UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO

DIPARTIMENTO DI STUDI LINGUISTICO- LETTERARI, STORICO – FILOSOFICI E GIURIDICI

Corso di Dottorato di Ricerca in

Diritto dei contratti pubblici e privati – XXVII Ciclo

LA CESSIONE DI CUBATURA

s.s.d. IUS/01

Tesi di dottorato di:

Dott.ssa Giulia Dimitrio

Coordinatore del corso

Chiar.mo Prof. Mario Savino

Tutore

Chiar.mo Prof. Andrea Genovese

13 luglio 2015

INDICE SOMMARIO

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. Oggetto dell'indagine……..……...… 1

2. Linee guida per la trattazione. ……. 10

CAPITOLO I

Problematiche connesse alla cessione di cubatura: profili di diritto civile e di diritto urbanistico

1. Rapporto tra *ius aedificandi* e cessione di cubatura……. 17

2. Il nuovo contenuto dello *ius aedificandi*……. 26

3. Natura giuridica del permesso di costruire……... 32

4. Lo sviluppo dei diritti edificatori. Evoluzione e problematiche rispetto alla cessione di cubatura…….. 44

CAPITOLO II

Inquadramento concettuale dei «diritti edificatori»

1. Necessità di individuare la natura giuridica dei «diritti edificatori»…...……. 54

2. Problematiche connesse alla reificazione della volumetria come «bene»……... 56

3. Trasferimento della potenzialità edificatoria. Dalla *chance* al credito di volumetria……..... 69

4. Tipizzazione di un nuovo diritto reale……...……... 81

4.1. Segue: i profili della tipicità e del *numerus clausus*…… 86

4.2. Segue: l'immediatezza……... 94

4.3. Segue: verifica della sussistenza dell'inerenza reale…… 97

4.4. Segue : caratteri del diritto reale…….. 103

CAPITOLO III
Vicende della potenzialità edificatoria. Nuove ipotesi applicative.

1. Funzione ed efficacia della trascrizione nei contratti aventi ad oggetto i «diritti edificatori»…..…….. 108

1.1. Segue: operatività della trascrizione nella cessione di cubatura…… 114

1.2. Segue: strumenti di certificazione della volumetria. Registri dei diritti edificatori e certificato di destinazione urbanistica…..…….…… 120

2. I negozi aventi ad oggetto la potenzialità edificatoria. Ipotesi dubbie…… 126

2.1. Segue: il contratto preliminare.……... 128

2.2. Segue: l'ipotecabilità e la costituzione in pegno. ……. 129

2.3. Segue: la divisione……... 136

2.4. Segue: il conferimento in società……. 138

2.5. Segue: il fondo patrimoniale……..... 140

2.6. Segue: la donazione…… 143

2.7. Segue: la circolazione *mortis causa*…… 146

CAPITOLO IV
I requisiti del contratto di cessione di cubatura e le sue clausole

1. Necessità di definire lo schema contrattuale dei trasferimenti di volumetria……... 150

2. L'accordo e la c. d. «autonomia privata» nei contratti aventi ad oggetto la potenzialità volumetrica……..……. 155

3. La causa…… 165

4. L'identificazione dell'oggetto e forma del contratto……... 168

5. Il ruolo del provvedimento della pubblica amministrazione e meccanismi condizionali.. 175

6. La sorte del provvedimento amministrativo per invalidità del contratto……. 184

7. Menzioni urbanistiche e conformità catastale…… 190

8. Profili fiscali…….. 191

CAPITOLO V
Esperienza straniera: U. S. A.

1. Analisi del sistema statunitense. *Zoning, real property* e *Transfer of Development Rights Programs*……...……... 197

2. Interrogativi comuni sull'inquadramento dei «diritti edificatori». Il contenuto del diritto di proprietà……..... 206

2.1. Segue: l'autonomia privata…….. 213

3. Individuazione dei *success factors* del sistema americano. ……. 217

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE……... 228

Bibliografia…… I

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Sommario: 1. Oggetto dell'indagine. – 2. Linee guida per la trattazione.

1. Oggetto dell'indagine.

L'opportunità di affrontare uno studio dell'istituto della cessione di cubatura è stata percepita con particolare urgenza a seguito dell'emanazione della legge 12 luglio 2011 n. 106 di conversione del d.l. 13 maggio 2011 n. 70.

La normativa introducendo il numero 2-*bis* all'articolo 2643 c.c. rubricato «atti soggetti a trascrizione», ha disposto in modo del tutto innovativo la necessità di trascrivere «i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali, regionali o da strumenti di pianificazione territoriale»[1] .

L'intervento legislativo mediante l'utilizzo della generica definizione «comunque denominati» ha recepito in un'unica disposizione la prassi della cessione di cubatura ed i più innovativi diritti edificatori, raccogliendo l'auspicio autorevolmente espresso dal Consiglio di Stato nella pronuncia n. 4545 del 13 luglio 2010.

La sentenza ha manifestato la necessità di un intervento statale volto a disciplinare «in maniera chiara ed esaustiva la perequazione urbanistica», così risolvendo i problemi di circolazione nati dagli accordi di «micropianificazione ad iniziativa privata», di cui la cessione di volumetria è espressione, idonei ad incidere sulle concrete modalità di utilizzazione dello *ius aedificandi* nei rapporti con la p. a[2].

L'origine di tale prassi che si ricollega ai limiti legali della proprietà privata in materia edificatoria, nasce e si sviluppa con l'introduzione degli *standards* edilizi[3], che imponendo limitazioni di densità edilizia sui suoli, rappresentano l'espressione del rapporto planovolumetrico tra la superficie utilizzabile per la costruzione di un edificio e la cubatura da quest'ultimo occupabile.

---

[1] La formulazione definitiva della norma è il risultato di una modifica del d. l. 13 maggio 2011 n. 70 operata in sede di conversione dalla legge 12 luglio 2011 n. 106. Più precisamente in fase di conversione del decreto, nella seduta della Commissioni riunite V e VI in sede referente, in data 14 giugno 2011, viene approvata la proposta emendativa n. 5117 di modifica del capoverso 2-*bis* del comma 3 dell'art. 5 del d.l. 70 del 2011 il cui testo originario recitava «i contratti che trasferiscono i diritti edificatori, comunque denominati, previsti nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale, nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative». Il testo originario contemplava dunque solo i contratti traslativi mentre in sede di costituzione sono stati aggiunti quelli modificativi e costitutivi , aprendo il campo, come si avrà modo di illustrare, a non pochi problemi.

[2] Cons. Stato, Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 5, p. 541. Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sul piano regolatore di Roma, sottolinea «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». Sul punto cfr. R. GALLI, *Novità normative e giurisprudenziali in materia di diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo*, Padova, 2012, p. 117.

[3] Gli *standards* sono stati introdotti alla legge Ponte, ai sensi dell'art. 17 legge 6 agosto 1967, n. 765. Per maggiori approfondimenti si rinvia al capitolo I, paragrafo I.

Qualificati come cessioni talvolta di volumetria, talaltra di cubatura[4], si tratta di accordi relativi a fondi compresi nella medesima zona urbanistica mediante i quali il proprietario di un'area «cede» la potenzialità edificatoria del proprio suolo ad altro soggetto, sì da consentire a quest'ultimo di ottenere dal Comune un permesso di costruire «maggiorato» per sfruttare la cubatura acquisita in aggiunta a quella naturalmente espressa dal proprio terreno[5].

Alla base di tali prassi vi è la volontà dei titolari delle aree di gestire in via negoziale la cubatura esistente sui suoli nella consapevolezza «dell'irrilevanza della materiale collocazione dei fabbricati»[6], posto che l'interesse dell'amministrazione si concentra unicamente sulla verifica del rispetto del rapporto tra superficie edificabile e volumi realizzabili nel terreno di riferimento sito all'interno del comparto[7].

---

[4] Tra i principali contributi relativi alla problematica dell'utilizzo di una corretta terminologia sia consentito rinviare a G. CECCHERINI, *Il c.d. trasferimento di cubatura,* Milano, 1985, p. 12 ss.; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria,* Milano, 1990, p. 3 ss.

[5] Per maggiore chiarezza si anticipa che i presupposti imprescindibili affinché possa configurarsi la cessione di cubatura sono due e precisamente: che i fondi coinvolti nella cessione siano individuati in sede di stipulazione dell'accordo e che i terreni siano contigui ed appartenenti alla stessa zona urbanistica, o quantomeno, che abbiano la medesima destinazione così da non modificare la cubatura media prevista per una determinata zona. Infatti, all'incremento di volumetria di un fondo corrisponde necessariamente il decremento di un altro. Con riferimento al concetto di «contiguità», è stato osservato come non sia di ostacolo a tale concetto la presenza di una strada o di altro ostacolo fisico, non dovendo essere inteso in senso di adiacenza, essendo sufficiente la vicinanza (cfr. TAR Puglia, Sez. I, 1 dicembre 1997, n. 868, in *I TAR,* 1998, I, p. 727; Cons. St., Sez. IV, 15 luglio 1999, n. 1246, in *Foro amm.,* 1999, p. 1446 In senso contrario si veda R. MASSARO, *asservimento di aree ad edifici preesistenti, trasferimenti di volumetria e sopravveninenza di nuovi indici di edificabilità*, in *Riv. giur. urb.,* 2001, p. 294). La p. a. si limita allora ad accogliere la regolazione privata dello sviluppo edificatorio laddove la «cubatura media» non subisce alcuna alterazione. Due sono le conseguenze principali ed immediate dell'istituto, la prima è la perdita di cubatura nel fondo «cedente» che, privato della capacità edificatoria, non è più suscettibile di edificazione nei limiti di quanto trasferito, la seconda è l'accorpamento della volumetria sul fondo beneficiario della cessione. La prassi si caratterizza inoltre per la presenza di due momenti ben distinti ma imprescindibilmente collegati, una fase privatistica che si sostanzia nel contratto di trasferimento della volumetria; il secondo momento, regolato dalla disciplina pubblicistica, è rappresentato dall'intervento della p. a. che mediante il rilascio del permesso di costruire permette al beneficiario di fruire della cubatura acquistata. M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura* in *Contr. impr.*, 1991, p. 73.

[6] Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2006, n. 2488, in *Vita not.*, 2006, 227 ss., e in *Riv. giur. edil.*, 2006, I, 1280 ss. Nella pronuncia la Corte osserva che «il presupposto logico dell'asservimento dev'essere rinvenuto nella indifferenza, ai fini del corretto sviluppo della densità edilizia (per come configurato negli atti pianificatori), della materiale collocazione dei fabbricati, atteso, infatti, che, per il rispetto dell'indice di fabbricabilità fondiaria, assume esclusiva rilevanza il fatto che il rapporto tra area edificabile e volumetria realizzabile nella zona di riferimento resti nei limiti fissati dal piano, risultando del tutto neutra l'ubicazione degli edifici all'interno del comparto (fatti salvi, ovviamente, il rispetto delle distanze e di eventuali prescrizioni sulla superficie minima dei lotti)». Da ultimo si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2013, n. 4531, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[7] In tal senso si veda A. GIUSTI, *Il «decreto sviluppo» e la cessione di cubatura*, in *Enc. Trecc.*, 2012, p. 1. La disciplina urbanistica riconosce da sempre la possibilità di incidere sul profilo attuativo della pianificazione territoriale mediante strumenti negoziali. Si pensi ad esempio alle convenzioni di lottizzazione previste dall'art. 8 della legge 765 del 1967 ed a quelle previste per la realizzazione di insediamenti produttivi ai sensi dell'art. 27 della legge 865 del 1971. Fermo restando il potere conformativo della proprietà privata riconosciuto alla pubblica amministrazione, è concesso all'autonomia privata di organizzare i beni ai fini urbanistici così da integrare la pianificazione del territorio. Esempi di accordi pubblico-privato si hanno anche per effetto della legge 241 del 1990, ai sensi dell'art. 11 (accordi tra amministrazione e privati), l'art. 15 invece fa riferimento agli accordi tra amministrazioni.

Le crescenti esigenze dei privati, unitamente alla necessità di alcune amministrazioni locali di utilizzare modalità alternative di sviluppo del territorio[8], hanno contribuito all'evoluzione ed alla trasformazione dell'istituto pur in assenza di un intervento del legislatore nazionale.

Dalla cessione di cubatura si sono infatti sviluppati e diffusi altri strumenti di pianificazione territoriale quali la perequazione, la compensazione e l'incentivazione[9].

I nuovi diritti edificatori, privi di qualunque collegamento con l'area di provenienza o di destinazione (come efficacemente descritto dalla metafora «decollo», «atterraggio» e «volo»[10]), hanno sancito il superamento dei limiti strutturali propri della tradizionale figura della cessione di volumetria, contribuendo a renderne ancora più incerti i caratteri peculiari ed i confini applicativi[11].

Ciò ha determinato l'emergere di numerose teorizzazioni che hanno contribuito a ritardarne un'applicazione univoca e che in via generale si collocano all'interno di due modelli ricostruttivi:

- quello «pubblicistico»[12] che, conferendo preminenza al procedimento amministrativo, considerava l'accordo tra privati come mero impegno, produttivo di effetti obbligatori e privo di una valenza «reale» in assenza dell'intervento del Comune;

---

[8] Come si avrà modo di precisare meglio nel capitolo I, paragrafo 4 la diffusione degli strumenti perequativi, compensativi ed incentivanti è dovuto soprattutto al beneplacito di alcune amministrazioni locali che hanno predisposto nel tempo interventi atti a sostenere tale prassi.

[9] Con riguardo all'origine dei diritti edificatori sia consentito anticipare brevemente che parte della dottrina (si vedano in tal senso A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria,* in *Riv. giur. urb.* 2007, 3, p. 307; E. BERGAMO, *La cessione di diritti edificatori*, in *Corr. Merito*, 2012, 2, p. 119) non è concorde nel ritenere che gli strumenti edificatori rappresentino un'evoluzione rispetto alla cessione di volumetria, stante la presenza di caratteristiche assolutamente diverse. Gli Autori affermano come il tema dei diritti edificatori non possa essere risolto con l'affermazione che si tratti del vecchio istituto della cessione di cubatura rivestito a nuovo, in quanto tra cessione di cubatura e diritti edificatori sussistono significative differenze che affondano le proprie origini nella radicale diversità che la pianificazione del territorio ha oggi assunto con l'istituto della perequazione. Al riguardo si obietta che gli strumenti edificatori rappresentano modelli di amministrazione concordata tra privati e p. a. la quale, sotto la spinta di interventi regionali e locali ha raggiunto un ampio margine di contrattazione e collaborazione con il privato nella disposizione dei diritti di volumetria così da imporre limiti strutturali alla cessione di cubatura. Tale prassi infatti, quale strumento utilizzato solo dai privati si è rivelata nel tempo inadeguata per la gestione e lo sfruttamento della volumetria tra privati e pubblica amministrazione. Sia consentito rimandare a S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori,* Padova, 2012, pp. 37 e 67. Per una trattazione più approfondita degli strumenti perequativi, incentivanti e premiali si rinvia al capitolo I, paragrafo 4.

