di secondo momento rispetto al carattere preminente assunto dal trasferimento del titolo in sé e dalle regole che lo disciplinano", "assumendo le indicazioni su tali registri, ancorché autenticate dal notaio, un ruolo del tutto ancillare" [182]. Pertanto, in caso di emissione di titoli, la soluzione dei conflitti dovrebbe ricercarsi proprio nelle norme relative ai titoli di credito, mentre, in assenza di un titolo emesso dal Comune, si è proposto di risolvere i conflitti tra diversi aventi causa sulla base delle ordinarie regole civilistiche: in particolare, si è invocato l'art. 1380 c. c., il quale prevede, come criterio secondario di soluzione dei conflitti dopo quello della preventiva immissione nel godimento (qui non configurabile, poiché il godimento dipende dal rilascio del permesso di costruire), quello della prevalenza del titolo di data certa anteriore, la quale può ben emergere dalle annotazioni eseguite nel registro comunale. Ad ogni modo, di per sé "questo registro, com'è evidente, non può avere alcuna funzione di regolazione dei conflitti mediante opponibilità a terzi: tale funzione è riservata in via esclusiva ai registri immobiliari". Tuttavia esso può assumere, al di là della succitata limitata rilevanza di certificazione della data del titolo, e ragionando su un piano extra-giuridico, l'importante funzione di volano delle negoziazioni: "basti pensare alle forme di pubblicizzazione in rete delle disponibilità attuali di titoli volumetrici "alla ricerca di atterraggio""[183]. In sostanza, anche se le due forme pubblicitarie, annotazione nei registri comunali e trascrizione presso le Conservatorie, in seguito alla novella 2011, convivranno, è chiaro che le loro funzioni non saranno in alcun modo sovrapponibili: la funzione di regolazione dei conflitti mediante opponibilità ai terzi è riservata in via esclusiva all'esecuzione della formalità pubblicitaria presso i pubblici registri immobiliari; d'altro canto,

[182] TRAPANI, *op. ult. cit.*, 256 ss.
[183] BOSCOLO, *op. ult. cit.*, 139.

nemmeno prima della novella, una tale funzione era attribuibile alle annotazioni sui registri comunali[184].

Le ipotesi fin qui prese in considerazione possono riferirsi alla circolazione di cubatura (prescindente dall'immediato collegamento reale con un fondo "sorgente") originata da fenomeni di tipo compensativo o incentivante, nelle quali il diritto edificatorio si genera solo in seguito all'adempimento, da parte del privato che vi sia tenuto, della prestazione posta a suo carico; per altro verso, ben più complessa è l'ipotesi dove il dispiegamento della volumetria sia condizionato all'adempimento dell'onere di cessione gratuita al Comune dell'area, dalla quale il diritto edificatorio promana: in tali ipotesi, è stato affermato, occorre che, alla circolazione per girate continue del titolo espressivo del diritto edificatorio, si affianchi un impegno ad effetti reali idoneo a garantire che, al momento dell'"atterraggio", intervenga effettivamente la contestuale cessione al Comune del fondo destinato alla città pubblica[185].

Da ultimo, si deve ricordare che è stata sottolineata, da parte della dottrina, la tendenza della prassi a ricorrere, nelle polimorfe modulazioni negoziali e attributive afferenti i diritti edificatori, a schemi consolidati (convenzioni urbanistiche, modelli negoziali tipici), nel tentativo di "trovare comunque un *éscamotage* che consentisse in ogni caso l'accesso ai registri immobiliari, che indubbiamente attribuiscono una maggiore garanzia di efficacia ed efficienza"[186]: si tratta del fenomeno, analogo a

---

[184] Si ricordi, infatti, che la materia dell'ordinamento civile è attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. l, Cost. Conformemente a un tale assunto, come sottolinea TRAPANI, *op. ult. cit.*, 266, "appare fortemente di dubbia costituzionalità una normativa regionale che regoli la pubblicità e l'opponibilità ai terzi, quale quella che dispone i registri comunali aventi ad oggetto i diritti edificatori e la loro circolazione", "atteso che sembrano incidere proprio sui diritti soggettivi e sui rapporti che da essi discendono".

[185] BOSCOLO, *op. ult. cit.*, 141, nota 129, propone lo schema della procura irrevocabile ovvero quello di un contratto preliminare (trascritto) di cessione dell'area a vantaggio del terzo (il Comune), stipulato col primo acquirente del diritto edificatorio e corredato da clausola per persona da nominare (la quale si identificherà con l'ultimo cessionario del titolo volumetrico). Per ulteriori approfondimenti sul tema specifico, si rinvia a TRAPANI, *op. ult. cit.*, 260 ss., il quale vi si è diffusamente soffermato.

[186] TRAPANI, *op. ult. cit.*, 260 ss.

quello già illustrato in conclusione del capitolo precedente, che aveva spinto dottrina e operatori pratici a servirsi dello schema della costituzione di servitù nella concreta modulazione della cessione di cubatura tradizionale.

Tentativi di tale fatta non possono non ritenersi sintomatici dell'inefficienza dei diversi sistemi circolatori e pubblicitari esistenti o proposti: da un lato, l'assenza di norme nazionali che regolassero la circolazione sul piano civilistico, dall'altro, la non uniformità delle regole dettate in materia dalle singole Regioni, rendevano arduo il lavoro dell'interprete e del pratico, ma rendevano ancora più incerta la circolazione dei diritti edificatori. In un simile contesto, l'opzione del legislatore per il regime della trascrizione nei registri immobiliari, espressa con l'introduzione del n. 2-*bis* nell'elenco dell'art. 2643 c. c., costituisce certamente un segnale forte e incoraggiante, benché, come si vedrà, non ha certo permesso di risolvere tutte le molteplici questioni poste dai diritti edificatori e dalla loro circolazione.

CAPITOLO TERZO

# NATURA GIURIDICA E PUBBLICITA' DEI DIRITTI EDIFICATORI ALLA LUCE DEL NUOVO ART. 2643, N. 2-*BIS*, C.C.

## 1. *LA NOVELLAZIONE DELL'ART. 2643 C. C. AD OPERA DEL D. L. 70/2011, CONVERTITO DALLA L. 106/2011*

Dall'analisi svolta nei capitoli precedenti può trarsi la considerazione che, a partire dalla figura della cessione di cubatura, frutto di un'elaborazione pratica e dottrinaria oramai pluridecennale, le operazioni aventi ad oggetto la volumetria edificabile hanno avuto (e continuano ad avere) sviluppi fino a qualche tempo fa impensati e impensabili: si allude, naturalmente, alla circolazione dei diritti edificatori legati ai meccanismi perequativi, compensativi e incentivanti. Si è anche messa in luce la necessità di certezza richiesta per il corretto ed efficiente funzionamento del "mercato" dei diritti edificatori medesimi e l'inadeguatezza, in tale senso, degli strumenti apprestati a livello regionale e comunale. Per rispondere a tale necessità, come si è ormai più volte rilevato, il legislatore ha introdotto il nuovo n. 2-*bis* nell'art. 2643 c. c., con lo scopo espressamente dichiarato di provvedere alla "tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi: la cessione di cubatura"[187]. In particolare, l'art. 5, comma 3, del d. l. 70/2011, come

[187] In questi termini si esprime l'art. 5, comma 1, lett. a, del. d. l. 13 maggio 2011, n. 70 (rubricato "Semestre europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia"), convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 2011, n. 106. La novellazione dell'art. 2643 c. c. è stata disposta, invece, dal comma 3 del medesimo articolo. Rileva SIRENA, *La trascrizione dei contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano diritti edificatori*, cit., 201, che, "al di là della singolarità di tale tecnica di redazione delle disposizioni legislative, mediante la quale esse sono interpretate autenticamente (se non commentate) all'atto stesso della loro emanazione, …il suddetto intendimento del legislatore è fortemente riduttivo rispetto al contenuto precettivo dell'art. 2643, n. 2 *bis*, c. c., il quale si spinge oltre i confini dell'ormai tradizionale cessione di cubatura".

modificato dalla legge di conversione, n. 106/2011, ha disposto che, "per garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori, all'articolo 2643, comma 1, del codice civile, dopo il n. 2), è inserito il seguente: "2-bis) i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale".

Prima di entrare nel merito della questione e sorvolando sull'uso improprio della decretazione d'urgenza per apportare modifiche al codice civile, non appare superfluo considerare come, ancora una volta, si sia manifestata una tendenza che caratterizza la legislazione privatistica recente a proposito della pubblicità legale: non è infrequente che le nuove disposizioni in materia di trascrizione si atteggino come disciplina giuridica di istituti, prima sconosciuti all'ordinamento giuridico (o almeno alla legge scritta), che esse intendono tipizzare per la prima volta. Tale tendenza sembra sovvertire l'ordine logico razionale proprio della struttura di fondo del Codice civile, che si caratterizza per il fatto di fornire dapprima la disciplina sostanziale di un istituto giuridico, per poi disciplinarne, con apposita disposizione collocata nel libro VI, la pubblicità legale[188]. Nell'ipotesi oggetto della presente trattazione, il risultato dell'intervento legislativo è quello dell'assenza di un articolato sistema di disposizioni codicistiche che regoli a monte il fenomeno dei diritti edificatori e che si spinga oltre alla mera legittimazione delle loro cessioni e alla previsione di un meccanismo pubblicitario[189].

---

[188] Così SIRENA, *op. cit.*, 202, il quale, nel dare opportunamente rilievo alla riflessioni riportate nel testo, afferma che la pubblicità legale costituirebbe una "sorta di appendice della realtà giuridica preesistente dell'istituto". L'A. sottolinea, inoltre, come analogo fenomeno si sia già verificato, in maniera ancora più considerevole, in relazione all'introduzione dell'art. 2645-*ter* c. c., il quale è "comunemente inteso come la fonte di una norma primaria che avrebbe introdotto nell'ordinamento giuridico l'atto di disposizione": l'articolo citato, infatti, non si limita a prevedere la trascrizione dei vincoli di destinazione, bensì regola aspetti inerenti alla sua disciplina sostanziale, quali la forma, il contenuto, la meritevolezza dell'interesse. V. anche GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze,* in *Trattato della trascrizione*, I, 2, cit., 183, il quale afferma che "l'art. 2645-*ter* è, prima ancora che norma sulla pubblicità, e quindi sugli effetti, norma sulla fattispecie, che avrebbe meritato dunque, previa scissione, di figurare in un diverso contesto, di disciplina sostanziale".

[189] Così TRAPANI, *I diritti edificatori*, Ipsoa, Milano, 2014, 306.

Come noto, la norma di cui all'art. 2643 c. c. si ricollega al successivo art. 2644 c. c.: la trascrizione degli atti elencati nel primo è imposta, a titolo di onere, ai fini dell'opponibilità ai terzi degli effetti dell'atto trascritto. Tale effetto giuridico, previsto appunto dall'art. 2644 c. c., e subordinato al rispetto del principio di continuità delle trascrizioni *ex* art. 2650 c. c., comporta che l'eventuale conflitto tra più aventi causa di diritti incompatibili dal medesimo dante causa sia risolto sulla base della priorità nell'esecuzione della formalità pubblicitaria, rimanendo inopponibile l'eventuale atto anteriore non trascritto o trascritto successivamente (salvo, si intende, il rimedio risarcitorio)[190]. L'onere così imposto alle parti dell'atto (ed il correlativo obbligo posto in capo ad alcuni soggetti particolarmente qualificati dell'ordinamento, quale il notaio che abbia ricevuto o autenticato l'atto) assicura l'esecuzione della trascrizione e, con essa, la garanzia di conoscibilità dell'atto e dei suoi effetti, che è la funzione comune e fondamentale di ciascuna formalità pubblicitaria[191]. Pertanto è chiaro che il legislatore, prevedendo la trascrizione dei contratti produttivi di vicende giuridiche relative ai diritti edificatori, nel contesto normativo degli articoli appena menzionati, abbia inteso, da un lato, garantire la piena conoscibilità della riduzione o dell'esaurimento della volumetria relativamente al fondo dal quale sia "decollata", tutelando in tale modo l'acquirente del (diritto sul) fondo medesimo, dall'altro, rendere applicabile, quale regola di risoluzione dei conflitti tra diversi aventi causa di diritti in tutto o in parte incompatibili, l'art. 2644 c. c.[192]

---

[190] In generale sull'effetto c. d. dichiarativo della trascrizione, v. per tutti GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tr. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, IV, Torino, 2012, 69 ss.

[191] GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 61, il quale afferma che "la funzione, e quindi anche il risultato, delle formalità pubblicitarie immobiliari è la conoscibilità garantita a chicchessia, del contenuto di determinati atti giuridici e, quindi, degli effetti di questi. La conoscibilità non può considerarsi, di per sé, come effetto giuridico della formalità pubblicitaria: essa si configura, piuttosto, come il fondamento che giustifica l'attribuzione di effetti giuridici diversi alle formalità dalla legge previste. Tali effetti, detti da taluno particolari, comportano vantaggio per almeno una delle parti dell'atto, onde il compimento delle formalità è oggetto di un onere per quest'ultima, da assolversi se essa vuole conseguire quel vantaggio".

[192] Si rammenta quanto già esposto in conclusione del primo capitolo, in relazione all'orientamento c. d. pubblicistico del negozio di cessione di cubatura: a ritenere che il "distacco" della cubatura si

Rinviando a quanto si dirà in seguito sull'analisi dettagliata delle questioni aperte in relazione alla pubblicità della fattispecie, per ora si deve rilevare che il legislatore, oltre a non avere fornito, tantomeno nella *sedes materiae*, una disciplina sostanziale dei diritti edificatori, non ha nemmeno adottato una posizione univoca in relazione alla natura giuridica dell'istituto, pur se qualche nuovo spunto interpretativo può trarsi dalla collocazione e dal tenore letterale del n. 2-*bis*[193]. Orbene, alla luce della novella legislativa, pare doveroso dare conto delle diverse teorie proposte dagli Autori che si sono occupati dell'istituto, anche perché, stante quanto si è più sopra affermato, è evidente che quella della natura giuridica è questione che precede, anche sul piano logico, quella della pubblicità legale e della sua regolazione.

In via preliminare, deve sgomberarsi il campo d'indagine da quelle che erano le principali tesi sostenute, in dottrina e in giurisprudenza, con riguardo alla c. d. cessione di cubatura: da un lato, quella della costituzione di un diritto di servitù

---

producesse, *erga omnes*, in forza del rilascio del permesso di costruire c. d. maggiorato, poteva bene accadere che l'acquirente del fondo dal "cedente" si trovasse ad essere a sua insaputa titolare di un fondo ormai privo di qualsivoglia capacità edificatoria, residuandogli soltanto i rimedi di cui all'art. 1489 c. c. Del pari, nel caso di conflitto tra plurimi cessionari della medesima cubatura, la prevalenza era data a chi per primo avesse ottenuto (la collaborazione del "cessionario" e, con essa) il permesso di costruire c. d. maggiorato. E' evidente come la prescritta trascrizione offra ora un grado di tutela assai più elevato, sia all'acquirente del fondo "cedente", il quale può rendersi edotto dello stato dell'immobile che intende acquistare attraverso la lettura dei pubblici registri immobiliari, sia al primo acquirente della cubatura frustrato nella sua aspettativa di conseguire il titolo abilitativo edilizio, nel caso in cui l'alienante abbia ceduto due volte la medesima cubatura e si sia attivato presso il Comune solo a favore del secondo acquirente: per una riflessione più analitica si rinvia a quanto si dirà al paragrafo 3 del presente capitolo.

[193] DI VITA, *Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria della novella*, cit., 89, sottolinea che, a dispetto dell'intenzione manifestata dal legislatore, ciò di cui si avvertiva la necessità non era l'attribuzione del connotato della tipicità allo schema contrattuale diffuso nella prassi, in quanto vi era già stata una valutazione positiva *a posteriori* da parte della giurisprudenza, bensì "piuttosto si registrava e, ancor più oggi, si registra l'esigenza di una qualificazione, sotto il profilo giuridico, della cubatura o volumetria di un fondo, quale entità suscettibile, in assoluto, di apprezzamento economico e, come tale, possibile oggetto di un rapporto giuridico "inter partes", idoneo a determinare non lo sfruttamento dello spazio aereo, connesso alla proprietà di un terreno, da parte di un altro soggetto nell'ambito del medesimo fondo, separatamente, però dalla proprietà del suolo, possibilità, questa, sussistente nel nostro ordinamento e disciplinata come diritto di superficie, quanto piuttosto il fatto che il diritto di sfruttare le potenzialità edificatorie di un fondo possa costituire oggetto di commercio per il relativo sfruttamento in altro sito".

prediale, dall'altro, quella del contratto atipico ad effetti meramente obbligatori, la quale riconduceva la fase negoziale privatistica all'interno del procedimento amministrativo di rilascio del titolo abilitativo c. d. maggiorato, cui era attribuita, stante la sua natura costitutiva, un ruolo assorbente[194].

In primo luogo, è stato evidenziato come la teoria della servitù *inaedificandi* o *altius non tollendi*, all'indomani della novella, non sia più sostenibile, se non altro perché l'art. 2643, n. 2-*bis*, si riferisce anche al trasferimento (dei diritti edificatori), ipotesi ovviamente incompatibile con la servitù[195]. Per altro verso, si è sottolineato che resterebbe comunque ferma la possibilità che le operazioni di micropianificazione trovino ancora oggi emersione pubblicitaria mediante l'adozione dello schema della servitù, cui le parti potrebbero fare ricorso, sussistendone i requisiti, nell'esercizio dell'autonomia privata[196]. Ad ogni modo,

---

[194] Si rinvia alle considerazioni che si sono svolte nel capitolo primo, in specie nei paragrafi 3.4, 5 e 6.

[195] Così GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze,* in *Trattato della trascrizione,* I, 1, cit., 207. Sul punto v. anche DI VITA, *op. cit*., 92, il quale sottolinea che la ricostruzione in termini di servitù "seppure coerente e plausibile in una concezione statica del rapporto…trova limiti insormontabili quando si ipotizzi, ed è il caso della nuova normativa, una libera trasferibilità del diritto di cubatura, una volta costituito; il diritto reale di servitù attiene, infatti, al bene servito e una volta costituitosi il legame tra "utilitas" trasferita e fondo dominante, esso è indissolubile, salvo che per estinzione del diritto stesso di servitù, il quale ovviamente, non può circolare in maniere autonoma rispetto al fondo dominante". V. anche MINERVA, *La cessione di cubatura alla luce dell'art. 2643 n. 2*-bis *c. c*., in *Riv. notarile*, 2013, 114, secondo il quale, essendo la trascrizione dei contratti costitutivi di servitù già prevista dal n. 4 del medesimo art. 2643 c. c., l'introduzione di un apposito n. 2-*bis* sarebbe stata inutile, se questa fosse la natura giuridica della fattispecie. Ancora, nel senso che la tesi della costituzione di servitù non sia più sostenibile, v. TRIOLA, *I diritti edificatori e la c. d. cessione di cubatura*, in *Trattato di diritto immobiliare*, diretto da G. Visintini, *I diritti reali limitati e la circolazione degli immobili*, II, Padova, 2013, 81, il quale sottolinea che, in relazione ai diritti edificatori di origine perequativa, compensativa e premiale, non solo può non essere richiesta la contiguità tra fondo "di decollo" e "di atterraggio", ma quest'ultimo può addirittura al momento mancare: eventualità del tutto incompatibili con la servitù.

[196] V. MINERVA, *op. cit.*, 2013, 115; PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile – primo semestre 2011*, cit., 9, i quali si riferiscono, in particolare, all'utilità del ricorso a siffatto schema nel caso in cui il diritto edificatorio non sia contemplato da alcuna norma statale o regionale o da uno strumento urbanistico comunale. Conviene sul punto anche BARALIS, *La nota di trascrizione*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, *Formalità e procedimento. Trascrizione mobiliare. Pubblicità. Intavolazione*, III, Torino, 2014, 54, nota 231, secondo il quale, finché non siano risolti i dubbi esistenti in punto di pratica esecuzione della formalità pubblicitaria, in relazione alla compilazione della nota di trascrizione, "può continuare ad utilizzarsi lo schema della servitù, là dove giuridicamente possibile ovviamente, certo senza potere fruire di ulteriori negozi circolatori". Sull'utilizzo di tale schema si riportano anche le considerazioni svolte da PISCHETOLA, Studio C.N. N. n. 540-2014/T, *Negoziazione dei diritti edificatori e relativa rilevanza fiscale, anche alla luce dell'art. 2643*

anche a livello di prassi, pare oramai trattarsi di una forzatura destinata ad un progressivo superamento[197]

Invece, per quanto attiene alla qualifica della cessione di cubatura come negozio ad effetti soltanto obbligatori avente ad oggetto l'assunzione dell'obbligazione, in capo al "cedente", di compiere quanto necessario a far ottenere al "cessionario" il permesso di costruire c. d. maggiorato costitutivo dell'effetto finale voluto dalle parti, si è osservato che essa non sarebbe smentita dalla prevista trascrivibilità del contratto medesimo[198]. Invero, si sarebbe in presenza di un contratto ad effetti obbligatori, ma opponibile per quanto attiene al vincolo di indisponibilità, del pari obbligatorio, da esso nascente, sicché i conflitti tra aventi causa di diritti incompatibili dovrebbero risolversi secondo le regole proprie dei vincoli di destinazione di cui all'art. 2645-*ter* c. c., trattandosi della medesima fattispecie (vincolo obbligatorio reso opponibile ai terzi mediante trascrizione)[199]. "Sennonché questa soluzione dei conflitti…non appare però in linea con

---

*n.* 2bis*) c. c.*, in *www.notariato.it*, 16: "C'era bisogno allora di una sorta di '*reductio ad unum*' (almeno sotto il profilo pubblicitario) in quanto il modulo, di fatto abusato e talora anche forzoso, della '*servitus inaedificandi*' (cui si è fatto ricorso nella prassi professionale per dare pubblicità immobiliare a situazioni che diversamente non l'avrebbero avuta) non poteva più contenere tutte le articolate e complesse fattispecie negoziali connesse o collegate con i diritti edificatori".

[197] In questo senso sembra orientata la prassi relativa all'Ufficio Provinciale dell'Agenzia delle Entrate di Pordenone – Territorio – Servizi di pubblicità immobiliare: le informazioni relative sono tratte da un confronto avuto con il Conservatore preposto all'ufficio medesimo, dott.ssa C. Mancini, che fin d'ora si ringrazia per la preziosa e gentile collaborazione. Sulla questione della perdurante emersione pubblicitaria delle cessioni di diritti edificatori attraverso lo schema della costituzione di una servitù, v. anche le considerazioni svolte nel paragrafo 4 del presente capitolo, in particolare nella nota 319.

[198] Ricorda TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Tr. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, IX, Giappichelli, Torino, 2012, 127, che "lo stesso art. 2643 c. c. prevede ai nn. 8, 9 e 10 la trascrizione di contratti ad effetti semplicemente obbligatori ai fini della opponibilità degli stessi": non vi è infatti necessaria corrispondenza tra realità e opponibilità degli effetti mediante trascrizione. V. anche DI VITA, *op. cit.*, 92 s., il quale specifica che, in caso di ricostruzione in chiave obbligatoria del contratto, il credito da esso nascente sarebbe suscettibile di circolazione, fino al momento della richiesta di permesso di costruire c. d. maggiorato da parte del titolare di un fondo "di atterraggio" con la collaborazione del debitore/proprietario del fondo originariamente asservito. L'A., tuttavia, ritiene inaccettabile la ricostruzione esposta, per il fatto che effetti e funzione delle ipotesi codicistiche di trascrivibilità dei contratti relativi a diritti non reali, dei quali offre una breve disamina, non sono accostabili a quelli dei trasferimenti di volumetria.

[199] Per una trattazione esauriente delle regole di risoluzione dei conflitti in relazione all'art. 2643-*ter* c. c., v. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze,* in *Trattato della trascrizione,* I, 2, cit., 206 ss.

l'inserimento della previsione della sua trascrivibilità all'art. 2643, n. 2-bis, norma che, ricollegandosi all' art. 2644, assume una valenza diversa, onde non può negarsi che il contratto di cessione vada ora collocato tra quelli ad effetti reali e non più obbligatori"[200]. Si noti, inoltre, che l'espressa previsione legislativa dei negozi privati su diritti edificatori e della loro trascrizione non può non interpretarsi come volontà del legislatore di sancire l'emersione della fase privatistica nell'ambito dei trasferimenti di volumetria, così risultando superato quell'orientamento squisitamente pubblicistico che alla volontà negoziale attribuiva un ruolo del tutto marginale, se non nullo.

Infine, non sembra doversi sottovalutare neppure il dato letterale: se è vero che il sopraccitato d. l. 70/2011 all'art. 5, comma 3, si esprime nei termini di "circolazione dei diritti edificatori" e che l'art. 2643, n. 2-*bis*, c. c. fa riferimento ai "contratti che trasferiscono…diritti edificatori", è altrettanto vero che "non vi può essere dubbio in ordine all'intenzione del legislatore di attribuire efficacia traslativa a tali contratti"[201].

In conclusione, chiarito che il trasferimento di cubatura deve farsi rientrare nella categoria dei contratti ad effetti reali, si comprende come gli interpreti si siano orientati principalmente nel senso di individuare quale sia la situazione giuridica soggettiva che circola[202]. In quest'ottica, le teorie avanzate possono dividersi

---

[200] Così GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze,* in *Trattato della trascrizione,* I, 1, cit., 213, il quale pure sosteneva, anteriormente all'entrata in vigore della novella del 2011, la tesi ora criticata del contratto ad effetti meramente obbligatori.

[201] Così TRIOLA, *op. ult. cit.*, 127. Sembra opportuno, tuttavia, riportare alcune considerazioni in merito alla rilevanza dell'argomento letterale nella materia *de qua*, svolte da MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Esi, Napoli, 2013, 84 s. L'A. invita a rifuggire, nella materia che ci interessa, semplici letture o conferme testuali, da un lato, perché "non è certo questa la stagione nella quale è possibile ricavare, dalla formula della legge, argomenti di natura ricostruttiva", dall'altro, per la variabilità del lessico in materia, che il legislatore stesso pare aver presente laddove parla di diritti edificatori "comunque denominati". Si ricordi, a quest'ultimo proposito, la straordinaria varietà terminologica propria del linguaggio giuridico, ma anche di quello legislativo e di quello tecnico-operativo: si parla, talora indistintamente o confusamente, di cessione o trasferimento di cubatura o di volumetria, crediti edilizi, crediti di volumetria, titoli volumetrici, diritti edificatori etc.

