

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
“PARTHENOPE”



**SCUOLA INTERDIPARTIMENTALE DI ECONOMIA E
GIURISPRUDENZA**

DIPARTIMENTO DI STUDI ECONOMICI E GIURIDICI (DiSEG)

CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO DEI SERVIZI
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO ED EUROPEO

Ciclo XXXVIII

TESI DI DOTTORATO

**“La cessione di volumetria: ipotesi ricostruttive e scenari
interpretativi”**

**“Transfer of development rights: reconstructive hypotheses
and interpretative scenarios”**

Settore scientifico disciplinare: GIUR-01/A

TUTOR

Chiar.mo Prof. Roberto Carleo

CANDIDATO:

Dott. Alessandro Malfi

COORDINATRICE

Chiar.ma Prof.ssa Anna Papa

ANNO ACCADEMICO 2024/2025

CAPITOLO I

Premessa metodologica 4

CAPITOLO II

Epistemologia dei diritti edificatori

1. Evoluzione storico-normativa dello *ius aedificandi* 15

1.1 La legge urbanistica 1150/1942 e lo “zoning” 16

1.2 La legge “Ponte” 765/1967: l’introduzione degli standard 17

1.3 La legge cd. Bucalossi e l’approdo al Testo Unico Edilizia del 2001 20

2. Natura e “specie” dei diritti edificatori tra dottrina e giurisprudenza 26

2.1 L’art. 2643 n. 2 bis e la positivizzazione dei diritti edificatori 30

2.2 La reificazione della volumetria intesa come “bene” 31

2.3 Ipotesi di realtà del diritto edificatorio 40

2.4 L’interesse legittimo allo sfruttamento edilizio 51

2.5 La chance al credito di volumetria 52

2.6 Gli interventi delle Sezioni Unite 56

CAPITOLO III

La cessione di volumetria

1. La natura della cessione di volumetria e sue ipotesi ricostruttive 65

1.1 Negozio ad effetti obbligatori 71

1.2 Cessione di contratto 75

1.3 Rinuncia cd. abdicativa 77

1.4 Vincolo di destinazione puro e vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. 79

1.5 La costituzione di servitù 86

1.6 Negozio condizionato o presupposizione	90
1.7 Diritto di superficie	91
1.8. Le Sezioni Unite Cass. 16080/2021	92
2. Struttura e disciplina negoziale del contratto	94
2.1 Parti coinvolte e individuazione della volumetria	94
2.2. Autonomia negoziale ed accordo	98
2.3 Rapporti tra titolo negoziale e provvedimento comunale	101
3. Trascrizione dei contratti di cessione di cubatura	109
3.1 Garanzie e opponibilità ai terzi	113
3.2 Ipotesi di trascrizione dei diritti edificatori in volo	119
4. Criteri di qualificazione della circolazione della cubatura quale prestazione di servizi o contratto ad effetti reali	123
5. Altri negozi aventi ad oggetto la potenzialità edificatoria	128

CAPITOLO IV

Prospettive britanniche: il ruolo della proprietà nella pianificazione territoriale del Regno Unito

1. Property rights	135
1.1 La proprietà nel modello anglosassone	135
1.2 Nozione di <i>freehold</i> e <i>leasehold</i>	144
1.3 Meccanismi legali di aumento della potenzialità edificatoria (<i>Airspace Development</i>)	153
2. Confronto funzionale e spunti <i>de iure condendo</i>	155
2.1 Punti di contatto e divergenze tra modello italiano e britannico	157

CAPITOLO V

Conclusioni	163
Bibliografia	175

CAPITOLO I

Premessa metodologica

La ragione e lo scopo del presente studio non muovono, come prevedibile, dall'opportunità di poter "commentare" un recente intervento legislativo nella materia dei diritti edificatori.

La legge 12 luglio 2011 n. 106 di conversione del d.l. 13 maggio 2011 n. 70 - che introducendo l'art. 2643 n. 2bis ha previsto l'onere di trascrizione per "*i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali, regionali o da strumenti di pianificazione territoriale*" - sconta ormai quindici anni di età dal suo varo.

Pur recependo le istanze avanzate sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina¹, la norma non solo ha previsto che venissero trascritti i contratti di cessione di volumetria, ma anche ogni vicenda costitutiva, traslativa e modificativa dei diritti edificatori genericamente intesi.

Invero, l'intervento legislativo apparve sin da subito molto scarno se paragonato al reale monito della giurisprudenza con il quale si chiedeva al Legislatore statale di dotare l'ordinamento di una disciplina esaustiva sulla perequazione urbanistica, nell'ambito di una riforma armonica del governo del territorio².

¹ Su tutte, Consiglio di Stato, sentenza n. 4545 del 13 luglio 2010

² Interessante è la lettura del Dossier della Camera dei Deputati all'Atto Camera 4357 XVI Legislatura che divenne, poi, Legge 12 luglio 2011 n. 106: *«Il comma 3, al fine di garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori, prevede, con una novella all'art. 2643, comma 1, del codice civile, che debbano essere resi pubblici, attraverso la trascrizione, i contratti che trasferiscono i diritti edificatori comunque definiti nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale, nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative. La relazione illustrativa precisa che tale disposizione "permette la trascrizione nei registri immobiliari dei contratti di trasferimento dei diritti edificatori (c.d. cessione di cubatura) al fine di conferire certezza ad un diffuso modello contrattuale ed evitare contenziosi".*

La presente norma sostanzialmente dà copertura legislativa alla perequazione urbanistica, considerato che al comma 1, tra gli interventi di cui al presente articolo, viene ricompresa la "tipizzazione di un nuovo schema decreto contrattuale diffuso nella prassi: la cessione di cubatura". Al riguardo, nel ricordare che su tale materia si sono registrati nel tempo successivi e talvolta contrastanti decisioni della giurisprudenza amministrativa, si segnala che, da ultimo, la sentenza del Consiglio di Stato n. 4545 del 13 luglio 2010, riguardante il Piano regolatore di Roma, ha tra l'altro evidenziato "l'opportunità che lo Stato intervenga a disciplinare in maniera chiara ed esaustiva la perequazione urbanistica, nell'ambito di una legge generale sul governo del territorio la cui adozione appare quanto mai auspicabile alla luce dell'inadeguatezza della normativa pregressa a fronte delle profonde innovazioni conosciute negli ultimi decenni dal diritto amministrativo e da quello urbanistico". La Commissione ambiente sta esaminando le proposte di legge A.C. 329 e abb., recanti principi fondamentali in materia di governo del territorio, che comprendono anche disposizioni riguardanti la perequazione urbanistica. Si ricorda, inoltre, che i contratti di trasferimento di diritti edificatori cui fa riferimento il comma 3 sono ampiamente diffusi nella prassi, pur non essendo esplicitamente riconosciuti a livello legislativo. Secondo Cass. Sez. III, n. 21177 del 20 maggio 2009, l'istituto del c.d. "asservimento dl terreno per scopi edificatori" (o cessione di cubatura) — al quale, secondo pacifica interpretazione giurisprudenziale, può farsi ricorso pure in mancanza di un riconoscimento espresso

Tuttavia, nonostante le scarse regole³ introdotte dalla Novella, essa ha provocato una separazione delle teorie ricostruttive dei diritti edificatori e della cessione di cubatura, sia dottrinarie che giurisprudenziali, cd. “ante Novella” e “post Novella”.

Prima del 2011, infatti, se le ipotesi ricostruttive della cessione di cubatura e, ancor prima, del diritto edificatorio, si muovevano nell’assenza di alcuna disciplina statale che potesse guidarne lo studio o, quantomeno, fissare dei punti fermi attorno ai quali muovere le proprie considerazioni, a seguito della Novella ci si è dovuti chiedere come le stesse teorie ricostruttive potessero adattarsi alla pur magra disciplina introdotta.

La ricostruzione del diritto edificatorio genericamente inteso parte, infatti, da più lontano ed è inscindibilmente legata all’esercizio dello *ius aedificandi* nel tempo, al suo carattere potestativo quale diretta estrinsecazione del diritto di proprietà e passando attraverso i tentativi di destrutturarne e abdurlo dai diritti dominicali della proprietà privata⁴.

Lo *ius aedificandi* quale diritto dominicale trovò, infatti, prima dimora nella concezione romanistica della proprietà in termini assoluti, che si traduceva nella libertà incondizionata di poter sfruttare il proprio suolo *usque ad sideros usque ad inferos*⁵. Conseguenza naturale ne fu che lo *ius aedificandi*, quale diritto dominicale potestativo, poteva essere “imposto” dal proprietario agli altri *cives*⁶ e, indenne, in questa veste attraversò tutta l’epoca romana, incontrando dei primi ed embrionali limiti solo in tarda epoca medievale. Tuttavia, anch’essi sfuggivano a qualunque ipotesi di soggezione

da parte di fonti normative — consiste in un accordo tra proprietari di aree contigue, aventi la stessa destinazione urbanistica, in forza del quale il proprietario di un’area “cede” una quota di cubatura edificabile sul suo fondo per permettere all’altro di disporre della minima estensione di terreno richiesta per l’edificazione, ovvero di realizzare una volumetria maggiore di quella consentita dalla superficie del fondo di sua proprietà. Gli effetti che ne derivano hanno carattere definitivo ed irrevocabile, integrano una qualità oggettiva dei terreni e producono una minorazione permanente della loro utilizzazione da parte di chiunque ne sia il proprietario. In dottrina si discute circa la natura di tali contratti, e, in particolare, sul fatto se essi abbiano effetti reali o effetti obbligatori ed anche circa la trascrivibilità degli stessi. Tra i sostenitori dell’efficacia reale, il diritto oggetto del contratto è per taluni riconducibile al diritto di servitù, per altri al diritto di superficie; per altri ancora trattasi di un diritto reale atipico. La trascrizione è un mezzo di pubblicità relativo ai beni immobili ed ai beni mobili registrati volto a garantire la conoscibilità delle vicende relative alla circolazione di beni, essenzialmente ai fini di certezza del mercato. L’art. 2643 c.c. elenca gli atti soggetti a trascrizione e l’art. 2644 c.c. dispone che tali atti non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi».

³ La definizione è di G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in Riv. notariato, fasc.4, 2012.

⁴ M. CRISCI, *Lo ius aedificandi. breve storia della procedimentalizzazione di un diritto*, in Iurisdiction, n. 3/2022.

⁵ M. MICELI, L. SOLIDORO, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Giappichelli, Torino 2021.

⁶ M. CRISCI, *Lo ius aedificandi. breve storia della procedimentalizzazione di un diritto*, op. cit.

della proprietà privata al potere pubblico. L'assolutezza del diritto dominicale incontrava il proprio limite esclusivamente in un altro diritto dominicale: quello del fondo confinante⁷.

Fu proprio il punto di contatto tra due diversi diritti di proprietà a favorire lo sviluppo del primo vero limite di sfruttamento del suolo, rappresentato dal divieto di variare l'assetto edilizio definito dal "*vetus ordo aedificorum*", la cui unica eccezione per il proprietario aspirante costruttore consisteva – coerentemente con la natura squisitamente privatistica del limite - nell'acquistare la servitù *altius non tollendi* dal vicino confinante che si opponeva all'edificazione. Eppure, il rovesciamento della libertà in servitù segnò il definitivo passaggio dal diritto romano al diritto comune, nel cui solco il diritto privato ed il diritto pubblico iniziavano a confondersi⁸.

Successivamente, si è provato a limitare l'attività edificatoria attraverso il ricorso allo schema degli atti emulativi, il cui presupposto era l'onere della prova dell'*animus nocendi*: l'onere di provare l'utilità (o l'inutilità) della costruzione talvolta gravava sul vicino, talvolta sul costruttore⁹. La *ratio* della norma risiedeva nella considerazione che qualunque costruzione potesse nuocere al vicino.

Con un salto di diversi secoli, una primigenia compressione pubblicistica dello *ius aedificandi* si ebbe, in Italia, solo con lo Statuto Albertino e, successivamente – nonché per la primissima volta per motivi “proto-urbanistici” – con la Legge 2359 del 25 giugno 1865. Il primo, infatti, all'articolo 29¹⁰ prevede, quale unico limite all'inviolabilità della proprietà privata, l'espropriazione per pubblica utilità; la seconda, agli articoli 86¹¹ e 93¹² riconobbe la possibilità in capo ai Comuni di dotarsi di un Piano regolatore per disciplinare l'espansione urbanistica.

⁷ M. MICELI, L. SOLIDORO, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Giappichelli, Torino 2021

⁸ G. ALPA, M. BESSONE, A. FUSARO, *Jus Aedificandi e problemi di disciplina della proprietà*, in www.ambientediritto.it.

⁹ *Idem*

¹⁰ Art. 29: “Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia, quando l'interesse pubblico legalmente accertato, lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi”.

¹¹ Art. 86: “I Comuni, in cui trovasi riunita una popolazione di diecimila abitanti almeno, potranno, per causa di pubblico vantaggio determinata da attuale bisogno di provvedere alla salubrità ed alle necessarie comunicazioni, fare un piano regolatore, nel quale siano tracciate le linee da osservarsi nella ricostruzione di quella parte dell'abitato in cui sia da rimediare alla viziosa disposizione degli edifici, per raggiungere l'intento”.

¹² Art. 93: “I Comuni nei quali sia dimostrata la attuale necessità di estendere l'abitato, potranno adottare un piano regolatore di ampliamento in cui siano tracciate le norme da osservarsi nella edificazione di nuovi edifici, a fine di provvedere alla salubrità dell'abitato, ed alla più sicura, comoda e decorosa sua disposizione”.

Fu solo nel 1942, con l'adozione del Codice civile e con la Legge Urbanistica fondamentale come meglio si vedrà *infra*, che l'ordinamento riconobbe la possibile compressione della proprietà privata, e con essa tutte le sue possibilità di sfruttamento, ivi compresa quella edificatoria, per ragioni di preminente interesse pubblico.

Come detto, diversamente dalla genesi antica del diritto edificatorio, i primi esempi di cessione di cubatura si ebbero solo a seguito dell'approvazione della Legge Ponte 765/1967, a mezzo dei quali, per la prima volta, i privati provvedevano a trasferire la capacità edificatoria del fondo separata dal fondo medesimo per poter ovviare agli *standard* edilizi introdotti dalla citata norma¹³.

Le medesime norme che hanno contribuito alla diffusione della cessione di cubatura tra privati hanno poi consentito alle Amministrazioni di ricorrere, spontaneamente o sulla base di una previsione normativa regionale, agli atti di cd. urbanistica consensuale: perequazione, compensazione e incentivazione urbanistica¹⁴.

Già da questa primissima ricostruzione della cessione di cubatura si riconosce il ruolo pivotale che le norme hanno costituito nella nascita e nello sviluppo dell'istituto.

Il presente studio, dunque, non potrà di certo esimersi dall'adozione di un approccio positivista e orientato alla lettura ragionata delle norme che hanno segnato l'evoluzione del negozio di cessione di volumetria, anche e soprattutto alla luce del dato, che non può essere ignorato, che le dette norme spesso hanno contribuito alla diffusione del negozio in via indiretta (si pensi alla Legge Ponte) o, pur facendo espresso riferimento all'istituto, ne hanno disciplinato solo un aspetto (nel caso della Novella che, pur riconoscendosene l'utilità, si è limitata a prevedere la sola trascrivibilità dei contratti che costituiscono, modificano, e trasferiscono i diritti edificatori).

Specie nel secondo caso, infatti, nonostante il monito della dottrina e della giurisprudenza che evidenziavano la necessità di una disciplina puntuale ed esaustiva - sia sulle ipotesi di urbanistica consensuale che sui fenomeni di cessione di volumetria nati "spontaneamente" - il Legislatore statale non è riuscito a dar seguito alle richieste come avrebbe potuto, lasciando un enorme spazio interpretativo non solo in ordine alla

¹³ Si veda Cap. II § 1.3

¹⁴ E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, in AA. VV., Atti del Convegno dell'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico, Verona 10/11 Ottobre 2011, in www.pausania.it; P. URBANI, *L'urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011.

cessione di cubatura, ma anche e soprattutto in riferimento ai diritti edificatori, suo necessario presupposto logico-giuridico.

Come si approfondirà, nulla è stato chiarito dal Legislatore con riguardo alla natura dei diritti edificatori (tantomeno con riferimento ad una possibile avocazione alla categoria dei diritti reali), alle loro modalità di circolazione, alla natura della cessione di volumetria (reale, ad effetti reali, ad effetti obbligatori) con le prevedibili ricadute non solo in termini squisitamente civilistici, ma anche tributari e amministrativi.

Nel nutrito dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si è ingenerato per tentare di colmare lo “spazio” lasciato dalla Novella si sono infatti avvicinate teorie dottrinali ricostruttive dei diritti edificatori, prima, e della cessione di volumetria poi.

Se, anche prima della Novella, i due principali orientamenti dottrinari e giurisprudenziali sulla natura dei diritti edificatori si dividevano tra quelli a trazione privatistica¹⁵ ed a trazione pubblicistica¹⁶, all'introduzione dell'art. 2643 n. 2bis il fuoco del dibattito si è spostato maggiormente verso il rapporto che intercorre tra la cessione di volumetria e il provvedimento amministrativo (il permesso di costruire maggiorato).

Di fatti, fermi gli orientamenti privatistici o pubblicistici, il nodo centrale a Novella introdotta è diventato il rapporto intercorrente tra il contratto di cessione di cubatura e il successivo ed auspicato permesso di costruire maggiorato eventualmente rilasciato dal Comune, cui hanno contribuito tanto gli Autori¹⁷ quanto i Giudici.

Appare evidente già ad una sommaria lettura che la maggior adduzione della fattispecie alla sua fase privatistica o a quella pubblicistica incide direttamente su quale

¹⁵ Al cui interno si sono succedute diverse ipotesi ricostruttive, per ragioni di sintesi che connotano questa sezione, se ne riportano due. Per la riconduzione del diritto edificatorio alla servitù *altius non tollendi* si vedano, tra i tanti, M. DI PAOLA, *Trasferimento di cubatura di area e numero chiuso dei diritti reali*, in Riv. not., 1975, 2; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 1763 approvato il 29 settembre 1999.

Cfr. M. LIBERTINI, *I trasferimenti di cubatura*, in I Contratti del Commercio, dell'Industria e del Mercato Finanziario, Torino, 1995; C. TENELLA SILLANI, *I «limiti verticali» della proprietà fondiaria*, Milano, 1994. Con riferimento alla sponda privatistica che si è distanziata dalla teoria della servitù – e ancor più radicalmente dalla teoria reale del diritto edificatorio – si vedano P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in Riv. not., 1992 e in Giur. it., IV, 1990; GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, Milano, 2001; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit.; Cass., Sez. I, 25 ottobre 1973, n. 2743, in Riv. not., 1977, II.

¹⁶ Di converso, per le teorie pubblicistiche: Cass., Sez. II, 29 giugno 1982, n. 4245, in Giur. it., 1982, I, I; Cfr. Cass., Sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352, in Not., 1996, 5; Cons. Stato Sez. V, 28 giugno 2000, n. 3637, in Giur. it., 2001, secondo cui «(...) la ricostruzione più attendibile della fattispecie (...) è quella di una contratto atipico ad effetti obbligatori avente natura di atto preparatorio, finalizzato al trasferimento di volumetria, che si realizza soltanto con il provvedimento amministrativo». In senso conforme si vedano diffusamente A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977 n.10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977; A. BARUCCHI, *Jus aedificandi e proprietà dei suoli*, Torino, 1976;

¹⁷ A. BARTOLINI, *Profili giuridici del cd. credito di volumetria*, Riv. giur. urb., 2007.

“evento” assuma il ruolo fondamentale e irrinunciabile nell’intera vicenda circulatoria tra la cessione di cubatura e il permesso di costruire.

I riflessi dell’art. 2643 n. 2bis c.c. non potevano, poi, non dispiegarsi anche con riferimento all’aspetto tributario della vicenda circulatoria. Recentemente la Sezione tributaria della Corte di cassazione ha più volte rimesso gli atti alle Sezioni Unite per risolvere dei contrasti riguardanti l’imponibilità ICI, direttamente o indirettamente collegati ai diritti edificatori. L’occasione è stata colta, come si vedrà, dalle SS.UU. della Corte di cassazione per enunciare alcuni principi di diritto di cruciale importanza nel non ancora esaurito tentativo di (ri)costruire la natura giuridica, gli aspetti di tutela e di esercizio sia dei diritti edificatori ampiamente intesi, che della cessione di volumetria¹⁸.

Nonostante l’aspetto squisitamente tributario della cessione di volumetria non costituisca oggetto di indagine precipua del presente lavoro, un interrogativo al quale pur si proverà a dare risposta nelle pagine di questo studio è la qualificazione del contratto di cessione di volumetria quale cessione di beni o prestazione di servizi. Lo studio delle due categorie e la riconduzione del citato contratto ad una di esse rappresenta una necessaria riflessione per il sottoscritto - sia consentito - che si accinge a concludere il Corso di Dottorato “Il diritto dei servizi nell’ordinamento italiano ed europeo”, al cui fine sarà indispensabile analizzare anche i cd. provvedimenti di soft-law delle Agenzie ed Enti con specifiche competenze in materia tributaria¹⁹.

La stratificazione di norme statali nel tempo, sia di connotazione prettamente urbanistica che di carattere squisitamente civilistico come la Novella del 2011, rinvigorisce l’approccio positivista alla materia trattata.

Tuttavia, non può farsi a parte dell’intensissima attività della dottrina e della giurisprudenza che, come visto, negli anni hanno generato una copiosa produzione avente ad oggetto tanto la materia dei diritti edificatori, quanto quella della cessione di cubatura. Ciò impone, parallelamente allo studio delle norme, una ricognizione delle migliori dottrine e delle più rilevanti pronunce in tema, così da poter fornire un inquadramento giuridico quanto più esaustivo possibile, provando a ricondurlo nelle categorie generali del diritto privato che, soprattutto in condizioni di scarsa capillarità

¹⁸ Corte di cassazione, Sezioni Unite, n. 23902 del 29 ottobre 2020 e sentenza n.16080 del 9.6.2021, per la cui analisi si rinvia, diffusamente, al Cap. II § 2.6.

¹⁹ Il riferimento è, nello specifico, alla Circolare Agenzia delle Entrate del 18 gennaio 2023, specifico oggetto di approfondimento del Cap. III § 4.

e precisione normativa come nel caso in oggetto, rappresentano un faro cui gli studiosi sempre devono tendere, per non rischiare di proporre soluzioni in contrasto con l'ordinamento e le sue regole.

D'altra parte, un'analisi di taglio funzionale dell'istituto consente di cogliere come anche una lettura teleologicamente orientata, volta a favorire la commerciabilità e la circolazione dei diritti edificatori nel mercato, contribuisca a chiarire la *ratio* profonda perseguita dal legislatore nella loro codificazione²⁰.

Una sistematizzazione dogmaticamente coerente della fattispecie consente, infatti, di verificare la compatibilità della circolazione della potenzialità edificatoria con i diversi schemi negoziali tipici, nonché con diritti reali diversi dalla proprietà — quali i diritti di godimento e di garanzia — al fine di individuare la configurazione contrattuale più idonea a garantirne una circolazione corretta e sicura. In tale prospettiva, occorre altresì definire il ruolo che gli enti locali assumono nel mercato dei diritti edificatori, nonché gli strumenti e gli intermediari cui possono ricorrere per agevolare le dinamiche negoziali²¹.

L'individuazione degli elementi essenziali e accidentali del contratto, oltre a garantire certezza in ordine all'identificazione delle aree oggetto di asservimento o atterraggio, riduce il rischio di contenziosi e accresce la possibilità di accesso a strumenti incentivanti per l'effettiva fruizione del diritto²².

In questa ottica, anche la funzione della Pubblica amministrazione andrà ripensata alla luce del principio di autonomia negoziale delle parti²³.

Nel prosieguo della trattazione si dimostrerà come la cessione di cubatura rappresenti il risultato di un'interazione strutturale tra diritto privato e diritto amministrativo, in un quadro in cui il comportamento collaborativo del privato ha assunto un ruolo sempre più centrale nell'elaborazione e attuazione delle decisioni pubbliche.

La cooperazione pubblico-privato diviene così funzionale al raggiungimento di obiettivi di interesse generale in tempi più rapidi, attenuando il ricorso all'adozione di atti unilaterali autoritativi²⁴.

²⁰ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile*, Milano, 2012

²¹ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit.

²² F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit.

²³ A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007; D.M. TRAINA, *Lo ius aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, Firenze, 2013,

²⁴ S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012, p. 73 ss.; M. Leo, *Il trasferimento di cubatura*, op. cit.

Tuttavia, a fronte di tale coinvolgimento attivo del cittadino, permane una rilevante incertezza in ordine alla qualificazione giuridica del titolo abilitativo rilasciato all'esito di contratti concernenti diritti edificatori, in particolare quando esso si ponga in rapporto di derivazione da un atto negoziale tra privati²⁵.

Ne consegue che l'accertamento della natura giuridica del diritto edificatorio e del ruolo svolto dall'autonomia negoziale non può considerarsi punto di arrivo esaustivo dell'indagine. La ricostruzione sistematica della fattispecie impone, piuttosto, di interrogarsi sulla funzione attribuibile all'intervento dell'Ente territoriale nel procedimento di trasferimento della volumetria, per stabilire se — e in che misura — la disciplina pubblicistica prevalga su quella privatistica, o viceversa²⁶.

Accertare la natura del rapporto tra il contratto stipulato tra privati e il permesso di costruire rilasciato dal Comune consente infatti di chiarire, in termini sistematici, le modalità con cui si esplica il bilanciamento tra interessi privati e pubblici, e dunque il punto di equilibrio tra diritto privato e diritto pubblico²⁷.

La combinazione tra l'approccio positivista che verrà riservato alla Novella, unitamente all'analisi funzionale della cessione di volumetria - che impone un'approfondita analisi circa la struttura e la disciplina negoziale che si adatta ad un contratto che rientra, senza alcun dubbio, tra gli atti di compravendita - consentirà di dedicare un importante approfondimento anche alla fase della trascrizione dei contratti che modificano, trasferiscono e costituiscono i diritti edificatori comunque denominati. L'ampiezza del dettato normativo non può essere ignorata nella misura in cui la stessa apre, come evidente, ad altre categorie negoziali che, seppur sicuramente meno frequenti nella prassi, non sono dalla stessa categoricamente escluse.

E d'altronde, è stato proprio il riferimento operato dall'art. 2643, n. 2-bis c.c. al più ampio concetto di "diritti edificatori", in luogo delle tradizionali nozioni di "volumetria" o "cubatura", a indurre la dottrina a evidenziare l'impronta marcatamente privatistica del contratto che ne disciplina la circolazione. Tale scelta lessicale consente di estendere significativamente l'ambito applicativo dell'istituto negoziale, ben oltre i confini tracciati da uno strumento tecnico fondato esclusivamente sul diritto urbanistico.

²⁵ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, Milano, 1991; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990,

²⁶ Cfr. Cass. civ., sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Foro it.*, 1996, I, 1698, e in *Notariato*, 1996, p. 417, con nota di Vaghetti.

²⁷ G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, in *Notariato*, 2012,

Si pensi, di fatti, ad altri istituti astrattamente idonei ad assolvere alla funzione modificativa, costitutiva o traslativa dei diritti edificatori generalmente intesi – e, dunque, sia quelli con chiaro riferimento al suolo di “decollo”, sia quelli che ne sono geneticamente privi.

Pur tenendo ben presenti, infatti, le sistematiche differenze che intercorrono tra diritti edificatori nella loro fase del “decollo”, dell’“atterraggio” e del “volo” – nonché le numerosissime criticità che l’indeterminatezza propria di tali fasi porta con sé, sia sotto il profilo squisitamente privatistico che sotto quello urbanistico²⁸ - delle quali nel corso della trattazione si darà debito conto, non ci si potrà di certo esimere da una sintetica caratterizzazione degli altri istituti idonei a modificare, trasferire o costituire i diritti edificatori. Il tutto, per ragioni di chiarezza espositiva, muovendosi in una fase più generica e “spuria” che non terrà conto della pur relevantissima correlazione tra il diritto edificatorio e il suo “momento di circolazione” (appunto: decollo, volo o atterraggio)

Altre ipotesi virtualmente ammissibili sono quelle della permuta e, con qualche onere investigativo maggiore, anche la *datio in solutum*. Quest’ultima, riconducibile all’art. 1197 c.c. che riconosce al debitore la possibilità che esso si liberi con il trasferimento della proprietà o di altro diritto ai sensi e per gli effetti dell’art. 1376 c.c., deve necessariamente essere coordinata con i più recenti arresti giurisprudenziali.

Svolta le doverose ricostruzioni di cui si è appena discorso, si proveranno ad articolare i principali elementi di un confronto funzionale tra le esperienze ordinamentali italiane e quelle offerte dal Regno Unito in tema.

Invero, le primordiali differenze intercorrenti tra l’ordinamento giuridico italiano e quello britannico non rendono agile tale comparazione²⁹.

²⁸ Del cui aspetto le Amministrazioni rappresentano il primo attore. Basti rimandare, a titolo esemplificativo, al celebre “Bando ricognitivo con i relativi criteri di valutazione finalizzato al reperimento di immobili - aree e edifici - da utilizzare per l’atterraggio delle consistenze edilizie (diritti edificatori) derivanti da Compensazioni urbanistiche, di cui all’art.19 delle NTA vigenti, nonché da successivi provvedimenti, non ancora allocate” del 2022 di Roma Capitale.

²⁹ Invero, sarebbe più opportuno estendere il paragone ai sistemi di Civil Law e di Common Law. A tal fine, anche nella prospettiva (e speranza) di un assottigliamento della rigida bipartizione tradizionale si vedano: R. SACCO E P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, 7^a ed., Torino, Utet Giuridica, 2019, analizzano criticamente la distinzione tra *civil law* e *common law*, proponendo un’interpretazione storico-funzionale della comparazione giuridica; A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in Rivista giuridica dell’edilizia, fasc. 1, Milano, Giuffrè, 2010, espone un approccio funzionale al confronto tra modelli giuridici, opponendosi alla rigida bipartizione tradizionale;; P. G. GRASSO, *Comparazione giuridica e diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 2005, esamina le tendenze di “giurisprudenzializzazione” dei sistemi di *civil law* e le loro convergenze con il *common law*; G. GORLA (a cura di), *La tradizione di civil law nell’analisi di un giurista di common law*, Milano, Giuffrè, 1973, propone una lettura storica delle affinità tra i due sistemi, rilevandone le

Tuttavia, con l'intenzione di poter trarre il maggior vantaggio scientifico dall'opportunità, concessami dal mio Ateneo, di frequentare gli atenei inglesi University of East Anglia di Norwich (UK) e Institute of Advanced Legal Studies di Londra in qualità di Visiting PhD Student, si svolgerà una prima e necessaria trattazione congiunta, la quale proverà a ricostruire un dettagliato quadro comparatistico tra la nozione di proprietà nazionale e quella di tradizione anglosassone.

Se, infatti, il diritto di proprietà in Italia è concepito come pieno, esclusivo e tendenzialmente perpetuo, ai sensi dell'art. 832 c.c. e comprende, almeno in linea teorica, la titolarità sul suolo, sul sottosuolo e sullo spazio sovrastante salvo le limitazioni poste da norme imperative o da interessi pubblici prevalenti, al contrario, nel Regno Unito, il sistema di common law esclude una concezione unitaria e piena della proprietà fondiaria.

La terra appartiene in ultima istanza alla Corona, e i diritti dei soggetti privati si articolano in "*estates*", di cui il *freehold* rappresenta la forma più vicina alla proprietà perpetua, ma largamente affiancata dai *leasehold* (diritti a termine).

Parallelamente, e come si vedrà in dettaglio, il regime edilizio britannico si fonda su un planning system di tipo discrezionale, in cui l'attribuzione della *planning permission* avviene caso per caso, sulla base di valutazioni dell'autorità pianificatrice locale (*local planning authority*), che tiene conto delle *policies* locali e delle "*material considerations*".

Ad un embrionale esame, il sistema britannico non parrebbe concepire la capacità edificatoria quale facoltà intimamente connessa con la proprietà, ed anche la registrazione dei diritti avviene secondo un modello costitutivo ("*title by registration*"), che contrasta con l'impostazione dichiarativa e pubblicitaria del sistema tavolare italiano³⁰.

Nel corso della trattazione si analizzerà, dunque, come la proprietà di concezione britannica, caratterizzata da una minore autonomia privata nella gestione dello sviluppo urbanistico, può rapportarsi allo sviluppo del territorio e, soprattutto, alla possibilità che i privati possano concorrere ad esso a mezzo dei pochi meccanismi

radici comuni. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo* (ed. Giuffrè), 2005, critica la frammentazione dei modelli giuridici e valorizza l'idea di una comune tradizione giuridica occidentale fondata su principi costituzionali condivisi.

³⁰ R. HOME, *Land ownership in the United Kingdom: Trends, preferences and future challenges*, in *Land Use Policy*. 26, 2009.

legali di aumento della potenzialità edificatoria previsti dall'ordinamento del Regno Unito (cd. Airspace Development).

Il confronto tra sistema italiano e britannico, pur muovendosi entro coordinate culturali e giuridiche profondamente differenti, può offrire stimoli rilevanti per il contesto domestico. La forte separazione tra titolarità fondiaria e potere edificatorio, l'accento sulla valutazione discrezionale caso per caso e la funzione strumentale della proprietà rispetto al governo del territorio, evidenziano modelli alternativi di equilibrio tra interesse pubblico e iniziativa privata che sembrerebbero quasi sposare le tesi dei cd. pubblicisti, pur provenendo dal Paese dove, in effetti, ciò che è pubblico è, alla fin fine, della Corona.

CAPITOLO II

Epistemologia dei diritti edificatori

Sommario: 1. Evoluzione storico-normativa dello *ius aedificandi*; 1.1 La legge urbanistica 1150/1942 e lo “zoning”; 1.2 La legge “Ponte” 765/1967: l’introduzione degli standard; 1.3 La legge cd. Bucalossi e l’approdo al Testo Unico Edilizia del 2001; 2. Natura e “specie” dei diritti edificatori tra dottrina e giurisprudenza; 2.1 L’art. 2643 n. 2 bis e la positivizzazione dei diritti edificatori; 2.2. La reificazione della volumetria intesa come “bene”; 2.3 Ipotesi di realtà del diritto edificatorio; 2.4 L’interesse legittimo allo sfruttamento edilizio; 2.5 La chance al credito di volumetria; 2.6 Gli interventi delle Sezioni Unite.

1. Evoluzione storico-normativa dello *ius aedificandi*.

Come chiarito nel Capitolo I, lo studio della cessione di cubatura non può prescindere dalla ricostruzione storica dell’istituto, così come, *a fortiori*, non può prescindere da una puntuale ricostruzione dell’oggetto medesimo della cessione, ovvero il diritto edificatorio, storicamente definito – invero, *ius aedificandi* – come la facoltà dei privati di costruire edifici su un proprio suolo, seppur con il costante controllo pubblico a presidio degli interessi superindividuali di sfruttamento del territorio³¹.

Tale ricostruzione assume dei caratteri quantomeno scivolosi, come già fatto notare da autorevole dottrina, dal momento che l’indagine sulla natura giuridica dello *ius aedificandi*, sfocia, quasi totalmente, nella legislazione speciale, a conferma del carattere extra codicistico della proprietà edilizia³². Alla natura quasi prevalentemente extracodicistica della disciplina in parola, si è aggiunta, come si vedrà nel presente paragrafo, l’importante stratificazione di norme urbanistiche (il cui campo di indagine sarà circoscritto a quelle statali) che, seppur indirettamente, hanno contribuito a stimolare l’indagine sulla natura stessa dello *ius aedificandi* e del suo complicato rapporto con il diritto di proprietà.

³¹ A. GAMBARO, La proprietà edilizia – *Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990.

³² Come correttamente fatto notare da M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. cit., che rinvia a A. GAMBARO, La proprietà edilizia, op. ult. Cit.

1.1. La Legge Urbanistica 1150/1942 e lo “zoning”.

Il principiarsi dell’annoso rapporto tra *ius aedificandi* e diritto di proprietà – quantomeno in epoca moderna - deve essere necessariamente ricondotto al 1942, anno di promulgazione sia della Legge Urbanistica Generale n. 1150, con conseguente introduzione del cd. *zoning*, ovvero la divisione del territorio in zone, sia del Codice civile, al cui art. 832 si riconosceva per la prima volta la proprietà piena, in luogo della proprietà assoluta figlia del Codice del 1865, incasellando il diritto reale *par excellence* nella prospettiva collettiva.

Fino al 1942, infatti, lo sfruttamento edilizio del suolo era sostanzialmente rimesso alla libera iniziativa del privato proprietario del suolo posto che, ad eccezione delle uniche norme in tema di igiene e salubrità degli ambienti, alcun dato positivo gli impediva – o anche solo limitava il suo diritto - di edificare liberamente il proprio suolo³³, naturalmente ad eccezione di quanto disposto dal Codice civile in tema di divieto di disturbo dell’altrui proprietà.

La *ratio* dello *zoning*, dal canto suo, era tutta da ricercarsi nell’art. 7 comma 2 n. 2 della Legge Urbanistica che prescrive la divisione del Piano regolatore in “*zone del territorio comunale con la precisazione delle zone destinate all’espansione dell’aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona*”³⁴.

Il controllo dell’effettiva destinazione delle zone così intese era affidato, dalla medesima L.U., all’inedita *licenza edilizia*, prevista dall’allora vigente art. 31 comma 1 per i Comuni dotati di Piano regolatore³⁵, che subordinava l’attività edilizia del privato al rilascio, appunto, della licenza edilizia da parte del Comune. L’Ente locale, in tal modo, manteneva il controllo delle attività di trasformazione del territorio del centro urbano, dotata appunto di Piano regolatore.

³³ G. PICCO e A.M. MAROCCO, *Convenzioni urbanistiche nell’esperienza notarile e disciplina dell’edilizia in Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati* a cura di M. COSTANTINO, Milano, 1954.

³⁴ Il comma citato è stato, come noto, travolto dalla dichiarazione di incostituzionalità con sentenza della Corte costituzionale n. 179 del 20 maggio 1999, nella parte in cui si consentiva all’amministrazione di reiterare i vincoli urbanistici scaduti, preordinati all’espropriazione o che comportavano l’inedificabilità, senza la previsione di indennizzo secondo le modalità legislativamente previste ed in conformità ai principi.

³⁵ Utile, a tal fine, notare che la disposizione che disciplina il contenuto del Piano regolatore, appunto l’art. 7, preceda di molto la licenza edilizia dell’art. 31.

L'approvazione della Carta costituzionale si pose in continuità con la nuova concezione di proprietà piena e non più assoluta, introducendone all'art. 42 la relativa disciplina.

La sintesi è comunque chiara ed era direttamente ricavabile dal dato positivo: per la prima volta il diritto ad edificare incontrava il proprio limite nell'interesse pubblico. Il privato, dunque, poteva incontrare la limitazione dell'atto amministrativo – in questo caso, il Piano regolatore in armonia con il quale doveva essere rilasciata la licenza edilizia – allo sfruttamento del diritto di proprietà in senso assoluto³⁶.

1.2. La legge “Ponte” 765/1967: l'introduzione degli standard

Se pur la Legge Urbanistica lasciasse ancora qualche “spazio” all'attività edificatoria incontrollata al di fuori dei centri urbani e, più precisamente, nei territori non dotati di Piano regolatore, la definitiva procedimentalizzazione dello *ius aedificandi*³⁷ si ebbe con la cd. Legge Ponte n. 765 del 1.9.1967. L'art. 10, infatti, sostituendo l'ormai obsoleto articolo 31 della Legge Urbanistica³⁸, estese l'obbligo di licenza edilizia in tutto il territorio, e non solo per la costruzione, ma anche per la modifica, l'ampliamento e la demolizione di opere già esistenti. L'assetto del territorio incontrava la sua positivizzazione.

La Legge Ponte non si limitò ad ampliare la portata della licenza edilizia con il riportato art. 10, ma agli artt. 17-19 introdusse l'innovativo strumento degli *standard*

³⁶ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico – manuale breve*, Giuffrè, Milano 2014.

³⁷ M. CRISCI, *Lo ius aedificandi. breve storia della procedimentalizzazione di un diritto, op. ult. Cit.*

³⁸ L'art. 10 della Legge Ponte: “L'articolo 31 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, è sostituito dal seguente:

“Chiunque intenda nell'ambito del territorio comunale eseguire nuove costruzioni, ampliare, modificare o demolire quelle esistenti ovvero procedere all'esecuzione di opere di urbanizzazione del terreno, deve chiedere apposita licenza al sindaco.

Per le opere da eseguire su terreni demaniali, compreso il demanio marittimo, ad eccezione delle opere destinate alla difesa nazionale, compete all'Amministrazione dei lavori pubblici, d'intesa con le Amministrazioni interessate e sentito il Comune, accertare che le opere stesse non siano in contrasto con le prescrizioni del piano regolatore generale o del regolamento edilizio vigente nel territorio comunale in cui esse ricadono.

Per le opere da costruirsi da privati su aree demaniali deve essere richiesta sempre la licenza del sindaco. Gli atti di compravendita di terreni abusivamente lottizzati a scopo residenziale sono nulli ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza di una lottizzazione autorizzata.

La concessione della licenza è comune e in ogni caso subordinata alla esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla previsione da parte dei Comuni dell'attuazione delle stesse nel successivo triennio o all'impegno dei privati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alle costruzioni oggetto della licenza”.

urbanistici, garantendo un nuovo assetto del territorio, maggiormente ragionato rispetto a quanto fino ad allora previsto³⁹.

I citati artt. 17-19 della legge n. 765 del 1967 che hanno inserito l'art. 41-quinquies della legge n. 1150 del 1942 introducendo per la prima volta il concetto di standard edilizi, individuano gli indici inderogabili di densità edilizia, quale espressione del rapporto tra la superficie interessata dall'intervento edificatorio e il volume del fabbricato realizzando.

Siffatti limiti sono determinati, di volta in volta, con riguardo a ben precisi criteri, quali in via esemplificativa la superficie edificabile in proprietà, le distanze tra i costruendi edifici, le aree destinate alle opere di urbanizzazione, alle attività collettive, pubbliche o private, a parcheggi, ed a verde pubblico⁴⁰. In buona sostanza, gli standard planovolumetrici che assegnavano a un determinato comparto un preciso limite di volumetria realizzabile⁴¹.

Inaspettatamente, fu proprio l'introduzione degli standards planovolumetrici a stimolare, per la prima volta, la circolazione dello *ius aedificandi* (che sarebbe divenuto, poi, diritto edificatorio) tra i proprietari di terreni, ovviamente, edificabili⁴². Vennero, dunque, a crearsi dei primi ed embrionali esempi di micropianificazione organizzata che sostanzialmente aggiravano gli standard planovolumetrici⁴³. Nell'assenza di un espresso divieto della legge, un proprietario poteva vendere il proprio *ius aedificandi* ad altro proprietario interessato ad edificare, ma in deficit di standard. In tal modo, rispettando gli standard imposti dalla Legge Ponte per i comparti – per l'effetto che, all'aumentare dello standard su di un terreno diminuiva lo standard sul terreno cedente - la medesima norma consentiva ai privati di accordarsi come meglio ritenevano⁴⁴.

La Legge Ponte consegnava una disciplina urbanistica matura, che si sarebbe tradotta in strumenti urbanistici dettagliati come mai prima e che, dunque, lasciava sempre meno spazio alla discrezionalità dell'Amministrazione (ancora del Sindaco) in sede di rilascio delle licenze edilizie di volta in volta richieste dal privato.

³⁹ La fondamentale importanza dei tre articoli è testimoniata dal successivo DM 1444/1968 attuativo della cd. Legge Ponte, a mezzo del quale si introdussero i limiti inderogabili di densità edilizia, altezza e distanza tra i fabbricati a tutela di un consumo ragionato del suolo e della salubrità pubblica (si pensi al famigerato limite dei cd. dieci metri tra pareti finestrate.

⁴⁰ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in Riv. notariato, fasc.4, 2012.

⁴¹ Id est, il famoso rapporto mc/mq.

⁴² G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. ult. cit.

⁴³ A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, op. ult. Cit.

⁴⁴ B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013.

Maggiore, dunque, era la precisione nell'attività pianificatoria, tanto più si contraeva la discrezionalità dell'amministrazione in sede di rilascio del titolo, che, dunque diventava l'applicazione quasi didascalica delle norme di Piano⁴⁵.

Da tale ricostruzione si faceva derivare la conseguenza che lo *ius aedificandi* consiste certo in «un'attività che sorge limitata e controllata», e tuttavia i piani regolatori e standard edilizi si collocano tra quegli elementi che semplicemente delimitano il contenuto del diritto di proprietà, costituendo limiti *ex lege* alla facoltà di godimento che si attua mediante l'attività edificatoria⁴⁶.

Proprio l'impianto normativo della rinnovata Legge Urbanistica a mezzo dell'intervento della cd. Legge Ponte, da leggersi tenendo ben presente il faro dell'art. 42 Cost., favorirono il primo dibattito dottrinale sulla natura dello *ius aedificandi*; da un lato si sviluppava, infatti, la teoria della cd. attribuzione⁴⁷ secondo la quale l'edificazione non afferiva direttamente al diritto di proprietà, costituendo a sua volta un diritto soggettivo in capo al proprietario, bensì esso veniva concesso dallo Stato ai privati; a questa si contrapponeva la cd. teoria della conformazione⁴⁸ che sosteneva pienamente, invece, il diritto ad edificare quale diretto corollario del diritto di proprietà del suolo, pur riconoscendone i limiti ad esso apponibili dalla Pubblica Amministrazione per tutelare l'interesse collettivo.

Nel solco di tale confronto intervenne la Corte costituzionale, che si espresse con le sentenze 20 gennaio 1966 n. 630 e 9 maggio 1968 n. 55 che sostanzialmente, anche all'indomani dell'approvazione della Legge Ponte, confermarono l'inerenza dello *ius aedificandi* con il diritto di proprietà.

La coerenza tra la garanzia istituzionale del diritto di proprietà sancita dall'art. 42 della Costituzione e il potere del legislatore di espropriare, sopprimere o limitare tale diritto per ragioni di utilità sociale — purché tali limiti non ne svuotassero completamente il contenuto — poteva essere assicurata, secondo la Consulta, solo seguendo questo specifico percorso argomentativo⁴⁹.

⁴⁵ N. ASSINI, M. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano 1997.

⁴⁶ Cassazione Civile, Sez. Un., 4 luglio 1973, n. 1867, in *Mass. Giur. It.*, 1973, pp. 668-670.

⁴⁷ Per tutti, A.M. SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1978, II e A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Giuffrè, Milano 1977.

⁴⁸ A. GAMBARO, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975.

⁴⁹ Sulla ricostruzione del percorso logico-argomentativo della Consulta si veda D.M. TRAINA nel prezioso contributo, *Lo ius aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà? In Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, a cura di D.M. TRAINA, Cesifin online, 2014.

1.3. *La legge cd. Bucalossi e il successivo approdo al Testo Unico Edilizia del 2001.*

L'eco delle sentenze della Consulta appena citate ispirò il Legislatore del 1977 che arrivò ad approvare la legge n. 10 cd. Legge Bucalossi.

La norma prevedeva una peculiare modifica, apparentemente solo semantica, della licenza edilizia prevista dalla Legge Urbanistica e poi "ampliata" dalla Legge Ponte. Essa, infatti, da licenza diventava *concessione*.

L'intenzione del Legislatore era chiara, se non del tutto disancorare lo *ius aedificandi* dal diritto di proprietà⁵⁰, l'obiettivo era comunque quello di attrarlo nella sfera della *potestas* pubblica.

Pur con qualche incertezza circa la portata effettiva della concessione e i presupposti per il suo rilascio⁵¹, ci si avvicina velocemente alla piena procedimentalizzazione del diritto ad edificare, ormai sottoposto del tutto all'emissione di un atto tipico e formale, con un procedimento amministrativo definito che portava alla sua adozione. La nuova prospettiva condusse a ritenere che l'acquisto dello *ius aedificandi* da parte del titolare del diritto di proprietà del suolo avvenisse solo in seguito al rilascio del provvedimento concessorio, previo pagamento degli oneri determinati dal legislatore: tra il pagamento degli oneri concessori e il rilascio del permesso di costruire sussisterebbe un nesso sinallagmatico, che consentirebbe di ricostruire dogmaticamente la fattispecie convenzionale come un contratto di diritto pubblico⁵².

L'occasione fu, però, prontamente colta dalla Corte costituzionale che tornò a pronunciarsi sul diritto ad edificare con la nota sentenza n. 5 del 1980, tramite la quale i Giudici riaffermarono vigorosamente l'appartenenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà quale suo corollario. La pronuncia, pur intervenendo sul tema incidentalmente delineava che "... il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà ...", e che la "... concessione ad edificare non è attributiva di diritti nuovi

⁵⁰ Sui lavori preparatori della Legge Bucalossi si rinvia a D.M. Traina, *Lo ius aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?* op. ult. cit.

⁵¹ M. CRISCI, *Lo ius aedificandi. breve storia della procedimentalizzazione di un diritto*, op. ult. cit, correttamente evidenzia che la concessione edilizia, infatti, era intesa come un "atto dovuto" ove fossero rispettati tutti i parametri imposti dalla legge e dal piano regolatore, peraltro dotato dei caratteri dell'irrevocabilità e della trasferibilità, alla stregua di un vero e proprio "acquisto" del diritto edificatorio. Caratteri, questi, del tutto estranei ai provvedimenti concessori, ove la pubblica amministrazione è invero titolare del duplice potere di negare l'attribuzione per ragioni di opportunità ed interesse e di revocare in ogni momento la situazione giuridica costituita in capo al privato; mentre, specularmente, quest'ultimo non poteva trasferire quanto concesso in quanto situazione giuridica attribuita *propter personam*.

⁵² G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. ult. cit.;

ma presuppone facoltà preesistenti, sicché sotto questo profilo non adempie a funzione sostanzialmente diversa da quella dell'antica licenza”.

La vicenda quasi squisitamente nominalistica e semantica⁵³ della concessione che, all'apparenza, tanto l'aveva separata invece sul piano ontologico dalla licenza della Legge Urbanistica, si ritrasse fino all'approvazione del nuovo (e tutt'ora vigente - nonostante, sia consentito, gli evidenti segni dell'età) Testo Unico dell'Edilizia approvato con Decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 6 giugno 2001.

Nel nuovo Testo, infatti, la concessione diveniva Permesso ferma, comunque, la debenza del nuovo contributo di costruzione previsto dall'art. 16 del D.P.R. 380/2001. E dal medesimo articolo 1 della Legge Bucalossi si può ricavare anche che, per la prima volta, si prendeva in considerazione la natura immateriale dello *ius aedificandi*, anche e soprattutto rispetto alla propria attitudine di trasformazione del territorio. In altre parole, lo *ius aedificandi* consentiva non solo il compimento di attività edilizia “materiale” (dunque l'edificazione o la trasformazione di un fabbricato insistente su un suolo), ma anche la sua trasformazione squisitamente urbanistica a mezzo delle sue vicende circolatorie⁵⁴.

Attenta dottrina proprio nell'analisi dell'articolato del DPR 380/2001, ha acutamente evidenziato la possibilità che, in virtù anche di quanto disposto dall'art. 9 del DPR, lo *ius aedificandi* non inerisca più al diritto dominicale di proprietà, bensì discenda dalla pianificazione urbanistica che, per l'appunto, assegna a una determinata area un preciso indice edificatorio⁵⁵.

Secondo l'Autore, infatti, la possibilità riservata al Legislatore regionale di incidere sull'attività edificatoria del privato, fino ad eliminarla del tutto (si pensi ai vincoli di inedificabilità) comporterebbe che lo *ius aedificandi* sia generato direttamente dall'attività pianificatoria e, dunque, totalmente scorporata dal diritto di proprietà. L'edificabilità, dunque, non costituirebbe più una caratteristica connaturale della proprietà del suolo, ma un attributo che può liberamente attribuito dal piano urbanistico al proprietario dell'area interessata. Lo *ius aedificandi*, dunque, sarebbe

⁵³ A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, op. ult. Cit.

⁵⁴ V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di N. IRTI, Giuffrè, 1980.

⁵⁵ M. CRISCI, *Lo ius aedificandi. breve storia della procedimentalizzazione di un diritto*, op. ult. Cit., che sul tema rinvia a D.M. TRAINA, *Lo ius aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?* op. ult. cit.

una concessione riconosciuta dal potere amministrativo al privato, e non una connaturale caratteristica del diritto di proprietà fondiaria⁵⁶.

Tale ricostruzione sarebbe rafforzata, ad avviso della medesima dottrina, dalla sola esistenza della compensazione e dell'incentivazione che genererebbero dei diritti edificatori (cd. crediti edilizi) totalmente scollegati da qualunque rapporto di proprietà con il suolo, differentemente dalla perequazione e dalla cessione di cubatura che, invece, vedono l'assegnazione dello *ius aedificandi* preventivamente a tutti i terreni. Così si arriverebbe a sostenere che le compensazioni e le premialità urbanistiche posanno dimostrare l'effettivo scorporo del diritto ad edificare rispetto al diritto di proprietà che, inerme, resterebbe in totale balia della pianificazione urbanistica⁵⁷. A ciò aggiungasi che l'utilizzo del *nomen* crediti edilizi, qualora nascenti da compensazione e incentivazione, è atecnico. Il privato, infatti, non nutre mai nei confronti del Comune un diritto perfetto, eventualmente eseguibile in forma specifica⁵⁸.

Quanto riportato, però, parrebbe non tenere in considerazione un primo elemento, ovvero che l'art. 2643 c.c. n. 2bis (di cui si dirà meglio al successivo §2) discorrendo di diritti edificatori "comunque denominati" ne assume la genericità del *genus*, anche in ordine alla loro stessa vicenda genetica. Non si esclude, dunque, che il credito edilizio possa nascere separato da un fondo, differentemente da un'altra *species* di *ius aedificandi* che, invece, dal fondo nasce e si "distacca" (nel caso di perequazione e cessione di cubatura). Tuttavia, il credito edilizio necessita comunque, per il suo scopo finitimo, di un fondo per essere sfruttato e, logicamente, del suo proprietario che ne possa disporre *usque ad caelum (ad sidera), et usque ad inferos*.

⁵⁶ D.M. TRAINA, *Lo ius aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?* op. ult. cit.

⁵⁷ Sia consentito rilevare che tale ricostruzione squisitamente pubblicistica dello *ius aedificandi* muove dall'art. 9 DPR 380/2001 che, comunque, rappresenta una fattispecie fortemente peculiare (l'edificazione in Comuni senza Piano regolatore o, più frequentemente di cd. Zone bianche per le quali, a mente della giurisprudenza, il Comune ha l'obbligo di ripianificare). La ratio della norma, infatti, è quella di preservare un assetto pianificatorio "medio" in attesa della successiva ripianificazione. Ed anzi, appare una scelta più favorevole al proprietario dal momento che il Legislatore ben avrebbe potuto vietare del tutto l'edificazione in attesa della successiva ripianificazione della zona bianca. Assorgerla, dunque, a fonte purificatrice della patrimonialità e dell'inerenza del diritto ad edificare al più ampio diritto di proprietà apparrebbe, forse, esercizio ermeneutico troppo faticoso. D'altronde, se è vero come è vero che lo *ius aedificandi* si piega e si modifica al tempo del suo esercizio come afferma D.M. TRAINA in *Lo ius aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?* op. ult. cit in riferimento alla chiarissima riconduzione dello *ius aedificandi*, da parte della Corte costituzionale, all'alveo del diritto di proprietà, parlare oggi di intere aree del Paese senza Piano regolatore appare fin troppo peculiare e, forse, inusuale.

⁵⁸ P. STELLA RICHTER, *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica, in Studi in ordine di Piga*, Milano, 1992.

Di più, nel caso di compensazione, la tesi dell'incompatibilità della genesi dello *ius aedificandi* con la sua inerenza al diritto di proprietà risulterebbe, comunque, priva della sua necessaria riconduzione alla circostanza che la compensazione prevede, in effetti, la cessione di un fondo a titolo gratuito dal privato all'Amministrazione. E quasi ancor di più dimostra, invece, che lo *ius aedificandi* è intimamente connesso alla di proprietà fondiaria anche qualora questa non (si pensi alle aree individuate per Edilizia residenziale pubblica, originariamente prive di potenzialità edificatoria, a fronte delle quali l'Amministrazione riconosce al proprietario diritti edificatori compensativi da poter sfruttare su un altro fondo.

Si cadrebbe, dunque, in un equivoco se si ritenesse lo *ius aedificandi* come una concessione "calata dall'alto" dall'Amministrazione. Se pur è vero, infatti, che il Piano può sia prevedere precisi indici di edificabilità del fondo, così come può negarne lo sfruttamento edilizio, in capo a chi si sostanzierebbe tale diritto ad edificare, se non al proprietario del terreno, od a un suo dante causa?

Già con la nuova disciplina codicistica e costituzionale della proprietà si è passati, infatti, ad una proprietà assoluta nell'esercizio e nel godimento della medesima tra privati, ma "piena", e quindi comprimibile in caso di esigenza, nei confronti del superiore pubblico potere⁵⁹.

L'attività di sfruttamento edilizio del territorio, infatti, appartiene tanto alla disciplina urbanistica quanto a quella privatistica, con l'evidente preponderanza della prima rispetto alla seconda, se non altro per interessi pubblici di tutta evidenza che, come noto, prevalgono sugli interessi privati. Tuttavia, ciò non può di certo condurre all'ablazione nella prospettiva pubblicistica di un diritto indubbiamente afferente la proprietà privata, sia per la sua genesi che per il suo sfruttamento.

La compressione del diritto ad edificare, comunque, deve essere sempre sorretta da un preciso e chiaro interesse pubblico che deve trovare dimora nella motivazione puntuale resa dall'Autorità pubblica⁶⁰. Tale interesse, invero, non si deve necessariamente tradurre nella pubblica necessità, ma anche nella "sola" discrezionalità tecnica che informa il procedimento amministrativo nell'attività edilizia.

⁵⁹ C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *Diritto civile*, 2017

⁶⁰ Principi positivizzati negli artt. 1 della Legge 241 del 7 agosto 1990.

Ad ogni modo, con riferimento allo *ius aedificandi*, la rinnovata attenzione sul dibattito ha condotto parte della dottrina a discutere di “modulo di attività”⁶¹, che cavalca il diritto privato e il diritto pubblico (*rectius*, amministrativo) nella pur sempre imprescindibile inviolabilità del diritto di proprietà, quantomeno nella misura minima del suo contenuto⁶² ove vi affonda la propria ragione storica e modellato in astratto dall'ordinamento⁶³.

Si è infatti avuto modo di notare, nel corso del presente paragrafo, che tutte le ricostruzioni offerte dalla dottrina sullo *ius aedificandi*, in ultimo, lo riconducono comunque ad una facoltà proprietaria, a prescindere dal momento genetico riferibile al privato (come una naturale estrinsecazione della proprietà edilizia) o alla pubblica amministrazione (quale fattispecie insita nella previsione di Piano)⁶⁴.

Invero, dal punto di vista squisitamente privatistico, il diritto ad edificare trova dimora nella disciplina della proprietà edilizia in luogo della più generica proprietà-godimento, anche e soprattutto al fine di evitare il sovrapporsi dei due piani di disciplina⁶⁵. Ed infatti, la sua tutela non può essere ambigualmente ricondotta tanto alle norme di diritto privato, tanto alla legislazione speciale, dal momento che lo stesso Codice distingue le disposizioni che lo integrano nella parte relativa ai rapporti tra proprietari da quelle che lo completano in ordine agli interessi generali, con conseguenze diverse in relazione alla loro violazione⁶⁶.

È evidente che lo *ius aedificandi* debba godere di una propria autonomia giuridica rispetto alle situazioni proprietarie tradizionali. Per sua stessa natura, esso deve essere precisamente ricondotto a un determinato proprietario e mediato dall'intervento della Pubblica Amministrazione, che ci si riferisca al momento genetico, al momento del suo trasferimento o, infine del suo sfruttamento edilizio⁶⁷. D'altro canto, anche sotto il profilo meramente nominalistico e semantico lo *ius aedificandi* non può riferirsi a un

⁶¹ G. PICCO e A.M. MAROCCO, *Convenzioni urbanistiche nell'esperienza notarile e disciplina dell'edilizia* op. ult. cit.

⁶² L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in Riv. crit. dir. priv., 1988.

⁶³ G. PICCO e A.M. MAROCCO, *Convenzioni urbanistiche nell'esperienza notarile e disciplina dell'edilizia* op. ult. Cit.

⁶⁴ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. ult. Cit., il quale, rinviando anche a A. CANDIAN, *Il contratto*, fa giustamente notare che la teoria dell'appartenenza alla P.A. non indica mai a quale categoria di beni ed elementi del patrimonio pubblico tale, *facoltà debba essere ascritta*

⁶⁵ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. ult. cit.; A. DI MAJO - L. FRANCIARIO, voce "Proprietà edilizia", in *Enc. dir.*, vol. XXXVII.

⁶⁶ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. ult. cit.

⁶⁷ A. DI MAJO - L. FRANCIARIO, voce "Proprietà edilizia", op. ult. Cit.

diritto vantato sulla cosa (men che meno può essere definito come bene, ma tale aspetto verrà affrontato diffusamente *infra*), non potendosi ricondurre a quell'alveo di attività più o meno indifferenziate (fatti salvi gli atti emulativi) che il proprietario può esercitare su una cosa immobile. Esso, infatti, presuppone lo svolgimento di attività sicuramente materiali sulla cosa immobile, ma che ne comportino la sua trasformazione⁶⁸.