[10] Nel linguaggio metaforico utilizzato dal diritto urbanistico l'espressione «decollo» si riferisce al momento in cui i diritti edificatori diventano autonomi rispetto al diritto di proprietà della terra distaccandosi dal fondo, con il termine «atterraggio» si indica invece l'*an* ed il *quomodo* dell'esercizio del diritto sull'area ricevente, mentre per «volo» o «crociera» si intendono le vicende che possono riguardare i diritti edificatori nel momento in cui circolano senza essere legati ad alcuna area, nelle more dell'atterraggio.

[11] Con l'introduzione degli strumenti edificatori tali elementi previsti dalla cessione di cubatura non vengono più rispettati poiché non è necessario che il fondo «di atterraggio» sia individuato *a priori*, né che i terreni appartengano alla medesima zona urbanistica. In tal modo si amplia certamente la possibilità di stipulare accordi tra i privati, con funzioni diversificate a seconda dello specifico istituto. I nuovi strumenti edificatori contribuiscono anche a creare maggiori incertezza circa la materia in cui ricondurre tali istituti per la difficoltà di individuare il più corretto ambito giuridico di riferimento.

[12] Il ruolo determinante assunto dal provvedimento pubblico nel trasferimento della volumetria per il completamento della fattispecie, accolto sia dalla giurisprudenza civile che da quella amministrativa, ha determinato in passato la preminenza della fase pubblica. Cass., Sez. II, 29 giugno 1982, n. 4245, in *Giur. it.,* 1982, I, I, p. 685 ss.; Cfr. Cass., Sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Not.,* 1996, 5, p. 417; Cons. Stato Sez. V, 28 giugno 2000, n. 3637, in *Giur. it.*, 2001, p. 400 ss. Nella sentenza il Consiglio di Stato ha stabilito che «(…) 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, p. 121; A. BARUCCHI, Jus aedificandi *e proprietà dei suoli,* Torino, 1976,

- quello «privatistico»[13] che, esaltando il ruolo dell'autonomia negoziale, riconosceva il contrattato sottoscritto dalle parti come idoneo di per sé a produrre effetti, collocandolo al di fuori del procedimento amministrativo necessario al rilascio del permesso di costruire.

---

p. 46 che sostengono la definitiva scissione tra proprietà del suolo e diritto di edificare sullo stesso. Il fondamento di tale teoria si rinviene nell'assunto secondo cui solo la valutazione discrezionale dell'ente territoriale competente è la sola idonea a realizzare il trasferimento di cubatura, attraverso una modifica del piano regolatore, con la conseguenza che al provvedimento amministrativo deve essere riconosciuta natura costitutiva, mentre all'accordo fra privati non si richiede alcuna forma particolare. L'atto negoziale, anche se trascritto, non può da un punto di vista pubblicistico, vincolare definitivamente i fondi per il trasferimento di cubatura e ciò non solo per l'inattitudine dei negozi di diritto privato ad incidere sugli interessi pubblici ma soprattutto per la loro scarsa propensione a soddisfarli in modo tendenzialmente perpetuo, stante l'assoggettabilità ai rimedi di risoluzione del contratto.

[13] La ricostruzione privatistica della cessione di cubatura diffusa prima della novella è quella che utilizza il diritto reale di servitù. I pregi di tale ricostruzione sono molti e consistono nella possibilità di coniugare la realità del diritto con l'opponibilità ai terzi, garantita dalla trascrizione ai sensi dell'art. 2643 n. 4 c.c. senza porsi in conflitto con il principio del *numerus clausus*. Essa si attua mediante la costituzione di una servitù di non edificare, totale (servitù *non aedificandi*) o parziale (*altius non tollendi*) a favore di altro terreno limitrofo, nel rispetto del principio *praedia vicina esse debent,* affinché la cubatura per la quale si impegna a non edificare possa essere sfruttata dal fondo dominante. Poiché rimane la necessità di avvalersi del provvedimento rilasciato dal Comune per la concreta edificazione, l'intervento della p. a. viene assimilato ad una *condicio juris,* secondo altri alla *condicio facti* od anche alla clausola risolutiva espressa o alla presupposizione. M. DI PAOLA, *Traferimento di cubatura di area e numero chiuso dei diritti reali,* in *Riv. not.,* 1975, 2, p. 547; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura, cit., passim.* Altri hanno ritenuto più corretto parlare di servitù tipica, perché il peso imposto al fondo servente è duplice e consiste da un lato nel non edificare nella misura della cubatura in atto precisata, dall'altro nel sopportare il fastidio derivante dalla costruzione di un edificio più grande di quello che si sarebbe potuto realizzare in assenza della servitù. Cfr. M. LIBERTINI, *I trasferimenti di cubatura* in *I Contratti del Commercio, dell'Industria e del Mercato Finanziario,* Torino, 1995, p. 687 ss. L'Autore che sostiene tale importanza fa riferimento ad una prassi notarile descritta da C. TENELLA SILLANI, *I «limiti verticali» della proprietà fondiaria,* Milano, 1994, p. 605. La principali obiezioni sollevate a tale tesi possono così riassumersi: il trasferimento di volumetria può attuarsi anche tra fondi non confinanti ma funzionalmente contigui, purché rientranti nella medesima zona, in pieno contrasto col brocardo *praedia vicina esse debent*; inoltre il bisogno permanente che la servitù deve soddisfare manca nella cessione di cubatura, in quanto l'*utilitas* di cui usufruisce il proprietario del fondo dominante si esaurisce uno *actu* nel rilascio del titolo edilizio maggiorato, il peso imposto sul fondo servente non è tale da giustificare la corrispondente maggiore possibilità di edificare prodottasi in capo al fondo dominante. Inoltre la servitù non può avere un contenuto positivo come invece è il diritto di edificare che consente di realizzare una costruzione e tale schema non è in grado di spiegare il fenomeno dell'accorpamento ai sensi dell'art. 1072 c.c. che introduce il principio del *nemini in res sua servit.* In tal senso F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione"* in *www.judicium.it,* p. 1 Per l'Autore il provvedimento della p. a. si pone «(…) non già condizione di efficacia dell'atto di cessione, ma elemento costitutivo della fattispecie stessa». Si veda anche F.GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645-bis,* Milano, 1991, pp. 655-656; BRANCA, *Servitù prediali (art. 1027- 1099)*, in *comm. cod. civ., 3, Della proprietà,* Bologna, 1987, pp. 34-38. Dopo la novella del 2011 l'incompatibilità della cessione di cubatura con la servitù sembra avvalorata dal fatto che il legislatore ha ritenuto opportuno dettare una norma autonoma rispetto all'art. 2643 n. 4 c.c. e dal fatto che la servitù non è contemplata la vicenda traslativa non potendo essere oggetto di atti dispositivi separatamente dalla proprietà del suolo cui invece la servitù afferisce. Nemmeno lo schema della servitù per vantaggio futuro del fondo dominante (ai sensi dell'art. 1029 c.c.) può dirsi soddisfacente in primo luogo perché per quanto riguarda il panorama successivo alla riforma, fino a quando il bene non viene ad esistenza la servitù non è opponibile ai terzi né trascrivibile, inoltre perché tale costrutto altererebbe i caratteri tipici della servitù nel tentativo di coniugare fase privata e pubblica, determinando una scissione tra *utilitas,* consistente nel mantenimento del peso sul fondo servente, e «vantaggio futuro e incerto», legato all'art. 1029 c.c., consistente nell'incremento edificatorio del fondo dominante subordinato al rilascio del provvedimento della p. a. Per maggiori approfondimenti si vedano P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata, cit.,* p. 383; GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui,* Milano, 2001, p. 252 e M. LEO, *Il trasferimento di cubatura, cit.,* p. 699; Cass., Sez. I, 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Riv. not.,* 1977, II, p. 547; nel testo della sentenza si fa espresso riferimento a «(…) pattuizioni con cui vengono imposte a carico di un fondo e a favore del fondo confinante limitazioni di edificabilità che hanno carattere reale e si inquadrano nello schema della servitù»; TAR Lazio 22 novembre 1978, in *Foro amm*., 1979, I, p. 151, TAR Toscana, 13 febbraio 1976, in *Trib. amm. reg.,* 1976, I, p. 1440; Cass., Sez. II, 15 giugno 2001, n. 8151, in *Vita not*., 2003, p. 704, con nota di E. MARANGONI, *Servitus altius non tollendi: estinzione totale per lesione minima e utilitas (utilitas del fondo o utilitas delle parti), passim.*

Altra ricostruzione è quella del diritto reale di superficie diffusasi a seguito della pronuncia della Cass., Sez. I, 21 marzo 1973, n. 802, in *Foro it.,* 1973, I, p. 2117, che aveva affermato la sussistenza di un'equivalenza tra «ampliamento della superficie» della propria area e «aumento della cubatura». L'elemento peculiare ed atipico della fattispecie in questione è rappresentato dal fatto che il diritto di costruire viene esercitato non già sul terreno di proprietà del concedente, ma su quello del medesimo superficiario previo ottenimento del permesso di costruire maggiorato avente come oggetto, non la concessione del diritto di edificare sul suolo altrui (prevista dal comma 1), né il trasferimento del diritto di proprietà

Al vivo interesse che tale prassi ha suscitato fin dagli inizi negli studiosi[14], non è peraltro seguito, almeno fino al 2011, un puntuale intervento legislativo nazionale, orientato a definirne esattamente presupposti, applicazione ed effetti.

Tale discrasia è con ogni probabilità da attribuire alla natura ancipite ed alla complessità strutturale della figura in esame che ad una prima analisi non sembra consentire una collocazione nella sola sfera privatistica né in quella di diritto amministrativo[15].

Già agli inizi degli anni Novanta un'attenta dottrina rilevava difatti che «Rispetto a tale panorama (…) il fenomeno in oggetto sembra piuttosto "un brutto anatroccolo", (…) il cui schema economico basilare non ha invero nulla di sofisticato e progredito rimandando piuttosto allo schema della compravendita. (…) Eppure, nonostante ciò, o forse proprio per questo, esso appare più di tanti altri, giuridicamente enigmatico e non si saprebbe dire in prima battuta se questo profilo derivi dalla sua collocazione in una zona di confine e di cerniera tra il diritto privato e il diritto urbanistico e il diritto amministrativo, oppure dal fatto che il trasferire qualcosa che non è cosa rievoca antiche e mai risolte discussioni sul concetto di bene, invitando a riprenderle»[16].

---

dell'edificio già esistente (come statuito nel comma 2), bensì la mera potenzialità edificatoria, in termini di alienazione di una costruzione non ancora esistente. In tal senso S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura,* Napoli, 1989*,* p. 69 ss. Secondo l'Autore da un lato la potenzialità edificatoria del fondo «cedente», verrebbe sfruttata a vantaggio di un soggetto diverso dal proprietario (proprio come richiesto dalla norma) dall'altro, il vantaggio di edificare per una cubatura maggiore si realizzerebbe su un terreno diverso rispetto a quello da cui la volumetria aveva tratto origine, differentemente da quanto sancito dall'art. 952 c.c. Seppur pregevole, tale ricostruzione fino all'introduzione della novella non è in grado di superare l'obiezione inerente al *numerus clausus.* È bene poi sottolineare come fino all'emanazione del n. 2-*bis* tale negozio non è di per sé in grado di far sorgere alcun vincolo di natura reale sul fondo servente, né di determinare il trasferimento della cubatura da un fondo all'altro senza tralasciare il fatto che la tesi non si cura di definire il suolo della p. a.. nella ricostruzione della fattispecie. Gli effetti da un punto di vista applicativo sono molto rilevanti. Infatti potrebbe accadere che successivamente al trasferimento della cubatura il fondo onerato ottenga una volumetria aggiuntiva rispetto a quella trasferita, per effetto di una modifica del PRG. In tal caso sarebbe dubbio a chi attribuirla: al soggetto che ha beneficiato del diritto di superficie ovvero al proprietario del terreno onerato come nuova «facoltà» di edificare modificativa dell'assetto del fondo? Cfr. F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura, cit.,* p. 643. R. TRIOLA, *La natura giuridica della cessione di cubatura*, nota a Cass., Sez. II, 30 aprile 1974, n. 1231, in *Giust. civ.,* 1974, I, p. 1424 ss. e N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata, cit.,* p. 1083. Si veda a tal proposito Cass., Sez. II, 9 marzo 1973, n. 641, in *Foro. it.,* 1973, I, p. 2120.

[14] Tra gli Autori che si sono cimentati sul tema si possono ricordare sia studiosi di diritto privato che di diritto amministrativo come A. GAMBARO, *La proprietà edilizia,* in *Trattato di diritto privato* Rescigno, Torino, 1982, VII; G. CECCHERINI, *Il c.d. trasferimento di cubatura,* Milano, 1985; S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura, cit.*; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria, cit.*; A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria,* in *Riv. giur. urb.,* 2007; S. CERVELLI, *I diritti reali,* Milano, 2001, pp. 65-67; N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile,* in *Riv. not.,* 2003, 5; P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata,* in *Giur. it.*, IV, 1990; G. A. DI VITA, *Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria della novella*, in *Il Notaro*, II, 2011.

[15] Una delle maggiori difficoltà di inquadramento della cessione di cubatura consiste nel fatto che essa si caratterizza per l'esistenza di due momenti distinti. Il primo consiste in un accordo tra privati relativo alla cessione della volumetria da un fondo all'altro, appartenenti alla medesima zona urbanisticamente considerata, che si può realizzare come effetto del potere conformativo che la p. a. ha esercitato attribuendo ai fondi una specifica volumetria che diviene parte del diritto di proprietà sul terreno. Il secondo momento, invece, coinvolge necessariamente la pubblica amministrazione e coincide con il rilascio del titolo abilitativo maggiorato da parte del Comune. La necessaria applicazione di norme di diritto privato e della fase regolata dalla disciplina di diritto amministrativo rendono maggiormente difficoltoso l'inquadramento dell'istituto in esame. Per ulteriori approfondimenti sul problema sia consentito rinviare a G. VETTORI, *Accordi amministrativi e contratto,* in *Contr. impr.,* 1993, p. 525 ss e G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi,* in *Enc. giur. Treccani,* IX, Roma 1988, p. 1 ss.

[16] A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria, cit.,* pp. 4-5. L'Autrice è stata tra i primi studiosi ad interessarsi all'argomento, identificando da subito i caratteri peculiari della cessione di cubatura e la necessità di un riconoscimento normativo.