[202] In senso contrario, v. SAVATTERI, *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione*, in *pa.leggiditalia.it*, il quale sembra ritenere che la

sostanzialmente in tre filoni interpretativi: una parte della dottrina sostiene che la cubatura circoli come autonomo bene giuridico; altra parte della dottrina ipotizza l'introduzione di un nuovo diritto reale tipico; altri Autori, infine, ritengono che oggetto della cessione tra privati sia la *chance* edificatoria, derivante da un interesse legittimo di natura pretensiva. Se queste sono le premesse, può ora procedersi ad una disamina più analitica delle teorie suddette e delle critiche che vi sono state mosse, ribadendo la convinzione che la ricostruzione dell'istituto debba esser unitaria, non potendosi mutare la qualifica secondo che la volumetria edificabile circoli "in volo" o no, oppure secondo che i meccanismi di "decollo" e "atterraggio" siano o meno predeterminati: come si è detto, nonostante nel panorama normativo e urbanistico convivano fattispecie che assumono colorazioni assai diversificate, quello dei diritti edificatori rappresenta, a maggiore ragione alla luce della considerazione unitaria che di essi fa il nuovo n. 2-*bis* dell'art. 2643 c. c., un unico *genus*[203].

---

ricostruzione più attendibile dell'istituto rimanga, pur nel vigore della novella, quella del contratto ad effetti obbligatori. A sostegno di tale affermazione, l'A. rinvia a una delle primissime pronunce del giudice amministrativo emanate dopo l'entrata in vigore del d. l. 70/2011, la quale, appunto, sembra confermare il precedente orientamento maggioritario della giurisprudenza civile e amministrativa. (v. T. A. R. Lombardia, Milano, 26 luglio 2012, n. 2097, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[203] La premessa metodologica è condivisa anche da AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in AA. VV., *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Atti del convegno di Bari 11 giugno 2011, ilsole24ore, Milano, 2012, 44 e da MASTROPIETRO, *op. cit.*, 85. V. anche BOVA, *Aspettative reali e diritti edificatori*, cit., 166 s., il quale, dopo avere messo in luce le differenze di presupposti tra cessione di cubatura tradizionale e "nuovi" diritti edificatori, nonché le differenze esistenti, nell'ambito di quest'ultimi, tra diritti edificatori perequativi, compensativi e premiali, palesa la complessità, dimostrata dalla pluralità di orientamenti emersi in dottrina, di prospettare una ricostruzione unitaria capace di inglobare entrambe le ipotesi, sul piano dell'individuazione di un unico meccanismo negoziale e di un'unica qualifica giuridica della situazione giuridica sottesa. "A richiederlo implicitamente, tuttavia", prosegue l'A., "sembrerebbe lo stesso art. 2643 2-*bis* c. c. che risulta rivolto a entrambi i fenomeni. Se tale assunto è corretto, se ne deve dedurre che i termini "cubatura" e "diritti edificatori", sia pure tra le evidenziate differenze di presupposti delle rispettive cessioni, indicano la stessa situazione giuridica soggettiva o il medesimo bene". Un'ulteriore utile indicazione può trarsi dalla recentissima Circolare A. E., 17 giugno 2015, n. 24/E, in *www.agenziaentrate.gov.it*, la quale, introducendo i codici identificativi da indicarsi nella nota di trascrizione, relativamente alle nuove ipotesi di atti trascrivibili/iscrivibili che ne erano ancora sfornite, precisa, con riferimento al n. 2-*bis*, che "l'esplicito riferimento ai diritti edificatori "comunque denominati" denota chiaramente l'intento del legislatore di non apporre limiti alla trascrizione correlati alla tipologia ovvero alla natura di tali diritti".

## 2. *LE TEORIE SULLA NATURA GIURIDICA DEI DIRITTI EDIFICATORI PROPOSTE NEL VIGORE DELLA NOVELLA*

### 2.1 *LA CUBATURA QUALE BENE IN SENSO TECNICO-GIURIDICO*

Si è affermato che l'ipotesi ricostruttiva della cubatura edificabile quale bene autonomo suscettibile di formare oggetto di diritti, già proposta da una parte della dottrina anteriormente alla novella del codice civile, trovasse la propria giustificazione nell'esigenza di ricondurre la cubatura, così reificata, ad oggetto del diritto di proprietà, in modo tale da assicurare comunque la tutela reale e l'emersione pubblicitaria dei negozi ad essa relativi, senza infrangere il principio del numero chiuso dei diritti reali[204]: "è un dato incontestabile che la qualificazione di determinate utilità in termini di "beni giuridici" è sempre stata condotta dall'interprete in nome di un'esigenza di tutela non ancora accolta dal legislatore".[205] Nonostante tale esigenza sia da considerarsi venuta meno alla luce della prevista trascrivibilità dei suddetti negozi[206], una parte della dottrina continua a sostenere, anche nel vigore della novella, tale teoria[207].

---

[204] V. PATTI, RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, 2001, 1685, ove si afferma che "quanto poi al cd. *numerus clausus* dei diritti reali, ci si può facilmente rendere conto che la cubatura non può in alcun modo incidere su di esso, non costituendo un diritto, ma l'oggetto di esso: il bene giuridico economicamente apprezzabile che può formare oggetto di un diritto reale ovvero di un rapporto obbligatorio".

[205] Così AMADIO, *op. cit.*, 48, il quale porta gli esempi dell'ambiente, delle informazioni, dei diritti sulle opere dell'ingegno, dell'azienda, del diritto al nome, avvertendo come si tratti di "applicazioni del binomio bene-diritto di proprietà, che l'evoluzione successiva del pensiero ha finito per abbandonare".

[206] AMADIO, *op. cit.*, 49.

[207] Prima della novella la tesi era sostenuta, tra gli altri, da PATTI, RUSSO, *op. cit.*, 1675 ss.; BUTTITA, *Convenzioni di lottizzazione e cessione di cubatura*, in *La proprietà e i diritti reali minori. Beni, limiti, tutela nazionale e sovranazionale*, a cura di R. Conti, Milano, 2009, 413 ss.; TRAPANI, Studio C. N. N. n. 671-2009/C, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto*, in *www.fondazionenotariato.it*. Dopo la riforma del 2011, v. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., *passim*; MEUCCI, *Circolazione dei diritti edificatori*, cit., 82 ss.; GAMBARO, *I beni*, in *Tr. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, 126 ss; CIMMINO R., *La cessione di cubatura tra diritto reale e bene immateriale*, cit., 152 ss.; ALEMANNI, *Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori: bene o nuovo diritto?*, in *Contr. e impr.*, 2014, 653 ss. Non sembra prendere posizione BERGAMO, *La cessione di diritti edificatori*, in *pa.leggiditalia.it*, il quale illustra, sia la teoria del diritto edificatorio quale bene capace di

L'idea che la capacità edificatoria costituisca un bene autonomo, pur sostenuta da isolata dottrina già con esclusivo riferimento alla cessione di cubatura tra fondi contigui[208], si consolida soprattutto con l'affermarsi della circolazione dei "nuovi" diritti edificatori sorti tra le maglie dei nuovi istituti dell'urbanistica consensuale, specie laddove sia previsto il "decollo" della volumetria a partire da un fondo d'origine e la autonoma commerciabilità di essa a prescindere dalla proprietà del fondo medesimo. In quest'ottica, si è osservato che, "al fine di rendere ampiamente commerciabili i diritti edificatori all'interno del territorio comunale sganciandone il godimento dalla materiale connessione con la specifica area in base alla cui estensione sono calcolati, il diritto urbanistico ha dato cittadinanza nel nostro ordinamento ad un nuovo bene oggetto di proprietà e quindi di diritti reali"[209].

Dunque, la tesi che si sta esponendo ritiene che il diritto edificatorio sia un bene giuridico, immateriale, oggetto, come tale, di autonoma circolazione tramite contratti traslativi della proprietà[210]. Non si può comunque nascondere che, a dispetto di questa definizione di sintesi, la dottrina che se ne è occupata abbia

---

diritti reali, sia quella del diritto edificatorio come nuovo diritto reale. Si ricordi qui, per inciso, che anche alcune tra le più risalenti sentenze della Corte di Cassazione, pronunciatesi sulla questione della cessione di cubatura sotto il profilo tributario e tacciate, come si è già detto, di atecnicità, hanno talora suggerito l'idea che la cubatura potesse considerarsi quale bene suscettibile di formare oggetto di diritti (v. le considerazioni svolte e la giurisprudenza richiamata nel paragrafo 3.1 del capitolo primo).

[208] PATTI, RUSSO, *op. cit.*, 1685.

[209] Così GAMBARO, *op. ult. cit.*, 135. V. anche TRAPANI, *op. ult. cit.*, 332, il quale afferma: "dall'esame delle metodiche di tipo perequativo, compensativo ed incentivante appare evidente che la capacità edificatoria si sia separata rispetto alla proprietà del terreno dal quale origina, divenendo "*qualcosa* di trasferibile e negoziabile" liberamente".

[210] MASTROPIETRO, *op. cit.*, 88. RESTAINO, *I diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali,* già in *www.wikijus.it* (letto grazie alla cortesia dell'Autore), evidenzia che "chi dà seguito a questa tesi sostiene, coerentemente, che trattandosi di un nuovo bene, si ponga il problema della sua identificazione, problema che si ritiene di poter risolvere attraverso l'accatastamento, se del caso in categoria speciale, dei diritti edificatori" e, in questo senso, tenta di fornire qualche indicazione pratica per procedere all'accatastamento medesimo.

configurato diversamente il bene cubatura: si è parlato ora di "bene immateriale di origine immobiliare"[211], ora di "bene immobile virtuale"[212], ora di frutti del fondo[213].

Venendo alle censure che sono state mosse alla tesi della reificazione della cubatura, un primo ostacolo consiste nel fatto che, se davvero circolasse un bene, l'autonoma previsione dell'art. 2643, n. 2-*bis*, risulterebbe del tutto superflua: invero, in tale caso, la norma di riferimento in chiave di trascrizione dovrebbe essere l'art. 2643, n. 1 o 10[214]. In secondo luogo, si è affermato che la prevista trascrivibilità dei contratti costitutivi dei diritti edificatori (frutto, tra l'altro, di una modifica apportata in sede di conversione del d. l. 70/2011) non avrebbe alcun senso se la volumetria fosse un bene[215].

Numerose critiche sono state avanzate anche sotto il profilo sostanziale. In primo luogo, occorre premettere che non appare in linea con i principi civilistici la qualifica della colonna d'aria sovrastante il suolo come oggetto di autonomo diritto di proprietà[216], sebbene i sostenitori della reificazione della cubatura abbiano

---

[211] Così TRAPANI, *op. ult. cit.*, *passim*.

[212] GAMBARO, *op. ult. cit.*, 135.

[213] Così URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urb. e app.*, 2006, 908, nota 10: l'A. ipotizza, appunto, la configurabilità dei diritti edificatori quali frutti del fondo edificabile al quale sono assegnati, in quanto tali separabili dal terreno e suscettibili di formare autonomo oggetto di contratti. In senso analogo, seppur dubitativo, v. RESTAINO, *op. cit*. Assai restìo nel considerare la cubatura quale frutto, come tale separabile dal terreno edilizio reputato alla stregua di un bene produttivo, GAZZONI, *op. ult. cit.*, 209.

[214] GAZZONI, *op. ult. cit.*, 208; AMADIO, *op. cit.*, 49. Fa leva sull'argomento letterale e topografico anche RIZZI, *I diritti edificatori il loro riconoscimento e la loro circolazione*, cit., il quale evidenzia come, sia i precedenti nn. 1 e 2 dell'art. 2643 c. c., sia il successivo n. 3, riguardino contratti che hanno ad oggetto diritti e non già beni. Insomma, non si vede perché, se il legislatore avesse voluto attribuire dignità di bene alla cubatura, avrebbe inserito un numero *ad hoc* nell'elenco dell'art. 2643 c. c., ove sarebbe stato sufficiente, al limite, una specificazione nel senso della comprensione anche di siffatto bene all'interno dei numeri che già prevedono la trascrizione dei contratti che danno luogo a vicende relative alla proprietà (e agli altri diritti reali).

[215] AMADIO, *op. cit.*, 49.

[216] Per una diffusa trattazione della questione, v. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, cit., 53 ss., e i riferimenti di dottrina e giurisprudenza ivi citati. Già nel vigore del codice civile del 1865, laddove il dato letterale dell'art. 440 pareva ammettere la soluzione positiva, una parte della dottrina sosteneva che la c. d. colonna d'aria potesse formare autonomo oggetto di diritti, al fine di legittimare la diffusa prassi della concessione *ad aedificandum*, in assenza di una espressa disciplina legislativa del diritto di superficie. Il dibattito è proseguito anche in seguito all'entrata in vigore del codice civile del 1942, nonostante l'art. 840, comma 2, si fosse limitato a prevedere che "il proprietario non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano…a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli

affermato che la questione non potrebbe esser utilmente riproposta di fronte al problema, marcatamente differente, dei diritti edificatori[217].

Anche a volere condividere l'idea dell'estraneità, rispetto al tema in esame, del dibattito sulla colonna d'aria sovrastante il suolo, occorre di nuovo evidenziare come la cubatura non sia un bene a sé stante in senso tecnico-giuridico, dal momento che essa esprime solo le dimensioni, in termini matematici ed ingegneristici, che la futura costruzione dovrà avere, ossia, "per così dire, la misura

---

non abbia interesse ad escluderle": con ciò, e con l'avvenuta tipizzazione legislativa del diritto di superficie, il legislatore, attento alle suggestioni della dottrina, intendeva evitare ogni fraintendimento sul punto. Secondo la prevalente e migliore dottrina, infatti, il dibattito era da ritenersi concluso, nel senso che lo spazio aereo sovrastante il suolo non potesse essere considerato bene a sé stante, oggetto di proprietà separata da quella del suolo e, dunque, di autonomi atti di disposizione, e ciò sulla base dell'argomento principale per il quale cosa corporale oggetto del diritto di proprietà può essere ciò che occupa lo spazio, ma non lo spazio in sé, quale entità determinabile come mero concetto di relazione. Secondo l'A. citato, il fenomeno della riemersione del dibattito, che sembrava definitivamente concluso, è da imputarsi, non solo alla "*brevi temporis praescriptio* che pare oggi colpire l'opera della dottrina", ma anche alla diversità di atmosfera culturale in cui si svolge il dibattito odierno, caratterizzata dal "minore interesse per una elaborazione dogmatica che sia guidata da una logica insofferente verso le contraddizioni" e, soprattutto, "dal minor nitore che hanno assunto le principali categorie ordinanti e tra esse quella di bene" (v. CANDIAN, *op. cit.*, 61). Basti qui, a sostegno del perdurante valore della soluzione negativa, il rinvio a Cass. civ., SS. UU., 4 maggio 1989, n. 2084, in *pa.leggiditalia.it*, della quale si riporta il seguente brano: "come più volte ha chiarito questa Corte, lo spazio aereo soprastante il suolo non costituisce un bene giuridico, in quanto lo spazio è un concetto di relazione e non una cosa. Esso, quindi, non è suscettibile di un distinto diritto di proprietà, ma, integrando una semplice proiezione verso l'alto del suolo o di altra area materiale sottostante, la sua utilizzabilità non può che essere configurata come una proiezione del diritto di proprietà esistente su tali immobili".

[217] GAMBARO, *op. ult. cit.*, 132, secondo il quale "il meccanismo di trasferimento dei diritti edificatori assume quindi che le volumetrie edificabili siano considerate un bene a se stante del tutto diverso dalla colonna d'aria sovrastante il suolo di cui ha discusso a lungo la dottrina dell'ottocento…il cuore del discorso era rivolto al profilo del *jus excludendi*, mentre nel contesto attuale il profilo essenziale è dato dal *jus fruendi*". In tale senso anche MEUCCI, *op. cit.*, 82, la quale parla di "discontinuità con il dibattito relativo alla proprietà della c. d. colonna d'aria". V. anche CIMMINO R., *op. cit.*, 160, il quale pure sostiene la tesi della reificazione della cubatura: "In quanto *res*, suscettibile di formare oggetto di diritti, la cubatura può essere considerata un bene in senso tecnico-giuridico (art. 810 c. c.). Né si può obiettare, in senso contrario, l'impossibilità per lo spazio aereo (o colonna d'aria) di formare oggetto di diritti separatamente dalla proprietà del suolo a cui è connesso. Oggetto di diritto, e quindi suscettibile di trasferimento, può essere solo la porzione di materia, mentre lo spazio aereo che sovrasta il fondo non è una *res*, bensì la dimensione spaziale in cui si trova l'oggetto del diritto. La cessione di cubatura, in realtà, non ha ad oggetto la colonna d'aria sovrastante il fondo, bensì la potenzialità edificatoria del suolo stesso che rappresenta – non solo giuridicamente, ma anche nel comune sentire e negli interventi normativi regionali – un valore economico autonomo, oggetto di attività negoziale tra i privati, sicuramente lecito e possibile, e comunque astrattamente dotato delle caratteristiche prescritte dall'art. 1346 c. c., e quindi determinato o determinabile".

dell'interesse legittimo del proprietario di un fondo edificabile ad ottenere…quel dato provvedimento che autorizza quella data edificabilità", eventualmente maggiorata: è il provvedimento amministrativo e non l'atto privato di cessione ad assegnare l'ulteriore edificabilità[218]. Sicché non avrebbe senso distinguere, come è stato fatto da chi opta per il distacco della cubatura dal terreno edificabile[219], tra titolarità di un bene e sua concreta fruizione, giacché si incapperebbe nel deprecabile sdoppiamento di una vicenda unitaria, con una prima fase privatistica, avente ad oggetto diritti soggettivi, e una seconda fase di natura pubblicistica basata su interessi legittimi[220].

Ancora, pur dovendosi ovviamente ammettere che la potenzialità edificatoria costituisca un valore in termini economici, occorre rilevare che tale vantaggio patrimoniale è solo il frutto dell'esercizio del potere di conformazione della proprietà privata attribuito alla P. A. e della conseguente qualificazione giuridica del bene terreno in termini di edificabilità. In questa prospettiva, "come possa supporsi che la conformazione di un bene dipenda dalla compresenza di altro bene non è dato comprendere, se non immaginando che il terreno edificabile sia una forma …di unione di beni, oltre tutto non mobili", il terreno e la volumetria

---

[218] Così GAZZONI, *op. ult. cit.*, 208 ss., al quale si rinvia per le critiche puntuali rivolte alla teoria della reificazione della cubatura, anche con riguardo all'assimilazione, che pure si è fatta (v. TRAPANI, *op. ult. cit.*, 354 ss.), con gli istituti delle c. d. quote latte (le quali, in base a norme speciali, spettano al produttore nella sua qualità di conduttore dell'azienda agricola, con possibilità di cederle o affittarle senza alienare contestualmente l'azienda) e del c. d. diritto al reimpianto di vitigni (anch'esso alienabile a favore di altri viticoltori, anche a prescindere dalla contestuale alienazione del fondo). In realtà, si tratta di ipotesi assai differenti rispetto alla cessione di cubatura, poiché rispetto ad esse non è ipotizzabile un mero interesse legittimo alla produzione di latte o dei vitigni, trattandosi piuttosto di limiti all'iniziativa economica privata.

[219] V. TRAPANI, *op. ult. cit.*, 350, il quale afferma che "le operazioni sulla volumetria si pongono sull'esatto confine tra diritto amministrativo e diritto civile, atteggiandosi la cubatura quale bene che può formare oggetto di diritti nei rapporti interprivatistici e contemporaneamente interesse legittimo nei confronti della P. A. strettamente collegato al potere di pianificazione di quest'ultima". In altri termini l'A. distingue il momento della circolazione del bene cubatura, rimesso esclusivamente alle pattuizioni privatistiche, da quello della sua concreta fruizione, subordinata all'esito positivo del provvedimento amministrativo volto al rilascio del permesso di costruire c. d. maggiorato. Si tratta di una "inutile superfetazione", giacché è sempre e solo l'interesse legittimo a circolare: v. GAZZONI, *op. ult. cit.*,214 s.

[220] La critica alla "pluriqualificazione" giuridica di una vicenda unitaria è di GAZZONI, *op. ult. cit.*, 208. V. anche le considerazioni svolte al successivo paragrafo 2.3.

edificabile, scindibili l'uno dall'altro, ciascuno fatto oggetto di un diritto di proprietà e, dunque, soggetto a differenti vicende circolatorie a distinte formalità trascrittive[221].

Altro indice dell'inaccettabilità di tale teoria sarebbe da individuarsi nell'utilizzo della locuzione "bene immateriale di origine immobiliare"[222]. Infatti, proprio laddove la teoria della reificazione, appellandosi all'immaterialità del bene, vorrebbe essere risolutiva, in relazione cioè ai trasferimenti di volumetria "in volo", essa si dimostra particolarmente insoddisfacente: la proprietà del bene cubatura, in mancanza del substrato materiale (terreno), rende impossibile la realizzazione dell'interesse che la proprietà stessa dovrebbe assicurare[223]. Mentre è la stessa categoria del bene immateriale a richiedere che il relativo diritto (assoluto, ma distinto in ciò dal diritto reale) sia esercitabile a prescindere da alcun collegamento con un entità materiale, laddove la cubatura è invece legata al terreno, né sarebbe concepibile in termini di interesse a prescindere da esso[224]. Per altro verso, dovrebbe ipotizzarsi una nuova categoria di beni, né mobili né immobili, dal momento che è priva di significato, in termini giuridici, l'espressione "di origine immobiliare", salvo alludere, appunto, ad una scissione di cose unite, delle quali una immobile ed una, presumibilmente, mobile.[225]

---

[221] In questi termini critici ancora GAZZONI, *op. ult. cit.*, 209.
[222] TRAPANI, *op. ult. cit.*, 343.
[223] MASTROPIETRO, *op. cit.*, 96.
[224] GAZZONI, *op. ult. cit.*, 209. V. anche le considerazioni svolte e i relativi riferimenti bibliografici richiamati da AMADIO, *op. cit.*, 50 s.: "Tutta l'elaborazione teorica, anzi la stessa categoria concettuale del bene immateriale, si giustifica come razionalizzazione e riconduzione al sistema di una categoria di diritti, i quali, pur trovando riconoscimento normativo e tecniche di protezione coerenti con il modello del diritto assoluto (che si realizza, cioè, attraverso un *agere licere*, tutelato *erga omnes*), non hanno come termine di riferimento oggettivo dell'interesse tutelato un'entità materiale. Nei quali, cioè l'esercizio del diritto si realizza senza la necessità di alcun rapporto con quel substrato materiale. Non a caso, proprio da ciò discende l'ulteriore nota distintiva della categoria: quel profilo dinamico che induce a definire il contenuto della tutela come diritto alla utilizzazione economica ripetuta della creazione intellettuale". In tale ultimo senso è stato sottolineato da MASTROPIETRO, *op. cit.*, 97, che elementi essenziali e caratterizzanti la categoria del bene immateriale dovrebbero individuarsi nell'apporto creativo e nella riproducibilità, presupposti che difetterebbero nella fattispecie del bene immateriale cubatura.
[225] Anche questo rilievo critico è operato da GAZZONI, *op. ult. cit.*, 209 s., il quale sostiene che, in tale caso, dovrebbe parlarsi più propriamente di nesso pertinenziale tra cosa immobile e cosa mobile,

Concludendo questa breve rassegna delle principali critiche, da ritenersi fondate, rivolte alla teoria in esame, occorre rilevare che la reificazione della cubatura, assurta ad oggetto del diritto dominicale, non può dirsi riuscita e che, pertanto, l'indagine orientata a correttamente qualificare la fattispecie dev'essere condotta in altra direzione.

## 2.2 *IL DIRITTO EDIFICATORIO QUALE NUOVO DIRITTO REALE TIPICO*

Se l'assenza di una specifica norma, di rango statale, aveva spinto parte della dottrina ad operare una ricostruzione dogmatica della volumetria edificabile nei termini di un bene giuridico, in modo da evitare il contrasto col principio del *numerus clausus*, il nuovo art. 2643, n. 2-*bis*, c. c. ha consentito ad altra parte della dottrina di ritenere superato e, oramai, vano il suddetto sforzo ricostruttivo, sulla base della considerazione che la previsione legislativa dei diritti edificatori li abbia espressamente qualificati in termini di realità[226]. Si è così ipotizzata l'introduzione,

---

con possibile cessazione del vincolo, in esito ad alienazione separata della cubatura (art. 818, comma 2, c. c.). Ma che la cubatura non possa essere considerata cosa mobile è dimostrato dalla fallacia dell'analogia instaurata con le c. d. quote latte ed il c. d. diritto al reimpianto di vitigni, come si è già rilevato *supra*. Per altro verso, si badi che il "chiaro carattere mobiliare di tale bene, pur di provenienza immobiliare" è stato invocato dai sostenitori della reificazione della volumetria edificabile anche per giustificare l'autonoma previsione del n. 2-*bis* dell'art. 2643 c. c., laddove i nn. 1 e 10 del medesimo articolo non sarebbero stati idonei a consentire la trascrivibilità dei negozi aventi ad oggetto il bene (non immobile) cubatura.

[226] Sulle teorie che si esprimevano in chiave di realità con riferimento alla cessione di cubatura tradizionale, si rinvia alle considerazioni svolte nel paragrafo 3 del capitolo primo. Successivamente alla riforma del 2011, propendono per la configurazione dei diritti edificatori quali nuovo diritto di natura reale, pur con diverse sfumature: CRETELLA, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c. d. cessione di cubatura o di volumetria)*, in *Gazzetta notarile*, 2011, 463 ss.; RESTAINO, *op. cit.*; DI VITA, *op. cit.*, 93 ss.; MINERVA, *op. cit.*, 114 s.; CEOLIN, *Trascrivibile la "cessione di cubatura"*, in *Studium Iuris*, 2011, 1265 ss.; RIZZI, *op. cit.*; PETRELLI, *op. ult. cit.*, 6 ss.; AMADIO, *op. cit.*, 42 ss.; BOVA, *op. cit.*, 117 ss. A sostegno della teoria che si sta illustrando si è argomentato, da un lato, che la previsione, nel n.2-*bis* dell'art. 2643 c. c., anche dei contratti costitutivi di diritti edificatori sarebbe inconcepibile se si trattasse di beni (sui contratti costitutivi, v. quanto si dirà *infra*), dall'altro, che il n. 2-*bis* va letto in consecuzione con il numero 3 della stessa disposizione che fa riferimento alla trascrizione dei contratti che sui diritti menzionati nei numeri precedenti costituiscono una comunione, fenomeno normativamente riferibile proprio alla proprietà e agli altri diritti reali (sul punto v. AMADIO, *op. cit.*, 49).

ad opera del legislatore, di un nuovo diritto reale, non più atipico, del quale la volumetria dovrebbe esprimere la misura[227].