Se quanto riportato è vero, allora l'attenzione deve essere ricondotta ai rischi che deriverebbero dalla catalogazione fumosa e generica dello *ius aedificandi* e dal suo conseguente uso promiscuo, con riferimento alle diverse utilità che un proprietario può ricavare dalla cosa immobile. Se, infatti, il potenziale sfruttamento edilizio della cosa immobile in capo al proprietario può e deve essere mediato da un rapporto di legittimazione con la Pubblica Amministrazione (a mezzo, appunto, della concessione edilizia), non può negarsi l'appartenenza in capo al proprietario medesimo non solo del bene immobile da trasformare, ma anche e soprattutto in capo al diritto alla trasformazione edilizia. Dall'appartenenza deve discendere la garanzia, nei confronti del proprietario, che nessun soggetto non legittimato possa realizzare rilevanti trasformazioni edilizie sul proprio bene immobile e, conseguentemente, prevedere idonei strumenti sia per la tutela che per la circolazione del proprio diritto ad edificare, una volta generatasi la relativa appartenenza⁶⁹.

La progressiva autonomia che lo *ius aedificandi* ha guadagnato rispetto alle situazioni proprietarie tradizionali, poi, ben dimostrerebbe come lo stesso arrivi quasi a perdere di vigore se rapportato (come si vedrà meglio al Cap. III) invece, alle sue vicende circolatorie⁷⁰.

Ciò ben si spiegherebbe con riferimento alla tesi della separazione tra le differenti posizioni soggettive di *ius aedificandi* e diritto edificatorio. A mente della stessa, infatti, il primo è una facoltà inerente alla titolarità del diritto di proprietà e, benché anche il diritto edificatorio sia legato alla titolarità, solo questo è trasferibile autonomamente rispetto al diritto sulla cosa. In particolare, lo *ius aedificandi* è il diritto all'esercizio di un'attività economica di trasformazione del suolo mediante la

⁶⁸ V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi*, op. ult. Cit.,

⁶⁹ A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, op. ult. Cit.; A. DI MAJO - L. FRANCIOSI, voce "Proprietà edilizia", op. ult. Cit.

⁷⁰ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. ult. cit.

realizzazione di opere edilizie sottese ad un regime amministrativo⁷¹. Tale attività risulterebbe comunque sottoposta alla pianificazione urbanistica che ne determina le modalità di esercizio. Coerentemente con quanto riportato, pertanto, i diritti edificatori indicano la misura dello *ius aedificandi* esercitabile sul fondo.

Tale tesi ben appare coerente con la riconduzione (che verrà maggiormente approfondita *infra* §2) del diritto edificatorio alla *chance* discendente dall'interesse legittimo pretensivo vantato dal cessionario nei confronti della Pubblica Amministrazione al rilascio del Permesso di costruire maggiorato⁷² e sembrerebbe garantire l'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà e risolvere altresì, i delicati problemi di qualificazione giuridica dei trasferimenti di volumetria⁷³.

La ricostruzione della natura e del percorso dei diritti edificatori tra la dottrina e la giurisprudenza in Italia consente, dunque, di ridimensionarne la rilevanza nella dinamica della cessione della volumetria, atteso anche il fondamentale rapporto che intercorre tra l'atto di autonomia privata che consente il trasferimento del diritto edificatorio (la cessione, appunto) ed il permesso di costruire maggiorato, estrinsecazione della necessaria, e opportuna, ponderazione tra interesse pubblico alla corretta modificazione del territorio, e interesse privato allo sfruttamento edilizio – e, dunque, con la rilevanza economica, ancor prima che giuridica, che tale operazione riveste nei confronti del cessionario – del proprio diritto edificatorio.

2. Natura e “specie” dei diritti edificatori tra dottrina e giurisprudenza.

Svolta una doverosa premessa ricostruttiva dello *ius aedificandi*, si impone ora un'analisi dei diritti edificatori, precipuo oggetto del contratto di cessione di cubatura, ben fermo quanto rilevato nel precedente paragrafo circa la loro relazione con lo *ius aedificandi*.

Come già si è avuto modo di accennare, l'introduzione degli standard planovolumetrici nella Legge Ponte favorì l'avvento dei cd. accordi di micropianificazione, a mezzo dei

⁷¹ A. MALTONI, *Perequazione e compensazione nella legislazione urbanistica della Regione Emilia-Romagna e nella disciplina di alcuni strumenti urbanistici locali. Considerazioni generali in tema di alienazione di diritti edificatori*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto* a cura di A. BARTOLINI e A. MALTONI, Napoli, 2009.

⁷² A. BARTOLINI, *Profili giuridici del cd. credito di volumetria*, op. cit. ,

⁷³ F. SAITTA, *Jus aedificandi o... dovere di costruire?*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, VI

quali il proprietario di un'area edificabile trasferiva la propria volumetria al proprietario di altra area edificabile adiacente alla medesima⁷⁴.

Tali accordi anticiparono, in un certo senso, quel che sarebbe stato poi, successivamente, previsto dalle norme regionali e dai Piani regolatori dei Comuni a partire dai primi anni Novanta con gli strumenti edificatori della perequazione, compensazione e incentivazione urbanistica, tutti raggruppabili nell'insieme della cd. urbanistica consensuale⁷⁵.

La distinzione fra perequazione, compensazione e incentivazione urbanistica, pur trattandosi di istituti complementari e spesso utilizzati congiuntamente nella pianificazione territoriale, deve essere tracciata sul piano teorico e applicativo⁷⁶. Tuttavia, tale tentativo si dimostra ancor più faticosa se, come spesso accade, l'applicazione degli istituti della perequazione e della compensazione differisce in maniera tanto significativa, da Comune a Comune, da rendere difficilmente identificabili dei precisi confini, quantomeno ontologici. Utile potrebbe essere discutere, fermi, appunto, i difficili tentativi di catalogazione, di *perequazioni* e *compensazioni*⁷⁷.

In termini generali, le perequazioni urbanistiche emergono come istituto orientato a una redistribuzione equa e generalizzata dei valori immobiliari derivanti dalle trasformazioni urbane. Essa si fonda su una logica distributiva che consente di bilanciare gli effetti disparati che la pianificazione territoriale può generare nei confronti di differenti proprietari. In tale contesto, il diritto edificatorio non rimane legato esclusivamente alla posizione fisica del terreno ma diviene astratto, negoziabile e trasferibile tra i diversi lotti, generando una sorta di "mercato secondario" dei diritti edificatori. Questo processo, spesso definito come "smaterializzazione" del diritto edificatorio, permette una maggiore flessibilità nella gestione urbanistica e favorisce una dimensione equitativa nell'attribuzione del valore economico generato dalla

⁷⁴ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura* op. cit., ricorda che è stato prospettato in dottrina che il sistema del trasferimento di cubatura sia sorto come una delle possibili soluzioni al sistema previsto dalla legislazione urbanistica del quale sono parte i comparti edificatori e la perequazione dei volumi. Aggiunge che la questione dello *ius aedificandi* deve essere sottratta dalla problematica dei trasferimenti di cubatura, in considerazione, a tacer d'altro, della diversità sempre più marcata tra esso e le facoltà inerenti alla proprietà in senso tradizionale.

⁷⁵ E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, op.cit.

⁷⁶ P. URBANI, *L'urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011; Id., *Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica comunale*, in AA.VV., *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, op. cit.

⁷⁷ I termini sono di E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, op. ult. Cit.

pianificazione stessa⁷⁸. Obiettivo di tale modello è il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale, attraverso la distribuzione del numero, l'entità e l'allocazione delle aree, secondo il criterio del maximin (*maximum minimorum*)⁷⁹.

La perequazione, nella sua duplice variante *endo-ambito* (riguardante singole zone omogenee definite nel piano) o *diffusa* (applicabile su scala comunale)⁸⁰, rappresenta un avanzato strumento di solidarietà territoriale, consentendo a tutti i proprietari coinvolti di partecipare proporzionalmente ai benefici e agli oneri derivanti dall'intervento urbanistico, senza dover ricorrere all'autoritarismo intrinseco nell'espropriazione⁸¹.

Diversamente, le compensazioni urbanistiche presentano un carattere intrinsecamente alternativo all'esproprio tradizionale, così come disciplinato dal DPR 327/2001. Esse intervengono quando l'Amministrazione, al momento dell'imposizione del vincolo espropriativo su determinati terreni, destinati alla realizzazione di opere pubbliche, propone l'indennizzo in "volumetria", dunque diritti edificatori, in luogo del tradizionale indennizzo pecuniario. Tale diritto edificatorio trasferibile su altre aree idonee, individuate dall'Amministrazione in base, ad esempio, alla medesima destinazione d'uso assegnatele preventivamente dallo strumento pianificatorio generale. Già da questi generalissimi tratti forniti appare che la compensazione operi su basi giuridicamente più rigorose rispetto alla perequazione, dato che richiede una previa formalizzazione dei vincoli espropriativi e un atto amministrativo specifico che definisca chiaramente il diritto attribuito⁸². In tal senso, la giurisprudenza amministrativa (in particolare il Tar Lombardia, sent. n.1279/2020) ha sottolineato che tale compensazione ha natura squisitamente indennitaria e si configura come un'alternativa sostanziale e procedurale all'indennizzo monetario, potendosi arrivare a discutere di cd. "moneta volumetrica"⁸³.

L'incentivazione urbanistica si distingue nettamente dai due istituti precedenti per la sua specifica natura premiale. Essa non è legata alla redistribuzione di valori né a un

⁷⁸ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. ult. cit.;

⁷⁹ E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, Op. ult. Cit.

⁸⁰ P. URBANI, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, relazioni pubblicate tutte negli atti del Convegno organizzato dalla società Paradigma nel mese di febbraio 2009 in Milano.

⁸¹ Per una dettagliata ricostruzione delle perequazioni e compensazioni urbanistiche nelle loro diverse sfaccettature si rinvia al prezioso lavoro di G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, ult. Op. cit.;

⁸² P. CIRILLO, *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi*, su www.giustizia-amministrativa.it.

⁸³ L'espressione è di E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, Op. ult. Cit, cui precipuamente rimanda G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, ult. Op. cit.;

procedimento alternativo all'esproprio, bensì mira a incentivare la realizzazione di interventi urbani che offrono benefici aggiuntivi alla comunità rispetto agli standard minimi previsti dai piani urbanistici vigenti⁸⁴. Questo istituto, caratterizzato da una marcata discrezionalità amministrativa, prevede incrementi volumetrici, generalmente quantificati tra il 15 e il 20 per cento, in favore di operatori che si impegnano a realizzare progetti di particolare rilevanza sociale, ambientale o di sicurezza. La sua efficacia dipende dall'adozione di chiare norme regolamentari e convenzionali che delineano precisamente gli interventi incentivabili e i benefici attesi⁸⁵.

La coesistenza di questi tre strumenti, spesso presente nei moderni piani urbanistici comunali, genera talvolta delle criticità interpretative e applicative⁸⁶. Dal punto di vista normativo e giurisprudenziale, la perequazione e la compensazione differiscono sensibilmente anche sotto il profilo costituzionale, laddove la perequazione sfrutta la potestà conformativa della proprietà immobiliare ex articoli 42 e 23 della Costituzione, mentre la compensazione, quale strumento alternativo all'esproprio, coinvolge problematiche più sensibili legate alla tutela patrimoniale individuale e alla proporzionalità del sacrificio imposto al proprietario.

La differenza sostanziale che intercorre tra l'incentivazione e gli istituti della perequazione e della compensazione è rappresentata dall'assenza di qualunque rapporto di inerenza del credito edilizio premiale rispetto ad un fondo di origine.

Se, infatti, la perequazione e la compensazione presuppongono l'esistenza di un fondo dal quale, per le finalità precipue dei due istituti in parola, nella premialità edilizia non è strettamente necessario. Il diritto edificatorio nascente da incentivazione viene infatti generato dal Comune, dalla Regione o dallo Stato – a seconda che la premialità sia

⁸⁴ A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in Riv. giur. urb., II, 2008, p. 429

⁸⁵ Un interessante esempio in materia si ravvisa nella Legge regionale Lazio n. 7 del 18 luglio 2017 che, come definito dal suo articolo 1, detta disposizioni finalizzate al perseguimento, delle finalità di promozione, incentivazione e realizzazione, al fine di migliorare la qualità della vita dei cittadini, della rigenerazione urbana intesa in senso ampio e integrato comprendente, quindi, aspetti sociali, economici, urbanistici ed edilizi, anche per promuovere o rilanciare territori soggetti a situazioni di disagio o degrado sociali ed economici, favorendo forme di co-housing per la condivisione di spazi ed attività. L'art. 6 della medesima legge, per il perseguimento delle finalità sopra riportate, prevede che in caso di ristrutturazione edilizia e/o demolizione e ricostruzione di un edificio degradato o inserito in un contesto degradato, riconosca al promotore il 20% di volumetria aggiuntiva per l'edificio in questione. Gli intenti premiali del provvedimento sono confermati anche dalle circolari interpretative e dei pareri della Regione Lazio sul tema. Con il parere prot. N. 0640155 del 15.5.2024, ad esempio la Regione Lazio ha precisato che gli obiettivi di rigenerazione urbana e di contrasto al degrado, cui sono collegate le premialità edilizie, si esplicano anche attraverso la rifunzionalizzazione e rigenerazione di un singolo edificio, inserito o meno in un contesto degradato.

⁸⁶ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, ult. Op. cit.;

prevista dallo strumento urbanistico o dalle leggi, regionali o statali – per autopoesi, senza alcun legame giuridico con la *res*⁸⁷.

2.1. L'art. 2643 n. 2 bis e la positivizzazione dei diritti edificatori

L'assenza di una precisa disciplina che fornisse i tratti distintivi del diritto edificatorio e della sua natura giuridica ha favorito la diffusione sempre crescente della cessione di volumetria in una veste spuria. La mancanza, altresì, di una fonte statale della cessione di volumetria ha provocato, al tempo, non poche incertezze circa la sua corretta applicazione e gli eventuali rimedi ad essa apportionabili. Successivamente – e, poi, in parallelo - gli strumenti di urbanistica consensuale sopra analizzati hanno contribuito alla genesi dei diritti edificatori anche potenzialmente separati dal fondo di provenienza, liberandosi dei crismi propri della cessione di cubatura, quale, tra tutti, la contiguità dei fondi di provenienza e destinazione (di cui si discorrerà più approfonditamente al Cap. II).

Sin d'ora è comunque necessario tratteggiare una differenza fondamentale ai fini dello studio dei diritti edificatori e della cessione di cubatura. Questa, di fatti, pur essendo ascrivibile al *genus* dei diritti edificatori genericamente intesi, ne costituisce una *species* ben definita⁸⁸.

Tuttavia, tale distinzione si è resa possibile, oltre che necessaria, solo con l'introduzione del n. 2bis all'art. 2643 c.c. ad opera del D. L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla Legge 12 luglio 2011, n. 106. L'intervento legislativo ha inserito tra gli atti soggetti a trascrizione tutti i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati.

Se pur il dettato normativo si limita a prevedere la sola trascrivibilità dei contratti, la sua potenziale portata innovatrice va ben oltre, e deve essere analizzata alla luce della evidente ampiezza che il Legislatore ha inteso lasciare alla disciplina. La locuzione “diritti edificatori”, probabilmente scelta dal legislatore nell'art. 2643, n. 2-bis, c.c., in ragione della sua già estesa diffusione nella prassi, è una formulazione “alta”, sicuramente tesa a ricomprendere al livello di *genus*, intesa a racchiudere le differenti fattispecie, ma, in quanto tale, priva di uno specifico valore qualificatorio, come

⁸⁷ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, in Rivista Iudicium, il quale, richiamando anche A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale*, op. ult cit., sagacemente ne individua la potenziale incostituzionalità perché fattispecie concessoria e non conformativa della proprietà.

⁸⁸ B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.4, dicembre 2022.

dimostra il successivo, generico, riferimento, nella stessa norma, a “diritti edificatori comunque denominati”⁸⁹.

La Novella ha dunque ricondotto nell’alveo della trascrizione soprattutto i diritti edificatori liquidi, ovvero quelli nascenti da tutti gli strumenti di urbanistica consensuale che, come già si è visto, godono di una certa leggerezza, soprattutto nelle proprie vicende circolatorie che potrebbero dimostrarsi molto più durature rispetto alla cessione di cubatura. Le differenti modalità di circolazione dei diritti edificatori hanno imposto al Legislatore di prevedere degli strumenti che vi garantissero maggiori certezze, anche e soprattutto in ordine all’opponibilità ai terzi. L’intenzione è, indubbiamente, quella di trovare soluzioni tecnico giuridiche in grado di individuare forme di circolazione sicure indipendentemente dalle diverse modalità generative della volumetria.

Nonostante il dichiarato e chiaro intento di garantire la certezza dei traffici giuridici dei diritti edificatori, non può escludersi che il Legislatore statale non si sia limitato alla sola previsione della trascrizione dei trasferimenti di cubatura, bensì abbia inteso aprire l’ordinamento a forme di circolazione dei diritti edificatori che avevano già trovato cittadinanza nell’esperienza di pianificazione urbanistica regionale. Ciò, avendo sempre ben chiaro che il regime di pubblicità ed opponibilità delle vicende traslative della capacità volumetrica non può essere rimesso alla legislazione regionale atteso che la riserva allo Stato della materia dell’ordinamento civile, di cui all’art. 117, co. 2°, lett. l) Cost., ricomprende anche la materia della trascrizione⁹⁰.

L’intervento legislativo ha rappresentato la miglior occasione per la dottrina nel tentativo di ricostruzione dei profili e delle caratteristiche del diritto edificatorio “comunque denominato”.

2.2 La reificazione della volumetria intesa come “bene”

Muovendo da queste premesse, occorre condurre tale ricostruzione principiando dalla teoria della cd. reificazione della volumetria⁹¹ che, invero, attinge a delle ricostruzioni

⁸⁹ B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. ult. Cit.

⁹⁰ Su quest’aspetto sono intervenute dottrina e giurisprudenza che affrontando i profili di costituzionalità del «piano nazionale di edilizia abitativa» di cui alla legge n. 133 del 2008, meglio noto come «Piano Casa» hanno rilevato che proprio tali aspetti attinenti al trasferimento ed alla cessione dei diritti edificatori spettano, necessariamente, al legislatore statale, si veda P. URBANI, *Nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 121/2010*, su www.pausania.it.

⁹¹ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, ult. Op. cit; G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto*, in *Studi e Materiali CNN*, 2/2011.

dottrinarie e giurisprudenziali anche antecedenti alla Novella⁹². La dottrina origina dall'art. 810 c.c. e dall'interpretazione estensiva della lettera della disposizione "sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti" la quale invece a stretto rigore, definirebbe beni solo quelli che possono altresì rientrare nella definizione di cose, nel senso materiale e corporale della *res*⁹³.

L'analogia è immediata: alcune cose non sono beni e, di conseguenza, non possono formare oggetto di diritti; dall'altro lato, vi sono beni che non sono cose⁹⁴.

Tuttavia, a mente della citata dottrina⁹⁵, l'equivoco si sostanzierebbe proprio nella riconduzione a questo schema diarchico del bene che, necessariamente, deve essere riconducibile alla sua materialità, pur mantenendo la distanza dalla minoritaria teoria, invero più risalente, che riconosce un carattere di interscambiabilità tra "bene" e "cosa"⁹⁶.

Invero, ferma la non immediata distinguibilità dei due termini⁹⁷, appare comunque maggioritaria la tesi della distinzione che, infatti, esclude l'identificazione tra bene e cosa⁹⁸: solo le cose che sono oggetto di diritti sono beni e, analogamente, non tutti i beni sono cose, poiché il Codice civile ammette beni che non siano cose, e la cui appetibilità per il soggetto discenda da un procedimento qualificatorio che non implica una fisicità materiale⁹⁹.

Non tutti i beni, dunque, sono necessariamente nel senso della *res materiale*, ben potendosi individuare categorie di beni, che possono dunque formare oggetto di diritti, sprovvisti della tangibilità.

Così, la volumetria, quale effettiva possibilità di sfruttamento edilizio del suolo e, ovviamente, quale misura del valore economico del suolo medesimo, assumerebbe i

⁹² A. GAMBARO, *I beni*, in Tratt. Dir. civ. comm. CICU, MESSINEO e MENGONO, Milano, 2012, p. 126 ss.

⁹³ G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto*, op. ult. Cit.

⁹⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989.

⁹⁵ G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto*, op. ult. Cit.

⁹⁶ B. BIONDI, *I beni*, in Tratt. dir. civ. it., a cura di F. Vassalli, IV, Torino, 1953, 15, il quale rileva che per bene giuridico deve intendersi «qualsiasi entità materiale o ideale giuridicamente rilevante».

⁹⁷ Il medesimo Codice civile ne fa un uso quantomeno promiscuo, cfr. M. ALLARA, *Dei beni*, Milano, 1984,

⁹⁸ V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, Ed. UTET (TORINO) Dig. IV, disc. priv., sez. civ., III. 174, 1998: «il fatto che cosa e beni si pongano su piano diverso (la prima su quello della realtà; i secondi su quello dei concetti giuridici) impedisce che i due termini possano essere utilizzati sinonimicamente».

⁹⁹ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013.

connotati del bene immateriale, idoneo a formare oggetto di diritto tra i privati in ragione della sua idoneità alla realizzazione dell'interesse medesimo¹⁰⁰.

Essa sarebbe dunque un bene immateriale che si distacca dal bene di origine (il suolo) assumendo una propria autonomia nell'attività contrattuale tra le parti che ne possono liberamente disporre separatamente dal suolo e che può essere oggetto di diritti reali¹⁰¹, pur traendo origine dal diritto di proprietà stesso¹⁰².

Di più, la volumetria sarebbe un bene immateriale immobile, in ragione del suo collegamento con il terreno dal quale si distacca, anche solo in fase genetica. La ricostruzione sarebbe confermata dalla circostanza che anche per i frutti, pur essendo immobili per natura, è possibile l'esecuzione separata nella forma mobiliare. È stato infatti ricostruito che quando la legge detta in un caso per i mobili le disposizioni relative agli immobili, o ancora quando in generale le disposizioni relative agli immobili vengono estese a certi mobili, questi agli effetti della legge sono beni mobili, atteso che "i beni sono mobili o immobili non tanto perché astrattamente considerati tali, ma quanto perché concretamente regolati in un modo o nell'altro"¹⁰³. I frutti in definitiva sono mobili per certi effetti e per altri effetti immobili, in funzione della previsione normativa.

La considerazione che precede è stata estesa anche alla volumetria¹⁰⁴.

Essa costituirebbe un bene immateriale di origine immobiliare le cui caratteristiche, nella prospettiva circolatoria, incontrerebbero senza fatica i requisiti di liceità, determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto ai sensi dell'art. 1346 c.c.¹⁰⁵.

La conseguenza della reificazione della volumetria si cristallizzerebbe nella separazione tra la fase circolatoria del bene cubatura e la successiva fase di

¹⁰⁰ A. GAMBARO, *I beni*, op. ult. cit.

¹⁰¹ F. PATTI E F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, n Vita not., 2001, 2, i quali distinguono il caso della concentrazione di cubatura, dal caso della cessione in senso tecnico nel quale oggetto del trasferimento è la cubatura in sé, quale autonomo oggetto del rapporto tra le parti, al quale si accompagna una servitù di non edificazione corrispondente alla misura di volumetria rinunciata dal cedente.

¹⁰² S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, in *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, a cura di D.M. TRAINA, Cesifin online, 2014.

¹⁰³ S. PUGLIATTI, *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967.

¹⁰⁴ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, Op. ult. cit;

¹⁰⁵ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, Op. ult. cit, ove l'Autore ritiene ipotizzabile in questo senso che la cubatura in quanto bene immateriale di origine immobiliare possa costituire oggetto di usufrutto ed anche di possesso. La qualcosa non deve destare perplessità ben potendo anche le energie costituire oggetto di possesso e che possa essere divisa tra la pluralità di aventi causa.

sfruttamento edilizio della stessa, il cd. “atterraggio”¹⁰⁶. Se la prima, infatti, sarebbe soggetta alla sola regolazione pattizia, la seconda incontrerebbe il “limite” del provvedimento autorizzatorio comunale¹⁰⁷.

Il diritto edificatorio, in tal modo, assurgerebbe a bene immateriale nel senso tecnico inteso dall’art. 810 c.c. potendo formare, esso medesimo, oggetto di rapporti giuridici e del diritto soggettivo¹⁰⁸.

Ad avviso dell’estensore, anche la prospettiva storica volgerebbe a favore di siffatta ricostruzione: se, come detto, i beni mobili o i beni immobili sono tali non per la loro caratteristica intrinseca, ma perché la legge li regola come in un modo o nell’altro. Così, anche nell’ipotesi di diritti edificatori in volo sarebbe proprio il legislatore ad aver affermato che le regole di circolazione seguono le norme dettate in tema di

¹⁰⁶ L’Autore, al fine di dimostrare la compatibilità della reificazione della cubatura con la circolazione in volo della stessa, rinvia a diverse fattispecie che, a Suo avviso, dimostrerebbero la percorribilità della reificazione della volumetria: “Il primo esempio è offerto dalle cd. quote latte: nel contesto della disciplina emanata in applicazione delle normativa comunitaria avente ad oggetto la regolazione le quote della produzione del latte bovino assegnate a ciascun produttore, la titolarità di essa compete al produttore nella sua qualità di conduttore dell’azienda agricola, salve diverse pattuizioni tra le parti (art. 10 comma 1 della legge 26 novembre 1992, n.468); il secondo comma della stessa disposizione prevede poi che il conduttore possa cedere o affittare totalmente o parzialmente, anche per singole annate, la quota latte senza alienare l’azienda agricola, a condizione che l’azienda del produttore cessionario sia ubicata nella medesima regione e si trovi in un territorio della medesima categoria.

La quota latte è perciò un bene immateriale, incorporale, collegato all’azienda dell’allevatore quale elemento di essa, e non più al terreno. Si tratta, insomma, di un bene oggetto di una specifica tutela giuridica il diritto sul quale, esercitato dal rispettivo titolare, è ricostruito dalla giurisprudenza europea e costituzionale quale diritto di proprietà, che può essere dismesso in cambio di un’indennità o ceduto in tutto o in parte, definitivamente o temporaneamente a favore di un terzo in cambio di un certo prezzo. Altra ipotesi è il cd. diritto al reimpianto del vitigno che può esser trasferito a favore di altri viticoltori, con modalità autonome rispetto all’azienda di appartenenza originaria che siano determinate tra le parti convenzionalmente. Una tale fattispecie acquisisce in tal modo il rilievo oggettivo di un vero e proprio bene – nel significato di cui all’art.810 c.c. - del tutto indipendente anch’esso rispetto al terreno di riferimento” cfr. G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto*, op. ult. Cit.; “Ipotesi del tutto analoga è quella dei diritti/titoli all’aiuto, la cui disciplina frammentata prevede che l’agricoltore al quale tali quote sono assegnate in alternativa alla richiesta di pagamento possa trasferirle unicamente ad altro agricoltore stabilito nello stesso Stato membro, «a titolo oneroso o mediante qualsiasi altro trasferimento definitivo, con o senza terra». Si tratta anche in questo caso di beni immateriali, sia pure collegati ad un bene immobile, secondo l’interpretazione preferibile”; cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. ult. cit; A tali fattispecie si aggiunse, successivamente, quella (*diritti all’aiuto previsti dal regolamento CE n. 1782/2003 che prevede l’erogazione di un sussidio agli agricoltori legato esclusivamente all’estensione della superficie aziendale complessivamente destinata ad attività agricola, prescindendo dalla quantità della produzione e, in linea di massima, anche dal tipo di coltivazione in essa esercitato. L’art. 46 del regolamento n. 1782/2003 prevede espressamente la possibilità che l’agricoltore a cui tali quote sono state assegnate, in alternativa a chiederne il pagamento, le trasferisca "unicamente ad altro agricoltore stabilito nello stesso Stato membro"; il secondo paragrafo dell’art. 46 dispone poi che "i diritti all’aiuto possono essere trasferiti a titolo oneroso o mediante qualsiasi altro trasferimento definitivo, con o senza terra. L’affitto o altri tipi di cessione sono consentiti soltanto se al trasferimento dei diritti all’aiuto si accompagni il trasferimento di un numero equivalente di ettari ammissibili."* Cfr, L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, in WikiJus, 2015.

¹⁰⁷ R. CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, 2009.

¹⁰⁸ A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie) op. cit.*

pubblicità immobiliare, ancorché la cubatura svincolata dall'area o dal fondo che la ha prodotta, abbia appunto una natura mobiliare¹⁰⁹.

La ricostruzione fornita si dimostrerebbe anche coerente con il divieto di scorporo delle «facoltà» dai diritti tipizzati a cui le stesse si riferiscono, se non ricorrendo a figure giuridicamente qualificate nell'ordinamento¹¹⁰.

Invero, un ulteriore pregio della reificazione della cubatura è rappresentato proprio dall'elusione del *numerus clausus* dei diritti reali (sulla realtà della volumetria si approfondirà *infra* § 2.3).

Nonostante ciò, ferma la pregevolezza della teoria della quale si è provato a riportare i tratti fondamentali, essa potrebbe incontrare taluni limiti, con specifico riguardo a due ordini di ragioni.

Innanzitutto, quando si fa riferimento al termine “bene immateriale” si ha riguardo a quelle creazioni intellettuali che presentano caratteristiche tali da costituire beni individualizzati e tutelati.

Ma non tutti i beni immateriali sono protetti: lo sono soltanto quelli che il nostro ordinamento giuridico ritiene tali da costituire beni individualizzati meritevoli di tutela¹¹¹.

La positivizzazione del bene immateriale, dunque, è requisito essenziale affinché lo stesso possa essere oggetto di diritti e la qualificazione di bene immateriale è, dunque, questione di stretto diritto positivo¹¹².

In altre parole, nel caso dei beni immateriali l'ordinamento non determina solo la fattispecie costitutiva del diritto ma la stessa fattispecie del bene che ne è oggetto¹¹³.

L'attitudine, prima tratteggiata, a poter qualificare “bene” qualunque entità che sia idonea a soddisfare gli interessi umani, non consentirebbe comunque di superare il problema genetico della totale assenza di riconducibilità del bene cubatura con il fondo, nella prospettiva della soddisfazione dell'interesse dell'*accipiens*. Se, infatti, non fosse individuato o individuabile un fondo di atterraggio dei diritti edificatori ora

¹⁰⁹ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. ult. cit;

¹¹⁰ Ancora, G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. ult. Cit; F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura*, in *Contr. e impr.*, 2011.

¹¹¹ E. BATTELLI, *Epistemologia dei beni immateriali: inquadramento sistematico e spunti critici*, in *Giustizia Civile*, fasc.1, 1° gennaio 2022, pag. 49.

¹¹² T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*, Milano, 1960, III ed. L'Autore, parafrasando il noto passo delle istituzioni di Gaio sulle *res incorporales*, riteneva i beni immateriali *ea quae jure consistunt*, cioè quelli creati dal diritto

¹¹³ M. STELLA RICHTER JR, *Tullio Ascarelli e i beni immateriali*, in *Impresa e Mercato. Studi dedicati a Mario Libertini – II. Concorrenza e mercati*, Milano, 2015.

assurti a bene, quest'ultimo, pur avendo validamente separato la sua fase circolatoria dalla sua concreta utilizzazione, difetterebbe di quest'ultima, in quanto l'obiettivo finitimo della volumetria, pur nella dinamica circolatoria, è sempre quello del suo sfruttamento edilizio.

Il carattere immateriale del bene volumetria poi, nella sua intrinseca indipendenza rispetto alla *res* sottostante, che sia il fondo di origine o di destinazione, ne rende impossibile l'effettiva fruizione ed inconcepibile, dunque, nella realizzazione degli interessi ad essa collegati¹¹⁴.

Pertanto, non potendosi riscontrare il connotato dell'utilità previsto dall'art. 810 c.c. deve, necessariamente escludersi una rilevanza giuridica in termini di «bene».

Staccare la cubatura dal terreno edificabile per poterlo inserire tra i beni (immateriali) di cui all'art. 810 c.c. potrebbe rivelarsi, dunque, operazione non estremamente utile, avuto anche riguardo alla conseguente distinzione tra titolarità del bene e sua utilizzabilità o concreta funzione. Si arriverebbe in tal modo a doppiare una vicenda, intimamente unitaria, con una prima fase privatistica, che ipotizza l'esistenza di diritti soggettivi, ed un'altra pubblicistica basata su interessi legittimi¹¹⁵.

Coerentemente con quanto sopra, l'ambiguità della teoria del bene autonomo si manifesterebbe quando si parla di «bene immateriale di origine immobiliare».

La cubatura è intimamente legata, e quindi condizionata, dalla materialità piena ed assoluta del terreno di destinazione, a prescindere dal quale essa non è concepibile, anche in termini di interesse¹¹⁶.

In tal modo, il diritto di proprietà del bene cubatura, pur essendo un diritto reale, perderebbe, come termine di riferimento oggettivo dell'interesse protetto, un'entità materiale. Di talché, l'esercizio del diritto si realizzerebbe senza alcun collegamento con il terreno di destinazione, nonostante l'imprescindibile legame tra quest'ultimo e la cubatura¹¹⁷.

L'intera costruzione teorica - e, più radicalmente, la stessa nozione concettuale di bene immateriale - si fonda sull'esigenza di razionalizzare e ricondurre a sistema una categoria di situazioni giuridiche soggettive che, pur essendo riconosciute dall'ordinamento e protette mediante strumenti coerenti con lo schema del diritto

¹¹⁴ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. ult. Cit.

¹¹⁵ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. ult. Cit.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. ult. Cit.

assoluto (inteso come *agere licere*, tutelato *erga omnes*), non si riferiscono a un'entità materiale quale oggetto dell'interesse tutelato. Si tratta, cioè, di diritti il cui esercizio prescinde del tutto da un rapporto con un substrato fisico. Da tale carattere deriva, non a caso, un ulteriore elemento distintivo: la dimensione dinamica di tali diritti, che consente di qualificarli come situazioni giuridiche orientate alla reiterata utilizzazione economica di una creazione dell'intelletto umano¹¹⁸.

Chi potrebbe allora seriamente sostenere che l'interesse edificatorio — tradizionalmente compreso tra le prerogative inerenti alla proprietà del suolo, e oggi riconfigurato come figura autonoma nel diritto edificatorio — possa realizzarsi indipendentemente da una relazione giuridicamente qualificata (sia essa dominio o altro diritto idoneo) con il bene materiale “suolo”?

E se si obiettasse che tale diritto, una volta “acquisito in volo”, può essere parimenti trasferito “in volo”, consentendo comunque la realizzazione del suo valore economico senza alcun legame materiale con il suolo, l'equivoco si aggraverebbe ulteriormente.

È vero che, sotto il profilo economico, l'equiparazione tra valore d'uso e valore di scambio può apparire plausibile; e certamente, sul piano patrimoniale, la disponibilità della potenzialità edificatoria consente di perseguire un interesse rilevante, analogo a quello del proprietario che aliena un bene.

Tuttavia, dal punto di vista giuridico — e in particolare in relazione alla qualificazione delle diverse situazioni giuridiche soggettive — il richiamo alla sola commerciabilità del diritto, e alla sua immediata valorizzazione economica, non solo è privo di pertinenza, ma risulta fuorviante. Se tale criterio fosse davvero decisivo, si dovrebbe concludere che non vi sia distinzione tra diritti di credito, diritti potestativi, diritti su beni immateriali e diritti reali su beni immobiliari, giacché tutti consentono forme di scambio e valorizzazione patrimoniale.

Ne deriva, dunque, che non le modalità di trasferimento, bensì le forme concrete di realizzazione dell'interesse protetto rappresentano il parametro decisivo per la corretta qualificazione giuridica¹¹⁹.

Fermo quanto reso, poi, la reificazione della cubatura parrebbe sottovalutare la circostanza che il contratto di cessione di cubatura costituisce il presupposto del

¹¹⁸ D. MESSINETTI, voce *Beni imateriali*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988,

¹¹⁹ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *I Quaderni della Fondazione italiana del notariato*.

rilascio del permesso di costruire maggiorato¹²⁰, volto a ridistribuire e ripartire la cubatura edificabile, purché sia rispettato il limite massimo dell'ambito o comparto edilizio¹²¹, e non il secondo un mero "limite" del primo.

Da una seconda prospettiva, la cosificazione della cubatura¹²² apparrebbe priva del necessario vigore proprio alla luce della Novella.

La tesi della cubatura come bene immateriale, invero, fu proposta ben prima dell'intervento del Legislatore, con l'inserimento del numero 2bis all'art. 2643 c.c.

È un dato incontestabile, di fatti, 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. Di fronte a interessi meritevoli, e al mancato riconoscimento normativo di specifici strumenti di protezione (cioè di diritti soggettivi come tali qualificati dalla legge), il teorico si è trovato costretto a costruire, surrettiziamente, il substrato necessario a garantire la tutela carente: finendo così per «svincolare la qualificazione di una qualsiasi utilità» come bene, dai suoi naturali «presupposti materiali»¹²³.

Alla luce di un'analisi specifica dell'intervento normativo va osservato che, se si ammettesse la natura di bene in capo alla cubatura, si dovrebbe logicamente escludere qualsiasi ricorso al nuovo n. 2-bis dell'art. 2643 c.c. In tale prospettiva, la nuova disposizione risulterebbe superflua, costituendo un'aggiunta legislativa ridondante: il negozio in questione, infatti, troverebbe già adeguata collocazione nel n. 1 del medesimo articolo, qualora si riconducesse la cubatura al diritto di proprietà, in quanto situazione giuridica soggettiva idonea ad assicurare la titolarità del bene trasferito, oppure nel n. 10, nei casi in cui la cessione abbia ad oggetto il godimento del bene nell'ambito di un conferimento in società o in associazione.

Non appare convincente, pertanto, il tentativo di giustificare l'introduzione del n. 2-bis in quanto servirebbe a legittimare la trascrizione, nei registri immobiliari, di atti gratuiti o onerosi relativi a beni mobili, poiché tale impostazione risulta piuttosto in contrasto con la soluzione ermeneutica adottata dalla dottrina maggioritaria.

Parimenti, l'argomento secondo cui la cosiddetta "reificazione della cubatura" consentirebbe di superare il divieto, posto in capo ai privati, di separare una facoltà dal

¹²⁰ A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in Trattato di dir. priv., diretto da Rescigno, 7, 1, Torino, 2005.

¹²¹ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. ult. Cit.

¹²² Definizione di G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. ult. Cit.

¹²³ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, op. ult. Cit..

diritto dal quale essa promana (in assenza di una tipizzazione normativa), viene meno alla luce della codificazione del nuovo n. 2-bis, in virtù della quale la volumetria ha acquisito autonoma rilevanza giuridica¹²⁴.

Ulteriore “crepa” nella ricostruzione reificatrice proviene dall’evoluzione testuale che la norma subisce nel corso della sua conversione: ci si riferisce all’introduzione — assente nella versione originaria del Decreto Sviluppo e di particolare rilievo ai fini dell’argomentazione — della previsione del contratto “costitutivo” del diritto edificatorio. Una simile ipotesi di costituzione non sarebbe neppure ipotizzabile se si aderisse alla tesi secondo cui la volumetria rappresenterebbe un bene in sé, già pienamente esistente in capo al proprietario per effetto della disciplina urbanistica, e dunque non bisognoso di alcun atto negoziale di tipo costitutivo, ma, al più, come contemplato nella prima versione della norma, solo di un atto traslativo¹²⁵.

È significativo osservare come la modifica del testo originario risulti del tutto coerente con l’impostazione qui sostenuta: se, infatti, la potenzialità edificatoria (o il suo incremento), in quanto derivante dalla previsione urbanistica, si configura come una facoltà insita nel diritto di proprietà — che da quella previsione risulta conformato — è evidente che tale facoltà possa assumere la forma di una situazione giuridica soggettiva autonoma solo per effetto di un atto dispositivo che ne realizzi la costituzione in senso proprio.

Ne consegue che il contratto attraverso cui il proprietario, titolare di un diritto dominicale già conformato in senso edificatorio, attribuisce a una terza tale potenzialità, la eleva a diritto e produce un effetto costitutivo-attributivo; saranno invece qualificabili come traslativi i successivi contratti volti a trasferire tale diritto, ormai divenuto una situazione giuridica soggettiva autonoma, in capo ad ulteriori aventi causa¹²⁶.

¹²⁴ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, op. ult cit.

¹²⁵ Il riferimento alla costruzione sintattica della Novella, invero, è addotto quale argomento a favore della medesima dottrina reificatrice «*l'uso al plurale e non al singolare del termine diritti (e non diritto) edificatori, (in contrasto con l'accezione singolare del termine diritto nell'art. 2643 c.c.), la distinzione tra i contratti di cubatura e l'oggetto di essi quali diritti edificatori (con il retaggio di difficoltà che una tale ipotesi recherebbe in sé) e l'altrettanto ovvia (ma non scontata) affermazione in senso opposto che il termine “diritti edificatori” non sarebbe altro che un sinonimo, magari più elegante, dei termini forse abusati “cubatura” e “volumetria”*», cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. ult. Cit.

¹²⁶ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, op. ult cit.

2.3. *Ipotesi di realtà del diritto edificatorio.*

Alla tesi reificatrice della cubatura è stata affiancata – ed anche in termini di confutazione della prima da parte della dottrina¹²⁷ - la tesi della realtà del diritto edificatorio.

Invero, la riconduzione del diritto edificatorio ai diritti reali, pur potendosi far risalire alle elaborazioni antecedenti alla Novella¹²⁸, a seguito di quest'ultima ha assunto particolare vigore.

L'ipotesi ricostruttiva muove dal dato letterale dell'art. 2643 n.2 bis c.c. in combinato disposto con il successivo n. 3 della medesima norma. Se il primo, come ampiamente noto, dispone la trascrizione dei contratti costitutivi, modificativi e traslativi dei diritti edificatori comunque denominati, il secondo prescrive la trascrizione per tutti i contratti costitutivi della comunione “dei diritti menzionati ai numeri precedenti”. Muovendo dal presupposto che la comunione possa costituirsi solo sul diritto di proprietà e sugli altri diritti reali, la collocazione del n. 2bis all'interno della struttura della norma dimostrerebbe l'*intentio legislatoris* di ricondurlo, seppur senza una esplicita qualificazione, nel novero delle situazioni giuridiche soggettive. A *contrariis*, se il legislatore non avesse voluto inserire i diritti edificatori tra le situazioni giuridiche soggettive ben avrebbe potuto prevedere l'art. 3bis in luogo del 2bis, sgomberando il campo da equivoci¹²⁹.

Ad avviso della medesima dottrina, di fatti, la Novella non avrebbe inteso solo ricondurre al regime della trascrizione tutte le vicende circolatorie dei diritti edificatori, bensì avrebbe, seppur indirettamente, codificato un nuovo diritto reale¹³⁰. Invero, l'indagine circa l'effettiva portata della Novella e della sua eventuale riconduzione dei diritti edificatori ai diritti reali non può esaurirsi nell'interpretazione del dato letterale – a dire il vero quantomeno fumoso – fornito dalla norma, in assenza, come nel caso di specie, di una categorizzazione chiara e puntuale dell'istituto.

¹²⁷ *Idem*

¹²⁸ N. GRASSANO, *La cessione di cubatura, ecc.*, in Giur. it., 1990, 388; M. LIBERTINI, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in GALGANO (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Tomo III, Torino, 1995*; DE MARTINIS, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in Nuova giur. civ. comm. 1996, II, p.223. LANGELLA, *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, in Vita not. 2007.

¹²⁹ L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, op. ult. cit.

¹³⁰ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, op. ult. cit.

Ad ulteriore considerazione, poi, che una norma che interviene sull'onere di trascrizione di un diritto di certo non può essere idonea a qualificarlo tra i diritti reali¹³¹. Non può tenersi a parte la fondamentale considerazione che i diritti reali possono essere definiti tali al ricorrere delle caratteristiche della tipicità, dell'immediatezza e dell'assolutezza¹³², con particolare considerazione rispetto alla peculiare fattispecie dell'inerenza reale.

Appare pertanto utile soffermarsi sui tratti distintivi dei diritti reali, così da verificare se, e in quale misura, si possa cogliere un'effettiva aderenza rispetto alla struttura dei diritti edificatori.

Vero è che, come sostenuto dalla dottrina "reificatrice", non sono mancate pregiatissime tesi che hanno messo in discussione, talvolta per la mancanza dell'assolutezza, talaltra per la mancanza dell'immediatezza, la natura stessa dei diritti reali e la loro rispondenza al sostrato socioculturale contemporaneo¹³³. Spesse volte, poi, può accadere che si ravvisino fattispecie dei diritti reali in fattispecie esterne alla categoria¹³⁴.

Tuttavia, non può certo condursi un'analisi – o, ancor di più, procedere ad una catalogazione – invertendo l'ordine gerarchico dell'eccezione rispetto alla regola.

Il principio del *numerus clausus* dei diritti reali rappresenta uno dei capisaldi del diritto patrimoniale nei sistemi di *civil law*, affondando le proprie radici nell'istanza di semplificazione e razionalizzazione delle forme di appartenenza e godimento immobiliare emersa con l'abbandono dell'*ancien régime* e l'affermazione dei valori borghesi post-rivoluzionari.

Il Codice Napoleone del 1804, espressione paradigmatica di tale svolta, ridusse drasticamente il numero delle situazioni giuridiche reali, configurandole in modo tassativo, con l'obiettivo di garantire certezza e trasparenza nei traffici giuridici¹³⁵.

Nel contesto italiano, la ricezione del principio è avvenuta lungo una direttrice coerente, già nel Codice civile del 1865 e, in modo più maturo, in quello del 1942, che individua in modo espresso solo sette diritti reali su cosa altrui (usufrutto, uso, abitazione, servitù, enfiteusi, superficie, pegno), escludendo la possibilità di crearne di

¹³¹ E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, in Urb. app., 2011.

¹³² Sia consentito rinviare, per tutti, a R. CARLEO, S. RUPERTO, S. MARTUCCELLI, *Istituzioni di diritto privato*, Dike Giuridica, 2023.

¹³³ M. GIORGIANNI, *Diritti reali*, N.ss D.I., V, Torino, 1960.

¹³⁴ C. GRANELLI, *Diritti reali tra innovazione e continuità*, in www.iuscivile.it.

¹³⁵ P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, Milano, Giuffrè, 1992.

nuovi mediante l'autonomia privata¹³⁶. Tale impostazione si giustifica non solo in base a esigenze sistematiche e dogmatiche, ma anche in virtù della funzione di ordine pubblico economico che i diritti reali assolvono: essi impongono vincoli giuridici su beni, potenzialmente lesivi dell'affidamento dei terzi e quindi bisognosi di stabilità, predeterminazione e pubblicità¹³⁷.

A presidio del principio del *numerus clausus* si è sempre collocata anche la giurisprudenza costituzionale, la quale ha più volte ribadito come la disciplina dei diritti reali rientri nella competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. l) Cost., in quanto espressione dell'"ordinamento civile"¹³⁸. Tale orientamento è stato ribadito in occasione della valutazione della legittimità delle normative regionali in materia di trasferimenti di diritti edificatori: in assenza di una disciplina statale espressa, le leggi regionali non possono incidere sui meccanismi traslativi e sulla pubblicità dei diritti opponibili a terzi¹³⁹.

Eppure, nel secondo Novecento, il principio del *numerus clausus* è entrato in tensione con lo sviluppo di nuove esigenze economico-sociali e con la prassi amministrativa e negoziale in ambito urbanistico. È in questo contesto che si collocano le riflessioni dottrinali e giurisprudenziali sull'ammissibilità di diritti reali "atipici" o "di nuova coniazione", come nel caso delle multiproprietà¹⁴⁰, dei vincoli urbanistici convenzionati e dei diritti edificatori.

Proprio quest'ultimi, nella misura in cui ambiscono a separarsi dalla titolarità del fondo e a circolare autonomamente, si confrontano con il dogma della tipicità e pongono problemi rilevanti sotto il profilo sistematico: se possano configurarsi come diritti reali pur in assenza di una specifica positivizzazione in tal direzione, anche alla luce della Novella.

Seppur la disposizione abbia il merito di riconoscere una dimensione oggettiva e circolatoria ai diritti edificatori, essa non li qualifica espressamente come diritti reali, mantenendo aperto il dibattito tra chi li considera "situazioni soggettive atipiche" o

¹³⁶ U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO – U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 2009.

¹³⁷ G. VETTORI, *Circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, Giuffrè, 1995.

¹³⁸ Corte cost., 26 marzo 2010, n. 121, in *Foro it.*, 2010, I, 1527.

¹³⁹ B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022.

¹⁴⁰ S. SANGIORGI, *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*, Napoli 1983.

mere aspettative condizionate al rilascio del titolo edilizio, e chi invece li riconduce, per analogia strutturale e funzione, alla categoria dei diritti reali minori¹⁴¹.

Ed è assolutamente corretto affermare, facendo propria la più autorevole dottrina, che il principio del *numerus clausus* debba essere interpretato in senso non meramente statico o negativo, bensì come presidio sistemico a cui può derogarsi solo in presenza di una puntuale e chiara tipizzazione normativa. In tale prospettiva, la tipicità non è incompatibile con l'innovazione, ma richiede che essa avvenga mediante una fonte legislativa idonea a garantire certezza, trasparenza e compatibilità con la struttura dei pubblici registri¹⁴².

È stato quindi ritenuto che il *numerus clausus* non costituisca un limite reale all'introduzione di nuovi diritti reali nell'ordinamento in quanto lo stesso principio non deriverebbe da una prescrizione cogente dell'ordinamento, bensì esso sia desumibile dall'ordinamento ampiamente inteso e preposto alla tutela di ordine pubblico¹⁴³ – vale a dire, evitare che l'autonomia privata possa sostituire lo Stato nella previsione di nuove forme di limitazione della proprietà altrui.

Ma, a ben vedere, più che il *numerus clausus*, è il principio di tipicità ad impedire la genesi *ex novo* di nuovi diritti reali che, nella loro funzione originaria, costituivano il principale mezzo di limitazione della proprietà¹⁴⁴.

In tal modo l'ordinamento previene la possibilità che i privati, tramite gli strumenti di autonomia negoziale che l'ordinamento mette loro a disposizione, per analogia possano costituire ulteriori vincoli sui beni, rispetto a quelli già previsti dalla legge, oltretutto a tutela del terzo privato che si troverebbe, altrimenti, a vedere il proprio bene gravato da un vincolo che non ha mai conosciuto¹⁴⁵.

Attesa l'assenza di qualunque disposizione chiara nella Novella che possa, senza timore di smentita, assegnare realtà al diritto edificatorio, il problema del *numerus clausus* risulta comunque residuale rispetto alla totale assenza di tipicità dei diritti edificatori.

Se è vero, come affermato, che il principio di tipicità è posto a presidio proprio delle vicende circolatorie dei diritti reali ed a imprescindibile garanzia dei terzi acquirenti che devono poter essere messi in condizione di conoscere con esattezza quali

¹⁴¹ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, op. ult. cit.

¹⁴² N. IRTI, *L'età della codificazione*, Milano, Giuffrè, 2002

¹⁴³ A. GAMBARO – U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, op. ult. cit.

¹⁴⁴ A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988

¹⁴⁵ A. GAMBARO – U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, op. ult. cit.

limitazioni gravano sul bene acquistato, allora apparrebbe priva del necessario vigore la tesi secondo cui il principio di tipicità del diritto edificatorio sarebbe rispettato pur in assenza di un'espressa e compiuta disciplina di detto diritto reale, la quale dovrebbe essere necessariamente ricavata dall'interpretazione sistematica delle norme del Codice civile e dalle leggi speciali¹⁴⁶.

La ricostruzione in termini di realtà dei diritti edificatori, tuttavia, parrebbe mostrare il fianco anche ad ulteriori considerazioni.

È stato ritenuto dalla dottrina che la previsione della trascrivibilità dei contratti che modificano, trasferiscono o costituiscono i diritti edificatori si traduca automaticamente nell'inserimento degli stessi all'interno dei diritti reali. Invero, tale tesi pare non prendere in considerazione diversi altri istituti che, pur gravitando nell'orbita degli atti soggetti a trascrizione, di certo non godrebbero – ed infatti, non ne godono – del carattere della realtà.

La trascrizione non è di per sé idonea ad attribuire natura reale a situazioni che sul piano sostanziale ne siano prive (si pensi alla trascrizione di un diritto di prelazione volontariamente concesso che non attribuisce al prelazionario il c.d. diritto di seguito o di riscatto). Contestualmente, nel codice sono già previste fattispecie a carattere obbligatorio espressamente trascrivibili: senza scomodare la norma sul contratto preliminare e per rimanere nell'ambito dell'art. 2643 c.c., si pensi alla trascrizione dei contratti di locazione ultrannovennale di beni immobili¹⁴⁷.

Come correttamente affermato dalla migliore dottrina, dunque, la collocazione di una norma in un certo contesto, in verità, non è argomento decisivo¹⁴⁸.

L'art.2645 bis c.c. disciplina, come detto, la trascrizione del preliminare limitatamente ai contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'art.2643 c.c., quelli cioè che riguardano la circolazione dei diritti reali.

Tuttavia, tale norma non è stata emendata, con il rinvio anche al numero 2 bis, sicché l'argomento della introduzione di tale numero all'art.2643 c.c. è annullato dal mancato riferimento ad esso all'art.2645 bis c.c.

La tesi che sostiene la realtà del diritto edificatorio, nella riconduzione dello stesso a diritto reale in quanto trascrivibile, deve superare l'ostacolo che, invero, la norma

¹⁴⁶ In tal senso, G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità di interesse notarile*, primo semestre 2011,

¹⁴⁷ L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, op. cit.

¹⁴⁸ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. ult. cit

stessa dimostra una certa povertà sul piano terminologico, rappresentata dalla singolare ed inedita locuzione «diritti edificatori comunque denominati».

Occorrerebbe infatti «guardarsi dalla fallacia nominalistica per cui è bastevole che un oggetto sia nominato dal legislatore per dare ad esso giuridica esistenza. Occorre che nelle prassi discorsive ad un dato *nomen* corrisponda una nozione sufficientemente univoca al fine di consentire alle persone di agire in modo comunicativo»¹⁴⁹.

E dal punto di vista contenutistico emerge un difetto di tipicità relativamente ai diritti edificatori. Le ricorrenti eccezioni rispetto alle regole generali adoperate per tentare di ricondurre i citati diritti edificatori alla categoria dei diritti reali, soprattutto rispetto alla ipotetica singola disciplina, non consentono la *reductio ad unum* propria del tipo¹⁵⁰ che scontrerebbe di nuovo, nei tentativi di riconduzione della dottrina¹⁵¹, un sovvertimento dell'eccezione sulla regola¹⁵².

Sebbene configurabile come un diritto reale, il diritto edificatorio verrebbe attribuito ad un soggetto indipendentemente dalla titolarità su un fondo specifico, permettendone quindi la libera circolazione: l'acquirente potrebbe impiegarlo su un proprio terreno oppure trasferirlo a terzi¹⁵³. Tuttavia, non sembra corretto richiamare la nozione tradizionale di diritto di godimento su cosa altrui, che si costituisce ed esercita su un determinato bene in modo derivativo e subordinato alla titolarità del diritto dominicale su quest'ultimo. Al contrario, il diritto edificatorio sorgerebbe e troverebbe applicazione su beni distinti («un diritto a metà strada fra proprietà e diritto di superficie»¹⁵⁴), ma in realtà esso rappresenterebbe una facoltà insita nella proprietà, idonea a costituire il contenuto di un diritto reale autonomo, esercitabile però su cosa propria e non su quella altrui. Ciò rende inappropriato l'accostamento al diritto di superficie.

Le maggiori difficoltà emergono sul piano ricostruttivo, poiché il diritto edificatorio nascerebbe in relazione ad un fondo, sarebbe suscettibile di circolazione e si estinguerrebbe una volta che l'opera venga realizzata, determinando l'acquisto della proprietà dell'edificio per accessione da parte del titolare del suolo. È arduo

¹⁴⁹ A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in Riv. giur. ed., 2010, II.

¹⁵⁰ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. ult. cit.

¹⁵¹ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, op. ult. cit.

¹⁵² B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2022.

¹⁵³ G. PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, in www.gaetanopetrelli.it

¹⁵⁴ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, op. ult. cit.

paragonare tale vicenda alla consolidazione dell'usufrutto con la proprietà, poiché in quest'ultimo caso l'estinzione dipende dall'eventuale acquisto della proprietà da parte dell'usufruttuario e, dunque, dalla riunione in capo ad un unico soggetto di due diritti distinti sulla stessa *res*.

Quanto all'usucapione, anche a voler accogliere l'ipotesi di un possesso avente ad oggetto diritti, è difficile immaginare l'esercizio del diritto edificatorio protratto per oltre vent'anni: tale attività si esprimerebbe infatti in un singolo atto dispositivo *a non domino* o nella presentazione di un'istanza per il rilascio di un permesso di costruire, con aumento di cubatura a favore di un fondo e a scapito di un altro, ma non in un'attività continuativa e protratta di costruzione. Inoltre, si tratterebbe di un diritto reale non ipotecabile, non solo in ragione del carattere tassativo dell'elencazione dell'art. 2810 c.c., ma soprattutto per la difficoltà di identificarne con precisione il diritto immobiliare sottoposto ad esecuzione in mancanza di un terreno di riferimento¹⁵⁵.

Tuttavia, l'ostacolo maggiore che pare impedire il pieno riconoscimento dei diritti edificatori quali nuovo diritto reale è quello dell'inerenza reale del medesimo diritto con una *res* sulla quale poterlo esercitare.

Concepire il diritto edificatorio in assenza del necessario substrato materiale destinato alla sua attuazione concreta equivarrebbe a negare ogni possibilità di ricondurre l'istituto alla categoria dei diritti reali, i quali presuppongono imprescindibilmente l'esistenza di una relazione qualificata — nella forma della proprietà o di altro diritto reale — con il bene cui inerisce¹⁵⁶. D'altro canto, un'analisi sistematica dei diritti reali tipizzati conferma come, in ciascuno di essi, l'interesse protetto trovi concreta realizzazione solo attraverso la relazione con il bene oggetto del diritto stesso¹⁵⁷.

Per ovviare a tale "peccato originale" la dottrina ha coniato la cd. "inerenza virtuale"¹⁵⁸ secondo cui il diritto edificatorio "in volo" ben potrebbe perdere la propria inerenza con il fondo di origine fintanto che resta, appunto, in volo. Si configurerebbe così la fattispecie conosciuta dell'inerenza virtuale per continuare a giustificare la realtà di un diritto che ha perso il collegamento con la *res* cui, appunto, inerisce.

¹⁵⁵ B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. ult. cit.

¹⁵⁶ M. COMPORI, *Le cose, i beni, ed i diritti reali*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2003.

¹⁵⁷ M. GIORGIANNI, *Diritti reali*, op. ult. cit.

¹⁵⁸ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, op. ult. cit.

Invero, non è difficile riscontrare una profonda illogicità *ab origine* nell'inerenza virtuale: se si ammettesse che il diritto edificatorio in volo possa perdere totalmente il rapporto con il fondo di origine ci si troverebbe dinnanzi al paradosso di dover trascrivere, ai sensi dell'art. 2643 n. 2bis, un diritto edificatorio senza alcun riferimento al fondo di origine. Di talché, non si potrebbe discorrere di diritti edificatori per semplice e assoluta irrealizzabilità tecnica¹⁵⁹.

Tale difficoltà ricostruttiva emerge ancor più violentemente se si pensa a diritti edificatori generati per autopoiesi dal Comune che, dunque, non hanno mai conosciuto alcun tipo di inerenza con il fondo d'origine. D'altronde, se anche discorressimo di premialità edilizie da assegnarsi a un soggetto predefinito (si pensi alla premialità prevista dall'art. 6 L.R. Lazio 7/2017), non si potrebbe di certo fittiziamente ricondurre l'origine di quei diritti edificatori al fondo oggetto di intervento incentivato, già rivestendo esso il ruolo di fondo di destinazione.

A contrariis, un diritto edificatorio che non abbia alcun fondo di destinazione individuato al momento del volo, non solo perderebbe la sua concreta possibilità di esercizio, ma più radicalmente si svuoterebbe dal punto contenutistico non essendo ammissibile un diritto edificatorio che non possa essere sfruttato in termini edilizi. Il diritto edificatorio, non potendo materialmente “atterrare” su nessun suolo dell'*accipiens*, potrebbe senza dubbio rimanere in volo fin quando non si individui un suolo di destinazione, ma ciò lo priverebbe del suo stesso contenuto, non potendosi certo discorrere di un diritto reale che separa il proprio aspetto contenutistico dalla sua concreta utilizzazione.

Di contro, dovrebbe ammettersi la possibilità che venga istituita una servitù di acquedotto senza che l'acquedotto passi mai per il fondo servente, ma nella mera ipotesi che lo stesso possa essere costruito in futuro. Come è evidente, la concreta possibilità di esercizio del diritto reale coincide con il suo contenuto.

Il tentativo di conferire realtà al diritto edificatorio, dunque, non può passare per la sua opponibilità ai terzi, pena il rischio di dover ammettere che la trascrivibilità di un diritto lo inserisca, *ex abrupto*, tra i diritti reali.

Non è ammesso dall'ordinamento che ci si possa trovare dinanzi a un diritto reale bifronte, che assuma le caratteristiche di un diritto reale in *re aliena* e in *re propria* a seconda della fase circolatoria nella quale si trovi¹⁶⁰.

¹⁵⁹ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, op. ult. cit

¹⁶⁰ *Idem*.

A ben vedere, il diritto edificatorio difetterebbe anche del requisito tipico dell'immediatezza.

Come è stato già affermato, seppur si ammetta la continua e ininterrotta circolazione in volo del diritto edificatorio, esso per suo stesso contenuto deve essere sfruttato in termini edilizi: consentendo, dunque, uno sfruttamento maggiorato del suolo rispetto agli indici che il Piano regolatore vi ha assegnato.