La fattispecie sembra dunque riflettere a pieno la tendenza degli ultimi decenni che ha visto la prassi contrattuale affrancarsi dagli schemi del codice civile, per adottare una serie di strumenti negoziali, spesso di origine straniera, per i quali si è resa di volta in volta necessaria un'opera di adattamento in forme già collaudate nel nostro ordinamento[17].

Il nuovo comma 2-*bis* d'altra parte non sembra aver risolto le problematicità emerse anteriormente alla novella.

Infatti anche se la disposizione sembra tipizzare una nuova categoria di «diritti di sviluppo»[18], connessi alla possibilità per i privati di disporre in modo libero dello *ius aedificandi* ed idonei a dar vita ad un mercato dei diritti edificatori potenzialmente vantaggioso per la collettività[19], a queste innovative finalità perseguite fa da contrappunto una normativa ambigua e non priva di incongruenze.

I problemi teorici e applicativi posti dalla disciplina dettata dal richiamato art. 2643 n. 2- *bis* c.c. sono invero numerosi e particolarmente complessi.

L'espressione utilizzata dal n. 2-*bis,* infatti, pur definendo la disciplina pubblicitaria, non esplicita né quali siano i caratteri essenziali di cui il contratto che trasferisce la volumetria si compone, né la natura dei «diritti edificatori».

Ciò è dovuto principalmente alla formulazione della norma che appare atecnica[20] e priva di qualunque valenza qualificatoria[21].

La difficoltà di classificazione del trasferimento di volumetria è altresì aggravata dal frammentario e lacunoso quadro giurisprudenziale, nonché dalla commistione nell'istituto di elementi di diritto civile,

---

[17] Si pensi al caso del leasing, del factoring, del franchising ma anche della multiproprietà. Il recepimento di nuove figure negoziali solitamente si verifica per l'esistenza di affinità con il sistema rispetto al quale si importa la fattispecie contrattuale. Si veda al riguardo R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 179. Sull'argomento si veda anche N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Milano, 1990, p. 85 ss.

[18] La novella sembrerebbe anche aver introdotto un nuovo tipo negoziale, stante il tenore letterale dell'art. 5 co. 1 lett. c) secondo cui la disposizione sulla trascrizione avrebbe avuto lo scopo di «procedere alla tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi: la cessione di cubatura», (mentre al n. 3 spiegava la necessità di garantire la certezza dei traffici dei diritti edificatori). Sia consentito in questa sede solo anticipare che il concetto di contratto tipico ha una sua specifica pregnanza cosicché la sola menzione dei diritti edificatori come oggetto del contratto non appare sufficiente per individuare un nuovo «tipo negoziale». Per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare a R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino 2004, p. 439 ss.; C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica,* Milano, 1992, *passim.* Si rinvia inoltre al capitolo IV.

[19] In senso opposto parte della dottrina ritiene che quando si parla di «commercio dei diritti edificatori» rispetto al quale i poteri pubblici assumono un ruolo di regolazione e tutela degli scambi, non si vuole fare riferimento ad un vero e proprio mercato, in quanto i trasferimenti della volumetria, sia che avvengano tramite la cessione di cubatura o perequazione, compensazione ed incentivazione hanno quale scopo quello di realizzare unicamente un equo ed efficiente governo del territorio in cui i poteri pubblici assumono un ruolo determinativo e non regolatorio. In tal senso cfr. A. POLICE, *Governo e mercato dei diritti edificatori (Esperienze regionali a confronto), cit.,* p. 21.

[20] L'atecnicismo della definizione è dimostrato non solo dal riferimento alla formulazione «comunque denominati» ma anche dall'utilizzo di un lessico assolutamente variabile. È stato infatti osservato dalla dottrina che con il termine diritti edificatori, ci si riferisce a quella che in passato veniva individuata come «cessione di cubatura» o «trasferimento di volumetria» e che l'utilizzo di definizioni differenti spesso è dovuto alla proliferazione di termini generati dalle legislazioni regionali. Cfr. A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv giur. edil.,* 2010, 1, I-II, p. 6.

[21] G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista,* in AA.VV., *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, *Atti Convegno Bari, 11 giugno 2011,* in *Quaderni Fondazione Italiana Notariato*, Milano, 2012, p. 1. Sul problema del linguaggio si veda A. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico,* in *Dig. disc. priv., Sez. civ.,* XI, Torino, 1994, p. 20 ss.

amministrativo ed urbanistico, quest'ultimo assolutamente predominante[22], a dimostrazione di come il tema di indagine si collochi in una zona di confine tra i diversi ambiti disciplinari[23].

Tale assetto non ha permesso sino ad oggi un costante ed uniforme utilizzo dei diritti edificatori sul territorio nazionale, con la conseguenza che in Italia il quadro complessivo è quello di una realtà fortemente scoordinata e disorganica, che mostra la difficoltà dell'ordinamento di recepire il nuovo istituto e di sapersi adattare ai cambiamenti economici e sociali degli ultimi anni[24].

Il presente lavoro, mediante un'interpretazione che si avvalga, in quanto tale, non del solo criterio letterale ma anche del canone logico, si propone di assegnare un'identità più chiara alla fattispecie, così da discostarsi da quelle teorie che hanno liquidato l'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. come norma meramente descrittiva, priva di una concreta valenza qualificatoria.

A fronte di problemi teorici ed applicativi particolarmente numerosi e complessi, lo scritto vuole offrire al lettore uno schema contrattuale idoneo a permettere gli scambi di volumetria e soluzioni

---

[22] M. LIBERTINI, *I trasferimenti di cubatura* in *I Contratti del Commercio, dell'Industria e del Mercato Finanziario,* Torino, 1995, p. 2254. La cessione di cubatura è nata nell'ambito della disciplina urbanistica, in risposta alla rigidità degli *standards* introdotti dalla legge Ponte, che si erano fatti portatori di regole molto rigide di organizzazione delle c.d. «zone urbanistiche», al fine di garantire un ordinato e controllato sviluppo del territorio. Pur non potendosi ignorare l'applicazione della disciplina privatistica per il fatto che tali accordi si fondano sul consenso dei proprietari dei fondi, non può tuttavia negarsi l'influenza che la p. a. ha avuto sin dall'inizio su tale prassi. Infatti, affinché l'accordo stipulato tra i privati, potesse produrre effetti nel Piano Regolatore, doveva essere «approvato» dall'autorità Comunale che verificava il passaggio della cubatura dal fondo di partenza, il fondo «cedente», a quello di arrivo, definito fondo «cessionario» o «di atterraggio».

[23] A tale quadro si aggiunga che gli strumenti edificatori, determinando uno scorporo della capacità volumetrica dalla proprietà del fondo, aprono il campo anche problematiche legate al rispetto dell'art. 117 Cost. ed inerenti alla potestà legislativa concorrente in materia di «governo del territorio» e a quella esclusiva statale afferente all'«ordinamento civile». Ciò a dimostrazione di come, per tentare di dare cittadinanza all'istituto nel codice civile, non si possa prescindere dall'ulteriore sforzo di integrazione coerente tra i vari sistemi giuridici. A tal fine, non si potrà prescindere dall'affrontare i principali interrogativi che da lungo tempo occupano dottrina e giurisprudenza e che attengono alla possibilità di includere o meno lo *ius aedificandi* nel fascio di «facoltà» che sono espressione del diritto di proprietà, con il preciso scopo di rispettare, pedissequamente, il brocardo latino *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*. Parimenti, la classificazione e l'individuazione della natura giuridica dei diritti edificatori di cui sopra si è fatto cenno, consentirà di comprendere come al di là del diverso *nomen iuris,* cessione di cubatura e cessione di diritti edificatori non rappresentino due fenomeni giuridici diversi.

[24] Se da un lato i Comuni del nord Italia recepiscono con prontezza le innovazioni legate alla cessione di cubatura e alla perequazione, (si pensi all'esperienza del Comune di Milano o alla più piccola realtà del Comune di Schio, in Veneto che promuove la perequazione urbanistica dagli inizi degli anni Novanta) i Comuni del sud Italia stentano a recepire detti strumenti urbanistici. Per maggiori approfondimenti si veda E. MICELLI, *La perequazione urbanistica*, in *Atti del Convegno, Paradigma 05 Febbraio 2015*, p. 4 ss. Oltre alle problematiche di natura dottrinale l'istituto coinvolge molteplici interessi perseguiti dalla comunità quali l'uguaglianza sostanziale dei cittadini in merito alla fruizione del territorio, una programmazione degli interventi pubblici che tenga conto della tutela dei beni ambientali e culturali di cui dispone la città, la ricerca di uno sviluppo sostenibile che si coniughi con la conservazione ed il risanamento del patrimonio urbanistico già esistente mediante l'attuazione di schemi di edilizia residenziale che consentano di attribuire in modo sempre più diffuso l'accesso dei cittadini al bene casa. Il pensiero è di G. TRAPANI, *I diritti edificatori,* in *Not. dir. imm.*, 3, Milano, 2014, p. 1 ss. «(…) la innovativa previsione di una procedura di carattere comparativo in luogo del diretto esercizio della discrezionalità amministrativa da parte della p.a. appare funzionale – al netto della verifica delle sue concrete modalità disciplinari – al duplice obiettivo di rendere trasparenti le scelte pubbliche, attraverso la predeterminazione dei criteri valutativi, e di realizzare quanto più possibile l'interesse pubblico, in linea quindi con i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.». A tal riguardo cfr. F. GUALANDI, *Dallo "*jus aedificandi" *allo "*jus restituendi" *(inteso come diritto di recuperare, rigenerare e sostituire l'esistente). Riflessioni sulla rigenerazione urbana*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* p. 1 ss.; G. SABBATO, *La perequazione urbanistica*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2010, p. 11 ss. Cfr. N. IRTI, *L'età della codificazione,* Milano, 1999, pp. 38, 96. L'Autore sottolinea che «La crisi della centralità del codice è solo un'immagine della crisi dello stato moderno e così dell'emersione storica di gruppi e classi, di categorie economiche ed *élites* che esigono specifici statuti e tavole di diritto (…). Il movimento delle norme speciali è fedele interprete di una società pulviscolare, che non si riconosce in una comune tavola di valori».

operative in grado di superare i contrasti della dottrina e tali da rimanere immuni ad eventuali mutamenti giurisprudenziali.

Per fare ciò si ritiene opportuno in prima battuta operare un inquadramento giuridico dell'istituto, al fine di accertare se l'intervento del legislatore sia stato foriero della genesi di un nuovo diritto reale, oppure, se fallito questo tentativo, la fattispecie debba ricondursi alla categoria dei beni immateriali o, viceversa, se sia piuttosto opportuno parlare di una *chance*[25].

Non si può infatti trascurare che all'incertezza circa i caratteri dell'istituto, si accompagnano inevitabilmente perplessità relative alle modalità applicative dello stesso, con l'effetto che da una parte gli operatori del mercato diffidano dall'utilizzare strumenti di cui non conoscono le conseguenze applicative e, dall'altra, la p. a. non dispone di meccanismi chiari per incentivare gli scambi, con ciò frustrando l'ambizioso obiettivo della novella[26].

L'identificazione dei tratti essenziali dei «diritti di edificatori» permetterebbe, in tal senso, non solo una migliore allocazione delle risorse ma consentirebbe a chiunque, dal grande imprenditore al piccolo proprietario terriero, di prendere parte al mercato compartecipando ad importanti scelte di crescita e sviluppo della città così come insegna l'esperienza straniera d'oltreoceano[27].

D'altra parte, anche prendendo spunto da un'analisi di tipo funzionale dell'istituto, si può cogliere come anche una lettura teleologicamente orientata in termini di più semplice commercializzazione e circolazione nel mercato consenta di comprendere meglio la più intima finalità perseguita dal legislatore nella codificazione dei diritti edificatori[28].

Una ricostruzione dogmatica e coerente dell'istituto consentirà infatti di determinarne l'idoneità applicativa dei trasferimenti di potenzialità edificatoria ai più vari negozi tipici ed ai diritti diversi dalla proprietà come quelli di godimento e di garanzia, per stabilire lo schema contrattuale più adeguato ad

---

[25] Ciò anche al fine di accertare se la qualificazione dell'istituto, al centro dell'attuale dibattito, sia realmente determinante per il suo concreto utilizzo. L'affermazione fa riferimento a quella dottrina che sostiene l'irrilevanza della natura giuridica dei diritti edificatori a seguito della novella del 2011, sostenendo che la *querelle* aveva un suo significato prima dell'introduzione del n. 2-*bis,* quando aderire ad una natura giuridica piuttosto che ad un'altra era rilevante per accedere al sistema della trascrizione nei registri immobiliari. Nel momento in cui la norma prevede espressamente tale possibilità, non avrebbe senso soffermarsi son la medesima attenzione su tale aspetto dell'istituto. In realtà si può in questa sede anticipare che in ogni caso la preferenza di una ricostruzione al posto di un'atra può avere ancora dei riflessi nell'applicazione della fattispecie, ragion per cui è comunque necessario soffermarsi su un inquadramento ricostruttivo. Per una maggiore trattazione del punto si rinvia ai Capitoli II e IV.

[26] Più in generale sull'importanza del ruolo della codificazione si veda N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato, cit.,* p. 122 ss.; N. IRTI, *L'età della codificazione, cit.*, p. 53 ss. Nel corso della trattazione si rileverà inoltre come la disciplina della trascrizione, unitamente agli strumenti che si avrà modo di analizzare, può servire a rendere più trasparente la circolazione della volumetria, consentendo agli operatori e, in genere alle parti interessate, di valutare il vantaggio economico derivante dallo scambio. D'altra parte, un corretto funzionamento del mercato delle volumetrie può essere riscontrato solo laddove alla sufficiente domanda rivolta alla risorsa oggetto di scambio si accompagni la certezza della disciplina giuridica relativa ai traffici che si verificano.

[27] Si rinvia per maggiori approfondimenti al capitolo V.

[28] Cfr. G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 54.

una corretta circolazione e, in ultimo, per definire il ruolo giocato in tale mercato dai Comuni, così da individuare di quali intermediari possano avvalersi gli enti locali per agevolare gli scambi sul mercato[29].

L'identificazione degli elementi essenziali ed accidentali di cui il negozio si compone, oltre a garantire certezza in merito all'individuazione delle aree su cui esercitare detti diritti, riduce il rischio di contenziosi ed aumenta la possibilità di ottenere incentivi per la loro fruizione.

In tale ottica anche il ruolo della p. a. dovrà essere ripensato nel rispetto dell'autonomia negoziale di cui dispongono le parti[30].