In particolare, si tratterebbe di distaccare dal diritto dominicale la facoltà di edificare e di farne un autonomo diritto, costituito a favore di un determinato soggetto e non di un determinato fondo, come nel caso delle servitù, dal momento che i diritti edificatori sono suscettibili di formare oggetto di ulteriori atti traslativi, autonomamente dall'originario fondo asservito[228]. Pertanto, il contenuto del supposto diritto reale di godimento è assimilabile a quello del diritto di superficie, con la differenza fondamentale, però, che il diritto edificatorio non è ascrivibile alla

---

[227] V. RIZZI, *op. cit.*, il quale, pur ribadendo la formale vigenza del principio del numero chiuso dei diritti reali, ritiene comunque che sia "ben possibile che una situazione disciplinata dal legislatore senza che questi la classifichi come figura reale, possa invece vedersi attribuita tale natura a seguito di un'attività di interpretazione sistematica"; PETRELLI, *op. ult. cit.*, 7, secondo il quale si tratta di diritto reale nominato, in quanto espressamente contemplato da una norma di legge, pur in assenza di una espressa e compiuta disciplina del diritto stesso, la quale sarà ricavata attraverso un'interpretazione sistematica; AMADIO, *op. cit.*, 42 ss., secondo il quale affermare che l'art. 2643, n. 2-*bis*, c. c. abbia tipizzato un nuovo diritto reale (oltreché uno schema contrattuale) non significa sopravvalutare la portata della norma, giacché, secondo la dottrina più recente, la *ratio* attuale del principio del numero chiuso dei diritti reali deve ricollegarsi al principio di tassatività delle formalità trascrittive e si riassume nell'esigenza, a tutela di terzi aventi causa e creditori, che alla creazione di nuovi diritti reali immobiliari si accompagni la possibilità di una loro emersione pubblicitaria. In quest'ottica, la previsione della trascrizione dei contratti produttivi di vicende di diritti edificatori nell'elenco di cui all'art. 2643 c. c. "rimuove l'ostacolo tecnico all'ampliamento, ad opera del legislatore e non dell'autonomia privata, del novero delle situazioni reali" (ID, *op. cit.*, 54). Per altro verso, dubita che la tipicità possa farsi discendere dalla norma in esame, la quale si limita a nominare semplicemente i "diritti edificatori comunque denominati", CIMMINO R., *op. cit.*, 162, secondo il quale, "nonostante le numerose aperture verso un diritto privato regionale, non è immaginabile che una nuova situazione giuridica soggettiva attiva, qualificabile in termini di vero e proprio diritto reale, possa discendere da normative regionali o, addirittura, da strumenti urbanistici locali. Ciò, oltre ad apparire in contrasto con i principi costituzionali in tema di ordinamento civile, non può che avere ricadute negative in termini di certezza del diritto".

[228] Evidenzia i tratti distintivi del diritto edificatorio rispetto al diritto di servitù, PETRELLI, *op. ult. cit.*, 7, il quale sottolinea anche il fatto che il diritto edificatorio attribuisce un'utilità positiva a colui che lo acquista, ossia la possibilità di edificare nei limiti della misura della volumetria attribuita (salva la necessità del permesso di costruire), a differenza della servitù che, invece, non può avere contenuto positivo. BOVA, *op. cit.*, 172 ss., sottolinea come i negozi di trasferimento e costituzione del diritto (reale) edificatorio consistano, stante la loro subordinazione alla condizione legale del rilascio da parte della P. A. del permesso di costruire c. d. maggiorato, in atti dispositivi di aspettative reali di proprietà, mentre l'effetto traslativo relativo al supposto diritto reale si realizzerebbe solo all'esito dell'avveramento della *condicio iuris*. Il diritto edificatorio, concepito come diritto di costruire, a questo punto, si rivelerebbe come meramente strumentale all'acquisto della proprietà dell'edificio, una volta costruito, acquisito al patrimonio del titolare del fondo per accessione ( GAZZONI, *op. ult. cit.*, 234 s.).

categoria dei diritti reali su cosa altrui: "se è vero che il diritto edificatorio nasce attraverso l'atto con cui la potenzialità edificatoria (insita nel diritto dominicale) viene costituita in situazione giuridica autonoma, e se ciò evoca (anche per l'indubbia assonanza con la superficie) la nascita di uno *ius in re aliena*, è altrettanto vero che per potersi riferire a quest'ultima categoria sarebbe necessario che il bene, su cui il nuovo diritto dovesse esercitarsi, fosse oggetto di una concorrente proprietà (nuda) altrui. Il che nel caso del diritto edificatorio è escluso in radice"[229].

In altri termini, il diritto reale in esame sarebbe caratterizzato da un duplice riferimento oggettivo, dal momento che esso si ricollega a due beni distinti, il fondo di "decollo" nella fase costitutiva, quello "di atterraggio" nella fase realizzativa: se

---

[229] AMADIO, *op. cit.*, 53. Non è mancato, in dottrina, chi ha parlato di diritto reale su cosa altrui: v. DI VITA, *op. cit.*, 93; V. RESTAINO, *op. cit.*, del quale si riportano le seguenti considerazioni: "Se fino ad oggi eravamo portati ad affermare che il diritto di edificare è una espressione del diritto di proprietà dal quale può essere separato grazie alla creazione del diritto di superficie, con il riconoscimento dei diritti edificatori nel nostro ordinamento questa affermazione merita di essere integrata nel senso che il diritto di edificare, espressione del diritto di proprietà, può essere separato dal suolo anche grazie alla creazione del diritto edificatorio, diritto reale su cosa altrui. I diritti edificatori sono, dunque, una facoltà del proprietario del suolo fin quando sono nella titolarità di questi, allo stesso modo di come il diritto di godimento di un bene è una facoltà del proprietario – e non un autonomo diritto - fin quando questi non costituisca un diritto di usufrutto su quel bene. Diventano *ius in re aliena* nel momento in cui il proprietario del suolo li aliena a terzi senza contestualmente alienare la proprietà del suolo. Non, dunque, diritto reale su cosa propria ma facoltà del proprietario fin quando sono nella titolarità del medesimo. Diritto reale su cosa altrui nel momento in cui il proprietario del suolo li aliena a terzi mantenendo per sé la proprietà del suolo…Si tratterebbe, a mio avviso, e come già sostenuto, di un diritto a metà strada tra la proprietà e il diritto di superficie. A metà strada perché della proprietà il diritto edificatorio ha alcune facoltà ma non ha il terreno che nel diritto edificatorio assumere un rilievo solo per determinare la nascita e la spendita del diritto, e perché della superficie come diritto di fare e mantenere una costruzione al di sopra del suolo il diritto edificatorio ha solo l'aspetto relativo al diritto di fare ma non anche quello del mantenere che è legato alla titolarità di un terreno sul quale il diritto possa essere speso…Il diritto reale di fare una costruzione consentirebbe, dunque, di staccare dal diritto di proprietà del terreno dal quale il diritto edificatorio sorge alcune facoltà che costituirebbero il contenuto di un diritto reale autonomo, il diritto edificatorio, diritto appunto di fare una costruzione, diritto che potrebbe liberamente circolare ma che necessiterebbe, per potere, poi, essere materialmente esercitato con l'effettuazione della costruzione, di consolidarsi con la proprietà di un terreno suscettibile, secondo le previsioni di piano, di essere edificato. Natura reale che va riconosciuta ai diritti edificatori in tutte e tre le loro fasi, quella del decollo, del volo e dell'atterraggio". Si è opposto a tale ricostruzione, come già affermato nel testo, che il diritto di superficie non può essere utilmente richiamato giacché esso si esercita sull'immobile altrui, mentre il diritto edificatorio si esercita sulla cosa propria (v. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 100), essendo "evidente infatti che il cessionario del credito di volumetria non potrebbe pretendere di esercitarlo sul terreno di decollo, di proprietà dell'originario cedente" (così GAZZONI, *op. ult. cit.*, 234).

gli interpreti che hanno criticato tale ricostruzione non hanno mancato di rilevare come si tratti di una "caratteristica davvero singolarissima"[230], non deve nascondersi che anche i sostenitori della tesi della realità del diritto edificatorio hanno constatato che si tratta di un'anomala "deviazione dal paradigma tradizionale, in cui il diritto (anche su cosa altrui) nasce e si esercita con riferimento allo stesso bene"[231].

Per altro verso, si è evidenziato un altro profilo assai rilevante: se davvero si trattasse della circolazione dello *ius aedificandi*, distaccato dalla proprietà del terreno mediante costituzione di nuovo diritto reale, non si riuscirebbe a spiegare la circostanza che su quel medesimo fondo "di decollo" si possa comunque edificare, in seguito alla successiva ed eventuale modifica dello strumento urbanistico che ad esso attribuisse una capacità edificatoria ulteriore. Infatti, "il cessionario della volumetria è già proprietario di un suolo e quindi titolare di un autonomo potere di edificare che, in seguito al negozio di trasferimento, risulta solo maggiorato (il superficiario invece acquista il diritto di costruire proprio per effetto della costituzione del diritto di superficie)…in tal senso, il negozio non crea un nuovo diritto e non altera la natura e il contenuto del diritto di proprietà del terreno a cui ineriva la cubatura, rimanendo quindi il cedente titolare di un diritto di proprietà pieno, strutturalmente idoneo a edificare" [232].

Ancora, supporre l'esistenza di un diritto reale che, a seguito della sua costituzione, sarebbe suscettibile di autonomo trasferimento, imporrebbe di ipotizzare un monopolio privato nella disciplina della fattispecie, laddove, invece, i diritti edificatori possono circolare - sul piano personale - solo se, e nei limiti in cui, la loro circolazione (il "volo") sia prevista dalla disciplina urbanistica vigente, con

---

[230] Così GAZZONI, *op. ult. cit.*, 234.
[231] In questi termini, AMADIO, *op. cit.*, 54. In generale, sulle critiche mosse alla ricostruzione in esame, v. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 97 ss; TRAPANI, *op. ult. cit.*, 320 ss.; GAZZONI, *op. ult. cit.*, 229 ss.
[232] ALEMANNI, *op. cit.*, 662 s.

conseguenti controlli di carattere pubblicistico, né il terreno di atterraggio può essere liberamente scelto, dovendo essere ricompreso negli ambiti prefissati[233].

Ad ogni modo, al di là dei profili di anomalia appena segnalati, sembra che la teoria del nuovo diritto reale tipico non riesca a superare altre due obiezioni davvero fondamentali. In primo luogo, occorre accennare al problema del trasferimento di diritti edificatori "in volo", ossia alla possibilità che un diritto, qualificato come reale, possa essere acquistato da un soggetto che non sia titolare, come proprietario o superficiario, di alcun fondo idoneo alla realizzazione del contenuto stesso del diritto, cioè l'esercizio in concreto della facoltà di sfruttamento edificatorio, previo rilascio del relativo titolo abilitativo[234]. Per ammissione degli stessi sostenitori della tesi in esame, non potrebbe spiegarsi la mancanza attuale di una *res* richiamando lo schema generale del trasferimento ad effetti differiti, del quale sarebbero esemplificativi i negozi su beni futuri, ricondotti, dalla dottrina prevalente, non a fattispecie condizionate, bensì a fattispecie a formazione progressiva con riconnessa circolazione *medio tempore* di un'aspettativa tutelata: invero, "l'atto traslativo (come quello costitutivo) del diritto edificatorio sembra descritto dalla legge come immediatamente efficace. In termini di titolarità, l'acquirente sembra poter vantare un diritto vero e proprio, piuttosto che un'aspettativa tutelata"[235]. Si è allora tentato di spiegare la mancanza della *res* nei trasferimenti di diritti edificatori "in volo" parlando di "inerenza virtuale", cioè distinguendo il profilo della circolazione e della titolarità da quello dell'esercizio della situazione giuridica soggettiva: l'inerenza attuale ad un suolo sarebbe requisito imprescindibile per la realizzazione, ma non per la circolazione dei diritti edificatori e in ciò si sostanzierebbe il profilo di autentica novità, se non di rottura,

---

[233] GAZZONI, *op. ult. cit.*, 229.

[234] E' lo stesso problema che, come si è visto *supra*, ha indotto i sostenitori della reificazione della cubatura ad invocare la figura del bene immateriale.

[235] AMADIO, *op. cit.*, 51 s.

rispetto alla dogmatica degli strumenti traslativi[236]. Si ipotizza, quindi, un diritto che non cessa di avere natura reale per il fatto di potere circolare svincolato da una *res*, essendo il legame con il fondo pur sempre necessario nel momento del concreto esercizio del diritto medesimo[237]. Tuttavia, si è obiettato che l'inerenza reale è "carattere intrinseco e quindi costitutivo del diritto reale, sicché solo nel momento in cui essa si manifesta, il diritto è configurabile e non già solo esercitabile…Un diritto reale senza un bene cui esso inerisca è davvero una contraddizione, onde esso non può circolare come tale"[238].

Del resto, oltre al difetto di inerenza, potrebbe anche dubitarsi – su un piano più generale - del fatto che tale diritto presenti il carattere dell'immediatezza, altro elemento qualificante e costitutivo del diritto reale, dal momento che il diritto edificatorio costituisce solo una sorta di presupposto perché la P. A. possa provvedere all'emanazione del titolo abilitativo edilizio, consentendo al diritto medesimo di trovare concreta esplicazione[239].

In secondo luogo, l'altro ostacolo insormontabile, che si frappone all'accoglimento della teoria della natura reale del diritto edificatorio, deve individuarsi nella dichiarata esclusione da siffatta ricostruzione dei diritti edificatori originati, pur in via eccezionale, in assenza di un legame con il fondo

---

[236] V. AMADIO, *op. cit.*, 52 ss., il quale sottolinea che l'inerenza reale, nei trasferimenti "in volo", è differita rispetto all'acquisto: "essa incide sulla realizzabilità del diritto…ma non impedisce il perfezionarsi della fattispecie traslativa, come rivelato dalla previsione della trascrivibilità immediata dell'acquisto".

[237] Non sarebbe producente, come fa AMADIO, *op. cit.*, 51 s., assimilare il diritto edificatorio, prima della realizzazione, al credito ceduto sotto condizione il quale sarebbe, non già aspettativa tutelata, bensì un credito esistente benché inesigibile. Per i diritti reali, infatti, la situazione è diversa: la loro alienazione sotto condizione sospensiva è circolazione di un'aspettativa, e non del diritto reale, pur in presenza di retroattività degli effetti (v. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 233). V. anche MASTROPIETRO, *op. cit.*, 102, la quale afferma che sarebbe infruttuoso accostare il diritto edificatorio prima della sua realizzazione alla figura del credito sottoposto a condizione, quale credito esistente ma inesigibile, anziché all'aspettativa di diritto, "giacché, ferma la qualificazione pacifica degli atti di disposizione del diritto reale trasferito sotto condizione sospensiva come atti di circolazione di una aspettativa, numerosi sono gli indici, giurisprudenziali e dottrinali, che farebbero propendere per la configurazione del credito sottoposto a condizione in termini di mera aspettativa".

[238] GAZZONI, *op. ult. cit.*, 233.

[239] PISCHETOLA, *op. cit.*, 17.

"sorgente", di modo che l'inerenza reale del bene al diritto sia assente ancora più a monte, fin dal momento della costituzione stessa del diritto. Tale esclusione, peraltro avanzata senza proporre il necessario inquadramento per tali diritti edificatori che non potrebbero qualificarsi come reali, viene suffragata dalla considerazione che in tale ipotesi si sarebbe fuori dalla portata dell'art. 2643, n. 2-*bis*, c. c., poiché la trascrizione sarebbe, in assenza di un fondo "di decollo", tecnicamente irrealizzabile[240]. Sennonché, si è obiettato, in tale modo si rischia di confondere realità ed opponibilità, finendo per attribuire alla trascrizione un effetto costitutivo della realità dei diritti edificatori, che essa non ha[241]. Come si è affermato, è indubbio, sul versante logico-ricostruttivo, che i diritti edificatori non possano assumere connotazioni diverse, secondo che siano "in volo" o no e secondo che siano originati o no da un fondo, atteso che, fra l'altro, la formulazione dell'art. 2643, n. 2-*bis*, c. c. omologa sul versante pubblicitario i diritti edificatori comunque denominati, senza operare alcun *distinguo*[242].

Ancora, pur con la consapevolezza che non è corretto qualificare una fattispecie sulla base degli effetti che da quella qualifica derivano, sia consentito ricordare che, se si fosse di fronte a un diritto reale immobiliare, la disciplina ad esso applicabile sarebbe tutt'altro che certa, con particolare riferimento alle difficoltà cui si andrebbe incontro nell'applicare, a titolo di esempio, le disposizioni sul pignoramento, sull'ipoteca, sull'usucapione[243].

Per concludere, appare chiaro, sulla base di tutto quanto si è esposto, che la ricostruzione dogmatica del diritto edificatorio come nuovo diritto reale tipico,

---

[240] V. AMADIO, *op. cit.*, 54, del quale si riportano le considerazioni ivi svolte: "Quel che non può mancare, e così trova definitiva evidenza l'ambito entro il quale il discorso sin qui svolto assume significato, è *l'inerenza d'origine*: se fosse vero che un diritto edificatorio può essere attribuito indipendentemente dalla titolarità di un'area, e che può prospettarsi, di conseguenza, l'ipotesi di diritti edificatori creati, per così dire, "dal nulla", cioè svincolati da un legame con un fondo sorgente, ebbene a tali figure il discorso sin qui svolto non si adatta in alcun modo. Ma che si tratti di fattispecie estranee al nostro tema è dimostrato dall'impossibilità di attrarle alla disciplina del nuovo n. 2-bis del 2643: per la irrealizzabilità tecnica di una trascrizione non riferita a un immobile".

[241] GAZZONI, *op. ult. cit.*, 239 s.

[242] MASTROPIETRO, *op. cit.*, 103.

[243] Per indicazioni più puntuali, si rinvia a GAZZONI, *op. ult. cit.*, 235 ss.

benché *sui generis*, non è accettabile e che, pertanto, di nuovo l'interprete deve muoversi alla ricerca di una soluzione più appagante.

### 2.3 *IL DIRITTO EDIFICATORIO QUALE INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO: LA* CHANCE *EDIFICATORIA*

Come si è anticipato, una parte della dottrina ritiene che il diritto edificatorio debba considerarsi quale interesse legittimo pretensivo, diretto alla realizzazione della volumetria e suscettibile di autonoma circolazione nei rapporti tra privati. Tale ipotesi ricostruttiva si è affacciata già anteriormente alla novella del 2011 nell'ambito della dottrina amministrativa, la quale aveva posto in evidenza come oggetto dei trasferimenti di volumetria siano, non già diritti edificatori, bensì "interessi legittimi volti a pretendere, nei confronti dell'amministrazione *domina*, che l'astratta volumetria riconosciuta dal potere di piano, od altre fattispecie equipollenti, possa concretizzarsi tramite il rilascio del titolo abilitativo (e *simila)*"[244]: tale spunto è stato ripreso e sviluppato da una parte della dottrina civilistica in seguito all'introduzione del nuovo n. 2-*bis* nell'art. 2643 c. c.[245].

---

[244] V. BARTOLINI, *Profili giuridici del c. d. credito di volumetria*, cit., 303 ss.

[245] Tra i sostenitori della tesi in esame, GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze,* in *Trattato della trascrizione,* I, 1, cit., 212 ss.; SIRENA, *La trascrizione dei contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano diritti edificatori*, cit., 204 ss.; MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 106 ss; CIRILLO, *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi*, in *Riv. not.*, 2013, 601 ss.; MARENA, *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, cit., 913 ss. Sembra convenire, pur non nascondendo le fortissime perplessità ad oggi esistenti in ordine all'inquadramento dogmatico della fattispecie, BARALIS, *La nota di trascrizione*, cit., 54, il quale afferma che si tratta dell'"opinione meno impersuasiva". Anche PISCHETOLA, Studio C. N. N. n. 540-2014/T, *Negoziazione dei diritti edificatori e relativa rilevanza fiscale, anche alla luce dell'art. 2643 n. 2*bis*) c. c.*, cit., 16 ss. pur occupandosi del tema soprattutto sotto il profilo fiscale, sembra maggiormente orientato ad accogliere la tesi *de qua*, benché non prenda espressamente posizione sul punto. Sembra convenire anche TRIOLA, *I diritti edificatori e la c. d. cessione di cubatura*, cit., 86, nota 24, benché successivamente si esprima nei termini di "cessione del credito vantato nei confronti della p. a." (ID, *op. ult. cit.*, 89): sull'impossibilità di ritenere i diritti edificatori quali diritti (perfetti) di credito, v. *infra*. V. anche quanto afferma, trattando in generale del rapporto tra trascrizione e interessi pubblici, PORTALURI, *Vecchie e nuove funzioni della trascrizione nel rapporto problematico con gli interessi pubblici*, in AA. VV., *Pubblicità degli atti e delle sentenze*, Atti dell'8° Convegno SISDIC, Esi, Napoli, 2014, 440, secondo il quale "questi casi si caratterizzano per un rapporto amministrativo in cui il soggetto privato è titolare di interessi pretensivi la cui base sostanziale deve essere in rapporto

Tale teoria parte del presupposto della centralità, nel contesto dei trasferimenti di volumetria, del ruolo svolto dalla P. A. nell'ambito del procedimento amministrativo diretto al rilascio del titolo abilitativo edilizio e si contrappone alla visione della dottrina civilistica, che sostiene l'indipendenza della vicenda privatistica da quella pubblicistica di rilascio del permesso di costruire c. d. maggiorato, qualificando il diritto edificatorio quale diritto soggettivo (di natura reale)[246]. Così facendo, però, tale dottrina finisce per dare vita ad una distinzione tra

---

di compatibilità con l'interesse pubblico…l'atto di vincolo e la sua trascrizione rilevano allora, in questi casi, solo come atti endoprocedimentali".

[246] Si riportano in merito alcune considerazioni di TESTA, *Cessione di diritti edificatori: dalla cessione di cubatura alla chance edificatoria*, in *www.consiglionotarilecatania.it*: "la categoria dei diritti reali assume, per sua stessa natura, una connotazione tipicamente privatistica nell'ambito della quale l'Ordinamento dà spazio, sulla base dell'autonomia negoziale privata di cui dispongono le parti, a qualunque attività giuridica che abbia per oggetto la disposizione del diritto, ponendo a monte l'unica limitazione che deriva dall'applicazione delle disposizioni cogenti di legge, delle norme poste a tutela dell'ordine pubblico e del buon costume. Sicché, per la costituzione, la modificazione ed il trasferimento di un diritto reale, niente altro occorre, se non una manifestazione volontaristica privata resa nel rispetto delle leggi, ma senza che si renda necessario alcun altro intervento esterno all'ambito del diritto privato. Al contrario, con riferimento ai diritti edificatori, sarebbe, in linea di principio, inimmaginabile una totale scissione del diritto edificatorio rispetto alla compagine pubblicistico-amministrativa di cui esso fa parte, costituita dal procedimento urbanistico-edilizio nel quale il diritto stesso trova la propria ragion d'essere. Perciò, l'ambito degli accordi privati in cui si attuano negozi come quelli inerenti la cessione della capacità edificatoria intercorrenti tra il cedente ed il cessionario, a prescindere che ciò si determini per effetto di una cessione di cubatura nel contesto di una previsione generale contenuta nel PRG, dovrebbe restare unicamente un ambito costituente solo un "segmento" di un più ampio procedimento di natura amministrativa il quale viene a perfezionarsi nella sua completezza solo con l'intervento finale del Comune che rilasci al cessionario un provvedimento abilitativo edilizio per una volumetria superiore a quella originariamente allo stesso consentita. Se, infatti, la causa di tali accordi risiede nella legge urbanistica, il rapporto convenuto tra il privato cedente la volumetria ed il privato cessionario della stessa, dovrebbe restare esclusivamente una "porzione" di un procedimento ben più complesso che si perfeziona solo con l'adesione ultima da parte del Comune. Tanto ciò è vero che, nel passato, come si è avuto modo di vedere, gli accordi inerenti le cessioni volumetriche sono stati trattati comunemente come convenzioni sottoposte ad una sorta di condizione sospensiva il cui evento dedotto in condizione coincideva con l'adesione da parte del Comune all'accordo di cessione che si manifestava con il riconoscimento, da parte del Comune, della maggiore volumetria acquisita dal cessionario attraverso il rilascio, a favore del cessionario, di un provvedimento abilitativo edilizio avente ad oggetto una capacità di sfruttamento volumetrico più alta di quella originariamente consentita. Sicché la tipologia di un contratto di cessione di volumetria poteva atteggiarsi strutturalmente come una sorta di "fattispecie a formazione progressiva" dove l'intervento adesivo del Comune, che avrebbe dovuto riconoscere il plus di volumetria acquisita, rappresentava la chiusura del cerchio per il perfezionamento definitivo dell'accordo…Si comprende, allora, come nell'ambito degli accordi di cessione volumetrica non dovrebbe neppure esserci spazio per la creazione di un'autonoma categoria di diritti (reali), avendo dato luogo, l'introduzione della novella legislativa che fa capo al "Decreto Sviluppo", esclusivamente ad un'autonoma categoria di atti, dotati

astratta titolarità del diritto ad edificare, suscettibile di cessione, e legittimazione al suo esercizio, ricollegabile al potere conformativo della P. A.: si è rilevato come si tratti di una distinzione artificiosa, dal momento che sdoppia quella che è una vicenda unitaria[247].

Per altro verso, si è anche sostenuto che l'idea della circolazione autonoma dello *ius aedificandi*, propugnata dai sostenitori della natura reale del diritto edificatorio, risulta inconciliabile proprio con la concezione civilistica della proprietà fondiaria: se è vero che lo *ius aedificandi* rientra nel contenuto della proprietà immobiliare, la misura entro la quale esso è esercitabile (la cubatura edificabile) non può dipendere dall'attribuzione del diritto medesimo da parte della P. A. (attraverso il rilascio del titolo abilitativo edilizio), ma neanche, coerentemente, da parte di un altro privato (attraverso il negozio di trasferimento dei diritti edificatori). L'acquirente di diritti edificatori che li voglia spendere in un fondo di cui sia proprietario, è già titolare dello *ius aedificandi*: i diritti edificatori acquistati non gli attribuiscono "una posizione dominicale maggiore o un diritto reale ulteriore, bensì l'interesse legittimo a ottenere dalla Pubblica Amministrazione un titolo che lo abiliti a esercitare più ampiamente (in particolare sotto il profilo dello *ius aedificandi*) la proprietà fondiaria di cui è già titolare"[248]. Ad ogni modo, e su un piano più generale, si deve osservare che l'accoglimento della tesi della circolazione dell'interesse legittimo, che può meglio cogliersi laddove si sposti la prospettiva del bene finale dalla costruzione al permesso di costruire, consente di lasciare impregiudicata la questione, che di per sé esula dai fini della presente indagine, dell'inquadramento dogmatico dello *ius aedificandi* nei rapporti con la Pubblica Amministrazione[249].

---

di una causa loro propria, ai quali fa oggi riscontro un sistema pubblicitario che, se consente una piena opponibilità *erga omnes* dei risultati conseguiti, tuttavia prende le mosse da un sistema negoziale che esula dall'ambito prettamente civilistico, per addentrarsi in un ambito più squisitamente amministrativo".

[247] V. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, 304; MASTROPIETRO, *op. cit.*, 106 s.

[248] V. SIRENA, *op. cit.*, 205 s.

[249] GAZZONI, *op. ult. cit.*, 213 ss.