Fermo questo presupposto, l'*accipiens* dei diritti edificatori avrà due possibilità: continuare a far proseguire il loro volo, attraverso una nuova alienazione dei medesimi, o sfruttare il cd. bonus volumetrico su un suolo di destinazione che presenti, chiaramente, tutte le caratteristiche idonee ad accogliere la cubatura aggiuntiva. *Tertium non datur.*

La manualistica riconduce l'immediatezza a tratto distintivo dei diritti assoluti dai diritti relativi, nella misura in cui i primi non necessitano dell'intermediazione di nessun altro soggetto per la realizzazione degli interessi tutelati. Il diritto assoluto, dunque, vive nel rapporto bilaterale tra soggetto e bene, senza alcun'altra intermediazione¹⁶¹.

Secondo la dottrina, nessuna delle due ipotesi difetterebbe del prescritto requisito dell'immediatezza.

Nel primo caso il requisito dell'immediatezza sarebbe soddisfatto ricorrendo ad un'analogia con il diritto di proprietà: se, infatti, il proprietario di un bene è libero di alienarlo a chiunque voglia, così segue il medesimo schema il diritto edificatorio che, in quanto diritto reale, può essere alienato a chiunque da parte del cessionario. Allo stesso modo, il proprietario che decida di alienare i propri diritti edificatori ad un altro soggetto non necessiterebbe dell'intermediazione di nessun terzo (fatta eccezione, chiaramente, per la volontà manifestata dall'acquirente)¹⁶².

Invero, tale ipotesi cerca di aggirare il requisito della realizzazione dell'interesse proprio del diritto reale, che è esso stesso suo precipuo contenuto, provando a sdoppiare la fase circolatoria dalla fase della sua utilizzazione.

Il secondo argomento, infatti, consentirebbe di ricomprendere il requisito dell'immediatezza grazie ad un particolare artificio secondo il quale il momento privato della vicenda (il contratto traslativo del diritto edificatorio) debba essere

¹⁶¹ N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Milano, 1990

¹⁶² M. COMPORTELLI, *Le cose, i beni, ed i diritti reali XXX*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2003.

separato dal suo momento pubblicistico, ovvero il rilascio del permesso di costruire maggiorato da parte del Comune territorialmente competente. Ciò sarebbe possibile in quanto il requisito dell'immediatezza, secondo tale dottrina, costituirebbe una caratteristica meramente eventuale del diritto reale, inserita in una dialettica distintiva tra i diritti assoluti e i diritti relativi attualmente svalutata¹⁶³.

Il diritto del cessionario, dunque, una volta alienato il diritto edificatorio, rientrerebbe appieno nei diritti reali non avendo mai perso il requisito dell'immediatezza – che, nonostante le tesi avverse sopra riportate, continua ad essere una caratteristica tutt'altro che eventuale dei diritti reali.

Ci si deve domandare, però, se il diritto edificatorio in capo al cessionario si possa configurare a sua volta come un diritto reale. Egli, infatti, per poter realizzare l'interesse proprio del diritto edificatorio dovrebbe riuscire a sfruttarne la capacità edificatoria. Lo sfruttamento, come noto, incontra l'intervento della Pubblica amministrazione la quale, titolata al governo del territorio in virtù del riparto delle materie di cui all'art. 117 Cost, insieme allo Stato, può o meno rilasciare il permesso di costruire maggiorato al cessionario dei diritti edificatori. E ciò in virtù non solo della discrezionalità tecnica vincolata, ma anche in base ad una ponderazione più opportunistica degli interessi pubblici contrapposti agli interessi legittimi che il privato vanta. Valutazione che si confà alla competenza della Pubblica amministrazione¹⁶⁴.

Ecco che, dunque, il diritto edificatorio in capo al cessionario perde il requisito dell'immediatezza, essendo, il suo godimento e la sua realizzazione, sottesi all'intervento della pubblica amministrazione. Di conseguenza, nonostante le tesi contrarie¹⁶⁵, si perderà anche il sovrastante carattere della realtà.

Invero, non si comprenderebbe come il medesimo diritto reale possa perdere il carattere di realtà – e, dunque, si tramuti in altra fattispecie - a seconda che si trovi nella fase circolatoria, o nella fase della realizzazione dell'interesse ad esso sotteso. Come detto, tale ricostruzione non è ammissibile¹⁶⁶.

¹⁶³ M. COMPORTE, *I diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.* CICU, MESSINEO e MENGONI, Milano, 1980.

¹⁶⁴ Sulla riconduzione dei diritti edificatori ad interessi legittimi: G.P. CIRILLO, *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012; P. SIRENA, *Diritti edificatori (trasferimento di)*, in *Enc. dir.*, Ann., VIII, Milano, 2015; G.M. UDA, *Profili civilistici della circolazione dei diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2015; I. OTTOBRINO, *Natura giuridica e regime impositivo Ici dei diritti edificatori discendenti dalla c.d. compensazione urbanistica*, in *Corr. giur.*, 2021.

¹⁶⁵ *Idem*

¹⁶⁶ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. ult. cit

Si è arrivato a sostenere, poi, che il cessionario nutra un diritto nei confronti della pubblica amministrazione preposta al rilascio del provvedimento¹⁶⁷. Tuttavia, l'aspettativa al rilascio del permesso di costruire maggiorato di certo non può essere ascritta alla categoria dei diritti soggettivi, bensì a quella degli interessi legittimi.

Se la riconduzione dell'aspettativa al diritto soggettivo si fosse resa necessaria ai fini della risarcibilità di quel diritto edificatorio acquisito a seguito di eventuale diniego del rilascio di permesso di costruire, non se ne comprenderebbe comunque la *ratio*, atteso che ormai dal 1999¹⁶⁸ è riconosciuta la risarcibilità del danno derivante da lesione dell'interesse legittimo.

Lo stesso scisma subirebbero, poi, le vicende circolatorie dei diritti edificatori in caso di cessione di cubatura o le altre modalità di trasferimento derivanti dagli strumenti di urbanistica consensuale. Solo la prima, di fatti, godrebbe del carattere di realtà, essendo immediatamente individuabili sia il fondo di decollo che il fondo di atterraggio¹⁶⁹. Ciò priverebbe del carattere reale sia la cessione di cubatura che tutte le altre ipotesi circolatorie dei diritti edificatori. Non si può assumere, infatti, che i diritti edificatori ineriscano o meno alla categoria dei diritti reali a seconda della loro modalità di circolazione. Tanto più a seguito della Novella che li definisce “diritti edificatori comunque denominati”, ricomprendendoli tutti in un'unica categoria che, gioco forza, deve soggiacere alla medesima disciplina¹⁷⁰.

Dalla difficoltà di assegnare realtà al diritto edificatorio volo, e più in generale dall'indagine della sua natura ricondotta proprio a tale fase, verrebbe quasi da affermare che l'epitome del diritto edificatorio sia proprio la fase del volo, quantomeno con riguardo alla sua riconduzione alle categorie generali forniteci dal Codice civile. E ciò, si badi, non per meri fini tuzioristici, ma affinché, definendone la natura, se ne possano ben delineare l'esercizio e la relativa tutela.

¹⁶⁷ M. COMPORTI, *Le cose, i beni, ed i diritti reali* XXX, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2003

¹⁶⁸ Corte di Cassazione, SSUU, n. 500/1999.

¹⁶⁹ F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura*, op. ult. cit.

¹⁷⁰ Del medesimo avviso G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., p. 44; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso, in Recesso e risoluzione dei contratti*, Milano, 1994.

2.4 L'interesse legittimo allo sfruttamento edilizio

La prospettiva proposta dalla dottrina favorevole alla tesi realista del rapporto privato-pubblico è stata aspramente criticata da altra autorevolissima dottrina che ha definito la vicenda circolatoria dei diritti edificatori – e la correlata realizzazione degli interessi ad essa connessi – evidentemente pubblicistica¹⁷¹.

Prima della Novella ed in contrapposizione alla descritta teoria del diritto reale, fu proposta anche la teoria della cubatura quale espressione di un interesse legittimo nutrito dal suo proprietario (che fosse cessionario o proprietario *ab origine*) allo sfruttamento edificatorio della medesima¹⁷².

Secondo tale dottrina, l'utilizzo della locuzione «diritti edificatori» risulterebbe priva di rigore tecnico, riflettendo piuttosto le coordinate culturali e giuridiche del periodo storico in cui tali figure si sono affermate. Si trattava, infatti, di una fase dominata da una concezione formale e non patrimoniale dell'interesse legittimo, che ne precludeva la disponibilità negoziale nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione¹⁷³.

La critica già mossa alla pretesa scissione tra momento privatistico e momento pubblicistico della vicenda dei diritti edificatori, invero, si annullerebbe nella loro riconduzione all'alveo degli interessi legittimi. L'interesse legittimo, infatti, nella sua qualità di posizione giuridica soggettiva sostanziale suscettibile di valutazione economica, non solo, tuttavia, è negoziabile fra Pubblica Amministrazione e privati, ma può essere oggetto anche di atti di disposizione fra privati stessi¹⁷⁴.

La valutabilità economica dell'interesse legittimo e, conseguentemente, la sua risarcibilità, sono state frutto prima dell'intervento legislativo con l'art. 11 L. 241/1990¹⁷⁵ - che, nell'introdurre gli accordi cd. provvedimentali, vi prevedeva l'applicabilità dei principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti – e successivamente riconosciute anche dalla giurisprudenza ordinaria e amministrativa¹⁷⁶.

¹⁷¹ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. ult. cit.; B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022.

¹⁷² A. BARTOLINI, *Profili giuridici del cd. credito di volumetria*, op. ult. cit.

¹⁷³ B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit.

¹⁷⁴ B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. ult. cit.

¹⁷⁵ Nello specifico, il comma 2 recita "Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3".

¹⁷⁶ Con la citata sentenza Corte di Cassazione, SSUU, n. 500/1999 e successiva Cons. St., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro it.*, 2012, III, c. 33. è stata riconosciuta la risarcibilità della lesione degli

2.5 La chance al credito di volumetria

L'interesse legittimo pretensivo suscettibile non solo di valutazione economica, ma anche di risarcibilità in caso di lesione da parte della P.A. medesima parrebbe indicare la via per la teoria ricostruttiva dei diritti edificatori che, a modesto parere, sembrerebbe la più coerente con la natura e la soddisfazione degli stessi. In prospettiva privatistica, infatti, i diritti edificatori si qualificerebbero quale *chance* edificatoria, proprio in virtù dei numerosi punti di contatto tra la stessa e la posizione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo¹⁷⁷.

Il diritto edificatorio, oggetto del contratto a mezzo del quale viene trasferito¹⁷⁸, si configura come una vera e propria *chance*, ossia come una concreta e fondata possibilità di trasformazione urbanistica in termini volumetrici su una determinata area. Oggetto di circolazione, pertanto, non è il diritto edificatorio in senso stretto, ma l'interesse legittimo del soggetto nei confronti della pubblica amministrazione, rappresentato dalla *chance* edificatoria. Questa non si sostanzia nell'attività edificatoria in sé, bensì nella possibilità di ottenere il titolo abilitativo (permesso di costruire), il cui rilascio condiziona la realizzazione della *chance* stessa. Solo a seguito del rilascio del titolo si verifica l'attualizzazione del diritto a edificare secondo una specifica volumetria, intesa come facoltà riconosciuta al proprietario, eventualmente autonomizzata, ma pur sempre derivante dal diritto dominicale¹⁷⁹.

La *chance* si distinguerebbe dal credito volumetrico, beninteso, proprio perché mai si potrebbe configurare un rapporto creditorio del proprietario della volumetria nei confronti del Comune avente ad oggetto il rilascio del permesso di costruire maggiorato che consenta, al privato, lo sfruttamento edilizio della volumetria medesima¹⁸⁰.

In tal modo, la vicenda si collocherebbe nell'art. 1376 c.c. quando la norma, nel definire il contratto ad effetti reali, fa riferimento ad "altro diritto", disvelando una plausibile interpretazione estensiva dell'oggetto del contratto, comprendendovi anche i diritti di credito¹⁸¹, ivi potendosi ricondurre anche le fattispecie della cessione del

interessi legittimi, considerando la categoria dell'interesse legittimo come situazione sostanziale diretta a proteggere un bene della vita, la cui lesione può concretizzare un danno.

¹⁷⁷ A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, op. ult. cit.

¹⁷⁸ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. ult. cit.

¹⁷⁹ B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. ult. cit.

¹⁸⁰ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. ult. cit.

¹⁸¹ *Idem*.

credito sperato o l'aspettativa del credito. Di più, è stato correttamente notato che proprio nell'ipotesi delle cd. premialità edilizie la *chance* coinciderebbe proprio con l'aspettativa di un diritto che, generatosi per autopoesi dal Comune, verrebbe trasmesso al privato al solo ricorrere di determinate condizioni incentivanti.

Aspettativa di un diritto che si configurerebbe, dunque, come una posizione giuridica autonoma, attuale e distinta rispetto al diritto finale, pur essendo ad esso strumentale e preparatoria. In quanto tale, essa sarebbe idonea a circolare e a costituire oggetto di atti di disposizione, in virtù della sua rilevanza sul piano patrimoniale e della capacità di incidere sulle dinamiche negoziali, ancorché condizionata al successivo verificarsi dell'evento attributivo del diritto pieno¹⁸².

La *chance* rappresenta una possibilità concreta, già radicata nel patrimonio del soggetto, di conseguire un determinato vantaggio economico, in quanto inserita in una sequenza causale orientata al suo conseguimento¹⁸³. Anche qualora essa si innesti su una situazione qualificabile in termini di interesse legittimo, la *chance* edificatoria può tuttavia circolare analogamente a un diritto di credito: ciò in ragione della fondata probabilità che l'amministrazione, pur esercitando una discrezionalità non vincolata, accolga l'istanza del privato e rilasci il titolo edilizio, riferito a una specifica volumetria. In questa prospettiva, «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»¹⁸⁴ in luogo dell'interesse in quanto tale, inteso «come una relazione (in senso molto ampio) tra il soggetto e il bene, che esprime, come presupposto, un giudizio del soggetto sulla idoneità del bene a soddisfare il bisogno»¹⁸⁵. Tale dinamica risulta ancor più evidente nell'ipotesi delle premialità edilizie, le quali, “nate in volo” restano svincolate da ogni riferimento immediato al terreno edificabile. Esse acquisiscono efficacia operativa solo nel momento in cui “atterrano”, cioè quando vengono riferiti concretamente a un'area idonea alla loro utilizzazione secondo la pianificazione urbanistica vigente.

¹⁸² B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. ult. cit.

¹⁸³ E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in Giust. civ. 2010

¹⁸⁴ Corte di Cassazione, SSUU, n. 500/1999 cui rinvia F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, op. ult. cit

¹⁸⁵ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, op. ult. cit; R. NICOLO', *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962. Con specifico riguardo all'interesse legittimo, FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in Riv. dir. civ. 2000, I.

In tale prospettiva, l'atterraggio rappresenta l'attualizzazione della *chance* edificatoria: costituisce, al contempo, onere per il suo esercizio effettivo e condizione sospensiva per la trasformazione del potenziale edificatorio in diritto effettivamente azionabile¹⁸⁶. A ben vedere, dunque, la riconduzione del diritto edificatorio alla categoria della *chance* volumetrica rappresenta lo strumento che meglio si adatta alla più problematica condizione del diritto edificatorio stesso, ovvero il cd. "volo".

I c.d. "crediti in volo" trovano una propria giustificazione teorica e una concreta attualità nella prospettiva che considera la *chance* edificatoria come autonoma rispetto al vincolo materiale al suolo. Infatti, pur essendo vero che il permesso di costruire è rilasciato sulla base di un progetto che presuppone la disponibilità di un diritto reale su un fondo edificabile, è altrettanto vero che, per il titolare di una potenzialità edificatoria "in volo", l'acquisto del terreno rappresenta un adempimento strumentale all'esercizio del diritto edificatorio e alla realizzazione dell'interesse ad esso sotteso, ma non una condizione ontologica della configurabilità giuridica del credito medesimo. La legittimazione a edificare, intesa come diritto incorporato in un titolo edilizio o urbanistico, può dunque temporaneamente distaccarsi dal suolo e circolare in attesa di "atterrare" su un fondo ricevente, in un quadro normativo che — a certe condizioni — consente la mobilitazione di tale *chance* indipendentemente da una originaria relazione reale col terreno¹⁸⁷.

Ne è dimostrazione il rapporto che la medesima nutre proprio nei confronti del provvedimento amministrativo. La cubatura — intesa in termini di potenzialità edificatoria — è intimamente connessa al rilascio del permesso di costruire, poiché, una volta ottenuto il titolo abilitativo, tale potenzialità si consuma, traducendosi nell'effettivo esercizio del diritto edificatorio¹⁸⁸. In tal senso, la *chance* edificatoria, correttamente intesa come aspettativa giuridicamente tutelata alla realizzazione edilizia, cessa di essere tale al rilascio del permesso di costruire che autorizza lo sfruttamento edilizio, ormai non più solo auspicato ma pienamente realizzato¹⁸⁹.

¹⁸⁶ B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. ult. cit.

¹⁸⁷ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. ult. cit.

¹⁸⁸ F. PATTI E F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, op. cit., secondo i quali, ferma la circolazione del diritto edificatorio secondo schemi negoziali privatistici, il suo godimento è piuttosto "strettamente legato all'intervento della p.a. e si realizza al momento in cui emana il provvedimento abilitativo della costruzione".

¹⁸⁹ A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, op. ult. cit., per il quale la *chance* edificatoria è «una potenzialità di trasformazione in termini volumetrici del territorio. *Chance* che è correlata tanto al potere di piano, quanto al procedimento edilizio diretto a concretizzare l'aspettativa edificatoria in diritto ad edificare».

In tale prospettiva, di più, il richiamo al modello della cessione del credito consente di evocare la regola secondo cui le parti possono pattuire la garanzia della solvibilità del debitore, facendo così ricadere sul cedente il rischio del (legittimo) diniego del titolo abilitativo da parte del Comune¹⁹⁰. È, infatti, opportuno ribadire che è la stessa trascrizione, oltre a garantire all'acquirente tutela in caso di conflitti circolatori mediante il meccanismo della priorità¹⁹¹, a rendere opponibile il contratto anche nei confronti della pubblica amministrazione, nel senso di legittimare il cessionario dei diritti edificatori, *rectius* l'acquirente, a richiedere il rilascio del permesso di costruire¹⁹². La Pubblica amministrazione, pur non essendo mai vincolata al rilascio del titolo edilizio, dovrà comunque adeguatamente motivare un eventuale diniego, stante la discrezionalità tecnica che sottende l'istruttoria e la stesura della motivazione del provvedimento¹⁹³.

¹⁹⁰ G. SABBATO, *Il piano casa fra disciplina statale e regionale: dinamica applicativa e riflessi perequativi*, in MUSIO-SABBATO-SALITO (a cura di), *Il piano casa*, Torino, 2011.

¹⁹¹ Ritiene B. MASTROPIETRO in *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. ult. cit. che “*Sul piano dei conflitti circolatori, la prima ipotesi che può prospettarsi è quella del conflitto fra cessionario e acquirente del fondo asservito, al quale il vincolo di inedificabilità sarà opponibile se abbia trascritto l'atto di acquisto dopo la trascrizione del trasferimento di volumetria. Non diversamente, nel caso di doppia cessione, il cessionario primo trascrivente, anche se l'atto di cessione fosse di data successiva, prevarrà e sarà legittimato a chiedere il rilascio di un permesso di costruire maggiorato. Amplia in B. MASTROPIETRO, Natura e circolazione dei diritti edificatori, cit.*

¹⁹² *Idem*, rinviano a F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, UTET, 2012 e a B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit: “*il contratto traslativo dei diritti edificatori trascritto sarebbe “opponibile” anche nei confronti della p.a., nel senso che la trascrizione dell'accordo sarebbe costitutiva dell'equipollenza con l'atto di asservimento, quale titolo che legittima la richiesta del permesso di costruire da parte del cessionario, prescindendo dal consenso del cedente, potendosi ritenere già espressa tale adesione nell'atto negoziale di trasferimento. Solo in tal modo potrebbe assicurarsi un'adeguata tutela al cessionario, il quale, diversamente, vedrebbe comunque condizionata la sua domanda all'atto di assenso del cedente, il cui inadempimento comporterebbe, peraltro, soltanto un obbligo risarcitorio, in ragione della natura meramente obbligatoria del vincolo. Con l'ulteriore conseguenza che solo il cessionario primo trascrivente potrebbe chiedere e ottenere il permesso a costruire. L'opponibilità alla p.a. del contratto traslativo dei diritti edificatori trascritto, in siffatti termini, comporterebbe allora che il comune non possa concedere il permesso di costruzione maggiorato a prescindere dalla trascrizione prioritaria del contratto di cessione. Sul punto, anche in merito al potere del comune di annullare il primo provvedimento edilizio irregolarmente concesso al cessionario non trascrivente, per rilasciarne un secondo al cessionario primo trascrivente, anche ove, per ipotesi, il primo istante, cessionario non trascrivente, abbia utilizzato il permesso, con conseguente abbattimento dell'opera costruita per irregolarità del procedimento amministrativo”.*

¹⁹³ Peraltro, a trascrizione adempiuta ai sensi dell'art. 2643 n.2bis c.c., il Comune avrebbe l'onere di controllare la provenienza dei diritti edificatori sulla cui base rilascerebbe il permesso di costruire. Sul comune che non guarda ai RR.II. A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, op. cit., prima della Novella, osservava che «*un minimo di realismo impone di chiedersi se veramente gli uffici addetti al governo del territorio si faranno carico di verificare presso le conservatorie che il venditore sia effettivamente proprietario solitario dell'area da cui provengono i diritti edificatori ceduti. Ed anche qualora si facciano carico di richiedere documentazione in materia ci si può chiedere come si comporteranno qualora rilevino che il terreno è ipotecato, o gravato da una servitù di passaggio, o di elettrodotto, o di gasdotto. Su tale linea di riflessione può almeno sorgere il sospetto che chi sia abituato a fare riferimento allo stato dei luoghi come insegna il Consiglio di Stato, rischi di non dare rilievo alla presenza di una ipoteca, che invece rileva assai, e dare rilievo ad una servitù di metanodotto che, invece, non rileva affatto.*».

Attraverso la figura della *chance*, dunque, è possibile configurare anche un profilo *inter partes*, sebbene in termini non primari. Qualora si tratti di un contratto traslativo soggetto a trascrizione, può accadere che il *tradens* disponga nuovamente del medesimo bene prima che la formalità pubblicitaria sia eseguita. In tale evenienza, secondo l'orientamento dominante in dottrina e giurisprudenza, sorge in capo al *tradens* un vincolo obbligatorio di indisponibilità, la cui violazione integra un inadempimento contrattuale, comportando l'obbligo risarcitorio nei confronti del primo avente causa¹⁹⁴.

Similmente, nella cessione della *chance* edificatoria, si configura un duplice vincolo nel lasso temporale antecedente alla trascrizione: da un lato, l'impegno alla non disponibilità della volumetria ceduta, e dall'altro, l'obbligo di astensione dal suo esercizio diretto, mediante richiesta di permesso di costruire sulla base della cubatura oggetto di cessione¹⁹⁵.

La duttilità della *chance* edificatoria sembrerebbe, dunque, ben adattarsi al diritto edificatorio anche alla luce della Novella, disvelando anche una particolare compatibilità con la fase del cd. "volo" del diritto edificatorio.

2.6 Gli interventi delle Sezioni Unite

I numerosi tentativi di ricostruzione della natura del diritto edificatorio – e, seppur in minor misura, della cessione di cubatura – pur provando a sopperire alla mancanza di una disciplina puntuale in sede legislativa, non hanno condotto, come si è provato a tratteggiare, ad una soluzione univoca e che fosse esente da puntualizzazioni.

La diffusa incertezza riguardo la natura stessa del diritto edificatorio, che la Novella non ha dissipato, è ben presto giunta, come prevedibile, presso le aule giudiziarie.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno avuto l'occasione di pronunciarsi sulla natura dei diritti edificatori e della cessione di cubatura *latu sensu*. Le ordinanze di rimessione delle due sentenze, sino ad ora, più rilevanti in materia provenivano infatti dalle sezioni tributarie della Corte, a dimostrazione che le importanti incertezze sulla genetica dei diritti edificatori hanno sviluppato più celermente i propri effetti, dunque, sotto il profilo tributario ed impositivo della vicenda, ancor prima degli aspetti squisitamente civilistici.

¹⁹⁴ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, Vol. I, Milano, 1993

¹⁹⁵ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. ult. cit.

Invero, le possibili criticità che sarebbero emerse dal punto di vista tributario e impositivo della circolazione dei diritti edificatori erano già state avanzate dalla dottrina¹⁹⁶.

La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 23902 del 29 ottobre 2020 prendeva le mosse da un ricorso proposto nel 2016 dinnanzi alla Sezione Tributaria della Corte per la cassazione della sentenza n. 4323/14/15 del 21.7.2015, con la quale la Commissione Tributaria Regionale del Lazio, in riforma della prima decisione, riteneva legittimo l'avviso di accertamento per Ici 2005 con riguardo ad un'area di proprietà della società ricorrente, dapprima edificabile, ma poi successivamente assoggettata a vincolo di inedificabilità assoluta. A mente della CTR, l'area in questione doveva purtuttavia assoggettarsi ad Ici come edificabile, poiché essa era stata fatta oggetto di un accordo di compensazione urbanistica ed in forza di ciò, l'edificabilità dell'area in questione (c.d. di "decollo") poteva infatti essere esercitata su altro terreno nell'ambito delle già individuate aree di assegnazione (c.d. di "atterraggio"), con conseguente sua tassazione Ici secondo il criterio del valore venale. Il contrasto giurisprudenziale in materia ha indotto la Sezione tributaria a rimettere gli atti al Primo Presidente della Corte di cassazione. L'ordinanza di rimessione, ricostruendo il citato contrasto interno alla Sezione tributaria¹⁹⁷ ha riconosciuto che

¹⁹⁶ Tra i tanti si vedano R. TRIOLA, *La "cessione di cubatura": Natura giuridica e regime fiscale*, in Riv. Not. 1974; L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, op. ult. cit.; F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, in AA.VV., *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti convegno Bari, 11 giugno 2011*, Quaderni Fondazione Italiana Notariato, Milano 2012.

¹⁹⁷ «- pur in assenza di precedenti specifici di legittimità sull'imposizione Ici in caso di "compensazione urbanistica" sussistono taluni precedenti (Cass. n. 27575/18; 15693-15700/17) concernenti analogo problema in fattispecie di "perequazione urbanistica", "per effetto della quale viene attribuito un valore edificatorio uniforme a tutte le proprietà destinate alla trasformazione di uno o più ambiti del territorio comunale, a prescindere dall'effettiva localizzazione dei diritti edificatori, trasferibili e negoziabili separatamente dal suolo (...)" (Cass. n. 27575/18 cit.), i quali hanno concluso per l'effettivo assoggettamento ad Ici dell'area di partenza, in applicazione del principio per cui il presupposto oggettivo di questo tributo può essere individuato anche soltanto nella "mera potenzialità edificatoria" dell'area, secondo quanto già stabilito da Cass. SS.UU. n. 25506/06 ed altre conformi; - secondo quanto affermato dalla Sezione Tributaria fino al 2015 (Cass. nn. 25672/08; 5992/15) l'apposizione sull'area di un vincolo di destinazione a servizio pubblico o di interesse pubblico, ovvero a verde pubblico attrezzato, idoneo ad impedire ai privati tutte quelle trasformazioni del suolo riconducibili alla nozione tecnica di edificazione, esclude la fabbricabilità ai fini del Decreto Legislativo n. 504 del 1992, articolo 1, comma 2 (ad analogo conclusione è pervenuta Cass. Sez. I nn. 11408/12 e 13197/07 ai diversi fini della determinazione dell'indennità di espropriazione); ma, a partire dal 2015, è invece andato consolidandosi, all'interno della sezione, l'opposto orientamento, in base al quale l'apposizione di vincoli di destinazione, ancorché' indubbiamente incidente sul valore venale dell'immobile, non e' tuttavia tale da farne venir meno l'originaria natura edificabile (Cass. n. 17764/18, 23814/16; 14763/15); - a diversa conclusione, cioè nel senso della inedificabilità, si è pervenuti in presenza di strumenti di pianificazione paesaggistica ed ambientale regionale ostativi alla fabbricabilità, pur a fronte di

“un indirizzo interpretativo chiarificatore si imporrebbe anche in ragione delle diversità esistenti tra gli interventi di tipo "perequativo" e quelli di tipo "compensativo", posto che nel primo caso viene pur sempre riconosciuta al fondo, quale strumento alternativo all'imposizione di un vincolo, una determinata frazione della cubatura complessiva fruibile su altre aree (contigue oppure no), mentre nel secondo caso si verifica l'attribuzione di un "credito" compensativo di natura indennitaria suscettibile di essere fruito su un'altra area (di "atterraggio") la cui identificazione può tuttavia avvenire anche molto tempo dopo l'imposizione del vincolo sull'area di origine, con le conseguenti problematiche circa la configurabilità non soltanto del presupposto oggettivo dell'Ici, ma anche di quello soggettivo”.

La Corte, al principio della propria ricostruzione del diritto edificatorio, dà conto della lacunosa disciplina nazionale fornita dalla Novella. Secondo i Giudici, la formulazione “comunque denominati” contenuta nel n. 2bis dell’art. 2643 c.c. non è casuale ma deve necessariamente trovare ragione nella natura polimorfa dell’istituto, che sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza ha visto l’avvicinarsi di diverse nomenclature «discutendosi ora di "diritti edificatori", ora di "crediti edilizi", ora di "crediti compensativi", ora di "titoli volumetrici" o altre simili locuzioni». Ciò in ragione della differente sostanza giuridica che si è inteso attribuire, nel tempo, all’istituto in parola¹⁹⁸, ferma comunque l’incontestabile possibilità – che ne costituisce il bene della

edificabilità secondo il PRG; ciò in forza della affermata prevalenza, Decreto Legislativo n. 42 del 2004, ex articolo 145, delle prescrizioni del piano paesaggistico regionale, comunque denominato, sulla pianificazione urbanistica comunale (Cass. n. 15726/14; 11080/19);

- la soluzione della imponibilità Ici in ragione della mera potenzialità edificatoria susciterebbe purtuttavia qualche perplessità, specie a fronte dei nuovi strumenti, variamente previsti dalle normative regionali, della perequazione, della compensazione e dell'incentivazione urbanistica, destinati a sostituire lo schema classico della c.d. "zonizzazione" ovviando alle discriminazioni tra proprietari di aree omologhe da quest'ultima spesso indotte, e ad ingenerare, in capo ai proprietari, dei "diritti edificatori" non disciplinati espressamente dalla legge statale (se non nei ristretti limiti della trascrivibilità di cui all'articolo 2643 c.c., n. 2 bis, come introdotto dal Decreto Legge n. 70 del 2011, conv. in L. n. 106 del 2011), e di qualificazione giuridica ancora incerta: se diritti reali di godimento, tipici o atipici; se diritti obbligatori riconducibili ad un rapporto di credito tra il privato e l'amministrazione comunale; se meri "frutti" del bene; - qualora si attribuisse ai diritti edificatori in questione natura obbligatoria, ben difficilmente se ne potrebbe ammettere l'imponibilità Ici, essendo quest'ultimo un tipico tributo di natura reale che presuppone l'edificabilità in quanto qualità intrinseca del terreno; là dove, in fattispecie come quella dedotta nel presente giudizio: "il credito edificatorio compensativo farà eventualmente nascere, come una sorta di indennizzo o corrispettivo aggiuntivo, una capacità edificatoria (in altra sede) solo in forza della conclusione del procedimento compensatorio, sicché' fino a tale momento non esisterà l'edificabilità di alcuna area, ma soltanto una mera possibilità futura di edificabilità, neppure certa nell'an e nel quando"; sicché' "mancando i requisiti, richiesti dalla norma tributaria, dell'attualità, realtà e localizzazione della capacità edificatoria, le aree di compensazione non sembrano poter essere assimilate a quelle fabbricabili indicate dalla normativa Ici, neppure sotto il profilo di una loro "potenzialità" (ord. rim. pag. 13)»

¹⁹⁸ La Corte afferma: “E ciò in maniera non casuale e fungibile, ma a seconda della sostanza giuridica che in tali istituti si voglia vedere: se di diritto soggettivo o di interesse legittimo; se di natura reale di

vita - di sfruttare altrove la volumetria in termini edilizi, a fronte del provvedimento amministrativo favorevole.

La questione rimessa alla Corte ha ad oggetto dei diritti edificatori di origine compensativa, riconosciuti al privato in ragione dell'imposizione del vincolo di inedificabilità assoluta per ragioni ambientali-paesaggistiche (compensazione ambientale), là dove il credito compensativo è assegnato con funzione compensativa o indennitaria dell'edificabilità soppressa¹⁹⁹.

Le Sezioni Unite hanno escluso l'imponibilità Ici, come area edificabile, del terreno dal quale origina il diritto edificatorio compensativo, ciò in ragione della totale mancanza di realtà del diritto edificatorio di origine compensativa che difetterebbe, dunque, della legittimazione soggettiva e del presupposto obiettivo.

Ciò che, a mente della Corte, sembra rappresentare un ostacolo davvero invalicabile nell'affermare la natura reale del diritto edificatorio di natura compensativa, è il suo totale distacco dal fondo di origine e la sua conseguente perfetta ed autonoma ambulatorietà.

Caratteri, questi, che ben si accordano con la funzione da esso assolta, costituita appunto - come si è detto - dall'attribuzione al proprietario del fondo, alternativa all'esproprio, di un'utilità giuridica ed economica che lo tenga indenne dalla decurtazione subita per effetto dell'imposizione del vincolo su un terreno originariamente edificabile. Sicché, da questo necessitato punto di vista, il diritto edificatorio compensativo non costituisce nulla di diverso da una indennità ripristinatoria – in moneta urbanistica²⁰⁰ - di un patrimonio inciso, che il proprietario può valorizzare sul mercato indipendentemente dal suolo generatore; il quale, del resto, potrebbe risultare ormai privo di qualsivoglia appetibilità commerciale e, anzi, nemmeno più appartenergli, come nel caso in cui il diritto gli fosse attribuito a fronte della cessione spontanea dell'area²⁰¹.

Nel superare i tentativi di riconduzione a realtà del diritto edificatorio – nel caso di specie, compensativo – la Corte ha escluso anche la cd. inerenza virtuale al terreno proposta dalle tesi “realiste”²⁰² giudicando quel rapporto tra diritto edificatorio e suolo

godimento ovvero obbligatoria; se meramente identificativi di una "cosa" oggetto di diritti ovvero di una "utilità" o "chance" ingenerante un'aspettativa giuridicamente tutelata”.

¹⁹⁹ B. MASTROPIETRO in *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, cit.

²⁰⁰ Di moneta volumetrica aveva già parlato E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, op. cit.

²⁰¹ Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 23902 del 29 ottobre 2020, pag. 11.

²⁰² *Amplia*, § 2.3

di natura funzionale estrinseca, con espresso riferimento sia all'aspetto civilistico che tributario della fattispecie.

Pur riconoscendo, infatti, la patrimonialità della compensazione volumetrica, le Sezioni Unite hanno evidenziato gli evidenti problemi connessi alla sua quantificazione. Non può difatti, acriticamente quantificarsi il valore di un diritto edificatorio di origine compensativa senza aver cognizione della sua destinazione²⁰³.

Nonostante ciò, la non imponibilità ai fini Ici non è del tutto assorbita da tale profilo, così come non lo è dalla diversa criticità il valore economico del diritto edificatorio possa risultare per molte annualità di fatto pari o prossimo allo zero in virtù dell'alto grado di indeterminatezza della fattispecie di assegnazione sostitutiva dell'edificabilità, bensì dalla *“ontologica autonomia giuridica ed economica del diritto edificatorio [di origine compensativa] rispetto al suolo dal quale emana”*²⁰⁴.

Le SS.UU. hanno dunque affermato il seguente principio di diritto *“In definitiva, va stabilito che un'area, prima edificabile e poi assoggettata ad un vincolo di inedificabilità assoluta, non è da considerare edificabile ai fini ICI ove inserita in un programma attributivo di un diritto edificatorio compensativo, dal momento che quest'ultimo non ha natura reale, non inerisce al terreno, non costituisce una sua qualità intrinseca ed è trasferibile separatamente da esso”*.

Non troppo tempo dopo, le Sezioni Unite, con sentenza n.16080 del 9.6.2021, si sono trovate a doversi pronunciare su un ulteriore ricorso proposto dinnanzi alla Sezione Sesta tributaria della Corte di cassazione. La fattispecie, nonostante muovesse

²⁰³ Come correttamente rilevato da B. MASTROPIETRO in *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, cit. «Se, infatti, come pur sottolinea la Corte, non può dubitarsi che il diritto di edificare altrove, in quanto *“utilità patrimoniale economicamente apprezzabile”*, costituisca un *“indice di ricchezza”* e dunque *“una manifestazione di capacità contributiva”* che potrebbe tener luogo dell'edificabilità soppressa, tuttavia siffatta capacità non può di per sé legittimare l'imposizione di un tributo, quale l'Ici. Si tratta infatti di un bene diverso da quelli espressamente considerati nel d.lgs. n. 504 del 1992 (come i terreni edificabili o agricoli), privo di inerenza reale rispetto ad essi, giacché la connessione, pur esistente fra un'area di decollo o di atterraggio e il diritto edificatorio compensativo è *« una connessione funzionale estrinseca e non ricostruibile in termini di realtà»*. Il credito compensativo, infatti, è funzionale a indennizzare la perdita della potenzialità edificatoria di un fondo, venuta meno, ad esempio, a séguito dell'apposizione di un vincolo di inedificabilità, ma non è un diritto inerente al fondo di partenza, di cui non costituisce una qualità intrinseca, tale da essere economicamente valorizzata nel trasferimento congiunto con esso. Difetto di inerenza che, come anticipato, è evidente nella fase del volo, là dove il diritto di costruire non può più essere esercitato sul terreno di origine, e non ancora esercitato su quello, eventuale, di atterraggio, non ancora assegnato o individuato. Diversamente opinando, per Cass., sez. un., 29 ottobre 2020, n. 23902, cit., si creerebbe in via di interpretazione una fattispecie impositiva differente da quella prevista dal legislatore nel d.lgs. n. 504 del 1992, estesa ad un bene, il diritto edificatorio compensativo, diverso da quelli espressamente considerati (come i terreni edificabili o agricoli) e privo di una inerenza reale rispetto ad essi, con un dubbio di compatibilità ex art. 23 Cost.»

²⁰⁴ Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 23902 del 29 ottobre 2020, pag. 14.

nuovamente da un diritto edificatorio di natura compensativa, presentava la peculiarità che quest'ultimo fosse stato poi alienato a mezzo di cessione di cubatura tra privati. La Sezione sesta tributaria, atteso il contratto giurisprudenziale prodottosi, ha rimesso con ordinanza la questione al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite sulla questione concernente *“la qualificazione giuridica dell'atto di cessione di cubatura ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro, apparendo altresì necessario indagare sui possibili effetti e sulla natura giuridica del diniego di autorizzazione da parte dell'amministrazione comunale rispetto all'eventuale imposizione fiscale applicata sul presupposto della qualificazione dell'atto di cessione come negozio immediatamente traslativo del diritto edificatorio. Parimenti necessaria risulterà la verifica delle ricadute ai fini fiscali delle sopravvenienze di carattere urbanistico successive alla cessione”*.

Questa volta, l'oggetto precipuo cui si richiede l'indagine delle Sezioni Unite è il contratto di cessione di cubatura, con evidente spostamento “in avanti” del focus della questione. Se con la sentenza n. 23902/2020 infatti, la Corte si era espressa, *latu sensu*, sulla natura del diritto edificatorio di natura compensativa e sua conseguente imponibilità ai fini Ici, con la sentenza n. 16080/2021 le SS.UU. hanno dovuto estendere lo spettro di analisi anche al successivo contratto di cessione di cubatura tra privati a mezzo del quale il cedente ha deciso di trasferire il diritto edificatorio, ad esso riconosciuto in via compensativa, al cessionario, con espressa previsione di sfruttamento edilizio sul fondo già individuato al momento del trasferimento del diritto.

La rimessione alle SS.UU. avrebbe trovato la propria giustificazione nel contrastante orientamento sviluppatosi sulla natura del contratto di cessione di cubatura.

L'ordinanza ripercorre il primo orientamento, riferibile alla Sezione tributaria, secondo il quale la cessione di cubatura ha ad oggetto il diritto di edificare quale manifestazione coesistente ed inerente al diritto di proprietà, assumendo con ciò la natura di atto traslativo di un diritto reale. Di contro, l'orientamento proprio della Seconda sezione civile a mente del quale la cessione di cubatura avrebbe invece natura meramente obbligatoria, risolvendosi nell'assunzione da parte del proprietario cedente dell'obbligo a prestarsi presso la pubblica amministrazione affinché quest'ultima rilasci il provvedimento concessorio - discrezionale e non vincolato - a favore del proprietario cessionario, ed titolo di maggiorazione della cubatura già precedentemente a questi riconoscibile in base ai vigenti strumenti di pianificazione urbanistica; l'accordo di

cessione avrebbe dunque efficacia solo obbligatoria ed interna tra gli stipulanti (non comportante alcun diretto ed immediato asservimento di un fondo a favore di un altro), posto che il trasferimento di cubatura - non soltanto nei confronti dei terzi, ma anche tra le stesse parti - sarebbe determinato esclusivamente dal provvedimento concessorio rilasciato dall'amministrazione comunale a favore del cessionario e sulla base del programma edificatorio da questi proposto²⁰⁵.

Nel tracciare la natura del contratto di cessione di cubatura la Corte si discosta dalle ipotesi di ricostruzione in termini reali del diritto edificatorio in virtù della fortissima incidenza esercitata dal ruolo della P.A. nel rilascio del permesso di costruire maggiorato. L'influenza che tale provvedimento esercita nel godimento del diritto edificatorio mette in crisi l'ipotesi di riconduzione a realtà del diritto edificatorio.

A tale aspetto si aggiungerebbe la pretesa del comportamento proattivo da parte del cedente che deve astenersi da qualunque atto di disposizione del diritto edificatorio a seguito della cessione, parallelamente alla pretesa che lo stesso si "spenda" presso il Comune per il rilascio del permesso di costruire maggiorato in favore del cessionario – o che, quantomeno, non adotti comportamenti ostruzionistici in tal senso.

Anche tali elementi, nella ricostruzione della Corte, osterebbero al riconoscimento dei requisiti di immediatezza ed assolutezza del diritto edificatorio.

Tuttavia, l'opposizione alla tesi realista di certo non può spostare eccessivamente la prospettiva della vicenda circolatoria troppo sul versante pubblicistico. La cessione di cubatura non può rappresentare una fase preliminare e quasi eventuale del provvedimento amministrativo cui il cessionario ambisce. Secondo la Corte, infatti, l'affermazione secondo cui il trasferimento di cubatura non dipenderebbe dall'accordo tra le parti, ma solo ed esclusivamente dal rilascio del permesso di costruire da parte della PA, pare non tenere in debito conto il fatto che, nell'attuale ordinamento, il diritto di edificare è insito nella proprietà del suolo, essendo dato all'Amministrazione soltanto di regolarne l'esercizio conformemente ai piani ed agli strumenti urbanistici di governo territoriale, non già di discrezionalmente costituirlo e neppure di trasferirlo da un privato all'altro²⁰⁶. Ed anzi, proprio ad avviso delle SS.UU., l'introduzione del n. 2bis all'art. 2643 c.c. esclude integralmente la riconduzione a realtà della cessione di cubatura stessa, dovendosi rilevare non solo che l'elenco degli atti soggetti a trascrizione ex art. 2643 c.c. non presuppone necessariamente il carattere reale

²⁰⁵ Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 16080 del 9 giugno 2021, pag. 4

²⁰⁶ Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 16080 del 9 giugno 2021, pag. 10

dell'atto, posto che la legge ammette la trascrizione anche di atti relativi a beni immobili che rivestono pacifica natura obbligatoria, come i contratti di locazione ultranovennale (art. 2643, n. 8) ovvero i contratti preliminari (art. 2645 bis), ma anche che una specifica ed autonoma previsione di trascrivibilità dei diritti edificatori in quanto tali non avrebbe avuto ragion d'essere, né logica né pratica, qualora questi ultimi, partecipando di natura reale, risultassero comunque già prima trascrivibili in base alla disciplina generale (per le servitù, in particolare, ai sensi del n. 4 del medesimo articolo).

Da questo punto di vista, l'introduzione nell'ordinamento del n. 2 bis costituisce un pesante argomento sistematico a sostegno dell'indirizzo della non realtà dell'atto di cessione di cubatura, là dove si rimproverava a quest'ultimo (per ragioni uguali e contrarie a quelle per le quali si dava invece credito all'indirizzo opposto) di inficiare, precludendone la pubblicità, proprio le esigenze di certezza ed opponibilità coesenziali ad uno strumento negoziale così rilevante e diffuso. Ulteriore elemento è dato dalla collocazione dell'istituto all'interno del sistema di tutela dei diritti per mezzo della trascrizione, a sua volta intrinsecamente connesso alla vicenda traslativa, costitutiva o modificativa (n. 2bis: "*i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori...*").

È dunque chiara l'opzione legislativa secondo cui i diritti edificatori, non solo sono genericamente disponibili per contratto, ma tra le parti vengono costituiti, trasferiti e modificati direttamente per effetto di questo, e non di altro. Il che comporta la netta rivalutazione del sostrato privatistico della cessione di cubatura, ricollocando l'effetto traslativo suo proprio nell'ambito dell'autonomia negoziale delle parti, non già del procedimento amministrativo. Da qui l'estendibilità alla materia del principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c., secondo il quale nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di un diritto (anche diverso dalla proprietà di cosa determinata o da un diritto reale) questo si trasmette e si acquista per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato²⁰⁷.

Fermo, dunque, il ruolo imprescindibile della P.A. nello sfruttamento effettivo del diritto edificatorio quale bene della vita, non si può negare che il trasferimento del diritto stesso avvenga in una dinamica squisitamente privatistica.

²⁰⁷ *Idem*, pag. 11.

Viene dunque pronunciato il seguente principio di diritto: *“la cessione di cubatura, con la quale il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore e, formandone un diritto a sé stante, lo trasferisce a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo, è atto: - immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale; - non richiedente la forma scritta ad substantiam ex art. 1350 c.c.; - trascrivibile ex art. 2643 c.c., n. 2 bis”*.

Il percorso logico argomentativo di entrambe le sentenze della Corte non arriva mai ad assumere una posizione netta sulla natura dei diritti edificatori - pur escludendone del tutto il carattere reale - il che rappresenta, invero, un interessante parametro dell'evanescenza che caratterizza il diritto edificatorio, sin dalla sua genesi, fino al suo sfruttamento edilizio.

Diversamente, con specifico riferimento alla sentenza n. 16080/2021 gli Ermellini esaltano l'intima connessione che esiste tra diritto edificatorio e cessione di cubatura, la cui natura, struttura e disciplina giuridica rappresentano argomento precipuo del prossimo capitolo.

CAPITOLO III

La cessione di volumetria

Sommario: 1. La natura della cessione di volumetria e sue ipotesi ricostruttive; 1.1. Negozio ad effetti obbligatori; 1.2. Cessione di contratto; 1.3. Rinuncia abdicativa; 1.4. Vincolo di destinazione puro e vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c.; 1.5. La costituzione di servitù; 1.6. Negozio condizionato o presupposizione; 1.7. Diritto di superficie; 1.8. Le Sezioni Unite Cass. 16080/2021; 2. Struttura e disciplina negoziale del contratto; 2.1. Parti coinvolte e individuazione della volumetria; 2.2. Autonomia negoziale ed accordo; 2.3. Rapporti tra titolo negoziale e provvedimento comunale; 3. Trascrizione dei contratti di cessione di cubatura; 3.1. Garanzie e opponibilità ai terzi; 3.2. Ipotesi di trascrizione dei diritti edificatori in volo; 4. Criteri di qualificazione della circolazione della cubatura quale prestazione di servizi o contratto ad effetti reali; 5. Altri negozi aventi ad oggetto la potenzialità edificatoria.

1. La natura della cessione di volumetria e sue ipotesi ricostruttive

Come si è avuto modo di approfondire al Capitolo II, nel contesto della disciplina urbanistica italiana, le trasformazioni normative intervenute a partire dalla Legge Urbanistica fondamentale del 1942 (legge n. 1150) e, in particolare, con la sua modifica ad opera della legge 6 agosto 1967, n. 765 (cd. "Legge Ponte"), hanno favorito l'affermarsi, in ambito privatistico, di una prassi fondata sulla circolazione convenzionale della capacità edificatoria. Si è così diffuso l'uso, tra proprietari di terreni, di stipulare atti mediante i quali si trasferisce la volumetria potenzialmente realizzabile su un fondo, a vantaggio di un fondo contiguo. In tale schema, il fondo "cedente" subisce una riduzione (totale o parziale) della propria edificabilità, a fronte di un incremento corrispondente della capacità edificatoria del fondo "cessionario".

Il meccanismo è nato chiaramente dalla necessità di aggirare gli standard edilizi introdotti proprio dalla Legge Ponte, in modo da non alterare la densità edilizia complessiva prevista dallo strumento urbanistico, altresì consentendo una diversa articolazione all'interno del medesimo comparto. È in questa prospettiva che il trasferimento di cubatura si inserisce quale figura atipica di cooperazione orizzontale tra soggetti privati, la cui validità resta subordinata all'autorizzazione o comunque alla conformità rispetto ai parametri stabiliti dalla disciplina urbanistica vigente²⁰⁸.

²⁰⁸ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. cit.

L'indagine riguardo gli interessi che hanno effettivamente condotto alla genesi dell'istituto, invero, sono stati oggetto di approfonditissimi studi della migliore dottrina²⁰⁹.

Una parte di essa ha effettivamente ricollegato l'origine della cessione di volumetria quale strumento adatto a superare le prescrizioni del piano regolatore generale. È stato dunque sostenuto che per cogliere le ragioni profonde che hanno determinato l'emersione dell'istituto del trasferimento di cubatura, è necessario considerare il rapporto strutturale tra capacità edificatoria e dimensione fondiaria. In molti casi, infatti, l'edificabilità attribuita dai piani urbanistici alle singole particelle risulta difficilmente utilizzabile in concreto, a causa sia dei vincoli conformativi imposti dalla pianificazione urbanistica, sia del progressivo frazionamento della proprietà fondiaria. Tale frammentazione produce superfici insufficienti a consentire l'attuazione delle previsioni tipologiche e morfologiche delineate dallo strumento urbanistico, con il

²⁰⁹ Sulla cessione di cubatura tra i tanti si ricordano i contributi di A. CANDIAN, *Trasferimento di cubatura* in Digesto disc. priv. Sez. priv. (aggiornamento) Torino, 2000, p. 735; G. CECCHERINI, *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in Giust. Civ. 1990, II, p. 103; Id., *Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura*, in Nuova Giur. Civ. comm. 2009 p. 557; S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2001, p. 65-67; N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in Riv. Not. 2003 p. 1113; R. CONTI (a cura di) *La proprietà e i diritti reali minori* Milano, 2009, p. 413; C. FRANCO, *Appunti sulla cd. cessione di cubatura*, in Vita Not. 1997 p. CXC; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, op. cit., p. 527, Id. *Il diritto di proprietà*, op. cit., p. 309; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare* Tomo I artt. 2643-2644, in *Il codice civile* comm. diretto da P. SCHLESINGER Milano, 1991, p. 655 e ss.; F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, Milano, 2001, p. 246; Id. *La cessione di volumetria*, in Il Notaro 1998; N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in Riv. Not. 1992 p. 1070 (ed in Giur. It. 1990, IV,c. 383); A. IANNELLI, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento* in Giur. Merito 1977, IV p. 740; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, in Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato, VI, t. 2 1998-2000, Milano p. 669; Id. *Trasferimento di volumetria* voce del Dizionario Enciclopedico del Notariato Roma 2002, volume V, p. 710 M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in Contr. e Impr. 1991, p. 73; Id. *Sui trasferimenti di cubatura*, in I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario diretto da F. GALGANO t. 3 Torino 1995, p. 2253; M. MARÈ, *Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica*, in Riv. Not. 1990, p. 1347; M. A. MAZZOLA, *Le servitù*, in *Proprietà e diritti reali* (a cura di G. CASSANO) Padova 2007 Tomo II, p. 1815; F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in Vita Not. 2001 p. 1675; S. SCARLATELLI, *La cd. cessione di cubatura, problemi e prospettive*, in Giust. Civ. 1995, II, p. 287; R. TRIOLA, *La "cessione di cubatura": Natura giuridica e regime fiscale*, in Riv. Not. 1974, p. 115; P.L. 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, p. 285; G. VIOTTI, *Vincoli di destinazione convenzionali e loro efficacia nei confronti degli enti pubblici* in Vita Not. 2001, p. 148, nota a Corte App. Ancona 19 giugno 1999. Per le monografie si rinvia a G. CECCHERINI, *Il cd. trasferimento di cubatura* Milano, 1985; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria* Milano, 1994; S.G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989; C. T. SILLANI, *I limiti verticali della proprietà fondiaria* Milano, 1994, p. 575.

rischio di interventi edilizi incoerenti o disarmonici rispetto al contesto edilizio circostante²¹⁰.

Di contro, altra parte della dottrina ha ritenuto che la cessione di volumetria appartenesse, invero, allo stesso *genus* dei meccanismi perequativi e compensativi che trovavano già dimora nella legislazione regionale, seppur proposti dalla pleora di studiosi che hanno affrontato analizzato la disciplina urbanistica all'alba di ogni nuovo intervento legislativo, nazionale o regionale²¹¹.

Non v'è dubbio che il minimo comune denominatore di entrambe le ipotesi dottrinarie sia effettivamente rappresentato dall'incidenza che la cessione di cubatura opera sulla concreta applicazione delle scelte pianificatorie svolte a monte dall'Amministrazione. Fermo, infatti, l'indispensabile atto di assenso della Pubblica amministrazione a valle della cessione di cubatura – e del conseguente trasferimento della volumetria oggetto del contratto – l'atto di autonomia privata costituisce il primo embrionale stadio del complesso procedimento di riassetto delle densità edilizie all'interno di un medesimo comparto. L'attitudine della cessione di volumetria a modificare tangibilmente l'assetto urbanistico di una zona, quantomeno dal punto di vista degli standard edilizi, ha effettivamente consentito di ricondurre la figura all'inedita categoria dei cd. accordi di micropianificazione²¹².

La dialettica tra interessi pubblici e istanze privatistiche sottese al fenomeno del trasferimento di cubatura evidenzia sin da subito le difficoltà di un suo nitido inquadramento sistematico.

Il nodo teorico centrale risiede nella natura bifronte dell'operazione: da un lato, se si valorizza il momento genetico dell'intesa tra soggetti privati, essa si presenta come una tipica manifestazione dell'autonomia negoziale, da interpretarsi alla luce delle categorie civilistiche; dall'altro lato, nel momento in cui si attribuisce centralità al rilascio del titolo edilizio quale presupposto per l'efficace esercizio dello *ius aedificandi*, l'operazione non può che essere ricondotta al circuito decisionale dell'Amministrazione pubblica e, dunque, al paradigma del diritto amministrativo²¹³. L'istituto, così concepito, si colloca in una zona di interferenza tra due ordini normativi

²¹⁰ N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, op cit.

²¹¹ G. PICCO - A.M. MAROCCO, *I così detti "trasferimenti di cubatura"*, in Riv. not., 1974.

²¹² A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, op. cit.

²¹³ Efficacemente, G. TRAPANI, definisce lo spazio entro il quale si muove la cessione di cubatura "linea di saldatura del diritto privato e del diritto pubblico", in *I diritti edificatori*, op. cit.

distinti, imponendo una lettura interordinamentale che tenga conto della compresenza e della reciproca interazione tra autonomia privata e funzione amministrativa²¹⁴.

Le ricostruzioni squisitamente pubblicistiche, tuttavia, potrebbero scontrarsi contro la mai superata sentenza della Corte costituzionale n. 5 del 1980 che, a seguito delle indecisioni generatesi dall'approvazione della Legge Bucalossi, ha inequivocabilmente qualificato il diritto edificatorio quale elemento contermine del diritto di proprietà. Se, infatti, secondo la Consulta “... *concessione ad edificare non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti, sicché sotto questo profilo non adempie a funzione sostanzialmente diversa da quella dell'antica licenza*”²¹⁵ dopo quasi cinquant'anni dalla pronuncia, nemmeno il permesso di costruire può essere attributivo di una facoltà intimamente connessa al diritto di proprietà, come, invece, può esserne conformativo.

Se ne deduce - come meglio si approfondirà *infra* al § 2.3 - che posto il determinante ruolo svolto dalla Pubblica amministrazione ai fini del raggiungimento del bene della vita insito nel diritto edificatorio, ovvero lo sfruttamento edilizio, non può negarsi l'attrazione della cessione di cubatura agli atti di autonomia negoziale di natura squisitamente privatistica, pur rappresentando parte di una fattispecie complessa, perfezionata dal provvedimento amministrativo, ma mai sostituita da quest'ultimo.

Eppure, la cessione di cubatura, proprio in ragione della propria natura di accordo di micropianificazione privata, non incide in alcun modo sull'assetto programmatico della pianificazione territoriale, considerata l'omogeneità urbanistica delle aree di decollo e di atterraggio.

Sul piano della natura giuridica del contratto di cessione di cubature è utile muovere l'analisi dall'esatta allocazione della Novella all'interno del Codice civile. Come è stato correttamente notato, proprio la collocazione della disposizione all'interno dell'art. 2643 c.c. - e dunque nel contesto sistematico delineato dall'art. 2644 c.c., volto a regolare il conflitto tra più aventi causa dal medesimo autore - evidenzia in maniera inequivocabile la qualificazione del contratto di trasferimento dei diritti edificatori come contratto ad effetti reali, idoneo a produrre effetti traslativi immediati, e non già come contratto ad effetti meramente obbligatori, produttivo di un vincolo inidoneo a incidere sulla sfera giuridica dei terzi. Risulta pertanto difficilmente sostenibile - alla luce del dato normativo sopravvenuto - la tesi, pur accolta da taluna

²¹⁴ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. cit.

²¹⁵ Si rinvia al Cap. II § 1.3.

giurisprudenza civile e amministrativa²¹⁶, che attribuiva al provvedimento amministrativo un valore costitutivo dell'effetto traslativo della cubatura e, per converso, degradava l'accordo *inter privatos* a mero contratto da effetto obbligatorio, inidoneo a fungere da titolo trascrivibile. Ciò non implica, tuttavia, che l'introduzione dell'obbligo di trascrizione ex art. 2643, n. 2-bis c.c., determini automaticamente una riqualificazione della posizione giuridica del cessionario come pienamente reale; essa piuttosto certifica la volontà del legislatore di riconoscere efficacia esterna all'assetto negoziale, attribuendogli rilevanza pubblicitaria ai fini dell'opponibilità, senza che ciò comporti *ex se* il superamento delle obiezioni tradizionalmente sollevate circa la natura meramente obbligatoria del vincolo derivante dalla cessione di volumetria²¹⁷.

L'opponibilità riguarda il titolo costitutivo del diritto, non già la natura intrinseca del diritto stesso: la trascrizione, pertanto, non trasforma un vincolo obbligatorio in un diritto reale, né muta la qualificazione giuridica del rapporto per il solo fatto che esso divenga opponibile ai terzi. Tuttavia, è proprio la formulazione letterale e la sistematica collocazione della disposizione di cui all'art. 2643, n. 2-bis c.c. – inserita tra gli atti soggetti a trascrizione e dunque posta in immediato rapporto con l'art. 2644 c.c., che disciplina il conflitto tra più aventi causa dal medesimo autore – a costituire un chiaro indizio della volontà legislativa di riconoscere al contratto di trasferimento dei diritti edificatori una valenza traslativa reale.

In altri termini, il legislatore interviene a conferire dignità pubblicitaria ad una vicenda eminentemente circolatoria, tipica del traffico giuridico immobiliare, e dunque non compatibile con una concezione meramente obbligatoria del vincolo. Ne risulta superata – seppure non espressamente abrogata – la ricostruzione, un tempo prevalente nella giurisprudenza civile e amministrativa, che subordinava l'effetto traslativo all'intervento conformativo della pubblica amministrazione, relegando l'accordo tra privati al rango di atto prodromico e strumentale, privo di efficacia dispositiva immediata.

La trascrizione ex art. 2643, n. 2-bis c.c., lungi dal costituire una mera formalità esterna, assume così valore sistemico: essa presuppone un titolo idoneo a incidere sull'assetto proprietario e a produrre effetti nei confronti dei terzi, ciò che è

²¹⁶ Cons. St., 28 giugno 2000, n. 3637, in *Giur. it.*, 2001, p. 400; Cass., 24 settembre 2009, n. 20623, *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 319 ss.; Cass., 17 giugno 2016, n. 12631, in www.laleggepertutti.it; Cass., 3 settembre 2020, n. 18291, *ivi*.

²¹⁷ B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. cit.

compatibile solo con una struttura negoziale ad effetti reali. Ne deriva che la cessione di diritti edificatori, almeno laddove riconosciuta e disciplinata da norme regionali o strumenti di pianificazione, si configura come una fattispecie traslativa a tutti gli effetti, soggetta al regime di pubblicità immobiliare proprio dei diritti reali, e non come semplice pattuizione obbligatoria insuscettibile di emersione pubblica.