Nel prosieguo della trattazione si avrà infatti modo di mettere in luce come la cessione di cubatura trovi la sua realizzazione solo all'esito di un'interazione tra diritto privato e diritto amministrativo, oltre al fatto che la condotta collaborativa del privato ha assunto maggiore centralità nell'adozione dei provvedimenti pubblici, divenendo uno strumento utile per il raggiungimento, in tempi brevi, di risultati soddisfacenti per la collettività limitando l'emanazione di «atti imperativi»[31].

Al diretto coinvolgimento del cittadino nelle scelte dell'ente territoriale, fa tuttavia da contrappunto la dubbia qualificazione del titolo abilitativo rilasciato dalla p. a., quando esso segua ad un contratto avente ad oggetto i diritti di sviluppo.

L'eventuale accertamento della natura giuridica e il ruolo giocato dall'autonomia negoziale non possono quindi considerarsi quali risultati conclusivi della ricerca, in quanto il successivo essenziale passaggio, ai fini di una compiuta ricostruzione dell'intera fattispecie, è rappresentato dal tentativo di qualificare l'intervento dell'ente territoriale rispetto al contratto di trasferimento della volumetria, per determinare quale sia l'effettiva interazione tra diritto privato e diritto pubblico e se una delle due discipline sia in grado di prevalere sull'altra.

Stabilire il rapporto esistente tra la vicenda privatistica e permesso di costruire emesso dal Comune, permetterà infatti di appurare secondo quali criteri si esplichi il legame tra diritto privato e diritto pubblico (ossia tra interessi privati e pubblici)[32].

---

[29] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato, cit.,* p. 42. L'Autore sottolinea l'importanza della regola astratta che in virtù della ripetibilità ed adattabilità è la sola in grado di assicurare l'applicazione certa del diritto, la norma, basata sulla sicurezza delle contrattazioni e sull'esperienza che ha condotto alla sua elaborazione, diviene in tal modo il fondamento del successivo sviluppo che (solo in tal maniera) avviene in modo armonico rispetto al sistema esistente.

[30] La genesi e la trasformazione di istituti urbanistici sempre più evoluti, forieri di diritti edificatori autonomi ed idonei ad una «libera circolazione» scevra da qualsiasi collegamento diretto con l'area di provenienza o destinazione, hanno invero contribuito a modificare il rapporto tra cittadini e p. a.

[31] Se da un lato il coinvolgimento dei cittadini agevola la realizzazione degli interessi della p. a., facendo degli atti autoritativi una *extrema ratio*, non si può negare che tale cooperazione determini altresì il rischio dell'inattuazione degli interessi pubblici ove la partecipazione del privato sia scarsa o assente.

[32] Nel capitolo V, paragrafo 4, si approfondirà il ruolo del provvedimento amministrativo emesso dalla p. a. che interviene all'esito del contratto stipulato dai privati, intervento variamente definito. In tal modo sarà possibile verificare l'effettiva commerciabilità della cubatura, il cui valore economico dipende in parte dalla concreta possibilità di costruire ad essa connessa. Parte della dottrina ritiene che fase privatistica e pubblicistica siano assolutamente distinte e separate cosicché nessuna delle due sia in grado di incidere sull'altra. Cfr. G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori,* in *Notariato,* 2012, p. 437. Altri ritengono invece che l'intervento dell'Amministrazione possa essere qualificato come *condicio iuris,* piuttosto che come *condicio facti*, o ancora come condizione sospensiva o risolutiva, fino a parlare di presupposizione.

2. Linee guida per la trattazione.

Ad una prima lettura l'introduzione dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. sembra aver determinato un'apparente frattura con le tradizionali categorie civilistiche, stante la difficoltà di ricondurre ad esse il nuovo dato normativo.

Pertanto, un'indagine che si proponga di conciliare gli obiettivi perseguiti dal legislatore del 2011 con una costruzione teorica dell'istituto che possa dirsi coerente con la disciplina codicistica, non può prescindere da un'analisi che attinga a quelle categorie, pur «(…) nella consapevolezza della difficoltà, dinanzi a normative nuove, di una sussunzione *tout court* nei modelli già noti»[33].

Ciò impone almeno due considerazioni preliminari che potranno svolgere il ruolo di premesse fondamentali per lo studio che si intende effettuare.

La prima è quella del rapporto tra diritto privato e diritto amministrativo[34].

Si è avuto modo di accennare come i trasferimenti di volumetria trovino realizzazione per effetto della duplice natura privatistica e pubblicistica.

La complessità concettuale dell'istituto impone di intraprendere uno studio che pur tentando di coniugare la novella all'interno del codice civile, non trascuri i diversi profili di diritto amministrativo che contraddistinguono cessione di cubatura e diritti edificatori.

Un'analisi effettuata in una duplice direzione è l'unica in grado di garantire un esame completo dell'istituto e la sola mediante la quale l'interprete, mettendo a sistema una «sensibilità sociale» già maturata e in gran parte condivisa[35], può cercare di dare un nome ed una collocazione al fenomeno nel panorama del diritto.

Poiché infatti l'istituto si muove tra le intersezioni di piani disciplinari diversi, è percepibile come un'analisi condotta in un'ottica puramente civilistica[36] si presterebbe a censure di incompletezza dovute

---

Per una trattazione completa del punto si rinvia a M. LEO, *Il trasferimento di cubatura,* in *Studi del CNN n. 1763 del 29 settembre 1999*, p. 12.

[33] A tal proposito non si possono ignorare le argomentazioni di G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.*, p. 42 ss.

[34] N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato, cit.,* p. 39 ss. Nell'analisi sulla norma giuridica l'Autore sottolinea come l'epoca attuale sia contrassegnata da continue contaminazioni del diritto privato provenienti sia dalle altre branche del diritto che dalle normative internazionali, ma anche dalla crescente espansione del suo ambito di applicazione che sempre più si estende al diritto pubblico per effetto del particolare contesto socio-economico in cui le norme si trovano ad operare e che determina da un lato una produzione normativa compulsiva e spesso disancorata dalle altre disposizioni e dall'altro rende molto gravosa l'attività dell'interprete.

[35] F. GUALANDI, *Dallo "*jus aedificandi" *allo "*jus restituendi" *(inteso come diritto di recuperare, rigenerare e sostituire l'esistente). Riflessioni sulla rigenerazione urbana*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* p. 1 ss.

[36] Oltre alle ricostruzioni riportate nel Paragrafo 1 vi sono altri orientamenti come quello che prima della novella ricostruisce il fenomeno come una rinuncia della cubatura in astratto realizzabile, essendo a tal fine indifferente che la rinunzia sia formalizzata in un contratto con il proprietario del fondo cedente o che risulti da un semplice atto unilaterale rivolto al Comune. Tuttavia, anche le criticità di tale ricostruzione sono immediatamente percepibili. Poiché la rinuncia è negozio unilaterale non recettizio, essa è, come tale, idonea a produrre unicamente un effetto abdicativo, consistente nel depauperamento del patrimonio del rinunziante, mentre non è in grado di realizzare il trasferimento, della volumetria, da un soggetto ad un altro. La rinuncia infatti, non opera direttamente a favore di un soggetto ma in modo indiretto a vantaggio di chiunque si trovi in una determinata posizione. Né può trascurarsi che manca un termine di riferimento oggettivo, ovvero,

al fatto che il cessionario, pur avendo acquistato la volumetria, non potrebbe utilizzarla[37] in assenza del permesso di costruire che solo il Comune può rilasciare.

Allo stesso modo non può condividersi l'orientamento di chi, interrogandosi sulla natura della cessione di cubatura, si soffermi sulla fase conclusiva del rapporto, riconducendo l'istituto unicamente nell'alveo pubblicistico, relegando l'accordo dei privati ad un mero *input* necessario per l'avvio dell'*iter* amministrativo[38].

---

non è chiaro quale sia il diritto oggetto di siffatta rinuncia. Mentre è ammissibile la rinuncia ad un diritto soggettivo, non lo è la quella relativa ad una delle «facoltà» comprese al suo interno queste infatti si estinguono contestualmente al diritto che le contiene. Inoltre la sola comunicazione della rinuncia all'autorità comunale non é di per sé tale da legittimare il rilascio della concessione da parte della p. a. ad un soggetto diverso rispetto a quello a cui originariamente é stata attribuita la cubatura dalle prescrizioni di piano. Per ovviare a tale obiezione taluni hanno proposto il diverso schema della cosiddetta «rinuncia traslativa» in cui il cedente rinuncerebbe alla volumetria dietro corrispettivo ovvero gratuitamente a favore di un cessionario determinato. Tale tesi, nonostante il diverso *nomen juris* dato alla fattispecie e presta il fianco alle obiezioni appena effettuate. Tra i sostenitori di tale impostazione G. PICCO – A. M. MAROCCO, *I cosiddetti "trasferimenti di cubatura"*, in *Riv. not*., 1974, I, p. 626; F. GAZZONI, *La c.d. cessione di cubatura,* in *Cod. civ. comm*., Milano, 1991, p. 658; F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura, cit.,* p. 643. Inoltre, anche ove si affermasse che oggetto della rinuncia è il diritto di edificare a sé stante, si incorrerebbe comunque nella violazione del principio di tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali secondo quanto già si è avuto modo di approfondire, cfr. U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali, Proprietà e possesso* Gambaro e Morello, 1, Milano 2009, p. 67. Vedi anche C. M. BIANCA, *Diritto civile*, *cit.,* p. 133; Cfr. S. SCARLATELLI, *La cosiddetta cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, in *Giust. civ*., 1995, II, p. 291.

[37] L'analisi non sarebbe corretta ove non considerasse il ruolo svolto dalla p. a. che consiste nel rilascio del titolo abilitativo maggiorato a favore del soggetto cessionario. In assenza di tale provvedimento non sarebbe consentito al soggetto titolare della potenzialità edificatoria di fruttare concretamente la cubatura acquisita per effetto dell'accordo privatistico.

[38] Secondo tale ricostruzione il ruolo del cedente si riduce unicamente all'impegno di quest'ultimo di porre in essere un comportamento volto ad ottenere dalla p. a. il rilascio del provvedimento abilitativo maggiorato ed a non richiedere alcun permesso di costruire sul proprio fondo divenuto (in tutto o in parte) inedificabile. In tal modo, come sottolineato dalla giurisprudenza degli anni Ottanta), il contratto dei privati viene relegato a mera espressione di principi generali in tema di esecuzione di buona fede o di integrazione contrattuale (Cass., Sez. II, 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it*., 1982, I, I, p. 685). Secondo la concezione «pubblicistica», la cessione di cubatura rappresenta solo un contratto atipico ad effetti obbligatori senza oneri di forma pubblica e di trascrizione, avente natura di atto preparatorio e procedimentale, finalizzato al trasferimento di volumetria, che trova la sua fonte unicamente nel provvedimento amministrativo. Nel negozio ad effetti obbligatori l'autorità comunale non si limita ad approvare semplicemente la redistribuzione dei volumi edilizi programmata dai privati, operando piuttosto una vera e propria modifica del P.R.G. ed incidendo in tal modo sulla disciplina dettata su scala nazionale. L'intervento del potere pubblico non costituisce pertanto solo una presenza sullo sfondo al fine di un controllo più o meno generico e più o meno incisivo dei contratti posti in essere dalle parti ma assume, secondo tale impostazione, un ruolo centrale nella complessa vicenda. Cass., Sez. III, 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Foro. it*., 1996, I, p. 1698 e in *Notariato,* 1996, p. 417, con nota di V. VAGHETTI, Sent. Cass. Sez. II, 12 settembre 1998, n. 9081. Si veda inoltre F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645-bis,* Milano, 1991, p. 656. Con riferimento ai limiti dell'autonomia privata e ai poteri della p. a. nell'ambito delle convenzioni stipulate tra privati sia consentito rinviare a T. GALLETTO, *Le convenzioni urbanistiche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, I contratti in generale, I contratti atipici, II, 2,* 1991, pp. 1055-1061. Ne deriva che la pubblica amministrazione, all'atto del rilascio del titolo abilitativo maggiorato, non si limita a recepire in concreto, *sic et simpliciter*, l'assetto negoziale formulato dalle parti interessate, ma opera una vera e propria modifica degli strumenti urbanistici, realizzando l'ultimo tassello di quel procedimento a formazione progressiva in cui l'accordo privatistico è *condicio sine qua non* del provvedimento finale autorizzativo. L'impostazione «pubblicistica» nel collocare il contratto di cessione all'interno del più ampio procedimento amministrativo, non è in grado di garantire la tutela dei terzi per l'impossibilità di trascrivere il provvedimento amministrativo con effetti paradossali primo tra tutti il fatto che nel caso di titoli configgenti per l'ipotesi di doppio trasferimento della volumetria a due cessionari diversi, prevarrebbe non colui che avesse trascritto per primo il titolo, bensì quello che avesse vantato prima dell'altro, un atto di assenso del cedente rivolto in suo favore. Il compito dell'interprete (che sarebbe stato tale anche laddove il n. 2-*bis* non fosse stato mai introdotto) è quello di identificare la soluzione che coniughi al meglio l'autonomia privata, imprescindibile per la realizzazione dell'accordo, con il provvedimento emesso dalla p. a., necessario per l'esercizio del potere. La novella statuendo espressamente che sono «i contratti» a determinare il trasferimento della volumetria, sembra aver sancito la qualificazione del contratto di trasferimento di volumetria in termini di contratto ad effetti reali e non più di contratto ad effetti obbligatori, in cui è il negozio di diritto privato costituisce elemento indefettibile per il perfezionamento dell'istituto. È dunque interessante, ai fini che interessano, verificare se la nascita dei diritti edificatori e la novella del d.l. n. 70 del 2011 abbiano contribuito in tal senso. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, cit.,* p. 656; cfr. M. LEO, *Il trasferimento di cubatura, cit.,* p. 682. Tra i sostenitori dell'impostazione che sostiene la preminenza della fase amministrativa si vedano su tutti F.

Una ricostruzione della fattispecie in tal senso si porrebbe in conflitto con gli obiettivi del legislatore desumibili, come si avrà modo di approfondire nel corso della trattazione, proprio dal dettato dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. [39].

Inoltre aderendo a tale orientamento si rischierebbe un pericoloso ritorno a passate e non condivisibili teorie, miranti a sottrarre la «facoltà»[40] di edificare alla sfera dei diritti del proprietario respinte da più interventi della Corte costituzionale[41].

Ciò sarebbe confermato dal fatto che una volta che la p. a. ha esaurito l'attività di pianificazione, essa non vanta più alcuna *potestas variandi* nella ripartizione delle volumetrie edificabili.

I privati sono dunque gli unici a poter comprimere il diritto di proprietà di cui sono titolari mediante strumenti di natura privatistica, mentre l'Amministrazione si limita a verificare che l'asservimento corrisponda alle prescrizione degli strumenti urbanistici.