Ancora, il ricorso della civilistica alla categoria del diritto soggettivo è stata spiegata, in termini storici, con la considerazione che le teorizzazioni sulla cessione di cubatura si sono sviluppate in un periodo in cui prevaleva una concezione non patrimoniale e formale dell'interesse legittimo, tale da impedire concettualmente la possibilità di una sua negoziazione con l'amministrazione e, *a fortiori*, tra i privati. Tali difficoltà appaiono invece superate alla luce di alcuni mutamenti intervenuti nell'ordinamento giuridico: in primo luogo, l'art. 11 della l. 241 del 1990, nel legittimare l'utilizzo da parte della P. A. di accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento per il perseguimento dei propri fini istituzionali, ha consacrato l'idea della negoziabilità degli interessi legittimi tra privati e P. A.; in secondo luogo, la Corte di Cassazione, con la fondamentale pronuncia a Sezioni Unite n. 500 del 1999, ha riconsiderato la situazione giuridica in esame, al fine di assicurare la risarcibilità del danno per il caso di lesione di interessi legittimi da parte di un atto amministrativo illegittimo. La Corte, in particolare, ha messo in luce la natura sostanziale dell'interesse legittimo, situazione giuridica diretta alla protezione di un bene della vita e suscettibile di valutazione economica[250]: inteso in questo senso,

[250] V. Cass. civ., SS. UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *pa.leggiditalia.it*, nella quale si precisa: "L'interesse legittimo non rileva infatti come situazione meramente processuale, quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, del quale non sarebbe quindi neppure ipotizzabile lesione produttiva di danno patrimoniale, ma ha anche natura sostanziale, nel senso che si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare danno. Anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è pur sempre l'interesse ad un bene della vita: ciò che caratterizza l'interesse legittimo e lo distingue dal diritto soggettivo è soltanto il modo o la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione". La concezione dell'interesse legittimo quale situazione giuridica attiva avente natura sostanziale appare ormai incontestabile, specie all'esito della cospicua elaborazione giurisprudenziale e delle innovazioni introdotte con il codice del processo amministrativo nel senso del rafforzamento delle tecniche di tutela della posizione vantata dal privato nei confronti della P. A. V., di recente, Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *pa.leggiditalia.it*, ove si legge che: "Alla stregua di tale dilatazione delle tecniche di protezione, viene confermata e potenziata la dimensione sostanziale dell' interesse legittimo in una con la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva. Come osservato dalle Sezioni Unite nella citata sentenza n. 500/1999, l'interesse legittimo non rileva come situazione meramente processuale, ossia quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, né si risolve in un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa in sé intesa, ma si rivela posizione schiettamente sostanziale, correlata, in modo intimo e inscindibile, ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione

l'interesse legittimo può essere, non solo negoziabile tra P. A. e privati, ma anche fatto oggetto di atti di disposizione tra gli stessi soggetti privati[251].

Si è rilevato che "l'interesse legittimo indubbiamente si atteggia quale *chance*, tant'è che, in chiave risarcitoria, è necessario un giudizio prognostico con riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell'istanza presentata alla pubblica amministrazione e quindi sull'esistenza di una situazione suscettibile di fondare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, secondo un criterio di normalità"[252]. Tale *chance*, intesa come seria e concreta possibilità, esistente nel patrimonio di un soggetto, di conseguire un vantaggio o un'utilità economica, "non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione"[253]. Dunque, rapportando queste considerazioni all'oggetto della

---

(in termini di sacrificio o di insoddisfazione a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo) può concretizzare un pregiudizio".

[251] Sulle considerazioni svolte, v. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, 305 s; CIRILLO, *op. cit.*, 620 ss., il quale afferma che "il titolare dell'interesse pretensivo, situazione giuridica sostanziale e compiuta in sé, può esercitarla non solamente nei confronti dell'amministrazione aprendo il procedimento amministrativo, così come normalmente avviene, ma anche nella direzione di soggetti privati, nel caso di specie utilizzando appunto il negozio di cessione per trasferire la situazione soggettiva di cui è titolare". Non pare azzardato, sul punto della negoziabilità dell'interesse legittimo, instaurare un parallelismo con l'istituto della subconcessione di beni demaniali, la quale è da considerarsi generalmente ammessa nel nostro ordinamento, a condizione che intervenga il *placet* della P. A.: sul punto la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che la posizione giuridica soggettiva di cui è titolare il subconcessionario è di interesse legittimo. V. Cons. Stato, 15 aprile 1996, n. 561, in *Foro it.*, 1996, III, 375 ss., della quale si riporta la massima: "L'atto di assenso ministeriale alla convenzione fra il concessionario di un'opera pubblica e il subconcessionario, costituisce espressione del potere discrezionale dell'amministrazione che si pone come atto impeditivo dell'ulteriore perfezionamento della fattispecie negoziale di subconcessione, tale da degradare la posizione del subconcessionario ad interesse legittimo, indipendentemente dalla diversa configurazione del rapporto di responsabilità precontrattuale fra le parti private. Rispetto all'esercizio di tal potere sussiste una posizione di interesse legittimo, tutelabile davanti alla giurisdizione del giudice amministrativo". V. anche BARALIS, *op. cit.*, 54; ID, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Padova, 2011, 107 s., secondo il quale le situazioni soggettive collegate alle concessioni demaniali relative ad immobili sarebbero soggette anche a pubblicità immobiliare.

[252] GAZZONI, *op. ult. cit.*, 214.V. anche MASTROPIETRO, *op. cit.*, 109, secondo la quale la figura civilistica della *chance* si "interseca" con la struttura dell'interesse legittimo.

[253] Così, di recente, Cass. civ., 29 novembre 2012, n. 21245, in *pa.leggiditalia.it*; v. anche Cons. Stato, 2 febbraio 2008, n. 490, in *pa.leggiditalia.it*, ove si legge che "il danno, per essere risarcibile, deve essere infatti certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile…, ciò che distingue la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile".

presente indagine, ne discende che il diritto edificatorio ha la consistenza di una *chance*, ossia si sostanzia nella probabilità di trasformazione, in termini volumetrici, di una determinata area e tale probabilità è resa ancora più rilevante dall'"alto grado di vincolatezza che caratterizza i procedimenti edilizi"[254].

Tuttavia, tale rilevante probabilità di conseguimento del permesso di costruire c. d. maggiorato non si traduce in un diritto perfetto nei confronti della P. A., poiché essa esercita un potere, dotato di margini di discrezionalità, e non già un'attività vincolata: la posizione vantata dal privato nei suoi confronti è quindi di interesse legittimo (pretensivo), non di diritto di credito. Infatti, il procedimento di rilascio del titolo abilitativo edilizio è caratterizzato da discrezionalità tecnica (non da discrezionalità amministrativa): la P. A. competente ha il potere di rilasciare il permesso, non in base a valutazioni di interesse generale, ma alla luce di valutazioni sulle modalità tecniche costruttive; il compito della P. A. sarebbe, dunque, quello di raccordare l'opera edilizia programmata con la normativa urbanistica esistente, salvo una più ampia discrezionalità, nell'ipotesi di attività edilizia su territori non pianificati e con riferimento agli interventi in deroga. Pertanto, non si tratta di attività vincolata, sussistendo sempre un *minimum* di discrezionalità, sicché il privato che si relaziona con la P. A. si trova sempre dinnanzi a una situazione di potere in capo a quest'ultima, non già di obbligo, anche se, riducendosi la discrezionalità, la situazione di potere si avvicina sempre di più a quella di obbligo. Quanto affermato consente di escludere che in capo al privato sussista un diritto perfetto (di credito), configurandosi sempre la situazione soggettiva di cui è titolare nei confronti della P. A., richiesta del rilascio del permesso di costruire c. d. maggiorato, quale interesse legittimo, situazione che, com'è noto, dialoga con il potere e sussiste ove sussista discrezionalità, seppure minima[255].

---

[254] Così BARTOLINI, *op. ult. cit.*, 307.

[255] V. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 111 ss., cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici. L'A. sottolinea anche come la vincolatività del permesso di costruire c. d. maggiorato risulti attenuata nel caso, caratterizzato da un maggiore grado di aleatorietà, di cessione "in volo" di diritti edificatori: in tale ipotesi il permesso non può che venire negato, ove i diritti edificatori già assegnati e circolanti

Invero, si è sottolineato che la tesi del diritto edificatorio quale diritto di credito potrebbe ammettersi solo accedendo a quelle teorie più recenti che, passando per una concezione del rapporto pubblicistico modellato sulla falsariga di quello obbligatorio, giungono a configurare il potere della P. A. quale obbligo e, conseguentemente, ad assimilare l'interesse legittimo di diritto pubblico al diritto di credito, con lo scopo di rafforzare la tutela del soggetto privato nei confronti dei pubblici poteri, che verrebbe in tal modo ad essere fondata sulla disciplina dell'inadempimento delle obbligazioni. Di ciò si è voluto trovare una conferma nel recente codice del processo amministrativo (d. lgs. 104/2010), il quale avrebbe realizzato un avvicinamento tra le tecniche di tutela proprie del diritto soggettivo e quelle dell'interesse legittimo, così da far ritenere ultimato il processo di trasformazione degli interessi legittimi in diritti (pubblici) soggettivi[256]. Si è tuttavia obiettato che la pienezza di tutela non fa venire meno la natura dell'interesse legittimo quale posizione soggettiva dialogante con il potere e che, inoltre, la necessaria discrezionalità che caratterizza il potere della P. A., non integralmente predeterminato nel contenuto dalle norme che ne regolano l'azione, fa sì che difetti un contenuto impegnativo prestabilito, non potendosi pertanto ravvisare in capo al privato una pretesa con caratteri assimilabili a quelli del diritto di credito[257].

Tuttavia, nonostante la *chance* non sia tecnicamente una posizione di credito verso la P. A., essa potrebbe circolare allo stesso modo di un diritto di credito: in

---

siano stati revocati in esito ad una rivalutazione dell'interesse pubblico ad opera della P. A. (sulla soppressione dei diritti edificatori assegnati, v. le considerazioni svolte nel paragrafo 2.2 del secondo capitolo). Diversamente, propende per la ricostruzione in chiave di diritto di credito, prima della novella del 2011, SABBATO, *La perequazione urbanistica*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, benché lo stesso A. si trovi costretto a rilevare come non sia "da trascurare che il vero elemento ostativo alla configurazione del diritto soggettivo è connesso al fatto che anche tale fattispecie è esposta alle successive ed incondizionate scelte urbanistiche, che potrebbero inficiare se non annullare la possibilità di esercizio del diritto, tanto da escludere forse che di obbligo (e correlato credito) si possa parlare".

[256] V. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 12 ss.; V. anche, per un'ampia rassegna delle diverse opzioni ricostruttive, POLI, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 81 ss.

[257] Sul punto v. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 112 s., nota 68. L'A. mette in luce, tra l'altro, il fatto che siffatta ricostruzione non ha avuto particolare seguito, specie in giurisprudenza.

particolare, in quest'ottica, la vicenda circolatoria potrebbe positivamente ricollegarsi al dettato dell'art. 1376 c. c., laddove, definendo i contratti ad effetti reali, prende in considerazione anche quello avente ad oggetto il trasferimento "di altro diritto". Tale lettura estensiva dell'art. 1376 c. c. si giustifica in considerazione del fatto che sono suscettibili di cessione, non solo i crediti attuali, ma anche i crediti solo sperati e le aspettative di diritto, "il cui confine con la *chance* è labile" [258].

Si è anche precisato che, fermo l'effetto traslativo del contratto di cessione di diritti edificatori, è comunque configurabile, su un piano secondario, anche un profilo obbligatorio *inter partes:* in presenza di un contratto traslativo soggetto a trascrizione, potendo il *tradens* disporre una seconda volta del medesimo diritto nelle more dell'esecuzione della formalità pubblicitaria, dottrina e giurisprudenza dominanti ritengono che sorga in capo al medesimo un vincolo obbligatorio di indisponibilità, la cui violazione lo rende responsabile nei confronti del primo acquirente sotto il profilo risarcitorio[259]. Tale vincolo di indisponibilità sussiste

---

[258] GAZZONI, *op. ult. cit.*, 213. Sulla cessione di crediti sperati, v. Cass. civ., 8 maggio 1990, in *pa.leggiditalia.it*, laddove la Suprema Corte ha ritenuto valida la cessione in garanzia, effettuata da una associazione sportiva ad un istituto di credito, di contributi promessi dal Comune, pur se, al momento della conclusione del contratto, l'associazione poteva vantare soltanto un interesse legittimo, considerata la natura discrezionale dell'elargizione del contributo. Nella sentenza citata si afferma in particolare che: "Quanto ai crediti futuri, essi sono ritenuti per costante giurisprudenza suscettibili di cessione, secondo il principio generale dettato dall'art. 1348 c.c., … Rientra infatti nella nozione di credito futuro, suscettibile di cessione, anche un credito semplicemente sperato cioè meramente eventuale; l'aleatorietà, che in tal caso caratterizza il contratto di cessione, è insita nella nozione di cosa futura e non comporta invalidità del negozio, stante la espressa previsione di cui all'art. 1348 c.c. L'invalidità non può neppure essere fatta discendere dalla pretesa indeterminatezza dell'oggetto della cessione dal momento che nella specie l'atto di cessione indicava con precisione l'ammontare del credito, il debitore ceduto e il tempo in cui presumibilmente il credito sarebbe venuto in esistenza". Peraltro, è stato sostenuto che "a voler tentare un parallelismo è da ritenersi, dunque, più convincente – ma si tratta pur sempre di un rimodellamento di una posizione soggettiva, l'interesse legittimo pretensivo, che ha una sua fisionomia ben precisa – un accostamento con l'ipotesi di (cessione di) una aspettativa di (un diritto di) credito (futuro)" (v. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 123). Rinviando all'A. per una più puntuale dimostrazione, con gli opportuni richiami di giurisprudenza e dottrina, si può ritenere, infatti, che nell'ambito della cessione di credito futuro il cessionario acquisti direttamente un'autonoma situazione di aspettativa rispetto al futuro ed eventuale acquisto del credito.

[259] La giurisprudenza ritiene che si tratti di responsabilità di natura contrattuale: v., per tutti, Cass. civ., 17 novembre 1998, n. 11571, in *pa.leggiditalia.it*, ove si afferma che "la vendita a terzi, con atto trascritto, di un bene immobile che abbia già formato oggetto, da parte del venditore, di una precedente alienazione, si risolve nella violazione di un obbligo contrattualmente assunto nei

necessariamente anche nell'ipotesi di cessione della *chance* edificatoria, ma in tale caso si arricchisce anche dell'obbligo di non esercitare la cubatura in proprio, chiedendo il permesso di costruire relativamente alla volumetria ceduta[260].

La bontà della ricostruzione dogmatica del diritto edificatorio quale interesse legittimo pretensivo, suscettibile di circolazione quale *chance* edificatoria, emerge con ancora maggiore forza, laddove si consideri la fattispecie della cessione di diritti edificatori "in volo": infatti, come nell'ipotesi di cessione di cubatura tra fondi ben determinati, anche in questo caso il cessionario acquista una *chance*, legata ad un interesse legittimo pretensivo e consistente nell'affidamento circa l'utilizzazione della volumetria su un fondo di "atterraggio", dovendo comunque intervenire il titolo abilitativo edilizio; ma, per l'astratta configurabilità di una *chance* edificatoria in capo al cessionario non è necessaria, in capo a quest'ultimo, la titolarità di un terreno suscettibile di trasformazione edilizia. Inoltre, proprio perché la *chance* edificatoria è svincolata, sul piano teorico-ricostruttivo, dalla relazione con il terreno, essa è configurabile anche nell'ipotesi di diritti edificatori sorti senza alcun legame con un fondo, ossia generati per c. d. autopoiesi[261].

In altri termini, rimane fermo che, per il concreto esercizio del "credito edilizio", previo ottenimento del permesso di costruire c. d. maggiorato, sarà necessaria la titolarità di un terreno edificabile. Tuttavia, per il titolare del credito "in volo", acquisire la proprietà del terreno costituisce soltanto un onere da adempiersi per esercitare la *chance* edificatoria; non, invece, una *condicio sine qua non*

---

confronti del precedente compratore, determinando la responsabilità contrattuale del venditore stesso". La dottrina prevalente concorda sul punto (v., per tutti, GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., 73 s.), benché sia rappresentata anche l'opposta tesi, per la quale la responsabilità in esame avrebbe natura extracontrattuale, essendosi già prodotti ed esauriti gli effetti del contratto concluso tra l'alienante e il primo acquirente che vede travolto il proprio acquisto (v. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione,* cit., 130 ss.)

[260] GAZZONI, *op. ult. cit.*, 215, il quale sviluppa un interessante parallelismo con la cessione di credito, laddove il creditore cedente è tenuto, non solo a non cedere due volte il medesimo credito, ma anche, nelle more della notifica o dell'accettazione, a non esigere il pagamento dal debitore ceduto.

[261] V. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 124 s.

per l'astratta configurabilità di essa, come sarebbe se, viceversa, dovesse ritenersi il diritto edificatorio un diritto reale[262]

Quanto affermato evidenzia come la teoria ricostruttiva in esame superi le difficoltà insormontabili cui va incontro la diversa posizione di chi ritiene che il diritto edificatorio sia un nuovo diritto reale: il riferimento è alla questione dell'inerenza alla *res*, requisito indefettibile per la stessa configurabilità di un diritto reale, la cui mancanza, nel caso di specie, ha indotto quella parte della dottrina a parlare di inerenza virtuale o ad escludere la configurabilità del diritto (reale) edificatorio laddove manchi un fondo di "decollo". La teoria della *chance* edificatoria, inoltre, consente di ricostruire la vicenda in maniera unitaria, rinunciando a quella distorsiva bipartizione tra astratta titolarità del diritto di edificare o della proprietà sul bene cubatura (che circolerebbero tra privati *sub specie* di diritti soggettivi) e legittimazione al loro esercizio (espressione di un interesse legittimo), per la quale si è parlato di "inutile superfetazione".

Pertanto, la linearità e unitarietà della ricostruzione, alla luce dello stato attuale della legislazione vigente e della riflessione dottrinale e giurisprudenziale, la suesposta impossibilità di limitare - configurando un nuovo diritto reale tipico - la rilevanza del fenomeno in esame al piano squisitamente privatistico, nonché l'inconcepibilità e la superfluità della reificazione della volumetria edificabile, sono tutti indici che inducono, in questa sede, ad accogliere l'ipotesi ricostruttiva in esame come teoria preferibile, sul piano della qualifica dogmatica dell'istituto dei diritti edificatori[263].

---

[262] v. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 234.

[263] In verità deve darsi atto che la negoziabilità tra privati delle posizioni di interesse legittimo non è pacificamente ammessa: in particolare, essa è esclusa da un filone della giurisprudenza amministrativa, del quale è espressione la recente sentenza Cons. Stato., 7 marzo 2013, n. 1403, in *pa.leggiditalia.it,* laddove i giudici del Consiglio di Stato, dovendo decidere sulla trasmissibilità (*inter vivos* e *mortis causa*) della pretesa al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, hanno ritenuto pregiudiziale la questione relativa alla trasmissibilità, tra privati, dell'interesse legittimo stesso, optando, in via generale, per la soluzione negativa, giustificata sulla base della natura "personale e diretta" di siffatta situazione giuridica soggettiva. Tuttavia, dopo questa affermazione di carattere generale, la soluzione accolta viene riequilibrata – al fine di evitare palesi situazioni di denegata giustizia – nel senso di ritenere negoziabili tra i privati, e suscettibili di successione *mortis*

Esaurita così la questione della natura giuridica dei diritti edificatori, è possibile proseguire l'indagine con riferimento alla pubblicità della fattispecie nel sistema generale della trascrizione, con speciale riguardo agli effetti che essa produce e ad alcuni aspetti problematici legati alle modalità di esecuzione delle formalità, per poi accennare, in conclusione, al problema della pubblicità immobiliare nei territori in cui vige il sistema tavolare.

---

*causa,* gli interessi legittimi, siano essi oppositivi o pretensivi, nei casi in cui, insieme con essi, circoli anche la diversa situazione giuridica soggettiva ad essi preesistente, già parte del patrimonio del titolare, e "intercettata" dal potere amministrativo (tipicamente si tratterà di un diritto soggettivo). Rimarrebbe indisponibile, invece, l'interesse legittimo, qualora manchi tale situazione giuridica sottostante. Tale prospettazione, cui era già pervenuta la dottrina, superando la concezione risalente e tradizionale dell'indisponibilità *tout court* dell'interesse legittimo, sulla quale si faceva leva per negarne la natura sostanziale, sembra una logica conseguenza del processo evolutivo che ha caratterizzato, nel nostro ordinamento, la figura stessa dell'interesse legittimo: esso, infatti, almeno a partire dalla pronuncia della Cassazione n. 500 del 1999 sopracitata, ha chiaramente assunto valenza patrimoniale e natura sostanziale. Nel solco di tale evoluzione, appaiono pienamente condivisibili i rilievi critici, nei confronti della soluzione cui è approdato il Consiglio di Stato, avanzati da RUSSO, *Trasmissibilità a terzi del risarcimento del danno*, in *www.treccani.it*, al quale si rinvia per un maggior approfondimento del tema, oltre che per gli utili riferimenti di dottrina e giurisprudenza ivi richiamati. Ad ogni modo, si intendono qui riportare, per la loro rilevanza ed incisività, le seguenti considerazioni svolte dall' A.: "Il punto non chiarissimo, però, della interessantissima e suggestiva ricostruzione della IV sezione sta nell'aver degradato il regime giuridico dell'interesse il cui rapporto sostanziale sottostante consiste nella mera aspettativa di una *utilitas*. Questo interesse, privo, com'è, della base costituita da una posizione preesistente nel patrimonio giuridico dell'interessato (ossia da un diritto soggettivo) finisce con l'essere considerato alla stregua di una mera aspettativa di fatto, che non è mai entrata nel patrimonio giuridico del suo titolare e che per questo non è trasmissibile ai suoi aventi causa. Non si comprende, infatti, perché il rapporto giuridico sostanziale consistente nella mera aspettativa di una *utilitas* non dovrebbe essere trasferibile al pari di quello che ha alla sua base un diritto soggettivo. Un interesse il cui rapporto sostanziale sottostante consiste nella mera aspettativa di una *utilitas*, se è azionabile dal suo titolare, è comunque un interesse legittimo, e quindi un interesse che ha già superato il vaglio della rilevanza giuridica. Se ha superato il vaglio della rilevanza giuridica, esso diventa a tutti gli effetti un rapporto giuridico che entra nel patrimonio del titolare…C'è, infatti, a nostro sommesso giudizio, uno iato logico nel dare a questo interesse, il cui rapporto sostanziale sottostante consiste nella mera aspettativa di una *utilitas*, rilevanza giuridica finché esso è esercitato dal titolare, e nel degradarlo però a mera aspettativa di fatto quando questi viene meno". Sul punto v. già SCOCA, voce *Interessi protetti*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIX, Roma, 1990, 12, cui si rinvia anche per una trattazione completa sul tema degli interessi legittimi. Secondo l'A., la disponibilità dell'interesse legittimo è argomento assai poco studiato, tuttavia "non è peraltro inimmaginabile la disposizione dell'interesse ad ottenere la concessione edilizia (senza la contemporanea disposizione del diritto di proprietà) ovvero dell'interesse ad ottenere la licenza commerciale; così non è impensabile che un privato subentri ad altro privato in un procedimento iniziato da quest'ultimo e faccia propri gli atti già da questi compiuti. La *normale* (corsivo aggiunto) assenza di vicende (e di poteri) di disposizione non comporta peraltro la negazione del carattere sostanziale dell'interesse legittimo".

## 3. *La pubblicità delle vicende di diritti edificatori nel sistema della trascrizione*

### 3.1 *La trascrizione dei contratti che trasferiscono diritti edificatori: efficacia notiziale; efficacia dichiarativa; efficacia "costitutiva" dell'equipollenza con l'atto di asservimento*

Al fine di instaurare correttamente la trattazione della pubblicità dei diritti edificatori, la quale deve eseguirsi *sub specie* di trascrizione nei registri immobiliari, pare opportuno riprendere quanto detto *supra* in ordine alla "funzione base" di ogni pubblicità legale, quella di mera notizia, volta ad assicurare ai terzi la conoscibilità della situazione giuridica, in senso ampio, di un determinato immobile[264]. In quest'ottica, volendo recuperare quanto si è già detto, seppur in modo sparso, trattando sia della c. d. cessione di cubatura sia dei diritti edificatori perequativi, compensativi e premiali, deve mettersi in risalto l'indubbia utilità recata dall'introduzione del n. 2-*bis* nell'art. 2643 c. c.: infatti, prima della novella, poteva accadere che l'acquirente di diritti sul fondo "di decollo" della volumetria edificabile rimanesse incolpevolmente ignaro di siffatta circostanza, dal momento che non esisteva uno strumento generale di informazione[265]. Diversamente, ora,

---

[264] Si veda quanto affermato nel paragrafo 1 del presente capitolo, nonché quanto si dirà *infra*, al paragrafo 3.2, in ordine alla pubblicità delle vicende costitutive e modificative dei diritti edificatori.

[265] Il ricorso allo schema della servitù prediale consentiva sicuramente l'emersione pubblicitaria della c. d. cessione di cubatura (mediante la trascrizione del relativo contratto costitutivo ed eventualmente del conseguente atto unilaterale di asservimento), ma, come si è già rilevato, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, gli effetti della cessione di cubatura si producevano soltanto con il permesso di costruire c. d. maggiorato, rispetto al cui rilascio si rilevava ininfluente la conclusione di un contratto, tanto più in forma scritta e trascritto, tra i privati interessati, essendosi ritenuta sufficiente la mera adesione del "cedente" la cubatura, espressa in qualsiasi forma (addirittura mediante la mera sottoscrizione del progetto allegato alla istanza di rilascio del titolo abilitativo edilizio). Né, in tali casi, poteva ritenersi che il certificato di destinazione urbanistica costituisse uno strumento di informazione efficiente. Per altro verso, quanto ai "nuovi" diritti edificatori suscettibili di circolazione a prescindere dal collegamento con la *res*, si è già visto come l'istituzione di appositi registri gestiti a livello comunale (talora affiancati dal rilascio di cedole assimilabili a titoli di credito destinati alla circolazione mediante girata) si sia rivelata una soluzione parziale, essendone prevista l'istituzione limitatamente ad alcune parti soltanto del territorio nazionale.

essendo espressamente prevista la trascrizione dei contratti produttivi di vicende dei diritti edificatori, l'ipotesi di mancata emersione pubblicitaria dei medesimi diviene assai più remota: non solo la pubblicità nei registri immobiliari può essere richiesta da chiunque, a prescindere dall'esistenza di un interesse qualificato[266], ma alla sua esecuzione sono tenuti altresì il soggetto nel cui interesse si produce l'effetto particolare eventualmente collegato alla formalità pubblicitaria, a titolo di onere, nonché il pubblico ufficiale (di regola il notaio) che ha rogato o autenticato l'atto, a titolo di obbligo professionale nei confronti del cliente, nel più breve tempo possibile, e a titolo di dovere posto nel pubblico interesse, entro trenta giorni dal ricevimento o dall'autenticazione dell'atto, a pena di sanzioni pecuniarie e disciplinari[267].

Tutto ciò premesso, occorre precisare che il legislatore, con la prevista trascrizione, non ha inteso limitarsi ad assicurare agli interessati la conoscibilità delle vicende in esame: infatti, l'art. 2643 c. c., nel cui corpo è inserito il nuovo numero 2-*bis*, contiene l'elenco (completato da altre norme e dalla disposizione integrativa di cui all'art. 2645 c. c.) degli atti per i quali la trascrizione produce l'effetto c. d. dichiarativo, espressamente contemplato dal successivo art. 2644 c.