La conseguenza è che ci si trova di fronte a una tipica vicenda di circolazione giuridica: una fattispecie contrattuale destinata a produrre effetti reali in ordine alla disponibilità di un *quid* volumetrico suscettibile di incidere sull'assetto urbanistico e, dunque, patrimoniale di un fondo. La trascrizione non è, quindi, un mero strumento di pubblicità notizia, ma il necessario veicolo di opponibilità verso i terzi di un assetto traslativo che il legislatore ha inteso tipizzare, sul piano formale e sostanziale, come idoneo a produrre effetti reali, con piena incidenza sulla dinamica dei conflitti tra più aventi causa dal medesimo dante causa²¹⁸.

L'approfondimento sulla natura della cessione di volumetria non può in alcun modo ignorare il ruolo svolto dalla Novella nell'aver disciplinato, in un'unica disposizione, i diritti edificatori unitamente alla cessione di cubatura. Non si potrebbe di certo discorrere di figure giuridiche differenti a fronte di una disciplina legislativa unitaria che, dunque, ne dimostra il fondamento comune²¹⁹. E, ciò, a testimonianza della indubitabile appartenenza delle due figure al medesimo archetipo, non potendosi di certo disconoscere il ruolo primigenio svolto dalla cessione di volumetria nei confronti delle figure successivamente evolute²²⁰.

Se, in sintesi, non può revocarsi in dubbio che lo sfruttamento della volumetria trasferita a mezzo del contratto di cessione dipenda dal rilascio del permesso di costruire cd. maggiorato, rimangono numerosi i dubbi sollevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza circa la ricostruzione della natura giuridica di tale negozio, collocato al crocevia tra autonomia contrattuale e provvedimento amministrativo²²¹.

²¹⁸ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit.; B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. cit.

²¹⁹ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, op. cit.; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso*, in *Recesso e risoluzione dei contratti*, Milano, 1994.

²²⁰ S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, op. cit. Secondo l'A. non si può disconoscere il ruolo di archetipo della cessione di cubatura rispetto alle nuove figure.

²²¹ Unitamente agli Autori già citati si veda P. DE MARTINIS, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.* 1996, II; M. LANGELLA, *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, in *Vita not.* 2007.

1.1 - Negozio ad effetti obbligatori.

Una prima ipotesi ricostruttiva che è andata delineandosi del contratto di cessione di cubatura è quella del negozio ad effetti obbligatori. Questa, trovando consenso trasversale sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza²²², riconosceva al contratto di cessione di cubatura la capacità di costituire unicamente un vincolo obbligatorio, appunto, tra i contraenti. Tale vincolo si sviluppava squisitamente in capo al cedente, il quale si sarebbe dovuto attivare presso la Pubblica Amministrazione per l'ottenimento del permesso di costruire maggiorato, contestualmente garantendo l'astensione da qualunque comportamento ostruzionistico rispetto alla cubatura ceduta, con specifico riferimento al divieto di utilizzare la stessa o di alienarla ad un terzo soggetto.

La prospettiva del negozio ad effetti obbligatori era, naturalmente, molto sbilanciata a favore della ricostruzione pubblicistica circa la natura del diritto edificatorio, come già ampiamente esposta al Cap. II. In tal senso, l'accordo negoziale tra i privati avrebbe avuto il solo compito di portare a conoscenza della Pubblica Amministrazione il trasferimento della volumetria, in modo che essa avrebbe potuto rilasciare il permesso di costruire maggiorato in capo al cessionario che ne avrebbe fatto espressa richiesta, giustificandola proprio sulla scorta del contratto di cessione di cubatura appena concluso. Il medesimo contratto avrebbe poi garantito, sia al cessionario che alla P.A., che il cedente si sarebbe astenuto da qualunque comportamento ostruzionistico che avrebbe potuto limitare il pieno godimento della cubatura da parte del cessionario.

Secondo la medesima dottrina, il permesso di costruire eventualmente rilasciato dalla P.A. sulla base dell'accordo negoziale ad effetti obbligatori concluso tra le parti consentirebbe all'Amministrazione di realizzare una vera e propria modifica degli strumenti urbanistici vigenti²²³, così continuando a realizzarsi degli accordi di micropianificazione sulla scorta della cessione di cubatura.

Tuttavia, la giurisprudenza civile²²⁴ ha avuto modo di affermare che il consenso espresso dal proprietario del fondo cedente all'utilizzo, da parte del proprietario del fondo confinante, della volumetria spettante al proprio lotto costituisce condizione

²²² A. CANDIAN, *Trasferimento di cubatura*, in op. ult. cit., G. CECCHERINI, *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in Giust. Civ., 1990, II, p. 103; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in op. ult. cit.; in giurisprudenza: Cassazione Civile, Sez. I, 14 dicembre 1989, n. 6807, in Nuova giur. civ. comm., 1989, I, con nota di M. COSTANZA; Cons. St., Sez. V, 28 giugno 2000, n. 3637, in Giur. It., 2001.

²²³ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in op. ult. cit.,

²²⁴ Cassazione civile, 24 settembre 2009, n. 20623.

necessaria per il rilascio del permesso di costruire che consenta la realizzazione di una volumetria incrementata. Fino a tale momento, il rapporto tra i due soggetti resta confinato nell'ambito obbligatorio, senza produrre effetti reali. In questa prospettiva, l'interazione tra l'accordo di natura privatistica e il provvedimento abilitativo del Comune si colloca all'interno di un procedimento amministrativo a formazione progressiva, del quale l'autorizzazione edilizia rappresenta l'atto conclusivo e a cui si riconnette l'effettivo trasferimento della volumetria. Tale ricostruzione, pur riconoscendo all'accordo negoziale un certo ruolo di presupposto al rilascio del permesso di costruire maggiorato, deve essere comunque considerata alla luce dell'efficacia meramente obbligatoria dell'accordo che, per tale motivo, non solo non presuppone, come detto, alcuna formalità pubblicitaria, ma potrebbe addirittura condurre all'assenza di qualsivoglia accordo in forma scritta tra cedente e cessionario, potendo bastare, ai fini del rilascio del PdC maggiorato, anche la sola adesione del cedente "in calce" all'istanza di permesso formulata dal cessionario nei confronti della P.A.²²⁵

Prima dell'intervento pubblico, dunque, esisterebbe solo un mero vincolo di natura obbligatoria tra le parti, inidoneo ad esplicare alcun effetto all'esterno e la cui eventuale trascrizione assumerebbe il solo valore di pubblicità notizia, senza poter assolvere la funzione dichiarativa, con tutti i rischi collegati all'eventuale acquisto del terreno "svuotato" dalla cubatura alienata. Tuttavia, la medesima dottrina ha ritenuto applicabile al caso di specie la tutela delineata dall'art. 1489 c.c.²²⁶ per pesi e oneri gravanti sulla cosa venduta. A mente di tale ricostruzione, infatti, derivando la limitazione direttamente da un provvedimento pubblico²²⁷ (lo strumento urbanistico che esprime la potenzialità edificatoria, e l'eventuale inedificabilità, del fondo in oggetto), sarebbe opponibile *erga omnes* anche senza necessità di trascrizione nei registri immobiliari²²⁸.

Sul tema si è espressa recentemente la Corte di cassazione, sez. II, 18 agosto 2022, n. 24900 che ha qualificato come "onere occulto" ai sensi dell'art. 1489 c.c. l'inedificabilità di un suolo, conseguente all'esaurimento della volumetria a seguito di

²²⁵ Cassazione civile, 29 giugno 1981, n. 4245; Cons. St., 28 giugno 2000, n. 3637

²²⁶ Art. 1489 c.c.: Se la cosa venduta è gravata da oneri o da diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscono il libero godimento e non sono stati dichiarati nel contratto, il compratore che non ne abbia avuto conoscenza può domandare la risoluzione del contratto oppure una riduzione del prezzo secondo la disposizione dell'articolo 1480.

²²⁷ Cassazione Civile, Sez. II, 29 giugno 1981, n. 4245, in Giur. It., 1982

²²⁸ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, op. ult. cit..

pregresse edificazioni da parte del medesimo venditore. In tal caso, il bene è stato venduto come edificabile, ma tale qualità risultava insussistente per causa preesistente e non rilevabile con ordinaria diligenza, che nello specifico non emergeva nemmeno dal Certificato di destinazione urbanistica.

La Corte ha riconosciuto che l'azione ex art. 1489 c.c. può essere esercitata anche in assenza di evizione, essendo sufficiente la lesione del godimento promesso. Inoltre, ha ribadito che la prescrizione decennale decorre non dalla vendita, bensì dal passaggio in giudicato della decisione amministrativa che accerti l'effettiva natura vincolata del bene (conforme a Cass. 23818/2012; Cass. 27916/2017).

La pronuncia, seppur con riferimento all'esaurimento della volumetria per suo sfruttamento e non a causa della cessione, risulterebbe comunque conforme a quella dottrina che ha da tempo riconosciuto la natura oggettiva della responsabilità ex art. 1489 c.c., legata al legittimo affidamento del compratore sull'utilizzabilità del bene, pur in assenza della trascrizione nei registri immobiliari²²⁹. Come già attentamente segnalato da autorevole dottrina, emergerebbe una potenziale sovrapposizione tra l'art. 1489 e l'art. 1497 c.c., specie nei casi in cui l'oggetto della compravendita sia descritto come edificabile e tale qualità risulti poi assente²³⁰.

Tuttavia, la riportata ricostruzione del negozio ad effetti obbligatori non ha superato il vaglio della Novella che, prevedendo all'art. 2643 n. 2bis c.c. la trascrizione dei contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori ha evidentemente escluso l'efficacia obbligatoria del negozio traslativo. Ed è evidente anche la coerenza di tale esclusione con la necessità di vincolare non solo i primi soggetti obbligati parti del negozio medesimo, ma anche i loro aventi causa a titolo particolare. Il negozio ad effetti obbligatori impedirebbe l'estensione del vincolo obbligatorio agli aventi causa, generando eccessiva incertezza nella vicenda circolatoria quando questa "supera" le vicende dei primi obbligati.

In ultimo, come già illustrato al Cap. II §2.6, pur non pronunciandosi espressamente sulla natura del negozio, sono intervenute le Sezioni Unite, specialmente la pronuncia n.16080 del 9.6.2021, la quale ha ribadito la trascrivibilità del contratto ai sensi dell'art. 2643 n. 2bis c.c., di fatto ponendolo in una condizione di incompatibilità con

²²⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ult. ed., Napoli, 2023, spec. § sulla vendita; Idem, *La trascrizione immobiliare*, op. ult. cit; M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale e la tutela dell'affidamento*, Torino, 2015.

²³⁰ B. OPPETTI, *Garanzia per oneri occulti e tutela del compratore*, in Riv. dir. civ., 2007; M. FRANZONI, *Vendita e responsabilità contrattuale*, Milano, 2009.

l'efficacia obbligatoria che, come detto, espone gli aventi causa dei primi obbligati ad eccessive incertezze²³¹.

Secondo autorevolissima dottrina²³², pur avendo il legislatore optato per la trascrivibilità del negozio di trasferimento di cubatura, ciò non necessariamente genera un vincolo di carattere reale.

Opponibilità e realtà operano su due piani differenti: la prima attiene al profilo circolatorio, la seconda alla natura e ai caratteri del diritto. Tuttavia, con riferimento ai conflitti tra il creditore del cedente e il cessionario, il vincolo di indisponibilità dovrebbe comportare l'applicabilità dell'art.2915 comma primo c.c., norma non a caso richiamata dall'art.2645 ter c.c., ad onta del carattere personale del vincolo stesso²³³. L'opponibilità del vincolo, infatti, dovrebbe superare il suo carattere non reale.

Questa soluzione dei conflitti, se assolutamente in linea con la ricostruzione del contratto di cessione di cubatura come contratto ad effetti obbligatori, non appare però in linea con l'inserimento della previsione della sua trascrivibilità all'art.2643 n.2 bis c.c., norma che, ricollegandosi all'art.2644 c.c., assume una valenza diversa, onde non può negarsi che il contratto di cessione di cubatura vada inserito tra quelli ad effetti reali²³⁴.

E d'altronde, secondo ulteriore dottrina, è proprio la collocazione della norma all'interno dell'art. 2643 c.c., e dunque del contesto disciplinare dell'art. 2644 c.c., volto a regolare il conflitto fra più aventi causa dal comune autore, a segnare in modo chiaro la qualificazione del contratto di trasferimento dei diritti edificatori in termini di contratto ad effetti reali e non già di contratto ad effetti obbligatori costitutivo di un mero vincolo di indisponibilità²³⁵. La tesi - pur accolta dalla giurisprudenza civile e amministrativa, che, partendo dal ruolo decisivo rivestito dal provvedimento della p.a., al fine del trasferimento di cubatura, qualificava l'accordo di cessione come contratto ad effetto meramente obbligatorio non trascrivibile - si è scontrata con la Novella²³⁶.

²³¹ *A contrariis*, B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013, p. 39 a mente della quale "è, tuttavia, difficile sostenere che la trascrivibilità del trasferimento di cubatura possa aver revocato in dubbio, ex se, la qualificazione del vincolo nascente dalla cessione di volumetria come meramente obbligatorio. L'opponibilità attiene, infatti, al titolo costitutivo di un diritto, ma non al diritto stesso, che non si trasforma da obbligatorio in reale, non muta cioè la natura giuridica per il sol fatto di essere opponibile".

²³² F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, volo e trascrizione*, op. cit.

²³³ L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, op. cit.

²³⁴ *Idem*.

²³⁵ B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. cit.

²³⁶ Come correttamente individuate da B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, si vedano: Cons. St., 28 giugno 2000, n. 3637, in *Giur. it.*, 2001, p. 400; Cass., 24

1.2 – Cessione di contratto.

Una originale ricostruzione dello schema negoziale del contratto di cessione di cubatura è stata fornita con riferimento alla sua riconduzione allo schema della cessione del contratto²³⁷. Nello specifico, si tratterebbe del trasferimento della posizione negoziale che il cedente vanta nei confronti della Pubblica Amministrazione, al cessionario. Valorizzando la mutata disciplina dell'edilizia privata introdotta dalla legge 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. legge Bucalossi), in tale prospettiva lo *ius aedificandi* non si ricollegerebbe più automaticamente alla mera titolarità del suolo, bensì discenderebbe dal rilascio del titolo edilizio da parte del Comune, subordinato al versamento del contributo di urbanizzazione previsto dagli artt. 3, 5 e 6 della medesima legge.

In tal modo emergerebbe un rapporto sinallagmatico tra Pubblica Amministrazione e privato richiedente, al punto da ritenere configurabile un contratto di diritto pubblico, con contenuto patrimoniale, nel quale la concessione edilizia (oggi permesso di costruire) costituirebbe l'adempimento pubblico a fronte della controprestazione pecuniaria privata.

In base a tale impianto teorico, il trasferimento della cubatura si configurerebbe come una cessione della posizione contrattuale del proprietario cedente in favore di altro soggetto, titolare di un fondo che si intende edificare oltre il limite consentito in via ordinaria. Il necessario consenso della Pubblica Amministrazione quale "contraente ceduto" si riterrebbe implicitamente espresso attraverso il rilascio al cessionario del titolo edilizio "maggiorato". L'applicazione della disciplina di cui all'art. 1406 c.c. non troverebbe ostacolo nell'eventuale parziale esecuzione del contratto — quale, ad esempio, il pagamento degli oneri concessori — trattandosi, com'è noto, di disposizione derogabile per volontà delle parti²³⁸.

Tuttavia, tale costruzione si scontra con limiti significativi, sia di ordine teorico che pratico. Anzitutto, sotto il profilo tecnico, essa consentirebbe la frammentazione della posizione contrattuale: non è possibile operare cessioni parziali della volumetria, né in favore di più soggetti né in misura ridotta, pena la dissoluzione del concetto stesso di

settembre 2009, n. 20623, Nuova giur. civ. comm., 2010, I, p. 319 ss.; Cass., 17 giugno 2016, n. 12631, in www.lalegepertutti.it. L'orientamento è stato recentemente ribadito da Cass., 3 settembre 2020, n. 18291, *ivi*

²³⁷ P. L. TROJANI, *Tipicità e "numerus clausus" dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, op. cit.

²³⁸ G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni, dei contratti in generale (Artt. 1321 - 1469)*, in *Commentario del codice civile*, Libro IV, Torino, XVI, ed. III, 1984.

cessione del contratto in una pluralità disorganica di rapporti negoziali autonomi. Tale criticità è ampiamente evidenziata in dottrina, che sottolinea come si tratti piuttosto di "frammenti o frazioni di una posizione contrattuale"²³⁹.

Ma il vero limite strutturale alla tesi risiede nell'assunto — ormai superato — secondo cui lo *ius aedificandi* non apparterebbe al contenuto del diritto di proprietà.

Come affermato dalla Corte Costituzionale con la storica sentenza n. 5 del 1980 già affrontata al Cap. II²⁴⁰, il diritto di edificare continua a inerire alla proprietà, pur se conformato e limitato dai piani urbanistici. Ne consegue che la concessione edilizia ha natura meramente autorizzatoria e non attributiva di diritti nuovi, esercitando una funzione abilitativa rispetto a facoltà già insite nella titolarità dominicale.

Sotto questa luce, apparrebbe di difficile configurazione che, a seguito della cessione della posizione contrattuale, il cessionario possa esercitare il proprio diritto edificatorio non sul proprio fondo, ma su quello del dante causa²⁴¹, in quanto ciò contraddirebbe il principio di inerenza dello *ius aedificandi* al suolo. Simmetricamente, se si ammettesse che tale diritto possa essere "trasportato" da un fondo all'altro in virtù della sola volontà privata e del successivo rilascio del titolo edilizio, si vanificherebbe il carattere territoriale e funzionale del diritto di edificare, che rimane comunque ancorato alle scelte pianificatorie e conformative dell'ente locale.

Inoltre, la prospettiva in esame non affronta compiutamente la questione della pubblicità immobiliare. L'astratta configurabilità della cessione di cubatura come cessione di contratto non consente la trascrizione dell'atto nei registri immobiliari ai sensi dell'art. 2643, n. 2-bis, c.c., non trattandosi, in senso proprio, di un "contratto che trasferisce un diritto edificatorio", bensì di un negozio obbligatorio interno ad un rapporto convenzionale pubblico. Tale esito si pone in contrasto con le finalità di certezza e trasparenza dei traffici giuridici che il legislatore del 2011 ha inteso perseguire proprio mediante l'introduzione dell'obbligo di trascrizione²⁴².

²³⁹ N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, op. cit.; F. PATTI – F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, op. cit.;

²⁴⁰ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffè, 2025.

²⁴¹ Sul punto, v. ancora F. PATTI-F. RUSSO, op. cit. e N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, op. cit.

²⁴² Sul profilo della trascrivibilità, v. anche F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit.

1.3 – Rinuncia cd. abdicativa.

Secondo un'altra ricostruzione²⁴³, recepita sia in dottrina sia in giurisprudenza, la cessione di cubatura si configurerebbe come una rinuncia, a titolo oneroso, da parte del proprietario alla facoltà edificatoria. Su tale presupposto, il beneficiario sarebbe legittimato a presentare un'istanza di permesso di costruire che tenga conto dell'altrui rinuncia e, dunque, della ridotta capacità edificatoria residua del fondo del rinunziante. In tale prospettiva, la Pubblica Amministrazione rilascerebbe al terzo un permesso di costruire c.d. "maggiorato", fondato appunto sull'intervenuta rinuncia, parziale o totale, alla cubatura. Ne risulta una figura abdicativa, non traslativa, in quanto la rinuncia sarebbe finalizzata esclusivamente a consentire al beneficiario di avvalersi della volumetria necessaria.

Va tuttavia precisato – come segnalato dalla dottrina²⁴⁴ – che l'incremento edificatorio non deriverebbe direttamente dall'atto di rinuncia, ma troverebbe fondamento nel successivo provvedimento amministrativo. Su tale costruzione si sono appuntate numerose critiche. In primo luogo, si è osservato che essa non è in grado di superare le difficoltà connesse all'assenza di un oggetto determinabile: non risulta chiaro, infatti, quale sia il diritto effettivamente rinunciato²⁴⁵. Se si ammette la rinuncia a un diritto soggettivo, non appare invece concepibile la rinuncia a una singola facoltà del diritto di proprietà, giacché tali facoltà, che ne costituiscono il contenuto, non possono venire meno se non con l'estinzione del diritto stesso. Al più, esse possono essere limitate dall'esistenza di un diritto reale su cosa altrui²⁴⁶.

Inoltre, laddove si ritenesse che oggetto della rinuncia sia un ipotetico diritto autonomo di edificare, si violerebbe il principio di tipicità e *numerus clausus* dei diritti reali²⁴⁷ (cfr. anche Cap. II § 2.3 con riferimento alla riconduzione a realtà del diritto edificatorio.). Qualora, invece, si sostenesse che, in realtà, si tratti di una mera rinuncia

²⁴³ Cass. 6 luglio 1972, n. 2235, in *Riv. Not.*, 1973, p. 1165; Cass. 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, I, c. 685; in dottrina, R. TRIOLA, *La "cessione di cubatura": natura giuridica e regime fiscale*, cit.

²⁴⁴ A. RUGGIERO, *Contenuto e finalità delle convenzioni urbanistiche nella esperienza notarile*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, M. COSTANTINO (a cura di), Milano, 1995; R. TRIOLA, *op. ult. cit.*; ID., *La natura giuridica della cessione di cubatura*, nota a Cass. 30 aprile 1974 n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I.

²⁴⁵ In questi termini, N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, *op. cit.*, e F. GAZZONI, *La c.d. cessione di cubatura*, in *Codice Civile Commentario diretto da P. Schlesinger*, I, Milano, 1991, artt. 2643-2645.

²⁴⁶ In tal senso: G. B. PICCO – A.M. MAROCCO, *op. cit.*

²⁴⁷ P.L. TROJANI, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, *op. cit.*

alla facoltà di costruire, si contraddirebbe piuttosto l'assunto che il contenuto del diritto di proprietà non solo non può essere modulato dalla mera volontà delle parti, ma che le facoltà in esso comprese non possono formare oggetto di autonomi atti dispositivi²⁴⁸. Si è anche osservato²⁴⁹ che la rinuncia abdicativa è, per sua natura, un negozio unilaterale, non recettizio e irrevocabile, con cui un soggetto si spoglia di un proprio diritto senza trasferirlo ad altri e indipendentemente dal fatto che esso si estingua o venga eventualmente acquisito da terzi²⁵⁰.

Da ciò deriva che non sussiste alcun nesso diretto tra la perdita di cubatura del fondo rinunciante e il correlativo incremento edificatorio di altro fondo. Inoltre, non sarebbe giustificabile perché una determinata area dovrebbe beneficiare, rispetto ad altre, dell'incremento volumetrico derivante dalla rinuncia²⁵¹.

In altri termini, in assenza di un soggetto che acquisisca effettivamente il diritto a una maggiore edificabilità, risulta difficile spiegare per quale motivo proprio il fondo del cessionario debba essere destinatario della cubatura rinunciata, a scapito di eventuali altri fondi contigui²⁵². Né può dirsi risolutiva l'idea che il beneficiario della rinuncia sia solo la Pubblica Amministrazione, poiché, nella prassi, il rinunciante individua espressamente il soggetto al quale intende attribuire il vantaggio edificatorio²⁵³. Di fatto, si delineerebbe una rinuncia traslativa avente a oggetto un diritto reale non tipizzato, la cui legittimità sarebbe assai dubbia²⁵⁴.

Al fine di evitare l'indeterminatezza del beneficiario, si è suggerito di qualificare l'operazione – come già avvenuto in giurisprudenza²⁵⁵ – nei termini di una rinuncia

²⁴⁸ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit.

²⁴⁹ Il riferimento è a M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. cit., che rinviando a Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743 afferma «Anche in quest'orientamento si fa riferimento ad una "rinuncia" del proprietario "cedente", ma non viene precisato tuttavia che questa è traslativa di un "diritto" di quest'ultimo. È detto invece che il cedente, "nell'esercizio di una facoltà rientrante nell'ambito della normale esplicazione del diritto di proprietà" può rinunciare "a vantaggio del fondo confinante, a parte della cubatura da lui utilizzabile per la costruzione di edifici sul proprio fondo»

²⁵⁰ N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit.

²⁵¹ M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, op. cit.; in aderenza alla tesi della rinuncia si veda M. COSTANZA, nota a Cass. 14 dicembre 1988 n. 6807.

²⁵² Si veda F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui Milano, 2001 e La cessione di volumetria*, in *Il Notaro* 1998, opp. citt.

²⁵³ Ancora M. COSTANZA, nota a Cass. 14 dicembre 1988 n. 6807, cit.

²⁵⁴ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit.

²⁵⁵ Cass. 6 luglio 1972 n. 2235, in Riv. leg. fisc., 1973, 766 e in Rass. Avv. Stato, 1972, I, sez. 5; Cass. 6 marzo 1973 n. 641, in Riv. not., 1973, 1165; ivi, 1974 (solo massima), 114 con nota di R. TRIOLA; Cass. 21 marzo 1973 n. 802 in Riv. leg. fisc., 1973, 2200 e in Foro it., 1973, I, 2117; Cass. 30 aprile 1974, n. 1231, in Riv. not., 1975, 547 con nota di M. DI PAOLO e in Giust. civ., 1974, I, 1424, con nota di R. TRIOLA; Cass. 22 gennaio 1975, n. 250, in Riv. leg. fisc., 1975, 1595; Cass. 21 maggio 1975, n. 2017, in Riv. leg. fisc., 1975, 2288; Cass. 20 ottobre 1975 n. 3416, in Riv. leg. fisc., 1976, 585; Cass. 8 ottobre 1976, n. 3334, in Riv. not., 1977, 1006; Cass. 20 ottobre 1976, n. 3639, Riv. leg. fisc., 1977,

traslativa, cioè di un atto con cui il cedente rinuncia alla propria cubatura, a titolo gratuito o oneroso, a favore di un soggetto determinato. Tuttavia, anche questa impostazione, pur mutando la qualificazione formale, resta esposta alle stesse critiche già mosse all'impostazione abdicativa: permane infatti l'incertezza sull'esistenza di un diritto reale suscettibile di essere trasferito²⁵⁶.

Più in generale, è sul piano concettuale che la tesi della rinuncia traslativa viene avversata, giacché essa si risolve in realtà in un ordinario negozio traslativo, che tenta di mascherare un effetto traslativo con una finzione abdicativa.

1.4 – Vincolo di destinazione puro e vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c.

Con qualche punto di contatto con la teoria appena riportata, secondo un'ulteriore ed originale impostazione, con l'atto di cessione di cubatura il proprietario del fondo imporrebbe a favore del lotto confinante un vincolo di destinazione, consistente nell'obbligo di “non utilizzare l'area di sua proprietà a fini edificatori” ossia di “non modificare lo stato di fatto dell'immobile mediante la costruzione di edifici”²⁵⁷.

Tale imposizione rinvia alle facoltà che il diritto di proprietà riconosce al proprio titolare, ben potendo essere ascritto agli atti di disposizione a contenuto negativo. In tal modo, il proprietario dell'area, mediante l'imposizione di un vincolo di destinazione che vieta l'edificazione sul fondo, introduce una limitazione alla libera fruizione del bene, funzionale al conseguimento della specifica finalità urbanistica cui esso è preordinato²⁵⁸. Tuttavia, la riconduzione del vincolo descritto alla fattispecie di cui all'art. 1379 c.c. risulterebbe esercizio poco proficuo²⁵⁹. Il Codice civile prevede per il divieto di alienazione che esso abbia efficacia obbligatoria solo tra le parti, non sia opponibile ai terzi ed abbia carattere temporaneo; insomma, l'opposto del vincolo di destinazione ipotizzato che dovrebbe rispondere ai requisiti di assolutezza, efficacia reale e perpetuità.

1146; Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807 in Corr. giur., 1989, 276 con nota di V. DE LORENZI, in Giur. imp., 1989, I, 164, con nota di R. ZAMPINI e in Giur. it., 1989, I, 1, con nota di A. CHIANALE, come definite da M. LEO in *Il trasferimento di cubatura*, cit., “il trend piemontese”.

²⁵⁶ Si vedano ancora F. GAZZONI, *La c.d. cessione di cubatura*, cit.; nonché G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit.; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit.

²⁵⁷ Espressione di N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, op. cit., riportata da G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit.

²⁵⁸ A. FUSARO, *I vincoli contrattuali di destinazione degli immobili*, in *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. GALGANO, tomo III, Torino, 1995; P. CALABRITTO, *Applicabilità dei limiti del divieto di alienazione ai vincoli di destinazione*, in *Notariato*, 2000.

²⁵⁹ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit.

Tuttavia, la ricostruzione troverebbe agio in una pronuncia della Corte di cassazione²⁶⁰ a mente della quale, in materia di vincoli urbanistici discendenti dalla adesione a convenzioni urbanistiche, va esclusa l'affermazione del carattere meramente obbligatorio degli impegni assunti, in specie in ordine al divieto di alienazione; deve essere riconosciuta, dunque, l'operatività dei vincoli anche nei confronti dei terzi, proprio in considerazione degli interessi di rango generale che sono in gioco nel caso in esame. Ciò spiegherebbe in tono condivisibile il perché un vincolo di destinazione (imposto da un soggetto privato) potrebbe avere carattere reale e perpetuo, nonostante la espressa previsione in contrario dell'art. 1379 c.c.²⁶¹.

Eppure, superata l'apparente incompatibilità con l'art. 1379 c.c., non è del tutto chiaro come il vincolo di destinazione possa consentire il necessario e successivo trasferimento della volumetria in capo al cessionario che si premurerebbe, poi, di richiedere il permesso di costruire maggiorato. Secondo l'Autore²⁶², all'atto con cui il proprietario del fondo rinuncia alla propria volumetria edificatoria corrisponde, in capo al Comune, la facoltà di redistribuire la volumetria non utilizzata tra gli altri proprietari di fondi che presentino le caratteristiche individuate dagli strumenti urbanistici vigenti.

La scelta pubblica di allocare la volumetria rinunciata secondo criteri generali e diffusi trova il proprio fondamento nelle norme urbanistiche applicabili; tuttavia, detta redistribuzione può essere modulata diversamente in presenza di un accordo espresso – anche solo tra alcuni dei soggetti interessati – purché siano rispettati i vincoli spaziali e qualitativi stabiliti dalla disciplina urbanistica tempo per tempo vigente²⁶³. La soluzione ideale sarebbe, dunque, quella di prevedere un atto di destinazione a struttura bilaterale o plurilaterale, che contenga esso stesso l'adesione del cessionario, proprietario attiguo al cedente, con l'espressa indicazione della volontà di sfruttamento edificatorio della volumetria vincolata.

La struttura dell'atto d'obbligo, infatti, perfettamente compatibile con il vincolo di destinazione, conosce anche la dimensione bilaterale o plurilaterale. Si pensi, ad esempio, agli atti d'obbligo con cui i privati si impegnano a cedere determinate aree di loro proprietà al Comune affinché esso vi possa realizzare le necessarie opere di

²⁶⁰ Cass. 27 settembre 1997, n. 9508 in Urb e App. 1998.

²⁶¹ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit.

²⁶² N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, op. cit.

²⁶³ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit.

urbanizzazione (e proprio in virtù dei quali nascono le compensazioni urbanistiche come riconosciute e delineate al Cap. II). Stante la loro funzione conformativa della proprietà²⁶⁴, di fatti, l'atto d'obbligo ben potrebbe disporre l'asservimento della volumetria nei confronti di un altro bene già individuato, già riconosciuti negli atti unilaterali d'obbligo edilizio di asservimento" (o più semplicemente atti di asservimento), tra i quali si includono, indistintamente, tutti quei vincoli derivanti dall'atto d'obbligo, che determinino un asservimento del bene vincolato ad altro bene (ad esempio asservendo la volumetria edificabile dell'immobile vincolato, a favore di altro immobile), oppure che impongano al bene vincolato una specifica destinazione²⁶⁵.

Particolare attenzione da parte della giurisprudenza amministrativa ha ricevuto la figura degli atti di asservimento con cui un fondo viene destinato a servire al computo dell'edificabilità di un'altra area (anche definibili atti di asservimento in senso stretto, per distinguerli dagli atti d'obbligo che impongano una specifica destinazione). In particolare, il Consiglio di Stato ha precisato che l'atto di asservimento, da una parte, *"costituisce una fattispecie negoziale avente effetti obbligatori"*²⁶⁶, ma dall'altra *"il conseguente vincolo di inedificabilità che viene ad insistere sul fondo "asservito" è destinato a permanere nel tempo anche in caso di sua successiva alienazione e ciò non solo per la natura oggettiva del vincolo, ma soprattutto perché esso trova il suo fondamento, prima che nel negozio di asservimento, nella disciplina urbanistica che fissa un limite per l'edificabilità dell'area"*.

Secondo Palazzo Spada, il vincolo di asservimento a fini edificatori genera una *"relazione pertinenziale nella quale viene posta durevolmente a servizio di un fondo la qualità edificatoria di un altro, creando sull'area asservita un vincolo permanente ed irrevocabile...da parte di chiunque ne sia il proprietario"*²⁶⁷.

²⁶⁴ A. GAMBARO, *L'incidenza della disciplina pubblicistica sulla conformazione del diritto di proprietà. Obbligazioni propter rem e vincoli pubblicistici nascenti da convenzioni urbanistiche e dagli atti di obbligo*, in Quaderni della Fondazione italiana Notariato, 24 novembre 2015.

²⁶⁵ G. ANTONELLI, Studio n. 109-2021/P del Consiglio Nazionale del Notariato, Approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici il 22 settembre 2021.

²⁶⁶ Nel caso esaminato dal Cons. St. sez. VI, sentenza 9 febbraio 2016, n. 547, l'atto di asservimento era proprio finalizzato ad asservire la qualità edificatoria di un fondo ad un altro fondo, al fine di incrementare la cubatura realizzabile su quest'ultimo.

²⁶⁷ Cons. St., sez. V, sentenza 27 giugno 2011, n. 3823 a mente del quale *«ad avviso di costante e condivisibile giurisprudenza, l'asservimento di un fondo, in caso di edificazione, costituisce una qualità oggettiva dello stesso, opponibile ai terzi, che continua a seguire il fondo anche nei successivi trasferimenti a qualsiasi titolo intervenuti in epoca successiva. (Consiglio Stato, sez. V, 30 marzo 1998, n. 387; sez. IV, 06 luglio 2010, n. 4333). Va soggiunto che il vincolo creato dall'asservimento per sua natura permane sul fondo servente a tempo indeterminato, pena il completo snaturamento dell'istituto.*

Se ne desume²⁶⁸ - in un'ottica squisitamente civilistica - l'effetto obbligatorio del negozio di diritto privato posto in essere, mentre - in un'ottica pubblicistica (di salvaguardia di interessi di carattere generale) - l'efficacia *erga omnes* dell'obbligazione nascente dal negozio, come confermato dalla giurisprudenza amministrativa, che sottolinea proprio la strettissima inerenza di tali vincoli al bene vincolato, di cui diventano una *qualitas*, nonché la permanenza degli stessi (vincoli) a tempo indeterminato, in modo che l'asservimento continui a seguire il bene anche nei successivi trasferimenti a qualsiasi titolo intervenuti in epoca successiva, con conseguente opponibilità ai terzi e a chiunque ne sia il proprietario²⁶⁹. Proprio in virtù di tali caratteri dell'inerenza al bene vincolato e dell'ambulatorietà, le obbligazioni nascenti dagli atti d'obbligo, potrebbero qualificarsi obbligazioni reali (o *obligatio propter rem*)²⁷⁰.

Infatti, è stato acutamente osservato che l'interesse generale sotteso al programma obbligatorio nato dalla convenzione urbanistica (o, nel nostro caso, dall'atto d'obbligo) si concentra sul momento realizzatorio, ossia sul momento della esecuzione, mentre non sarebbe adeguatamente tutelato con rimedi risarcitori. Da ciò la necessità di vincolare alla esecuzione delle opere programmate tutti coloro che succedono nella titolarità dell'immobile e la necessità di sottrarre alla prescrizione l'adempimento degli obblighi assunti (con la convenzione o l'atto unilaterale)²⁷¹.

Gli atti d'asservimento che impongono vincoli di inedificabilità, sono stati oggetto di una importante sentenza del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 9 febbraio 2016, n. 547), che ha chiarito in che modo l'interesse pubblicistico tutelato da tali vincoli espliciti i suoi effetti *erga omnes* nei confronti della collettività. La sentenza, infatti, afferma che l'atto asservimento, posto in essere al fine di

L'asservimento di un fondo ad un altro crea, infatti, una relazione pertinenziale nella quale viene posta "durevolmente" a servizio di un fondo la qualità edificatoria di un altro" (cfr. Cons. Stato, Ad Plen., n. 3/2009; Cons. Stato, sez. IV, n. 3766/08, secondo cui il "vincolo rimane cristallizzato nel tempo"). In definitiva, gli effetti derivanti dal vincolo, integrando una qualità oggettiva del terreno, hanno carattere definitivo ed irrevocabile e provocano la perdita definitiva delle potenzialità edificatorie dell'area asservita, con permanente minorazione della sua utilizzazione da parte di chiunque ne sia il proprietario (Cass. pen., sez. III, 21177/2009)»

²⁶⁸ G. ANTONELLI, Studio n. 109-2021/P, op. cit.

²⁶⁹ Cons. St., sezione VI, sentenza 9 febbraio 2016, n. 547.

²⁷⁰ G. PETRELLI, *Trascrizione immobiliare e legislazione regionale*, Rivista del notariato – LXIII.

²⁷¹ A. GAMBARO, *L'incidenza della disciplina pubblicistica sulla conformazione del diritto di proprietà. Obbligazioni propter rem e vincoli pubblicistici nascenti da convenzioni urbanistiche e dagli atti di obbligo*, op. cit., il quale ritiene altresì che sarebbe poco utile ragionare sul concetto di numero chiuso delle obbligazioni *propter rem*, laddove è proprio la stessa categoria delle proprietà conformate a non beneficiare di un numero chiuso, opportunamente riportato da G. ANTONELLI, Studio n. 109-2021/P, op. cit.

consentire il rilascio di una concessione edilizia e contenente una destinazione perpetua dell'area vincolata (rimasta libera dalla costruzione in favore dell'ottenimento del permesso su altra area) comporti il sorgere di un vincolo d'inedificabilità assoluta ex art. 33, comma 1, lett. d) della legge 47 del 1985, tale quindi da rendere l'ampliamento eseguito in contrasto con tali vincoli abusivo e non condonabile.³³ Per la via del vincolo di inedificabilità assoluta ex art. 33 L. 47/1985, dunque, il vincolo sorto dall'atto d'obbligo esplica i suoi effetti nei confronti di qualsiasi soggetto entri nella disponibilità del bene vincolato²⁷².

Tali conclusioni del Consiglio di Stato sono riferibili ai vincoli di inedificabilità entro una certa misura sul fondo oggetto del rilascio del titolo abilitativo all'edificazione (che potrebbero essere definiti vincoli di destinazione all'inedificabilità) quanto ai vincoli di asservimento della cubatura edificabile di un fondo ad altro fondo.

Al trasferimento della volumetria si giungerebbe partendo dall'atto d'obbligo privato avente una struttura bilaterale, a mezzo del quale è imposto sul fondo *a quo* un vincolo di destinazione dal quale deriva il depauperamento della volumetria ed approdando al provvedimento amministrativo cd. maggiorato dal quale consegue la redistribuzione della volumetria.

L'autorevole obiezione di chi reputa non trascrivibili le convenzioni concluse tra privati a norma dell'art. 1379 c.c.²⁷³ parrebbe essere superata, a mente dell'Autore — ed a conforto si pone la giurisprudenza che, invero, è successiva alla prima formulazione della teoria - dalla circolare del Ministero delle Finanze 2 maggio 1995 n. 128 recante istruzioni per la compilazione delle note di trascrizione in applicazione della legge 27 febbraio 1985 n. 52 ammette la trascrizione degli atti unilaterali di obbligo, senza esclusione alcuna, almeno espressa, per gli atti bilaterali.

Il limite intrinseco di tale impostazione, che anticipa i tempi ipotizzando un ricorso alla tecnica del vincolo destinatorio in ambito urbanistico ben prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. nel nostro ordinamento, risiede proprio nell'impossibilità di configurare, in assenza di una previsione normativa positiva — che sarà solo successiva alla tesi prospettata — l'applicazione concreta di un vincolo di destinazione privo delle caratteristiche ontologiche della realtà e della perpetuità. Tali requisiti rappresenterebbero invece il valore aggiunto dell'istituto cui si vorrebbe attribuire veste giuridica. Ne deriva uno sforzo dogmatico inefficace, volto a proporre una

²⁷² G. ANTONELLI, Studio n. 109-2021/P, op. cit.

²⁷³ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, op. cit.

riconfigurazione teorica dell'istituto in grado di colmare, attraverso il rilievo pubblico degli interessi in gioco, proprio quelle caratteristiche che la fattispecie originaria ontologicamente non possiede²⁷⁴.

In sostanza, l'originalità della proposta fondata sul vincolo di destinazione si esaurisce nella pretesa — concettualmente fragile — di surrogare, mediante essa, i riferimenti normativi alla servitù di non edificare ed alla servitù *altius non tollendi* che si vedranno nel proseguo, tuttavia senza sgomberare il campo dai dubbi che accompagnano entrambe²⁷⁵.

Accanto al vincolo di destinazione cd. puro, la dottrina²⁷⁶ ha analizzato la possibilità di rileggere la fattispecie della cessione di volumetria attraverso il paradigma offerto dall'art. 2645ter c.c.²⁷⁷, il quale consente la trascrizione nei registri immobiliari dei vincoli di destinazione istituiti per il perseguimento di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento, inclusi quelli pubblici.

Ci si è dunque interrogati se la novella legislativa, nella misura in cui si accolga l'orientamento che attribuisce all'art. 2645-ter c.c. non una mera funzione pubblicitaria, bensì una valenza sostanziale, sia idonea a superare le criticità derivanti dalla mancata trascrizione di atti riconducibili al paradigma del vincolo di destinazione atipico, perpetuo e opponibile erga omnes, in deroga alla previsione dell'art. 1379 c.c.¹⁷⁷. Si tratta, in particolare, di fattispecie che esprimono una singolare intersezione tra interessi pubblici e privati, tali da giustificare l'applicazione di un regime di piena opponibilità negoziale²⁷⁸.

In tale prospettiva, è stato osservato²⁷⁹ che il riferimento espresso alle “Pubbliche Amministrazioni” contenuto nella disposizione potrebbe costituire fondamento per legittimare la circolazione anche dei vincoli di destinazione atipici — come i c.d. atti d'obbligo unilaterali — ancorché non previsti da specifiche disposizioni legislative.

In effetti, il vincolo di non edificazione assunto dal proprietario cedente, quale corollario della cessione di volumetria, appare finalizzato a garantire interessi

²⁷⁴ G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione e mutazione del diritto*, op. cit.

²⁷⁵ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit.

²⁷⁶ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit., che rinvia a G. CASU, *I negozi di destinazione a tutela della pianificazione urbanistica*, Ufficio Studi, Consiglio Nazionale del Notariato.

²⁷⁷ R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e impresa*, II, 2006.

²⁷⁸ G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione e mutazione del diritto*, op. cit.

²⁷⁹ G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006.

meritevoli di tutela: da un lato, il profilo privatistico, inerente al diritto del cessionario a edificare oltre i limiti ordinari; dall'altro, l'interesse pubblico alla salvaguardia dell'equilibrio planovolumetrico della zona urbanistica di riferimento. In questa prospettiva, sembrerebbero dunque sussistere i presupposti richiesti dall'art. 2645-ter c.c. per l'opponibilità erga omnes del vincolo, a condizione che siano rispettate le limitazioni temporali imposte (novant'anni ovvero la vita del beneficiario persona fisica).

In realtà, la cessione di volumetria determina lo sfruttamento, in senso urbanisticamente rilevante, della potenzialità edificatoria di un fondo da parte di un diverso fondo "*ad quem*", senza che ciò implichi una destinazione funzionale del bene a uno specifico scopo. Si realizza, piuttosto, una rinuncia alla capacità edificatoria del fondo "*a quo*" in favore di un'area di proprietà altrui, ponendosi così al di fuori dello schema di destinazione contemplato dall'art. 2645-ter c.c., che — peraltro — impone un limite temporale massimo alla durata del vincolo.

A partire dalla novella legislativa del 2011, è stato pertanto sostenuto²⁸⁰, sotto il profilo della trascrivibilità, un possibile accostamento tra l'art. 2643, n. 2-bis, c.c. e la disciplina — parimenti problematica — dell'art. 2645-ter c.c., atteso che anche quest'ultimo, pur qualificando il vincolo di destinazione in termini obbligatori, ne consente l'opponibilità a terzi attraverso la trascrizione.

Ciò nonostante, a differenza di quanto accade nella fattispecie contemplata dall'art. 2645-ter, la collocazione della nuova disposizione all'interno dell'art. 2643 c.c. e, dunque, nel sistema delineato dall'art. 2644 c.c. — destinato a regolare i conflitti tra aventi causa dal medesimo autore — impone di qualificare il contratto di cessione dei diritti edificatori come contratto ad effetti reali, escludendo che si tratti di un mero negozio obbligatorio produttivo di un vincolo di indisponibilità²⁸¹.

A mente di ulteriore dottrina²⁸², ci si troverebbe dunque al di fuori dello schema destinatorio delineato dall'art. 2645-ter c.c. il quale presuppone un nesso finalistico diretto e immediato tra il bene vincolato e l'interesse tutelato. Per di più, la cessione di volumetria conserva un contenuto meramente preparatorio, nella misura in cui la realizzazione dell'interesse perseguito dalle parti è subordinata al rilascio del titolo

²⁸⁰ B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, op. cit.,

²⁸¹ *Idem*.

²⁸² G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit.

abilitativo edilizio (il permesso di costruire maggiorato), unico atto in grado di consentire l'effettivo utilizzo della volumetria trasferita sul fondo ricevente.

1.5 – La costituzione di servitù

Tra i più rilevanti e solidi orientamenti riguardanti le ipotesi ricostruttive della cessione di cubatura si annovera la teoria della costituzione di servitù. Secondo tale schema, la cessione di cubatura costituirebbe, invero, un negozio a mezzo del quale il proprietario del lotto con la cubatura da alienare graverebbe il proprio suolo di un peso a favore del suolo di proprietà del soggetto intenzionato ad acquisire volumetria aggiuntiva²⁸³. Come osservato, invero, il contenuto innominato degli schemi tipici delle servitù consentirebbe nel caso di specie di coniugare il rispetto del principio della tipicità dei diritti reali, con una soddisfacente ricostruzione dogmatica della fattispecie, assicurando piena conoscibilità ai terzi, mediante il ricorso alla pubblicità immobiliare²⁸⁴.

Pur nella consapevolezza che a mezzo del ricorso alla servitù si restringono sensibilmente ed in maniera permanente i poteri del proprietario in relazione al proprio fondo, contestualmente aumentando l'utilità del fondo dominante rappresentata dalla maggior capacità edificatoria²⁸⁵, vi è altresì la consapevolezza che l'accoglimento della tesi della servitù tipica, non è autonomamente sufficiente a realizzare lo scopo che le parti si sono prefissate, dimostrandosi pur sempre necessario il provvedimento comunale a determinare l'incremento edificatorio di un fondo rispetto all'altro²⁸⁶.

Da qui, dunque, è emersa la necessità di accompagnare la costituzione di servitù alla sottoscrizione di un atto d'obbligo (anche bilaterale) da parte del cedente nei confronti della Pubblica Amministrazione, che renderebbe irrevocabile verso quest'ultima la volontà del privato "cedente", consolidando anche sotto il profilo pubblicistico gli effetti già verificatisi sul piano privatistico²⁸⁷.

²⁸³ G. PICCO, *Natura ed efficacia dei vincoli volumetrici conseguenti a piani regolatori o regolamenti urbanistici - Il trasferimento di cubatura*, Relazione al XV° Congresso Nazionale del Notariato, Verona, 1966; G. PICCO - A.M. MAROCCO, *I così detti "trasferimenti di cubatura"* cit., 641; G. DI VITA, *La cessione di cubatura* cit., 47 ss.; M. MARE', *Natura e funzione dell'atto d'obbligo* cit.; N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata* cit.; F. GERBO, *La cessione di volumetria* cit.

²⁸⁴ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit.

²⁸⁵ F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, op. cit.

²⁸⁶ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. cit.

²⁸⁷ G. DI VITA, *La cessione di cubatura*, op. cit.

Tornando allo schema negoziale, esso si distinguerebbe in servitù *non aedificandi* qualora il cedente si privi integralmente della capacità edificatoria del proprio fondo, mentre si discuterebbe di servitù *altius non tollendi* nel caso in cui le parti decidano di sfruttare solo parzialmente la volumetria generata dal fondo servente²⁸⁸.

L'insufficienza della sola costituzione di servitù a non edificare (integrale o parziale) a soddisfare l'interesse di entrambe le parti private, pur correttamente riconosciuta dalla dottrina che la sostiene, si è tradotta nel tentativo di introduzione di una servitù non solo di *non facere* in capo al fondo servente, ma anche di *pati*, affinché il proprietario del fondo dominante possa sfruttare la volumetria aggiuntiva frutto del rapporto prediale stesso e che è stata identificata dalla dottrina come servitù qualificata²⁸⁹, traducendosi anche nell'incontestabilità, da parte del proprietario di tale fondo, della costruzione maggiorata che può realizzarsi nel fondo vicino, e quindi dei provvedimenti amministrativi che la consentano²⁹⁰.

Ulteriore caratteristica costitutiva della servitù che, ai fini della riconduzione integrale alla cessione di cubatura al detto schema è quella della contiguità tra i fondi. Nella prassi dello schema negoziale della cessione di cubatura la vicinanza tra i fondi è stata spesso superata ricorrendo al più razionale ricorso alla comunanza di destinazione urbanistica tra i fondi medesimi, anche se non fisicamente contigui. Tale possibilità si differenzia dalla storica necessità di contiguità dei fondi servente e dominante, manualisticamente riportata quale uno degli elementi essenziali del rapporto prediale. Tuttavia, prendendo in prestito proprio la caratteristica di omogeneità urbanistica dei fondi, più che la vicinanza fisica degli stessi, la dottrina ha rilevato che il requisito della contiguità tra i fondi deve essere considerato solo con riguardo alla zona in cui entrambi devono essere compresi, e non alla loro vicinanza fisica²⁹¹.

Altra dottrina ha mosso particolari obiezioni al ricorso alla servitù relativamente a due ulteriori aspetti dell'istituto: nello specifico con riferimento alla perpetuità del rapporto prediale che mal si adatterebbe alla temporaneità dell'utilità da ottenersi²⁹² (nello

²⁸⁸ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit.; Cass. 15 giugno 2001 n. 8151 in Vita Not. 2003 p. 704 con nota dal titolo *Servitus altius non tollendi: estinzione totale per lesione minima e utilitas (utilitas del fondo o utilitas delle parti)* di E. MARANGONI.

²⁸⁹ M. LIBERTINI, *I "trasferimenti di cubatura"*, op. cit.; C. T. SILLANI, *I "limiti verticali della proprietà fondiaria"*, op. cit.

²⁹⁰ Si deve immaginare, dunque, che nella servitù di *pati* rientri anche la rinuncia alla tutela giurisdizionale dei propri interessi legittimi, si pensi all'impugnazione che pur un vicino potrebbe spiegare nei confronti del titolo edilizio abilitante l'intervento che si intende "paralizzare" in virtù del mero rapporto di *vicinitas*.

²⁹¹ G. PICCO - A.M. MAROCCO, *I così detti "trasferimenti di cubatura"* op. cit.

²⁹² A. CANDIAN, *Il contratto*, op. cit.,

specifico alla realizzazione della costruzione); in secondo luogo, relativamente all'eccessività del ricorso a tale schema negoziale: il cedente, infatti, altro non intende che monetizzare la volumetria del proprio fondo, mentre il cessionario, lungi dal voler vincolare in perpetuo il fondo servente all'inedificabilità in suo favore, intende solo ottenere della volumetria aggiuntiva da poter sfruttare sul proprio suolo²⁹³.

A tali obiezioni, rispettivamente la dottrina ha replicato rispettivamente che la temporaneità della servitù sarebbe ampiamente riconosciuta, oltre che la vera utilità si sostanzierebbe non solo nell'ottenimento del titolo edilizio maggiorato, e quindi nella costruzione del fabbricato volumetricamente maggiore, ma nel suo indisturbato mantenimento²⁹⁴. Relativamente alla dedotta "eccessività" del rapporto prediale, la medesima dottrina, pur riconoscendo un certo carattere di eccessività, ha riconosciuto che lo schema negoziale della servitù apparrebbe comunque idoneo allo scopo, tanto più se condizionato alla vigenza di una certa regola di edificabilità nella zona di cui si tratta²⁹⁵.

Ulteriori obiezioni sono state poi mosse alla riconduzione della cessione di cubatura al negozio di servitù con riferimento alla mancanza del requisito di inerenza oggettiva ed all'impossibilità di ravvisare l'asservimento attuale di un fondo in favore dell'altro confinante, perché 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 stessa²⁹⁶. È stato obiettato che l'utilità di una servitù può, invero, realizzarsi anche successivamente al suo asservimento, posto che le due fattispecie non necessariamente dipendono l'una dall'altra, e che tale tesi troverebbe dimora nell'attuale art. 1029 c.c.²⁹⁷. La disposizione, specialmente al primo comma, riconoscerebbe un vantaggio futuro del fondo dominante, essendo però già individuati gli elementi costitutivi del rapporto prediale, ovvero i fondi servente e dominante, con l'unica peculiarità di dover "spostare in avanti" la realizzazione materiale dell'utilità del fondo dominante²⁹⁸. La

²⁹³ *Idem*.

²⁹⁴ M. LIBERTINI, *I "trasferimenti di cubatura"*, op. cit che riporta l'opinione come pacifica in dottrina, citando per tutti G. GROSSO - G. DEJANA, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Utet, Torino, 1963 e M. COMPORI, *Servitù*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Giuffrè, Milano, 1990.

²⁹⁵ M. LIBERTINI, *I "trasferimenti di cubatura"*, op. cit.

²⁹⁶ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit.

²⁹⁷ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit; B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, op. cit.

²⁹⁸ In giurisprudenza, Cass. 7 aprile 2000, n. 4346 in Riv. Not. 2001, p. 695 e in Vita Not. 2001, p. 923, Cass. 29 agosto 1997, n. 8227 in Urbanistica e App. 1998 p. 36, Cass. 19 febbraio 1996 n. 1267 in Foro It. 1996, I, c. 2464, Cass. 14 novembre 1989 n. 4839 in Rep. Foro It. voce Servitù n. 5, Cass. 4 agosto

costituzione della servitù di non edificare, parziale o totale, sarebbe dunque già perfetta al momento della sola individuazione dei fondi e del vantaggio futuro, ben potendo esprimere una sua prima e propria utilità ancor prima di quella principale per la quale è stata costituita²⁹⁹.

Tuttavia, altra dottrina ha fatto notare che, ammettendo la teoria del vantaggio futuro, in caso di provvedimento amministrativo positivo la servitù, trasferita la cubatura, non avrebbe più ragion d'essere, perché il titolo che giustificerebbe l'inedificabilità o la diminuita edificabilità del fondo c.d. servente a favore di quello c.d. dominante sarebbe esclusivamente il provvedimento, il quale assorbirebbe in sé e quindi annullerebbe ogni rilevanza della c.d. servitù. Se invece il provvedimento fosse negativo, è evidente che la servitù non potrebbe continuare a sopravvivere, se non altro in esito all'esistenza di una presupposizione³⁰⁰. Secondo la medesima dottrina, la naturale conseguenza di ciò sarebbe quella di ammettere un negozio "*privo della sua causa tipica, essendo esso destinato, per un verso o per l'altro, a non avere vigore e solo ad essere strumentale alla presentazione, sul piano obbligatorio, dell'istanza al Comune, volta a permettere il trasferimento della cubatura*"³⁰¹.

Tuttavia, come è stato correttamente notato, a seguito della Novella la teoria della servitù a non edificare incontra il suo maggior ed invalicabile limite proprio nel medesimo articolo 2643 n. 2bis c.c., con specifico riferimento alla sua collocazione nell'impianto normativo. La norma si riferisce, infatti, non solo ai contratti che costituiscono o modificano i diritti edificatori, ma anche al loro trasferimento. Ed è proprio il trasferimento, ovviamente, a dimostrarsi incompatibile con la servitù, tant'è che il n.2 bis c.c. precede e non già segue il n.4³⁰².

1988 n. 4833 in Giur. Agr. It. 1988, p. 606 (con nota di R. Triola), Cass. 6 agosto 1983 n. 5827 in Rep. Foro It. voce Servitù n. 17, Cass. 14 gennaio 1982, n. 235 in Giust. Civ. 1983, I, p. 609.

²⁹⁹ Secondo la dottrina, la prima e "preliminare" utilità sarebbe quella di non fare in capo al fondo servente, ovvero di non edificare, in attesa di ottenere il vantaggio futuro rappresentato dal rilascio del permesso di costruire maggiorato in capo al proprietario del fondo dominante. In tal senso si vedano: G. PESCATORE - R. ALBANO - F. GRECO, *Della Proprietà in Commentario del Codice Civile*, Torino, 1958, secondo cui la servitù per vantaggio futuro può costituirsi anche per destinazione del padre di famiglia come nel caso che "*un tale prepari l'acquedotto in vista del dissodamento di uno dei due fondi e poi muoia lasciando questi ultimi a due persone diverse; non vi è qui solo una mera intenzione, ma vi è soprattutto una situazione reale concernente l'onere del fondo servente*"; F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, op. cit.

³⁰⁰ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit.

³⁰¹ *Idem*.

³⁰² *Idem*.

1.6 – *Negoziato condizionato o presupposizione.*

Per superare l'obiezione concernente il carattere non definitivo del vincolo che si impone sul fondo del cedente, qualora si opti per una ricostruzione della fattispecie in termini di servitù, una risalente parte della dottrina ha suggerito il ricorso alla figura della condizione³⁰³. In quest'ottica, la convenzione tra privati assumerebbe valore di presupposto dell'utilizzo effettivo della cubatura, che resta subordinato all'intervento comunale; in tal senso, gli effetti reali derivanti dalla cessione sarebbero condizionati risolutivamente al mancato rilascio del titolo abilitativo per l'edificazione maggiorata. L'impiego della condizione risolutiva rende evidente il duplice profilo – civilistico e urbanistico – del procedimento finalizzato al rilascio del provvedimento edilizio a seguito della cessione di cubatura. Infatti, il negozio civilistico, pur valido e perfetto, non produce effetti traslativi se non in presenza del provvedimento dell'autorità amministrativa: quest'ultimo, da un lato, determina la costituzione di una nuova situazione giuridica sotto il profilo urbanistico; dall'altro, consolida, in termini civilistici, la situazione giuridica già realizzata, rappresentando l'evento dedotto in condizione.

L'elemento condizionale, secondo i sostenitori di tale tesi³⁰⁴, assumerebbe la natura di «condicio iuris» qualora previsto dal piano regolatore, oppure di «condicio facti» se inserito espressamente nell'accordo privato in assenza di una previsione urbanistica.

A questa impostazione è stata opposta una critica articolata³⁰⁵: sebbene sia ammissibile l'introduzione di una condizione nei contratti aventi ad oggetto la cubatura, in assenza di essa il negozio assume un contenuto parzialmente aleatorio, sia per l'incertezza sull'effettivo utilizzo della volumetria, sia per la possibilità di sopravvenienze pianificatorie che modifichino gli indici di edificabilità sull'area.

In alternativa alla condizione risolutiva espressa, è stato prospettato il ricorso alla categoria della presupposizione, intesa quale elemento implicito del negozio, ma determinante nella volontà delle parti³⁰⁶. In tale chiave, il rilascio del titolo edilizio rappresenterebbe una situazione di fatto, comune ad entrambe le parti e indipendente

³⁰³ G. PICCO - A.M. MAROCCO, *I così detti "trasferimenti di cubatura"*, op. cit.

³⁰⁴ *Idem*.

³⁰⁵ F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, op. cit.

³⁰⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, op. cit.

dalla loro volontà, considerata nel processo formativo del contratto, pur in mancanza di una menzione espressa³⁰⁷.

La teoria della presupposizione, secondo l'opinione prevalente, trova fondamento nel concetto di clausola risolutiva tacita³⁰⁸: poiché essa si basa sul principio di buona fede, l'eventuale diniego del titolo abilitativo da parte della PA, quale esito di valutazioni insindacabili, comporterebbe la risoluzione automatica del vincolo a carico del fondo servente, non essendovi più una giustificazione per l'inedificabilità, in assenza dell'edificazione sul fondo del cessionario.

Tuttavia, anche questa ricostruzione è stata oggetto delle medesime critiche rivolte alla tesi del negozio condizionato³⁰⁹.

1.7 – Diritto di superficie.

Ancora, una risalente teoria, invero di matrice giurisprudenziale³¹⁰, ha provato a teorizzare la cessione di volumetria quale costituzione di un diritto di superficie, nel senso che l'acquisto della cubatura realizzerebbe il medesimo effetto di una concessione *ad aedificandum* e, conseguentemente il trasferimento di diritti da un fondo all'altro. Tale teoria si scontra immediatamente con il limite dell'esercizio del diritto di superficie non su fondo altrui, bensì su fondo proprio³¹¹. In tal senso, di certo non si potrebbe parlare di *ius in re aliena* ordinario, dovendo necessariamente rivolgersi ad una forma speciale del diritto di superficie. La potenzialità edificatoria, infatti, non verrebbe esercitata sul fondo da cui origina, ma su un fondo diverso da quello che la origina³¹². I tentativi di superamento dei citati limiti si sono articolati, con riferimento ad un primo, sul presupposto che nel nostro ordinamento siano configurabili i diritti reali atipici, affermandosi che la perdita del diritto di costruire sull'area "cedente", con contestuale acquisto dal proprietario del fondo cui la cubatura è trasferita, "è l'ipotesi tipica di concessione *ad aedificandum*", e se ne distingue soltanto perché le possibilità edificatorie dell'area debbono essere utilizzate su un

³⁰⁷ Cass. Civ., Sez. II, 24 gennaio 1980, n. 588, in *Riv. Not.*, 1980, p. 953; Cass. Civ., Sez. I, 16 gennaio 1987, n. 718, in *Riv. Not.*, 1987, p. 312.