L'effetto della trascrizione introdotta nell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c., è infatti quello enunciato nell'art. 2644 c.c., che impone l'adempimento alle formalità pubblicitarie per l'opponibilità ai terzi. Ne deriva che il contratto trascritto assurge a presupposto per il rilascio del titolo abilitativo, ponendosi quale «momento genetico» dell'istituto, dovendosi pertanto escludere che l'accordo possa avere una valenza meramente obbligatoria perfezionabile con l'intervento del Comune.

Non si può dunque negare che la pretesa di costruire nei confronti della p. a., è esercitabile solo da colui che vanti un titolo di legittimazione idoneo, rappresentato dal contratto antecedentemente concluso secondo le regole del diritto privato e correttamente trascritto.

Allo stesso modo, tuttavia, non si può dubitare del fatto che il cessionario possa concretamente edificare solo all'esito dell'ottenimento del permesso di costruire che può essere rilasciato unicamente dalla p. a.[42]

GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione",* in *Giust. civ.,* 2012, II, p. 4 ss.; A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria, cit.,* p. 6 ss.

[39] Dai lavori preparatori emerge che alla base della novella vi fosse proprio l'intento di creare una norma che potesse garantire maggiore certezza nella circolazione della volumetria. L'obiettivo sembra essere quello di voler regolamentare la prassi nata e diffusa tra i privati, al fine di tutelare i terzi acquirenti per il caso di circolazione del diritto. Sintomatico è il riferimento a «i contratti». Nulla si evince invece circa la volontà di ricondurre il fenomeno, dell'alveo dei poteri della p. a. a cui pertanto il negozio non può essere ricondotto nella sua interezza. Ciò in ogni caso non consente di trascurare le modalità di attuazione del potere pubblico sul territorio ed i suoi effetti sulla convenzione stipulata dai privati.

[40] Nell'utilizzazione del termine «facoltà» è necessario tenere a mente che l'attività di edificazione sul fondo non dipende esclusivamente dalla volontà del soggetto legittimato ma anche dal permesso di costruire rilasciato dal Comune. L'esercizio dello *ius aedificandi* non è dunque pienamente coincidente con il significato che la dottrina è solita dare al concetto di «facoltà», definita come una manifestazione del diritto soggettivo che dipende unicamente dalla volontà del titolare del diritto cui accede, che si caratterizza per non essere prescrittibile (ciò che si prescrive è infatti il solo diritto soggettivo) e per non essere usucapibile (mentre lo è il diritto soggettivo di cui la facoltà è manifestazione). Per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare a V. CRISCUOLI, *Diritti facoltativi,* in *Enc. For.,* III, 1958, p. 167 e ss.

[41] Con l'entrata in vigore della legge Bucalossi, per alcuni anni si è diffuso un orientamento dottrinale, che ha sostenuto la definitiva scissione tra proprietà del suolo e diritto di edificare sullo stesso. Per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare a Cfr. A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977 n.10 sulla edificabilità dei suoli,* Milano, 1977, p. 47 ss. ; A. BARUCCHI, Ius aedificandi *e proprietà dei suoli,* Torino, 1976*,* p. 87 ss. Si veda anche il capitolo I paragrafo 2.

[42] L'atto amministrativo che, dopo aver operato l'attività di pianificazione, determini un trasferimento della volumetria da un fondo all'altro, in assenza di una specifica manifestazione di volontà dei soggetti coinvolti, non solo sarebbe illegittimo e violerebbe il principio di imparzialità previsto dall'art. 97 Cost. ma non potrebbe di per sé determinare alcun vincolo di in

Il contratto concluso secondo le regole di diritto privato realizza dunque il trasferimento della cubatura, mentre il concreto utilizzo della volumetrica è subordinato all'ottenimento del provvedimento amministrativo.

L'operazione coinvolge interessi pubblici (volti al corretto sfruttamento del territorio) ed interessi privati (relativi alla commercializzazione della capacità edificatoria) e si presenta come concettualmente articolata in due momenti imprescindibilmente collegati per il funzionamento dell'istituto.

Da un lato vi è l'attività di contrattazione tra i proprietari dei fondi avente ad oggetto la capacità edificatoria, il cui fondamento risiede nella sola volontà dei contraenti e per questo può essere definita come «genetica», dall'altro si trova il provvedimento dell'autorità comunale che, seppure successivo al contratto sottoscritto dai privati, di per sé già valido ed efficace, è necessario per l'utilizzo della volumetria.

Pertanto, anche se il momento della circolazione deve essere tenuto concettualmente distinto da quello della fruizione, essi rappresentano le due facce della stessa medaglia cosicché, una volta che i perimetri di ambo le fasi siano stati definiti in modo in equivoco, è necessario appurare come le stesse interagiscano tra loro per assicurare l'operatività della fattispecie nell'ottica del superamento della netta separazione tra diritto privato e diritto amministrativo[43].

La seconda considerazione di carattere preliminare attiene al fatto che, poiché dalla cessione di cubatura hanno tratto origine e si sono sviluppati altri strumenti di pianificazione territoriale, oggi molto diffusi su tutto il territorio nazionale, si ritiene opportuno condurre una trattazione in termini unitari, a prescindere dalle modalità di circolazione della volumetria «a terra» o «in volo»[44].

---

edificabilità tale da poter essere fatto valere a livello interprivatistico; allo stesso modo però il solo contratto che non sia seguito da alcun provvedimento pubblico non potrebbe realizzare gli effetti voluti dai contraenti perché non è in grado di modificare da solo l'assetto urbanistico.

[43] Punto focale dell'esame dell'istituto in oggetto va dunque individuato tanto nella fase genetica del rapporto, che si estrinseca unicamente nell'accordo tra i privati, stante il richiamo normativo a «i contratti», quanto nel diritto pubblico che determina la fruizione della capacità edificatoria trasferita. Il dato letterale dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. statuisce espressamente che sono «i contratti» a trasferire, costituire e modificare i diritti edificatori e non invero il provvedimento amministrativo. Il negozio di cessione di cubatura origina infatti da una convenzione privatistica o comunque tra soggetti che agiscono *iure privatorum*, i quali convengono di disporre della volumetria esistente su un fondo cosicché qualunque provvedimento amministrativo successivamente rilasciato, interviene necessariamente solo in seguito a tale accordo e non avrebbe ragion d'essere in sua assenza. F. P. PUGLIESE, Il *procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1971, p. 1469 ss.; M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia amministrativa legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge),* in M. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento legislativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione,* Milano, 1990, p. 9 ss.; M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati. Problemi generali*, in AA. VV., *Convenzioni urbanistiche e tutela dei rapporti tra privati,* a cura di M. Costantino, Milano 1995, p. 34.

[44] Tali termini, utilizzati per la prima volta dagli studiosi di diritto urbanistico, fanno riferimento nel primo caso alla circolazione del diritto in cui vi sia stata la preventiva individuazione dei fondi (quello cedente la volumetria, definito anche fondo di «decollo» o «sorgente», e quello cessionario c.d. di «atterraggio»), mentre nel secondo caso rimandano ad una cessione che venga compiuta non dal titolare del fondo che ha originato detti diritti edificatori ma da parte di chi, pur avendoli acquistati, su quel fondo non vanti alcun diritto. Si veda al riguardo L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, in *www.eglossa.it*, 2013, p. 14. L'Autore precisa che il diritto edificatorio può essere ceduto da un soggetto che non è proprietario di un fondo edificabile o che in taluni casi non è addirittura proprietario di alcun terreno, poiché, nei diritti edificatori, non è necessario un collegamento tra i suoli. Si veda inoltre S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 83. L'Autrice soffermandosi sul confronto tra diritti edificatori e cessione di cubatura ritiene che non si possa disconoscere il ruolo di archetipo della seconda, unicamente per i diversi caratteri che gli istituti hanno assunto per

Pur non negandosi la sussistenza di evidenti differenze tra gli innovativi strumenti edificatori e l'originario archetipo, in entrambi gli istituti la potenzialità edificatoria si pone come elemento autonomo rispetto al terreno da cui la stessa è originata, apparendo del tutto inconferente il fatto che, nella cessione di cubatura, la volumetria transiti solo tra fondi del medesimo comparto e che, invece, nei più innovativi strumenti edificatori la circolazione abbia superato tale limite[45].

Il dato innovativo suscettibile di catalizzare un rinnovato dibattito, non risiede tanto nei luoghi in cui la cubatura circola ma piuttosto nella necessità di considerare la potenzialità edificatoria del fondo come un'utilità oggettiva e potenzialmente autonoma rispetto al terreno, capace di costituire oggetto di un accordo circolatorio tra privati.

Non a caso già prima della novella un autore parlava più genericamente di «diritti di sviluppo» per riferirsi a tutti i casi di trasferimento di volumetria[46].

D'altra parte è la stessa novella che, riferendosi genericamente ai «diritti edificatori comunque denominati», permette di ricondurre all'interno di tale ampia definizione la cessione di cubatura[47], anche

---

effetto delle nuove esigenze sociali. In senso contrario ad una ricostruzione in termini unitari si vedano diffusamente A. BARUCCHI, Jus aedificandi *e proprietà dei suoli,* Torino, 1976; N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile,* Torino, 2004; A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria, cit.*, p. 6 ss.

[45] Si sottolinea come secondo un Autore, nel procedere all'esame dell'istituto sia altresì necessario distinguere tra la natura giuridica dell'oggetto del trasferimento e gli effetti del contratto di trasferimento. Più precisamente, non si deve confondere la (eventuale) realità del diritto (e quindi la sua riferibilità ad un bene corporale) con la realità dell'effetto contrattuale, così da tenere distinte la prospettiva della circolazione da quella dell'esercizio del diritto. La precisazione appare alquanto opportuna, come sottolineato dall'autore, a causa dell'utilizzo improprio dei termini, che per lungo tempo è stato compiuto da alcune dottrine, le quali, basandosi su presupposti teorici errati hanno perseguito ricostruzioni talune volte alla «reificazione» del fenomeno, altre all'identificazione della fattispecie in un'ottica esclusivamente pubblicistica. Non si deve inoltre incorrere nell'errore di ritenere che la potenzialità edificatoria non sia immediatamente individuabile. Essa esiste da subito ed in quanto tale può essere oggetto di contrattazioni. Cfr. G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 3. L'Autore critica sul punto altra dottrina (A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria,* Milano, 1990, p. 51) sostenendo che in essa si può leggere che «un negozio ad effetti reali deve avere necessariamente per oggetto ultimo un bene». Tale definizione per Amadio, corre il rischio di trascurare da un lato i principi istituzionali del diritto privato, dall'altro l'art. 1376 c.c. che qualifica come contratto ad effetti reali quello che ha per oggetto il trasferimento non solo della proprietà ma di qualunque altro diritto. Invero, sostiene, non è dubitabile che la cessione del credito ad una prestazione di fare abbia effetto reale nonostante non abbia come oggetto ultimo un bene, né un diritto reale. Viceversa, un contratto può avere ad oggetto un bene o un diritto, pur risultando inidoneo a produrre effetti reali immediati, si pensi al contratto sottoposto a condizione sospensiva, alla vendita di cosa futura, di cosa generica o di cosa altrui (tutte ipotesi di compravendita ad effetti reali differiti in cui però di fa riferimento ad un bene concreto). Si veda altresì F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura,* in *Contr. impr.* 2011, 3, pp. 633-634, 639 ss. L'Autore fa riferimento a tutte quelle dottrine diffusesi a partire dagli anni Settanta che nell'analizzare lo schema giuridico a cui ricondurre la cessione di volumetria si sono divise sull'efficacia prodotta dal contratto a seconda della ricostruzione (in termini privatistici o pubblicistici) che si volesse sostenere. Più precisamente, talune (come ad esempio quella che ha sostenuto la ricostruzione della prassi in termini di servitù) hanno ritenuto che il contratto potesse produrre effetti reali, altre, propugnate da studiosi di diritto amministrativo, hanno invece preferito una ricostruzione come contratto ad effetti obbligatori. Sia consentito rimandare per maggiori approfondimenti al Cap. IV.

[46] Si veda al riguardo S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura, cit., passim.* Già alcuni anni fa l'Autore aveva coniato la più ampia definizione di «diritti di sviluppo» tale da ricomprendere al suo interno tutti questi fenomeni così da eliminare a monte il rischio di possibili ambiguità derivanti dall'utilizzo improprio dei termini.

[47] Il dato testuale della norma parla di «diritti edificatori comunque denominati». Poiché nessuno dubita che la cessione di cubatura abbia ad oggetto il diritto di edificare su un determinato fondo mediante lo sfruttamento della cubatura, della volumetria, ovvero potenzialità edificatoria, non vi sono ragioni per non ricomprendere tale ipotesi nella novella, anche solo per il fatto che come emerge dal n. 2-*bis* è del tutto irrilevante il nome attribuito all'istituto. Cfr. M. CEOLIN, *Trascrivibile la «cessione di cubatura»,* in *Studium Iuris*, 2011, 12, p. 1265. Nello stesso senso si vedano sotto il profilo fiscale 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, p. 156 ss.; A.

alla luce dell'irrilevanza del *nomen iuris* attribuito dal legislatore per l'individuazione della natura di una determinata situazione giuridica[48].

Proprio l'espresso riferimento operato dal n. 2-*bis* al più esteso concetto di «diritti edificatori» anziché alla «volumetria» o alla «cubatura», ha indotto la dottrina ad evidenziare la matrice tipicamente privatistica del contratto con cui se ne dispone, così da consentirne un ambito applicativo ben più esteso di quello che avrebbe potuto desumersi a fronte di uno strumento tecnico avente il suo fondamento nel solo diritto urbanistico[49].

Quando allora nel corso della trattazione si farà riferimento ai «diritti edificatori», si intenderà utilizzare l'espressione nel suo senso più ampio (salvo casi specifici adeguatamente indicati), così da ricomprendere non solo la perequazione, la compensazione e l'incentivazione ma anche la cessione di cubatura.

Le premesse sono essenziali per identificare l'oggetto «comunque denominato» del n. 2–*bis,* imprescindibile per una corretta ricostruzione dell'istituto in esame.

BUSANI, *L'imposta di registro*, Milano 2009, p. 699 ss. Al riguardo si precisa che, in linea di massima, quando nel corso della trattazione si farà riferimento ai «diritti edificatori» lo si farà nella loro accezione più ampia, comprensiva del fenomeno della cessione di cubatura, come voluto dalla novella, mentre si parlerà di diritti edificatori senza l'uso del virgolettato, allorquando si parlerà unicamente dei fenomeni perequativi, compensativi ed incentivanti.