---

[266] Ciò si ricava dall'art. 2666 c. c. il quale, tuttavia, si limita a prevedere che "la trascrizione, da chiunque si faccia, giova a tutti coloro che vi hanno interesse"; la soppressione della diversa norma più restrittiva che era contenuta nel progetto preliminare del codice civile, e che limitava la legittimazione ai soli interessati, è stata motivata - come risulta dai lavori preparatori - sulla base dell'inopportunità di rimettere al conservatore, funzionario amministrativo, il sindacato sulla legittimazione a richiedere l'esecuzione della formalità in capo all'istante. Di ciò si trova conferma nel fatto che nel sistema dei libri fondiari, ove il procedimento per l'esecuzione della pubblicità ha natura giurisdizionale, la legittimazione è espressamente limitata a "chi abbia un legittimo interesse" (v. art. 76 legge tavolare, allegata al r. d. 28 marzo 1929, n. 499). Il carattere generale della legittimazione nel sistema della trascrizione, che la dottrina prevalente ritiene sussistere in assenza di espresse limitazioni, si giustifica, inoltre, in considerazione del fatto che la conoscibilità di una serie di atti è considerata dal legislatore di pubblico interesse, se è vero che la relativa pubblicità è affidata istituzionalmente alla P. A. Sul punto, v. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 12.

[267] V. l'art. 2671 c. c. Inoltre, si ricordi che, per quanto concerne gli atti dell'autonomia privata, l'accesso alla pubblicità nei pubblici registri immobiliari è subordinata alla loro stipulazione nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o giudizialmente verificata (*ex* art. 2657, comma 1 c. c.). Sul punto, v. ancora GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 30 ss.

c.[268]. Dunque, è chiaro che il legislatore abbia inteso risolvere i possibili conflitti tra cessionario di diritti edificatori ed aventi causa dal medesimo autore di diritti in tutto o in parte incompatibili (o creditori pignoranti o ipotecari), con prevalenza di chi per primo trascriva o iscriva[269].

Sennonché, risolto in tale modo il conflitto, sul piano privatistico, tra acquirenti di diritti in tutto o in parte incompatibili dal medesimo dante causa, si pone un problema assai grave: limitando l'esposizione al caso della "doppia alienazione di cubatura", ma avvertendo che la questione riguarda ogni tipo di conflitto, occorre rilevare che, invero, il cessionario che prevale in forza della prioritaria trascrizione dovrebbe accontentarsi del rimedio risarcitorio, nell'eventualità in cui il suo dante causa non si adoperasse presso il Comune, terzo estraneo al rapporto, presentando l'atto di asservimento. Si è sostenuto allora, "per dare un senso forte alla norma, che il cessionario, curata tempestivamente la

---

[268] Sul punto v. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 69 ss.; TRIOLA, *op. ult. cit.*, 11 ss.; GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze,* in *Trattato della trascrizione,* I, 2, cit., 1 ss. Qui basti qualche cenno per inquadrare l'argomento: l'effetto c. d. dichiarativo consiste nell'inopponibilità degli effetti dell'atto non pubblicato ai terzi, i quali abbiano invece reso pubblico l'effetto incompatibile di un atto in loro favore e nella simmetrica opponibilità degli effetti dell'atto pubblicato al beneficiario degli effetti incompatibili di altro atto che, benché anteriore, sia rimasto occulto. Il legislatore introduce in tal modo un criterio di soluzione dei conflitti che deroga al principio consensualistico di cui all'art. 1376 c. c., in base al quale, trasmettendosi i diritti in forza del consenso, non potrebbe mai prevalere, su chi tale diritto abbia già acquistato, il secondo acquirente, in quanto il comune dante causa non sarebbe (più) dotato della legittimazione a disporre. Tale deroga si giustifica con la finalità di garantire la sicurezza della circolazione giuridica immobiliare, tutelando l'affidamento dell'avente causa da chi, in base alle risultanze dei registri, appare ancora legittimato (facendo difetto la pubblicità di precedenti atti dispositivi nei confronti di altro soggetto): e, si badi, se la *ratio* è la tutela dell'affidamento, ciò non significa, come potrebbe sembrare, che la previa trascrizione non giovi al secondo acquirente dal medesimo dante causa che sia in mala fede, dal momento che il criterio di risoluzione dei conflitti in esame opera a prescindere da qualsivoglia valutazione circa lo stato soggettivo, salva l'esperibilità dei rimedi risarcitori (sui rimedi a favore dello spogliato in forza di anteriore trascrizione altrui, v., per tutti, GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 72 ss.). Infine, si deve ricordare che la formula, secondo la quale la pubblicità funge, in questi casi, da requisito di opponibilità degli effetti dell'atto, è atecnica: in realtà, l'atto concluso è efficace e può farsi valere contro chiunque, pur in mancanza di trascrizione, ma tale efficacia è precaria, giacché, verificandosi l'evento risolutivo dato dalla pubblicità di un successivo atto incompatibile, essa viene meno verificandosi la risoluzione, *ex nunc*, dell'atto non trascritto.

[269] Si ricordi che anteriormente alla novella, applicandosi le regole di diritto amministrativo, prevaleva, non già il cessionario che avesse trascritto per primo l'atto di cessione, bensì colui che fosse riuscito ad ottenere per primo dal Comune il titolo edilizio relativo alla cubatura maggiorata.

trascrizione, potrebbe procedere autonomamente, nel senso di estromettere il cedente dal procedimento amministrativo, essendo il consenso di costui all'asservimento, di fronte al Comune, racchiuso nell'atto di cessione, reso opponibile ai terzi". Dunque, soltanto il cessionario, che possa vantare un contratto di cessione trascritto in suo favore, potrebbe chiedere il permesso di costruire c. d. maggiorato, a condizione che sia rispettato anche il principio di continuità, *ex* art. 2650 c. c., per il caso in cui la cubatura abbia avuto ulteriore circolazione[270].

Inoltre, dovrebbe ammettersi che il Comune non possa emanare il titolo abilitativo edilizio in difetto dell'avvenuta prioritaria trascrizione, in forza di atto di asservimento presentato dal cedente, a favore del primo acquirente che non abbia trascritto il proprio acquisto: in tale caso, infatti, il permesso di costruire non potrebbe essere rilasciato una seconda volta, per la medesima volumetria, a favore

---

[270] La considerazione, che si condivide, è di GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze,* in *Trattato della trascrizione,* I, 1, cit., 216. Concordano sul punto TRAPANI, *I diritti edificatori*, Ipsoa, Milano, 2014, 401 ss.; MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori,* cit., 140; CIRILLO, *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi*, cit., 625 s.
Quanto alla regola di continuità, essa consiste nell'effetto particolare (che per alcuni atti è l'unico, mentre per gli atti di cui all'art. 2643 c. c. si assomma a quello c. d. dichiarativo) attribuito alla formalità trascrittiva, in forza del quale, in mancanza di essa, rimangono temporaneamente inefficaci le trascrizioni (e iscrizioni) successive dipendenti, eseguite contro colui in favore del quale essa doveva a propria volta eseguirsi. Le future ed eventuali formalità successive prenderanno effetto, *ex nunc*, come preferibilmente si ritiene, nel momento in cui la lacuna presente nella catena delle formalità pubblicitarie sarà colmata; mentre, *medio tempore*, i conflitti saranno risolti sulla base delle regole generali (prevalenza dell'acquisto di data certa anteriore). La *ratio* della regola di continuità, provocando l'impulso a colmare le lacune esistenti nella concatenazione delle formalità pubblicitarie, consiste nell'assicurare la compiutezza del quadro delle vicende giuridiche da rendersi pubbliche nell'ambito dei pubblici registri immobiliari, i quali sono organizzati su base personale e non già reale. In generale, sul principio di continuità, v. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 99 ss.; GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze,* in *Trattato della trascrizione,* I, 2, cit., 399 ss.; TRIOLA, *op. ult. cit.*, 33 ss. Sia detto, per inciso, che il principio di continuità opera anche nel sistema dei libri fondiari, essendo naturale esigenza di ogni sistema pubblicitario la completezza e correttezza delle informazioni da esso ricavabili, ma in maniera assai più rigida: ai sensi dell'art. 21 della l. tavolare, un'iscrizione non può eseguirsi che "in confronto di colui che…risulta iscritto nel libro fondiario quale titolare del diritto riguardo al quale si richiede l'iscrizione". La previsione si spiega in forza dei principi di fondo caratterizzanti il sistema tavolare: la natura giurisdizionale del procedimento, la pubblica fede attribuita alle iscrizioni, la struttura a base reale dei libri fondiari, per la quale si rende inopportuno un affollamento di iscrizioni che rischino di rimanere inefficaci per un tempo indefinito (così GABRIELLI, *op. ult. cit.,* 188). Sulla regola di continuità nel sistema tavolare, v. GABRIELLI, TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare – Kommentar zum Grundbuchgesetz*, II ed., Milano, 1999, 368 ss.

del secondo acquirente primo trascrivente[271]. Secondo una diversa opinione, invece, il rilascio del permesso di costruire c. d. maggiorato potrebbe essere rilasciato al primo cessionario non trascrivente in forza di atto di asservimento e, in tale caso, il secondo acquirente che trascrive potrebbe ricevere tutela solo finché il primo non abbia costruito l'opera sfruttando la maggiore volumetria acquistata: l'utilizzazione della cubatura configurerebbe, quindi, il limite (fattuale) all'operare del criterio risolutivo dei conflitti basato sulla priorità della trascrizione, giacché il primo trascrivente dovrebbe accontentarsi, in tale eventualità, del rimedio risarcitorio[272]. Tuttavia, come si è osservato, tale soluzione non è condivisibile: se la P. A. potesse rilasciare il secondo permesso di costruire c. d. maggiorato al secondo cessionario primo trascrivente, dovrebbe ipotizzarsi l'annullamento d'ufficio, in via di autotutela, dell'analogo permesso già rilasciato al primo acquirente non trascrivente; ma allora, per coerenza, non si vede perché non si debba arrivare a dire che la P. A. possa annullare il medesimo provvedimento anche nel caso in cui l'edificio con volumetria maggiorata sia già stato realizzato, parallelamente ordinando l'abbattimento del medesimo[273]. Pertanto, dal momento che la tutela del secondo cessionario primo trascrivente, sia o non sia stata realizzata la costruzione, presuppone il venire meno del titolo abilitativo edilizio già rilasciato al primo cessionario non trascrivente, ne consegue che, al fine di rilasciare permessi di

---

[271] GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze,* in *Trattato della trascrizione,* I, 1, cit., 216.

[272] Così TRIOLA, *I diritti edificatori e la c. d. cessione di cubatura*, cit., 86 s.

[273] GAZZONI, *op. ult. cit.*, 216 s., il quale confuta anche l'argomento, addotto dei sostenitori della tesi avversa, per il quale il limite dell'utilizzazione in concreto della volumetria aggiuntiva troverebbe giustificazione nella volontà di evitare "accordi fraudolenti in danno della p. a., come nel seguente esempio: Tizio trasferisce i diritti edificatori a Caio che non trascrive, ma costruisce; poi Tizio cede gli stessi diritti a Sempronio che trascrive ed invoca nei confronti della p. a. la mancata trascrizione della prima cessione" (TRIOLA, *op. ult. cit.*, 87). Invero, afferma l'A., la fraudolenza suppone la conoscenza della prima cessione non trascritta in capo al secondo acquirente; inoltre, non si tratterebbe in ogni caso di "fraudolenza", ma di quella medesima mala fede che non incide in alcun modo sull'operatività del meccanismo di cui all'art. 2644 c. c. (v. in proposito quanto esposto *supra*); infine, il pubblico interesse sarebbe comunque tutelato dall'abbattimento dell'opera illegittimamente realizzata (*ex* art. 33, t. u. edilizia). Conclusivamente può pertanto affermarsi che la costruzione dell'edificio non costituisce un limite all'operare dell'art. 2643, n. 2-*bis*, c. c. in collegamento col meccanismo di cui all'art. 2644 c. c.

costruire validi ed efficaci, il Comune dovrebbe controllare che l'istante vanti a proprio favore la prioritaria trascrizione del contratto di trasferimento dei diritti edificatori[274].

Volendo ricapitolare tutto quanto si è affermato, può quindi dirsi che la previsione della trascrizione dei contratti che trasferiscono diritti edificatori in funzione di requisito di opponibilità degli effetti dell'atto, ai sensi dell'art. 2644 c. c., impone di considerare l'atto di cessione trascritto come, non solo equivalente, ma anche sostitutivo, nell'ambito del procedimento amministrativo di rilascio del permesso di costruire c. d. maggiorato, dell'atto di asservimento. Ciò dovrebbe comportare, in capo all'Autorità Comunale, che voglia scongiurare l'emanazione di provvedimenti invalidi, l'onere di effettuare le visure presso le conservatorie, al fine di verificare la legittimazione in capo all'istante, nel senso che quest'ultimo possa vantare in suo favore la (prioritaria) trascrizione della cessione di volumetria, accompagnata da una catena completa di passaggi precedenti, in ossequio al principio di continuità, e dall'assenza di precedenti trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli contro il cedente. Orbene, quest'assimilazione tra contratto di cessione trascritto e atto di asservimento, quale presupposto all'interno del procedimento amministrativo, fa in modo che si possa parlare, nei confronti del

[274] Osserva GAZZONI, *op. ult. cit.*, 217 ss., che, attribuendo alla trascrizione in esame la funzione di requisito c. d. di opponibilità degli effetti degli atti si, finisce per accollare necessariamente al Comune l'onere in discorso, concernente la previa acquisizione delle visure presso i registri immobiliari relative al bene per il quale è fatta istanza di permesso di costruire c. d. maggiorato, ma tale onere non può farsi discendere dall'effetto c. d. dichiarativo di cui all'art. 2644: "il Comune è bensì terzo rispetto al contratto di cessione, ma non è un avente causa né diretto, né indiretto". Tale onere, per giunta, dovrebbe estendersi a qualsiasi richiesta di permesso di costruire, anche non maggiorato, poiché l'istante potrebbe averla ceduta con atto trascritto. In ogni caso, prosegue l'A., "è lecito dubitare dell'attitudine degli uffici comunali ad operare verifiche presso la conservatoria. Né, esclusa l'autocertificazione, sembrerebbe corretto porre a carico dell'istante l'obbligo di esibire la relativa documentazione, perché, provenendo essa dalla pubblica amministrazione, sarebbe già nella disponibilità degli stessi uffici comunali". Una conferma dell'inattitudine degli uffici comunali ad eseguire le visure presso i registri immobiliari si è avuta nell'ambito del confronto avuto con il conservatore di Pordenone, dott.ssa Mancini. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 145, ritiene, in contrario, di giustificare la sussistenza dell'obbligo di allegazione delle visure in capo al richiedente, in forza del disposto dell'art. 20, comma 1, d. p. r. 6 giugno 2001, n. 380 (t. u. edilizia), secondo il quale la domanda per il rilascio del permesso di costruire deve essere corredata, in primo luogo, da un'attestazione concernente il titolo di legittimazione.

Comune, di un'efficacia della trascrizione in qualche modo "costitutiva" dell'equipollenza tra i medesimi. Peraltro, ciò impone di ritenere che, se la cessione non è stata trascritta, l'atto unilaterale di asservimento sarà necessario e trascrivibile, ai sensi dell'art. 2645 c. c., producendo i medesimi effetti della cessione[275].

In aggiunta, tali considerazioni consentono di fare un ulteriore rilievo in merito alla rilevanza esterna che ora necessariamente assume la volontà privata manifestata in chiave negoziale: prima della novella, si considerava sufficiente, come più volte rilevato, il mero atto di asservimento unilaterale, che è atto giuridico non negoziale avente rilevanza esclusivamente pubblicistica; invece ora, fermo

---

[275] GAZZONI, *op. ult. cit.*, 219. Sembra opportuno approfittare del richiamo normativo che si è fatto all'art. 2645 c. c., al fine di dedicare qualche cenno al principio di tassatività delle formalità pubblicitarie. Tale principio si fonda, per i casi di pubblicità cui si ricolleghino effetti c. d. particolari, sul carattere eccezionale delle norme che li prevedono, dal quale deriva l'inammissibilità di una loro interpretazione analogica, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi. Tuttavia, pur essendo prevalente nell'elaborazione dottrinale e nella giurisprudenza (v., per tutti, GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 43 ss.; GAZZONI, *op. ult. cit.*, 85 ss.) , l'affermazione della vigenza del principio di tassatività è contrastata da altro filone interpretativo, il quale ritiene che proprio l'art. 2645 c. c., disponendo che deve rendersi pubblico ai fini dell'opponibilità "ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati dall'art. 2643, salvo che dalla legge risulti che la trascrizione non è richiesta o è richiesta ad effetti diversi", legittimi l'estensione della pubblicità anche oltre i casi testualmente indicati da norme di legge (v. PETRELLI, *Questioni generali e problemi aperti in materia di trascrizione immobiliare*, in *www.gaetanopetrelli.it*, 9 ss.). Secondo l'orientamento più restrittivo, tale norma si limiterebbe ad ampliare la sfera degli atti e provvedimenti trascrivibili, fermo il principio di tassatività per quanto concerne l'individuazione degli effetti prodotti da tali atti; secondo l'orientamento più estensivo, invece, potrebbe procedersi a trascrizione anche di atti produttivi di effetti soltanto assimilabili a quelli degli atti di cui all'art. 2643 c. c. Tale seconda lettura non è da condividersi, non fosse altro per il contrasto di essa con la lettera del medesimo art. 2645 c. c., laddove parla di "effetti dei contratti menzionati dall'art. 2643". Per la confutazione della lettura ampliativa che ammette l'interpretazione analogica, si rinvia alla letteratura specifica: in particolare, per tutti, v. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 44 ss., e gli ampi richiami di giurisprudenza e dottrina ivi contenuti. Prima di concludere, occorre rilevare, ancora, che escludere l'applicazione analogica non significa che non sia ammissibile l'interpretazione estensiva, specie laddove si tratti di non addivenire a irragionevoli disparità di trattamento, pur nella consapevolezza di quanto il confine tra le due figure, concettualmente netto, si riveli alquanto labile nel momento applicativo (in proposito, GAZZONI, *op. ult. cit.*, 90, parla di "assoluta vaghezza del limite che la separa dall'analogia"). Infine, deve ricordarsi che, secondo la lettura che appare preferibile, il principio di tassatività sussiste anche nel caso di trascrizioni imposte a fini di mera notizia, nonché nel caso di annotazioni prescritte a titolo di onere; viceversa, trattandosi in generale di formalità accessorie, deve ritenersi che il principio di tassatività ceda di fronte alla prevalenza che deve essere accordata, in questo caso, al principio di verità (per la dimostrazione di quanto affermato si rinvia ancora una volta a GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 52 ss.).

restando che l'effetto finale rimane subordinato al rilascio del provvedimento amministrativo, il negozio privato diviene, in forza della trascrizione, presupposto necessario del procedimento, sicché deve ritenersi che l'eventuale invalidità o inefficacia, che infici il contratto o la trascrizione, si riversi nel permesso di costruire, con la conseguenza che di tali vizi si troverà a conoscere il giudice amministrativo e non già quello ordinario[276].

### 3.2 *ASPETTI PROBLEMATICI RELATIVI ALLA TRASCRIZIONE DI CONTRATTI TRASLATIVI DI DIRITTI EDIFICATORI "IN VOLO"*

Se il discorso sinora condotto è riferibile ai trasferimenti di diritti edificatori, sia che questi avvengano tra proprietari di aree ben determinate, sia che avvengano "in volo", ossia nei confronti di un soggetto sprovvisto della titolarità di un terreno edificabile "di atterraggio", a prescindere dal fatto che il suo dante causa sia a sua volta il proprietario dell'area di "decollo" o un suo avente causa, anche mediato, non può nascondersi che il ricorso alla formalità della trascrizione, in questi ultimi casi, dà luogo a problemi specifici che meritano di essere, se non risolti, perlomeno affrontati.

In primo luogo, la cessione di siffatti diritti edificatori si caratterizza per la (attuale) indeterminatezza del fondo sul quale essi dovranno trovare dispiegamento, sicché, se tale circostanza non preclude l'esecuzione della pubblicità nei registri immobiliari, i quali, com'è noto, sono organizzati su base personale e

---

[276] In questo senso, ancora GAZZONI, *op. ult. cit.*, 219. V. anche, in senso adesivo rispetto alla ricostruzione che si è fatta nel testo, SIRENA, *La trascrizione dei contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano diritti edificatori*, cit., 208. Ritiene sussistente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche CORASANITI, *La cessione di cubatura nel quadro della circolazione dei diritti edificatori. La perequazione e la compensazione urbanistica: le relative problematiche*, in *Giur. amm.*, 2013, IV, 109 s., il quale argomenta soprattutto sulla base dell'art. 133 del codice del processo amministrativo, il quale prevede la giurisdizione esclusiva di detto giudice nelle materie dell'edilizia e dell'urbanistica, nonché sulla base della considerazione che lo sdoppiamento di giurisdizione comporterebbe un deprecabile spreco di risorse e di tempo per il privato che voglia far valere giudizialmente le proprie ragioni.

non già reale, essa, per altro verso, reca con sé il problema dell'osservanza del disposto dell'art. 2659 c. c., il quale individua gli elementi essenziali della nota di trascrizione[277]. Infatti, il n. 4 del comma 1 di tale disposizione richiede di indicare "la natura e la situazione dei beni a cui si riferisce il titolo, con le indicazioni richieste dall'articolo 2826", il quale, a sua volta, impone l'indicazione del Comune e dei dati di identificazione catastale dell'immobile; mentre l'art. 2665 c. c. sancisce l'invalidità della trascrizione, nel caso di omissioni e inesattezze nella nota, tali da indurre incertezza in ordine al bene oggetto dell'atto. Orbene, mentre nel caso di atto costitutivo del diritto edificatorio e di prima cessione di diritti edificatori da parte del titolare del terreno di "decollo" , nella nota di trascrizione possono indicarsi i dati catastali relativi a quest'ultimo, la medesima soluzione, che sarebbe anche l'unica invocabile in mancanza di un terreno di "atterraggio"[278], non pare

---

[277] La nota è il documento, presentato al conservatore, cui si ricollegano gli effetti propri che la legge attribuisce alla trascrizione, dal momento che essa contiene tutti gli elementi essenziali, secondo le disposizioni di legge, del titolo che deve rendersi pubblico. Tra titolo e nota vi è reciproca autonomia, nel senso che, pur valendo la nota nei limiti in cui trova corrispondenza nel titolo, non potendo supplire alle carenze o agli errori di questo, essa esime i terzi dalla consultazione del titolo, al quale neppure può fare rinvio, realizzando un'informazione "autosufficiente", cui si riconnettono gli effetti propri della pubblicità nel singolo caso di specie. Ancora, la nota ha una struttura fissa e standardizzata delineata da un decreto interministeriale, emanato in forza dell'art. 17 della legge 27 febbraio 1985, n. 52, il quale ne ha previsto la suddivisione in quattro diverse sezioni: il quadro "A", per l'indicazione dei dati relativi al titolo (con l'eventuale indicazione dell'esistenza di un termine o di una condizione); il quadro "B", per la descrizione degli immobili oggetto dell'atto; il quadro "C", per l'indicazione dei soggetti a favore e a carico dei quali la formalità deve eseguirsi, nonché del diritto oggetto del contratto; il quadro "D", a forma libera, per l'indicazione di informazioni integrative e precisative, nonché per alcune indicazioni normativamente prescritte. E' affermazione ricorrente quella per la quale le informazioni contenute nel quadro "D" abbiano il mero valore di pubblicità notizia, anche se, in contrario, si è sostenuto, che l'efficacia di esse avrebbe carattere "polifunzionale": a titolo di esempio, nel caso della menzione della condizione, con efficacia dichiarativa, nel quadro "A", dovrebbe fare riscontro, proporzionalmente, la medesima efficacia per quanto concerne la specificazione del suo contenuto, da farsi nel quadro "D". Per la dimostrazione di quanto si è affermato e per una trattazione generale della nota di trascrizione e dei problemi che essa solleva v. BARALIS, *La nota di trascrizione*, cit., 1 ss.

[278] Secondo TRAPANI, *op. ult. cit.*, 420 ss., l'indicazione dei dati relativi al terreno di "atterraggio" nel quadro "B" non sarebbe necessaria né opportuna, perché non sempre è conoscibile *ex ante* con precisione, perché il titolare del diritto edificatorio potrebbe mutare intenzioni in ordine al medesimo, perché potrebbe ingenerare dubbi all'atto dell'ispezione dei registri immobiliari. Quindi, sarebbe preferibile, laddove fossero noti già al momento della cessione, specificare tali dati nel quadro "D" oppure indicare, nel medesimo contesto, gli ambiti di destinazione e/o le regole in base alle quali le aree di "atterraggio" possono esser individuate. Per altro verso, la soluzione esposta nel

particolarmente appagante nel caso di ulteriori cessioni "in volo", dal momento che, operando in tale modo, si indicherebbero i dati relativi ad un immobile di proprietà di un terzo, estraneo al contratto: cionondimeno, gli interpreti hanno ritenuto, al fine di consentire la realizzabilità tecnica della trascrizione, di accogliere comunque tale soluzione di compromesso[279].

Tuttavia, un problema ancora più grave si pone in quei casi (estremi) dove nemmeno tale soluzione si riveli applicabile, ossia quasi si sia in presenza di trasferimenti di diritti edificatori generati - in via del tutto eccezionale[280]- dal Comune per autopoiesi, a prescindere da qualsivoglia legame con la *res*: infatti, è evidente che, difettando in tale ultima ipotesi, oltre al terreno destinato all'"atterraggio", anche quello di origine, la vicenda si rivela temporaneamente priva di alcun riferimento oggettivo da utilizzarsi per la compilazione della nota di trascrizione, già nel caso di prima cessione tra privati[281]. Se, sul piano del formalismo pubblicitario, dovrebbe ritenersi che tali fattispecie siano intrascrivibili, per l'impossibilità di redazione della nota in punto di identificazione dell'immobile, è altrettanto vero che siffatta conclusione appare del tutto inappagante, se comparata all'ipotesi di "volo" da un fondo di origine, per la quale, come già visto, si ritiene

---

testo, relativamente all'indicazione in nota del solo immobile di "decollo", qualora non sia (ancora) determinato quello di "atterraggio", è accolta anche dalla conservatoria di Pordenone.

[279] V. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., 55, secondo il quale non sarebbe un problema l'impossibilità di indicare l'immobile di destinazione, poiché il diritto edificatorio non è una servitù e, dunque, "lo scopo della trascrizione può dirsi raggiunto assicurando evidenza all'effetto che si produce "a carico" del fondo d'origine. Sul punto anche RIZZI, *I diritti edificatori il loro riconoscimento e la loro circolazione*, cit., il quale precisa che la trascrizione del contratto di cessione di diritti edificatori deve eseguirsi a carico del titolare del diritto edificatorio, a favore del quale risulta trascritto l'atto costitutivo del diritto edificatorio medesimo (sul punto v. quanto si dirà *infra*), e a carico dell'acquirente, precisando che "gli immobili da indicare nell'atto e quindi nella nota saranno sempre quelli "di partenza", ossia gli immobili che hanno dato origine al diritto edificatorio. Concorda anche TRAPANI, *op. ult. cit.*, 420.