³⁰⁸ N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, op. cit.

³⁰⁹ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, op. cit.

³¹⁰ Cassazione Civile, Sez. I, 9 marzo 1973, n. 641, in *Foro It.* 1973, I, p. 2117 ed in *Riv. Not.* 1973, 6, p. 1164

³¹¹ Ex multis: G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit.; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. cit.; F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit;

³¹² F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, op. cit.

fondo contiguo e non su quello cui ineriscono³¹³. Ancora, c'è stato chi, invece, ritenendo che "*l'oggetto della cessione è la potenzialità edificatoria che viene trasferita ad un terzo*" ha individuato un'ulteriore fattispecie da inserire, in posizione intermedia, tra quelle già previste dal primo e secondo comma dell'art. 952 c.c.; pertanto, così come il diritto di superficie può costituirsi con l'alienazione separata di costruzione già esistente, così potrebbe ammettersi l'alienazione separata di una costruzione non ancora esistente³¹⁴. Tuttavia, la ricostruzione è stata criticata da chi afferma, correttamente, che l'oggetto del contratto sarebbe dunque un bene futuro rappresentato dalla costruzione da realizzarsi, non la cubatura in sé³¹⁵.

1.8. - Le Sezioni Unite Cass. 16080/2021.

Come già si è avuto modo di analizzare al Cap. II, le Sezioni Unite, con sentenza n.16080 del 9.6.2021, hanno avuto modo, per la prima volta dopo la Novella, di potersi pronunciare in maniera più diretta sulla natura del contratto di cessione di cubatura avente ad oggetto dei diritti edificatori di natura compensativa. Ferma la ricostruzione della pronuncia più approfondita e dettagliata, già il principio di diritto enunciato consente di individuare le caratteristiche che la Corte di cassazione ha ritenuto coesenziali al contratto di cessione ("*la cessione di cubatura, con la quale il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore e, formandone un diritto a sé stante, lo trasferisce a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo, è atto: - immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale; - non richiedente la forma scritta ad substantiam ex art. 1350 c.c.; - trascrivibile ex art. 2643 c.c., n. 2 bis*"). Secondo le SS.UU., di fatti, pur essendo ascrivibile al *genus* dei diritti edificatori, di cui costituisce una *species*, la (figura negoziale della) cessione di cubatura consiste in un trasferimento della capacità edificatoria, totale o parziale, fra privati, a favore di un'area ben determinata, contigua o prossima, e di destinazione urbanistica omogenea. Non vi è dunque alcuna incidenza sulla pianificazione generale, considerata l'omogeneità delle aree coinvolte e l'invarianza sulla cubatura complessiva. Si tratta infatti di un intervento di micropianificazione urbanistica ad

³¹³ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. cit.; A. IANNELLI, *La cessione di cubatura*, op. cit.

³¹⁴ S. G. SELVAROLO, *Il negozio*, op. cit.

³¹⁵ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit.; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. cit.

iniziativa privata, al quale, differentemente dall'ipotesi dei diritti edificatori, è del tutto estranea la p.a., chiamata a intervenire solo sul piano del rilascio del permesso di costruire maggiorato della quota di cubatura trasferita³¹⁶.

Tuttavia, se al Cap. II §2.6 si è dato conto della importantissima esclusione del carattere di realtà dei diritti edificatori, la Corte non assume una posizione chiara sulla natura giuridica del contratto di cessione di cubatura.

L'inserimento dei contratti che hanno ad oggetto diritti edificatori nel regime generale di trascrivibilità non costituisce di per sé, nel ragionamento delle Sezioni Unite, elemento dirimente nel senso della realtà dell'istituto. Non solo la norma, infatti, non si esprime chiaramente in tale direzione ma, di più, è pacifica la trascrivibilità di negozi ad effetti obbligatori³¹⁷. Eppure, l'assenza di realtà sarebbe corroborata proprio dalla previsione del 2643 n.2bis c.c. ove tali diritti, se avessero avuto natura reale, sarebbero risultati già trascrivibili in base alla disciplina generale³¹⁸.

Ed infatti, la dottrina ha fatto notare che è proprio la collocazione della norma all'interno dell'art. 2643 c.c., e dunque del contesto disciplinare dell'art. 2644 c.c. - volto a regolare il conflitto fra più aventi causa dal comune autore - a segnare in modo chiaro la qualificazione del contratto di trasferimento dei diritti edificatori in termini di contratto ad effetti reali e non già di contratto ad effetti obbligatori costitutivo di un mero vincolo di indisponibilità.

E nonostante la consapevolezza che di opponibilità si possa discutere in ragione del titolo costitutivo del diritto, e non del diritto stesso che diverrebbe da obbligatorio a reale per la sua sola idoneità ad essere trascritto, come detto è proprio la collocazione del n.2 bis all'interno dell'art. 2643 c.c. – inserito nel regime disciplinare dell'art. 2644 c.c. – a qualificare il contratto di cessione di cubatura quale contratto ad effetti reali e non obbligatori, dimostrando la vicenda circolatoria che genera³¹⁹.

³¹⁶ Cfr. B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. cit.

³¹⁷ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, 1, I, in *Trattato della trascrizione*, diretto da Gabrielli e Gazzoni, Torino, 2012.

³¹⁸ Ancora B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. cit che richiama il percorso logico argomentativo di Cass., sez. un., 23 marzo 2021, n. 16080.

³¹⁹ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit.

2. *Struttura e disciplina negoziale del contratto*

Le ipotesi ricostruttive, antecedenti o coeve alla Novella, hanno provato, come visto, a ricondurre lo schema negoziale del contratto di cessione di cubatura nella disciplina già fornita dall'ordinamento con riferimento ad altre e diverse discipline negoziali.

Tuttavia, i lavori preparatori alla legge di conversione del Decreto legge 70/2011, disponibili nel Dossier della Camera dei Deputati all'Atto Camera 4357 XVI Legislatura, riferiscono espressamente *“La presente norma sostanzialmente dà copertura legislativa alla perequazione urbanistica, considerato che al comma 1, tra gli interventi di cui al presente articolo, viene ricompresa la “tipizzazione di un nuovo schema decreto contrattuale diffuso nella prassi: la cessione di cubatura”*.

Non v'è dubbio che si debba, dunque, provare ad analizzare un nuovo schema negoziale – inserito tra i contratti ad effetti traslativi immediati come correttamente riconosciuto da Cass. Civ. SSUU 16080/2021 - introdotto *“ex novo”* dal Legislatore, che non ha operato rinvii di sorta ad altre discipline compatibili già presenti nell'ordinamento.

Si deve, però, notare che disciplinare una nuova fattispecie negoziale partendo dal suo profilo circolatorio potrebbe sollevare qualche perplessità in punto di ricostruzione logica, giacché la circolazione rappresenta un *posterius* rispetto alla natura giuridica della situazione circolante³²⁰.

È evidente che sia onere degli studiosi e della giurisprudenza provare a tracciare la possibile disciplina applicabile accordo negoziale di cessione di cubatura, parallelamente a quanto le parti, nel vivo della materia, possono già fare in sede di redazione del contratto medesimo.

2.1. *Parti coinvolte e individuazione della volumetria.*

Come detto, dai lavori preparatori della Legge di conversione ben emerge la volontà del Legislatore di tipizzare un nuovo schema contrattuale che stava trovando molto spazio nella prassi. Tuttavia, più di ciò non è stato disciplinato. Nel caso di specie, la novella legislativa non ha fornito una definizione puntuale della potenzialità edificatoria, né ha chiarito le modalità della sua circolazione o gli elementi strutturali

³²⁰ S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, op. cit.

della fattispecie, rendendo problematico l'individuarsi di una disciplina normativa dotata di funzione dispositiva rispetto all'autonomia contrattuale delle parti³²¹.

L'obiettivo del tipo contrattuale è quello di predisporre un assetto regolativo idoneo ad assumere rilevanza giuridica e, dunque, a prevalere su eventuali fonti eteronome concorrenti. Perché tale effetto si produca è necessario che il contratto presenti uno o più elementi qualificanti (quali oggetto, causa, prestazioni, ecc.) che ne consentano una chiara tipizzazione, impedendo che l'operazione economica venga ricondotta a schemi negoziali già previsti dall'ordinamento, ipotesi chiaramente esclusa dal Legislatore.

Per superare le incertezze interpretative si è sostenuto che i negozi traslativi dei diritti edificatori possono, seppur nei limiti della compatibilità, essere ricondotti alla figura della compravendita, della quale i trasferimenti di volumetria riproducono lo schema tipico.

Pur potendo ricorrere ad un sintetico riferimento alle parti dell'accordo, la possibilità che le singole vicende circolatorie presuppongano la presenza di diverse parti non consente una categorizzazione aprioristica delle stesse. Tuttavia, si potranno prendere le mosse da alcune caratteristiche imprescindibili in capo alle possibili parti dell'accordo negoziale.

Innanzitutto, le parti dell'accordo di cessione di volumetria, essendo esso antecedente e mai subordinato al rilascio del provvedimento amministrativo, non possono che essere due soggetti privati. Non si potrebbe discorrere di cessione di cubatura se l'accordo intervenisse tra un privato e la Pubblica Amministrazione. Tale sarebbe il caso, ad esempio, degli altri strumenti di urbanistica cd. consensuale (perequazione, compensazione, premialità edilizia) che afferiscono alla categoria riconducibile all'art. 11 della Legge 241/1990³²².

Di fatti, corretto e chiaro assetto negoziale è espressione dell'accordo intercorso tra cedente e cessionario e non può allora che precedere giuridicamente e logicamente l'intervento della Pubblica Amministrazione³²³.

Indipendentemente, insomma, dalle vicende legate allo svolgimento della successiva fase amministrativa, "il negozio crea il vincolo sui beni e soddisfa l'interesse dei privati a consolidare il più possibile nel tempo (fino all'emanazione del permesso di costruire)

³²¹ Cfr. R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino 2004

³²² Si rinvia al Cap. II § 1

³²³ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. ult. cit.

l'assetto negoziale che concerne i fondi oggetto del rapporto contrattuale. Esso, si ribadisce, non realizza il trasferimento di cubatura in assenza del provvedimento della pubblica Amministrazione, ma garantisce in via immediata la creazione del vincolo di inedificabilità: tale risultato, per quanto parziale, sarà opponibile erga omnes mediante la trascrizione³²⁴.

E d'altronde, pur essendo di fronte ad un negozio atipico, del quale si provano a ricostruire gli elementi essenziali, nella prassi negoziale sino ad oggi testimoniata si è sempre ravvisata la sottomissione del cedente nei confronti del cessionario a non edificare l'area asservita, che rappresenta un elemento di fondamentale importanza, tanto da essere riportato anche nelle successive cessioni qualora il diritto edificatorio non venisse sfruttato dal primo cessionario³²⁵. Tale circostanza non può che deporre a favore della natura squisitamente privatistica dell'accordo e delle parti, non potendo di certo ammettersi che la Pubblica Amministrazione si vincoli in tal modo nei confronti di un soggetto privato.

Non può escludersi, ancora, che le parti possano essere due soggetti privati che, al momento della cessione, non dispongano effettivamente dei terreni di decollo e di atterraggio. Come visto, infatti, la possibilità di sfruttamento edilizio della cubatura, che consiste nella piena soddisfazione del bene della vita che rappresenta, non necessariamente deve essere il motivo del negozio traslativo del diritto edificatorio. Nel caso di credito edilizio derivante, ad esempio, da incentivazione o compensazione, ben si potrebbe immaginare che il cedente non disponga di un suolo di decollo, essendo il diritto medesimo generato per autopoesi³²⁶. Parimenti, il cessionario potrebbe non disporre di un terreno al momento dell'acquisto, e ciò per due possibili motivi: in primo luogo potrebbe non aver individuato un terreno idoneo allo sfruttamento edilizio della cubatura, oppure perché interessato semplicemente alla rivendita dei diritti edificatori appena acquisiti. La necessità che il cessionario disponga di un terreno contiguo - o assimilabile per destinazione d'uso e disciplina urbanistica - a quello di decollo, infatti, non è requisito imprescindibile per la cessione *sic et simpliciter* del diritto edificatorio, quanto più per lo sfruttamento edilizio di esso³²⁷.

³²⁴ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. cit.

³²⁵ A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori*, 2019.

³²⁶ Per maggior approfondimento si rinvia a Cap. II § 2.

³²⁷ Per una descrizione dei contenuti tipici della prassi dei contratti di cessione di cubatura cfr. A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori*, op. cit.; G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. ult. cit.

Il credito è infatti cedibile anche più volte in sequenza nel tempo, fermo restando che, come detto, dopo il “decollo” con separazione dalla proprietà del terreno edificabile, e dopo il “volo”, l’“atterraggio” del diritto edificatorio non può avvenire in qualsiasi parte del territorio, ma solamente in quelle aree individuate come idonee a tal fine dallo strumento urbanistico³²⁸.

Con riferimento alla volumetria quale oggetto del contratto traslativo, occorre svolgere una prima e doverosa premessa: essa è un «diritto» esistente sul fondo sin da prima che essa venga riconosciuta in sede di pianificazione, pur essendo fruibile solo a seguito del titolo abilitativo emesso dalla p.a. Come ricordato dalla già affrontata sentenza della Corte costituzionale n. 5 del 1980, la funzione riservata alla P.A. è solo conformativa e, dunque, mai attributiva di un diritto strettamente correlato alla proprietà medesima.

La cubatura oggetto del negozio traslativo, dunque, è rappresentata dalla misura dell’interesse legittimo del proprietario di un fondo edificabile ad ottenere un dato provvedimento amministrativo, nel senso che la chance edificatoria non riguarda un provvedimento quale che sia, ma quel provvedimento che autorizza quella data edificabilità, anche, se del caso, maggiorata. È il provvedimento amministrativo, infatti, e non l’atto privato di cessione ad assegnare l’ulteriore edificabilità³²⁹. Nell’identificare la volumetria oggetto del contratto traslativo con l’espressione “cubatura” ci si limita a individuare in termini matematici ed ingegneristici le dimensioni che la futura costruzione dovrà rispettare ed il fatto che la potenzialità edificatoria sia senza dubbio un valore in termini economici e costituisca un vantaggio, vale solo a qualificare giuridicamente il bene terreno e quindi il regime della relativa proprietà in termini di conformazione, perché la cubatura è proprio il risultato del potere conformativo che, in materia edilizia, spetta alla legge. Proprio per tale motivo, ciò che circola è la chance edificatoria che meglio si adatta alla possibilità sia di immediato sfruttamento edilizio attraverso l’ottenimento dell’imprescindibile provvedimento autorizzatorio acquisito in deroga ai limiti del Comune, sia di ulteriore compravendita, prima che essa si traduca in un fabbricato³³⁰.

³²⁸ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, op cit., secondi cui tali “aree, peraltro, possono perfino essere ricomprese nel territorio di altro Comune confinante, con il quale siano stati raggiunti appositi accordi di collegamento urbanistico”.

³²⁹ L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, in WikiJus, 2015.

³³⁰ Per maggior approfondimento si rinvia a Cap. II § 2.5

Secondo la medesima dottrina, cui senza dubbio si può aderire, la cubatura è la misura matematica dell'edificabilità del suolo³³¹. Quel che circola è la *chance* edificatoria, collegata ad un interesse legittimo. sicché, nei rapporti con l'autorità amministrativa, nasce la legittimazione del titolare del credito a chiedere il permesso di costruire, sfruttando in altro terreno l'edificabilità volumetrici³³².

La *chance* al credito di volumetria, di più, conterrebbe tutti i requisiti prescritti dall'art. 1346 c.c.: sarà possibile sia per la sua realizzabilità fisica in termini di costruzione, che giuridica in termini di trasferibilità; lecita per la sua provenienza e determinata nella misura in cui essa costituisce una chiara misura matematica della cd. assentibilità di un fabbricato.

2.2. *Autonomia negoziale ed accordo.*

Discorrendosi di contratto di cessione di cubatura ricondotto allo schema del contratto di compravendita, non può ignorarsi il ruolo dell'autonomia privata delle parti nella definizione degli elementi essenziali del negozio e nella previsione di eventuali elementi accidentali.

Nella sua definizione manualistica, l'autonomia privata consiste nella facoltà prevista in capo alle parti di disciplinare i propri rapporti ed interessi³³³.

La dottrina, con non poche divergenze, a lungo si è interrogata sul rapporto intercorrente tra autonomia privata e volontà del Legislatore. Da un lato, l'autonomia delle parti rappresenterebbe la sola necessità di regolare un interesse privato e, diversamente, il ruolo dello Stato sarebbe quello di fornire un novero di atti di regolazione di portata generale seguiti da altri di esecuzione e tutela, con l'effetto che la funzione precipua dell'ordinamento è quella di «regolazione del diritto»³³⁴. Di tal

³³¹ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op cit.

³³² M.M. FRACANZANI, *Il credito edilizio nella legge regionale Veneto n.11/04: emissione di carta moneta*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960; SANTI ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1956; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1956; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Firenze, 1987; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Napoli, 1959; G. STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1961; F. SANTORO PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1964.; F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970. Sull'argomento anche E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it., I, t. 2*; ID., *Negozio giuridico*, in *Noviss., dig., it., XI*; R. SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico*, in *Enc., giur., 1990*; L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, e F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*.

³³⁴ Si rinvia, uno per tutti, a F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, il quale sottolinea la differenza tra un atto del legislatore e quello posto in essere dai privati e vincolante ai sensi

guisa, l'autonomia privata può esplicarsi nei soli limiti di un interesse già esistente e «legittimato» dall'ordinamento, cosicché è in questi termini che la legge consacra il comportamento posto in essere dalle parti sul piano sociale, sia esso negoziale o contrattuale, specifico ed oggettivo³³⁵.

Tuttavia, la già affrontata genesi dei diritti edificatori in Italia e della loro circolazione (Cap. II) parrebbe dimostrare il contrario: lo Stato interviene anche per regolare gli interessi e i rapporti di determinate categorie di privati che per spinta endogena assurgono ad essere meritevoli di tutela³³⁶. La coerenza con il nuovo art. 118 della Costituzione sembra lampante.

Secondo la prospettiva della migliore dottrina, la sussidiarietà assume un ruolo primario in quanto destinata a gestire concretamente interessi ai quali è più vicina tenendo conto della utilità sociale, poi semmai interviene dopo il pubblico; quindi, non integra ma interviene in via “originaria e primaria”³³⁷.

L'autonomia negoziale, nelle materie di riferimento, ha consentito dunque la proliferazione di forme di regolazione anche “dal basso”, non più appannaggio esclusivo del Legislatore, ma di soggetti diversi, anche semplici privati³³⁸.

dell'art. 1372 c.c. Entrambi generano un comando giuridico ma il contratto mentre può possedere la medesima valenza imperativa di una legge dello Stato, ne avrà anche l'efficacia solo quando il comando abbia una fonte *super partes* mentre non l'avrà se la sua formazione è avvenuta *inter partes*. L'Autore ritiene dunque che l'art. 1372 c.c. conterebbe un comandamento di natura etica piuttosto che giuridica. Tali considerazioni sembrerebbero inoltre confermate dall'analisi di Perlingieri secondo cui «*il potere di tutelare da sé i propri interessi*» avrebbe un carattere eccezionale essendo consentito ricorrervi solo nelle ipotesi previste dal Legislatore. I casi in cui le parti potrebbero ricorrere all'autonomia privata indicati da Perlingieri sono il diritto di ritenzione previsto dall'art. 1152 c.c., l'eccezione di inadempimento art. 1460 c.c. e la legittima difesa prevista dall'art. 2044 c.c., P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, op. cit.

³³⁵ A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, cit., L'Autore sottolinea come la legge accolga il significato negoziale del comportamento privato che corrisponde a ciò che le parti vogliono porre in essere, senza che si prescindano dall'autonomia o ci si ponga contro di essa. Le fattispecie per le quali le norme prevedono un trattamento giuridico contengono infatti già esse stesse l'enunciazione degli interessi che i privati devono osservare. Questo è il senso in cui deve essere inteso il legame esistente tra ordinamento giuridico e autonomia dei privati che lo stesso riconosce e che i cittadini possono esprimere nel contesto sociale « (...) le fattispecie cui le norme ricollegano il trattamento giuridico contengono già essere stesse l'enunciazione o l'attuazione dei precetti da osservare nell'interferenza tra sfere di interessi privati: precetti, che l'ordine giuridico valuta secondo le funzioni sociali dell'autonomia privata e traduce in rapporti giuridici con le restrizioni e condizioni che stima opportune (non sussiste, quindi, nessuna logica incompatibilità fra il dover essere del precetto e l'essere del rapporto, che ha natura essenzialmente normativa, direttiva della condotta)» Cfr. G. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato*, Torino, 2013.

³³⁶ N. IRTI, *L'età della codificazione*, Milano 1999.

³³⁷ R. CARLEO, *Autonomia privata e sussidiarietà nel pensiero di Mario Nuzzo*, relazione al Convegno in memoria di Mario Nuzzo, ricevuta per l'impareggiabile gentilezza del mio Maestro.

³³⁸ A. PUNZI, Prefazione in G. Benedetti, *Oggettività essenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, p. XVI “*inarrestabile transizione da un diritto che si produceva in forma gerarchica a un diritto che viene scritto e riscritto da soggetti diversi, legislatore, giudice, autorità indipendenti, dottrina, privati, tra i quali è spesso difficile stabilire chi comanda e chi obbedisce*”.

La diffusione autogena di un nuovo negozio circolatorio a spinta totalmente privatistica ha indotto il Legislatore a intervenire ed a darvi dimora all'interno dell'ordinamento.

Ed anzi, la circostanza, già evidenziata, che l'intervento normativo sia stato alquanto scarno e limitato al solo aspetto circolatorio della vicenda negoziale è la miglior dimostrazione dell'utilità sociale che si riflette nell'autonomia privata, ben prima che possa essere colta dal Legislatore medesimo e che, a seguito del suo intervento normativo, continua a rappresentare il miglior veicolo di completamento della norma positiva evidentemente tardiva rispetto alla spinta pattizia. A ben vedere, la disciplina sostanziale si è delineata essenzialmente per effetto dell'autonomia negoziale delle parti, che sin dalle origini ne hanno configurato in via pattizia i contenuti applicativi. L'ordinamento non ha definito in modo preciso né la struttura dell'istituto né le modalità con cui i privati possono disporre. Da ciò si deduce che la costituzione, la modifica e il trasferimento dei diritti edificatori dipendono esclusivamente dalla volontà delle parti, espressa in conformità alle leggi vigenti³³⁹.

Quale migliore dimostrazione, dunque, della forza dell'autonomia privata che si traduce nella sussidiarietà orizzontale quale potere di autoregolazione fornito ai privati³⁴⁰: nel caso dei diritti edificatori emerge netta la funzione sociale assegnata all'autonomia privata, la quale è chiamata ad assumere un ruolo che non è circoscritto alla regolazione degli interessi individuali ed egoistici delle parti, bensì deve necessariamente misurarsi con l'utilità sociale, che ne costituisce nel contempo un limite e anche un obiettivo primario³⁴¹.

Emerge, dunque, che la norma che ha introdotto una forma di tipizzazione della circolazione dei diritti edificatori ha carattere dispositivo: non limita, cioè, la libertà negoziale delle parti, che conservano l'autonomia di regolare gli effetti del loro accordo.

L'amplessissima libertà che l'ordinamento garantisce ai privati nella definizione del negozio traslativo, quindi, si modella insieme all'autonomia e l'indipendenza di cui la

³³⁹ A. TESTA, *Cessione di diritti edificatori: dalla cessione di cubatura alla chance edificatoria*, in Corso avanzato scuola di notariato Jacopo Da Lentini, Catania, 2013.

³⁴⁰ M. NUZZO, *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Vol I, cit., Prefazione, p. XV ss. Cfr. anche R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Vol I, cit. p. 3 ss

³⁴¹ R. CARLEO, *Autonomia privata e sussidiarietà nel pensiero di Mario Nuzzo*, op. cit., che così prosegue "Di talché l'utilità sociale non segna soltanto, in senso negativo, un limite al potere dei privati di autodeterminarsi, ma rappresenta altresì, in senso positivo, uno scopo essenziale degli atti negoziali, ai quali l'ordinamento delega la funzione di stabilire regole che hanno forza di legge tra le parti".

fattispecie negoziale vive prima ancora che intervenga, eventualmente, la Pubblica Amministrazione con il provvedimento autorizzatorio³⁴².

2.3. *Rapporti tra titolo negoziale e provvedimento comunale.*

La natura bifronte della vicenda circolatoria della volumetria, come detto, si dipana tra il suo momento squisitamente privatistico e quello pubblicistico rappresentato dal permesso di costruire maggiorato, rilasciato dal Comune. Non può dunque dubitarsi che il contratto di cessione sia esso stesso il presupposto al rilascio dell'idoneo permesso di costruire maggiorato, nonostante i successivi incremento e diminuzione della capacità edificatoria dei lotti di cedente e cessionario si realizzino concretamente solo a seguito del rilascio del permesso di costruire³⁴³.

Nonostante la stretta interdipendenza, le due fattispecie conservano la loro autonomia, pur essendo unico il risultato ambito dalle parti che addivengono alla sottoscrizione del contratto di diritto privato³⁴⁴. Ciò emerge in maniera chiara dall'eventuale fase patologica sia dell'accordo negoziale di natura privatistica, che dell'eventuale permesso di costruire maggiorato rilasciato dall'Amministrazione.

Come la dottrina già ha avuto modo di notare, terreno scivoloso della fattispecie negoziale è proprio l'intimo rapporto intercorrente tra la stessa e il successivo, purché eventuale, provvedimento autorizzatorio del Comune³⁴⁵.

La caducazione dell'accordo pattizio, magari discendente dal mutuo consenso delle parti, secondo una parte della dottrina potrebbe recare con sé, quale conseguenza non voluta, un grave pregiudizio all'assetto urbanistico di una certa area, ponendo il fondo vincolato in uno stato di inedificabilità permanente³⁴⁶.

Del pari, ci si domanda quale conseguenza possa avere il mancato rilascio del permesso di costruire maggiorato al cessionario.

³⁴² E. BERGAMO, *La cessione dei diritti edificatori*, op. cit.

³⁴³ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. ult. cit.

³⁴⁴ N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile* op. cit., p. 1121 afferma che si tratta di “due binari paralleli — quello di diritto pubblico e quello di diritto privato — che pur conducendo ad un unico risultato unitario (l'incremento della cubatura edificabile), non si incrociano, per cui le vicende del negozio concluso fra i privati e quelle del rapporto di diritto pubblico rimangono nettamente distinte ed in parte reciprocamente irrilevanti”.

³⁴⁵ N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, op. cit.

³⁴⁶ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit.

Prendendo le mosse dalla prima ipotesi, si è detto che parte della dottrina ritiene la caducazione del negozio idonea a generare delle importanti conseguenze sulla pianificazione territoriale³⁴⁷.

Questa considerazione è stata, invece, esclusa da altra dottrina che ha ritenuto poco rilevante l'eventuale patologia dell'accordo negoziale nei confronti dell'assetto urbanistico consolidatosi, secondo cui, sotto questo profilo, occorre richiamare il principio fondamentale secondo cui la sfera dell'autonomia privata e quella della discrezionalità (o autoritatività) amministrativa costituiscono ambiti ontologicamente distinti e, pertanto, tendenzialmente impermeabili tra loro³⁴⁸.

Da tale separatezza discende che il vizio di un provvedimento amministrativo non è idoneo a determinare l'invalidità del contratto, così come l'invalidità del contratto non comporta, di per sé, l'illegittimità del provvedimento amministrativo³⁴⁹.

³⁴⁷ *Idem*, secondo il quale “L'eventuale nullità o invalidazione successiva o risoluzione (anche per mutuo consenso) del contratto di trasferimento della cubatura, come è stato sottolineato, importa che il cessionario non possa avvalersi della maggiorata capacità edificatoria non ancora esercitata in tutto o in parte. Se la costruzione non è stata ancora realizzata, la caducazione del contratto determinerà, infatti, certamente il mancato rilascio del permesso di costruire e nel caso in cui esso fosse già stato rilasciato, non la sua decadenza, quanto piuttosto la possibilità di un suo annullamento d'ufficio. Se, invece, la costruzione è stata già realizzata, l'eliminazione del vincolo non vuol dire riespansione automatica della capacità edificatoria del fondo cedente la cubatura: un simile risultato sarà giuridicamente impossibile sino a quando sul terreno insisterà la costruzione che abbia esaurito in tutto o parzialmente la capacità edificatoria in conformità al rilasciato permesso di costruire. In ipotesi, poi, di demolizione di tale ultimo manufatto, sia per effetto espresso dell'accordo obbligatorio di ripristino della situazione quo ante, sia quale effetto implicito della definitività della caducazione dell'accordo traslativo originario, ai due fondi saranno attribuite le capacità edificatorie che a ciascuno di essi spettavano secondo le prescrizioni urbanistiche primigenie, anteriori al negozio da esse stipulato fatta eccezione per il caso di una eventuale nuova regolamentazione pattizia, che moduli diversamente tra i fondi la volumetria ceduta”.

³⁴⁸ A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori*, op. cit.

³⁴⁹ Invero, ad avviso dell'Autore, tale principio può conoscere due eccezioni: La prima riguarda i casi in cui sia lo stesso legislatore a introdurre una regola di permeabilità tra le due sfere, prevedendo espressamente che l'invalidità di un atto si trasmetta anche all'altro. Un esempio paradigmatico è rappresentato dall'ipotesi in cui il contratto diventi inefficace in conseguenza dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo che lo sorregge.

La seconda eccezione è stata recentemente avanzata in giurisprudenza dal Consiglio di Stato, secondo cui la pronuncia giurisdizionale potrebbe esplicare un effetto caducante talmente incisivo da travolgere anche l'atto appartenente all'altra sfera (provvedimento o contratto).

Nel caso specifico del possibile venir meno del titolo edilizio in conseguenza dell'invalidità del contratto di cessione di cubatura, né il principio di tipicità né l'efficacia caducante della sentenza appaiono invocabili.

Sotto il primo profilo, manca una disciplina normativa specifica che disciplini tale evenienza, in un contesto — quello dei diritti edificatori — già di per sé caratterizzato da lacune e incertezze sistematiche.

Quanto al secondo aspetto, l'effetto caducante della sentenza, sebbene ipotizzato da una parte della dottrina e giurisprudenza amministrativa, resta oggetto di forti riserve interpretative. Inoltre, va rilevato che la sentenza del giudice ordinario, soggetta a limiti oggettivi e soggettivi del giudicato più stringenti rispetto a quella del giudice amministrativo, produce effetti solo tra le parti del processo. Ciò rende ancor più problematico ipotizzare che una pronuncia sull'invalidità del contratto di cessione possa riflettersi automaticamente sul provvedimento edilizio, fino a determinarne la caducazione.

Sembrerebbe, dunque, che l'invalidità del contratto di cessione o comunque di disposizione dei diritti edificatori sia una *res inter alios acta* che non può comportare il venir meno del provvedimento edilizio a valle³⁵⁰.

Con riferimento, ora, alle conseguenze che un eventuale mancato rilascio del provvedimento autorizzatorio rifletterebbe sull'accordo pattizio, parte della dottrina ha ritenuto che solo un accordo trilaterale tra cedente, cessionario e Comune potrebbe salvaguardare tutti gli interessi pubblici e privati in gioco³⁵¹.

Abbandonata tale tesi, si è dunque addivenuti alla piena consapevolezza, come già molte volte ribadito *supra*, che l'accordo negoziale e il successivo ed eventuale provvedimento autorizzatorio regolano interessi differenti, di talché ciascuna fase vive della propria autonomia³⁵².

Invero, indipendentemente dalle vicende legate allo svolgimento della successiva fase amministrativa *“il negozio crea il vincolo sui beni e soddisfa l'interesse dei privati a consolidare il più possibile nel tempo (fino all'emanazione del permesso di costruire) l'assetto negoziale che concerne i fondi oggetto del rapporto contrattuale. Esso, si ribadisce, non realizza il trasferimento di cubatura in assenza del provvedimento della pubblica Amministrazione, ma garantisce in via immediata la creazione del vincolo di inedificabilità: tale risultato, per quanto parziale, sarà opponibile erga omnes mediante la trascrizione”*³⁵³.

Il collegamento tra il rapporto di diritto privato ed il rapporto di diritto pubblico è, insomma, reciproco³⁵⁴, nel senso che il cd. permesso di costruire maggiorato può essere rilasciato al proprietario del lotto *ad quem* solo qualora sia stato stipulato un negozio idoneo dal punto di vista contrattuale a produrre l'effetto voluto tra le parti³⁵⁵. Ne discende che la sola esistenza dell'uno, in assenza dell'altro, non è sufficiente a produrre effetti traslativi della cubatura.

³⁵⁰ *Idem*.

³⁵¹ A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, op. cit secondo il quale, in tal modo l'atto privatistico si fonderebbe in un unico accordo con l'atto della pubblica amministrazione; N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, op. cit..

³⁵² G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit

³⁵³ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura* op. cit; In giurisprudenza, nel senso che è fortemente opportuno che un negozio di diritto privato preceda l'intervento amministrativo che legittima il trasferimento della volumetria Cons. St. 17 novembre 1970, n. 925 in Rep. Giur. It. 1970 voce Edilizia e urbanistica n. 155

³⁵⁴ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura* op. cit.

³⁵⁵ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit

Invero, così come il negozio tra privati non è in grado di realizzare la cessione di cubatura in assenza del correlato provvedimento amministrativo, allo stesso modo quest'ultimo risulta privo di efficacia se non preceduto da un atto negoziale valido.

Il contratto tra i privati, incidendo tanto su posizioni di diritto soggettivo quanto su interessi generali legati all'ordinato assetto urbanistico del territorio, esige l'approvazione dell'amministrazione affinché i suoi effetti possano realizzarsi pienamente. D'altro canto, un atto amministrativo (concessione edilizia o provvedimento equivalente) che disponga lo spostamento della volumetria da un fondo a un altro, in assenza di una puntuale manifestazione di volontà da parte del proprietario del fondo "cedente", non è idoneo a determinare alcun vincolo di inedificabilità efficace sul piano civilistico³⁵⁶.

Al provvedimento amministrativo, infatti, non si può di certo negare il suo carattere imperativo idoneo, potenzialmente, anche a incidere sulle sfere di attribuzione soggettiva dei privati - che siano diritti soggettivi o interessi legittimi. Nonostante ciò, come detto, un permesso di costruire maggiorato rilasciato in assenza del necessario e presupposto accordo pattizio tra i privati proprietari delle aree di decollo e di atterraggio risulterebbe astrattamente illegittimo. Senza togliere all'autorità pubblica la decisiva funzione nel processo conformativo della proprietà privata, è generalmente riconosciuto all'autonomia negoziale il compito di organizzare i beni a fini urbanistici³⁵⁷, e più precisamente la funzione integrativa dei programmi di pianificazione pubblica del territorio; si ricordi altresì come la nostra disciplina urbanistica conosca da sempre strumenti di origine privata in grado di incidere sulla pianificazione pubblica³⁵⁸.

Secondo quanto ritenuto dalla dottrina, alla P.A., dunque, perfezionato l'accordo privatistico conseguente al procedimento pianificatorio precedentemente concluso (si pensi all'approvazione di un nuovo Piano Regolatore Generale), non residuerebbe più alcun margine di ulteriore modifica della pianificazione urbanistica, che si

³⁵⁶ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura* op. cit.

³⁵⁷ V. MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi*, in *Convenzioni urbanistiche* cit., 87, che sviluppa il discorso particolarmente sulle convenzioni, considerate come veri e propri contratti.

³⁵⁸ A. CANDIAN, *Il contratto* op. cit. che tra gli strumenti urbanistici di origine privata, ricorda una serie di convenzioni, tra le quali quelle di lottizzazione ex art. 8 l. 765/1967, quelle previste per la realizzazione dei piani per insediamenti produttivi ex art. 27 l. 865/1971, quelle riferite alla realizzazione dei piani di edilizia economico-popolare. (*l. 167/1962, art. 35 l. 865/1971*).

cristallizzerebbe nella forma decisa dai privati a conclusione del loro negozio³⁵⁹. Tuttavia, ben potrebbe immaginarsi la possibilità che un Comune, concluso il procedimento pianificatorio ed a valle dell'accordo di cessione di cubatura – del quale, ovviamente, non può aver conoscenza sino al momento dell'istanza di Permesso di costruire maggiorato presentata dal cessionario – proceda, ad esempio, ad una variante urbanistica che interessi proprio le aree oggetto dell'accordo negoziale. La dinamica ben potrebbe verificarsi, ad esempio, se decorresse del tempo tra l'accordo di cessione e la richiesta di permesso maggiorato.

Occorre allora interrogarsi, *a contrariis*, circa il destino del contratto in assenza del provvedimento amministrativo sperato³⁶⁰.

Si è discusso *supra* dell'autonomia privata delle parti durante la predisposizione e conclusione di un negozio giuridico. Se, infatti, l'autonomia privata può certamente condizionare l'efficacia dei contratti a qualsiasi condizione - lecita e possibile - anche se la condizione fosse inespressa, comunque la mancata verifica di un implicito presupposto, comune alle parti, potrebbe comportare la risoluzione del rapporto contrattuale, specie per eccessiva onerosità ex art. 1467 c.c.

Tale dinamica si inserirebbe a pieno titolo nel noto problema della gestione delle sopravvenienze.

Il ragionamento circa il destino dell'accordo a fronte di un mancato rilascio del permesso maggiorato impone una riflessione circa gli eventuali rimedi applicabili ad una plausibile fattispecie di eccessiva onerosità sopravvenuta, la quale, però, si posiziona all'esterno della dinamica contrattuale strettamente intesa, cionondimeno idonea a turbare l'equilibrio perseguito dalle parti al momento della stipula³⁶¹.

Ci si deve chiedere, dunque, se anche i rimedi offerti dall'art. 1467 c.c., ancorché previsti per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, non possano essere applicabili ad un contratto che è sicuramente connotato dall'effetto traslativo immediato, ma la cui vera *utilitas* per la parte cessionaria, come visto, si sigella nel futuro momento dell'effettivo sfruttamento della volumetria aggiuntiva acquisita che,

³⁵⁹ Cfr. M. LEO, *Il trasferimento di cubatura* op. cit che rinvia a A. CANDIAN, *il contratto*, op. cit.

³⁶⁰ Tale indagine non terrà in considerazione l'ipotesi di permesso eventualmente rilasciato ma annullato in sede giurisdizionale, in quanto la proiezione nel tempo di tale scenario comporterebbe la presenza anche di interessi di potenziali terzi (si pensi agli acquirenti degli appartamenti siti in un edificio assentito a mezzo del PdC annullato).

³⁶¹ Parte della dottrina, poi, sostiene che l'art. 1467 c.c. deve intendersi come riferito anche al caso che l'equilibrio contrattuale sia legato al verificarsi di un determinato evento: C. CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005.

necessariamente, coincide con il rilascio del PdC maggiorato da parte del Comune. L'effetto traslativo immediato esclude il contratto dalla fattispecie dei contratti ad esecuzione continuata, periodica, o differita, i quali meglio rientrerebbero nelle ipotesi ascrivibili all'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Nonostante ciò, non può negarsi che lo sfruttamento edilizio della volumetria acquisita, seppur si posizioni al di fuori della dinamica contrattuale *strictu sensu* intesa, possa essere astrattamente idoneo a influenzarne l'equilibrio contrattuale che le parti intendevano perseguire con l'effettiva sottoscrizione del contratto.

Risoluzione, alla quale l'ordinamento affianca il rimedio della riduzione ad equità, prevista dal comma 3 del medesimo articolo 1467 c.c., informato al principio di conservazione del contratto³⁶². E proprio nel solco della conservazione contrattuale, si potrebbe immaginare l'apposizione di clausole di adeguamento o rinegoziazione all'originario contratto di cessione di volumetria che, in quanto inserite ab origine, esplicano i propri effetti in via preventiva rispetto all'evento sopravvenuto³⁶³.

Si pensi, in tema, ad una clausola che vincola le parti alla rinegoziazione del corrispettivo pattuito per la volumetria aggiuntiva in caso di diniego del Permesso di Costruire maggiorato da parte del Comune. Un tale rimedio eviterebbe la caducazione del negozio giuridico, ma consentirebbe alle parti di adeguare le prestazioni pattuite alla luce dello squilibrio contrattuale generato dalle sopravvenienze.

Chiaramente, le clausole di rinegoziazione scontano la possibilità che il successivo accordo tra le parti materialmente non intervenga, rivelandosi necessario l'intervento giudiziale ai fini dell'integrazione del contratto rimasto, in tal modo, incompleto³⁶⁴.

Di talché la dottrina si è espressa a favore di rimedi di natura giudiziale che garantiscano la conservazione del contratto alla luce delle sopravvenienze³⁶⁵, posto che, però, il giudice non può direttamente intervenire nel contratto, modificandolo

³⁶² Sulla preferenza dell'ordinamento alla conservazione del contratto si vedano R. TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in Enc. dir., XL, Milano, 1989 e U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in Riv. crit. dir. priv., 2001.

³⁶³ In tema, ed anche per un maggior approfondimento in tema di rinegoziazione, si vedano E. GABRIELLI, *Sopravvenienza e rinegoziazione*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.1, marzo 2024; G. DE NOVA, *Disciplina convenzionale delle sopravvenienze*, in Annuario del contratto, 2021, Torino; R. SACCO, in R. SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione della sopravvenienza*, in Eur. dir. priv., 2003; Id., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006; T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in Eur. dir. priv. 2007; A. GALLARATI, *La resilienza del contratto*, Torino, 2020.

³⁶⁴ E. GABRIELLI, *Sopravvenienza e rinegoziazione*, op. cit.

³⁶⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, in Trattato di Diritto privato, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011; M. BARCELLONA, opp. cit.; T. MAUCERI, op. cit.; A. GALLARATI, op. cit.

come ritiene, ma potrà solo pronunciare una sentenza che, in effetti, obblighi le parti a rinegoziare il contenuto del contratto³⁶⁶.

Non può non cogliersi, poi, l'eventuale idoneità dell'art. 1374 c.c. a consentire alla parte "subente" la sopravvenienza di richiedere la riduzione ad equità del contratto per mitigare gli effetti negativi dell'evento e riequilibrare il contratto. Vero è, però, come la dottrina ha avuto modo di rilevare, che la riduzione ad equità mal si adatta ad una rinegoziazione bilaterale del rapporto ma, anzi, potrà essere il solo convenuto dell'azione risolutoria per eccessiva onerosità a "proporre" la *reductio ad aequitatem*³⁶⁷.

Necessario presupposto affinché si addivenga alla conservazione del contratto a mezzo di sua rinegoziazione passa, almeno nei contratti a prestazioni corrispettive, dall'attivazione del rimedio risolutorio da parte del debitore afflitto dalla sopravvenienza.

Sembra quindi plausibile che, qualora la prestazione del debitore venga afflitta dalla sopravvenienza, questa comunque non determinerebbe, in automatico, la liberazione del debitore, né consentirebbe al creditore, autonomamente, di invocare i rimedi visti in precedenza a tutela delle proprie ragioni. La disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, dunque, richiede la cooperazione tra debitore e creditore, per perseguire l'obiettivo generale dell'ordinamento di conservazione del contratto, pur con la modifica delle condizioni e, in *extrema ratio*, consentendone altrimenti la risoluzione. Tale disciplina fornisce ai contraenti strumenti di gestione del rischio delle sopravvenienze³⁶⁸, elidendo il principio della vincolatività del contratto a tutto vantaggio della regolare funzionalità del sinallagma e in vista della realizzazione del programma contrattuale. Nel caso dei contratti a prestazioni corrispettive (art. 1467 c.c.), a ciò si giunge mediante la dialettica tra rimedio risolutorio e offerta di riconduzione a equità³⁶⁹.

³⁶⁶ A. BRIGUGLIO, *Novità sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese dell'autonomia dei privati*, in Giustizia civile.com, 7 ottobre 2020.

³⁶⁷ E. GABRIELLI op cit. nel citare la sentenza della Corte di Cassazione, 26 gennaio 2018, n. 2047, afferma che nei contratti a prestazioni corrispettive la parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, ex art. 1467, comma 1°, c.c.

³⁶⁸ E. GABRIELLI, *Studi sulle tutele contrattuali*, Padova, 2017.

³⁶⁹ M. DE PAMPHILIS, *Rinegoziazione e default rule. Il mantenimento dei contratti esposti a sopravvenienze nella prospettiva de jure condendo*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

Come osservato, in sintesi, la parte gravata dalla sopravvenienza che “squilibra” il sinallagma può chiedere direttamente alla parte avvantaggiata di riequilibrarlo, prima di agire eventualmente per la risoluzione del contratto³⁷⁰.

In ultimo, parallelamente all’ipotesi appena delineata della riduzione ad equità del contratto a mezzo della richiesta di risoluzione dello stesso, si affianca la possibilità per le parti di prevedere delle clausole – ivi compresa anche la clausola di assunzione del rischio derivante da *factum principis* – che consentano alle parti di “disinnescare” eventuali sopravvenienze idonee a mutare il sinallagma contrattuale³⁷¹. Ancora, come già suggerito³⁷², potrebbe ipotizzarsi l’inserimento della promessa di cui all’art. 1381 c.c. all’interno del contratto di cessione, a mezzo della quale il cedente promette il rilascio del Permesso di Costruire maggiorato da parte del Comune, a pena di indennizzo.

Diversamente discorrendo ed in virtù proprio dell’amplissima autonomia privata di che la parti godono nel caso dei contratti di cessione di cubatura, esse potrebbero ritenere maggiormente conforme ai propri interessi l’inserimento di una condizione sospensiva, subordinando così l’efficacia del contratto al verificarsi di un evento futuro e incerto.

In tal modo, ciascuna di esse manterrebbe la titolarità del proprio bene sino al perfezionamento della condizione, evitando trasferimenti anticipati privi di garanzie. Le iniziali perplessità circa la legittimazione del cessionario — in quanto non ancora formalmente titolare della volumetria — potrebbero essere superate mediante l’assunzione, al momento della stipula, di un impegno scritto da parte del cedente, con cui quest’ultimo si obbliga a porre in essere tutte le attività necessarie per il rilascio del titolo abilitativo da parte dell’amministrazione.

Tale configurazione contrattuale richiama la prassi diffusa anteriormente alla novella del 2011, quando — in assenza di una disciplina pubblicitaria idonea — le parti affiancavano all’accordo un “atto d’obbligo” con il quale il cedente si impegnava verso il Comune a non esercitare lo *ius aedificandi* sul proprio fondo e a cooperare per l’ottenimento del permesso di costruire maggiorato in favore del cessionario.

³⁷⁰ E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in AA. VV., *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, in Trattato dei contratti, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006.

³⁷¹ A. GAMBINO, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in Riv. dir. priv., 2007; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010;

³⁷² R. QUADRI, *op cit.*

Anche questa soluzione, tuttavia, non è esente da criticità. La subordinazione dell'efficacia reale del contratto al verificarsi della condizione sospensiva comporta un differimento temporale degli effetti traslativi.

Occorre sempre tenere in considerazione, infatti, l'efficacia traslativa immediata del contratto di cessione di cubatura, che solo per volontà delle parti può essere derogata. Se da un lato, dunque, la condizione sospensiva può offrire una maggiore tutela alle parti, consentendo loro di conservare la disponibilità dei beni fino alla concreta attuazione dell'accordo, dall'altro implica una maggiore complessità dello schema negoziale e l'assunzione di oneri procedurali più gravosi. In particolare, il cessionario risulta inevitabilmente subordinato all'adempimento — o all'inadempimento — del cedente, da cui dipende l'attivazione del procedimento amministrativo.

Nelle vicende legate al trasferimento dei diritti edificatori, il trascorrere del tempo apre inevitabilmente una serie di problematiche legate a sopravvenienze conseguenti a modifiche dello strumento urbanistico ad opera della Pubblica Amministrazione tali da rendere inattuabile la spendita dei diritti edificatori in circolazione. La modifica dei diritti "in volo", stante la variabile di incertezza che viene inserita nel rapporto contrattuale, non solo può disincentivare l'istituto, ma soprattutto, ai fini che qui rilevano, incide in modo rilevante sulla posizione giuridica del titolare³⁷³.

Come si è avuto modo di constatare, la magra disciplina in materia di diritti edificatori impone – o, forse, consente - all'interprete, di volta in volta, la ricerca di idonei strumenti messi a disposizione dal sistema per nutrire la disciplina contrattuale che ne regola le vicende traslative.

3. Trascrizione dei contratti di cessione di cubatura

Occorre ora affrontare, nello specifico, lo scopo precipuo della Novella, ovvero la trascrivibilità dei contratti che modificano, costituiscono o trasferiscono i diritti edificatori comunque denominati, così assoggettandoli alla disciplina di cui all'art. 2644 c.c.

Per poter cogliere al meglio gli obiettivi e la portata dell'art. 2643 n. 2bis c.c. sarà necessario prendere, come primo riferimento, i già citati lavori preparatori alla legge di conversione del Decreto legge 70/2011, disponibili nel Dossier della Camera dei deputati all'Atto Camera 4357 XVI Legislatura: «*Il comma 3, al fine di garantire*

³⁷³ S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, op. cit.

certezza nella circolazione dei diritti edificatori, prevede, con una novella all'art. 2643, comma 1, del Codice civile, che debbano essere resi pubblici, attraverso la trascrizione, i contratti che trasferiscono i diritti edificatori comunque definiti nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale, nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative. La relazione illustrativa precisa che tale disposizione "permette la trascrizione nei registri immobiliari dei contratti di trasferimento dei diritti edificatori (c.d. cessione di cubatura) al fine di conferire certezza ad un diffuso modello contrattuale ed evitare contenziosi" [...] La trascrizione è un mezzo di pubblicità relativo ai beni immobili ed ai beni mobili registrati volto a garantire la conoscibilità delle vicende relative alla circolazione di beni, essenzialmente ai fini di certezza del mercato. L'art. 2643 c.c. elenca gli atti soggetti a trascrizione e l'art. 2644 c.c. dispone che tali atti non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi».

Non v'è dubbio che il Legislatore con tale intervento normativo abbia recepito le istanze dei privati e degli Enti locali che vedevano ormai proliferare un istituto scoperto di disciplina, sia dal punto di vista sostanziale che dal punto di vista circolatorio³⁷⁴.

Di talché, si è deciso di dar priorità all'aspetto circolatorio della vicenda in parola, soprattutto al fine di poter tutelare gli aventi causa delle parti contrattuali.

In effetti, il limite strutturale della disposizione normativa risiede, per certi versi, proprio nell'essersi limitata a disciplinare la pubblicità della fattispecie, omettendo di fornire una compiuta regolazione del fenomeno giuridico sottostante. In tale prospettiva, non pare risolutiva la formula adottata dal legislatore – «contratti che trasferiscono diritti» – riferita alla cessione di volumetria: espressione ambigua, priva di autentico valore qualificatorio, che potrebbe indurre a ritenere la sussistenza di un trasferimento di un diritto reale immobiliare. Tale interpretazione è però smentita, da un lato, dal carattere atecnico della formula, e, dall'altro, dal successivo e generico

³⁷⁴ S. CARBONARA, *Perequazione urbanistica: un progetto complesso* (capitolo 1), in *Urbanistica e perequazione: dai principi all'attuazione* a cura di S. Carbonara e C. Torre, Milano, 2008, p. 22 si era lamentato della mancanza nel corpo dell'art. 2643 c.c. di una disposizione che consentisse la trascrizione degli atti aventi ad oggetto la circolazione dei diritti edificatori atteso che una tale circostanza avrebbe in concreto chiuso la strada a qualsiasi ipotesi ricostruttiva, non solo non essendo possibile coniare un principio di facoltatività delle trascrizioni ma anche essendo impossibile ricorrere ai meccanismi di cui all'art. 2645 c.c., che prevede la trascrizione degli atti e dei provvedimenti che producono alcuni degli effetti di cui all'art. 2643 c.c..

riferimento ai «diritti edificatori comunque denominati». Quest'ultima locuzione, largamente invalsa nella prassi e accolta dal legislatore con l'introduzione dell'art. 2643, n. 2-bis c.c., rappresenta solo una delle molteplici espressioni utilizzate nella normativa statale, in quella regionale e nella pianificazione urbanistica per designare concetti analoghi, spesso denominati «cubatura», «volumetria» o «credito edilizio»³⁷⁵. Anche solo limitatamente agli aspetti circolatori del contratto, come già visto, si è dimostrato indispensabile l'intervento normativo. Prima dell'introduzione della nuova previsione di cui all'art. 2643, n. 2-bis c.c., e al netto delle ricostruzioni che inquadravano la fattispecie come costituzione di una servitù negativa connessa a un mandato in *rem propriam*, l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente distingueva l'ammissibilità della trascrizione in base alla qualificazione della natura giuridica della volumetria.

In particolare, la trascrizione era ritenuta ammissibile qualora si riconoscesse natura reale alla potenzialità edificatoria; al contrario, risultava preclusa ogni pubblicità immobiliare nei casi in cui si riteneva che l'efficacia dell'accordo fosse subordinata all'intervento autorizzativo del Comune, con conseguente configurazione della cessione come mero rapporto obbligatorio.

Tale impostazione comportava, come noto, significative ricadute sul piano rimediale: nel caso di accordo ad effetti obbligatori, infatti, l'unica tutela esperibile dal cessionario era quella risarcitoria, per l'eventuale mancata attivazione, da parte del cedente, delle condizioni necessarie al rilascio del titolo abilitativo con volumetria maggiorata. In questo contesto, la scelta legislativa di sottoporre espressamente a trascrizione i contratti aventi ad oggetto i diritti edificatori impone un mutamento di prospettiva: tali contratti devono oggi essere ricondotti nell'alveo degli atti a effetti reali, con superamento della loro precedente qualificazione in termini meramente obbligatori³⁷⁶.

Tuttavia, la disposizione in esame solleva rilevanti questioni interpretative con riguardo ai contratti volti a costituire o modificare i diritti edificatori. Se, infatti, appare sufficientemente chiaro che i contratti di trasferimento di tali diritti siano da ricondursi a negozi dispositivo intercorsi tra soggetti privati — quali compravendita, permuta,

³⁷⁵ F. GAZZONI, *Trattato della Trascrizione. La trascrizione degli atti e delle sentenze*, Vol. 1, Tomo I, Torino, 2012

³⁷⁶ Per le diverse ricostruzioni dottrinali si veda diffusamente Cap. III § 1.

donazione e simili — meno evidente risulta la ratio sottesa all'assoggettamento a trascrizione degli atti che ne comportino la costituzione o la modifica.

È opportuno ricordare, al riguardo, che la genesi e l'eventuale variazione dei diritti edificatori non rientrano nella libera disponibilità delle parti, trattandosi di situazioni giuridiche dipendenti dall'esercizio dei poteri pubblici in materia urbanistica ed edilizia. In tale prospettiva, la costituzione o modifica della potenzialità edificatoria — ossia, in termini più corretti, della conformazione urbanistica del diritto di proprietà — trova fondamento, a monte, negli strumenti di pianificazione generale o attuativa (piano regolatore generale, piani particolareggiati, ecc.) e, a valle, in provvedimenti amministrativi quali l'espropriazione o il rilascio/revoca di titoli abilitativi.

Va tuttavia considerato che, nell'attuale fase evolutiva della disciplina urbanistica, si è progressivamente affermata la pratica della c.d. urbanistica negoziata, nell'ambito della quale strumenti convenzionali (quali gli accordi di pianificazione tra pubblica amministrazione e privati) consentono di incidere direttamente sulla conformazione dello *ius aedificandi*. In tale contesto, possono dunque configurarsi ipotesi di atti negoziali che, seppur non integralmente riconducibili alla logica dispositiva tradizionale, si prestano ad assumere natura costitutiva o modificativa dei diritti edificatori, ponendo così l'esigenza di valutarne la trascrivibilità ai sensi dell'art. 2643, n. 2-bis c.c.³⁷⁷.

Secondo la migliore dottrina³⁷⁸, non si comprenderebbe quale ruolo possa o debba svolgere la trascrizione, pur se riferita all'accordo costitutivo dei crediti edilizi³⁷⁹. Si è già detto infatti che il credito edilizio nasce per autopoiesi del Comune e che risponde pur sempre a ragioni di interesse pubblico³⁸⁰.

Dunque, laddove la costituzione, ad esempio, dell'usufrutto deve essere trascritta ex art. 2643 n.2 c.c., perché il nudo proprietario, in difetto, potrebbe vendere il bene come libero e l'acquirente, trascrivendo per primo, prevarrebbe sull'usufruttuario, per i crediti edilizi eguale pericolo non è nemmeno teoricamente ipotizzabile. La pubblica amministrazione, infatti, non potrebbe ovviamente assegnare lo stesso credito edilizio due volte, riferito allo stesso bene, mentre, per quanto riguarda l'autopoiesi,

³⁷⁷ A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori*, op. cit.

³⁷⁸ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit.

³⁷⁹ G. TRAPANI, *Normative*, op. cit., parla di quelli svincolati da un fondo sorgente; E. BOSCOLO, op. ult. cit, richiama quelli compensativi.

³⁸⁰ P. URBANI, *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge n.106 del 2011 di conversione del D.L. n.70 del 13 maggio 2011*, in www.giustizia-amministrativa.it.

mancherebbe perfino il bene di riferimento, cioè il fondo per il decollo e per l'atterraggio³⁸¹. Di più, ogni eventuale conflitto nascente dovrebbe essere risolto non già ai sensi dell'art. 2644 c.c. ma, chiaramente, in termini di autotutela amministrativa ai sensi della L. 241/1990.

Pur non comprendendosi a cosa facesse riferimento il Legislatore con la menzione dei contratti costitutivi dei diritti edificatori, non può che prendersi atto della sua previsione. Per tale motivo, il medesimo Autore ritiene che il Legislatore abbia previsto una trascrizione a fini di opponibilità per il trasferimento (o per la modificazione ad opera delle parti dello stesso contratto traslativo) e un'altra in funzione di notizia per la costituzione³⁸².

Quest'ultima, dovendo ritenersi del tutto estranea alla logica della risoluzione dei conflitti ex art. 2644 c.c. di cui meglio si dirà appresso, genera quale diretta conseguenza che il contratto costitutivo, dal quale origina una catena di successivi trasferimenti, non deve essere necessariamente trascritto ai fini di cui all'art. 2650 comma 1° c.c., così come, ad esempio, non deve essere curata, allo stesso scopo, la trascrizione della sentenza ex art. 2651 c.c., anche considerando che la salvezza di quanto disposto dall'art.2644 c.c., di cui parla l'art.2650 c.c., riguarda la successiva circolazione tra privati e non già, come detto, l'iniziale accordo costitutivo³⁸³.

3.1. Garanzie e opponibilità ai terzi

L'introduzione dell'art. 2643 n.2bis c.c. ha dunque comportato, sotto un primo profilo, che gli effetti della trascrizione siano quelli della pubblicità dichiarativa che stabiliscono l'inopponibilità della costituzione, del trasferimento o della modificazione del diritto edificatorio che non sia stato trascritto ai terzi acquirenti di diritti sull'immobile asservito. Parallelamente, stante l'assoggettamento alla disciplina di cui al successivo art. 2644 c.c., ha stabilito che tra più acquirenti di un diritto edificatorio dal medesimo cedente debba prevalere colui che abbia trascritto per primo l'acquisto³⁸⁴.

³⁸¹ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit

³⁸² Secondo G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, op. cit, la notizia varrebbe per i provvedimenti amministrativi modificativi o estintivi, non essendo quelli costitutivi op. suscettibili di trascrizione, cui rinvia F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit

³⁸³ Ancora, F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit.

³⁸⁴ Diffusamente, si veda A. SAVATTERI, *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle norme in materia di trascrizione*, in Urb. app., 2013, 4.; Non è del medesimo avviso R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in Tratt. dir. civ., M. BESSONE, IX, Torino,

Alcuna dottrina ha anche ritenuto che, fermo quanto appena delineato, la trascrizione opera anche con riguardo all'area e al suo status giuridico dal momento che, in mancanza di trascrizione, all'acquirente del fondo non è opponibile il precedente trasferimento (non trascritto) ad un terzo dei diritti edificatori³⁸⁵.

Ulteriore ipotesi conflittuale è quella che può insorgere tra il cessionario della volumetria e l'acquirente del fondo da cui essa è stata distaccata. In tale evenienza, il vincolo derivante dalla cessione potrà essere opposto all'acquirente del terreno solo se la relativa trascrizione sia stata eseguita anteriormente al perfezionamento dell'acquisto del fondo stesso.

La continuità delle trascrizioni assicura una conoscibilità integrale delle vicende giuridiche che interessano i diritti, tale da determinare la soccombenza di chi non possa vantare corrispondenza nel sistema pubblicitario. Ne consegue che la violazione delle relative disposizioni non comporta soltanto una sanzione di natura fiscale, ma incide in modo sostanziale sull'opponibilità del diritto nei confronti dei terzi.