[48] Da ultimo A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori, cit.,* p. 6. L'Autore sottolinea l'attualità del momento storico, che si caratterizza per la possibilità di ricorrere ai principi generali di ermeneutica contrattuale che impongono di prescindere dal *nomen iuris,* attribuito ad un istituto giuridico, per verificare l'effettiva *voluntas*. In tal senso si veda anche A. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali,* Milano, p. 50. Sul tema sia consentito rinviare anche a N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato, cit.,* p. 59 ss. Per quanto concerne l'utilizzo del linguaggio tecnico-giuridico, l'Autore rileva come nel momento storico attuale, un termine o una frase ritrovino il loro significato non già in un ambito predefinito, fondato su metodi e criteri dell'interpretazione classica, ma piuttosto lo acquistino e lo mutino in base al contesto socio-culturale in cui operano e per effetto delle contaminazioni che il diritto subisce. L'osservatore trova di fronte a sé una pluralità di significati che uno stesso termine può assumere in contesti differenti.

[49] M. CEOLIN, *Trascrivibile la «cessione di cubatura», cit.,* p. 1265; G. A. DI VITA, *Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria della novella*, in *Il Notaro*, II, 2011, p. 92.

CAPITOLO I

Problematiche connesse alla cessione di cubatura: profili di diritto civile e di diritto urbanistico

Sommario: 1. Rapporto tra *ius aedificandi* e cessione di cubatura. – 2. Nuovi contenuti dello *ius aedificandi*. – 3. Natura giuridica del permesso di costruire. – 4. Lo sviluppo dei diritti edificatori. Evoluzione e problematiche rispetto alla cessione di cubatura.

1. Rapporto tra *ius aedificandi* e cessione di cubatura.

Lo studio della cessione di cubatura non può prescindere da una preliminare analisi del contenuto del diritto di proprietà, con specifico riferimento allo *ius aedificandi,* al fine di verificare come osservato da un'attenta dottrina, in che termini «(…) una presa di posizione sull'annosa questione sia o meno pregiudiziale per comprendere il fenomeno che ci occupa»[50].

Uno dei maggiori impedimenti a disciplinare i trasferimenti di volumetria dipende infatti dalla difficoltà di rintracciare tra le «facoltà» insite nel diritto di proprietà quella di edificare, essendo conferita solo a seguito di specifico provvedimento urbanistico emesso dall'ente territorialmente competente[51].

L'annoso problema deriva principalmente dal fatto che l'attività edificatoria ad opera del proprietario del fondo è disciplinata da una moltitudine di leggi urbanistiche stratificatesi nel tempo, a conferma del carattere extracodicistico della proprietà edilizia, che rende necessaria una loro disamina a partire dalla legge urbanistica del 1942.

Più precisamente fino all'emanazione della legge n. 1150 del 1942, l'attività di edificazione sul territorio, almeno con riferimento alle aree extraurbane, può dirsi sostanzialmente libera in quanto lo *ius aedificandi* viene pacificamente considerato da dottrina e giurisprudenza come un'estrinsecazione del diritto di proprietà[52] e, in quanto tale, sottoposto alle medesime forme di tutela[53].

---

[50] L'espressione è di A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, cit.,* p. 479. L'Autore sottolinea come l'analisi dello *ius aedificandi* sia preliminare allo studio della cessione di cubatura e dei diritti edificatori, in quanto solo laddove è consentito ai privati di disporre in modo libero della potenzialità edificatoria, la cessione di volumetria ha la possibilità di esistere. Altra dottrina si domanda invece se sia opportuno parlare dello *ius aedificandi* in termini di interesse legittimo o se piuttosto dall'introduzione delle nuove normative in materia edilizia e dall'affermarsi della perequazione urbanistica, che assegna un indice di edificabilità a tutti i suoli, derivi piuttosto una qualificazione in termini di diritto sia pure soggetto a tutela amministrata. Per maggiori approfondimenti cfr. L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* p. 8. Secondo A. BARTOLINI, *Perequazione urbanistica e trasferimento dei diritti edificatori la natura giuridica dei diritti edificatori: profili pubblicistici*, in *Atti del Convegno, Paradigma 05 Febbraio 2015*, *passim*, la distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo in termini netti non sarebbe più attuale.

[51] A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione,* Milano, 1969, p. 140. Sul punto di veda anche A. BARUCCHI, Ius aedificandi *e proprietà dei suoli, cit.,* p. 87 ss.

[52] L'orientamento che sostiene l'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto dominicale, è stata messo in dubbio con l'entrata in vigore del codice del 1942, in quanto il panorama della proprietà edilizia risulta profondamente mutato rispetto all'assetto del 1865, sia con riferimento ai principi ricavabili dalle norme sulla proprietà (art. 832 c.c.), sia per le scarse norme (artt. 869-872 c.c.) dettate in materia di sfruttamento edificatorio dei terreni. Si veda al riguardo G. TORREGROSSA, *Introduzione al diritto urbanistico,* Milano, 1987, p. 156 ss.

[53] Almeno fino agli anni Quaranta, il titolare di un fondo può realizzare interventi edilizi, previo rispetto delle sole prescrizioni dettate dal codice civile, le quali non hanno invero alcun legame diretto con la materia urbanistica, essendo volte

Il panorama muta con l'incremento della densità abitativa dei grandi centri urbani dovuta ai forti influssi migratori verso gli agglomerati cittadini che spingono il legislatore ad emanare, a pochi decenni di distanza l'una dall'altra, prima la legge n. 1150 del 1942 e successivamente la legge n. 765 del 1967.

Con la c.d. «legge urbanistica» il legislatore introduce, anzitutto, una distinzione tra piano generale e piano particolareggiato[54].

La funzione del piano è quella di rendere applicative, a livello locale, le indicazioni dettate su scala nazionale attraverso una rigida logica gradualista, così da garantire razionali trasformazioni dell'assetto urbanistico dei «piccoli centri» attraverso una programmazione ben definita dello sviluppo delle aree mediante pianificazioni a «cascata»[55].

---

unicamente all'accertamento di determinate condizioni e alla rimozione di impedimenti che ostacolassero l'esplicazione del diritto di proprietà, sicché, tale «facoltà», viene considerata un *prius* e come tale «connaturale» al diritto dominicale. Cfr. G. PICCO e A. MAROCCO, *Convenzioni urbanistiche nell'esperienza notarile e disciplina dell'edilizia* in M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1995, pp. 94-95. Si pensi ad esempio al divieto di immissioni previsto dall'art. 844 c.c. o al rispetto delle distanze previsto dagli artt. 873 c.c. e ss. o ancora alle norme inerenti ad affaccio e vedute. Tali «facoltà», intese come situazioni giuridiche vantate dal privato nei confronti della pubblica amministrazione, sono state generalmente considerate dalla giurisprudenza amministrativa come interessi legittimi sia con riferimento alla fase di pianificazione dell'attività urbanistica, che riguardo alla procedura di rilascio del titolo abilitativo. Cfr., in argomento, Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 1996, n. 874, in *Riv. amm. Rep. it.,* 1996, p. 1009. In tal senso si veda P. URBANI, *Il tema del contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica,* in www.giustamm.it; P. URBANI*, La riforma regionale del prg: un primo bilancio. Efficacia contenuti ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità nel provvedere e garanzia del contenuto minimo del diritto di proprietà disponibile* in www.giustamm.it*., passim.* L'Autore condivide l'impostazione secondo cui gli *standards* generali in passato disciplinati dall'art. 41-*quinquies* della Legge urbanistica e attualmente inseriti nel D.P.R. 380 del 2001, stabiliscano il contenuto minimo del diritto di proprietà dei suoli.

[54] Tali prescrizioni avrebbero trovato attuazione per mezzo della cooperazione delle amministrazioni locali mediante i c.d. Piani Particolareggiati. Il Piano Regolatore Generale costituisce lo strumento urbanistico comunale attraverso cui viene realizzata la funzione di conformazione dei suoli (art. 42 co. 2 Cost). Esso è composto da un apparato grafico (tavole ricognitivo-conoscitive e progettuali), da norme tecniche di attuazione ed infine da una relazione illustrativa da cui emergono l'attività preparatoria e le indagini effettuate in una determinata zona, oltre agli obiettivi generali del piano. Il P.R.G., pertanto, ha come obiettivo quello di programmare l'uso del territorio e il suo sviluppo a livello comunale al fine di garantire una razionale ed ordinata trasformazione del territorio. Il contenuto di tale strumento è profondamente mutato nel tempo. Originariamente sorto come meccanismo per la tutela dei soli interessi urbanistici in senso stretto, successivamente si è caratterizzato per il fatto di aver assunto ulteriori funzioni, come quelle di recepimento delle politiche ambientali e paesaggistiche. Inoltre, nel tempo, è progressivamente cresciuto il peso assunto dalla partecipazione popolare. Si veda a tal proposito per maggiori approfondimenti: E. BOSCOLO, *Commento all'art. 7, L. 15.8.1942, n. 1150,* in *Codice commentato delle leggi in materia di urbanistica ed edilizia, Commento all'art. 7, L. 15.8.1942, n. 1150,* Roma, 2013, *passim.* La legge urbanistica introduce anche la licenza edilizia inizialmente richiesta per il solo territorio comunale «urbanizzato» (inizialmente individuato con la perimetrazione dei centri abitati che i Comuni hanno l'obbligo di individuare). Più precisamente l'arti. 31 ne subordina il rilascio «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». Solo con la legge 6 agosto 1967 n. 765 l'obbligo della licenza edilizia viene esteso a tutto il territorio comunale, sia dentro che fuori il centro abitato, rimanendo comunque gratuita.

[55] Art. 1 L.U. recante la «Disciplina dell'attività urbanistica e suoi scopi». Per effetto della nuova legge urbanistica che impone il dovere di pianificare a tutte le pubbliche amministrazioni ricomprese all'interno di uno specifico elenco stilato dal Ministero dei Lavori Pubblici, ai Comuni è stata sottratta la libertà di scegliere se dotarsi o meno di un piano urbanistico (come invece è avvenuto durante tutto il secolo precedente). Più precisamente i Piani Regolatori Generali avrebbero dovuto creare infrastrutture di base sui territori comunali mentre i piani particolareggiati avrebbero dovuto attuare le prescrizioni dettate a livello nazionale. Tuttavia, nonostante la citata legge del 1942 rispondesse a concrete esigenze sociali, essa non sarebbe mai riuscita a raggiungere gli obiettivi prefissati dall'articolo 1, non solo per la presenza di difetti ed carenze tecniche come la sua antesignana, quanto piuttosto perché non avrebbe mai trovato una costante ed uniforme applicazione su tutto il territorio nazionale. G. CECCHERINI, *Il c.d. trasferimento di cubatura,* Milano, 1985, *passim.* Spesso infatti le amministrazioni locali si rendono responsabili della mancata applicazione dei piani perché dopo la guerra, molti Comuni preferiscono dotarsi di strumenti di più semplice applicazione e più rispondenti alle esigenze post- belliche, come i piani di ricostruzione, mostrando già a quel tempo una vera e propria incapacità di adattamento alle prescrizioni di carattere generale che non prendevano in considerazione le differenti realtà locali. Peraltro ancorché alla legge del 1942 vada riconosciuto il merito di

L'intento è quello di assicurare un corretto sviluppo dei suoli nonché di «fermare la tendenza all'urbanesimo».

L'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà è, alla luce della normativa in questione, indiscussa, sebbene nella misura e con i limiti fissati per la prima volta con gli strumenti urbanistici.

Così è stato fino alla legge n. 765 del 1967 con la quale il legislatore è intervenuto in modo consistente sull'impianto normativo del 1942, sollecitato dal mancato raggiungimento degli obiettivi fissati dalla legge fondamentale dell'urbanistica ma anche dal diverso assetto economico e sociale che a partire dagli anni Sessanta ha cambiato l'aspetto del Paese[56].

Il nuovo scenario normativo caratterizzato dalla necessità del rilascio della licenza edilizia su tutto il territorio comunale[57] e dall'introduzione degli «*standards* urbanistici»[58], ha avuto ripercussioni molto rilevanti sulle modalità di sviluppo del suolo.

---

aver disciplinato organicamente l'attività edilizia mediante la cooperazione delle Amministrazioni comunali, la normativa ha disatteso le aspettative, principalmente a causa dell'impossibilità di far fronte alla complessa gestione del territorio in un quadro socio economico in continua evoluzione.

L'esigenza del legislatore non si limita a garantire l'ordinato sviluppo dei più estesi centri urbani ma risponde anche ad esigenze di salute pubblica ed igienico sanitarie che interessano i nuovi centri urbani. Così da garantire un più incidente controllo sulla crescita delle città ed un ordinato sviluppo del territorio «teso alla preservazione della compattezza del nucleo consolidato e alla distribuzione selettiva e organizzata delle addizioni in nuovi quartieri definiti razionalmente dalle direttrici viabilistiche». Cfr. M. LEO, *Il trasferimento di cubatura, cit.,* p. 671. Sono proprio queste le basi per la promulgazione della legge n. 1150 del 1942 che pone tra i suoi obiettivi principali la pianificazione dell'«assetto e dell'incremento edilizio dei centri abitati, lo sviluppo urbanistico in genere sul territorio» e l'urgenza di contenere la «tendenza all'urbanesimo» come stabilito dall'art. 1, attraverso la costituzione di un Piano Regolatore Generale che aveva in precedenza rappresentato, l'unica fonte di regolamentazione dell'attività edilizia. Cfr. G. MORBIDELLI, *Pianificazione territoriale ed urbanistica,* in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1.; E. BOSCOLO, *Commento all'art. 7, L. 15.8.1942, n. 1150, cit.,* p. 33. In dottrina, sull'argomento cfr. S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura, cit.,* p. 77 ss.; N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile,* Milano, 1982, p. 134. L'Autore delinea il fondamento teorico del fenomeno per mezzo di un'analisi storica, in cui spiega la crisi della tipicità dei diritti reali, che in una luce naturalistica, hanno visto dissolversi il principio del *numerus clausus* per modellarsi sulla base degli interessi che ad essi sottendono. Le argomentazioni di ispirano al pensiero di P. GROSSI, *Naturalismo e formalismo della sistematica medievale delle situazioni reali,* in *Il dominio e le cose*, Milano, 1992, p. 21 e ss. Per maggiori approfondimenti si veda il capitolo VII.