[280] V. quanto si è detto al paragrafo 2.3 del capitolo secondo. Si ricordi, qui, che si tratta di ipotesi peculiari, talora affacciatesi nella prassi, che paiono espressione di una potestà concessoria, piuttosto che conformativa della proprietà; in quanto tali, bisognose di un apposito fondamento legislativo, che non sembra possa essere rinvenuto in quelle medesime leggi statali e regionali che prevedono l'attribuzione, da parte del Comune, di diritti edificatori, ora compensativi, ora premiali, dal momento che esse nulla dispongono in ordine al meccanismo generatore di tali diritti edificatori.

[281] Il problema è evidenziato da GAZZONI, *op. ult. cit.*, 224 ss., ed è affrontato anche da BARALIS, *op. ult. cit.*, 54 ss.

ammissibile la trascrizione, seppure in base a un'indicazione falsa, per la quale si è parlato di "ipocrisia giuridica, ovviamente a fin di bene"[282]. Per altro verso, si è sottolineato che escludere la trascrivibilità in siffatte ipotesi comporterebbe l'inapplicabilità dell'art. 2644 c. c. e, di conseguenza, la risoluzione dei conflitti secondo il criterio della data certa anteriore solo in chiave di risarcitoria: infatti, in base a quanto sopra esposto, nei confronti della P. A. potrebbe farsi valere solo il contratto trascritto, né sarebbe ipotizzabile in tale caso un atto di asservimento, per la mancanza di un terreno di "atterraggio"[283]. In mancanza di precise indicazioni normative e di istruzioni da parte delle autorità competenti, si è tentato di prospettare una soluzione, pur in tono critico, rilevando come potrebbe indicarsi, in luogo dei dati catastali dell'immobile, l'ambito di "atterraggio", per come indicato nel provvedimento amministrativo di assegnazione dei diritti edificatori medesimi: "senza dubbio si tratterebbe di una soluzione del tutto anomala e perfino abnorme, ma, in chiave, di formalismo trascrittivo, non peggiore di quella che legittima l'indicazione falsa dell'immobile di riferimento. In chiave di formalismo, infatti, non sono possibili graduazioni, per quanto riguarda l'inosservanza delle regole"[284]. Alla luce di queste considerazioni, appare quanto mai auspicabile l'integrazione del modello *standard* di nota a livello ministeriale, in modo da risolvere i problemi posti dalla trascrizione dei diritti edificatori "in volo".

---

[282] GAZZONI, *op. ult. cit.*, 225.

[283] Si ricorda che la intrascrivibilità dei contratti traslativi di diritti edificatori generati per c. d. autopoiesi è stata sostenuta da AMADIO, *op. cit.*, 54, il quale ritiene che la norma dell'art. 2643, n. 2-*bis*, c. c. non si riferisca anche a queste fattispecie, non riconducibili - secondo quella che è la ricostruzione dell'A. – ad un diritto reale, proprio per l'irrealizzabilità tecnica della trascrizione. Pertanto, alla luce di quanto esposto nel testo e della considerazione che si tratta di fenomeni analoghi, anche se una genesi differente, si deve concludere per la trascrivibilità anche di queste particolari ipotesi di diritti edificatori.

[284] Così GAZZONI, *op. ult. cit.*, 225. Sottolinea BARALIS, *op. ult. cit.*, 55, come tale soluzione non sia del tutto sbagliata, pur rimanendo "la difficoltà di una nota che si compila diversamente a seconda della tipologia del credito edilizio, il che costituisce una davvero grande difficoltà". L'A. prospetta addirittura la possibilità che la nota si compili con l'indicazione dell'intero territorio comunale, senza, naturalmente, la specificazione dei dati catastali.

Ancora qualche precisazione si rende necessaria, in merito alle modalità tecniche di esecuzione delle formalità pubblicitarie relative ai diritti edificatori. Innanzitutto, si è posto il problema (che attiene, sia alla cessione di cubatura tra fondi determinati, sia al trasferimento di volumetria "in volo") dell'indicazione della misura del diritto edificatorio ceduto: infatti, il titolare della volumetria potrebbe cederne una parte soltanto, e mantenere per sé la parte residua ovvero cederla ad un terzo. Il ricorso al quadro "D" della nota di trascrizione non pare risolutivo, giacché si ritiene, prevalentemente, che le indicazioni in esso contenute valgano, non ai fini dell'opponibilità ai terzi, bensì a meri fini notiziali[285]. Per altro verso, si è sostenuto che, in questo caso, il ricorso al quadro "D" non appare necessario, dal momento che nel modello ministeriale è possibile indicare, nel quadro "C" relativo ai soggetti, il quale esplica sicuramente funzione dichiarativa rispetto alle informazioni in esso contenute, anche la misura del diritto ceduto per i normali diritti reali e, quindi, deve ritenersi, anche la misura del diritto edificatorio ceduto[286]. Ad ogni modo, si ricordi che, nel quadro "C", non dovranno indicarsi né il diritto reale, né le quote, dal momento che di diritto reale non si tratta: in questo senso è orientata anche la prassi delle conservatorie[287].

Ulteriore questione, assai rilevante sul piano pratico, è quella della mancata previsione, all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 2643, n. 2-*bis*, c. c., del codice del diritto edificatorio da inserirsi nel modello meccanizzato di nota di trascrizione: i sostenitori della tesi del diritto edificatorio quale diritto reale hanno invocato l'utilizzo dei codici relativi ora alla superficie, ora alla servitù, salva la specificazione, nel quadro "D", della reale natura del diritto[288]. Sennonché la

---

[285] V. ancora GAZZONI, *op. ult. cit.*, 226, il quale definisce il quadro "D" della nota quale "vero e proprio *refugium peccatorum* notarile". Per l'utilizzo del quadro "D" ai fini di esplicitare la misura del diritto edificatorio ceduto, v. RESTAINO, *op. cit.*

[286] BARALIS, *op. ult. cit.*, 56.

[287] Anche questa informazione proviene dal confronto avuto con il conservatore dei RR. II. di Pordenone.

[288] Nel senso del ricorso al codice del diritto di superficie, v. RESTAINO, *op. cit.*; invoca invece il codice relativo al diritto di servitù, PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile – primo semestre 2011*, cit., 8 s., il quale aggiunge, da un lato, come non vi sia differenza di

questione è da ritenersi ad oggi superata, in seguito all'emanazione della Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 17 giugno 2015, n. 24/E, con la quale l'Amministrazione Finanziaria ha introdotto i nuovi codici necessari per la compilazione della nota, relativamente alle "ipotesi già esistenti ma prive di un'apposita codificazione e pertanto finora gestite con codici generici", tra le quali, appunto, quella dei diritti edificatori: sono infatti previsti, nelle tabelle allegate alla circolare suddetta, tre appositi e distinti codici identificativi, da utilizzarsi per la trascrizione, rispettivamente, del trasferimento, della costituzione e della modificazione dei diritti edificatori[289].

### 3.3 *La trascrizione delle domande giudiziali: esclusione. La lacuna relativa alla pubblicità delle vicende estintive: possibili soluzioni*

Pare opportuno, a questo punto, dedicare qualche cenno alla questione della trascrivibilità delle domande giudiziali rivolte al giudice amministrativo, con particolare riferimento al caso, che qui interessa, dell'impugnativa del permesso di costruire c. d. maggiorato emanato in assenza dei presupposti, quindi all'esito di un procedimento amministrativo irregolarmente svoltosi.

In via preliminare e su un piano generale, deve dirsi che, benché la trascrizione delle domande giudiziali, tassativamente elencate dagli artt. 2652 e 2653 c. c., sia

---

efficacia tra i diversi riquadri del modello di nota, compreso il quadro "D", dall'altro, come nel quadro "A" occorra utilizzare il codice generico 100 relativo agli atti tra vivi. Diversamente ancora, DI VITA, *Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria della novella*, cit., 93, secondo il quale dovrebbe procedersi nel senso di indicare il codice 100 nel quadro "A", non specificare alcun codice del diritto nell'ambito del quadro "C" ed inserire le informazioni necessarie a individuare il diritto edificatorio nel quadro "D". Ritiene di procedere in quest'ultimo senso anche TRAPANI, *op. ult. cit.*, 418 s., il quale, per altro verso, optando per la reificazione della cubatura, auspica, in punto di regole pratiche per l'esecuzione della pubblicità, non solo l'introduzione di un codice negozio per la trascrizione, ma anche la "creazione di un apposito codice catastale per l'individuazione diretta dei diritti edificatori".

[289] Più precisamente i codici identificativi sono: cod. 169, per il trasferimento; cod. 170, per la costituzione; cod. 171, per la modificazione. Essi saranno concretamente utilizzabili a partire dal 30 ottobre 2015.

pensata in funzione del processo civile, pare doversi ammettere la trascrizione delle medesime domande, ove riferite a contratti relativi ai diritti di cui all'art. 2643 c. c., quando della validità di siffatti contratti debba decidere il giudice amministrativo, in quanto il provvedimento impugnato costituisce presupposto dei contratti medesimi e si verte in ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[290]. Quanto affermato non si pone in alcun modo in contrasto col principio di tassatività delle trascrizioni (anche) di domande giudiziali di cui agli artt. 2652 e 2653 c. c., dal momento che le domande sono le medesime, benché presentino la particolarità di essere proposte dinanzi al giudice amministrativo, in luogo di quello ordinario.

Viceversa, nel caso qui in esame, si tratta di decidere della trascrivibilità della domanda con la quale si impugna il provvedimento amministrativo, sulla base dell'irregolarità di un suo presupposto (il contratto trascritto); sicché, alla luce del principio del numero chiuso delle formalità trascrittive, la soluzione positiva non può non risultare subordinata all'individuazione di una norma tipica alla quale ricollegare la trascrizione di siffatta domanda giudiziale. In questa direzione si è mossa, infatti, la dottrina che ha trattato la questione, occupandosi specificamente dell'ipotesi di impugnazione, da parte del secondo cessionario di cubatura primo trascrivente, del permesso di costruire c. d. maggiorato illegittimamente rilasciato dal Comune al primo cessionario secondo trascrivente, al fine di ottenere dal T. A. R. l'annullamento del titolo abilitativo edilizio e, eventualmente, l'abbattimento dell'opera ove già realizzata[291].

Innanzitutto, si è rilevato come l'applicabilità dell'art. 2653, n. 1, c. c. sia da escludere, perché tale norma si riferisce alla proprietà e agli altri diritti reali, né

---

[290] Così PADOVINI, *La pubblicità delle domande giudiziali ed il processo amministrativo*, in AA. VV., *Tutela dei diritti e "sistema ordinamentale"*, Atti del 6° convegno SISDIC, Esi, 2012, 145 ss., il quale conclude nel senso che "la pluralità delle giurisdizioni è compatibile con l'unicità del sistema pubblicitario, il quale anzi sottolinea l'unitarietà dell'ordinamento"

[291] FREZZA, *Sulla trascrivibilità della domanda di mediazione e dei ricorsi al giudice amministrativo*, in *Giust. civ.*, 2012, II, 511 ss.; ID., *Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2014, 189 ss.

potrebbe estendersene la portata in via analogica fino al punto di inglobare nel suo ambito applicativo anche la *chance* edificatoria, che non è diritto reale.

In secondo luogo, appare inconferente anche il richiamo dell'art. 2652, n. 6, c. c., dal momento che, nel caso qui al vaglio, non sono assolutamente prospettabili i conflitti tipici (tra attore e avente causa dal convenuto) che tale norma è deputata a comporre: "l'amministrazione pubblica, infatti, non diverrà mai titolare della *chance* edificatoria che circola con la conclusione del contratto ad effetti reali, onde non può trasferire tale situazione giuridica. Il conflitto di cui all'art. 2652, n. 6, c. c. non è, di conseguenza, configurabile"[292].

Esclusa in tale modo la riconducibilità del ricorso avverso il permesso di costruire c. d. maggiorato, che si pretende invalido, ad una disposizione che espressamente ne preveda la trascrizione, si deve concludere per l'intrascrivibilità di tale domanda giudiziale, in ossequio al principio di tassatività delle formalità pubblicitarie[293].

Un'ulteriore questione è stata sollevata dalla norma in commento: la mancata previsione della trascrizione delle vicende estintive dei diritti edificatori, in particolare per quanto attiene alla loro consumazione in esito al rilascio del permesso di costruire c. d. maggiorato. Invero, la lacuna dei registri immobiliari sul punto potrebbe costituire un grave *vulnus* per la sicurezza della circolazione dei diritti edificatori, poiché l'acquirente non sarebbe messo nella condizione di constatare l'avvenuta utilizzazione, totale o parziale, dei medesimi. La soluzione più ragionevole consiste, allora, nel ritenere che il rilascio del titolo abilitativo

---

[292] FREZZA, *Sulla trascrivibilità della domanda di mediazione e dei ricorsi al giudice amministrativo,* cit., 524.

[293] Nota FREZZA, *op. ult. cit.*, 523, che "per la dottrina secondo cui, anche dopo la Novella, la qualificazione dell'accordo di cessione prescinde dal provvedimento amministrativo, la trascrizione della domanda giudiziale con la quale si contesta, a vario titolo, la validità o l'efficacia di tale contratto non determinerà il sorgere di problemi peculiari: ad essa si applicheranno, a seconda dei casi e se ricorrono i presupposti, previsti dalla legge, gli artt. 2652 e 2653 c. c.". Tuttavia, prosegue l'A., "pur se l'orientamento in esame prescinde, in punto di qualificazione della fattispecie, dal ruolo svolto dal provvedimento amministrativo, può capitare, data la natura discrezionale di quest'ultimo, che esso sia di reiezione, onde la possibilità di ipotizzare l'interesse del cessionario a ricorrere al TAR".

edilizio debba annotarsi, a margine della trascrizione a favore dell'ultimo cessionario, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 2655 c. c., che trova giustificazione nell'esigenza di rispettare il principio di verità, in forza del quale l'apparato pubblicitario deve offrire un'informazione compiuta e conforme alla realtà giuridica[294]. Per altro verso, si è sottolineato che il problema della mancanza di un'espressa previsione normativa e della conseguente incertezza applicativa, se da un lato non preclude al notaio quel controllo di legittimazione, disponibilità e titolarità che egli ordinariamente esercita, nelle Regioni ove sia previsto il registro dei crediti edilizi, dall'altro risulta acuito laddove siffatto registro non sia istituito. Si è ipotizzata allora, quale ulteriore possibile soluzione di carattere generale, suscettibile di garantire la conoscibilità dell'avvenuta estinzione dei diritti edificatori, la stipula di un apposito atto di vincolo, da trascrivere nei registri immobiliari ai sensi dell'art. 2645-*quater*[295].

Altro aspetto problematico, attinente soprattutto ai diritti edificatori perequativi, compensativi e premiali, riguarda la pubblicità della loro estinzione per effetto del riesercizio, da parte della P. A., del potere di piano, nel senso della soppressione in tutto o in parte dei diritti edificatori assegnati e circolanti, in esito ad una nuova valutazione degli interessi pubblici coinvolti. Si è ipotizzata l'assimilazione di siffatta ipotesi a quella dell'avveramento della condizione risolutiva, per il quale si richiede l'annotazione a margine della trascrizione dell'atto trascritto, ai sensi dell'art. 2655, comma 1, c. c. Tuttavia, si è anche rilevato che l'ipotesi è da rifiutare, dal momento che risulterebbe inapplicabile, nel caso di specie, la sanzione prevista dal comma 3 del medesimo articolo per l'inosservanza della formalità: infatti, non sarebbe configurabile un effetto restitutorio *inter partes*, poiché l'effetto prodotto dall'esercizio del potere pubblico è quello di estinguere in assoluto il diritto edificatorio. La formalità cui ricorrere sarebbe, allora, quella della

---

[294] Così, seppure in termini dubitativi, GAZZONI, *op. ult. cit.*, 219.

[295] RESTAINO, *I diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, cit., il quale avverte, tuttavia, che non si tratta di una soluzione ottimale, in quanto fiscalmente onerosa.

cancellazione *ex* art. 2668 c. c., in ossequio al principio di verità dei pubblici registri, pur dubitandosi ancora una volta dell'attitudine della P. A. ad assolvere all'onere pubblicitario[296].

### 3.4 *LA TRASCRIZIONE DEI CONTRATTI CHE COSTITUISCONO E MODIFICANO DIRITTI EDIFICATORI: EFFICACIA MERAMENTE NOTIZIALE*

Al di là dei cenni alle questioni poste dalle domande giudiziali e dalle vicende estintive, occorre rilevare che finora ci si è occupati della pubblicità in relazione ai contratti che trasferiscono diritti edificatori, i quali erano anche gli unici ad essere presi in considerazione dal testo originario del d. l. n. 31 maggio 2011, n. 70. Peraltro, in sede di conversione, l'art. 5, comma 3, del medesimo decreto legge è stato emendato, in modo che la formulazione attuale dell'art. 2643, n. 2-*bis*, c. c. si riferisce congiuntamente ai contratti che "costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati": invero, l'esito di siffatta modifica ha indotto gli interpreti più accorti a rilevare la problematicità del riferimento ai contratti costitutivi e modificativi[297]. Infatti, è fuori di dubbio che la potestà di governo del territorio spetti alla Pubblica Amministrazione, alla quale compete in via esclusiva il potere, di natura pubblicistica, di incidere sui diritti edificatori, mediante costituzione e modifica dei medesimi, sicché, coerentemente, si è affermato che "il precedente richiamo al trasferimento di diritti edificatori, esauriva l'intera gamma dell'attività negoziale consentita ai privati in materia"[298]. Il richiamo ai "contratti" modificativi e costitutivi, allora, è da ritenersi improprio, perché soltanto la vicenda circolatoria è suscettibile di formare oggetto di negozi tra privati, mentre la modificazione e costituzione di diritti edificatori non possono che essere l'effetto

---

[296] V. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 227 s.

[297] V. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 229 ss.; URBANI, *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge n.106 2011 di conversione del DL 70 13 maggio 2011. Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia*, in *www.pausania.it*, 7 ss.

[298] URBANI, *op. ult. cit.*, 8. V. anche TRAPANI, *op. ult. cit.*, 391, secondo il quale "l'origine della volumetria non può mai dipendere dalla volontà delle parti, ma è sempre devoluta alla mano pubblica".

prodotto da atti di natura amministrativa, benché frutto dell'accordo raggiunto con i privati, nell'ambito dei meccanismi di urbanistica c. d. consensuale[299].

Alla luce di ciò, si è sostenuto che l'emendamento del n. 2-*bis*, apportato in sede di conversione, rappresenterebbe, "con tutta probabilità, l'esito di una forzatura giuridica", dettata dall'intento di utilizzare la medesima formulazione del precedente n. 2 dell'art. 2643 c. c., nel cui contesto, però, la previsione della vicenda costitutiva e modificativa ha una sua ragione d'essere, essendo riferita a contratti, tra privati, riguardanti le sorti di usufrutto, enfiteusi e superficie[300]. La prova di quanto si afferma è da ricercarsi nella *ratio* sottesa alla novella, esplicitata dal legislatore nel medesimo art. 5 del d. l. 70/2011, rimasto, per questo aspetto, inalterato in sede di conversione: come si è già detto, l'introduzione del n. 2-*bis* ha avuto lo scopo di "procedere alla tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi: la cessione di cubatura", per "garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori". Ebbene, sorvolando sull'aspetto della tipizzazione della figura contrattuale, che non può certo dirsi compiuta, è chiaro che l'intento del legislatore è stato quello di raggiungere un elevato grado di sicurezza nelle contrattazioni, rendendo applicabile alla fattispecie circolatoria dei diritti edificatori la regola di cui all'art. 2644 c. c., la quale, viceversa, non ha alcun senso se riferita alle vicende costitutive e modificative. Infatti, se, come si è detto, esiste un potere esclusivo della P. A. in punto di costituzione e modifica dei diritti edificatori, ne consegue che risultano del tutto inconfigurabili i conflitti tipici alla cui risoluzione è deputata la regola di opponibilità sancita dall'art. 2644 c. c.: la P. A. non potrebbe certo attribuire due volte il medesimo diritto edificatorio allo stesso soggetto e, anche qualora tale remota eventualità dovesse verificarsi, essa dovrebbe

[299] Secondo URBANI, *op. ult. cit.*, 8, l'utilizzo del termine "contratto", nel contesto della norma in esame, costituirebbe uno spunto per l'interprete, nel senso di considerare in via di superamento la distinzione tra accordo amministrativo e contratto concluso dalla P. A. col privato. Naturalmente non può essere questa la sede per affrontare le delicate questioni sollevate dall'inquadramento sistematico di siffatte figure di accordi pubblico-privato.
[300] GAZZONI, *op. ult. cit.*, 230.

risolversi attraverso gli strumenti del diritto amministrativo, ossia l'autotutela o, in ultima analisi, l'impugnazione davanti agli organi competenti della giustizia amministrativa. Si tratta, all'evidenza, di ipotesi assai diversa da quella, per esempio, della costituzione di usufrutto, che deve trascriversi *ex* art. 2643, n. 2, c. c., essendo in tale caso chiaramente ipotizzabili conflitti tra aventi causa dal medesimo dante causa di diritti in tutto o in parte compatibili, suscettibili in quanto tali di essere risolti secondo il criterio della priorità della trascrizione: si pensi, banalmente, all'eventualità in cui l'usufruttuario, pur vantando un titolo derivativo-costitutivo di data certa anteriore, si trovi a soccombere, in mancanza di tempestiva trascrizione, di fronte all'avente causa del proprietario il quale abbia alienato la (già nuda) proprietà del medesimo bene come piena[301].

Dunque, volendo addivenire ad una soluzione che tenga conto dei profili problematici che si sono esposti, si dovrebbe dire che, laddove l'assegnazione dei diritti edificatori sia l'esito di un accordo particolare intercorso tra privati e P. A., si sia in presenza di un c. d. contratto costitutivo[302], in quanto tale suscettibile di trascrizione per espressa previsione di legge, escludendo, viceversa, che ricorra siffatta ipotesi laddove l'assegnazione della cubatura derivi dagli ordinari strumenti urbanistici. Tuttavia, tale trascrizione, alla luce di quanto si è detto, non può che avere funzione di mera pubblicità-notizia, anche se non può nascondersi come costituisca una grave anomalia, che costringe ad un'interpretazione anti-letterale, l'avere previsto tale pubblicità nell'ambito di una norma, l'art. 2643 c. c., la quale, ricollegandosi al successivo art. 2644, elenca gli atti la cui trascrizione è richiesta ai fini dell'opponibilità ai terzi[303].

---

[301] Sulle considerazioni svolte v. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 231. V. anche SIRENA, *op. cit.*, 218 s., secondo il quale, "mentre il trasferimento di diritti edificatori si produce "a titolo derivativo", la loro costituzione ovvero modificazione si produce "a titolo originario" e non è pertanto suscettibile di determinare il conflitto con i terzi aventi causa dallo stesso autore che è disciplinato (e risolto) dall'art. 2644 c. c.".

[302] Precisamente, tali fattispecie sono qualificabili come convenzioni urbanistiche: v., sul punto, quanto si dirà *infra*.

[303] L'Autore, che ha evidenziato tale anomalia, ha affermato sarcasticamente che il legislatore avrebbe, in tale caso, sommato "cavalli e (non a caso) asini" (GAZZONI, *op. ult. cit.*, 232). Per altro

Quanto si è affermato vale, con gli opportuni adattamenti e salvo quanto si preciserà *infra*, anche per le ipotesi di modificazione di diritti edificatori, mentre, per quanto riguarda l'estinzione di essi si rinvia alle considerazioni che si sono svolte nel paragrafo precedente. In ogni caso, deve sottolinearsi che l'emersione pubblicitaria delle vicende costitutive e modificative di diritti edificatori, con la suddetta funzione di mera notizia, è pressoché sconosciuta alla prassi[304].

E' doveroso ricordare come taluno abbia sostenuto che l'emersione pubblicitaria delle vicende costitutive e modificative potrebbe operare, non solo nel caso in cui esse trovino estrinsecazione in fattispecie convenzionali, come tali riconducibili a una nozione latamente intesa di contratto, ma anche quando i medesimi effetti discendano da un provvedimento amministrativo, in forza della previsione dell'art. 2645 c. c. Più specificamente, mentre sembra doversi escludere la trascrizione di atti amministrativi di grande complessità, quali piani regolatori o anche strumenti urbanistici attuativi, si è sostenuto che dovrebbero trascriversi eventuali convenzioni meramente riproduttive o ricognitive dell'atto amministrativo che ha costituito o modificato la volumetria edificabile. In ogni caso, in relazione alle diverse ipotesi che possono verificarsi, si può prescindere dalla loro qualifica come contratti intesi, *strictu sensu*, *ex* art. 1321 c. c., dal momento che lo stesso art. 2645 c. c., dando rilievo, non già alla tipologia dell'atto, bensì all'effetto da esso prodotto, rivela la superfluità dell'indagine orientata in questo senso[305].

Prima di concludere sull'argomento, devono farsi ancora alcune osservazioni. Innanzitutto, deve rilevarsi che, sebbene anche alla trascrizione degli atti modificativi di diritti edificatori debba attribuirsi, come si è detto, la funzione di

---

verso, l'A. sottolinea che tale trascrizione con funzione di notizia, essendo del tutto estranea alla logica della risoluzione dei conflitti *ex* art. 2644 c. c., nemmeno sarebbe richiesta ai fini dell'art. 2650, comma 1, c. c. Ad ogni modo, deve rilevarsi che secondo alcuni Autori gli accordi (pubblicistici) costitutivi e modificativi non sarebbero suscettibili di trascrizione, nemmeno con funzione di mera notizia: in tale senso AMADIO, *op. cit.*, 55.

[304] Nell'ambito della conservatoria di Pordenone, infatti, non risultano casi di trascrizione di atti amministrativi costitutivi o modificativi di diritti edificatori.

[305] Per un approfondimento sulle considerazioni svolte, si rinvia a TRAPANI, *op. ult. cit.*, 392 ss.

mera notizia, esiste un'ipotesi residuale in relazione alla quale la trascrizione dispiega un effetto c. d. dichiarativo: si tratta del contratto, intercorrente tra le medesimi parti di un precedente contratto di cessione, con le quali esse modulino diversamente i diritti edificatori oggetto dell'atto traslativo anteriore, ad esempio con riferimento alla misura della cubatura ceduta[306].