L'interruzione della catena delle trascrizioni compromette la possibilità di ricostruire con certezza la sequenza dei trasferimenti, proprio perché il sistema pubblicitario immobiliare si fonda su base personale. In caso di inosservanza dell'art. 2650 c.c., l'ultimo acquirente dei diritti edificatori si troverebbe, da un lato, privo della garanzia circa la validità delle precedenti vicende traslative, e, dall'altro, esposto al rischio di soccombere nei confronti di un terzo acquirente in base all'art. 2644 c.c., con la conseguente perdita dell'effetto traslativo del "bene".

Tuttavia, l'inefficacia derivante dalla mancanza di continuità ha carattere solo temporaneo: le formalità pubblicitarie eseguite in assenza di tale requisito conservano, infatti, un effetto prenotativo. Esse riacquistano piena efficacia secondo il loro ordine cronologico una volta che sia ripristinata la continuità delle trascrizioni mediante il compimento delle formalità intermedie omesse.

2012, il quale evidenzia come la funzione della trascrizione di cui all'art. 2643, n. 2 bis c.c., risieda, non già nell'effetto

risolutivo dei conflitti ai sensi dell'art. 2644 c.c., ma nella semplice inopponibilità al secondo cessionario primo trascrivente dell'impegno, di natura obbligatoria, assunto dal proprietario del terreno da cui promanano i diritti edificatori nei confronti del primo cessionario. L'Autore sostenendo l'efficacia meramente obbligatoria del contratto di cessione di cubatura, ritiene che la trascrivibilità dello stesso possa, dunque, qualificarsi quale «atipica», idonea ad operare verso una duplice direzione: sia nel senso di risolvere a favore del secondo acquirente dei diritti edificatori, ma primo trascrivente, il conflitto con il primo acquirente degli stessi diritti, ma non trascrivente, od anche secondo trascrivente; sia nel senso di rendere inopponibile all'acquirente del fondo il precedente trasferimento ad un terzo dei diritti edificatori non trascritto.

³⁸⁵ S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, op. cit.

Il legislatore, dunque, introducendo la trascrivibilità del contratto di cessione dei diritti edificatori, ha inteso – almeno in linea teorica – prevenire conflitti derivanti da trascrizioni di pignoramenti, iscrizioni ipotecarie o da atti dispositivi tra più aventi causa, stabilendo un criterio di prevalenza fondato sulla priorità della trascrizione o iscrizione, secondo quanto previsto dall’art. 2644 c.c. Resta, nondimeno, fermo il carattere pubblicistico del procedimento e il ruolo condizionante e discrezionale del provvedimento amministrativo finale.

Ne consegue che i conflitti dovranno essere risolti sulla base dell’art. 2644 c.c.: ove sorga un contrasto tra il cessionario e un creditore del cedente che abbia trascritto un pignoramento o iscritto un’ipoteca sul fondo, ovvero con un acquirente del fondo stesso, prevarrà colui che ha trascritto per primo. Analogamente, tra più cessionari, sarà preferito colui che abbia trascritto per primo l’atto di cessione.

Tuttavia, permane un profilo problematico di non poco rilievo: il cessionario, pur prevalendo in termini di pubblicità immobiliare, potrebbe trovarsi nella condizione di dover rinunciare all’attuazione concreta del trasferimento edificatorio e accontentarsi di un risarcimento del danno. Questo accade in ragione della natura obbligatoria del vincolo derivante dal contratto di cessione, che non vincola il Comune, soggetto terzo rispetto al rapporto. In particolare, il cedente potrebbe rendersi inadempiente non presentando l’atto di asservimento necessario all’efficacia dell’operazione, compromettendo così l’utilizzabilità effettiva della volumetria ceduta.

La conseguenza logica sarebbe che il cessionario, tempestivamente provvedendo alla trascrizione del contratto di cessione, sia in grado di estromettere il cedente potendo procedere autonomamente alla richiesta di permesso di costruire maggiorato innanzi al Comune, essendosi già cristallizzato il suo assenso all’atto della sottoscrizione dell’atto di cessione, potendo annoverarsi anche l’art. 2650 c.c. in caso di ulteriore circolazione³⁸⁶.

Tuttavia, la soluzione prospettata ingenererebbe in capo al Comune un ulteriore onere non di sua stretta competenza, ovvero verificare l’efficacia della trascrizione del contratto di cessione. Ciò in quanto, in mancanza di un atto d’obbligo a corredo dell’istanza, il Comune non avrebbe alcuna evidenza documentale immediata dell’adesione del cedente alla richiesta di permesso maggiorato e, soprattutto, non ne avrebbe in merito alla rinuncia allo sviluppo della cubatura ceduta.

³⁸⁶ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, op. cit

Il Comune, infatti, pur terzo rispetto al contratto di cessione, non è un avente causa, né diretto, né indiretto.

Per di più, come già fatto notare, nemmeno si potrebbe invocare la pubblicità notizia, che il sistema della trascrizione non può assicurare al di là dei casi espressamente previsti dalla legge³⁸⁷. D'altra parte, il sistema dei registri immobiliari è ben diverso da quello tedesco dei libri fondiari, non avendo funzione costitutiva, tant'è che sussiste, ad esempio, un problema di accertamento *ope iudicis* in ordine alla certezza della titolarità del bene pignorato in capo al debitore, dal punto di vista del sistema della trascrizione³⁸⁸.

Ammettendo tale ricostruzione si dovrebbe riconoscere in capo al Comune l'onere di verificare la provenienza della volumetria di qualunque istanza di permesso, non solo di quelli maggiorati, in considerazione della possibile provenienza da cessione.

Parte della dottrina si è, poi, chiesta se dovesse essere data pubblicità anche alla consumazione della volumetria aggiuntiva avvenuta tramite il rilascio del permesso maggiorato, magari provvedendo ad inserire, a margine della trascrizione del contratto di cessione, anche il permesso di costruire dal quale si evinca lo sfruttamento della volumetria traslata³⁸⁹.

Tale prospettiva incontrerebbe due limiti. Primo tra essi, l'art. 2655 c.c. primo comma sembrerebbe non ammettere la consumazione di un diritto trascritto, pur rinviando all'ultimo comma che prevede la convenzione. Di più, il permesso di costruire, quale atto della Pubblica Amministrazione, per sua medesima natura è già caratterizzato dal connotato della pubblicità, non potendo essere annoverato tra gli atti sottoposti al regime della trascrizione³⁹⁰.

³⁸⁷ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, op. cit.

³⁸⁸ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, op. cit.

³⁸⁹ L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, op. cit.

³⁹⁰ A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori*, op. cit, il quale ricorda che "La trascrizione è prevista solo per i contratti e non per forme di negoziazione del pubblico potere, che per definizione sono accordi amministrativi". In senso contrario S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, op. cit, secondo la quale «Non può essere trascurato il profilo della estinzione dei diritti edificatori, profilo a ben vedere riconducibile alla previsione della novella nel momento in cui consente la trascrizione della modifica dei diritti stessi (ben potendo annoverarsi in tale aspetto la consumazione realizzata attraverso l'asservimento in un'area individuata). Oltre a considerazioni letterali, tale esigenza risulta supportata dalla necessità di reperire nel sistema idonei rimedi a protezione delle situazioni giuridiche coinvolte. Invero, particolare attenzione deve essere riservata ai rischi di possibile abuso dell'istituto in parola sia ex ante, nella fase cioè di creazione da parte della Pubblica Amministrazione e immissione di diritti edificatori sul mercato, sia ex post, con riguardo all'ipotesi di circolazione di diritti estinti, ipotesi tutt'altro che remota. Al di là dei dati risultanti dalle ispezioni nei registri Immobiliari, manca una previsione generale in punto di documentazione di vicende quali la costituzione, l'estinzione e consumazione dei diritti edificatori²¹. Alcune normative regionali hanno introdotto e disciplinato un apposito registro

Nel caso in cui si accolga la tesi secondo cui il contratto trascritto possa sostituire l'atto d'obbligo, esso assumerebbe funzione di presupposto nel procedimento amministrativo. In tale configurazione, la trascrizione acquista, nei rapporti con l'amministrazione comunale, un valore parzialmente costitutivo sul piano dell'equipollenza. Ne consegue che, laddove la cessione non sia stata trascritta, sarà necessario ricorrere all'atto di asservimento, che potrà essere trascritto ai sensi dell'art. 2645 c.c., producendo effetti analoghi a quelli della cessione formalizzata e trascritta. Questa impostazione rappresenta una significativa innovazione anche sul piano dei principi. Prima dell'introduzione della "Novella", infatti, non era configurabile una rilevanza esterna della volontà negoziale privata, in quanto l'atto di asservimento del cedente si configurava come unilaterale in senso proprio, avente natura pubblicistica³⁹¹, e il relativo effetto giuridico derivava direttamente dal provvedimento amministrativo.

Diversamente, se il Comune fosse tenuto a verificare la legittimazione del soggetto cessionario sulla base del principio di continuità delle trascrizioni, l'eventuale annullabilità del titolo edilizio potrebbe dipendere anche dall'invalidità o dall'inefficacia del contratto di cessione. Ciò rappresenta un'evoluzione significativa rispetto alla situazione previgente, in cui i vizi dell'atto di asservimento, accertati dal giudice amministrativo, avevano un impatto ben più circoscritto³⁹².

Resta ferma, tuttavia, la centralità dell'atto amministrativo, anche per quanto concerne l'effetto di asservimento del fondo del cedente, così come la competenza del giudice amministrativo in ordine al suo eventuale annullamento³⁹³. Ciò nondimeno, la

nel quale annotare anche l'avvenuto consumo a fronte del rilascio del permesso di costruire relativamente ai diritti edificatori menzionati nel certificato. In questo caso il Notaio, richiesto di ricevere un negozio traslativo, potrà verificare la sussistenza dei relativi diritti – e, quindi, la mancata consumazione - con l'esibizione del certificato o di un estratto del registro. Non solo. Con l'obiettivo di dare conto ai fini pubblicitari della estinzione dei diritti edificatori appare opportuno che anche la disciplina urbanistica locale e le prescrizioni di piano prevedano la sottoscrizione di un atto d'obbligo e/o asservimento con il quale formalizzare la consumazione del diritto edificatorio ed il relativo "atterraggio" nell'area ricevente. La nota di trascrizione relativa all'evento estintivo dei diritti edificatori può essere formulata indicando lo stesso soggetto sia "a favore" che "contro". Più precisamente qualora l'avente causa dell'atto di cessione dei diritti edificatori sia anche titolare delle aree di asservimento, il titolo sarà espressione di due eventi ai quali dare pubblicità ex art. 2643, 1° comma, n. 2-bis c.c., con conseguente predisposizione di due note: 1) la cessione e 2) l'estinzione (asservimento). La cessione segue le regole di trascrizione poc'anzi indicate. Ad essa si accompagna l'evento estintivo con nota "a favore" e "contro" il medesimo soggetto, l'avente causa titolare del diritto edificatorio e dell'area ricevente. Gli immobili da indicare nell'atto e quindi nella nota saranno sia quelli di decollo, i quali hanno dato origine al diritto edificatorio, sia gli immobili riceventi sui quali si concentrano, estinguendosi, i diritti stessi».

³⁹¹ DE MARTINIS, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, op. cit.

³⁹² F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit.

³⁹³ Trib. Torino 4 novembre 2003, in *Giur. mer.* 2004

trascrizione del contratto e i relativi profili patologici rientrano, oggi, nella sfera di cognizione del giudice amministrativo in materia edilizia, almeno per quanto concerne la legittimazione procedimentale.

Secondo la dottrina si è dunque in presenza di un procedimento amministrativo che resta tale, pur con la peculiarità che l'atto privato presupposto può oggi consistere in un contratto opponibile, nei termini ora precisati³⁹⁴. L'introduzione, ad opera della "Novella", dello schema tipico del contratto di cessione di cubatura non muta tale impianto: non si giustifica una netta separazione tra una fase privatistica e una pubblicistica, trattandosi comunque di interessi legittimi che si innestano in una dinamica circolatoria, come già si è avuto modo di illustrare con riferimento al contenuto del contratto³⁹⁵.

In questo quadro, il Comune, nell'istruttoria dell'istanza di permesso di costruire, dovrebbe accertare non solo il rispetto del principio di continuità delle trascrizioni ex art. 2644 c.c. da parte del richiedente, ma anche l'assenza di iscrizioni pregiudizievoli a carico del cedente — quali pignoramenti o ipoteche — sul fondo da cui proviene la cubatura oggetto di trasferimento.

Tuttavia, come sostenuto anche prima della Novella³⁹⁶, apparrebbe di difficile immaginazione che il Comune verifichi ogni singola trascrizione³⁹⁷ all'atto di ogni rilascio di permesso di costruire, maggiorato o no che esso sia.

L'onere della prova graverebbe, dunque, sul cessionario dei diritti edificatori mediante una visura contenente la nota di trascrizione da presentare congiuntamente all'istanza di rilascio di permesso di costruire.

³⁹⁴ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit.

³⁹⁵ Cfr. Cap. II § 2.5

³⁹⁶ A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, cit., p. 12. L'Autore prima della novella ha sostenuto che «un minimo di realismo impone di chiedersi se veramente gli uffici addetti al governo del territorio si faranno carico di verificare presso le conservatorie che il venditore sia effettivamente proprietario solitario dell'area da cui provengano i diritti edificatori ceduti. E anche qualora si facciano carico di richiedere documentazione in materia ci si può chiedere come si comporteranno qualora rivelino che il terreno è ipotecato, o gravato da servitù di passaggio, o di elettrodotto, o di gasdotto. Su tale linea di riflessione può almeno sorgere il sospetto che chi sia abituato a fare riferimento allo stato dei luoghi come insegna il consiglio di Stato, rischi di non dare rilievo alla presenza di un'ipoteca, che invece rileva assai. E dare rilievo alla servitù di metanodotto che, invece, non rileva affatto»

³⁹⁷ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit.

3.2. *Ipotesi di trascrizione dei diritti edificatori in “volo”*

Si è detto che devono ritenersi ammissibili i diritti edificatori del tutto slegati da un fondo di decollo. A tecnicamente definiti crediti edilizi o volumetrici, essi rappresentano della volumetria aggiuntiva, generatasi per autopoiesi dal Comune e senza un reale collegamento ad un fondo di decollo e, astrattamente, anche di atterraggio³⁹⁸.

Eppure, il diritto edificatorio, seppur totalmente smaterializzato e privo di alcun collegamento con un fondo di decollo o di atterraggio è, pur sempre, un diritto edificatorio. Per tale motivo, il contratto che lo costituisce, lo modifica, o lo trasferisce, è attratto nell'orbita dell'art. 2643 n 2bis c.c.

Di talché, deve ammettersi la trascrizione del diritto edificatorio in volo ai sensi dell'art. 2644 c.c., con il vantaggio che i registri sono comunque organizzati su base personale, e pertanto non è di ostacolo nemmeno il principio di continuità ex art. 2650 c.c., che dovrà essere osservato. Spetterà allora alla pubblica amministrazione, come già osservato, verificare, in sede di “atterraggio”, che l'ultimo titolare del credito possa vantare una serie continua di trascrizioni in favore proprio e dei propri danti causa prossimo e remoti³⁹⁹. Tuttavia, la trascrizione di un diritto edificatorio “nato in volo” pone delle evidenti criticità cui proverà a darsi una soluzione.

Il primo dei problemi emerge in riferimento all'art. 2659 c.c., richiamato dall'art. 2665 c.c., in tema di trascrizione, in relazione all'indicazione della natura e della situazione del bene cui si riferisce il titolo. In tale prospettiva, il fondo originario, dal quale trae origine la volumetria edificabile, sarà individuato e descritto nella nota di trascrizione dell'atto costitutivo stipulato con il Comune, con finalità di pubblicità-notizia, mediante l'indicazione dei dati catastali. Successivamente, tale individuazione sarà riprodotta nel primo atto traslativo avente ad oggetto i diritti edificatori posto in essere dal proprietario originario⁴⁰⁰.

La criticità si infittisce nel caso dei diritti edificatori generatisi per autopoiesi, dunque sprovvisti del tutto del fondo di decollo⁴⁰¹. In questo caso la nota di trascrizione non potrebbe essere redatta nel punto in cui devono indicarsi i dati catastali relativi

³⁹⁸ A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, op. cit.

³⁹⁹ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, op. cit.

⁴⁰⁰ L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, op. cit.; G. AMADIO, *op. cit.*; F.P. TOMEO, *I diritti edificatori e la pubblicità legale (relazione al Convegno tenutosi a Rimini il 17 settembre 2011 su Il trasferimento dei diritti edificatori: profili civilistici e bancari)*.

⁴⁰¹ Si pensi alle compensazioni urbanistiche o alle Varianti di PRG, come fatto notare da P. URBANI, *Disciplina regionale*, op. cit.

all'immobile oggetto del contratto trascritto, con conseguente intrascrivibilità della cessione. Soluzione, questa, ineccepibile sul piano del formalismo pubblicitario, ma inappagante in termini, per così dire, comparativi, rispetto all'ipotesi di "volo" da un fondo d'origine. In questo caso, infatti, la trascrizione è bensì possibile, ma solo in base ad un falso, perché si indicano i dati catastali di un terreno che è di proprietà non già del cedente, ma di un terzo, già titolare dei crediti ceduti, ma ora del tutto estraneo al contratto⁴⁰². Eppure, come fatto notare, la non si esita ad ammettere la trascrizione, motivando con il fatto che il relativo sistema è organizzato su base personale, sicché il problema semmai si porrebbe solo per le regioni, province e comuni ove vige ancora il sistema tavolare, oppure con il fatto che il c.d. diritto edificatorio non è una servitù, sicché «lo scopo della trascrizione può dirsi raggiunto assicurando evidenza all'effetto che si produce "a carico" del fondo d'origine», oppure che si tratta, in sostanza, di un diritto analogo alla superficie e quindi su cosa altrui⁴⁰³.

Eppure, la stortura di indicare un immobile di un terzo non si differenzia così radicalmente dalla trascrizione del provvedimento amministrativo di attribuzione dei crediti edilizi in favore del soggetto cedente, che determinerebbe l'instaurazione di una cosiddetta catena trascrittiva, nella quale, nella nota di trascrizione del contratto di cessione, anziché indicare uno specifico immobile, verrebbe riportato il comparto di destinazione (c.d. di atterraggio) dei crediti così come individuato nel medesimo provvedimento amministrativo⁴⁰⁴.

La trascrizione resta comunque uno dei rimedi migliori e che tutt'ora garantisce la maggior certezza nel traffico dei diritti edificatori, purtuttavia mostrando dei problemi in ordine alla riferibilità catastale delle operazioni⁴⁰⁵.

Tale criticità non può, però, impedire la trascrizione dei contratti traslativi dei diritti edificatori in volo, e ciò in quanto, se non si ammettesse la loro trascrivibilità ai sensi della risoluzione dei conflitti ai sensi dell'art. 2644 c.c., i conflitti fra più cessionari della cubatura non potrebbero che risolversi in base al criterio generale della priorità dell'atto di data certa, e solo relativamente all'eventuale obbligo risarcitorio del

⁴⁰² Cfr. F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. cit. che rinvia a L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, op. cit.

⁴⁰³ L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, op. cit.; G. AMADIO, *I diritti edificatori, la prospettiva del civilista*, op. cit.; F.P. TOMEIO, *I diritti edificatori e la pubblicità legale (relazione al Convegno tenutosi a Rimini il 17 settembre 2011 su Il trasferimento dei diritti edificatori: profili civilistici e bancari)*

⁴⁰⁴ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione"*, op. cit., che parla 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".

⁴⁰⁵ A. GAMBARO, *I beni*, op. cit.

cedente nei confronti del secondo acquirente. Stessa criticità si risconterebbe nell'assenza, al momento, di un idoneo meccanismo pubblicitario da far valere nei confronti della Pubblica Amministrazione al momento della presentazione dell'istanza di permesso di costruire maggiorato o meno che sia⁴⁰⁶.

Le dinamiche proprie della genesi dei diritti edificatori "comunque denominati" impongono all'interprete di analizzare la percorribilità di ipotizzare la trascrizione anche dei diritti edificatori frutto della cd. urbanistica consensuale⁴⁰⁷. Nel caso della perequazione, ad esempio, l'attribuzione dei diritti edificatori deriva direttamente dallo strumento urbanistico generale - o da uno strumento attuativo - e spesso si cristallizza nella convenzione che, come già osservato, da un lato costituisce i diritti edificatori in favore del privato, e dall'altro disciplina gli aspetti dell'accordo negoziale intercorrente tra lo stesso e la Pubblica Amministrazione⁴⁰⁸. Secondo alcuna dottrina⁴⁰⁹, non v'è dubbio che la convenzione rientri tra gli atti soggetti a trascrizione ai sensi dell'art. 2643 n. 2bis c.c. quale titolo costitutivo del diritto edificatorio. Eppure, la ricostruzione potrebbe essere imprecisa con riguardo alla natura stessa della convenzione che inerisce agli accordi procedimentali di cui all'art. 11 della L. 241/1990, che, dunque si orientano sempre verso le ragioni di preminente interesse pubblico⁴¹⁰. E mal si potrebbe immaginare, di fatti, il caso in cui il Comune, una volta

⁴⁰⁶ Secondo S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, op. cit., «Più in generale, il titolare dei diritti edificatori "in volo" (dunque, non ancora asserviti) è portatore di un'aspettativa giuridicamente protetta a conseguire il titolo legittimante l'edificazione, aspettativa che, a ben vedere, risulta qualificata dall'agire stesso della Pubblica Amministrazione nel momento in cui ha immesso sul mercato tali diritti. Se così è, l'idoneità dei diritti edificatori a circolare separatamente dall'area, oltre a rappresentare la cifra e l'elemento di discontinuità concettuale dell'istituto, ne orienta le tutele dal momento che individua chiaramente nell'avente causa il titolare di una posizione giuridica degna di protezione. È appena il caso di considerare infine come la predisposizione di efficaci meccanismi di tutela nei confronti del potere modificativo della Pubblica Amministrazione assolve anche una funzione di "responsabilizzazione" dell'agire dell'Amministrazione stessa nella fase pianificatoria, di "creazione" di tali diritti».

⁴⁰⁷ Cfr. ancora sul punto E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, op. cit.; P. URBANI, *L'urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, op. cit.

⁴⁰⁸ S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, op. cit., secondo la quale in tema di compilazione della nota di trascrizione «relativa al primo dei due effetti (costituzione di diritti edificatori) potrà essere strutturata indicando "a carico" il Comune ed "a favore" i proprietari degli immobili ricompresi nel Piano attuativo. Ad essa si accompagna la nota finalizzata a dare pubblicità ai vincoli di carattere urbanistico ed agli obblighi assunti dai proprietari ai fini dell'attuazione del Piano: così articolando come soggetti "a carico" i proprietari degli immobili ricompresi nel Piano ed "a favore", il Comune. In entrambi i casi i beni da indicare (Quadro B) sono gli immobili oggetto di Piano».

⁴⁰⁹ TRAPANI, *Normative*, op. cit., parla di quelli svincolati da un fondo sorgente; E. BOSCOLO, op.cit. richiama quelli compensativi, S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, op. cit.

⁴¹⁰ P. URBANI, *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge n.106 del 2011 di conversione del D.L. n.70 del 13 maggio 2011*, in www.giustizia-amministrativa.it.

assegnato un determinato credito volumetrico per ragioni perequative in capo ad un soggetto privato, lo riassegni con le medesime caratteristiche ad un terzo soggetto⁴¹¹. Criticità di carattere tecnico emergerebbero, poi, in relazione alla compilazione dei diritti edificatori in volo in relazione all'indicazione della loro reale misura. Come è stato fatto notare⁴¹², l'indicazione della misura del diritto edificatorio del quadro D della nota, "vero e proprio *refugium peccatorum* notarile⁴¹³", in ragione della sola funzione di pubblicità notizia cui assolve, non aiuterebbe ai fini dell'opponibilità della stessa⁴¹⁴.

Come si può immaginare, parimenti complesso risulterebbe il profilo creditizio della fattispecie, se, appunto, un creditore intendesse pignorare il diritto edificatorio in volo del suo debitore⁴¹⁵. Ad esso non risulterebbe difatti applicabile l'art. 2915 comma 1 c.c. con il rimedio della trascrizione, in quanto forma del pignoramento immobiliare ai sensi dell'art. 555 c.p.c., nonché risulterebbe di difficile applicazione anche l'art. 813 c.c. dato che l'oggetto di riferimento della cubatura in volo non sarebbe identificabile né nel suolo di decollo, né in quello di atterraggio. E d'altronde, è stato già affermato che «la commerciabilità tra privati, senza alcun riferimento alle aree cessionarie, comporta un margine di rischio maggiore, atteso che l'atterraggio potrebbe anche non verificarsi a causa della mancanza o della scarsità delle aree idonee su cui esercitare il diritto edificatorio o per effetto di sopravvenienze di fatto o normative»⁴¹⁶.

Quanto delineato pone in luce le evidenti difficoltà di precisa indicazione, all'interno dell'atto di pignoramento, degli estremi richiesti dal Codice civile per l'individuazione del bene immobile ipotecato, i beni e i diritti immobiliari, secondo la formula del codice di rito, che si intendono sottoporre ad esecuzione (art.555 c.p.c.), sicché l'atto

⁴¹¹ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione"*, op. cit. efficacemente propone un parallelismo con la trascrivibilità della costituzione di usufrutto che "deve essere trascritta ex art.2643 n.2 c.c., perché il nudo proprietario, in difetto, potrebbe vendere il bene come libero e l'acquirente, trascrivendo per primo, prevarrebbe sull'usufruttuario, per i crediti edilizi eguale pericolo non è nemmeno teoricamente ipotizzabile".

⁴¹² F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione"*, op. cit.

⁴¹³ F. GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in Riv. not. 2002.

⁴¹⁴ In senso contrario, invece, L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, op. cit.; F.P. TOMEO, *I diritti edificatori e la pubblicità legale*

⁴¹⁵ Secondo F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione"*, op. cit. tale profilo dimostrerebbe, di nuovo, l'inammissibilità della teoria reificatrice della cubatura sostenuta da G. TRAPANI, *Normative*, in quanto alla stessa non si applicherebbero "gli artt. 513 ss. c.p.c., essendo la disciplina del pignoramento mobiliare modellata sulle cose materiali, da ricercare nella casa del debitore, negli altri luoghi a lui appartenenti e magari sulla sua persona".

⁴¹⁶ A. BARTOLINI, *Profili giuridici*, op. cit., che ben si concilia con quanto già si è avuto modo di osservare al § 2.3.

stesso sarebbe di impossibile formulazione. Ovviamente, in tal caso non si potrebbe nemmeno ipotizzare che, nella nota di trascrizione relativa al pignoramento, sia indicato, quale bene pignorato, il suolo di decollo in quanto di proprietà di un soggetto diverso dal debitore e, dunque, non pignorabile⁴¹⁷. E di difficile soccorso sarebbe l'intervento del pignoramento presso terzi ai sensi degli art. 543 s.s. c.p.c. in ragione dell'ostica individuazione di un terzo "pignorabile", dal momento che il terzo *par excellence* nel complesso procedimento di cessione e successivo sfruttamento della cubatura è, invero, il Comune.

Appare dunque chiaro che, in assenza di norme puntuali, dipanarsi tra il Codice civile e quello di procedura civile per riuscire ad attribuire una compiuta disciplina agli eventi connessi al diritto edificatorio in volo è attività di certo stimolante, ma senza apparenti risultati tangibili.

4. Criteri di qualificazione della circolazione della cubatura quale prestazione di servizi o contratto ad effetti reali.

Si è già avuto modo di discutere dello spazio lasciato dalla Novella alla qualificazione giuridica sia del diritto edificatorio sia del contratto che ne consente la circolazione. Tuttavia, nonostante le numerosissime ipotesi ricostruttive che si sono affrontate e le poche altre oggetto del successivo paragrafo, non si può ignorare la portata nomofilattica della citata sentenza delle Sezioni Unite 16080/2021 che, quantomeno per la presente trattazione, rappresenta un punto fermo dal quale non ci si può discostare.

Secondo gli Ermellini, come già detto, *“la cessione di cubatura, con la quale il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore e, formandone un diritto a sè stante, lo trasferisce a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo, è atto: - immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale; - non richiedente la forma scritta ad substantiam ex art. 1350 c.c.; - trascrivibile ex art. 2643 c.c., n. 2 bis;”*. Queste devono dunque essere le coordinate necessarie ad un corretto inquadramento della disciplina negoziale della cessione di cubatura.

⁴¹⁷ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e “trascrizione*, op. cit.

Nonostante si sia già espresso, in questa sede, qualche dubbio circa l'eventuale efficacia obbligatoria del contratto di cessione di volumetria (si veda § 1.1), appare necessario affrontare - seppur sommariamente data la natura eminentemente fiscale della vicenda - una rilevante interpretazione del contratto di cessione di cubatura fornita dall'Agenzia delle Entrate proprio a seguito della cruciale sentenza citata. Con la Risposta n. 69/2023, l'Agenzia delle Entrate ha riscontrato all'istanza di interpello attinente alla modalità di tassazione del contratto di cessione di cubatura, ai fini delle imposte indirette avanzata da parte di una società. Nello specifico, secondo la società interpellante, la cessione di cubatura sarebbe assimilabile alla cessione di "un diritto strutturalmente assimilabile alla categoria dei diritti reali di godimento".

Al riguardo la società istante richiama i chiarimenti forniti dalla medesima Agenzia delle Entrate con la Risoluzione del 20 agosto 2009, n. 233, in base ai quali *"conformemente all'interpretazione già sostenuta con la risoluzione del 17 agosto 1976 prot. 250948, ritiene che anche in materia di imposte dirette, il contratto di cessione di cubatura e, conseguentemente la cessione dei diritti di rilocalizzazione, concluso da privati produce un effetto analogo a quello proprio dei trasferimenti di diritti reali immobiliari"*.

In buona sostanza, prima della Novella e delle pronunce delle Sezioni Unite, quantomeno ai fini fiscali, l'Agenzia delle Entrate aderiva alla teoria cd. realista della cessione di cubatura, che, come si è visto, rappresentava invero l'orientamento giurisprudenziale dominante⁴¹⁸.

Nel medesimo interpello proseguiva la società sostenendo che in tal modo si verifica l'acquisto di un diritto strutturalmente assimilabile alla categoria dei diritti reali di godimento in quanto la volontà dei privati contraenti, nel porre in essere il trasferimento di una delle facoltà in cui si estrinseca il diritto di proprietà, e cioè quella di costruire, modifica il limite di edificabilità fissato dal piano regolatore per i singoli appezzamenti, con la conseguente compressione del diritto di proprietà del cedente e il correlativo aumento dell'edificabilità sull'area del cessionario. Dunque, in virtù di tale qualificazione, la società riteneva che l'operazione in oggetto rientrasse nel campo di applicazione dell'IVA, stante la sussistenza del requisito oggettivo di cui al comma 1, primo periodo, dell'art. 2, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre

⁴¹⁸ Ci si riferisce a Cass., Sez. I, 30 aprile 1974, n. 1231, in Giur. civ., 1974, I, p. 1424; Cass., Sez. II, 9 marzo 1972, n. 641, in Riv. not., 1973, p. 1165; Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807, cit., emessa in materia fiscale, Cass. Sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352, in Foro it., 1996, I, p. 1698.

1972, n. 633, che considera come cessioni di beni *"gli atti a titolo oneroso che importano trasferimento della proprietà ovvero costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento su beni di ogni genere"*. L'Agenzia, nel riscontrare l'interpello, ha affermato che ai fini dell'applicabilità dell'IVA al contratto in oggetto occorre muovere dalla diarchia tra cessione di beni e prestazioni di servizi. Rinvio proprio alla sentenza n. 16080/2021 l'Agenzia ha constatato che *«La Corte di Cassazione, in particolare, evidenzia in proposito che "una specifica ed autonoma previsione di trascrivibilità dei 'diritti edificatori' in quanto tali non avrebbe avuto ragion d'essere, né logica né pratica, qualora questi ultimi, partecipando di natura reale, risultassero comunque già prima trascrivibili in base alla disciplina generale"*. Dunque, l'introduzione dell'art. 2643 n. 2 bis c.c. è un elemento che, ad avviso della Suprema Corte, avvalorata, sotto il profilo sistematico, la tesi della non realtà dell'atto di cessione di cubatura». Facendo proprio, dunque, il principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione che, come visto, esclude la natura reale del diritto edificatorio, l'Agenzia ha ritenuto estranea all'ambito applicativo dell'art. 2, comma 1, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, che riguarda *"gli atti a titolo oneroso che importano trasferimento della proprietà ovvero costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento su beni di ogni genere"* la fattispecie della cessione di cubatura che, a tal punto, è necessariamente ascrivibile alla categoria residuale della prestazione di servizi di cui al comma 1 dell'art. 3 del d.P.R. n. 633 del 1972, in base alla quale *"costituiscono prestazioni di servizi, tra l'altro, le prestazioni verso corrispettivo dipendenti da obbligazioni di fare, di non fare e di permettere quale ne sia la fonte"*.

L'esclusione del carattere di realtà del diritto edificatorio formulato dalla Corte di Cassazione, dunque, ha imposto all'Agenzia un *"cambio di rotta"* rispetto alla storica posizione di assimilazione della cessione di cubatura a un diritto reale di godimento in ragione della sua attitudine a comprimere il diritto di un proprietario allo sfruttamento edificatorio del proprio terreno.

Per quanto tale interpretazione possa apparire incontestabile ai fini fiscali, dal punto di vista della riconduzione alle categorie proprie del Codice civile, che rappresentano lo scopo precipuo della presente trattazione, tale diarchia appare invero eccessivamente semplicistica.

L'attrazione nell'orbita dei contratti ad effetti obbligatori, infatti, pur non contrastando con la previsione della trascrivibilità del contratto traslativo del diritto edificatorio ai

sensi del nuovo n. 2bis dell'art. 2643 c.c., esclude *ex se* le categorie di contratti che costituiscono o estinguono i diritti edificatori stessi.

Si potrebbe obiettare che solo il contratto con cui si trasferisce la cubatura abbia, dunque, effetti obbligatori e non già quelli eventualmente costitutivi o estintivi del diritto edificatorio, ma una tale ipotesi si scontrerebbe con la *ratio* della norma che, seppur dalla formulazione non felice, è chiarissima nel prevedere la trascrizione di tutti i contratti costitutivi, estintivi e traslativi dei diritti edificatori comunque denominati, non potendosi ammettere tutele diverse per il medesimo diritto.

Risalendo, dunque, a quanto affrontato al Cap. II con riferimento alla natura del diritto edificatorio, ed ivi avendo ritenuto maggiormente idonea la qualificazione di *chance* dello stesso quale trasposizione privatistica dell'interesse legittimo pretensivo al rilascio del permesso di costruire maggiorato, ecco che ben si potrebbe ascrivere il contratto traslativo di tale *chance* ai contratti ad effetti reali ai sensi dell'art. 1376 c.c. L'esclusione della realtà in capo al diritto edificatorio delineata dalle Sezioni Unite, infatti, nulla osta alla qualificazione ad efficacia reale del contratto traslativo del diritto edificatorio medesimo. Il dato letterale della disposizione parla di contratto avente ad oggetto anche il trasferimento «di altro diritto». È evidente che la formulazione dell'art. 1376 c.c. possa essere interpretata estensivamente, là dove richiama anche i diritti di credito, come accade ove si ammetta la cessione di un credito solo sperato o eventuale oppure di una aspettativa di diritto, situazioni, queste, cui la *chance* edificatoria potrebbe in qualche modo accostarsi⁴¹⁹.

La trascrivibilità ai sensi dell'art. 2643 n.2 bis c.c. e soggetta agli effetti di cui all'art.2644 c.c., implica che la formula dell'art.1376 c.c., nel punto in cui richiama anche i diritti di credito, debba essere interpretata estensivamente⁴²⁰.

Chiaramente, non può di certo ammettersi che il cedente e il cessionario godano di un diritto di credito nei confronti del Comune, dato che tale ricostruzione condurrebbe al paradosso della debenza del rilascio del permesso di costruire maggiorato da parte del Comune nei confronti del richiedente. Ciononostante, l'estensione della portata dell'art.1376 c.c. si giustifica in considerazione del fatto che è possibile la cessione di

⁴¹⁹ B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, op. cit.

⁴²⁰ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione*, op. cit.

un credito anche solo sperato ed anche di un'aspettativa di diritto, il cui confine con la *chance* è labile⁴²¹.

Non possono dunque negarsi le similitudini tra *chance* e interesse legittimo pretensivo che, in chiave risarcitoria, presuppone un giudizio prognostico sulla sussistenza, in capo all'istante, di un ragionevole grado di certezza circa l'ottenimento dell'utilità sperata, tale che sia idonea a generare un legittimo affidamento circa la conclusione positiva del procedimento amministrativo⁴²².

A sua volta, la *chance* consiste nella possibilità, già esistente nel patrimonio del soggetto, di conseguire un vantaggio economico sperato, essendo inserita in una sequenza causale⁴²³. Pertanto, pur in presenza di un interesse legittimo, la *chance* edificatoria è in grado di circolare alla stessa stregua di un diritto di credito nella fase ancora privatistica: quella, insomma, all'interno della quale ancora non rileva il rapporto pubblicistico da instaurarsi con il Comune per il rilascio del permesso cd. maggiorato.

Il riconoscimento del diritto edificatorio come *chance* allo sfruttamento volumetrico, ricondotto, ai fini della sua trasferibilità, allo schema di contratto ad effetti reali ai sensi dell'art. 1376 c.c. sotto la dicitura "di altro diritto" non escluderebbe nemmeno la possibilità – già vagliata e in nessun modo preclusa dall'ordinamento - che un cessionario acquisisca il diritto edificatorio non a fini cd. edilizi, ma a fini speculativi, intendendo rivenderlo ad un diverso soggetto.

5. Altri negozi aventi ad oggetto la potenzialità edificatoria.

Come si è già avuto modo di evidenziare, la Novella ha tipizzato un nuovo contratto nel nostro ordinamento. La cessione di cubatura rappresenta, di fatti, un negozio giuridico che può avere ad oggetto la costituzione, modifica e trasferimento dei diritti edificatori comunque denominati.

⁴²¹ Id., il quale rinvia a BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, p.786.

⁴²² Secondo A. BARTOLINI, *La nuova chance di Palazzo Spada*, in Urb. e app. 2007, p.80, «il concetto civilistico di *chance* si traduce, in termini pubblicistici, nella concezione strumentale dell'interesse legittimo».

⁴²³ E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in Giust. civ. 2010, II, p.503 come riportato da F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione*, op. cit

Tuttavia, l'intervento normativo, nella sua reale portata, si è limitato a prevedere la trascrizione del contratto medesimo, senza fornire alcuna indicazione circa l'aspetto contenutistico dell'accordo negoziale⁴²⁴.

L'ampiezza – o l'incertezza – della norma impone, dunque, si traduce in un duplice ordine di conseguenze da imputare all'interprete ed al privato medesimo, parte del negozio avente ad oggetto la cubatura. Quest'ultimo godrà, infatti, di un certo grado di libertà nella definizione contenutistica della disciplina del contratto che intende sottoscrivere. Nel caso dell'interprete, ad esso si impone valutare l'idoneità di alcuni negozi tipici codicistici ad avere ad oggetto diritti edificatori⁴²⁵.

Nonostante il dettato letterale della Novella non escluda la riconducibilità a nessun negozio già tipizzato dall'ordinamento, in luce di quanto già si è avuto modo di analizzare, alcuni negozi potrebbero apparire incompatibili con la disciplina del diritto edificatorio.

Prendendo le mosse dalla divisione, ci si chiede se l'istituto possa presentare dei caratteri di conciliabilità con i diritti edificatori, nonostante si ravvisi una prima resistenza nell'art. 2646 c.c. che si riferisce alle ipotesi che hanno ad «oggetto beni immobili» e non invece i «diritti». È stato infatti osservato che una volta che il diritto edificatorio sia originato e abbia costituito oggetto di pubblicità immobiliare, nell'ambito della sua successiva circolazione «dovrebbe ritenersi assolutamente praticabile anche l'ipotesi della divisibilità a discrezione del relativo titolare, in termini concreti, detta astratta divisibilità potrebbe essere operata dalla relativo titolare, sotto il profilo reale, individuando più fondi propri di consolidamento del diritto, nel rispetto degli standard limitativi delle potenzialità edificatoria delle singole zone di appartenenza, o essere il risultato di più accordi intersoggettivi, idonei a determinare il frazionamento dell'originario unico diritto in funzione di più acquirenti, ciascuno legittimato, poi, a determinare l'arricchimento, sotto il profilo della potenzialità edificatoria, di uno o più fondi propri od anche altrui, fin da ora paventando, però, difficoltà connesse con la necessità di quantificare detti diritti derivati, in termini assoluti e/o di percentuale, rispetto alla volumetria propria del terreno stesso originariamente depauperato»⁴²⁶.

⁴²⁴ Cfr. § 2.

⁴²⁵ Il riferimento sarà alla divisione, alla donazione ed alla successione mortis causa.

⁴²⁶ G. A. DI VITA, *Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria della novella*, in *Il notaro*, II, 2011.

L'interpretazione qui prospettata trova ulteriore conferma nel dato letterale dell'art. 2643, n. 3 c.c., il quale impone la trascrizione dei contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati ai numeri precedenti, e dunque anche di quelli di cui al n. 2-bis. Tale disposizione consente di includere i diritti edificatori nel novero delle situazioni giuridiche suscettibili di divisione. In questa direzione si colloca anche l'art. 2650 c.c., che, nel sancire il principio di continuità delle trascrizioni, richiama le "disposizioni precedenti" — tra cui, appunto, gli artt. 2643 e 2646 c.c. — a conferma dell'estensione del regime pubblicitario anche alle ipotesi di divisione che abbiano ad oggetto i diritti edificatori.

Ne consegue che, in assenza di trascrizione dell'atto divisorio relativo a tali diritti, verrebbe compromesso il corretto svolgimento della verifica imposta dall'art. 2650 c.c., con conseguente violazione del principio di continuità e frustrazione della funzione di pubblicità legale ad esso sottesa⁴²⁷.

A ciò si aggiunge, in termini sistematici e teleologici, l'argomento fondato sul canone logico: estendere l'applicabilità dell'istituto della divisione anche ai diritti edificatori si traduce in una maggiore garanzia per le parti negoziali e per i terzi, assicurando una più chiara tracciabilità dei trasferimenti e, più in generale, una maggiore certezza giuridica in ordine alle risultanze degli assetti proprietari emergenti dai registri immobiliari.

Se, dunque, la divisione è l'istituto mediante il quale i soggetti partecipanti alla comunione pongono fine alla stessa in modo da ottenere la titolarità dei beni in via esclusiva, in misura corrispondente alla quota assegnata a ciascuno⁴²⁸, occorrerà verificare la rispondenza della stessa alla riconduzione del diritto edificatorio alla *chance*, come sostenuto. Parte della dottrina sosterebbe infatti la percorribilità della divisione del diritto edificatorio qualora ad esso si riconducesse carattere di realtà⁴²⁹. L'ipotesi del diritto edificatorio quale diritto reale, tuttavia, è stata già esclusa *supra*⁴³⁰. L'analisi deve essere condotta con riferimento alla *chance* e, dunque, al credito di volumetria che si tradurrebbe nel rapporto bifasico caratterizzato dal primo negozio

⁴²⁷ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, op. cit.,

⁴²⁸ Sulla comunione ereditaria M. PROTO, *I soggetti della comunione*, in Tratt. dir. delle successioni e donazioni, G. BONILINI, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009; G.F. BASINI, *Crediti, debiti, e coeredità*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2009; L. MILITERNI, *Le sezioni unite dettano il regime dei crediti ereditari*, in *Corriere giur.*, 2008.

⁴²⁹ E. BERGAMO, *La cessione dei diritti edificatori*, op. cit.

⁴³⁰ Cap. II § 2.3

privatistico e dal successivo procedimento amministrativo da instaurarsi dinnanzi al Comune.

La divisione del credito è stata già accolta dalla giurisprudenza⁴³¹, ed anche il dettato normativo della indivisibilità di cui all'art. 1112 c.c. non parrebbe impedire la divisione del credito posto che, la sua divisione, non ne disperderebbe l'utilità né comprometterebbe la sua natura.

Una volta accertata l'indubbia applicabilità dell'istituto della divisione anche ai diritti contemplati dal n. 2-bis dell'art. 2643 c.c. nella loro sostanza di *chance* volumetrica, se ne può ricavare un principio di carattere generale, in forza del quale tali diritti risultano suscettibili di costituire oggetto di qualunque ipotesi divisoria prevista dall'ordinamento, senza che sia ammissibile alcuna esclusione.

Le ipotesi di trasferimento oneroso della volumetria che hanno dominato la trattazione del presente lavoro, invero, impongono di interrogarsi circa l'ammissibilità del ricorso ad atti di liberalità aventi ad oggetto i diritti edificatori⁴³². Le tesi della realtà e della reificazione della cubatura potrebbero risultare compatibili con l'ipotesi di donazione della volumetria⁴³³.

Tuttavia, l'adesione alla tesi della *chance* al credito volumetrico esclude integralmente la possibilità che i diritti edificatori possano essere oggetto di donazione, stante l'espresso divieto di donazione di beni futuri ai sensi dell'art. 771 c.c. Eppure, non può parimenti escludersi il caso che il cedente ricorra alle cd. liberalità non donative⁴³⁴. Il

431 Cass. Civ., Sez. Un., 28 novembre 2007, n. 24657 che, nello specifico, esprimendosi sul credito ereditario, ne ammette la divisione proprio per estensione analogica del credito ordinario ex art. 1100 c.c.

432 G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, op. cit.

433 G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit., secondo il quale “*se la cubatura costituisce un bene, del tutto attuale, economicamente apprezzabile immediatamente dal suo titolare, indipendentemente dall'atterraggio futuro sul fondo di destinazione, non vi è ostacolo alcuno alla possibilità che la volumetria possa formare oggetto di negozi gratuiti o liberali non trovando evidentemente alcuna applicazione il divieto di cui all'art. 771 c.c. in materia di donazione di beni futuri*”; R. Conti (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, op. cit.

434 Sulle liberalità non donative si annoverano, tra i tanti, T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in Studi in tema di contratti, Milano, 1952, p. 2 ss.; A. AURICCHIO, voce *Negozio indiretto*, in Noviss. dig. it., XI, Torino, 1965, p. 221; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 1994, p. 320; e G. SCALFI, voce *Negozio giuridico V) Negozio indiretto*, in Enc. giur. Treccani, XX, Roma, 1990, p. 1 ss.; più specificamente, in dottrina, A. TORRENTE, *La donazione*, in Trattato dir. civ. e comm., diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1956, pp. 19 ss. e 32; V.R. CASULLI, voce *Donazione III - Diritto civile*, in Enc. dir., XIII, Milano, 1964, p. 988; in giurisprudenza, per tutte, Cass., 16 marzo 2004, n. 5333, in Giust. civ., 2005, I, 1, p. 199. Lasciando da parte le critiche mosse alla stessa figura del negozio indiretto — su cui SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, rist. 2002, p. 182 ss. — alla ricostruzione in esame si è obiettato che alcune liberalità non donative vengono poste in essere attraverso negozi con cui non è perseguito alcun effetto ulteriore rispetto a quello già di per sé prodotto dal negozio-mezzo utilizzato. In questo senso, C.M. BIANCA, *Diritto*

primo requisito della liberalità non donativa è che abbia ad oggetto un negozio non oneroso, ma che al contempo non si tratti donazione ex art. 770 c.c.

L'indagine impone di stabilire quando un atto possa qualificarsi come «diverso dalla donazione», quindi sottrarsi validamente alla forma solenne pur essendo liberale, e quando invece debba dichiararsi nullo; dall'altro, si tratta di capire se e come la differenza strutturale imponga in sede applicativa un adattamento della disciplina che il legislatore ha esteso alle liberalità non donative e un'indagine circa l'opportunità di andare oltre i confini di tale estensione⁴³⁵.

A delineare il requisito fondamentale per l'identificazione di una liberalità non donativa hanno provveduto le SS.UU. della Corte di cassazione civile, sintetizzando il principio della cd. doppia causa. Per gli Ermellini, infatti ricorre una liberalità non donativa quando l'atto o l'operazione da cui risulta l'effetto liberale è sorretto da una «doppia causa», cioè è dotato di una causa tipica autonoma cui si aggiunge *l'animus donandi*; mentre ricorre una donazione quando lo spirito di liberalità è l'unica causa dell'attribuzione⁴³⁶.

Occorre ora domandarsi se la doppia causa possa rinvenirsi anche nell'eventuale atto di liberalità traslativo del diritto edificatorio a titolo non oneroso. A ben vedere, la natura bifasica del trasferimento dei diritti edificatori si inserirebbe senza particolari difficoltà nella richiesta struttura della doppia causa. Il contratto di cessione, infatti,

civile, 3, Il contratto, Milano, 2000, p. 486; nonché M. CAREDDA, *Donazioni indirette*, in Palazzo-Mazzarese (cur.), *I contratti gratuiti*, in Trattato dei contratti, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2008, p. 241 ss. Più ampiamente si v. le osservazioni critiche di U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 6, II, Torino, 1997, p. 498.

⁴³⁵ B. BIONDI, *Le donazioni*, in Trattato dir. civ., diretto da Vassalli, Torino, 1961, p. 932; L. COPPO, *Donazioni e liberalità non donative*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.4, 1 DICEMBRE 2019.

⁴³⁶ Cass., sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725; per una trattazione diffusa si rinvia a L. COPPO, *Donazioni e liberalità non donative*, op. cit. Da ultimo cfr. Cassazione civile, Sez. II, 21/05/2020, n. 9379 secondo cui “*La donazione indiretta si identifica con ogni negozio che, pur non avendo la forma della donazione, sia mosso da un fine di liberalità e abbia l'effetto di arricchire gratuitamente il beneficiario, sicché l'intenzione di donare emerge solo in via indiretta dal rigoroso esame di tutte le circostanze del singolo caso, nei limiti in cui siano tempestivamente e ritualmente dedotte e provate in giudizio*”; Cassazione civile sez. I - 02/07/2024, n. 18098 a mente della quale “*La donazione indiretta si identifica con ogni negozio che, pur non avendo la forma della donazione, sia mosso da un fine di liberalità e abbia l'effetto di arricchire gratuitamente il beneficiario, e nel quale l'intenzione di donare emerge solo in via indiretta, dal rigoroso esame di tutte le circostanze del singolo caso, nei limiti in cui siano tempestivamente e ritualmente dedotte e provate in giudizio. Per la validità delle donazioni indirette, ovvero delle liberalità realizzate ponendo in essere un negozio tipico diverso da quello previsto dall'articolo 782 del Cc, non è però richiesta la forma dell'atto pubblico, essendo sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità: l'articolo 809 del Cc, nello stabilire quali sono le norme sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'articolo 769 del Cc, non richiama, infatti, l'articolo 782 del Cc, che prescrive l'atto pubblico per la donazione*”.

assolverebbe la causa della vendita, mentre l'istanza di permesso di costruire cristallizzerebbe la seconda causa, rappresentata dallo sfruttamento della cubatura trasferita in termini edilizi.

Tale ricostruzione sembrerebbe confortata dalla medesima Corte di cassazione che, nell'affrontare la questione in un caso nel quale un padre, in occasione delle nozze della figlia, aveva fatto costruire a sue spese un terrazzo all'ultimo piano dell'immobile di proprietà esclusiva del genero, che sarebbe stato adibito a casa coniugale⁴³⁷. Naufragato il matrimonio, il padre aveva convenuto in giudizio il genero domandando l'indennità prevista dall'art. 936 c.c. per il caso in cui un terzo effettui con materiali propri una costruzione su suolo altrui e operi il principio di accessione. La domanda del padre si fondava sul fatto che il suo intento di favorire la figlia con la costruzione dell'opera non avrebbe escluso il suo diritto a percepire l'indennità, laddove per configurare una liberalità indiretta nei confronti del genero sarebbe stata necessaria una rinuncia a tale indennità.

La Cassazione ha disatteso quest'ultima ricostruzione motivando con l'inapplicabilità al caso di specie della citata indennità, dovuta al fatto che chi aveva realizzato la costruzione non poteva qualificarsi come terzo rispetto alla figlia e al genero, in quanto animato dall'intento di far loro un dono in occasione delle imminenti nozze. Nel prendere una simile decisione, la Corte non sembra aver avuto alcun riguardo per la tesi della «doppia causa», invero di diciassette anni successivo alla sentenza in parola. A ben guardare, però, alla medesima conclusione si sarebbe potuti giungere anche applicando tale tesi: visto che il padre ha commissionato i lavori a un costruttore, si sarebbe potuta qualificare l'operazione, anziché come atto materiale di edificazione su suolo altrui, come contratto di appalto a favore del terzo⁴³⁸.

La fattispecie esposta presenta un evidente carattere di omogeneità con lo sfruttamento in termini edificatori della volumetria trasferita tramite atto di liberalità, di talché pochissimi dubbi residuerebbero rispetto alla sua riconducibilità alla teoria della doppia causa e, dunque, alla possibilità di trasferire la volumetria a mezzo di atti di liberalità cd. non donative.

In ultimo, si impone l'approfondimento del trasferimento di volumetria per successione *mortis causa*, ed a tal fine è necessario prendere le mosse dal profilo

⁴³⁷ Cass., 27 luglio 2000, n. 9872, in CED Cassazione.

⁴³⁸ L. COPPO, *Donazioni e liberalità non donative*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.4, 1 DICEMBRE 2019

pubblicitario dell'istituto. Il disposto dell'art. 2648 c.c. recita che si devono trascrivere: l'accettazione dell'eredità che importi acquisto dei diritti enunciati nei numeri 1, 2 e 4 dell'articolo 2643 - o liberazione dai medesimi - nonché l'acquisto del legato che abbia lo stesso oggetto. La norma, dunque, sembra rinviare ai numeri 1, 2, e 4 dell'art. 2643 c.c. ma non al 2bis che disciplina i contratti di cessione di volumetria. Il comma terzo della disciplina poi che colui che abbia compiuto uno degli atti che importino accettazione tacita «può» richiederne la trascrizione utilizzando l'atto posto in essere. Con riferimento all'accettazione dell'eredità, l'applicazione ai diritti edificatori solleva, dunque, due ordini di questioni: in primo luogo, occorre interrogarsi se l'omessa menzione del n. 2bis all'interno dell'art. 2648 c.c. sia frutto di una scelta consapevole del legislatore ovvero il risultato di un mero difetto di coordinamento normativo; in secondo luogo, va chiarito se l'istituto dell'accettazione tacita dell'eredità sia compatibile con i diritti edificatori, considerando che il comma 3 dello stesso art. 2648 appare in contrasto con il disposto dell'art. 2643, n. 2-bis c.c., il quale impone espressamente la trascrizione, escludendo ogni margine di discrezionalità per le parti.

Va peraltro evidenziato come l'ambito applicativo dell'art. 2648 c.c. risulti oggetto di ampio dibattito: basti pensare, ad esempio, al fatto che, nonostante il rinvio testuale contenuto nella norma, essa non trova applicazione nei confronti dell'usufrutto che si estingue per causa di morte, né rispetto ai diritti di uso e abitazione, pur espressamente menzionati.

La dottrina si è dunque espressa con riferimento ad un molto plausibile difetto di coordinamento della normativa, ritenendo improbabile che possa essersi trattato di una esclusione “chirurgica” dei diritti edificatori dalla dinamica successoria⁴³⁹.

E d'altro canto, in difetto del compimento delle formalità pubblicitarie prescritte dall'art. 2650 c.c., le trascrizioni successive degli atti aventi ad oggetto il trasferimento dei diritti edificatori rimarrebbero inefficaci, non potendo esplicare effetti nei confronti dei terzi sino al momento dell'adempimento delle relative formalità. Ne deriva che l'effetto sostanziale della trascrizione degli acquisti mortis causa non può coincidere con l'opponibilità ai terzi, di cui all'art. 2644 c.c., ma risiede nell'efficacia delle successive trascrizioni o iscrizioni eseguite a carico dell'erede o del legatario e relative

⁴³⁹ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, op. cit., il quale rammenta che il medesimo ragionamento inerente al mancato coordinamento può essere applicato con riferimento alla trascrizione dei contratti preliminari e dell'usucapione aventi ad oggetti di diritti edificatori.

ai beni dell'eredità. In conclusione, l'esecuzione della formalità trascrittiva dell'acquisto ai sensi dell'art. 2648 c.c. non assume rilievo tanto nella fase statica della successione, quanto piuttosto nella successiva fase dinamica della circolazione dei diritti edificatori⁴⁴⁰.

Parimenti, preme verificare la compatibilità del diritto edificatorio alla successione a mezzo di legato testamentario. La pacifica riconducibilità del diritto edificatorio alla *chance* e, dunque, alla disciplina del credito, risolverebbe probabili dilemmi sul tema. Tuttavia, stante l'impossibilità per i privati di costituire diritti edificatori, in quanto la fonte deve necessariamente rivenirsi nelle prescrizioni di piano o nell'autonomia dei Comuni. Ciò implica che mai il testatore potrebbe, mediante legato, costituire diritti edificatori a favore di un determinato fondo, trovando questi ultimi la loro origine solo in un provvedimento pubblico o urbanistico⁴⁴¹.

Quanto alle modalità di trascrizione del legato, si ripropongono le medesime criticità già riscontrate in relazione all'accettazione tacita dell'eredità. In assenza di una disposizione normativa che disciplini espressamente il legato avente ad oggetto diritti edificatori — così come, del resto, per le altre ipotesi successive — appare evidente un difetto di coordinamento legislativo. Nondimeno, deve ritenersi ammissibile l'esecuzione delle formalità pubblicitarie presso i registri immobiliari sulla base dell'estratto autentico del testamento contenente la disposizione a titolo particolare

⁴⁴⁰ E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, op. cit.

⁴⁴¹ G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, op. cit.; F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione*, op. cit.

CAPITOLO IV

Prospettive britanniche: il ruolo della proprietà nella pianificazione territoriale del Regno Unito.

Sommario: 1. *Property rights*; 1.1. La proprietà nel modello anglosassone; 1.2 Nozione di *freehold* e *leasehold*; 1.3 Meccanismi legali di aumento della potenzialità edificatoria (*Airspace Development*); 2. Confronto funzionale e spunti *de iure condendo*; 2.1. Punti di contatto e divergenze tra modello italiano e britannico

1. *Property rights*

1.1 *La proprietà nel modello anglosassone.*

La distinzione semantica e contenutistica della proprietà nell'ordinamento di *common law* rappresenta il maggior paradigma distintivo con i sistemi di *civil law*.

Senza volersi dilungare eccessivamente nella ricostruzione storica della proprietà terriera, occorre comunque svolgere delle doverose ricostruzioni.

Secondo la migliore dottrina anglosassone, l'origine della *real property* coincide con l'origine stessa della *common law*⁴⁴². In questo contesto, per “*common law*” si intende il diritto applicato all'intero Paese dai tribunali ordinari del re, in contrapposizione alle leggi feudali e consuetudinarie locali che variavano da luogo a luogo e che fino alla metà del XII secolo erano amministrare in ciascuna località senza alcun controllo centrale⁴⁴³.

Il sistema giudiziario centralizzato istituito nei due secoli successivi alla conquista normanna del 1066, in particolare nella regione di Enrico II nel XII secolo, ha portato alla creazione di un *corpus* di norme nuove e uniformi, anche se alcune delle vecchie consuetudini sono sopravvissute sotto forma di varianti locali del diritto comune⁴⁴⁴.

Le nuove norme furono stabilite e sviluppate dalle decisioni dei giudici rese per dirimere casi particolari. Furono conservati registri centralizzati e cominciò a svilupparsi un *corpus* sistematico di pronunce.

Il termine “*common law*” finì per indicare il diritto ordinario creato dai giudici delle tre corti reali centrali⁴⁴⁵.

⁴⁴² MEGARRY & WADE: *The Law of Real Property* 10th Ed

⁴⁴³ Halsbury's *Laws of England*, Oxford, 1907

⁴⁴⁴ Id.

⁴⁴⁵ Identificate nelle “*The King's Bench, Common Pleas ed Exchequer*”.

A tale *corpus* fece poi seguito il primo esempio di riforma statutaria, di cui alcune disposizioni sono ancora in vigore, a testimonianza della sua rilevanza ed applicazione nel corso dei secoli⁴⁴⁶.

Con il tempo, il *Common law* si arricchì di un terzo elemento, la cd. *equity*: diretta traduzione degli interessi fondiari che non trovavano tutela nelle Corti del re, essi vennero devoluti alla giurisdizione del *Chancellor*,

Le pronunce del *Chancellor* applicavano, come detto, criteri di equità alle vicende fondiarie laddove le medesime vicende non potevano essere risolte con il ricorso al *common law*. I diritti oggetto di tutela del Cancelliere e che si ponevano al di fuori dell'impianto di *common law* vennero definiti *equitable rights*⁴⁴⁷.

Come è evidente, il Cancelliere fondava le proprie decisioni sulla base dell'equità o della buona coscienza.

Nel corso del tempo, l'equità si è sviluppata in un ramo separato del sistema giuridico, profondamente modificando il *common law* in materia di *real property*. Lo sviluppo, nel corso del tempo, delle caratteristiche speciali degli *equitable rights* portò alla fondamentale distinzione tra *legal interests* ed *equitable rights* nei terreni, distinzione che fu adottata come base delle riforme del 1925 in relazione ai terreni con titoli non registrati.

La miglior dottrina storica anglosassone ha, dunque, identificato i vari elementi o componenti del diritto di proprietà come segue: il diritto di possesso, il diritto di uso, il diritto di gestione, il diritto di percepire redditi, il diritto al capitale, il diritto alla sicurezza, il diritto di trasmissione o trasferimento e l'*absence of term*. Queste diverse forme di godimento del bene, afferenti al diritto di proprietà, costituiscono una specificazione di ciò che un diritto di proprietà, in quanto diritto astratto, comprende in termini concreti rispetto al bene tipico nel sistema anglosassone⁴⁴⁸.