[56] Rifacendosi al modello dello *zoning* di origine statunitense, la normativa introduce mediante il Piano Regolatore Generale, il concetto di aree edificabili previo ottenimento di licenza edilizia contrapposte a quelle non suscettibili di sviluppo urbanistico. Pregevoli le rilevanti modifiche apportate alla legge del 1942, in primo luogo, attraverso l'avviamento di un'estesa applicazione di piani urbanistici dotati di strumenti per garantirne il rispetto, in secondo luogo, mediamente l'introduzione di misure volte a frenare lo sviluppo edilizio incontrollato ed, infine, attraverso la creazione di meccanismi idonei ad ottenere la partecipazione dei privati alle spese di urbanizzazione. S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori,* Padova, 2012, pp. 11-13 e 111.

[57] Con la legge Ponte l'obbligo della licenza edilizia viene esteso a tutto il territorio comunale sia dentro che fuori i centri abitato rimanendo tuttavia gratuita. In particolare l'art. 31 L.U. subordina il rilascio della suddetta licenza edilizia « (…) 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», così, fissando le prime regole, seppur a livello embrionale, di pianificazione territoriale. Detto atto di autorizzazione, inizialmente prescritto per gli interventi d'attività edilizia nelle sole zone di espansione e in presenza di un piano regolatore, viene esteso con la legge Ponte (n. 765/1967) a tutto il territorio del Comune, dentro e fuori dal centro abitato, anche indipendentemente dalla presenza di piano regolatore; mentre ai privati costruttori vengono accollati gli oneri di urbanizzazione primaria, almeno per le zone di sviluppo. Cfr. G. CECCHERINI, *Il c.d. trasferimento di cubatura*, *cit.,* p. 36.

[58] Gli *standard* rappresentano una tecnica di pianificazione territoriale che impone limitazioni di densità edilizia, di altezza e di distanza tra i fabbricati e fissa rapporti massimi tra spazi collettivi e quelli privati destinati ad insediamenti residenziali, produttivi, a verde pubblico, a parcheggi e ad attività collettive. Gli *standard* edilizi nello specifico indicano la densità edilizia, oltre all'altezza e alla distanza massima tra i fabbricati. Gli *standard* plano volumetrici invece sono quelli che hanno influenzato lo sviluppo della prassi dei trasferimenti di volumetria, indicano la densità edilizia e il rapporto tra volume edificabile e superficie effettivamente disponibile. Per maggiori approfondimenti si veda A. CANDIAN, voce *Trasferimento di volumetria, Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 2002, p. 736. Più precisamente essi sono espressione del rapporto

Gli *standards* introducono infatti l'indice c.d. «planovolumetrico» che, stabilendo la volumetria complessiva per le costruzioni site all'interno di in una certa zona, pone limiti inderogabili alla cubatura realizzabile in una specifica area.

La nuova normativa, più rigida rispetto alla precedente, ha indotto la dottrina ha sostenere che per effetto dei provvedimenti edilizi, i privati fossero stati esautorati dal potere di edificare liberamente e che questo fosse stato trasferito alla pubblica autorità che, d'ora in poi, lo avrebbe variamente regolato[59].

Al contempo però tale assetto ha paradossalmente favorito la nascita e la diffusione tra i proprietari di terreni edificabili di una prassi la cui origine è da ricollegare proprio all'introduzione dei limiti legali alla proprietà privata nell'utilizzo edificatorio delle aree previsto dall'art. 41-*quinquies*[60].

La poca elasticità delle leggi vigenti e delle regole di attuazione promosse dal Piano mediante gli *standards,* assieme alla scarsità delle volumetrie utilizzabili, hanno determinato lo sviluppo di meccanismi negoziali di micropianificazione organizzata[61], in grado di incidere sul profilo attuativo della pianificazione territoriale[62].

Tali accordi consentono al proprietario di un fondo che non possieda i requisiti previsti dagli *standards* planovolumetrici in vigore, di poter acquistare la volumetria mancante dal proprietario di altro terreno contiguo sito nella medesima zona urbanistica, non interessato a costruire[63].

---

planovolumetrico tra la superficie utilizzabile per la costruzione di un edificio e la volumetria da quest'ultimo occupabile. Si tratta di disposizioni con carattere generale riferibili ad ogni zona omogenea nella sua interezza che hanno la funzione di porre un limite alla densità edilizia di quella specifica area. Ogni Piano Regolatore Locale deve definire gli indici di edificabilità per ciascuna zona omogenea nel rispetto dei parametri indicati e della normativa regionale, mentre il Piano Regolatore Generale fissa per ognuna di esse un coefficiente che rappresentava allo stesso tempo un parametro ed un limite all'edificabilità per ogni superficie territoriale ricompresa nella stessa zona. Ciò al fine di consentire il calcolo del potenziale edificatorio di un determinato terreno. Cfr. R. CHIARELLA, *Governo del territorio e* jus aedificandi. *Il problema dei trasferimenti di volumetria,* in Diritto & Diritti disponibile su *www.diritto.it*, 2012, p. 12.

[59] A. PREDIERI, *Riserva della «facoltà» di edificare e proprietà funzionalizzata delle aree fabbricabili,*in AA. *VV. Urbanistica, tutela del paesaggio ed espropriazione,* Milano, 1969, *passim,* ID., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione,* Milano, 1969, p. 140. L'Autore afferma che «la disciplina generale delle aree non attribuisce ai proprietari delle aree la facoltà di sceglierne l'uso in relazione alla edificabilità ma la attribuisce ai poteri pubblici». Secondo tale orientamento il carattere pubblicistico dello sfruttamento edificatorio dei suoli è assolutamente predominante rispetto al diritto riconosciuto ai privati di esercitare tale «facoltà», stante l'esistenza di ben più importanti interessi di carattere generale da dover tutelare. Per contro si ritiene che il rilascio della licenza edilizia non determini uno spazio di discrezionalità della p.a. stante il fatto che il bilanciamento degli interessi pubblici e privati è effettuato in una fase precedente, quella di elaborazione dello strumento urbanistico.

[60] Paradossalmente, dunque sono stati proprio gli indici di densità edilizia, di altezza e di distanza tra i fabbricati come descritti dall'art. 41-*quinquies,* a costituire il fondamento tecnico della c.d. cessione di cubatura. «Per sfuggire alla rigidità di quelle prescrizioni i privati cominciavano, di fatto, a concorrere con lo sviluppo edilizio, ottenendo per il proprio fondo e la sua capacità edificatoria la migliore delle soluzioni possibili». G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 9.

[61] A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, cit.,* p. 527. Con riguardo al termine «micropianificazione», si veda anche in voce *avvenimenti 1979,*in *Enciclopedia Rizzoli, annuario 1980,* Milano, 1980, p. 590.

[62] È altresì utile ricordare che il primo riferimento alla cessione di cubatura compare nel piano regolatore di Torino, approvato con d.P.R. 6 ottobre 1959, in G.U. 21 dicembre 1959, n. 308. Non stupisce, dunque, come i primi interventi della giurisprudenza di legittimità sull'argomento vengono definiti come «il *trend* piemontese», occasionato, proprio dalla risoluzione dei problemi pratici sorti dall'attuazione delle cessioni di cubatura previste dal P.R.G. di Torino. Cfr. A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria, cit.,* p. 226. Tra gli strumenti urbanistici di origine privata menziona una serie di convenzioni come ad esempio quelle di lottizzazione ai sensi dell' art. 8 legge n. 765 del 1967.

[63] La cessione di cubatura deve rispettare solo due limiti, uno quantitativo e l'altro qualitativo che si sostanziano il primo nel fatto che la cessione può avvenire solo tra i fondi che siano posti all'interno della medesima zona urbanistica, il secondo

Il contratto ha dunque ad oggetto la sola potenzialità volumetrica quale entità autonoma economicamente valutabile, senza che sia necessario affrontare l'acquisto, molto più gravoso, dell'intero terreno.

Tale prassi non si pone in contrasto con la disciplina urbanistica a quel tempo vigente.

Infatti se da un lato la legge Ponte impone il rispetto della cubatura media prevista per ogni comparto e della necessità di munirsi del permesso della p. a., dall'altro lascia i privati liberi di stipulare accordi che non violino tali dettami.

Invero, la maggiore volumetria di cui gode il cessionario per effetto della c.d. cessione di cubatura, si bilancia con la corrispondente diminuzione della stessa su un altro fondo, così garantendo l'immutabilità dell'indice di densità edilizia stabilito dal piano regolatore per una determinata zona[64].

Due sono le conseguenze principali ed immediate di tali convenzioni: la prima consiste nell'asservimento del fondo «cedente», il quale, privato della capacità volumetrica, non può più essere oggetto di attività edificatoria nei limiti di quanto trasferito, la seconda nell'accorpamento della cubatura sul fondo beneficiario della cessione[65].

Tale prassi si caratterizza inoltre per la presenza di due fasi, una privata ed una pubblica, autonome ma allo stesso tempo imprescindibilmente collegate tra loro[66].

La prima, regolata unicamente dalle norme dal diritto privato, riguarda la convenzione con la quale il proprietario di un terreno cede, in tutto o in parte, la volumetria astrattamente realizzabile sul proprio

---

impone che vi sia omogeneità destinatoria delle zone oggetto del trasferimento. Per approfondimenti cfr. F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura, cit.,* p. 632 ss.

64 B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori,* Napoli, 2013, p. 22.

65 Quella dell'accorpamento è l'ipotesi in cui un unico proprietario di più aree con medesima destinazione ed appartenenti alla stessa zona, la cui vicinanza tra loro è urbansiticamente rilevante, voglia utilizzare l'intera cubatura derivante dal proprio lotto complessivo solo in una certa area, non è dunque necessario che i terreni siano confinanti. La dottrina e la giurisprudenza hanno a lungo dibattuto circa i requisiti necessari per porre in essere le operazioni di accorpamento e di concentrazione di volumetria. Avendosi un unico proprietario secondo alcuni non è necessario alcun atto negoziale in quanto il vincolo discende proprio dall'utilizzo della cubatura in una certa zona. La soluzione tuttavia non è pienamente soddisfacente con riferimento alla tutela che deve essere apprestata ai terzi in ottemperanza al principio di tutela dell'affidamento). Questa è la ragione per cui certa dottrina ha richiamato l'obbligazione reale, stante la sua natura ambulatoria e per il fatto che l'obbligato è individuato in ragione del suo collegamento reale con il bene. Si vedano a tal proposito P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata, cit.,* p. 386 ss.; Cons. Stato, Sez. V, 4 gennaio 1993, n. 26 in *Foro amm.*, 1993, p. 573. Diversa è l'ipotesi della riserva di cubatura che rappresenta l'operazione con cui il proprietario di un terreno vuole alienarlo a terzi, riservando però a favore di altro suolo contiguo di sua proprietà la capacità edificatoria del fondo ceduto. Il terzo acquista, in tal maniera, un'area in tutto o in parte priva, al tempo dell'acquisto, della volumetria che essa avrebbe potuto sviluppare in conformità agli strumenti urbanistici tempo per tempo vigenti. L'ipotesi sembra assimilabile a quella della *deductio servitutis*, istituto non disciplinato nel codice civile che si ha quando il titolare dell'immobile al momento dell'alienazione costituisce una servitù sul bene alienato a favore di altro immobile di cui è titolare. Si tratta di un'ipotesi diversa dalla riserva di usufrutto disciplinata nell'art. 796 c.c. per gli atti a titolo gratuito, che si viene a creare mediante un atto negoziale misto. Nel caso di specie, la riserva si atteggia quale atto d'asservimento contestuale alla vendita, ma ad essa logicamente e giuridicamente antecedente inoltre solo nella riserva di cubatura l'alienante trasferisce l'intero suo diritto di proprietà e «non trattiene alcuna "facoltà" che possa dar luogo ad un diritto reale limitato». Così si esprime S. CERVELLI, *I diritti reali. Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi,* Milano, 2007, p. 236. Per maggiori approfondimenti si veda S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimento di volumetria,* in *Riv. giur. ed.*, 2011, n. 5, p. 199.

66 Cfr. A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, cit.,* p. 527. L'intreccio tra diritto privato e diritto amministrativo è espressione di un fenomeno più generale che sotto la spinta della superfetazione della legislazione specialistica, ha coinciso con la disgregazione del sistema codicistico da un lato e con la sempre meno netta separazione tra diritto privato e diritto amministrativo dall'altro

suolo al titolare di altro fondo, conferendole autonomia rispetto alle altre facoltà che compongono il diritto di proprietà[67].

La seconda implica invece un coinvolgimento della p. a. che, rilasciando l'autorizzazione edilizia, consente al cessionario di fruire della volumetria acquistata.

Già nella struttura originaria la cessione di cubatura si caratterizza dunque per la sua natura ibrida che affonda le radici tanto nell'autonomia negoziale dei privati di disporre dello *ius aedificandi* quanto nell'autorizzazione ad edificare emessa dal Comune[68].

La convenzione privatistica infatti, pur ponendosi quale momento genetico della vicenda e *condicio sine qua non* per il rilascio del provvedimento amministrativo è di per sé è inidonea a determinare lo spostamento della capacità edificatoria. Ciò significa che per garantire sicurezza agli aventi causa in ordine allo *status* giuridico del bene, è necessario l'intervento della p. a. che può rendere pubblico ed effettivo il mutamento della zona omogenea attraverso modifiche urbanistiche del Piano.

La necessità di garantire l'opponibilità delle convenzioni stipulate dai privati accende in breve tempo un dibattito, tuttora aperto, sulla natura giuridica dell'accordo con cui la volumetria circola, di cui è stato enfatizzato il profilo talora obbligatorio, talaltro reale, sottolineando talvolta il ruolo assorbente e costitutivo del provvedimento amministrativo[69].

---

[67] Sin dall'inizio tale prassi sarebbe stata considerata meritevole di tutela alla luce dell'articolo 1322 c.c. in quanto la causa del «negozio» si rinviene nello scambio tra lo *ius aedificandi* e la corresponsione di una somma di denaro nel rispetto degli *standards*. Come si può immediatamente rilevare l'attività dei privati di allocazione della capacità edificatoria non si pone in contrasto con i principi della legge Ponte, in quanto gli accordi si concludono nel rispetto dei principi generali dettati dalla normativa e ciò sembra porsi in linea con il dettato dell'art. 1322 co 2 c.c. che subordina l'ingresso di contratti atipici ad un giudizio di utilità sociale che, nei contratti tipici, è già stato svolto al momento della loro codificazione. Per una trattazione più approfondita relativamente al giudizio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 co. 2 c.c. cfr. A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria, cit.,* pp. 33-48.