In secondo luogo, occorre precisare che, per quanto riguarda l'esecuzione della formalità pubblicitaria con particolare riferimento agli accordi costitutivi di diritti edificatori, si è ritenuto doversi procedere alla trascrizione mediante una doppia nota di trascrizione, la prima a carico del beneficiario e a favore del Comune, per la pubblicità di tutti i vincoli, obblighi ed oneri che il primo si assume, la seconda a carico del Comune e a favore del beneficiario, per la pubblicità del riconoscimento dei diritti edificatori. In particolare, tali accordi costitutivi dovrebbero qualificarsi come vere e proprie convenzioni urbanistiche, la cui stipulazione e trascrizione si rendono necessarie, non solo nel caso di attribuzione di diritti edificatori compensativi e premiali, ma anche, in attuazione del piano urbanistico attuativo che già li riconosca, nel caso di diritti edificatori perequativi, in questo caso venendo in rilievo la convenzione urbanistica quale "titolo per il riconoscimento formale" dei diritti edificatori medesimi[307]. Da quanto affermato discende che, limitando l'esemplificazione all'ipotesi della compensazione urbanistica, si dovrà compilare una prima nota di trascrizione, a carico del proprietario dell'immobile ed a favore del Comune, per la pubblicità della cessione a quest'ultimo dell'immobile medesimo, e una seconda nota, a carico del Comune e a favore del (già) proprietario dell'immobile, per la pubblicità dell'assegnazione dei diritti edificatori attribuitigli in luogo dell'indennità di esproprio[308].

---

[306] V. TRAPANI, *op. ult. cit.*, 395; GAZZONI, *op. ult. cit.*, 232.

[307] Così RIZZI, *op. cit.* Tale convenzione urbanistica, diretta al "riconoscimento formale" dei diritti edificatori perequativi, pare possa farsi rientrare nella categoria degli accordi ricognitivi/riproduttivi, come tali suscettibili di trascrizione, alla luce di quanto si è detto *supra*.

[308] RIZZI, *op. cit.*, il quale invoca, quali norme cui ricollegare la trascrizione delle fattispecie in esame, non solo l'art. 2643, n. 2-*bis*, c. c., ma anche l'art. 28, comma 5, della l. 17 agosto 1942, n. 1150, il quale prevede la trascrizione delle convenzioni urbanistiche di lottizzazione.

Per altro verso, quanto alla questione del rapporto tra l' art. 2645-*quater* c. c. e l'art. 2643, n. 2-*bis*, c. c., con riguardo alla circolazione dei diritti edificatori, sembra che non possa esservi alcuno spazio per la trascrizione di cui al novello art. 2645-*quater*, essendo il n. 2-*bis* dell'art. 2643 c. c. norma speciale rispetto ad esso; benché occorra rilevare che, qualora alle vicende traslative, costitutive, modificative o estintive di diritti edificatori si ricolleghi anche la nascita, la modificazione o l'estinzione di vincoli di natura pubblicistica, si dovrà procedere all'esecuzione di una formalità pubblicitaria ulteriore[309].

In conclusione, appare opportuno evidenziare come l'emersione pubblicitaria, nell'ambito dei pubblici registri immobiliari, di una serie tanto ampia e variegata di atti di natura *lato sensu* pubblicistica, rappresenti la manifestazione di una tendenza più generale della legislazione recente, costituita dall'estensione della pubblicità legale ai limiti legali e agli obblighi pubblicistici che gravano sulla proprietà fondiaria, resa ancora più palese dalla recente introduzione dell'art. 2645-*quater* c. c., il quale prevede appunto la trascrizione degli atti costitutivi di vincoli pubblicistici, con una funzione prevalentemente ritenuta di mera notizia[310]. Al riguardo, si è detto che tale tendenza dev'essere valutata negativamente sul piano della politica del diritto: invero, "è indubbio che il sistema della pubblicità legale basata sui registri immobiliari costituisca uno dei punti di forza del nostro ordinamento giuridico, e sarebbe inutile negare che il merito deve essere in larga parte attribuito ai notai che sono i necessari custodi di tali registri. Ciò non deve tuttavia indurre a riversare su tale sistema di pubblicità legale le inefficienze e le inadeguatezze accumulate da altri strumenti di informazione pubblica…Il pericolo è quello di "ingolfare" i pubblici registri immobiliari con una congerie sempre più estesa ed eterogenea di informazioni, le quali, per quanto possano avere un'importanza strategica dal punto di vista, ad es., delle valutazioni pratiche

[309] TRAPANI, *op. ult. cit*., 562

[310] V. MASTROPIETRO, *Il nuovo art. 2645-quater in materia di trascrizione di vincoli pubblici*, in *Notariato*, 2012, 709 ss.

dell'acquirente di un immobile, sono estranee alla funzione che caratterizza sistematicamente l'istituto della trascrizione: quella di risolvere i conflitti tra coloro che vantino sullo stesso bene titoli appropriativi o espropriativi"[311].

## 4. *LA PUBBLICITÀ DELLE VICENDE DI DIRITTI EDIFICATORI NEL SISTEMA TAVOLARE*

Ultimata così la disamina degli aspetti salienti relativi all'emersione pubblicitaria delle vicende dei diritti edificatori nell'ambito dei pubblici registri immobiliari, l'indagine non può, tuttavia, ancora dirsi conclusa. Com'è noto, infatti, la disciplina della pubblicità immobiliare nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano non è esaurita dalle previsioni del codice civile, e relative leggi collegate, che disciplinano il sistema generale dei registri immobiliari: invero, in quella parte del territorio della Repubblica che fu annessa all'Italia all'esito della prima guerra mondiale, continua ad avere vigore il sistema pubblicitario immobiliare dei libri fondiari, di matrice germanica, disciplinato in forza di legge speciale, r. d. 28 marzo 1929, n. 499, con allegato il "nuovo testo della legge generale sui libri fondiari" (c. d. legge tavolare)[312]. In particolare, l'analisi sarà condotta in una duplice direzione:

---

[311] Così SIRENA, *op. cit.*, 218 s.

[312] Nello specifico, il sistema del libro fondiario di diritto italiano si applica, ad oggi, nelle intere provincie di Trento, Bolzano, Gorizia e Trieste; in alcuni Comuni della Provincia di Udine; nei Comuni di Cortina d'Ampezzo, Livinallongo del Col di Lana, Colle S. Lucia, in Provincia di Belluno; nel Comune di Pedemonte, in Provincia di Vicenza; nei Comuni di Magasa e Valvestino, in Provincia di Brescia. Si tratta, come già evidenziato nel testo, dei territori annessi all'(allora) Regno d'Italia in esito alla vittoria nella prima guerra mondiale (e rimasti italiani anche in seguito alla seconda guerra mondiale, occasione nella quale alcuni territori già italiani, la maggior parte della Venezia Giulia, in cui pure si applicava il sistema tavolare, furono annessi alla ex-Jugoslavia). Il r. d. 499/29 estese il diritto civile italiano alle c. d. nuove Province, dopo quasi un decennio di transitoria vigenza del diritto austriaco, ma escluse da siffatta estensione il sistema pubblicitario generale, recependo per converso, nella legge tavolare allegata al suddetto regio decreto, il sistema dei libri fondiari: la ragione di siffatto recepimento deve imputarsi al riconoscimento della superiore efficienza del sistema dei libri fondiari, organizzato su base reale, rispetto a quello applicato nell'ordinamento generale, tanto che, fino ad un certo periodo, si pensò di sostituire il sistema dei registri immobiliari del codice civile con quello dei libri fondiari. La differenza fondamentale tra i due sistemi, come detto, consiste nella base di impianto, personale nel sistema dei registri immobiliari, reale nel sistema del libro fondiario: in questo sistema le segnalazioni sono eseguite, infatti, in relazione a ciascun immobile, in modo da consentire l'immediata conoscibilità della condizione giuridica dell'immobile stesso (come avviene, peraltro, in materia di pubblicità di vicende di beni mobili registrati, sull'intero

dapprima, con riguardo al trattamento pubblicitario, in questo sistema, della c. d. cessione di cubatura tradizionale, prima dell'entrata in vigore dell'art. 2643, n. 2-*bis*, c. c. e, successivamente, prendendo in considerazione il delicato problema dell'adeguamento tra i due ordinamenti pubblicitari, affacciatosi, in relazione all'istituto in esame, all'indomani della novella del 2011, così verificando il se ed il come dell'emersione pubblicitaria delle vicende dei diritti edificatori anche nel sistema tavolare.

Con riguardo al primo aspetto, occorre ricordare quanto esposto nel primo capitolo, in sede di trattazione della c. d. cessione di cubatura classica, ossia posta in essere tra fondi determinati, in senso lato contigui, collocati nella medesima zona urbanistica e aventi destinazione omogenea. Si era pervenuti alla conclusione che, prima della novella del 2011, alla ricostruzione dell'istituto nei termini di una servitù prediale, *inaedificandi* o *altius non tollendi*, sottoposta alla *condicio iuris* del rilascio del titolo edilizio - prospettata dalla dottrina, utilizzata dalla prassi e talora avallata dalla giurisprudenza - si contrapponeva altro orientamento, prevalente nell'ultima giurisprudenza, civile e amministrativa, secondo il quale il negozio posto in essere dai privati avrebbe efficacia solo obbligatoria, vincolandosi il "cedente" la cubatura a fare quanto possibile, *in primis* presentando l'atto unilaterale di asservimento, affinché il Comune rilasciasse al "cessionario" il permesso di costruire c. d. maggiorato, il quale soltanto avrebbe consentito di

---

territorio nazionale). Ad ogni modo, tale differenza, assai marcata in linea di principio, risulta attenuata in seguito alla meccanizzazione e informatizzazione delle conservatorie, i cui registri, oggi, possono essere ispezionati anche con riferimento ai dati identificativi dell'immobile. Posto che, com'è noto, esistono anche ulteriori rilevanti differenze di disciplina, a partire dalla fondamentale efficacia costitutiva delle intavolazioni nell'ambito dei libri fondiari, non potendo naturalmente in questa sede affrontare l'intera disciplina generale del sistema tavolare, si rinvia ai cenni che saranno fatti nel prosieguo della trattazione e, soprattutto, agli Autori che si sono occupati specificamente della materia: per una trattazione sistematica, si rinvia a GABRIELLI, TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare – Kommentar zum Grundbuchgesetz,* cit. Tra i contributi più recenti, v. CUCCARO, *Lineamenti di diritto tavolare*, Milano, 2010; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., 179 ss.; BASSI, *Manuale di diritto tavolare*, Milano, 2013; SICCHIERO, *L'intavolazione*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, *Formalità e procedimento. Trascrizione mobiliare. Pubblicità. Intavolazione,* III, Torino, 2014, 409 ss.

raggiungere l'effetto voluto dalle parti: l'incremento volumetrico del fondo del "cessionario", con contestuale asservimento del fondo del "cedente"[313].

Ripercorsi brevemente i termini della questione, appare evidente come l'accoglimento dell'una piuttosto che dell'altra tesi non possa non avere ripercussioni in punto di pubblicità immobiliare della fattispecie negoziale anche nel sistema dei libri fondiari. Rinviando a quanto esposto nel primo capitolo per quanto attiene ai profili problematici sollevati dai due diversi orientamenti, qui occorre rilevare che l'accoglimento dello schema della servitù comportava, anche in regime tavolare, l'emersione pubblicitaria della fattispecie[314], con la particolarità che, trattandosi di diritto tavolare costituito per atto tra vivi, l'iscrizione di riferimento sarebbe stata l'intavolazione, ai sensi dell'art. 9 l. tav., dotata del caratteristico effetto costitutivo[315]. Per altro verso, accedendo all'orientamento c. d.

---

[313] V. Cass. civ., 24 settembre 2009, n. 20623, cit., ove si afferma che, "invero, nella cessione di cubatura si è in presenza di una fattispecie a formazione progressiva in cui confluiscono, sul piano dei presupposti, dichiarazioni private nel contesto di un procedimento di carattere amministrativo, e a determinare il trasferimento di cubatura, tra le parti e nei confronti dei terzi, è esclusivamente il provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che, a seguito della rinuncia del cedente, può essere emanato dall'ente pubblico a favore del cessionario, non essendo configurabile tra le parti l'esistenza di un contratto traslativo. Ne consegue che, ove il cedente si sia prestato - con la stipulazione dell'atto unilaterale di vincolo avente come destinatario immediato la P.A. - al compimento di tutti gli atti necessari al fine di far ottenere al cessionario la concessione per una volumetria maggiore, il mancato rilascio della concessione edilizia maggiorata è ragione di inefficacia del negozio concluso dai proprietari dei fondi limitrofi, non già di risoluzione del medesimo per inadempimento del cedente". Sia consentito di rilevare che la ricostruzione dogmatica dell'istituto, che nel testo si è ritenuta preferibile, appare quella che maggiormente si pone in prospettiva di continuità con siffatto ultimo orientamento della giurisprudenza di legittimità.

[314] Aderisce a siffatta ricostruzione, "da preferire anche e soprattutto perché più funzionale sotto l'aspetto della sua segnalazione pubblicitaria", BASSI, *op. cit.*, 61 s. Sul punto v. anche CUCCARO, *op. cit.*, 153, nota 7, il quale richiama il precedente rappresentato dal decreto *sub* G. N. 2093/2010 del Giudice Tavolare di Rovereto, che ha considerato intavolabile la cessione sotto il profilo della servitù *non aedificandi*.

[315] Di cui all'art. 2, comma 1, r. d. 499/29, il quale recita: "A modificazione di quanto è disposto dal codice civile italiano, il diritto di proprietà e gli altri diritti reali sui beni immobili non si acquistano per atto tra vivi se non con la iscrizione del diritto nel libro fondiario". Si ricordi che nel sistema pubblicitario dei libri fondiari il termine "iscrizione" indica in modo onnicomprensivo tutte le formalità pubblicitarie eseguibili, le quali si distinguono in intavolazione, prenotazione e annotazione: le prime due hanno per effetto l'acquisto, la modificazione o l'estinzione di diritti tavolari, con la differenza che, nel caso della prenotazione, l'effetto è sottoposto alla condizione della successiva "giustificazione", mentre l'annotazione produce un effetto diverso a seconda dei singoli casi. Anche le formalità pubblicitarie nel sistema dei libri fondiari devono ritenersi previste in numero chiuso, con riguardo a intavolazioni e prenotazioni, in forza del fatto che sono destinate a

pubblicistico, si arrivava alla necessaria conclusione per la quale la c. d. cessione di cubatura non poteva avere alcuna emersione pubblicitaria, neanche *sub specie* di annotazione e neppure in funzione di mera notizia, stante il principio di tassatività delle formalità pubblicitarie[316]. In particolare, analizzando la questione da un punto di vista parzialmente diverso, si è sostenuto che l'annotazione del vincolo derivante dal contratto di cessione di cubatura, spesso richiesta dai Comuni in forza di specifica norma contenuta nei piani regolatori, non sarebbe realizzabile, dal momento che una norma regolamentare non sarebbe in grado di derogare all'art. 20, lett. h, l. tav., secondo il quale formano oggetto di annotazione "ogni altro atto o fatto, riferentesi a beni immobili, per il quale le leggi estese, quelle anteriori mantenute in vigore o quelle successive richiedano o ammettano la pubblicità, a meno che questa debba eseguirsi nelle forme dell'articolo 9 della presente legge": tale disposizione prescrive proprio che l'annotazione sia imposta da una norma di legge e non già da una fonte di rango secondario; lo strumento di conoscibilità per i terzi acquirenti di diritti sul fondo asservito sarebbe costituito, allora, dal certificato di destinazione urbanistica[317].

D'altro canto, deve sottolinearsi come anche nel sistema del libro fondiario, successivamente all'entrata in vigore dell'art. 2643, n. 2-*bis*, c. c., , si sia verificato il medesimo fenomeno, cui si è già accennato in generale con riferimento al sistema del codice civile, di perdurante emersione pubblicitaria dei fenomeni di

---

rendere pubbliche vicende di diritti tavolari, i quali sono a propria volta in numero chiuso, con riguardo alle annotazioni, in forza dei medesimi argomenti che si sono già illustrati con riguardo alla vigenza del principio di tassatività nel sistema del codice civile (sul punto v. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 183 s.). In generale, sugli effetti, sull'ambito di applicazione e sul numero chiuso delle iscrizioni nel sistema tavolare, v. GABRIELLI, TOMMASEO, *op. cit.*, 6 ss., 248 ss. e 320 ss.

[316] Ritiene preferibile quest'ultima soluzione, richiamandosi all'orientamento della Corte di Cassazione di cui alla citata sentenza 20623/2009, CUCCARO, *op. cit.*, 154 s.

[317] E' questa l'opinione di GORJAN, *Relazioni tra la disciplina tavolare e gli istituti del diritto civile e processuale: questioni e soluzioni (conferenze)*, Cormons, s. d. (riportata da BASSI, *op. cit.*, 61 s.), secondo il quale, non potrebbe nemmeno farsi ricorso allo schema della servitù, poiché la cessione di cubatura non è una situazione definitiva e stabile nel tempo come le servitù, potendo venire mutato il piano regolatore attraverso le varianti e, con esso, la cubatura dei fondi, con conseguente venir meno della limitazione intervenuta.

micropianificazione *sub specie* di intavolazione di una servitù prediale, costituita a carico del fondo "cedente" e a favore del fondo "dominante": con decreto *sub* G. N. 7302/2012, infatti, il Giudice Tavolare di Trieste ha ordinato l'intavolazione, a peso di un determinato fondo e a favore di un altro, "del diritto di servitù di pertinenzialità urbanistica per l'utilizzo della capacità edificatoria sulla base dell'indice volumetrico vigente" [318]; così confermando quanto previsto dalla dottrina circa l'utilizzabilità di siffatto schema negoziale nell'esercizio dell'autonomia privata delle parti, sussistendone naturalmente tutti i presupposti di legge, al fine di conseguire il risultato voluto[319].

Prima di analizzare l'impatto, nell'ordinamento pubblicitario dei libri fondiari, della prevista trascrivibilità delle vicende di diritti edificatori, occorre ricordare che tutte le Regioni e Province Autonome interessate dall'applicazione del sistema tavolare hanno in qualche modo disciplinato, nelle rispettive leggi urbanistiche, anche i diritti edificatori legati ai fenomeni perequativi, compensativi

---

[318] Per tutte le informazioni riportate nel testo relativamente alla prassi dell'Ufficio Tavolare di Trieste deve ringraziarsi, per la preziosa e gentile collaborazione, il Coordinatore dell'Ufficio medesimo, dott. E. Gottardis, dal quale, tra l'altro, si è avuta conferma di quanto esposto nel testo in relazione alla segnalazione della c. d. cessione di cubatura anteriormente al 2011: l'Ufficio accoglieva le domande di intavolazione della medesima soltanto quando fosse strutturata secondo lo schema della servitù prediale, mentre le rigettava in caso contrario.

[319] Sennonché l'esplicarsi dell'autonomia privata nella direzione della costituzione di servitù di non sopraelevare o di non edificare, per raggiungere l'effetto della cessione di cubatura, se già era criticabile, sul piano ricostruttivo dell'istituto, prima della novella del 2011, lo è ancora di più all'indomani di essa, rappresentando oramai il fenomeno, a giudizio di chi scrive, soltanto il perpetrarsi di una pratica consolidatasi quando la pubblicità legale della cessione di cubatura non era espressamente disposta. Si tenga conto, infatti, che la costituzione di tale servitù (oltre ad essere sovrabbondante rispetto allo scopo, limitando l'edificabilità ben oltre la cubatura ceduta nel caso di specie) non è in alcun modo sufficiente per conseguire il risultato dell'incremento volumetrico, occorrendo sempre l'atto unilaterale d'obbligo presentato dal "cedente" al Comune, dovrebbe anche trascriversi, secondo l'opinione che si è sostenuta nel testo, affinché l'ente territoriale rilasci il permesso di costruire c. d. maggiorato. Pertanto, non si vede per quale motivo debba continuare ad adoperarsi siffatto schema, risultando, per converso, molto meno dispendioso e più agile il ricorso al contratto di cessione di diritti edificatori debitamente trascritto e, in quanto tale, direttamente "opponibile" anche al Comune, stante l'equipollenza con l'atto di asservimento. Per altro verso, occorre segnalare che, allo stato attuale, con riferimento agli Uffici Tavolari del Friuli-Venezia Giulia, non risultano casi di applicazione dell'art. 2643, n. 2-*bis*.

e premiali[320]. In particolare, due di esse, il Veneto e la Provincia Autonoma di Trento, prevedendo espressamente la libera negoziabilità dei c. d. crediti edilizi, ossia la commerciabilità della capacità edificatoria "in volo", con la predisposizione di appositi registri comunali per l'annotazione delle vicende di siffatti diritti edificatori, rappresentano due delle più interessanti ed innovative esperienze sviluppatesi in questo senso, nell'intero panorama nazionale[321]. Tuttavia, non può sottacersi la circostanza che il Comune di Trieste, nelle norme tecniche di attuazione del recente piano regolatore generale comunale adottato dal Consiglio Comunale nel 2014, ha previsto e disciplinato il ricorso ai "crediti edilizi", in funzione incentivante di interventi di riqualificazione energetica, rimettendo ad un regolamento comunale, da emanarsi, la disciplina di dettaglio, specie per quanto attiene alle "procedure per la cessione del credito edilizio" e all'istituzione di un apposito registro comunale: pertanto, deve ritenersi che in un futuro non remoto anche l'Ufficio Tavolare di Trieste dovrà fare i conti con il problema dell'emersione pubblicitaria, nell'ambito dei libri fondiari, di tali diritti edificatori[322].

---

[320] Per la disciplina legislativa regionale applicabile in Veneto e Friuli-Venezia Giulia, v. l'analisi fatta nel paragrafo 4 del secondo capitolo.

[321] Per la Provincia Autonoma di Trento, v. gli artt. 26 e 27 della l. p. 4 agosto 2015, n. 15, "Legge provinciale per il governo del territorio". Per il Veneto, v. gli artt. 35 ss. della l. r. 23 aprile 2004, n. 11, "Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio".

[322] V. gli artt. da 32 a 37 delle n. t. a. del p. r. g. c. del Comune di Trieste, in *documenti.comune.trieste.it*. In particolare l'art. 32 stabilisce che "Agli aventi titolo che attuino interventi volti alla riqualificazione energetica degli edifici, grazie alla quale si produca un quantificabile incremento della prestazione energetica, è assegnato un premio in forma di quantità volumetrica aggiuntiva rispetto a quella esistente alla data di approvazione del presente Piano. La volumetria aggiuntiva costituisce credito edilizio da utilizzare esclusivamente nelle zone e secondo le modalità di seguito stabilite". A norma dell'art. 36, "La quantità totale di Crediti Edilizi attivabili sull'intero territorio comunale è di 350.000 mc. Gli interventi di riqualificazione energetica di cui all'art. 33, lettera a) devono riguardare, nella loro interezza, edifici esistenti alla data di adozione del presente Piano. I crediti maturano ad intervento avvenuto ed a riqualificazione energetica certificata e sono utilizzabili solo ad avvenuta trascrizione nel Registro di cui all'art. 37. L'utilizzo dei Crediti deve avvenire entro il termine temporale di 10 anni dall'istituzione del Registro, trascorsi i quali il Credito si considera prescritto, fatti salvi i tempi previsti dalle vigenti norme per la realizzazione dell'intervento che utilizza i crediti. I crediti maturati non sono cumulabili con altre forme di incentivo volumetrico, con quanto previsto dal "Piano casa" o con altre deroghe previste del presente Piano. Nell'utilizzare il Credito edilizio è sempre consentita la modifica del numero di unità immobiliari". Infine, l'art. 37 prevede quanto segue: "Con apposito Regolamento sono definiti in dettaglio: - i requisiti della riqualificazione energetica; - il metodo di calcolo della prestazione energetica; - le modalità di calcolo e di attribuzione

Tutto ciò premesso, deve ora analizzarsi l'effetto della previsione di cui all'art. 2463, n. 2-*bis*, c. c. nel contesto del sistema tavolare e, a tale fine, occorre prendere le mosse dalla questione più generale dell'adeguamento tra i due ordinamenti pubblicitari, per il caso di innovazione della disciplina del codice civile, specie laddove sia ampliato il numero delle fattispecie trascrivibili. Infatti, com'è noto, "solo di rado, e di regola solo a distanza di tempo, le modificazioni introdotte nell'ordinamento del codice vengono estese, con apposite disposizioni di adeguamento, a quello dei libri fondiari"[323]; sicché, *medio tempore*, si verifica un difetto di coordinamento che richiede di essere risolto per via interpretativa, eventualità che, per l'appunto, si è prospettata anche con riferimento alla pubblicità dei diritti edificatori.

Per un migliore inquadramento della questione, occorre fin da subito evidenziare che l'intenzione del legislatore, fin dal recepimento della legge tavolare, è stato quello di assicurare uno stretto coordinamento tra i due sistemi pubblicitari e che tale intento è reso manifesto dal dettato dell'art. 12, comma 2, r. d. 499/29, a norma del quale "tutti i richiami di leggi o decreti a trascrizioni, iscrizioni o annotazioni nei registri immobiliari si intendono riferiti alle corrispondenti intavolazioni, prenotazioni o annotazioni previste dalla legge generale sui libri fondiari…in quanto non vi osti la diversa natura delle iscrizioni"; nonché da quanto è disposto dall'art. 20, lett. h, l. tav., secondo il quale formano oggetto di annotazione "ogni altro atto o fatto, riferentesi a beni immobili, per il quale le leggi estese, quelle anteriori mantenute in vigore o quelle successive richiedano o ammettano la pubblicità, a meno che questa debba eseguirsi nelle forme dell'articolo 9 della presente legge".

---

dei premi in relazione al miglioramento energetico prodotto; - le modalità di realizzazione e il funzionamento del "Registro dei crediti edilizi"; - i tempi e le modalità per l'operatività del credito; - le procedure per la cessione del credito edilizio".

[323] GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 203.

Tuttavia, se l'intenzione del legislatore appare, in tale modo, univoca, ciò non è ancora sufficiente a fare ritenere scontata la soluzione da dare al problema qui in esame: invero, deve tenersi conto di un'ulteriore disposizione, l'art. 12, comma 1, r. d. 499/29, la quale non si limita a dichiarare inapplicabili nell'ordinamento dei libri fondiari "le norme del codice civile e delle altre leggi, che sono incompatibili con le norme del presente decreto", ma prevede espressamente le singole disposizioni del codice civile inapplicabili e, tra queste, quelle degli interi capi I e II del titolo I del libro IV[324]. Ebbene, dal momento che le innovazioni introdotte nell'ordinamento generale sono spesso contenute proprio all'interno delle disposizioni dichiarate in blocco inapplicabili, si è inizialmente manifestato tra gli interpreti un orientamento particolarmente rigoroso, volto ad escludere, dalla pubblicità in sistema tavolare, le nuove fattispecie per le quali fosse prevista la trascrizione nel sistema dei registri immobiliari, sulla base di un'interpretazione letterale e formalistica[325].

Peraltro, in parallelo con l'ampliarsi del fenomeno nel corso dell'ultimo decennio, ha finito per affermarsi l'orientamento contrario, pienamente condivisibile, secondo il quale la lettera della legge deve intendersi secondo la sua effettiva portata, essendo chiaro che "la prescrizione di inapplicabilità di

---

[324] Per un commento esauriente dell'art. 12 citato, v. GABRIELLI, TOMMASEO, *op. cit.*, 74 ss.