Il primo embrione di diritti esercitabili su un terreno fu rappresentato dal rapporto di *tenure*. Conquistata e pacificata l'Inghilterra, infatti, il primo grande atto di Guglielmo I "Il Conquistatore" fu la redazione di un imponente libro del catasto, il cd. *Domesday Book*⁴⁴⁹. A mezzo di tale opera, Re Guglielmo intese censire tutte le proprietà terriere

⁴⁴⁶ Statute Quia Emptores 1290

⁴⁴⁷ Halsbury's Laws of England, op. cit.

⁴⁴⁸ P. JAFFEY, *Private Law and Property Claims*. Portland: Hart Publishing, 2023. Bloomsbury Collections

⁴⁴⁹ Tra gli altri, si vedano: Henry C. Darby, *Domesday England*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977; Elizabeth M. Hallam, *Domesday Book through Nine Centuries*. New York: Thames & Hudson, 1986

vigenti durante il regno del suo predecessore, Edoardo il Confessore, quale attività prodromica alla successiva introduzione del sistema feudale, in virtù del quale il Re era l'unico proprietario di tutta la superficie del regno, in senso tanto politico quanto giuridico. Ciò comportò che l'assegnazione dei suoli avvenne, nel sistema normanno, attraverso la concessione o la donazione feudale, vale a dire per effetto di un rapporto di tenuta (*tenure*), che costituiva la forma giuridica primaria del dominio fondiario. Tale rapporto si fondava su un principio di dipendenza personale e funzionale, in forza del quale il sovrano, titolare ultimo di ogni diritto sul territorio, o i signori intermedi (*lords* e *overlords*), investivano un soggetto — il *tenant* — del potere di godimento e di sfruttamento di un fondo (*fief* o *manor*), conferendogli il possesso del bene non già come diritto assoluto, bensì come posizione derivata e condizionata all'adempimento di obblighi di servizio e fedeltà verso il concedente⁴⁵⁰.

L'investitura, di regola accompagnata da un atto simbolico di consegna (*livery of seisin*), non determinava il trasferimento della proprietà in senso moderno, bensì la nascita di una relazione giuridica di natura bilaterale tra signore e vassallo, in cui i diritti del *tenant* sul fondo erano funzionalmente subordinati all'autorità del *lord*. Il possesso feudale si atteggiava dunque quale possesso "relativo", fondato sulla reciprocità dei doveri: il *tenant* otteneva il diritto di percepire i frutti e di godere del bene, ma restava obbligato a prestare servizi militari, *corvées*, canoni o altri oneri personali, variabili secondo la tipologia di tenuta (militare, agricola o ecclesiastica). Questo assetto produceva un sistema di stratificazione dei rapporti dominicali, in cui ogni titolare di *estate* teneva il proprio diritto "da" un superiore (*holding of someone above*), fino a risalire al re come supremo *dominus*. Ne derivava un ordinamento intrinsecamente relazionale, nel quale il diritto sul fondo non era concepito come potestà esclusiva e piena — secondo il modello romanistico di *dominium* — ma come fascio di diritti e doveri, condizionati dalla gerarchia dei rapporti di fedeltà.

In questo senso, il sistema della *tenure* costituì il nucleo originario della *law of real property* inglese: il rapporto con la terra era indissolubilmente legato alla posizione personale del titolare nella scala feudale e, quindi, alla natura pubblica e politica del potere sovrano. La proprietà assoluta del suolo era prerogativa della Corona, mentre i *tenants* godevano soltanto di diritti derivati, qualificabili come *estates* di diversa durata e consistenza — dal *fee simple* al *life estate*, fino alle *tenure* puramente servili —

⁴⁵⁰ Pollock and Maitland's History of English Law (2nd Edn)

ciascuno definito più in base al rapporto personale che al contenuto oggettivo del diritto⁴⁵¹.

In questa prospettiva, la *seisin*, ossia la signoria immediata sul bene, rappresentava il cardine concettuale del diritto fondiario medievale: essa implicava non tanto la proprietà, quanto il legittimo possesso riconosciuto dall'ordinamento feudale, vale a dire la disponibilità materiale e giuridica del fondo in conformità alle regole della gerarchia⁴⁵². Possedere *seisin* significava essere inseriti nella catena dei rapporti di *tenura* e, al tempo stesso, essere titolari di un interesse protetto dalla Corona, che garantiva la stabilità del sistema mediante un equilibrio tra autorità sovrana e diritti dei vassalli.

Abbandonata la complessa formulazione più risalente, nei tempi moderni la *seisin* è stata definita solo quale possesso del *freehold estate*, come meglio si vedrà *infra*.

La *tenure*, era, dunque, un rapporto tra il *lord* ed il *tenant* il cui contenuto era l'*estate* che, a sua volta, si esplicava in un diritto di godimento mediato o immediato su un fondo⁴⁵³.

Tuttavia, pur instaurandosi un rapporto della proprietà fondiaria mediato, non necessariamente la durata del diritto aveva un termine ridotto. La *tenure*, infatti, si articolava in *fee simple*, *life estate* e *fee tail*, ove la durata della prima si estendeva anche agli eredi del *tenant*, la seconda si estendeva per tutta la vita del *tenant* mentre la terza era a termine e, soprattutto, introduceva la predeterminazione dei successibili del *tenant* nel rapporto di *tenure*⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ Halsbury's Laws of England, op. cit.

⁴⁵² Id.

⁴⁵³ Nel definire la *tenure* con riferimento al sistema feudale, così Halsbury's Laws of England "Tenure carried with it reciprocal obligations and rights on the part of lord and tenant. The lord was bound to defend his tenant's title, and the tenant was bound to render to his lord certain services. The nature of these services varied according to whether the tenure was in chivalry or in socage. In addition, land might be granted to the church, and, if no services were reserved, this was tenure in frankalmoin. The difference between free and unfree tenures corresponded in the main to differences in status between free men and villeins. Tenures in chivalry and free socage were the tenures of free men, and the tenant had a free holding. Tenure in villeinage was the tenure of an unfree man, although a free man might hold it. The value of a right depends on the protection which the law gives it, and the proprietary and possessory actions allowed in the King's courts were reserved for freeholders. Originally the tenant in villeinage had only such protection as he could obtain in the manorial court, which, however, may have been effective enough as against everyone except the lord. Ultimately the custom of the manor so confirmed him in his holding that the King's courts allowed an action of trespass against the lord. The villein tenant had by this time become the copyholder²⁹, and his tenure came to be as well protected as freehold tenure"; Pollock and Maitland's History of English Law (2nd Edn) 236; Bean, *The decline of english feudalism*, Manchester, 1968, cap. 13; Cheshire and Burn's, *Modern Law of Real Property*, 17th edition, Oxford, 2006.

⁴⁵⁴ Per un maggiore approfondimento si veda LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971

Il rapporto “mediato” della proprietà fondiaria – nella misura in cui il proprietario finitimo del terreno è il re, mentre il *tenant* gode solo di un fascio di diritti ad esso applicabili – ha costituito una delle colonne portanti della *real property* anglosassone, la cui netta distinzione dalla *personal property*, emersa per la prima volta nel XII secolo, ha caratterizzato tutta la trattazione della *law of property* anglosassone fino ai tempi “moderni”. Originariamente fondata sulla natura delle azioni esperibili a tutela dell’una o dell’altra⁴⁵⁵, la distinzione tra *personal property* e *real property* è andata attenuandosi e, contemporaneamente, a mutare i propri connotati. Ciò, nella misura in cui la differenza tra le due arrivò – con non poche difficoltà e tappe intermedie⁴⁵⁶ - a sostanzarsi nella distinzione tra beni immobili e beni mobili, di romanistica memoria e con evidente influenza del sistema di *civil law*.

Ciononostante, l’applicazione della suddivisione tra immobilità e mobilità del bene oggetto di diritti è rimasta appannaggio delle Corti di giustizia inglesi che l’hanno applicata per risolvere più agevolmente casi di contrasto tra norme nazionali ed ordinamento internazionale, pur non necessariamente poggiando sulle medesime basi giuridiche che, invece, appartengono ai sistemi di *civil law*⁴⁵⁷.

Con il termine *ownership*, infatti, il sistema di *common law* è arrivato a descrivere un concetto che, seppur assimilabile al nostro paradigma di proprietà, ha maggiormente a che fare con un coacervo di diritti (la teoria del *bundle of rights*, di cui si vedrà meglio appresso) su beni mobili o immobili, con particolare rilevanza in merito a tale ultima categoria di beni, in capo ai quali si generava la cd. *ultimate ownership*⁴⁵⁸: in virtù di tale principio, ogni proprietario di un terreno continua a possedere tale suolo alle

⁴⁵⁵ La *real property* (o *realty*) trovava tutela mediante le *real actions* – in particolare attraverso il *writ of right* e i *writs of entry* – così denominate perché volte alla reintegrazione effettiva nel possesso della res, ossia al recupero materiale del bene oggetto del diritto. Si trattava, dunque, di azioni aventi ad oggetto la cosa stessa, e non un mero risarcimento, a differenza delle *actiones in rem* del diritto romano, le quali miravano piuttosto a perseguire la cosa ovunque essa si trovasse e presso chiunque la detenesse, configurandosi come strumenti di tutela di carattere più astratto e universale.

La *personal property* (o *personalty*), invece, si sviluppò in modo progressivo e residuale, potremmo dire “per sedimentazione storica”, come categoria in negativo rispetto alla *real property*, comprendendo tutti quei beni che non potevano rientrare nella sfera fondiaria o immobiliare. Tale classe di beni mobili e di diritti mobiliari è stata tradizionalmente tutelata – almeno fino all’età contemporanea – mediante le *personal actions*, azioni di natura obbligatoria e risarcitoria, come la *detinue* e la *trover*, le quali miravano non al recupero fisico della cosa, ma alla condanna del convenuto al pagamento di un’equivalente somma di denaro. La tutela della *personalty* si caratterizzava pertanto per il suo carattere personale e compensativo, in contrapposizione al modello reale e restitutorio proprio delle azioni relative alla *realty*.

⁴⁵⁶ LAWSON, *Introduction to the Law of Property*, Oxford, 1958.

⁴⁵⁷ L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in AA.VV. *Diritto Privato Comparato. Istituti e problemi*, Roma, 2004

⁴⁵⁸ Halsbury’s *Laws of England*, op. cit.

dipendenze del sovrano. In buona sostanza, la proprietà immobiliare anglosassone assomiglia molto di più ad una forma estremamente estesa di possesso, non conoscendo la pienezza ed absolutezza della proprietà di stampo romanistico⁴⁵⁹.

Eppure, si tratta di una forma di possesso sostanzialmente coincidente con il contenuto della proprietà in senso moderno, concepita come diritto di usare, godere e disporre del bene secondo la propria volontà, poiché la cosiddetta *ultimate ownership* — la titolarità ultima del sovrano sulla terra — è divenuta nel tempo un residuo meramente formale, privo di effettiva rilevanza pratica⁴⁶⁰.

Nondimeno, l'idea che l'autorità statale conservi un potere sovraordinato rispetto ai singoli titolari su tutto il territorio sottoposto alla propria giurisdizione è rimasta costante lungo i secoli. Tale prerogativa, espressione della supremazia pubblica sul dominio privato, ha trovato la sua tradizionale formulazione nel principio del *power of eminent domain*, ossia nel potere dello Stato di disporre coattivamente dei beni privati per finalità di pubblico interesse, previo riconoscimento di un equo indennizzo. Appaiono evidenti, dunque, gli aspetti di analogia intercorrenti tra il *power of eminent domain* e l'espropriazione prevista dall'ordinamento italiano, seppur con presupposti diversi: nell'ordinamento italiano, la pienezza e l'absolutezza della proprietà vivono dell'unica eccezione a mezzo della quale esse possono essere comprese, ovvero la pubblica utilità, sottoposta a specifici e determinati requisiti dettati dalla legge⁴⁶¹; il *power of eminent domain* altro non è che una naturale superfetazione del potere proprietario finitimo della Corona su tutte le terre del Regno⁴⁶².

In sostanza, il principio feudale dell'*ultimate ownership* della Corona — pur avendo oggi perduto quasi ogni rilevanza pratica — ha consentito al sistema inglese della *real property* di mantenersi concettualmente impermeabile all'idea di "proprietà assoluta" propria della tradizione romanistica.

⁴⁵⁹ WILLIAMS, *Principles of Law of Real Property*, London, 1971

⁴⁶⁰ Secondo *Halsbury's Laws of England* "Technically, land is not the subject of absolute ownership but of tenure. According to the doctrines of the common law there is no land in England in the hands of a subject which is not held of some lord by some service and for some estate. This tenure is either under the Crown directly, or under some mesne lord, or a succession of mesne lords, who, or the first of whom, holds of the Crown. Thus, the monarch is lord paramount, either mediate or immediate, of all land within the realm. The tenure of land is based upon the assumption that it was originally granted as a 'feud' by the monarch to his immediate tenant on condition of certain services, and, where there has been subinfeudation, that the immediate tenant in turn regranted it. Although for most purposes this system, known as 'the feudal system', has lost its practical importance, it still determines the form of property in land"

⁴⁶¹ Articoli 42, 43 e 44 Costituzione e art. 832 Codice civile.

⁴⁶² *Halsbury's Laws of England* (KD1184 e ss.) voce "Eminent domain. Compulsory acquisition"

L'ordinamento britannico, infatti, non ha mai conosciuto una concezione di dominio pieno e illimitato sul bene, in quanto l'originario potere sovrano della Corona sul territorio ha continuato a costituire il presupposto formale di ogni rapporto di appartenenza immobiliare.

L'eventuale recepimento del modello romanistico di proprietà avrebbe richiesto l'abolizione del principio stesso di *ultimate ownership*, e dunque la rinuncia alla struttura gerarchica della *tenure*. Tale tentativo fu avanzato, ma non realizzato, con lo *Statute Law Revision Bill* del 1968, che prevedeva espressamente l'abrogazione di ogni forma di *freehold tenure of land*, al fine di rendere la situazione soggettiva di appartenenza perfettamente speculare a quella della proprietà assoluta in senso continentale⁴⁶³.

Le spinte riformatrici sviluppatasi negli ordinamenti di *common law* hanno dunque avuto l'effetto di svuotare il modello feudale dei suoi contenuti politici ed economici, ma non di demolirne l'impalcatura concettuale, che continua a sorreggere la disciplina della proprietà fondiaria inglese. Le manifestazioni residue di *ultimate ownership* si limitano oggi a casi eccezionali, quali la consolidazione del diritto della Corona in proprietà piena su terreni nei quali vengano scoperti giacimenti minerari o altre risorse di interesse sovrano⁴⁶⁴.

Nonostante l'imponente lavoro legislativo svolto ad inizio del secolo scorso (la cd. *Statutory Reform*⁴⁶⁵) ancora oggi i beni immobili — a differenza dei beni mobili

⁴⁶³ Lo *Statute Law Revision Bill*, 1968, sec. 2(1), prevedeva l'abolizione di ogni forma di *freehold tenure of land*, così da equiparare la *ownership* inglese alla proprietà assoluta di tradizione romanistica.

⁴⁶⁴ Cfr. L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., il quale osserva che «*le manifestazioni in qualche modo rilevanti di ultimate ownership sono ormai ridotte a ben pochi casi, tra cui può ricordarsi la consolidazione della stessa in normale proprietà allorquando si tratti di suoli nei quali siano stati rinvenuti giacimenti minerari preziosi, considerati appunto di proprietà della Corona o dello Stato*»

⁴⁶⁵ Secondo MEGARRY & WADE: *The Law of Real Property*, 10th Ed, con *Statutory Reform* si fa riferimento alla riforma legislativa del diritto immobiliare che ebbe inizio nel XIX secolo, in particolare nei periodi 1832-1845 e 1881-1890. Tuttavia, le modifiche più significative alla legge furono apportate tra il 1922 e il 1925. Questa legislazione si articolò in due fasi. In primo luogo, con il *Law of Property Act 1922* e il *Law of Property (Amendment) Act 1924*, sono state individuate le modifiche necessarie alla legge. In secondo luogo, queste leggi sono state in gran parte abrogate prima di poter entrare in vigore e sono state sostituite da una serie di leggi approvate nel 1925. Le leggi del 1925 consolidarono le modifiche proposte dalle leggi del 1922 e del 1924 insieme a gran parte della normativa stabilita da statuti precedenti (in particolare quelli del 1881-90), che furono anch'essi abrogati e sostituiti dalla nuova legislazione. Il corpus legislativo risultante fu suddiviso in sei leggi di consolidamento:

- (i) la legge sui terreni assegnati del 1925 (*Settled Land Act 1925*);
- (ii) il *Trustee Act 1925* (Legge sui fiduciari del 1925);
- (iii) il *Law of Property Act 1925* (Legge sulla proprietà del 1925);
- (iv) il *Land Registration Act 1925* (Legge sulla registrazione dei terreni del 1925);
- (v) il *Land Charges Act 1925* (Legge sugli oneri fondiari del 1925);
- (vi) l'*Administration of Estates Act 1925* (Legge sull'amministrazione dei patrimoni del 1925).

corporali — non sono oggetto di proprietà assoluta, bensì del già noto rapporto di *tenura* (*tenure*). Da un punto di vista terminologico e sistematico, infatti, l'espressione *tenant in fee simple* designa colui che, nel linguaggio comune, viene indicato come “proprietario” di un immobile, pur non possedendo una *ownership* assoluta ma solo una posizione derivata dalla Corona.

Il diritto che da tale rapporto discende, ossia l'*estate*, costituisce il vero oggetto della *ownership*, rappresentando un diritto di godimento e di disposizione del bene, più che il bene stesso. È questa la cifra caratteristica della concezione inglese della proprietà, di natura dematerializzata e relazionale, in cui ciò che appartiene al soggetto non è la cosa, ma il diritto – o un fascio di diritti – esercitabile su di essa.

Da tale impostazione deriva la possibilità che su un medesimo bene coesistano molteplici *estates*, ciascuna riferita a un diverso soggetto e a un diverso arco temporale. Diversamente, nella *personalty*, ossia nel campo dei beni mobili e dei diritti mobiliari, non si conosce una suddivisione temporale dei diritti corrispondente alle *estates*: non è concepibile che un soggetto goda di una porzione temporale del diritto e un altro della successiva. In questo ambito, pertanto, la nozione di *ownership* si avvicina di più a quella di proprietà assoluta tipica dei sistemi di *civil law*⁴⁶⁶, pur senza potervi essere assimilata.

Come si è visto, spesso i diritti di godimento insistenti su di un bene di proprietà sono tanto stratificati da rendere difficile individuare il vero proprietario del bene. Ed infatti, la contemporaneità e la pluralità di diritti esercitabili su di un determinato bene, come nel caso di un contratto di locazione a lungo termine insistente su di un bene sottoposto al regime di *freehold*, ne rendono difficile individuare l'effettivo proprietario.

Pertanto, dalla semplice proprietà del bene – e qui emerge netto il paradigma distintivo rispetto alla proprietà romanistica - non è possibile dedurre con esattezza e senza ulteriori specificazioni, quali diritti di godimento il soggetto possa effettivamente esercitare sul bene, pur se di sua proprietà. Per questo motivo si dice comunemente che la proprietà nel sistema anglosassone è semplicemente un "insieme di diritti" (il già citato *bundle of rights*)⁴⁶⁷, materialmente conducendo alla negazione del contenuto

Queste leggi, insieme alle parti non abrogate delle leggi del 1922 e del 1924, costituiscono la “legislazione sulla proprietà del 1925”, entrate in vigore il 1° gennaio 1926.

⁴⁶⁶ In tal senso, l'*estate* rappresenta un diritto temporale e segmentato sul bene, mentre nella *personalty* non vi è spazio per frazioni di godimento successive; di conseguenza, l'*ownership* mobiliare si configura come diritto pieno e indiviso, concettualmente più vicino alla proprietà continentale

⁴⁶⁷ T. HONORÉ, 'Ownership' in *Making Law Bind* (Oxford, Clarendon Press, 1987) 181–82.

determinato della proprietà⁴⁶⁸, con ciò comportando che per ogni singolo caso occorre stabilire le componenti specifiche del fascio di diritti di un proprietario o di un titolare di diritti esercitabili sul determinato bene.

Figlio prediletto del sistema frammentato della proprietà inglese (i.e. *fragmentation of title*) è, dunque, proprio l'*estate*, che rappresenta il miglior esempio di disintegrazione della proprietà privata esercitabile su di un determinato bene.

L'*estate* –dal latino *status* – costituisce una nozione giuridica astratta volta a esprimere il rapporto che intercorre tra il titolare e la terra, ossia lo spazio concettuale e normativo che si interpone tra il soggetto e il bene. Essa non identifica la “proprietà” del suolo, ma la posizione giuridica che misura l’estensione e la durata del diritto del titolare rispetto alla terra⁴⁶⁹.

Nel sistema di *common law*, l'*estate* rappresenta il più ampio diritto o il titolo di possesso più forte che possa spettare a un soggetto diverso dalla Corona in materia di *real property*.

L'*estate*, quindi, assume due differenti significati: nel suo significato più ristretto, indica il diritto di proprietà su un terreno e qualsiasi diritto che in passato poteva essere suddiviso per legge, sia a vita, sia per un determinato numero di anni; inoltre, laddove esisteva una proprietà per legge, poteva esistere una proprietà corrispondente in equità (e, dunque, riconosciuto giudizialmente dalla *Court of Chancery*)⁴⁷⁰.

Il diritto inglese eluse consapevolmente il problema dell’individuazione di un *dominus* in senso fisico del bene, spostando l’asse concettuale dal bene alla relazione giuridica che lo concerne. L’attenzione si concentrò dunque sulle modalità di utilizzazione effettiva della terra e sui diritti connessi al suo godimento, piuttosto che sull’appartenenza proprietaria del suolo. In questa prospettiva, la terra — suscettibile di molteplici e successive forme di sfruttamento — venne considerata non come oggetto immediato di proprietà, bensì come sostrato comune di una pluralità di rapporti giuridici di appartenenza, ciascuno dei quali espresso in termini di titolarità (*ownership*) su specifici diritti o *estates*.

⁴⁶⁸ WH HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (D Campbell and P Thomas (eds), Aldershot, Ashgate Publishing, 2001) originally published (1913) 23 Yale Law Journal 16 and (1917) 26 Yale Law Journal 710.

⁴⁶⁹ MEGARRY & WADE: *The Law of Real Property*, op.cit.

⁴⁷⁰ Halsbury’s Laws of England, voce “*Estates in land*”. Utile è la definizione di *equity* fornita da POLLOCK AND MAITLAND, *History of English Law*, op.cit. “*to think of equity as a supplementary law, a sort of appendix added on to our code, or a sort of glass written round our code*” potendo definire l'*equity* come terza gamba dell’ordinamento giuridico britannico.

Come è intuibile, la possibile coesistenza di diversi diritti sulla medesima terra ha imposto la necessità di creare una divisione gerarchica degli stessi. A tal fine, la dottrina della *real property* inglese ha fatto ricorso alla diversificazione dei diritti in ragione della loro durata⁴⁷¹, addivenendo agli istituti di *freehold estates* e *less than freehold estates*.

1.2 Nozione di *freehold* e *leasehold*.

Come si è detto, la contemporaneità di diritti che il sistema anglosassone consente che si esercitino su di un medesimo bene ha condotto alla distinzione degli *estate* per dilazione e durata temporale.

Da qui sono nati i *freehold estates* e i *less than freehold estates* (poi contratti, soprattutto dopo la Statutory Reform, in *leasehold*).

Essi rappresentano una *species* definita di *estate*, a discendere dai quali si annoverano diversi *genus* - ma tale definizione è estremamente adattabile ai *freehold estate*, meno ai *leasehold*.

Il termine “*freehold*” è talvolta utilizzato per indicare la qualità del possesso e talvolta la quantità della proprietà ed è, dunque, la forma più ampia e duratura di diritto su un suolo, che a sua volta contiene al proprio interno diversi tipi di *legal estates*: (i) *fee simple*; (ii) *fee tail*; (iii) *life estate*.

Nella sua versione più completa — la *fee simple absolute in possession* — il *freehold* conferisce al titolare la disponibilità potenzialmente perpetua del bene, purché siano rispettati i limiti di ordine pubblico e le restrizioni imposte dalla programmazione urbanistica.

Il Law of Property Act 1925 ha ridotto il numero delle *legal estates* a due, riconoscendo come tali soltanto il *freehold* e il *leasehold*, mentre tutte le altre posizioni sono state degradate al rango di *equitable interests*⁴⁷² (a testimonianza della permanenza dell'*equity* nel sistema giuridico anglosassone).

Il primo di essi – *fee simple* - è l'*estate* più solido che possa esistere su un terreno⁴⁷³.

Il *fee simple* non è una proprietà “assoluta” come la concezione romanistica vorrebbe: la *ultimate ownership* rimane, infatti, in capo alla Corona, secondo il principio feudale

⁴⁷¹ Secondo POLLOCK AND MAITLAND, *History of English Law*, op.cit. “*Proprietary rights in land are, we may say, projected upon the plane of time*”.

⁴⁷² *Law of Property Act 1925*, s. 1; Halsbury's Laws of England, *Real Property and Registration* (vol. 87, 2022), § 241

⁴⁷³ LITT. 11; WILLIAMS R.P. 6.

di derivazione normanna che ancora formalmente sussiste come *radical title*. Ciò significa che ogni titolarità privata deriva in ultima istanza da una concessione della Corona, anche se nella pratica tale rapporto è puramente teorico.

“*Un tenant in fee simple gode di tutti i vantaggi della proprietà assoluta, tranne la forma*”. I poteri del *tenant in fee simple* di “*godere, usare e abusare*” del terreno sono limitati in molti modi dalla legge (si pensi alle restrizioni urbanistiche) e dai diritti dei terzi, ma non sono limitati da alcuna intrinseca ristrettezza nel concetto di proprietà fondiaria⁴⁷⁴.

Caratteristica singolare che ben testimonia la duttilità della *real property* anglosassone è che il *fee simple* può anche essere reso mobile, in modo da spostarsi da un appezzamento all'altro all'interno di un'area definita⁴⁷⁵

Tra i diritti del *tenant in fee simple* spiccano il diritto di alienazione (il diritto di trasferire ad altri la totalità o parte del proprio interesse sul terreno) e il diritto su tutto ciò che si trova nel, sul o sopra il terreno (intendendosi la colonna d'aria soprastante il suolo).

In origine si trattava di un *estate* che durava finché sopravvivevano il *tenant* originario o uno dei suoi eredi (parenti di sangue, loro eredi e così via). Pertanto, in un primo momento, un *fee simple* cessava se il locatario originario moriva senza lasciare eredi (discendenti o parenti collaterali), anche se prima della morte del *tenant* originario il terreno era stato ceduto a un altro *tenant* ancora in vita.

Tuttavia, nel 1306, si stabilì che, qualora un locatario in *fee simple* avesse alienato il terreno, il *fee simple* sarebbe continuato fintanto che vi fossero stati eredi del nuovo *tenant* e così via, indipendentemente dall'eventuale mancanza di eredi del *tenant* originario. Da quel momento in poi, il *fee simple* divenne sostanzialmente perpetuo, sulla falsariga del diritto di proprietà fondiaria *romansitico*. Esso sarebbe cessato solo se il *tenant* del momento fosse morto senza lasciare eredi, nel qual caso sarebbe tornato al lord (e oggi tornerebbe alla Corona)⁴⁷⁶.

Con riferimento al *fee tail*, esso rappresentava un *estate* che continuava a esistere fintanto che sopravvivevano il *tenant* originario o uno dei suoi discendenti diretti.

⁴⁷⁴ MEGARRY & WADE: *The Law of Real Property*, op. cit.

⁴⁷⁵ *Weldon v Bridgewater (1595) Cro. Eliz. 421*; Co.Litt. 4a, 48b; 1 Preston 258; CHALLIS, HENRY W. (HENRY WILLIAM), *Challis's Law of real property: chiefly in relation to conveyancing*, op. cit. 54, secondo i quali tale ambulatorietà deve essere storicamente ricondotta alla circostanza che i singoli appezzamenti in *fee simple* in età feudale potevano essere fatti ruotare nel tempo nei confronti dei *tenant*.

⁴⁷⁶ MEGARRY & WADE: op. cit.

Pertanto, se il *tenant* originario deteneva un *fee simple* e moriva senza lasciare parenti eccetto un fratello o una sorella, l'*estate* non sarebbe cessato; se al *tenant* originario fosse stato concesso solo un *fee tail* e fosse morto lasciando un fratello ma senza figli, l'*estate* sarebbe terminato. I termini “*fee tail*”, “*estate tail*”, “*entail*” e “*entailed interest*” sono spesso usati in modo intercambiabile; tuttavia, “*fee tail*” era l'espressione corretta per indicare un vincolo legale⁴⁷⁷, mentre “*entailed interest*” era solitamente riservato a un *equitable entail*.

In ultimo, il *life estate*, la cui durata coincideva con la vita del *tenant*, senza alcuna possibilità di successione. Come indica il nome stesso, questo *estate* durava solo per la durata della vita del *tenant*. Un *estate* la cui durata era determinata dalla vita di un terzo era nota come proprietà “*pur autre vie*” (per la vita di un altro), ad esempio a favore di Tizio fintanto che Caio fosse in vita⁴⁷⁸.

Una caratteristica comune a tutti gli *estates* in *freehold* era che la durata dell'*estate*, sebbene limitata, era incerta. Nessuno poteva prevedere quando sarebbe incorsa la morte di una determinata persona e di tutti i suoi futuri eredi, o di una persona e di tutti i suoi discendenti, o di una sola persona. Né era certo che la durata sarebbe stata perpetua. Nel caso del *fee simple* e del *fee tail*, il termine “*fee*” indicava, infatti, che l'*estate* poteva essere ereditato alla morte dell'attuale titolare; e che era un *estate* perpetuo. I termini “*simple*” e “*tail*” distinguevano le classi di eredi che potevano ereditare. Un *fee simple* sarebbe stato trasferito in successione a chiunque fosse l'erede del proprietario. Un *fee tail* solo ai discendenti diretti.

Un *life estate*, invece, non afferiva alla categoria dei *fee*. Non era un bene successibile e non era perpetuo. Alla morte del *tenant*, un *life estate* sarebbe cessato e un *life estate pur autre vie* non sarebbe stato trasferito *mortis causa* all'erede del *tenant*, ma sarebbe stato trasferito in base alle norme speciali di occupazione. I *life estate*, in ragione della loro limitazione nel tempo, venivano spesso definiti “*mere freeholds*” o semplicemente “*freeholds*”, in contrapposizione ai “*freeholds* successibili”.⁴⁷⁹

In principio, i tre tipi di *estate in freehold* appena annoverati erano gli unici riconosciuti dal sistema di *common law*. L'unico altro diritto al possesso della terra previsto dal

⁴⁷⁷ Che ad oggi, tuttavia, non può più essere istituito *ex novo*. Si veda CHALLIS, HENRY W. (HENRY WILLIAM), *Challis's Law of real property: chiefly in relation to conveyancing* 1841.

⁴⁷⁸ MEGARRY & WADE, op. cit.

⁴⁷⁹ PRESTON, p.214; CHALLIS, HENRY W. (Henry William), *Challis's Law of real property: chiefly in relation to conveyancing* 1841, p.99, oo.pp. Cit.

sistema normativo era noto come *tenancy at will* (una sorta di locazione a tempo indeterminato), in base alla quale il *tenant* poteva essere sfrattato in qualsiasi momento e che, di fatto, non poteva essere annoverato tra gli *estates*⁴⁸⁰.

I *terms of years* (contratti a termine, anche definiti *leasehold*) si svilupparono al di fuori di questo sistema, rappresentando il contratto a mezzo del quale un *tenant* poteva godere di un bene in termini di anni, loro multipli o loro frazioni.

Il *leasehold estate* costituisce, dunque, un diritto temporaneo di godimento, fondato su un contratto di locazione che trasferisce al *lessee* il possesso esclusivo del bene per un periodo determinato, mantenendo la *reversion* in capo al *lessor*⁴⁸¹.

La posizione giuridica del *lessee*, dunque, presenta un contenuto particolarmente ampio e incisivo, configurandosi come una vera e propria situazione di godimento esclusivo del bene. Essa si contrappone a quella del *lessor*, il cui diritto trova il suo punto culminante nella facoltà restitutoria (*reversion*), ossia nel diritto a riottenere il possesso del fondo alla scadenza del termine contrattuale.

Il *lessee* è titolare della *possession*, ma non della *seisin*, che nel sistema inglese spetta solo al titolare di un *freehold estate*. Tuttavia, la *possession* è riconosciuta anche al *lessor*, il quale, pur non esercitando un potere materiale sul bene durante la vigenza del *lease*, conserva una forma di possesso mediato o riflesso in quanto titolare della *reversion*.

Quest'ultima, benché rappresenti un diritto futuro, conferisce al *lessor* una qualità possessoria indiretta, derivante dal godimento economico del bene attraverso il canone di locazione o altri corrispettivi convenuti, che costituiscono l'espressione del suo interesse residuo nel rapporto locatizio⁴⁸².

Inizialmente non annoverati tra gli *estate*, ma come contratti personali vincolanti solo per le parti, tale condizione non consentiva al *lessor* di godere di una effettiva tutela nei confronti dei terzi fino alla fine del XV secolo. Quando nel sistema di *property law* venne prevista una effettiva forma di tutela per i *lessors*, i rapporti di locazione poterono effettivamente essere annoverati tra gli *estates*, ed in virtù di ciò sottoposti a regimi di tutela e di trasmissione più completi⁴⁸³.

⁴⁸⁰ MEGARRY & WADE: op. cit

⁴⁸¹ Halsbury's Laws of England, op. cit.

⁴⁸² MEGARRY & WADE: op. cit

⁴⁸³ Id.

Già il Law of Property Act 1925 e il Land Registration Act 2002 hanno definito la *leasehold estate in land* come una *term of years absolute*, ossia un diritto di durata finita, suscettibile di circolazione e registrazione se superiore a sette anni⁴⁸⁴.

Il *leasehold* presenta, dunque, una duplice dimensione: privata, in quanto rapporto obbligatorio tra *landlord* e *tenant*, e reale, in quanto l'*estate* è opponibile *erga omnes* e può essere oggetto di *mortgage*, *assignment* o *sub-lease*. La giurisprudenza ha riconosciuto al *leaseholder* una posizione di *proprietary interest* pienamente tutelata dal diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1 del *First Protocol* della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, come recepita dall'Human Rights Act 1998⁴⁸⁵.

I citati interventi normativi hanno, dunque, contribuito a consegnare alla storia la posizione di subalternità dei *leasehold* rispetto ai *freehold*. Nella prassi contemporanea, un *leasehold* senza canone per 3.000 anni è sicuro e di valore esattamente quanto un *fee simple*⁴⁸⁶. Pur essendo vero che, in passato, l'atteggiamento nei confronti dei *lease* ha portato alla loro classificazione come *personalty* e, quindi, estranei alla *real property*, tale distinzione oggi non ha quasi più alcuna importanza⁴⁸⁷. E di fatti, fino al 1926, i *leasehold* non potevano essere garantiti o concessi a mezzo di *deed for life* (si veda §. 1.1) D'altro canto, originariamente solo i *lease* potevano essere oggetto di disposizione testamentaria, contrariamente ai *freehold*, quantomeno fino al 1540⁴⁸⁸.

A testimonianza della duttilità dello strumento del *leasehold* ed anche della sua solidità, nel tempo di sono sviluppate diverse categorie principali afferenti al citato *estate*.

Le loro caratteristiche distintive rispetto ai *freehold* sono rappresentate innanzitutto dalla loro afferenza al *contract law*, maggiormente che al *real property law*, ed in secondo luogo che la loro durata massima è fissata nel tempo.

Tra i *leasehold*, si annovera il *Fixed term of certain duration*, a mente dei quali il *lessee* può detenere il terreno per un periodo determinato di una certa durata, come nel caso di un contratto di locazione di 99 anni. La possibilità che il termine venga abbreviato

⁴⁸⁴ Land Registration Act 2002, s. 27(2)(b).

⁴⁸⁵ Cfr. Corte EDU, James and others v. United Kingdom, 21 febbraio 1986, Series A no. 98.

⁴⁸⁶ Secondo *Ashburn Anstalt v. Arnold* (1989) 1 Ch 64, non è necessario prevedere l'onerosità del contratto a mezzo del pagamento del canone. Al concessionario a titolo gratuito di un immobile adibito ad uso commerciale fu riconosciuto il diritto al relativo possesso con il solo obbligo di provvedere alle spese di gestione.

⁴⁸⁷ MEGARRY & WADE: op. cit.

⁴⁸⁸ Anno in cui, solo con lo *Statute of Wills* fu reso possibile disporre della terra su cui insisteva un *freehold* a mezzo di testamento.

(ad esempio per decadenza a causa del mancato pagamento del canone di locazione) in base a una clausola del contratto di locazione non influisce sul concetto di base, che è quello della certezza della durata in assenza di misure di proroga o di riduzione⁴⁸⁹. Tuttavia, in parte a causa dell'intervento della *Statutory reform*, tali contratti di locazione sono molto rari al giorno d'oggi⁴⁹⁰.

Ancora, tra i *leasehold* figura il *Fixed term with duration capable of being rendered certain*. Si tratta di un contratto senza scadenza, che si rinnova di anno in anno, durante il quale, con un preavviso di almeno sei mesi, entrambe le parti possono comunicare il proprio recesso.

La peculiarità contemporanea del *leasehold*, in uno con la sua enorme diffusione, sono dipese dal loro complicato inserimento nella disciplina della *real property*.

In passato, quando i *leaseholds* erano considerati semplici diritti di occupazione del terreno nascenti da fonte contrattuale, non erano affatto considerati *estates*.

Tuttavia, con il tempo, quando la legge ha iniziato a garantire loro piena tutela come interessi proprietari, sono stati aggiunti all'elenco degli *estates* riconosciuti dalla *real property law*, pur godendo sempre di una netta estraneità al sistema feudale di proprietà terriera. Tuttavia, quando sono stati annoverati come un nuovo *estate*, è stato impossibile negare che essi rappresentassero anche una nuova categoria di *tenure*.

Un *tenant*, infatti, deve necessariamente detenere un qualche tipo di tenure affinché possa detenere legalmente un *estate*, e tale principio non riconosce alcun tipo di eccezione.

E di fatti, tale circostanza venne riconosciuta fin dai tempi di Littleton (1480 circa), ed è pienamente vigente anche ai tempi odierni⁴⁹¹.

Non si può dubitare, infatti, che il rapporto tra proprietario e *tenant* rappresenti una forma di *tenure*⁴⁹², e i *leasehold* rientrano nell'accezione statutaria “terreno in qualsiasi tipo di *tenure*”⁴⁹³. Emerge dunque evidente che, per un paradosso storico, il rapporto

⁴⁸⁹ MEGARRY&WADE, op. cit.

⁴⁹⁰ Sul tema, si veda *Berrisford v Mexfield Housing Co-operative Ltd* [2011] UKSC 52

⁴⁹¹ Si veda, a tal proposito, *Abidogun v Frolan Health Care Limited* [2001] EWCA Civ 1821; [2002] L. & T.R. 16.

⁴⁹² *Milmo v Carreras* [1946] KB. 306 at 310, 311; *Parc Battersea Ltd v Hutchinson* [1999] 2 E.G.L.R. 33, at 34, 35.

⁴⁹³ Law of Property Act (LPA) 1925 s.205(1)(ix). Si vedano anche *Re Brooker* [1926] W.N. 93; *Re Berton* [1939] Ch. 200 at 203; CHALLIS, HENRY W. (Henry William), *Challis's Law of real property: chiefly in relation to conveyancing* 1841, p.333.

tra proprietario e *tenant*, che in origine non era affatto una *tenure* in quanto estranea alla *real property* e devoluta ai rapporti di *personalty*, è oggi l'unica *tenure* che genera un rapporto di rilevanza pratica.

Si tratta di una *tenure* non feudale e, naturalmente, non è stata influenzata dalla legge Quia Emptores del 1290, che si applica solo ai *fee simple* e quindi non impedisce la concessione di sublocazioni. Ed infatti, l'unica *tenure* feudale rimasta, la *socage*, è stata svuotata di ogni risvolto pratico nel corso dei secoli, mentre nel caso dei *leasehold* è quasi sempre dovuto un canone di locazione e il proprietario, sebbene quest'ultimo, ora privato del rimedio feudale del pignoramento⁴⁹⁴, ha il potere di risolvere la locazione se l'affittuario non adempie ai propri obblighi.

Come si è visto nella trattazione, nonostante il trascorrere dei secoli e il non sempre lineare percorso giuridico, i *leashold*, anche con riferimento alle proprie diverse categorie, continuano a dare origine a dei rapporti di *tenure* con conseguenze pratiche, nonostante la vetustà dell'istituto.

Ed infatti, nonostante i radicali cambiamenti apportati dalla riforma statutaria, i principi fondamentali del diritto di proprietà fondiaria rimangono gli stessi antecedenti alla legislazione del 1925. La terra è ancora oggetto di *tenure* feudale; il Sovrano rimane il signore supremo di tutte le terre del Regno; ogni appezzamento di terra è ancora di proprietà di un signore e il massimo interesse che un soggetto può avere sulla terra è ancora un *fee simple* e nulla più⁴⁹⁵.

Il titolo di “*tenant in fee simple*” è ancora la descrizione tecnicamente corretta della persona che è comunemente considerata il proprietario del terreno, e ogni trasferimento in *fee simple* sostituisce il nuovo *tenant* feudale al vecchio, come previsto dalla legge Quia Emptores del 1290. Tuttavia, come si vedrà, con riferimento a tutti gli effetti pratici, la proprietà in *fee simple* “non differisce dal dominio assoluto su un bene mobile se non per l'indistruttibilità fisica del suo soggetto”⁴⁹⁶.

La legislazione inglese ha dunque preferito sopprimere una ad una le conseguenze pratiche della *tenure* piuttosto che colpire alla radice la teoria della *tenure* in sé. Rimane quindi possibile che, in rari casi non coperti dalle riforme statutarie, si debba

⁴⁹⁴ Si veda, a tal fine, Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 s.71

⁴⁹⁵ CYPRIAN WILLIAMS, “*The fundamental principles of the present law of ownership of land*” (1931) 75 S.J. 848.

⁴⁹⁶ CHALLIS, HENRY W. (Henry William), *Challis's Law of real property: chiefly in relation to conveyancing* 1841.

ricorrere ai principi feudali che ancora oggi rappresentano la base più risalente del diritto fondiario britannico⁴⁹⁷.

L'unico campo in cui le norme derivate dalla *tenure* mantengono un'importanza pratica è, paradossalmente, quello dei *leasehold*, o del diritto dei proprietari e dei *tenant* (per usare il termine “*tenant*” nella sua accezione moderna, dunque quale conduttore, piuttosto che in quella feudale). Come si è visto, il *leasehold* si è sviluppato indipendentemente dal sistema feudale e, sebbene sia diventato una vera e propria *tenure*, non ha mai fatto parte della rete di *tenure* che collegava la proprietà terriera alla Corona.

Per la maggior parte degli scopi pratici, dunque, la *tenure* non è più di aiuto nella risoluzione dei problemi relativi ai diritti fondiari.

A chiusura della trattazione, non può non svolgersi una breve ricognizione dell'istituto del *trust* nel modello di proprietà fondiaria anglosassone.

Il *trust*, di fatti, costituisce uno degli istituti più emblematici e sofisticati del diritto inglese della proprietà. La sua genesi si intreccia con l'evoluzione della *equity*, ossia, come si è avuto modo di anticipare, con quella giustizia di matrice canonica e consuetudinaria che, a partire dal XV secolo, cominciò a temperare la rigidità delle regole del *common law*.

Si può dire che il percorso genetico del *trust* cominciò con il suo “predecessore” medievale, l'*use*, che nasceva come strumento per aggirare i divieti del diritto feudale, consentendo che la terra fosse formalmente intestata ad un *feoffee to uses* ma gestita a beneficio di un terzo, il *cestui que use*⁴⁹⁸.

L'evoluzione dell'*use in trust* segna un momento di rottura con il formalismo del *common law*: la *Court of Chancery*, riconoscendo la vincolatività morale dell'impegno fiduciario, impose al *feoffee* di adempiere agli obblighi verso il beneficiario, ponendo le basi della dualità tra *legal estate* (in capo al *trustee*) ed *equitable interest* (in capo al *beneficiary*)⁴⁹⁹.

Lo Statute of Uses del 1535, pur mirando a riassorbire questi meccanismi nella sfera legale, non riuscì a sopprimere il fenomeno fiduciario: l'*equity* reagì elaborando il *trust*, che nel tempo divenne lo strumento principe per la gestione flessibile e continuativa della proprietà immobiliare.

⁴⁹⁷ Nei rarissimi ed ormai residuali casi della cd. *escheat*

⁴⁹⁸ Halsbury's Laws of England, Real Property and Registration, op. cit. (Volume 87 (2022))

⁴⁹⁹ Halsbury's Laws of England, Real Property and Registration, vol. 87 (2022), § 102.

La funzione del *trust* nel diritto immobiliare inglese è inscindibile dalla storia della terra come bene economico e familiare. Il Settled Land Act 1882 e successivamente il Settled Land Act 1925 avevano già riconosciuto al titolare di un *life estate* ampi poteri dispositivi sul fondo, mantenendo tuttavia la proprietà sotto vincolo di *settlement*⁵⁰⁰.

Il sistema era costruito sul principio dello *strict settlement*, ossia sulla possibilità di vincolare la successione della terra attraverso una catena di *life estates* destinati a garantire la continuità patrimoniale della famiglia⁵⁰¹.

Questa struttura produceva inevitabili rigidità: nessun beneficiario disponeva mai della piena proprietà, e la gestione risultava complessa e frammentata. Le riforme del 1925 — e in particolare il Law of Property Act e il Settled Land Act — cercarono di superare tali vincoli, ponendo al centro il principio dell'*absolute ownership*, pur mantenendo il *trust* quale cornice di organizzazione della titolarità.

Con il Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996 (ToLATA), il legislatore ha operato una vera “rifondazione” del diritto fiduciario. Il ToLATA ha sostituito i precedenti *trusts for sale* con i *trusts of land*, conferendo ai *trustees* il potere — e non più il dovere — di vendere la terra e di amministrarla secondo criteri di gestione efficiente e conforme all’interesse dei beneficiari⁵⁰².

Tale innovazione ha avuto un valore sistematico: ha unificato il regime dei *successive* e dei *concurrent co-ownership interests*, superando la storica distinzione tra *settled land* e *trust for sale*⁵⁰³.

Il ToLATA riconosce ai beneficiari il *right to occupy trust land* quando ciò sia conforme allo scopo del *trust*, e attribuisce alla High Court poteri di controllo sull’esercizio della discrezionalità fiduciaria⁵⁰⁴. La terra detenuta in *trust* non è più mero oggetto di alienazione programmata, ma diventa bene gestito in modo strategico, anche per finalità collettive o pubbliche.

Nel diritto inglese contemporaneo, il *trust* si presenta come una struttura elastica di amministrazione della ricchezza immobiliare, capace di coniugare l’interesse individuale con la tutela collettiva.

⁵⁰⁰ MEGARRY & WADE, *The Law of Real Property*, 10th ed., § 9-006

⁵⁰¹ Ibidem.

⁵⁰² *Halsbury's Laws of England*, op. cit.

⁵⁰³ Secondo MEGARRY & WADE, infatti, “the 1996 Act introduced a unitary system of trusts of land to govern both successive and concurrent co-ownership”.

⁵⁰⁴ *Halsbury's Laws of England*, op. cit.

Il *trust of land* rappresenta oggi la principale forma di *co-ownership* giuridicamente riconosciuta: ogni co-titolarità legale è detenuta da *trustees*, mentre le quote economiche appartengono ai *beneficiari in equity*⁵⁰⁵.

Tale dualismo tra *legal ownership* ed *equitable ownership* – e, più sistematicamente, tra modello proprietario e modello possessorio - costituisce il fondamento operativo del diritto fondiario inglese e, al tempo stesso, la principale differenza rispetto al modello civilistico, come meglio si vedrà *infra*.

1.3 Meccanismi legali di aumento della potenzialità edificatoria (*Airspace Development*).

A differenza del modello statunitense che conosce i *Transfer of Development Rights* (TDRs) i quali, affiancati allo *zoning*, hanno contribuito allo sviluppo urbanistico del territorio statunitense⁵⁰⁶, il sistema anglosassone non ha mai annoverato degli effettivi sistemi di cessione di volumetria.

La crescente domanda di immobili residenziali ha creato, dunque, le giuste condizioni per aumentare l'offerta abitativa evitando di sfruttare ulteriore suolo in città come Londra che, negli ultimi decenni, hanno subito una progressiva e frenetica espansione territoriale.

È in questo contesto che si è sviluppato lo strumento dell'*Airspace Development* quale veicolo per l'aumento della potenzialità edificatoria senza ulteriore consumo di suolo e, dunque, anche in quadranti delle città già saturi.

Il fondamento giuridico che, decenni dopo, ha consentito lo sviluppo dell'*Airspace Development* è la celebre sentenza *Bernstein of Leigh v Skyviews & General Ltd* [1978] QB 479. Peculiare caso sottoposto all'attenzione dei Giudici anglosassoni, nel quale il ricorrente ha citato in giudizio per violazione dei confini della proprietà privata (il *trespass to land*⁵⁰⁷) una società (Skyviews & General Ltd) che aveva realizzato delle aerofotogrammetrie anche della proprietà del ricorrente.

Secondo il ricorrente (*pleintiff*) scattando la foto aerea, i convenuti avevano illegittimamente violato lo spazio aereo della sua proprietà. I convenuti, pur

⁵⁰⁵ Idem, con riferimento alla “*co-ownership*”.

⁵⁰⁶ Tra i tantissimi, si vedano R. C. ELLICKSON – V.L. BEEN, *Land Use Controls Cases and Materials*, Aspen, 2013, *passim*; P.J. PIZOR, *A review of Transfer of Development Right*, in *The Appraisal*, J, 1978, 3, p. 390; D. HEETER, *Six basis requirement for a TDR system*, in *transferable development rights*, Chicago American Society of Planning Officials, 1974, *passim*; J. COSTINS, *Space adrift: landmark preservation and market*, in Chicago University Illinois Press

⁵⁰⁷ Elliott & Quinn (2007)

riconoscendo di aver scattato la foto, hanno sostenuto di averlo fatto mentre sorvolavano una proprietà adiacente e che, comunque, in caso di sorvolo del terreno del ricorrente, si sarebbe presupposto il tacito consenso del proprietario del terreno.

Pur riconoscendo che la società, nello scattare l'aerofotogrammetria, aveva sorvolato il terreno del ricorrente, l'Alta Corte britannica ha espresso il seguente principio di diritto “*Non si ravvisa alcun sostegno giuridico alla tesi secondo cui i diritti di un proprietario terriero sullo spazio aereo sopra la sua proprietà si estendono a un'altezza illimitata*”, stabilendo che i diritti di un proprietario terriero sulla sua terra si estendono solo fino all'altezza necessaria per il normale uso e godimento della sua terra⁵⁰⁸.

A contrariis, con la limitazione dell'effettivo spazio necessario all'uso e al godimento della propria terra, se ne è ricavato che nulla ostasse, pianificazione territoriale a parte, alla realizzazione di superfetazioni sui tetti degli edifici già esistenti.

Infatti, tale diritto troverebbe dimora nei beni immateriali (*incorporeal hereditaments*) che, ovviamente, non sono affatto cose, ma diritti che, nonostante siano intangibili, l'ordinamento giuridico britannico ha classificato come *estates*, cosicché in caso di successione *ab intestato* prima del 1926 sarebbero stati trasmessi agli eredi, anziché ai parenti aventi diritto alle cd. *personalty*. I beni immateriali più importanti oggi sono le servitù e i profitti, oltre, ovviamente, al diritto di continuare a costruire al di sopra di un proprio edificio esistente⁵⁰⁹.

La normativa urbanistica delineata dal *Part 20 of the Town and Country Planning (General Permitted Development) Order 2015 (GPDO)* prevede la concessione di *airspace leases*, spesso di lungo termine (99–125 anni), per consentire la realizzazione di nuove unità abitative, commerciali o di infrastrutture tecnologiche (antenne, ripetitori, vani tecnici) soggette al *planning permission* locale e alla *building regulation compliance*.

Un contratto di *airspace lease* è, dunque, un contratto tra un proprietario immobiliare e un *lessee* che concede a quest'ultimo il diritto di utilizzare e sviluppare lo spazio aereo sopra un determinato immobile.

Il contratto può regolare i diritti e gli obblighi specifici di entrambe le parti, compresa la durata del *lease*, i canoni, gli usi consentiti dello spazio aereo e le eventuali restrizioni o condizioni relative alla costruzione o all'installazione di strutture.

⁵⁰⁸ *Bernstein of Leigh v Skyviews & General Ltd* [1978] QB 479.

⁵⁰⁹ MEGARRY & WADE, op. cit.

Appare evidente che l'*Airspace Development* costituisca lo strumento più simile alla cessione di volumetria che la normativa anglosassone abbia sinora previsto. E d'altronde, anche la necessità che si stipuli un contratto di *lease* tra il proprietario ed il *lessor* ben sottolinea il fondamento negoziale, e dunque, privatistico dell'istituto - ferme le applicabili limitazioni urbanistiche.

2. *Confronto funzionale e spunti de iure condendo.*

La trattazione appena svolta aiuta a comprendere come, seppure attraverso un percorso più complesso e graduale, anche nel *common law* si sia giunti a mettere in discussione e, per un certo verso, a superare il sistema di valori di matrice medioevale, per approdare a principi più prossimi con quelli propri dei sistemi europei continentali. Ciò è vero in termini generali, ma, sul piano concettuale, la *real property* resta tuttavia ancorata a paradigmi elaborati nel contesto feudale.

Non sorprende, dunque, che, nonostante il profondo mutamento dell'organizzazione sociale ed economica, la *property law* continui a modellarsi sulle categorie concettuali del precedente assetto, producendo, sul piano delle tecniche giuridiche, risultati *sui generis*. In tal senso, è significativo notare come la *property law* mantenga tuttora una cifra identitaria propria, evidente sia nella terminologia che impiega, sia nel suo sostrato teorico.

Nella tradizione del *common law*, infatti, il termine *ownership* designa, come già ricordato, la titolarità di diritti sui beni.

È quasi banale evidenziare che, a monte, il principio – tuttora formalmente vigente – secondo cui tutte le terre appartengono alla Corona, e ogni proprietario le detiene *in the name of the Sovereign* è il punto più divergente dalla concezione romanistica e, dunque, continentale, del diritto di proprietà di un bene immobile.

Nonostante l'*ultimate ownership* conservi ad oggi valenza più simbolica che pratica, essa racchiude, ancora, una delle concezioni portanti della tradizione proprietaria del *common law*, che si traduce nell'autonomia concettuale del modello inglese rispetto all'omologo continentale.

Ed infatti, il raffronto tra i sistemi di *common law* e *civil law* in tema di proprietà immobiliare appare quasi inoperabile, nonostante le recenti spinte alla maniera “continentale” del sistema fondiario britannico.

Eppure, si potrebbe obiettare, che certamente anche tutti gli ordinamenti continentali hanno conosciuto, prima o dopo, più a lungo o più brevemente, la monarchia.

Tuttavia, e ciò è incontestabile, nessuno degli ordinamenti con tradizione romanistica ha vissuto così immutabilmente e senza soluzione di continuità il fenomeno della monarchia nazionale unita sotto la Corona (la quale, certo, pur cambiava dinastie al trono) e che, già dal 1214⁵¹⁰, mostrava dei primi embrioni di principi para democratici. Ne deriva che, nei sistemi di *common law*, non esistono – nel significato che il termine assume per il giurista continentale – veri e propri *absolute owners*. I titolari di *property rights* sono considerati, infatti, soggetti legittimati, in virtù di un titolo valido, alla *possession*⁵¹¹, ma non titolari di una *ownership* piena e assoluta paragonabile alla proprietà del *civil law*.

Ed infatti, sebbene l'*ultimate ownership* in capo alla Corona rappresenti un retaggio dell'organizzazione feudale, ancora oggi il *common law* non conosce l'idea di una proprietà assoluta, indipendente da rapporti di concessione sul bene, in quanto ritenuta del tutto incompatibile con la persistente appartenenza di tutte le terre alla Corona. Questo assetto riflette l'impostazione tuttora vigente nel sistema inglese in materia di *real property*, considerata – per un retaggio storico – la forma di ricchezza per eccellenza, e dunque spettante, in ultima istanza, alla Corona e la allontana, quantomeno nel quadro dei principi generali, dalla intangibilità della proprietà privata di concezione continentale.

Non a caso, il “proprietario” di un bene immobile è designato come *tenant* (in *fee simple*), termine che rimanda direttamente al rapporto di *tenure* o *concessione*, ancora oggi formalmente impiegato per descrivere le situazioni proprietarie concernenti diritti immobiliari.

Sebbene il sistema delle *tenures* feudali sia stato formalmente abolito – perdendo il suo significato originario - esso conserva un rilievo concettuale cruciale per la comprensione della moderna *property law*, e pur continua a rappresentare la chiave interpretativa della concezione immateriale della proprietà, intesa come titolarità di diritti e non come appartenenza di cose.

Diversamente, la proprietà privata continentale, anche solo con riguardo a quella dell'ordinamento italiano, è il diritto *par excellence*, immutabile, non coercibile (se

⁵¹⁰ Già dalla *Magna Charta* Giovanni Senzaterra fu costretto a riconoscere ampi poteri al Council of Nobels, tra i quali l'introduzione del *fair trial*, esautorando il Re del potere giudicante, nonché con il divieto di elevare nuovi tributi al popolo senza, appunto, la previa consultazione del Council of Nobels.

⁵¹¹ Williams, *Principles of Law of Real Property*, op. cit.

non tramite strumenti espressamente previsti dalla legge, e dietro indennizzo) e potenzialmente perpetuo.

Ed infatti, seppure il rapporto di *tenure* dia luogo alla costituzione di una situazione giuridica (*estate*) sostanzialmente equivalente a un diritto pieno di godimento (si pensi al *fee simple*), il *common law* la continua a concepire come astratta e temporalmente modulabile. L'*estate* rappresenta, sotto questo profilo, un'unità di tempo del diritto d'uso e di godimento su un bene immobile. Ne consegue che la resistenza, nella *real property*, di principi di matrice storica che rinviano all'era feudale impone ancora oggi una lettura relazionale e temporale dei rapporti proprietari, negando – almeno sul piano teorico – la configurabilità di una relazione appropriativa assoluta e definitiva tra individuo e bene.

Diversa è la situazione della *personal property*, che, non essendo soggetta all'*ultimate ownership* della Corona, può essere oggetto di rapporti appropriativi veri e propri, questi, sì, assai più vicini e sostanzialmente coincidenti con quelli del *civil law*, e di situazioni di appartenenza assimilabili alla proprietà piena e assoluta. Se l'*estate* concerne, pertanto, esclusivamente la *real property* e la allontana quasi inconciliabilmente dai sistemi di assetto proprietario del *civil law*, il punto di minor distanza tra i due ordinamenti – beninteso, sempre discorrendo di proprietà – è riferibile proprio alla *personal property*, la quale non può subire alcuna limitazione nel tempo e nel godimento del bene.

2.1. Potenziali punti di contatto (o divergenza) tra il *civil law* ed il *common law*.

Già dalla disamina svolta, pare emergere chiara la difficoltà di svolgere un'analisi comparatistica tra i sistemi di *civil law* e di *common law*, anche sintetica, con riferimento ai profili proprietari.

E d'altronde, la misura di un'indagine comparatistica potrebbe trovar dimora nella comparazione tra modelli proprietari e possessori che, tuttavia, anch'essa rischia di scontrarsi con delle divergenze, anzitutto semantiche, che la renderebbero particolarmente scivolosa. Il primo e più evidente rischio è rappresentato dalla circostanza che, nel tentativo di rendere più comprensibile la trattazione, si finisca per smarrire la specifica identità concettuale dei diversi ordinamenti. L'assonanza tra

property e proprietà può facilmente indurre in errore, poiché i due termini si riferiscono a campi applicativi e categorie giuridiche profondamente differenti⁵¹².

Tuttavia, un'analisi, seppur sintetica e, ovviamente, senza alcuna pretesa di esaustività, si impone in questa sede: la cifra deve necessariamente essere il rapporto che in ambo i sistemi di *common* e *civil law* intercorre tra i sistemi proprietari e possessori.

In tal senso, si dimostra utile volgere lo sguardo all'istituto dell'*adverse possession* (o prescrizione acquisitiva) nel sistema di *common law*, proprio per ottenere la misura del rapporto intercorrente tra possesso di fatto e titolo espresso – e, conseguentemente ed in tono più generale, tra *property* e *possession* – all'interno del citato sistema.

Originariamente – e prima della riforma del 2002 con il Land Registration Act - l'*adverse possession* si configurava come una relazione di fatto con il bene, esercitata al di fuori di un contesto di titolarità formale e protratta per un periodo di tempo determinato (*limitation period*), al cui spirare il titolo di proprietà si consolidava – non già nasceva – in favore dell'*adverse possessor*⁵¹³.

Il titolo, infatti, prende origine nel momento stesso in cui il possesso viene validamente instaurato, ma acquista stabilità giuridica solo con il decorso del termine legale. Fin dall'inizio, tuttavia, il soggetto che detiene la *actual possession* del bene dispone di una posizione opponibile *erga omnes*, fatta eccezione per chi sia in grado di dimostrare un diritto fondato su un *better title*.

Tale titolo produce effetti sin dall'instaurazione del possesso, attribuendo immediatamente al possessore strumenti di tutela giuridica efficaci. L'idea, accolta anche nella disciplina dell'*adverse possession*, è che il possesso, quale manifestazione del titolo, ne costituisca il fondamento stesso⁵¹⁴.

Dal principio del *possessory title* discende che il possesso, purché non acquisito con la violenza, può fungere da base per la costituzione di un nuovo titolo e stabilizzarsi qualora ricorrano le condizioni previste dalla legge.

L'impianto teorico così delineato consente, in altri termini, di considerare il titolo possessorio immediatamente esistente, sebbene in una forma instabile e provvisoria, anche quando derivi dalla lesione del diritto altrui per effetto dello spossessamento.

Proprio su tale principio si fonda l'intima natura dell'*adverse possession*: quando il possesso su un immobile viene esercitato ininterrottamente per un determinato periodo

⁵¹² BRACON (DE), H., *De Legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque*, Londini, 1640,

⁵¹³ Si veda, ASHER V. WHITLOCK, 1965, L.R. 1 Q.B. 1.

⁵¹⁴ MEGARRY & WADE, op. cit.

di tempo (*limitation period*) in opposizione al *true owner*, esso comporta il riconoscimento, in capo all'*adverse possessor*, di un titolo opponibile anche al proprietario originario.

Il titolo, *title to land* è tuttavia instabile: qualora, infatti, non avvenga pacificamente il decorso del *limitation period*, tale titolo è facilmente avversabile dal proprietario "legittimo" che può giudizialmente contestarlo. Viceversa, qualora il proprietario originario lasci scorrere inutilmente il *limitation period* (oggi fissato in 12 anni ai sensi del Limitation Act 1980, sec. 15 (1)) il *title to land* si consoliderà con la conseguente decadenza, per il proprietario originario, di riscattare il proprio bene sulla base di un *better title*.

Le differenze con la cugina continentale, l'usucapione, sono evidenti *ictu oculi*: se la *possessio ad usucapionem* rappresenta una mera situazione di fatto, destinata a produrre, solo con il decorso del tempo, l'effetto acquisitivo della proprietà, l'*adverse possession* determina, almeno in linea teorica, la nascita immediata di un *legal title to land*⁵¹⁵.

Insomma, gli schemi legali dei due istituti sono ribaltati: il decorso del tempo nel possesso *ad usucapionem* genera un idoneo titolo di proprietà allo scadere di tale tempo, pur con efficacia *ex tunc*; il decorso del *limitation period* nell'*adverse possession*, invece, consolida un titolo già formato *ab origine* e che viene sottratto, proprio allo spirare del *limitation period*, a qualunque pretesa mossa dal proprietario originario.

Tuttavia, la disciplina così descritta ha subito un importante intervento di modifica con il Land Registration Act del 2002, a mezzo del quale l'ambito applicativo dell'istituto è stato drasticamente ridotto: l'*adverse possession* può maturare solo nei confronti dei titoli non registrati (*unregistered land*)⁵¹⁶, viene rafforzata la posizione del proprietario originario e, in generale, bilanciati gli interessi del *possessor* e dell'*owner* e, soprattutto, l'effetto acquisitivo al termine del *limitation period* si produce, rispetto agli acquisti immobiliari soggetti a iscrizione, all'esito di una procedura in contraddittorio, instaurata su istanza di iscrizione presentata dall'*adverse possessor*.

La peculiarità, tuttavia, del possesso nell'esercizio dell'*adverse possession* si rinviene proprio nel suo carattere *adverse*, e di ciò si trova espresso riconoscimento nella celeberrima sentenza *J. Pye (Oxford) Ltd. v. United Kingdom*.

⁵¹⁵ L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit

⁵¹⁶ Land Registration Act, Section 96.

Esso, infatti, deve essere consapevolmente divergente dall'interesse del proprietario originario, di opporsi al relativo titolo ed essere funzionale, per il possessore, di divenire egli stesso il proprietario.

Ed infatti, qui emerge la seconda differenza con l'usucapione: se nell'istituto di *civil law*, infatti, non rileva propriamente l'intenzione del possessore di divenire proprietario a titolo originario del bene, nell'*adverse possession* il *possessor* deve nutrire la volontà di spogliare il titolare originario della proprietà del bene, e deve manifestarla fenomenicamente nel corso del *limitation period*⁵¹⁷.

Sorge spontaneo l'interrogativo circa la virtuosità di tale previsione normativa nel sistema di *common law*: ebbene, in estrema – e quasi brutale – sintesi, la *ratio* è da rinvenirsi nella funzione premiale e di utilità sociale che l'ordinamento intende riconoscere non solo allo status, ma anche all'attività, all'utilizzo di risorse personali e materiali nella cura e nello sviluppo del bene in questione in capo all'*adverse possessor*; biunivocamente collegato anche al detrimento che il medesimo ordinamento ritiene di dover comminare allo “*sleeping owner*” che, invece, ha mantenuto una posizione proprietaria sterile ed immobilista⁵¹⁸.

Lo stesso intento sanzionatorio, tuttavia più mitigato, può rilevarsi anche nell'usucapione, ove l'ordinamento premia il possessore ventennale riconoscendogli il titolo di proprietà originario a tutto svantaggio del proprietario che, specularmente, per venti anni non si è curato del bene.

Con uno slancio prospettico maggiormente orientato all'utilità sociale dell'istituto, parrebbe delinearsi una certa affinità tra i modelli di possesso e proprietà, nella misura in cui essi potrebbero esprimere la medesima logica allocativa ed economica: quella di assicurare forme efficienti di utilizzazione, distribuzione e circolazione della ricchezza, ed anzi, per la miglior dottrina, forse anche più “nobile” della proprietà esercitata in forma sterile⁵¹⁹.

Tali riflessioni assumono rilievo anche nella prospettiva comparatistica: riconoscere che, nel *civil law*, il possesso non solo manifesti un valore economico autonomo, ma sia funzionalmente connesso ai modelli proprietari, avvicina sensibilmente il sistema

⁵¹⁷ L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit.

⁵¹⁸ Tali principi si ricavano anche dalla decisione della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo nella decisione del caso Pye ad essa sottoposto: Application no. 44302/02.

⁵¹⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, secondo il quale: “*il proprietario ha diritto di far suoi i frutti ma se tale diritto non è esercitato appare più meritevole di tutela il possessore di buona fede, che s'interessa della cosa sfruttandone la produttività senza voler ledere il diritto altrui e realizzando per ciò stesso un fine di utilità sociale*”.

italiano alle teorie possessorie del *common law*. In quest'ultimo, infatti, l'intera *real property* è strutturata sul primato della *possession* e sulla sua funzione di raccordo tra uso effettivo e titolarità formale: una relazione efficacemente sintetizzata dall'idea secondo cui il possesso costituisce il fondamento stesso del titolo e la tutela proprietaria si identifica con la protezione del godimento fisico del bene.

Pertanto, pur nella diversità delle premesse concettuali, sul piano operativo il possesso realizza logiche di tutela analoghe a quelle della *possession* di *common law*, poiché entrambe rispondono agli stessi obiettivi funzionali: garantire la stabilità del godimento e la razionale allocazione della ricchezza, integrando così il principio proprietario entro una prospettiva dinamica e relazionale.

D'altronde, anche la più pratica e "terranea" comparazione tra usucapione e *adverse possession* è in grado di stimolare delle importanti riflessioni in termini comparatistici: la prima prospettiva conferma l'esistenza di un rapporto strutturale tra modelli proprietari e possessori, tanto nel *common law* quanto nel *civil law*, che può dirsi sostanzialmente equiparabile se si considerano, rispettivamente, le discipline positive e le prassi operative, da un lato, e le logiche funzionali sottese ai due sistemi, dall'altro. La seconda, invece, mette in luce un significativo squilibrio tra *civil law* e *common law* con riguardo ai rapporti tra proprietà, possesso e sistema di pubblicità immobiliare. In tale prospettiva, le premesse storiche e concettuali poste alla base dell'analisi risultano profondamente rimesse in discussione nel *common law*, proprio in ragione del mutato rapporto tra modelli di appartenenza e strumenti di pubblicità immobiliare, verificatosi a partire da una determinata fase evolutiva, che indubbiamente deve essere ricondotta al Land Registration Act del 2002⁵²⁰.

Se, infatti, il principio proprietario e le logiche che ne sorreggono l'assetto sistematico rispondono all'esigenza di assicurare lo sfruttamento ottimale, la gestione razionale e la sicura circolazione delle risorse, non si può negare che, in presenza di un sistema di pubblicità immobiliare dotato di efficacia costitutiva e di elevata forza probatoria, si determini una progressiva attenuazione delle ragioni di riconoscimento e tutela del *possessory title*.

In buona sostanza, in presenza di un sistema tavolare con efficacia costitutiva⁵²¹, perde di vigore la funzione stessa della *possession* come fino a quel momento riconosciuta,

⁵²⁰ Halsbury's Laws of England (Real Property and Registration, vol. 87).

⁵²¹ Dopo il LRA del 2002, infatti, nel sistema di Common Law inglese la trascrizione non esplica effetti meramente dichiarativi, ma assume natura costitutiva del titolo, al quale è riconosciuta una particolare

anche ai fini del riconoscimento, in capo al possessore, di un fascio di diritti assimilabili, se non identici, a quelli di un proprietario alla maniera continentale.

efficacia probatoria. Si presume, infatti, una piena corrispondenza tra le risultanze dei registri e la reale titolarità del diritto iscritto, con la conseguenza di agevolare e rendere più sicura la circolazione dei diritti immobiliari.

CAPITOLO V

Conclusioni

Come si è avuto modo di osservare nell'elaborato, l'approccio evidentemente positivista della trattazione che sempre ha avuto come "stella polare" la Novella introduttiva del n. 2bis all'art. 2643 c.c. non si è rivelato sufficiente a fornire una prospettiva chiara non solo del futuro dell'istituto, ma anche solo di una sua appagante catalogazione. E ciò non può che essere ricondotto al critico grado di incompiutezza dell'intervento normativo in parola come già abbondantemente vagliato e rappresentato.

Eppure, l'intenzione fu nobile: il Legislatore nazionale, avvedutosi del proliferare dell'istituto della cessione di volumetria, nella sua misura di accordi di micropianificazione tra privati già a partire dalla Legge Ponte⁵²² (cfr. Cap. I § 2), ha inteso introdurre disciplinare quantomeno gli aspetti trascrittivi di certi fenomeni contrattuali.

La priorità che il Legislatore ha inteso trasferire nella previsione normativa, dunque, si è tradotta nella tutela per i terzi e gli aventi diritto, sì da evitare criticità che si sarebbero potute verificare in caso di inopponibilità ai terzi del trasferimento di diritti edificatori.

Ed in assenza di un'ombra di disciplina in tal senso, la nutritissima dottrina ha fornito diverse ricostruzioni dell'istituto.

Tuttavia, su alcune di esse si è abbattuta la scure della giurisprudenza che ha fornito delle interpretazioni nomofilattiche della Novella.

Si pensi, ad esempio, alla teoria "realista"⁵²³ (cui diffusamente si rinvia al Cap. II § 2.3) che, seppur proposta ben prima della Novella, dopo l'intervento normativo ha guadagnato anche maggior vigore. A mente dei suoi sostenitori, come si è visto, il carattere reale del diritto edificatorio sarebbe stato consacrato dal nuovo dato letterale dell'art. 2643, n. 2-bis c.c., letto in combinato disposto con il successivo n. 3 della medesima disposizione: mentre il primo — come noto — impone la trascrizione dei contratti costitutivi, modificativi o traslativi dei diritti edificatori "comunque

⁵²² M. LEO, *Il trasferimento di cubatura* op. cit.

⁵²³ Tra i tanti già citati si rinvia a: G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, op. ult cit.; GRASSANO, *La cessione di cubatura, ecc.*, in *Giur. it.*, 1990, 388; M. LIBERTINI, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in GALGANO (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Tomo III, Torino, 1995*; DE MARTINIS, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.* 1996, II, p.223. LANGELLA, *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, in *Vita not.* 2007

denominati”, il secondo prescrive la trascrizione dei contratti costitutivi della comunione “dei diritti menzionati ai numeri precedenti”. Muovendo dal presupposto per cui la comunione può configurarsi soltanto in relazione al diritto di proprietà o ad altri diritti reali, la collocazione sistematica del n. 2-bis all’interno della norma lascerebbe intendere l’*intentio legislatoris* di ricondurre, sia pure implicitamente, i diritti edificatori al novero delle situazioni giuridiche soggettive di natura reale. Diversamente, se il legislatore avesse inteso escludere tali diritti dalla richiamata categoria, avrebbe potuto collocare la previsione in un autonomo n. 3-bis, così da sgombrare il campo da ogni possibile ambiguità interpretativa.

Secondo la dottrina più avvertita⁵²⁴, la Novella non si sarebbe limitata ad estendere il regime della trascrizione alle vicende circolatorie dei diritti edificatori, ma avrebbe finito per introdurre, seppur in via indiretta, un nuovo diritto reale. Tuttavia, l’indagine sull’effettiva portata della riforma e sulla sua eventuale funzione tipizzante non può esaurirsi al mero dato letterale — di per sé tutt’altro che univoco — in assenza, come nel caso di specie, di una chiara e puntuale definizione normativa dell’istituto.

Va inoltre sottolineato che una norma volta unicamente a disciplinare l’onere di trascrizione non può, di per sé, qualificare il diritto oggetto di pubblicità come reale⁵²⁵. E di fatti, la natura reale di una situazione giuridica presuppone il concorso dei caratteri della tipicità, dell’immediatezza e dell’assolutezza⁵²⁶, con particolare riferimento al requisito dell’inerenza reale, che costituisce il tratto distintivo dei diritti reali in senso proprio. Di talché sono emersi aspetti critici della ricostruzione realista con espresso riferimento alle caratteristiche del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali, tra essi l’assenza nel Codice civile di alcuna disposizione che assegni, senza possibilità di interpretazione contraria, carattere di realtà ai diritti edificatori, che dunque svuota di significato i requisiti del *numerus clausus* e della tipicità, in assenza dei quali non può adottarsi alcuna interpretazione analogica che collochi l’uno o l’altro diritto al novero dei diritti reali.

⁵²⁴ L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, op. ult. cit.; G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, op. ult. cit.

⁵²⁵ E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall’art. 5 del decreto sviluppo*, in Urb. app., 2011.

⁵²⁶ Sia consentito rinviare, per tutti, a R. CARLEO, S. RUPERTO, S. MARTUCCELLI, *Istituzioni di diritto privato*, Dike Giuridica, 2023

La scure che ha definitivamente privato di vigore la teoria realista, poi, è caduta con la già affrontata sentenza 16080/2021 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, la quale ha esplicitamente escluso la natura reale del diritto edificatorio⁵²⁷.

Diversamente, la teoria reificatrice della cubatura, pur sostenuta da nutrita dottrina, non ha subito una confutazione così netta da parte della Novella stessa o da sue successive interpretazioni giurisprudenziali. La dottrina origina dall'art. 810 c.c. e dall'interpretazione estensiva della lettera della disposizione "sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti" la quale invece a stretto rigore, definirebbe beni solo quelli che possono altresì rientrare nella definizione di cose, nel senso materiale e corporale della *res*⁵²⁸. Il diritto edificatorio, secondo tale dottrina, rientrerebbe nella categoria dei beni immateriali immobili. Tuttavia, come si è visto, l'impossibilità di ricondurre il bene cubatura al terreno cui comunque deve afferire, anche in una fase eventuale e successiva del rapporto contrattuale, destituirebbe di fondamento l'affrontata teoria.

Come si è avuto già modo di notare, il carattere immateriale del bene volumetrico poi, nella sua intrinseca indipendenza rispetto alla *res* sottostante, che sia il fondo di origine o di destinazione, ne rende impossibile l'effettiva fruizione ed inconcepibile, dunque, nella sempre necessaria realizzazione degli interessi ad essa collegati⁵²⁹.

Pertanto, non potendosi riscontrare il connotato dell'utilità previsto dall'art. 810 c.c. deve necessariamente escludersi una rilevanza giuridica in termini di «bene».

Staccare la cubatura dal terreno edificabile per poterlo inserire tra i beni (immateriali) di cui all'art. 810 c.c. potrebbe rivelarsi, dunque, operazione non estremamente utile, avuto anche riguardo alla conseguente distinzione tra titolarità del bene e sua utilizzabilità o concreta funzione. Si arriverebbe in tal modo a doppiare una vicenda, intimamente unitaria, con una prima fase privatistica, che ipotizza l'esistenza di diritti soggettivi, ed un'altra pubblicistica basata su interessi legittimi⁵³⁰.

⁵²⁷ Così gli Ermellini: "la cessione di cubatura, con la quale il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore e, formandone un diritto a sé stante, lo trasferisce a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo, è atto: - immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale; - non richiedente la forma scritta ad substantiam ex art. 1350 c.c.; - trascrivibile ex art. 2643 c.c., n. 2 bis;"

⁵²⁸ G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto*, op. ult. Cit.

⁵²⁹ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. ult. Cit.

⁵³⁰ Id.

E proprio dall'illogicità di dividere una vicenda che racchiude in uno la vicenda privatistica e quella pubblicistica del trasferimento e dello sfruttamento della volumetria in termini edificatori, tra le ricostruzioni fornite la più convincente appare proprio la *chance* volumetrica.

La volumetria, all'atto del suo sfruttamento edilizio non può che rappresentare un interesse legittimo pretensivo nutrito dal privato nei confronti del Comune, titolare del potere di rilascio del permesso di costruire maggiorato (e non). L'insegnamento della giurisprudenza sulla risarcibilità degli interessi legittimi è ormai notissimo e non può essere ignorato, soprattutto in questa sede⁵³¹.

L'interesse legittimo pretensivo suscettibile non solo di valutazione economica, ma anche di risarcibilità in caso di lesione da parte della P.A. medesima, non può che indicare la via per la teoria ricostruttiva del diritto edificatorio in termini di *chance* che, a modesto parere, sembrerebbe la più coerente con la natura dell'istituto e, contestualmente, con la soddisfazione dello stesso, questa sia sotto il profilo eminentemente edilizio che sotto quello squisitamente "speculativo".

A ben vedere, dunque, la riconduzione del diritto edificatorio alla categoria della *chance* volumetrica rappresenta lo strumento che meglio si adatta anche alla più problematica condizione del diritto edificatorio stesso, ovvero il cd. "volo".

I c.d. "crediti in volo" trovano una propria giustificazione teorica e una concreta attualità nella prospettiva che considera la *chance* edificatoria come autonoma rispetto al vincolo materiale al suolo. Infatti, pur essendo vero che il permesso di costruire è rilasciato sulla base di un progetto che presuppone la disponibilità di un diritto reale su un fondo edificabile, è altrettanto vero che, per il titolare di una potenzialità edificatoria "in volo", l'acquisto del terreno rappresenta un adempimento strumentale all'esercizio del diritto edificatorio e alla realizzazione dell'interesse ad esso sotteso,

⁵³¹ Così le Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 500/1999: "*La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra nelle fattispecie della responsabilità aquiliana (ovvero responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.) solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo*".

ma non una condizione ontologica della configurabilità giuridica del credito medesimo. La legittimazione a edificare, intesa come diritto incorporato in un titolo edilizio o urbanistico, può dunque temporaneamente distaccarsi dal suolo e circolare in attesa di “atterrare” su un fondo ricevente, in un quadro normativo che — a certe condizioni — consente la mobilitazione di tale *chance* indipendentemente da una originaria relazione reale col terreno⁵³².

La miglior adattabilità della *chance* sia al dettato normativo che alle interpretazioni nomofilattiche fattene dalla giurisprudenza civile è testimoniata anche dalla possibilità di configurare anche un profilo *inter partes*, sebbene in termini non primari. Nel caso di un contratto traslativo soggetto a trascrizione, può ben accadere che il *tradens* disponga nuovamente del medesimo bene prima che la formalità pubblicitaria sia eseguita. In tale evenienza, secondo l’orientamento dominante in dottrina e giurisprudenza, sorge in capo al *tradens* un vincolo obbligatorio di indisponibilità, la cui violazione integra un inadempimento contrattuale, comportando l’obbligo risarcitorio nei confronti del primo avente causa⁵³³.

E similmente, nella cessione della *chance* edificatoria, si configura un duplice vincolo nel lasso temporale antecedente alla trascrizione: da un lato, l’impegno alla non disponibilità della volumetria ceduta, e dall’altro, l’obbligo di astensione dal suo esercizio diretto, mediante richiesta di permesso di costruire sulla base della cubatura oggetto di cessione⁵³⁴.

La sintesi delle ricostruzioni già fornite al Cap. II, dunque, parrebbe dimostrare che la *chance* volumetrica rappresenti l’istituto che maggiormente si adatta alle caratteristiche normative ed alle relative interpretazioni della giurisprudenza fornite in materia di diritti edificatori⁵³⁵ e che, come anche già si è affrontato diffusamente (Cap. III § 4) circolerebbe a mezzo di contratto ad effetti reali ex art. 1376 c.c. il quale, ove contiene la previsione del trasferimento anche «di altro diritto», non ne escluderebbe la circolazione analogamente alla circolazione del diritto di credito anche solo sperato. Si è già detto che le numerose ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali cui si è fatto sintetico accenno in questa sede dimostrano l’insufficienza dell’intervento legislativo.

⁵³² F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, op. ult. cit.

⁵³³ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, Vol. I, Milano, 1993

⁵³⁴ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, op. ult. cit.

⁵³⁵ *A contrariis*, si veda A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori fra tecniche perequative e compensative*, in *Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale*, cit.

Eppure, ci si deve chiedere, dopo ormai quindici anni (nel momento in cui si scrive) dalla Novella, e nonostante i tanti spunti offerti soprattutto dalla giurisprudenza, a cosa si è giunti.

Secondo la migliore dottrina, infatti, già nel 2012 si riteneva che fosse indispensabile una puntuale disciplina legislativa che regolasse la cessione di volumetria, dal momento che non sarebbe risultata sufficiente l'interpretazione analogica, assiologica o costituzionalmente orientata, magari con improprio richiamo all'art.47 Cost.⁵³⁶, che tuttavia pure è stata proposta anche in materia di trascrizione, per risolvere il problema, applicando il principio della priorità della trascrizione del pignoramento immobiliare rispetto a quella della cessione⁵³⁷.

E di fatti, recentemente alla Camera dei Deputati è stata depositata la proposta di Legge per la “Delega al Governo per il riordino delle disposizioni legislative in materia di edilizia e costruzioni” Atto Camera 2332.

Come si ricava dal dossier per l'esame del progetto di legge⁵³⁸, tra i principi e i criteri direttivi oggetto di delega rientra *“f)-g) definire i principi fondamentali della pianificazione urbanistica - tra cui il principio di sostenibilità e resilienza della pianificazione, garantendo il diritto delle generazioni attuali e future ad abitare il territorio e le città, preservando le risorse naturali disponibili, nonché il principio di inclusività, garantendo che le infrastrutture e i servizi siano fruibili da tutte le categorie di cittadini, nonché sostenendo le imprese locali nel promuovere la diversità economica all'interno della città - e i principi fondamentali sulla struttura e sugli effetti dei piani urbanistici, anche con riguardo alle misure di perequazione e ai diritti edificatori”*.

⁵³⁶ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione, op. ult. Cit.*

⁵³⁷ Così, infatti, G. PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a “diritti edificatori” (c.d. cessione di cubatura o volumetria)*, in www.gaetanopetrelli.it.

⁵³⁸ L'Atto camera 2332, al cui comma 1 dell'articolo 1 delega il Governo ad adottare, entro 6 mesi dalla data di entrata in vigore della proposta di legge, uno o più decreti legislativi, volti ad aggiornare e riordinare sotto il profilo formale e sostanziale le disposizioni legislative vigenti in materia di edilizia e pianificazione urbana, anche in recepimento e attuazione della normativa europea, apportando le modifiche volte a garantire o migliorare la coerenza, la logica sistematica e la chiarezza delle disposizioni medesime, contestualmente enuncia i principi e criteri direttivi oggetto della delega legislativa tra i quali, quello di maggiore interesse *“f)-g) definire i principi fondamentali della pianificazione urbanistica - tra cui il principio di sostenibilità e resilienza della pianificazione, garantendo il diritto delle generazioni attuali e future ad abitare il territorio e le città, preservando le risorse naturali disponibili, nonché il principio di inclusività, garantendo che le infrastrutture e i servizi siano fruibili da tutte le categorie di cittadini, nonché sostenendo le imprese locali nel promuovere la diversità economica all'interno della città - e i principi fondamentali sulla struttura e sugli effetti dei piani urbanistici, anche con riguardo alle misure di perequazione e ai diritti edificatori”*

La proposta di legge prende spunto dalla confusione delle legislazioni regionali con riguardo agli istituti della perequazione e della compensazione urbanistiche, ponendosi come obiettivo l'armonizzazione a livello statale delle forme di urbanistica consensuale, dedicando un passaggio anche alla Novella di cui al DL 70/2011 introduttivo del n.2bis all'art. 2643 c.c.

Eppur sembra presente il rischio - nell'ambito di un intervento normativo tanto ambizioso da prefiggersi di aggiornare un Testo unico con ormai ventiquattro anni sulle spalle⁵³⁹ - che ai diritti edificatori non venga riconosciuta la dovuta rilevanza.

Diversamente, nello schema di Ddl Delega per la riforma del Testo Unico edilizia licenziato dal Consiglio dei Ministri il 5 dicembre 2025, ai diritti edificatori non si fa alcuna menzione.

Eppure, la pur vituperata Novella legislativa del 2011 continua a fornire più di qualche spunto.

Si è già parlato del ruolo svolto dalla micropianificazione privata che già dagli anni Settanta, in Italia, ha consentito la proliferazione di accordi privatistici che erano addirittura in grado di "aggirare" i limiti che gli strumenti urbanistici recepivano dalla normativa nazionale con riferimento agli standard planovolumetrici. E, forse, proprio in quel contesto si è davvero manifestata quella funzione sociale assegnata dall'autonomia privata che richiama quest'ultima a regolare non solo gli interessi individuali delle parti dell'accordo privatistico, ma che assurge a volano dell'utilità sociale di cui costituisce in un limite ed obiettivo, così come ci è stato eminentemente indicato dalla migliore dottrina⁵⁴⁰.

L'utilità sociale che germoglia negli atti di autoregolazione privata può e deve, infatti, rappresentare lo scopo essenziale degli atti medesimi ed assottigliare la distinzione tra pubblico e privato elevandone le vicende a funzione sociale generale⁵⁴¹.

⁵³⁹ Seppur aggiornato nel corso degli anni, tuttavia sempre con l'adozione della decretazione d'urgenza: DL 76/2020, DL 69/2024, DL 70/2011

⁵⁴⁰ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975 (e rist. anast., Napoli, 2011), M. NUZZO, *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, come citati da R. CARLEO, *Autonomia privata e sussidiarietà nel pensiero di Mario Nuzzo*, Relazione al Convegno in onore di Mario Nuzzo.

⁵⁴¹ Ancora, da R. CARLEO, *Autonomia privata e sussidiarietà nel pensiero di Mario Nuzzo*, op. cit., che rinvia anche a G. Vettori, *Il pensiero di Mario Nuzzo nell'unità plurale di una grande Scuola*, in M. NUZZO, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2022.

La citata dottrina già intravedeva l'enorme potenzialità nella sussidiarietà orizzontale di poter sfondare "la quarta dimensione" degli interessi eminentemente privatistici e assurgere ad un nuovo modo di legiferare⁵⁴².

Ed infatti, proprio la sussidiarietà, nella complicata evoluzione dei diritti edificatori, ha occupato un ruolo primario avendo concretamente veicolato gli interessi dei privati, reale volando dell'utilità sociale dell'istituto. Ed anche in questo caso "*poi semmai interviene dopo il pubblico; quindi, non integra ma interviene in via originaria e primaria*"⁵⁴³, come è accaduto con l'intervento normativo del 2011.

E se, allora, secondo una felice definizione, con l'autoregolazione si assiste ad una "*inarrestabile transizione da un diritto che si produceva in forma gerarchica a un diritto che viene scritto e riscritto da soggetti diversi, legislatore, giudice, autorità indipendenti, dottrina, privati, tra i quali è spesso difficile stabilire chi comanda e chi obbedisce*"⁵⁴⁴, volgendo il nostro sguardo al principio della trattazione si coglie una certa spinta dell'autonomia privata a partire dalla Legge Ponte e che, passando tra privati, dottrina, giurisprudenza, Enti locali, Regioni ed infine Legislatore nazionale è stata rimaneggiata, modificata e plasmata nel corso dei decenni.

E purtuttavia, a fronte di una continua richiesta – o quasi pretesa – di completamento della disciplina normativa nazionale da parte della dottrina che se ne è occupata, ci si deve forse chiedere se non sia arrivato il momento di occuparsi anche dei relativi mezzi di tutela.

Sebbene una Legge dello Stato appaia indispensabile, sì, a fugare definitivamente i dubbi circa la disciplina applicabile, le modalità di circolazione ed estinzione dei diritti edificatori, a modesto avviso di chi scrive, sarebbe forse il caso, ancor prima di ciò, di individuare un Giudice che possa assicurare tutela in tutte le fasi che connotano la "vita" dei diritti menzionati.

Si è detto, infatti, che la *chance* appare lo strumento privatistico che meglio si adatta al dettato normativo di cui al n. 2 bis dell'art. 2643 c.c., nonché ai successivi approdi interpretativi cui è giunta la Corte di cassazione sulla natura del diritto edificatorio

⁵⁴² M. NUZZO, *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Vol I, cit., Prefazione, p. XV ss. Cfr. anche R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Vol I, cit. p. 3 ss.

⁵⁴³ R. CARLEO, *Autonomia privata e sussidiarietà nel pensiero di Mario Nuzzo*, op. cit.; M. NUZZO, *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Vol I, cit., Prefazione, p. XV ss.

⁵⁴⁴ R. CARLEO, *Autonomia privata e sussidiarietà nel pensiero di Mario Nuzzo* che rinvia ad A. PUNZI, Prefazione in G. Benedetti, *Oggettività essenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, p. XVI.

Proprio a tal proposito, si è avuto modo di esaltare l'attitudine della *chance* a non scindere in due fasi la medesima vicenda che è eminentemente pubblicistica⁵⁴⁵. E dunque, l'interesse legittimo allo sfruttamento edilizio del diritto edificatorio, che si sostanzia nell'ottenimento del permesso di costruire maggiorato dal Comune territorialmente competente, circola come una *chance* tra privati che ne possono liberamente disporre – rispettando l'onere della trascrizione – anche a soli fini speculativi.

La ricostruzione, seppur semplicistica, consente di non distogliere l'attenzione dal vantaggio finitimo che il diritto edificatorio garantisce al suo proprietario: lo sfruttamento edilizio. E se quest'ultimo senza dubbio, in potenza, afferisce ai diritti dominicali di cui gode un proprietario terriero, esso è tuttavia limitato e regolato dalla Pubblica Amministrazione che ne disciplina sia l'*an* che il *quantum*.

Risulta fisiologico, dunque, in caso di diniego di permesso di costruire da parte del Comune, che il privato possa ricorrere alla tutela giurisdizionale amministrativa per vedersi riconosciuti i propri interessi legittimi attraverso l'annullamento del provvedimento amministrativo di diniego, asseritamente illegittimo.

Non così fisiologico, invece, appare il ricorso alla Giurisdizione ordinaria del medesimo privato, che contestualmente⁵⁴⁶ o successivamente ad un cattivo esito del predetto giudizio amministrativo, intenda agire a tutela dei propri diritti soggettivi con riferimento all'acquisto dei diritti edificatori non sfruttati⁵⁴⁷.

Secondo l'attuale riparto giurisdizionale, dunque, un cittadino che intenda tutelare una propria situazione giuridica soggettiva che discenda dai diritti edificatori, a seconda della fase in cui si trovi o del *petitum* stesso, deve rivolgersi alternativamente alla Giurisdizione Ordinaria o alla Giurisdizione Amministrativa, con evidente polverizzazione della medesima situazione giuridica soggettiva. E, ben si intenda,

⁵⁴⁵ F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, op. ult. Cit.

⁵⁴⁶ In questo caso, con tutti i problemi che la pregiudizialità del giudizio amministrativo parallelo porterebbe con sé nelle more della definizione del giudizio civile.

⁵⁴⁷ La sentenza della Corte di Cassazione, sez. II, n. 12881 del 2024, affronta un tema di rilevante interesse in materia di cessione di volumetria e trasferimento di cubatura tra fondi privati. Il caso trae origine da un contratto di vendita avente come oggetto, oltre al fondo, anche la cessione di una volumetria aggiuntiva, successivamente dichiarata non conforme alle prescrizioni del Piano Regolatore dal Comune, il quale ha negato il permesso di costruire per sopravvenuti limiti urbanistici derivanti dall'approvazione di un nuovo Piano Regolatore Generale (nel seguito anche "PRG"). Il ricorrente ha sostenuto che tale diniego costituisca un inadempimento contrattuale da parte del venditore, mentre la Corte ha ritenuto che la cessione di cubatura configuri, in verità, un obbligo patrimoniale immediatamente efficace e non un diritto reale opponibile. La pronuncia sottolinea, dunque, l'autonomia negoziale delle parti e ribadisce che l'inadempimento non può attribuirsi al venditore in presenza di sopravvenute restrizioni urbanistiche.

dalla presente suggestione è stato escluso l'eventuale ricorso alla Giurisdizione Tributaria in seno alla quale, invero, ha visto la luce la menzionatissima sentenza delle SS.UU. n. 16080/2021.

Ed allora, forse, un quesito che val la pena porsi ancor prima di pretendere una disciplina più completa della natura e circolazione dei diritti edificatori – e pur sempre partendo dalla loro esclusione dalla categoria dei diritti reali – è il seguente: è utile devolvere tale materia a due (se non tre) differenti giurisdizioni? Ed ancora: serve una norma *ad hoc* per risolvere tale disambiguazione?

Pur non potendosi fornire risposta a tali quesiti nella presente sede, appare utile in tal senso volgere lo sguardo all'attuale assetto codicistico, con peculiare riguardo alla giurisdizione del Giudice Amministrativo.

L'art. 133 comma 1 lett. f) del D.Lgs 104/2010 già disciplina la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo delle controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernenti tutti gli aspetti dell'uso del territorio. Il diniego opposto ad un'eventuale istanza di permesso di costruire maggiorato è già, dunque, devoluto alla giurisdizione del G.A.

Purtuttavia, il campo di applicazione ricavabile dal dettato della norma è estremamente ampio, e non si comprende perché un'azione di risarcimento del danno che il cessionario possa invocare avverso il cedente a valle del diniego del permesso di costruire maggiorato⁵⁴⁸ debba, invece, essere devoluta alla cognizione del G.O.

Ed invero, la devoluzione dell'intera materia ad una sola Giurisdizione favorirebbe anche la risoluzione più organica ed ordinata di un contenzioso. Con la proposizione di una sola azione il Giudice potrebbe conoscere sia del diritto soggettivo che dell'interesse legittimo generatisi dalla medesima situazione giuridica soggettiva e fornire una tutela più sapiente ed avveduta⁵⁴⁹.

E di più, sarà consentito, tale soluzione ben si incasellerebbe in quella "giurisdizionalizzazione" dell'ordinamento visionariamente proposta dalla migliore dottrina⁵⁵⁰. Secondo l'insegnamento, emersa la necessità del ripensamento della tradizionale ripartizione di competenze tra legislazione e giurisdizione, mercè il

⁵⁴⁸ Si veda la nota precedente.

⁵⁴⁹ Posta, come già si è detto, la risarcibilità degli interessi legittimi di cui alla storica sentenza Cass. Civ. SS.UU. n. 500/199

⁵⁵⁰ M. NUZZO, Tradizione e innovazione nella disciplina dei contratti, in Nuovo Dir. Civ., 2016, 1

riconoscimento di una più incisiva funzione della giurisdizione, compito del Giudice diviene non solo effettuare la valutazione comparativa degli interessi in gioco al fine di stabilire quale di essi sia in concreto meritevole di protezione, ma anche selezionare, nell'intero strumentario concettuale del diritto sostanziale, il rimedio più efficiente per l'effettiva attuazione dell'interesse protetto⁵⁵¹.

Ovviamente, queste sono suggestioni ed in questa sede tali rimarranno; tuttavia, a valle della compiuta e necessaria ricostruzione della cessione di cubatura, la suggestione finitima che si intende consegnare a mezzo del presente elaborato – e specie delle sue Conclusioni – è di provare a spostare il fuoco dell'appello, quasi esasperato, che la dottrina troppo spesso ha mosso nei confronti del Legislatore, aspettandosi che Esso, dopo un primo intervento non esattamente felice, potesse poi “tirar fuori il coniglio dal cilindro”.

Accanto ad un impianto normativo completo circa la natura e le modalità di circolazione dei diritti edificatori, del quale senza dubbio si ravvisa la necessità, apparrebbe utile, dunque, che il Legislatore possa provvedere ad un intervento di armonizzazione delle tutele dedicate ai citati diritti. La materia, infatti, si è già dimostrata così vivace da continuare a proliferare in quantità e qualità tra privati, Pubbliche Amministrazioni, dottrina e aule giudiziarie.

Forse, dunque, guardare indietro alla genesi di questo affascinante istituto – e quindi ai primi accordi di micropianificazione tra privati che, nel loro individualismo, riuscivano addirittura a plasmare il territorio che ci circonda - può aiutarci a diradare la nebbia all'orizzonte.

⁵⁵¹ R. CARLEO, *Autonomia privata e sussidiarietà nel pensiero di Mario Nuzzo*, op. cit, il quale così prosegue: “La conclusione cui giunge Mario Nuzzo è che il potere di autonomia dei privati, come tale, ha limiti che vanno controllati sulla base di parametri diversi da quelli stabiliti per il controllo del contratto come atto dall'art. 1418 cod. civ. trovando il loro fondamento da un lato nel divieto di contrasto con i valori costituzionali riassunti nella formula “utilità sociale”, dall'altro nel divieto di abuso del diritto, ora espressamente previsto dall'art. III, 115 della Costituzione Europea. La costruzione tradizionale che assegna al legislatore il compito di selezionare gli interessi giuridicamente rilevanti (graduandoli in relazione alla loro qualificazione formale e di stabilire quale di essi deve ritenersi prevalente in relazione alle ipotesi di fatto disciplinate, qual è la sanzione per il caso di sua inosservanza e il meccanismo di tutela dell'interesse leso) cede così ad una nuova costruzione in cui spetta al legislatore individuare gli interessi giuridicamente rilevanti e al giudice operare la valutazione comparativa e il bilanciamento di questi interessi al fine di stabilire se uno di essi è stato “ingiustamente” sacrificato. In tal caso, scegliendo quale tra i diversi rimedi in astratto previsti dall'ordinamento è il più idoneo ad assicurare l'effettiva tutela dell'interesse prevalente. Ritenendo che al legislatore spetta solo individuare gli interessi giuridicamente rilevanti mentre spetta al giudice operare la valutazione comparativa e il bilanciamento di questi interessi al fine di stabilire se uno di essi è stato “ingiustamente” sacrificato, è l'intero meccanismo di giudizio che va ripensato”.

BIBLIOGRAFIA

A

AA.VV., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata. Relazioni presentate ai convegni di Rimini e Catania nel 2006*. Quaderni della Fondazione italiana per il notariato, Milano, 2007.

AA.VV., Atti del Convegno dell'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico, Verona 10/11 Ottobre 2011, in www.pausania.it.

AA.VV., *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti convegno Bari, 11 giugno 2011*, Quaderni Fondazione Italiana Notariato, Milano 2012.

M. ALLARA, *Dei beni*, Milano, 1984.

G. ALPA, M. BESSONE, A. FUSARO, *Jus Aedificandi e problemi di disciplina della proprietà*, in www.ambientediritto.it.

G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile*, Milano, 2012.

G. ANTONELLI, Studio n. 109-2021/P del Consiglio Nazionale del Notariato, Approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici il 22 settembre 2021.

T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*, Milano, 1960, III ed.

T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952.

N. ASSINI, M. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano 1997.

A. AURICCHIO, voce *Negozi indiretti*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965

B

M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione della sopravvenienza*, in *Eur. dir. priv.*, 2003.

M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006.

A. BARTOLINI, *Profili giuridici del cd. credito di volumetria*, *Riv. giur. urb.*, 2007.

A. BARTOLINI, *La nuova chance di Palazzo Spada*, in *Urb. e app.* 2007.

- A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in Riv. giur. urb., II, 2008.
- A. BARTOLINI e A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto*, Napoli, 2009.
- A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori*, 2019.
- A. BARUCCHI, *Jus aedificandi e proprietà dei suoli*, Torino, 1976.
- G.F. BASINI, *Crediti, debiti, e coeredità*, in Famiglia, persone e successioni, 2009
- E. BATTELLI, *Epistemologia dei beni immateriali: inquadramento sistematico e spunti critici*, in Giustizia Civile, fasc.1, 1° gennaio 2022.
- BEAN, *The decline of english feudalism*, Manchester, 1968.
- E. BERGAMO, *La cessione dei diritti edificatori*, in Corr. Merito, 2012.
- M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2003.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960
- C.M. BIANCA, *La proprietà*, in Diritto civile, 2017.
- B. BIONDI, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di F. VASSALLI, IV, Torino, 1953.
- B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di dir. civ. it.*, a cura di F. VASSALLI, IV, Torino, 1953
- G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Giuffrè, 2009.
- E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, in P. URBANI, *L'urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011.
- E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, in Urb. app., 2011.
- BRACON (DE), H., *De Legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque*, Londini, 1640.
- U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in Riv. crit. dir. priv., 2001.
- U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991.

A. BRIGUGLIO, *Novità sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese dell'autonomia dei privati*, in *Giustizia civile.com*, 7 ottobre 2020.

C

C. CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005.

P. CALABRITTO, *Applicabilità dei limiti del divieto di alienazione ai vincoli di destinazione*, in *Notariato*, 2000.

A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso*, in *Recesso e risoluzione dei contratti*, Milano, 1994.

A. CANDIAN, *Trasferimento di cubatura* in *Digesto disc. priv. Sez. priv.* (aggiornamento) Torino, 2000.

S. CARBONARA, *Perequazione urbanistica: un progetto complesso* (capitolo 1), in *Urbanistica e perequazione: dai principi all'attuazione*, a cura di S. CARBONARA e C. TORRE, Milano, 2008.

M. CAREDDA, *Donazioni indirette*, in Palazzo-Mazzarese (cur.), *I contratti gratuiti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2008.

L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1956.

R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato* di M. NUZZO, Vol I, cit. p. 3 ss.

R. CARLEO, S. RUPERTO, S. MARTUCCELLI, *Istituzioni di diritto privato*, Dike Giuridica, 2023.

R. CARLEO, *Autonomia privata e sussidiarietà nel pensiero di Mario Nuzzo*, relazione al Convegno in memoria di Mario Nuzzo.

U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 6, II, Torino, 1997.

F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.

F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1957.

- E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2025.
- G. CASSANO (a cura di), *Proprietà e diritti reali*, Padova 2007.
- G. CASU, *I negozi di destinazione a tutela della pianificazione urbanistica*, in AA.VV., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata. Relazioni presentate ai convegni di Rimini e Catania nel 2006*. Quaderni della Fondazione italiana per il notariato, Milano, 2007.
- V.R. CASULLI, voce *Donazione III - Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.
- G. CECCHERINI, *Il cd. trasferimento di cubatura* Milano, 1985.
- G. CECCHERINI, *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. Civ.* 1990, II.
- G. CECCHERINI, *Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura*, in *Nuova Giur. Civ. comm.* 2009.
- V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di N. IRTI, Giuffrè, 1980.
- S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2001.
- CHALLIS, HENRY W. (Henry William), *Challis's Law of real property: chiefly in relation to conveyancing* 1841.
- CHESHIRE - BURN, *Modern Law of Real Property*, 17th edition, Oxford, 2006.
- A. CHIANALE, Nota a Cass. 14 dicembre 1988 in *Giur. it.*, 1989, I.
- A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI, *Trattato di diritto civile e commerciale*, 1952.
- N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. Not.* 2003.
- G.P. CIRILLO, *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi*, su www.giustizia-amministrativa.it.
- M. COMPORTI, *I diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.* CICU, MESSINEO e MENGONI, Milano, 1980.
- M. COMPORTI, *Servitù*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Giuffrè, Milano, 1990.
- M. COMPORTI, *Le cose, i beni, ed i diritti reali*, XXX, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2003.

R. CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, 2009.

L. COPPO, *Donazioni e liberalità non donative*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.4, 1 DICEMBRE 2019.

M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1995,

M. COSTANZA, Nota a Cassazione Civile, Sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I.

J. COSTINS, *Space adrift: landmark preservation and market*, in Chicago University Illinois Press.

M. CRISCI, *Lo ius aedificandi: breve storia della procedimentalizzazione di un diritto*, in *Iurisdiction*, n. 3/2022.

CYPRIAN WILLIAMS, "The fundamental principles of the present law of ownership of land" (1931) 75 S.J. 848.

D

H.C. DARBY, *Domesday England*, Cambridge University Press, 1977

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

G. DE NOVA, *Disciplina convenzionale delle sopravvenienze*, in *Annuario del contratto*, Torino, 2021.

M. DE PAMPHILIS, *Rinegoziazione e default rule. Il mantenimento dei contratti esposti a sopravvenienze nella prospettiva de jure condendo*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

A. DI MAJO - L. FRANCARIO, voce "Proprietà edilizia", in *Enc. dir.*, vol. XXXVII.

M. DI PAOLA, *Trasferimento di cubatura di area e numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. not.*, 1975.

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

E

R. C. ELLICKSON – V.L. BEEN, *Land Use Controls Cases and Materials*, Aspen, 2013.

ELLIOTT & QUINN's *English Legal System*, 22nd ed.

F

A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in Riv. dir. civ. 2000, I.

F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura*, in Contr. impr., 2011, 3.

G. B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Firenze, 1987.

L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1957

L. FERRI, *L'autonomia privata*, Napoli, 1959.

M.M. FRACANZANI, *Il credito edilizio nella legge regionale Veneto n.11/04: emissione di carta moneta*, in www.giustizia-amministrativa.it.

C. FRANCO, *Appunti sulla cd. cessione di cubatura*, in Vita Not. 1997.

M. FRANZONI, *Vendita e responsabilità contrattuale*, Milano, 2009.

M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale e la tutela dell'affidamento*, Torino, 2015.

G

E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in AA. VV., *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, in Trattato dei contratti, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006.

E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in Giust. civ. 2010.

E. GABRIELLI, *Studi sulle tutele contrattuali*, Padova, 2017.

E. GABRIELLI, *Sopravvenienza e rinegoziazione*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.1, marzo 2024.

- F. GALGANO (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Tomo III*, Torino, 1995.
- A. GALLARATI, *La resilienza del contratto*, Torino, 2020.
- A. GAMBARO, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975.
- A. GAMBARO, La proprietà edilizia – Beni, proprietà, comunione, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990.
- A. GAMBARO – U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 2009.
- A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in Riv. giur. ed., 2010, II.
- A. GAMBARO, I beni, in Tratt. Dir. civ. comm. Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 2012.
- A. GAMBARO, *L'incidenza della disciplina pubblicistica sulla conformazione del diritto di proprietà. Obbligazioni propter rem e vincoli pubblicistici nascenti da convenzioni urbanistiche e dagli atti di obbligo*, in Quaderni della Fondazione italiana Notariato, 24 novembre 2015.
- A. GAMBINO, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in Riv. dir. priv., 2007.
- F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970.
- F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare* Tomo I artt. 2643-2644, in *Il codice civile comm.* diretto da P. SCHLESINGER Milano, 1991.
- F. GAZZONI, *La c.d. cessione di cubatura*, in *Codice Civile Commentario* diretto da P. Schlesinger, I, Milano, 1991.
- F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, in www.judicium.it, 2012.
- F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, UTET, 2012.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ult. ed., Napoli, 2023.
- F. GERBO, *La cessione di volumetria*, in *Il Notaro* 1998,
- F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui. Disegni normativi costruzioni della giurisprudenza, prospettive negoziali*, Milano, 2001.
- M. GIORGIANNI, *Diritti reali*, N.ss D.I., V, Torino, 1960.

G. GORLA (a cura di), *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, Giuffrè, 1973.

C. GRANELLI, *Diritti reali tra innovazione e continuità*, in www.iuscivile.it.

N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in Riv. not., 1992 e in Giur. it., IV, 1990.

P. G. GRASSO, *Comparazione giuridica e diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 2005.

G. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato*, Torino, 2013.

P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, Milano, Giuffrè, 1992.

H

Halsbury's Laws of England, Oxford, 1907.

E.M. HALLAM, *Domesday Book through Nine Centuries*. New York: Thames & Hudson, 1986.

D. HEETER, *Six basis requirement for a TDR system, in transferable development rights*, Chicago American Society of Planning Officials, 1974.

WH HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (D Campbell and P Thomas (eds), Aldershot, Ashgate Publishing, 2001) originally published (1913) 23 Yale Law Journal 16 and (1917) 26 Yale Law Journal 710.

R. HOME, *Land ownership in the United Kingdom: Trends, preferences and future challenges*, in Land Use Policy. 26, 2009.

T. HONORÉ, *'Ownership' in Making Law Bind* (Oxford, Clarendon Press, 1987) 181–82.

I

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

N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Milano, 1990.

N. IRTI, *L'età della codificazione*, Milano, Giuffrè, 2002.

G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1990.

J

P. JAFFEY, *Private Law and Property Claims*. Portland: Hart Publishing, 2023. Bloomsbury Collections.

L

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

F.H. LAWSON, *Introduction to the Law of Property*, Oxford, 1958.

M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 1763 approvato il 29 settembre 1999.

M. LIBERTINI, *I trasferimenti di cubatura*, in I Contratti del Commercio, dell'Industria e del Mercato Finanziario, Torino, 1995.

M. LIBERTINI, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in GALGANO (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Tomo III*, Torino, 1995.

M. LIBERTINI, *Trasferimento di volumetria* voce del Dizionario Enciclopedico del Notariato Roma 2002, volume V.

N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013.

M

A. MALTONI, *Perequazione e compensazione nella legislazione urbanistica della Regione Emilia-Romagna e nella disciplina di alcuni strumenti urbanistici locali. Considerazioni generali in tema di alienazione di diritti edificatori*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto* a cura di A. BARTOLINI e A. MALTONI, Napoli, 2009.

E. MARANGONI, Nota a Cass. 15 giugno 2001 n. 8151 in Vita Not. 2003 dal titolo *Servitus altius non tollendi: estinzione totale per lesione minima e utilitas (utilitas del fondo o utilitas delle parti)*.

M. MARÈ, *Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica*, in Riv. Not. 1990,

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

B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.4, dicembre 2022.

V. MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, COSTANTINO M., (a cura di), Milano, 1995.

M. A. MAZZOLA, *Le servitù*, in *Proprietà e diritti reali* (a cura di G. CASSANO) Padova 2007.

T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. dir. priv.* 2007.

MEGARRY & WADE: *The Law of Real Property* 10th Ed

L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988.

D. MESSINETTI, voce *Beni immateriali*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988.

S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, in *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, a cura di D.M. TRAINA, Cesifin online, 2014.

M. MICELI, L. SOLIDORO, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Giappichelli, Torino 2021.

L. MILITERNI, *Le sezioni unite dettano il regime dei crediti ereditari*, in *Corriere giur.*, 2008

G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni, dei contratti in generale (Artt. 1321 - 1469)*, in *Commentario del codice civile*, Libro IV, Torino, XVI, ed. III, 1984.

L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in AA.VV. *Diritto Privato Comparato. Istituti e problemi*, Roma, 2004

L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè, 2005.

U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO – U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 2009.

N

A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Milano, 2008.

A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988.

R. NICOLO', *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962.

M. NUZZO, *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014.

M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975 (e rist. anast., Napoli, 2011).

M. NUZZO, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2022.

M. NUZZO, Tradizione e innovazione nella disciplina dei contratti, in *Nuovo Dir. Civ.*, 2016.

O

B. OPPETTI, *Garanzia per oneri occulti e tutela del compratore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007.

I. OTTOBRINO, *Natura giuridica e regime impositivo Ici dei diritti edificatori discendenti dalla c.d. compensazione urbanistica*, in *Corr. giur.*, 2021.

P

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

P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007.

G. PESCATORE - R. ALBANO – F. GRECO, *Della Proprietà in Commentario del Codice Civile*, Torino, 1958.

G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità di interesse notarile*, primo semestre 2011.

G. PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a “diritti edificatori” (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, in www.gaetanopetrelli.it.

G. PETRELLI, *Trascrizione immobiliare e legislazione regionale*, *Rivista del notariato* – LXIII.

G. PICCO e A.M. MAROCCO, *Convenzioni urbanistiche nell’esperienza notarile e disciplina dell’edilizia in Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati a cura di M. Costantino*, Milano, 1954.

G. PICCO - A.M. MAROCCO, *I così detti “trasferimenti di cubatura”*, in *Riv. not.*, 1974.

G. PICCO, *Natura ed efficacia dei vincoli volumetrici conseguenti a piani regolatori o regolamenti urbanistici - Il trasferimento di cubatura*, *Relazione al XV° Congresso Nazionale del Notariato*, Verona, 1966.

P.J. PIZOR, *A review of Transfer of Development Right*, in *The Appraisal*, J, 1978.

F. POLLOCK – F. MAITLAND, *History of English Law*, 1895.

A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Giuffrè, Milano 1977.

M. PROTO, *I soggetti della comunione*, in Tratt. dir. delle successioni e donazioni G. BONILINI, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009.

S. PUGLIATTI, *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967.

A. PUNZI, Prefazione in G. BENEDETTI, *Oggettività essenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014.

Q

R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e impresa*, II, 2006.

R

F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori*, in AA.VV., *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti convegno Bari, 11 giugno 2011*, Quaderni Fondazione Italiana Notariato, Milano 2012.

L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, in WikiJus, 2015.

L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, WikiJus, 2014.

V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011.

A. RUGGIERO, *Contenuto e finalità delle convenzioni urbanistiche nella esperienza notarile*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Michele Costantino (a cura di), Milano, 1995.

S

G. SABBATO, *Il piano casa fra disciplina statale e regionale: dinamica applicativa e riflessi perequativi*, in MUSIO-SABBATO-SALITO (a cura di), *Il piano casa*, Torino, 2011.

- R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1966.
- R. SACCO, in R. SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016.
- R. SACCO - P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, 7^a ed., Torino, Utet Giuridica, 2019.
- F. SAITTA, *Jus aedificandi o... dovere di costruire?*, in Riv. giur. ed., 2002.
- A.M. SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e costituzione*, in Riv. giur. edil., 1978.
- S. SANGIORGI, *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*, Napoli 1983.
- SANTI ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989.
- A. SAVATTERI, *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle norme in materia di trascrizione*, in Urb. app., 2013, 4.
- S. SCARLATELLI, *La cd. cessione di cubatura, problemi e prospettive*, in Giust. Civ. 1995.
- A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1956.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico*, in Enc., giur., 1990.
- S.G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989.
- C.T. SILLANI, *I limiti verticali della proprietà fondiaria* Milano, 1994.
- P. SIRENA, *Diritti edificatori (trasferimento di)*, in Enc. dir., Ann., VIII, Milano, 2015.
- P. STELLA RICHTER, *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica*, in *Studi in ordine di Piga*, Milano, 1992.
- M. STELLA RICHTER JR, *Tullio Ascarelli e i beni immateriali*, in *Impresa e Mercato. Studi dedicati a Mario Libertini – II. Concorrenza e mercati*, Milano, 2015.
- G. STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1961.

T

- C. TENELLA SILLANI, *I «limiti verticali» della proprietà fondiaria*, Milano, 1994.

A. TESTA, *Cessione di diritti edificatori: dalla cessione di cubatura alla chance edificatoria*, in Corso avanzato scuola di notariato Jacopo Da Lentini, Catania, 2013.

F.P. TOMEO, *I diritti edificatori e la pubblicità legale* (relazione al Convegno tenutosi a Rimini il 17 settembre 2011 su Il trasferimento dei diritti edificatori: profili civilistici e bancari).

R. TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in Enc. dir., XL, Milano, 1989.

A. TORRENTE, *La donazione*, in Trattato dir. civ. e comm., diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1956.

D.M. TRAINA, *Lo ius aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, Firenze, 2013.

G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto*, in Studi e Materiali CNN, 2/2011.

G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in Riv. Notariato, fasc.4, 2012.

G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, in Riv. Notariato, 2012.

R. TRIOLA, *La "cessione di cubatura": Natura giuridica e regime fiscale*, in Riv. Not. 1974.

P.L. 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.

R. TRIOLA, *La natura giuridica della cessione di cubatura*, nota a Cass. 30 aprile 1974 n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I.

R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in Tratt. dir. civ. BESSONE, IX, Torino, 2012.

U

G.M. UDA, *Profili civilistici della circolazione dei diritti edificatori*, in Riv. not., 2015.

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

P. URBANI, *Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica comunale*, in AA.VV., *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Roma, 2012.

P. URBANI, *Nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 121/2010*, su www.pausania.it.

P. URBANI, *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge n.106 del 2011 di conversione del D.L. n.70 del 13 maggio 2011*, in www.giustizia-amministrativa.it.

P. URBANI, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, relazioni pubblicate tutte negli atti del Convegno organizzato dalla società Paradigma nel mese di febbraio 2009 in Milano.

V

G. VETTORI, *Circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, Giuffrè, 1995.

G. VETTORI, *Il pensiero di Mario Nuzzo nell'unità plurale di una grande Scuola*, in M. NUZZO, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2022

G. VIOTTI, *Vincoli di destinazione convenzionali e loro efficacia nei confronti degli enti pubblici* in Vita Not. 2001.

Z

V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, Ed. UTET (TORINO) Dig. IV, disc. priv., sez. civ., III. 174, 1998.

Indice delle Sentenze

Corte EDU

Corte EDU, James and others v. United Kingdom, 21 febbraio 1986, Series A no. 98.

Corte costituzionale

Corte costituzionale n. 630 del 20 gennaio 1966.

Corte costituzionale n. 55 del 9 maggio 1968.

Corte costituzionale n. 5 del 25 gennaio 1980.

Corte costituzionale n. 179 del 20 maggio 1999.

Corte costituzionale n. 121 del 26 marzo 2010.

Consiglio di Stato

Cons. St. 17 novembre 1970, n. 925.

Cons. St., 30 marzo 1998, n. 387.

Cons. St., 28 giugno 2000, n. 3637.

Cons. St., 29 luglio 2008, n. 3766.

Cons. St., Ad Plen., 23 aprile 2009 n. 3.

Cons. St., 6 luglio 2010, n. 4333.

Cons. St., 13 luglio 2010 n. 4545.

Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3.

Cons. St., 27 giugno 2011, n. 3823.

Cons. St., 9 febbraio 2016, n. 547.

Corte di cassazione

Cass. civ., 6 marzo 1972 n. 641.

Cass. civ., 6 luglio 1972, n. 2235.

Cass. civ., 21 marzo 1973 n. 802.

Cass. civ., SS.UU., 4 luglio 1973, n. 1867.

Cass. civ., 25 ottobre 1973, n. 2743.

Cass. civ., 30 aprile 1974 n. 1231.

Cass. civ., 22 gennaio 1975, n. 250.

Cass. civ., 21 maggio 1975, n. 2017.

Cass. civ., 20 ottobre 1975 n. 3416.

Cass. civ., 20 ottobre 1976, n. 3639.

Cass. civ., 24 gennaio 1980.

Cass. civ., 29 giugno 1981, n. 4245.

Cass. civ., 14 gennaio 1982, n. 235.
Cass. civ., 6 agosto 1983 n. 5827.
Cass. civ., 16 gennaio 1987, n. 718.
Cass. civ., 4 agosto 1988 n. 4833.
Cass. civ., 14 dicembre 1988, n. 6807.
Cass. civ. 14 novembre 1989 n. 4839.
Cass. civ. 19 febbraio 1996 n. 1267.
Cass. civ., 22 febbraio 1996, n. 1352.
Cass. civ., 29 agosto 1997, n. 8227.
Cass. civ., 27 settembre 1997, n. 9508.
Cass. civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500.
Cass. civ., 7 aprile 2000, n. 4346.
Cass. civ., 27 luglio 2000, n. 9872.
Cass. civ., 15 giugno 2001 n. 8151.
Cass. civ., 16 marzo 2004, n. 5333.
Cass. civ., SS.UU., 28 novembre 2007, n. 24657.
Cass. civ., 24 settembre 2009, n. 20623.
Cass. civ., 17 giugno 2016, n. 12631.
Cass. civ., SS.UU., 27 luglio 2017, n. 18725.
Cass. civ., 3 settembre 2020, n. 18291.
Cass. civ., SS.UU., 29 ottobre 2020 n. 23902.
Cass. civ., SS.UU., 9 giugno 2021 n. 16080.

Tribunale ordinario

Trib. Torino 4 novembre 2003.

Commissioni Tributarie

Commissione Tributaria Regionale del Lazio n. 4323/14/15 del 21.7.2015

Pronunce straniere

Milmo v Carreras, KB. 306 at 310, 311 [1946].

Asher v. Whitlock, L.R. 1 Q.B. 1. [1965].

Bernstein of Leigh v Skyviews & General Ltd, QB 479 [1978].

Ashburn Anstalt v. Arnold, 1 Ch 64 [1989].

Parc Battersea Ltd v Hutchinson, 2 E.G.L.R. 33, at 34, 35 [1999].

Abidogun v Frolan Health Care Limited [2001] EWCA Civ 1821; [2002] L. & T.R.
16.

Berrisford v Mexfield Housing Co-operative Ltd, UKSC 52 [2011].