[325] Osserva GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 204, come un'espressione paradigmatica di siffatta tendenza sia da ravvisarsi nella questione relativa alla pubblicità degli atti condizionati: la prevalente giurisprudenza, infatti, sosteneva che, né gli atti sospensivamente condizionati, né le condizioni risolutive, potessero trovare emersione pubblicitaria nell'ordinamento dei libri fondiari, sulla base della circostanza che il codice civile prevedeva la pubblicità di tali atti negli artt. 2659, comma 2 e 2660, comma 2, n. 6, c. c., articoli rientranti tra quelli dichiarati in blocco inapplicabili dalla previgente formulazione dell'art. 12, r. d. 499/29. Si trattava di una soluzione definita "aberrante", che avrebbe dovuto indurre a sollevare questione di legittimità costituzionale e che ha richiesto l'intervento del legislatore, il quale ha operato direttamente sul testo del r. d. 499/29 e dell'allegata legge tavolare, al fine di rendere omogenei i due sistemi pubblicitari, prevedendo e disciplinando, anche in sistema tavolare, la pubblicità degli atti sottoposti a condizione. Si noti che il legislatore ha disposto espressamente, in punto di adeguamento dei due sistemi, anche in relazione alla trascrizione del contratto preliminare di cui all'art. 2645-*bis* c. c. (sulla segnalazione pubblicitaria degli atti condizionati e dei contratti preliminari nel sistema tavolare, v. GABRIELLI, TOMMASEO, *op. cit.*, 252 e 350 ss.). Invece, successivamente non constano casi di intervento sulla legge tavolare, al fine di coordinarla con le novità introdotte in tema di trascrizione: si pensi agli artt. 561 e 563, all'art. 2645-*ter*, all'art. 2643, nn. 2-*bis* e 12-*bis*, all'art. 2645-*quater*, del codice civile; con riguardo a tutte queste ipotesi, e a quelle che sopraverranno, dovrà ricorrersi, nel perdurante disinteresse del legislatore, a colmare le lacune della legge tavolare, sulla scorta dei parametri ermeneutici indicati nel testo.

determinate norme del codice all'interno dell'ordinamento tavolare è dettata in ragione del contenuto, non già del contenitore delle norme stesse"[326]. In altri termini, l'inapplicabilità delle norme del codice civile in materia di trascrizione, disposta dall'art. 12, r. d. 499/29, deve intendersi riferita al contenuto che quelle norme avevano nel momento in cui ne fu sancita l'inapplicabilità, e non al diverso contenuto che quelle norme avrebbero eventualmente assunto in futuro, cosicché, accertata la compatibilità di tale nuovo contenuto con le disposizioni del r. d. 499/29, "nulla si oppone alla pubblicità anche nel libro fondiario, nei modi propri di questa, degli atti di cui è stata, nel regime del codice, innovativamente disposta la trascrizione"[327]. Inoltre, si noti che, al di là dei casi della pubblicità degli atti condizionati e dei contratti preliminari, per i quali si è proceduto all'adeguamento del sistema tavolare per via legislativa, con riferimento ai casi dove la prassi operativa ha avuto il tempo di formarsi, essa si è consolidata nel senso di procedere alla pubblicità anche in regime tavolare, s*ub specie* di annotazione[328].

Dalla soluzione che si è data al problema del raccordo tra i due ordinamenti pubblicitari, discende il corollario dell'astratta ammissibilità della pubblicità delle vicende dei diritti edificatori nel sistema tavolare, trattandosi, pertanto, di individuare la specie di iscrizione cui fare riferimento. Se si esclude la natura reale del diritto edificatorio, deve escludersi anche il ricorso all'intavolazione (e alla prenotazione), sicché appare inevitabile il richiamo alla formalità dell'annotazione, con la medesima funzione prescritta dal codice civile per la rispettiva trascrizione nei registri fondiari[329], proprio in forza dell'art. 20, lett. h, l. tav. il quale, peraltro, non pone ostacoli relativi alla natura delle situazioni giuridiche oggetto degli atti da

---

[326] GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 205.

[327] Così GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 205, il quale si premura di sottolineare come, probabilmente, non si sarebbe potuto invocare tale argomento, decisivo, per consentire la segnalazione nel libro fondiario degli atti condizionati, dal momento che la loro trascrivibilità nel sistema della trascrizione era prevista da norme che erano già in vigore, all'atto della riformulazione dell'art. 12 r. d. 499/29 nel senso della loro inapplicabilità in regime tavolare.

[328] V. ancora GABRIELLI, *op. ult. cit.*, il quale allude alla pubblicità degli atti di cui agli artt. 561-563 e 2645-*ter* c. c.

[329] V. BASSI, *op. cit.*, 94.

annotarsi. Sul punto si trova conforto, oltre che nella dottrina[330], in una recentissima sentenza del T. R. G. A. Trentino Alto-Adige, sez. Bolzano, del 15 maggio 2015, n. 174[331], ove si afferma espressamente che "il trasferimento di cubatura va trascritto nei registri immobiliari (annotato al tavolare), come prescrive l'articolo 2643, punto 2-bis c.c.".

Sennonché, oltre ai problemi sollevati dalla pubblicità dei fenomeni estintivi dei diritti edificatori oggetto di annotazione, già segnalati con riguardo al sistema pubblicitario del codice civile, deve rivelarsi che altra questione, già analizzata in quella sede, si pone in maniera ancora più radicale nel sistema dei libri fondiari: si allude al trasferimento di diritti edificatori "in volo", laddove non sia predeterminato il fondo di "atterraggio". Invero, mentre si arriva ad ammettere la trascrizione di tali cessioni nei registri immobiliari, argomentando, come si è visto, sulla base personale che caratterizza siffatti registri e ritenendo in qualche modo "superabile" il formalismo richiesto per la redazione della nota, in punto di identificazione del bene oggetto dell'atto; alla medesima soluzione non sembra potersi addivenire con riguardo all'annotazione del trasferimento di diritti edificatori "in volo" nei libri fondiari, stante l'impianto a base reale che caratterizza questo sistema (tra l'altro, l'art. 20, lett. h, l. tav. prevede espressamente che l'atto o il fatto oggetto di annotazione debba riferirsi a beni immobili). Inoltre, non sembra invocabile nemmeno l'art. 22 l. tav., il quale, nel consentire all'ultimo acquirente di omettere la pubblicità dei passaggi intermedi, laddove dia la prova della serie continua di essi, si riferisce espressamente ai diritti tavolari[332]. Ancora, un'ulteriore indicazione può trarsi dall'art. 97 l. tav., a norma del quale "Se dai documenti

---

330 V. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 204, secondo il quale "si annota, così, l'opposizione dei potenziali legittimari del donante…; del pari si annotano i vincoli di destinazione ed è verosimile che si annoteranno le cessioni di cubatura".

331 T. R. G. A. Trentino Alto-Adige, Bolzano, 15 maggio 2015, n. 174, in *pa.leggiditalia.it*.

332 Sulla portata dell'art. 22 l. tav., v. GABRIELLI, TOMMASEO, *op. cit.*, 368 ss., ove si evidenzia come si tratti di un aspetto estrinseco, ossia di una deroga meramente procedimentale al principio del predecessore tavolare, che non vale certo a cancellare la maggiore rigidità sostanziale del principio di continuità nel sistema pubblicitario dei libri fondiari.

prodotti risulta che l'iscrizione domandata è subordinata ad un'iscrizione corrispettiva, l'iscrizione domandata non può essere accordata, se contemporaneamente non viene domandata l'iscrizione corrispettiva". Se così è, pare allora che l'emersione pubblicitaria delle operazioni sulla cubatura, in assenza di espresse indicazioni da parte del legislatore statale, debba ritenersi limitata, a causa del rilevato difetto di compatibilità, alle cessioni di volumetria per le quali le aree di "decollo" e di "atterraggio" risultino predeterminate; rimanendo escluse quelle fattispecie caratterizzate da eccessiva astrattezza, per la mancanza di un legame attuale con la *res*[333].

[333] Sul punto si è trovato conforto nel confronto avuto col Conservatore dell'Ufficio Tavolare di Trieste, il quale, forse proprio per la maggiore sensibilità dovuta all'operare quotidiano con la "materialità" del libro fondiario, conviene sull'irrealizzabilità di siffatta annotazione, per la quale, davvero non si saprebbe come procedere. Ad ogni modo, nel suddetto confronto, si sono ipotizzate, quanto alle annotazioni che qui si ritengono ammissibili, ossia quelle relative a cessioni di volumetria tra fondi determinati, un'annotazione nel foglio B (di consistenza) per quanto attiene al "vincolo", inteso in senso lato, che sorge sul fondo di origine, escluso il riferimento al foglio C degli aggravi, non trattandosi di diritto reale; nonché una contestuale indicazione dell'incremento volumetrico nel foglio C della partita tavolare del fondo di "atterraggio".

# CONCLUSIONI

In chiusura dell'indagine che si è sin qui condotta, appare opportuno svolgere qualche considerazione conclusiva. Innanzitutto, in merito alla ricostruzione dogmatica, che si è accolta in questa sede, del diritto edificatorio quale *chance* legata ad un interesse legittimo pretensivo, suscettibile di formare oggetto di atti di disposizione da parte dei privati, occorre ribadire che non corrisponde al vero l'affermazione, da taluno avanzata, secondo la quale essa metterebbe a tacere il civilista. Invero, essa pare, alla luce di tutto quanto si è esposto, la teoria che più di ogni altra tiene conto della profonda compenetrazione, caratterizzante l'istituto, tra interessi privati e interessi pubblici, tra diritto civile e diritto amministrativo. Infatti, l'inquadramento che si è proposto conferma la necessità dell'emersione della volontà negoziale privata (pur accompagnata dall'esecuzione della formalità trascrittiva) nel contesto di un procedimento amministrativo, assecondando puntualmente la *ratio legis* sottesa alla riforma del 2011. Per altro verso, esso si pone, più di ogni altro, in una prospettiva di continuità con l'orientamento giurisprudenziale dominante, sviluppatosi in materia di c. d. cessione di cubatura classica e consolidatosi proprio nel decennio anteriore all'entrata in vigore del nuovo n. 2-*bis* dell'art. 2643 c. c. Beninteso, non si vuole dire che tale ricostruzione sia in grado di superare tutti i problemi aperti dal ricorso all'istituto dei diritti edificatori, specie in punto di disciplina concretamente applicabile alla fattispecie negoziale, la cui analisi richiederebbe una trattazione a sé. Ciò non toglie che, nell'attesa di un auspicabile intervento legislativo che prenda espressamente posizione circa la natura giuridica di siffatte fattispecie e vi dedichi un'adeguata disciplina sostanziale, eventualmente anche tipizzando un nuovo diretto reale, la

qualifica dell'istituto più appagante in chiave teorico-dogmatica rimane quella che in questa sede si è accolta.

Ancora, oltre all'inquadramento giuridico e alla conseguente disciplina applicabile al rapporto tra i privati, il legislatore dovrebbe urgentemente intervenire anche per dettare un'adeguata normativa urbanistica di principio relativa alle fattispecie generatrici di diritti edificatori, perequazione, compensazione e incentivazione: ciò al fine di orientare i legislatori regionali e le amministrazioni locali, evitare eccessive disparità di trattamento sul territorio nazionale e fugare i dubbi di legittimità costituzionale che pesano su quegli aspetti della disciplina regionale dei diritti edificatori per i quali non può dirsi nitida la loro collocazione all'interno della materia "governo del territorio", appartenente alla legislazione concorrente, piuttosto che in quella dell'"ordinamento civile", riservata in via esclusiva alla legislazione statale. Il tutto anche nell'ottica di garantire una maggior efficienza a istituti che, oltre a rappresentare un'utilità economica nei rapporti privatistici, sono suscettibili di perseguire interessi pubblici di grande momento, che però sono destinati a rimanere insoddisfatti nel perdurare di una situazione di incertezza giuridica a livello dell'intero ordinamento.

Venendo al profilo pubblicitario, deve riconoscersi al legislatore nazionale il merito di avere contribuito, con la prevista trascrivibilità dei negozi relativi ai diritti edificatori, ad incrementare la sicurezza circolatoria, specie ove si attribuisca alla novella quel significato pregnante, in punto di effetto della trascrizione, che si è ampiamente delineato, benché esso richieda, lo si è detto, una specifica attitudine degli uffici comunali a rapportarsi con le risultanze dei registri immobiliari. Per altro verso, l'operato del legislatore pare criticabile laddove esso ha frammisto, nel contesto di un'unica disposizione, fattispecie trascrivibili con funzioni diverse: si allude in particolare alla previsione, accanto ai contratti traslativi, degli atti costitutivi e modificativi di diritti edificatori, ipotesi di natura quasi esclusivamente pubblicistica, la cui segnalazione con effetto solo notiziale nei pubblici registri produce il serio rischio di un sovraffollamento di informazioni che, a discapito delle

intenzioni, può finire per rendere più difficoltosa la lettura dei registri medesimi e divenire veicolo di maggior incertezza.

Infine, si è anche visto che l'opzione del legislatore per il sistema della trascrizione, nell'ottica di garantire la certezza giuridica, non è esente da profili problematici che richiedono al più presto una soluzione, ai fini di un adeguato ed efficiente ricorso alla formalità trascrittiva quale criterio di risoluzione dei conflitti. In particolare, mentre gli ostacoli paiono superabili nel sistema pubblicitario generale del codice civile, nell'ambito del quale la stessa Amministrazione Finanziaria si è di recente adoperata per consentire sul piano pratico l'esecuzione delle formalità; è evidente che nei territori nei quali vige il diverso sistema basato sui libri fondiari sussiste un'incompatibilità strutturale che non è stata in alcun modo presa in considerazione dal legislatore, sicché si rende non più procrastinabile un intervento legislativo che faccia chiarezza sul punto e consenta di superare la palese ed ingiustificata disparità di trattamento.

# BIBLIOGRAFIA

*DOTTRINA*


ALEMANNI A., *Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori: bene o nuovo diritto?*, in *Contr. e impr.*, 2014, 653

AMADIO G., *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in AA. VV., *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Atti del convegno di Bari 11 giugno 2011, Ilsole24ore, Milano, 2012, 42

BARALIS G., *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Padova, 2011

BARALIS G., *La nota di trascrizione*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, *Formalità e procedimento. Trascrizione mobiliare. Pubblicità. Intavolazione*, III, Torino, 2014, 1

BARTOLINI A., *Profili giuridici del c. d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 302

BARTOLINI A., *I diritti edificatori in funzione premiale (le c. d. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 429

BASSI M., *Manuale di diritto tavolare*, Milano, 2013

BELLOMIA S., *Diritto privato regionale, perequazione urbanistica e nuovi strumenti di governo del territorio*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, II, 73

BERGAMO E., *La cessione di diritti edificatori*, in *pa.leggiditalia.it*

BOSCOLO E., *La perequazione e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 104

BOSCOLO E., *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, in *www.fondazionenotariato.it*

BOVA A., *Aspettative reali e diritti edificatori*, Napoli, 2012

BUTTITA R., *Convenzioni di lottizzazione e cessione di cubatura*, in *La proprietà e i diritti reali minori. Beni, limiti, tutela nazionale e sovranazionale*, a cura di R. Conti, Milano, 2009, 409

CANDIAN A., *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990

CASU G., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in *www.fondazionenotariato.it*

CECCHERINI G., *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.* 1990, II, 103

CECCHERINI G., *Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 557

CEOLIN M., *Trascrivibile la "cessione di cubatura"*, in *Studium Iuris*, 2011, 1265

CHIANALE A., *Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di volumetria*, in *Giur. it*, 1989, I, 1, 1545

CIAGLIA G., *Della "compensazione urbanistica" ovvero come rivoluzionare l'urbanistica senza che nessuno se ne accorga*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 446

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

CIMMINO R., *La cessione di cubatura tra diritto reale e bene immateriale*, in *Notariato*, 2014, 152

CIRILLO G. P., *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi*, in *Riv. not.*, 2013, 601

COMPORTI M., *Diritti reali in generale*, in *Tr. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, II ed., Milano, 2011

CORASANITI V., *La cessione di cubatura nel quadro della circolazione dei diritti edificatori. La perequazione e la compensazione urbanistica: le relative problematiche*, in *Giur. amm.*, 2013, IV, 97

COSTANZA M., Nota a Cass. civ. 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 372

CRETELLA B., *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c. d. cessione di cubatura o di volumetria)*, in *Gazzetta notarile*, 2011, 463

CUCCARO M., *Lineamenti di diritto tavolare*, Milano, 2010

DE MARTINIS P., *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 223

DE PAOLIS S., *Riflessioni in tema di trasferimento di volumetria*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, V, 199

DE PAOLIS S., *La pianificazione consensuale, premiale e per accordi: perequazione, compensazione, altre forme di urbanistica contrattata e di premialità edilizia*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, IV, Milano, 2012, 345

DI VITA G. A., *Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria della novella*, in *Il notaro*, 2011, 15-30 novembre, 89

FELIS F., *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura*, in *Contr. e impr.*, 2011, 632

FREZZA G., *Sulla trascrivibilità della domanda di mediazione e dei ricorsi al giudice amministrativo*, in *Giust. civ.*, 2012, II, 511

FREZZA G., *Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2014

FUSARO A., *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 439

GABRIELLI G., *Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1989, 807

GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare*, in *Tr. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, IV, Torino, 2012

GABRIELLI G., TOMMASEO F., *Commentario della legge tavolare - Kommentar zum Grundbuchgesetz*, II ed., Milano, 1999

GAMBARO A., *La proprietà edilizia*, in *Tr. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, VII, Torino, 1982, 477

GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Tr. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, VIII, Milano, 1995

GAMBARO A., *I beni*, in *Tr. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012

GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, I, Milano, 1991

GAZZONI F., *La trascrizione degli atti e delle sentenze,* in *Trattato della trascrizione,* diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, I, 1-2, Torino, 2012

GORJAN S., *Relazioni tra la disciplina tavolare e gli istituti del diritto civile e processuale: questioni e soluzioni (conferenze)*, Cormons, s. d.

GRASSANO N., *La cessione di cubatura*, in *Riv. not.*, 1992, 1069

GRASSANO P., *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 383

IANNELLI A., *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, in *Giur. mer.*, 1977, 740

LANGELLA M., *Brevi cenni in materia di cessione di cubatura*, in *Vita not.*, 2007, 428

LEO M., *Il trasferimento di cubatura*, in *Studi e materiali CNN*, VI, 2, 1998-2000, Milano, 2001, 285

LIBERTINI M., *Sui "trasferimenti di cubatura"*, in *Contr. e impr.*, 1991, 73

MALTONI A., *Il trasferimento dei diritti edificatori: profili pubblicistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 532

MARENA G., *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2013, 893

MARZARO GAMBA P., *Credito edilizio, compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 644

MASTROPIETRO B., *Il nuovo art. 2645*-quater *in materia di trascrizione di vincoli pubblici*, in *Notariato*, 2012, 709

MASTROPIETRO B., *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Esi, Napoli, 2013

MENGOLI G., *Manuale di diritto urbanistico*, VII ed., Milano, 2014

MERUSI F., *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1

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. notarile*, 2013, 102

MORELLO U., *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, I, Milano, 2011

PADOVINI F., *La pubblicità delle domande giudiziali ed il processo amministrativo*, in AA. VV., *Tutela dei diritti e "sistema ordinamentale"*, Atti del 6° convegno SISDIC, Esi, Napoli, 2012, 145

PAGANO A., *In tema di c.d. trasferimento di cubatura*, in *Corr. giur.*, 1996, 1284

PAGLIARI G., *Corso di diritto urbanistico*, IV ed., Milano, 2010

PATTI F., RUSSO F., *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, 2001, 1675

PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *www.gaetanopetrelli.it*

PETRELLI G., *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile - primo semestre 2011*, in *www.gaetanopetrelli.it*

PETRELLI G., *Questioni generali e problemi aperti in materia di trascrizione immobiliare*, in *www.gaetanopetrelli.it*

PICCO G. B., MAROCCO A. M., *I c.d. trasferimenti di cubatura*, in *Riv. not.*, 1974, 626

PISCHETOLA A., Studio C. N. N. n. 540-2014/T, *Negoziazione dei diritti edificatori e relativa rilevanza fiscale, anche alla luce dell'art. 2643 n.* 2bis*) c. c.*, in *www.notariato.it*

PITTER P., *Limiti di volumetria e vincolo di inedificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 436

POLI G., *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 81

POLICE A., *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, II, 3

PORTALURI P. G., *Vecchie e nuove funzioni della trascrizione nel rapporto problematico con gli interessi pubblici*, in AA. VV., *Pubblicità degli atti e delle sentenze*, Atti dell'8° Convegno SISDIC, Esi, Napoli, 2014, 440

RESTAINO L., *I diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, in *www.wikijus.it*

RIZZI G., *I diritti edificatori il loro riconoscimento e la loro circolazione*, in *www.notairizzitrentin.it*

RUSSO C., *Trasmissibilità a terzi del risarcimento del danno*, in *www.treccani.it*

SABBATO G., *La perequazione urbanistica*, in *www.giustizia-amministrativa.it*

SAVATTERI A., *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione*, in *pa.leggiditalia.it*

SCARLATELLI S., *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 287

SCOCA F. G., voce *Interessi protetti*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIX, Roma, 1990

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

SICCHIERO G., *L'intavolazione*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, *Formalità e procedimento. Trascrizione mobiliare. Pubblicità. Intavolazione,* III, Torino, 2014, 409

SIRENA P., *La trascrizione dei contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano diritti edificatori*, in AA. VV., *Pubblicità degli atti e delle sentenze*, Atti dell'8° Convegno SISDIC, Esi, Napoli, 2014, 201

STELLA RICHTER P., *Diritto urbanistico. Manuale breve*, III ed., Milano, 2014

TESTA A., *Cessione di diritti edificatori: dalla cessione di cubatura alla* chance *edificatoria*, in *www.consiglionotarilecatania.it*

TRAPANI G., Studio C. N. N. n. 671-2009/C, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto,* in *www.fondazionenotariato.it*

TRAPANI G., *I diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2012, 775

TRAPANI G., *I diritti edificatori*, Ipsoa, Milano, 2014

TRIOLA R., *La cessione di cubatura: natura giuridica e regime fiscale*, in *Riv. not.*, 1974, 115

TRIOLA R., Nota a Cass. civ. 30 aprile 1974, n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1425

TRIOLA R., *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Tr. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, IX, III ed., Giappichelli, Torino, 2012

TRIOLA R., *I diritti edificatori e la c. d. cessione di cubatura*, in *Trattato di diritto immobiliare*, diretto da G. Visintini, *I diritti reali limitati e la circolazione degli immobili*, II, Padova, 2013, 77

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

URBANI P., *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, in *www.pausania.it*

URBANI P., *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urb. e app.*, 2006, 905

URBANI P., *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge n.106 2011 di conversione del DL 70 13 maggio 2011. Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia*, in *www.pausania.it*

VANGHETTI V., *Profili civilistici della c.d. "cessione di cubatura"*, in *Notariato*, 1996, 417

*GIURISPRUDENZA*

*CORTE COSTITUZIONALE*

Corte Cost., 30 gennaio 1980, n. 5, in *www.giurcost.it*

Corte Cost., 20 maggio 1999, n. 179, in *www.giurcost.it*

Corte Cost., 19 dicembre 2003, n. 359, in *www.giurcost.it*

Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *www.giurcost.it*

*CORTE DI CASSAZIONE*

Cass. civ., 6 luglio 1972, n. 2235, in *pa.leggiditalia.it*

Cass. civ., 9 marzo 1973, n. 641, in *Riv. not.*, 1973, 1165 e *ivi*, 1974, 114

Cass. civ., 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Giust. civ.*, 1974, I, 922

Cass. civ., 30 aprile 1974, n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1424

Cass. civ., 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 685

Cass. civ., SS. UU., 20 dicembre 1983, n. 7499, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 209

Cass. civ., 14 dicembre 1988, n. 6807, in *pa.leggiditalia.it*

Cass. civ., SS. UU., 4 maggio 1989, n. 2084, in *pa.leggiditalia.it*

Cass. civ., 8 maggio 1990, in *pa.leggiditalia.it*

Cass. civ., 22 febbraio 1996, n. 1352, in *pa.leggiditalia.it*

Cass. civ., 17 novembre 1998, n. 11571, in *pa.leggiditalia.it*

Cass. civ., 12 settembre 1998, n. 9081, in *pa.leggiditalia.it.*

Cass. civ., SS. UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *pa.leggiditalia.it*

Cass. pen., 20 maggio 2009, n. 21177, in *pa.leggiditalia.it.*

Cass. civ., 24 settembre 2009, n. 20623, in *pa.leggiditalia.it*

Cass. civ., 29 novembre 2012, n. 21245, in *pa.leggiditalia.it*

*CONSIGLIO DI STATO*

Cons. Stato, 28 giugno 1971, n. 632, in *Cons. Stato*, 1971, 1122

Cons. Stato, 23 febbraio 1973, n. 178, in *Cons. Stato*, 1973, 222

Cons. Stato, 8 settembre 1983, n. 366, in *Cons. Stato*, 1983, 910

Cons. Stato, 15 aprile 1996, n. 561, in *Foro it.*, 1996, III, 375

Cons. Stato, 28 giugno 2000, n. 3637, in *www.giustizia-amministrativa.it*

Cons. Stato, 16 ottobre 2006, n. 6171, in *www.giustizia-amministrativa.it*

Cons. Stato, 2 febbraio 2008, n. 490, in *pa.leggiditalia.it*

Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2009, n. 3, in *www.giustizia-amministrativa.it*

Cons. Stato, 13 luglio 2010, n. 4545, in *www.giustizia-amministrativa.it*

Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *pa.leggiditalia.it*

Cons. Stato, 7 marzo 2013, n. 1403, in *pa.leggiditalia.it*

*T. A. R.*

T. A. R. Lombardia, Milano, 17 settembre 2009, n. 4671, in *www.giustizia-amministrativa.it*

T. A. R. Puglia, Bari, 1 luglio 2010, n. 2810, in *pa.leggiditalia.it*

T. A. R. Lombardia, Milano, 26 luglio 2012, n. 2097, in *www.giustizia-amministrativa.it*

T. R. G. A. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 15 maggio 2015, n. 174, in *pa.leggiditalia.it*

*ALTRO*

Giudice Tavolare di Trieste, decreto *sub* G. N. 7302/2012

Risoluzione A. E., 17 agosto 1976, n. 250948, in *www.casaportale.it*

Risoluzione A. E., 20 agosto 2009 n. 233/E, in *www.agenziaentrate.gov.it*

Determinazione A. V. C. P., 2 aprile 2008, n. 4, in *www.anticorruzione.it*

Circolare A. E., 17 giugno 2015, n. 24/E, in *www.agenziaentrate.gov.it*

Per tutte le informazioni riportate nel testo relativamente alla prassi dell'Ufficio Provinciale dell'Agenzia delle Entrate di Pordenone – Territorio – Servizi di pubblicità immobiliare e dell'Ufficio Tavolare di Trieste, si ringraziano, per la preziosa e gentile collaborazione, il Conservatore dei RR. II., dott.ssa C. Mancini, e il Coordinatore dell'Ufficio Tavolare, dott. E. Gottardis.