[68] Il tentativo di attuare una migliore composizione degli interessi allo sfruttamento del fondo da parte del privato e alla migliore gestione dei suoli da parte della p. a. si ha invero con la legge 241 del 1990, in cui l'esigenza di una semplificazione dell'azione amministrativa trova espressione nell'introduzione nell'ordinamento giuridico di strumenti in grado di ridurre gli oneri amministrativi ma anche nella c.d. semplificazione di garanzia che elimina i costi che il privato deve sopportare per rapportarsi ad uno scenario normativo complesso e ad una p. a. poco efficiente (G. Guzzo parla a tal proposito di *compliance cost*). L'esigenza di superare i limiti indicati unitamente da ragioni di carattere fiscale, determineranno così la nascita della c.d. «urbanistica contratta» o «negoziata», operante attraverso moduli consensuali in grado di esprimere una sorta di *soft regulation* così da realizzare il governo del territorio mediante l'utilizzo di strumenti meno complessi soprattutto per la realizzazione degli interessi locali. Quello a cui si assisterà sarà definito come un fenomeno di «pianificata depianificazione» nell'ambito del quale il privato diviene protagonista del processo di trasformazione de territorio e partecipe del suo governo. Tutto avviene mediante la composizione di interessi dominanti come la proprietà, l'ambiente e le risorse economiche da un lato e di quelli emergenti come la concorrenze e i servizi di interesse generale tali da garantire e permettere uno sviluppo sostenibile dall'altro. Cfr. F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura, cit.,* p. 636. Per maggiori approfondimenti si veda il capitolo V.

[69] In questo senso la volontà privata, attraverso strumenti privatistici mediante i quali commerciare la potenzialità edificatoria assegnata ai fondi, si è rivelata un efficace strumento di sviluppo ordinato del territorio in linea con le esigenze della collettività. La ragione per cui gli accordi di micropianificazione sono riusciti a coniugarsi con la rigida disciplina urbanistica trovando in Italia terreno fertile, risiede nella loro idoneità a conferire alla procedura di pianificazione territoriale l'elasticità necessaria per far fronte alla difficoltosa applicazione delle prescrizioni di piano previste dai P.R.G. Basti pensare al fatto che, una volta esaurita la fase di organizzazione dei territori, che viene stabilita a livello centrale, la p. a. non ha più alcuna *potestas variandi* sulla ripartizione delle volumetrie assegnate ai territori, mentre i privati possono intervenire sul diritto di proprietà comprimendolo mediante strumenti di natura privatistica, essendo tenuti unicamente a rendere edotta la Pubblica Amministrazione dell'esito degli accordi affinché quest'ultima potesse verificare il rispetto delle prescrizioni urbanistiche. Tali accordi inoltre, integrando i programmi statali, si collocano in modo perfetto all'interno del ruolo attribuito ai privati in considerazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 co. 4 Cost. che recita: «Stato,

La *querelle* sulla natura giuridica degli accordi con cui la volumetria è trasferita, si trova sullo sfondo di un più ampio dibattito diffuso in quegli anni, inerente all'appartenenza dello *ius aedificandi,* affrontato da dottrina e giurisprudenza con diverse posizioni e non senza affanni.

Un primo importante intervento è quello della Corte costituzionale che alla fine degli anni Sessanta, chiamata a giudicare sui vincoli di inedificabilità previsti a carico della proprietà privata, statuisce con le sentenze nn. 55 e 56 del 28 maggio 1968[70], che lo *ius aedificandi* deve essere ricompreso tra le «facoltà» insite nel diritto di proprietà delle aree edificabili[71], costituendone «contenuto essenziale e connaturale» con l'effetto che la licenza edilizia viene inquadrata tra le «autorizzazioni permissive»[72].

Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». Si veda sul punto S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* pp. 7-8.

[70] Corte cost., 29 maggio 1968, n. 55, in *Giur. cost.,* 1968, p. 838 e Corte cost. 29 maggio 1968 n. 56 in *Giur. cost.* 1968, p. 884 La sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell' artt. 7 numeri 2, 3 e 4 e dell'art. 40 della legge urbanistica 1150 del 1942 nella parte in cui non prevede un indennizzo per l'imposizione di limiti a tempo indeterminato nei confronti dei diritti reali laddove le limitazioni hanno contenuto espropriativo. Ha altresì respinto l'analoga censura formulata nei confronti dell'art. 15 della legge della Provincia di Bolzano 24 luglio 1957 n. 8 sulla tutela del paesaggio, che esclude l'indennizzo per i vincoli imposti a tempo indefinito. In quella stessa sede la Consulta afferma che la rilevanza della funzione sociale riconosciuta alla norma è tale da rompere la rigidità dello schema dei diritti soggettivi assoluti «in virtù del valore della solidarietà sociale, resta escluso che il diritto di proprietà possa venire inteso come dominio assoluto ed illimitato sui beni propri, dovendosi invece ritenerlo caratterizzato dall'attitudine ad essere sottoposto nel suo contenuto ad un regime che la Costituzione lascia al legislatore di determinare». L'interpretazione della Corte ammette la possibilità di escludere la proprietà privata di intere categorie di beni dietro un congruo ristoro. Il ragionamento della Corte, mai abbandonato sino ad oggi, si colloca nel solco della sentenza Corte cost., 20 gennaio 1966 n. 6, in *Foro it.,* 1966, I, p. 203, in materia di servitù militari e si fonda essenzialmente sulla *summa divisio* tra limitazioni proprie del regime giuridico di categorie di beni e limitazioni inerenti beni considerati *singulatim.* Il pensiero della Corte può essere sintetizzato in cinque punti fondamentali che racchiudono l'intera essenza delle pronunce. Il primo di questi è costituito dal fatto che l'art. 42 comma 2 Cost. consente di escludere la proprietà privata di determinate categorie di beni e di imporre, sempre per specifiche categorie, da un lato, limitazioni generali afferenti all'appartenenza e al godimento, dall'altro limiti che siano in grado di incidere su beni singolarmente considerati e graduati in base al tipo di restrizione che si vuole imporre. Altro punto focale affrontato dalla Corte è quello relativo al fatto che le imposizioni a titolo particolare non possono, in assenza d indennizzo, travalicare il bene stesso oltre ciò che è connaturale al diritto di proprietà, in quanto tale limite assumerebbe carattere espropriativo. I limiti connaturali al diritto di proprietà immobiliare sono unicamente quelli relativi al *quomodo* e al *quantum* dell'edificazione, o che attengono alla inedificabilità per periodi di tempo predeterminati (mentre i limiti espropriativi devono essere indennizzati e implicano la definitiva inedificabilità sul terreno in vista dell'acquisizione coattiva alla mano pubblica invero incerta nella data). Si è inoltre sottolineato come i vincoli di inedificabilità assoluta previsti dalla legge urbanistica siano da considerarsi a titolo particolare quando non incidono su tutti i terreni ed infine che le bellezze naturali del territorio costituiscono una categoria che, più in generale, è originariamente di interesse pubblico, ciò vuol dire che i limiti nel godimento sono connaturali al regime giuridico di appartenenza. Pertanto, il ruolo della p. a., è unicamente quello di appurare le caratteristiche obiettive dei beni e applicare la relativa disciplina secondo la loro natura.

[71] Dalla pronuncia della Corte, citata nella nota precedente, nasce un acceso dibattito. Tra gli interventi si ricordano: G. DE VIRGILIIS e F. SPANTIGANTI, *Un esperimento di opinione dissenziente alla sentenza n. 55 della Corte Costituzionale,* in *Giur. cost.,* 1968, p. 865; G. PIGA, *Effetti della sentenza n. 55 della Corte Costituzionale nel processo di formazione dei piani regolatori,* in *Foro amm.,* 1968, II, p. 122, S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici,* in *Riv. trim. dir. proc. civ,* 1969, p. 413 ss., U. NATOLI, *Orientamenti della Corte Costituzionale in ordine alle garanzie della proprietà privata ex art. 42 Cost., Riv. trim. dir. proc. civ,* 1969, p. 1671 ss. Successivamente alla decisione della Corte, la legge 1150 del 1042 subisce modifiche ed integrazioni per effetto della legge 1187 del 1968, i cui artt. 1 e 5 sostituirono gli artt. 7 e 40 prevedendo la divisione in zone del territorio comunale con l'indicazione delle zone destinate all'espansione urbanistica, la determinazione dei vincoli da rispettare all'interno di ciascuna zona ed infine l'indicazione delle aree da destinare allo sviluppo pubblico.

[72] Con tale espressione si suole indicare il provvedimento destinato a rimuovere, sulla base di un mero riscontro tecnico, il limite all'espansione del diritto dominicale imposto dalla norma urbanistica. L'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà, come interesse correlato alla naturale espansione del diritto, è un convincimento particolarmente radicato nella giurisprudenza del tempo tanto da spingerla a decidere nel senso di attribuire al soggetto espropriato di un fondo con carattere edificatorio, un indennizzo parametrato proprio al valore edificatorio dell'area, ancorché tale suolo non sia classificato come edificabile in sede di strumento urbanistico. In tale senso, vedi A. M. SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1978, II, p. 77.

La pronuncia, contribuisce non solo a fare chiarezza sul potere di edificare ma anche a legittimare, seppure indirettamente, l'utilizzo della cessione di volumetria.

La riconduzione dello *ius aedificandi* tra i poteri del proprietario si pone infatti in linea con i trasferimenti di volumetria che trovano il loro fondamento nella libera esplicazione dell'autonomia privata giacché, i soli a poter decidere in ordine allo sfruttamento dei suoli, sono i titolari del diritto dominicale[73].

Più precisamente nel rispetto delle prescrizioni dettate dagli *standards*, il proprietario del terreno ha tanto la libertà di decidere la collocazione della costruzione sul proprio fondo, ad esempio scegliendo di concentrare tutta la volumetria in uno spazio ristretto o sull'intera area del territorio, quanto il potere di rinunciarvi a favore di altri.

Tale prassi è riuscita a sopravvivere indenne anche alla legge Bucalossi[74] che con l'introduzione della «concessione edilizia» sembra definitivamente sottrarre ai privati il potere di edificare[75].

---

[73] Con riferimento al dibattito che è scaturito dalle sentenze del 1968 sia consentito rinviare a A. PREDIERI, *Riserve della «facoltà» di edificare e proprietà funzionalizzata delle aree fabbricabili,* in AA. VV. *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione,* Milano, 1969, pp. 82, 103, 106. L'Autore ribadisce nelle sue pagine come si debba escludere l'inerenza dello *ius aedficandi* alla proprietà fondiaria poiché nella legislazione urbanistica le aree non sono fabbricabili in sé, ma divegono suscettibili di edificazione solo all'esito della destinazione che gli viene impressa dai poteri pubblici che erano rappresentati da un serie di comandi rappresentati dalla legge, dai piani regolatori e dalla licenza edilizia. Tale sistema non può considerarsi incostituzionale poiché la proprietà edilizia incarna una categoria obiettivamente identificabile e quindi suscettibile di essere conformata così da escludere l'attribuzione generalizzata dell'edificabilità. Relativamente ai profili di costituzionalità si vedano G. MORBIDELLI, *Note sulla giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. espropriazioni sostanziali*, in *Foro amm.*, 1970, II, p. 324; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n. 260 del 1976),* in *Giur. cost.,* 1977, p. 1389. I toni polemici inducono lo stesso presidente della Corte costituzionale dell'epoca, Sandulli ad intervenire sul punto rilasciando una nota intervista alla rivista L'Astrolabio, in cui lo stesso difende l'operato della Corte indicando le possibili soluzioni adottabili dal legislatore per uno sviluppo urbanistico sano e compatibile con le condizioni della finanza locale così da evitare ingiuste disparità tra i proprietari delle aree. Si veda l'articolo in *L'Astrolabio* 7 luglio 1968, n. 13 p. 11 ss. Per approfondimenti sul pensiero dello studioso si veda A. M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in AA. VV., *Atti del convegno di studi giuridici sulla tutela del paesaggio*, Milano 1963, p.79 ss. e *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, II, p. 67 ss.

[74] Prima della novella un orientamento diffusosi immediatamente dopo la promulgazione della legge Bucalossi, sosteneva che sosteneva che la prassi della cessione di cubatura dovesse essere identificata nella «cessione della posizione contrattuale», stante la corresponsione di un contributo ai sensi degli artt. 3 e 5 della legge 28 gennaio 1977 n. 10, in cui il titolare del fondo assumeva la posizione di cedente, mentre la p. a. di soggetto ceduto e il cui consenso veniva manifestato mediante il rilascio della titolo abilitativo maggiorato. Il consenso della p. a., manifestato tramite il rilascio al «cessionario» della concessione maggiorata, coincideva perfettamente con l'indefettibile partecipazione del contraente ceduto richiesta nell'atto di cessione, il tutto con conseguente applicabilità della disciplina dell'art. 1406 c.c. Invero anche questa ipotesi ricostruttiva presenta molti punti deboli. In primo luogo, tale dottrina non ha risolto il problema dell'opponibilità e della tutela dei terzi stante la mancata trascrizione dell'accordo stipulato con il Comune, in secondo luogo il costrutto sarebbe applicabile solo in presenza di un contratto a prestazioni corrispettive non ancora eseguite ed è questa la ragione per cui i sostenitori di tale teoria ritenevano che la fattispecie dovesse essere ricondotta necessariamente in un contratto di diritto pubblico, asserendo l'esistenza di un nesso sinallagmatico tra il pagamento degli oneri concessori da parte del privato e il rilascio del permesso di costruire da parte della p. a. In realtà questa impostazione configge necessariamente con la prassi applicativa della cessione in cui invece i privati solo dopo aver stipulato l'accordo si rivolgono alla p. a. Inoltre applicando in concreto tale ricostruzione sarebbe stato impossibile effettuare una o più cessioni parziali della volumetria del terreno cedente. Infatti, ai sensi dell'art. 1406 c.c. si sarebbero piuttosto generate plurime e autonome cessioni, «aventi ad oggetto frammenti o frazioni di una posizione contrattuale». La tesi dunque prendeva le mosse dall'erroneo presupposto che l'entrata in vigore della legge Bucalossi avesse modificato il regime amministrativo previgente. P. L. TROJANI, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed un'ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, II, p. 298 ss.; V. CARBONE, *Struttura e funzione del contratto di cessione*, in *Il contratto in generale,* 6, in *Trattato di diritto privato*, XIII, Torino, 1999, p. 303; G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 24.

[75] La legge ha decretato il passaggio dalla «licenza» a quello della «concessione» affermando il primato dei poteri pubblici sullo sfruttamento del suolo. Astrattamente la legge n. 10 del 1970 avrebbe potuto sancire la fine dell'utilizzo della cessione

Infatti il nuovo dato terminologico utilizzato dal Legislatore, unitamente alla previsione di una partecipazione agli oneri concessori a carico del proprietario-costruttore sembrano determinare, ad una prima lettura, una scissione dello *ius aedificandi* dalla proprietà del suolo[76].

Su tali aspetti è intervenuta la Corte costituzionale che con la sentenza n. 5 del 30 gennaio 1980[77], ha escluso tale impostazione ribadendo che, seppure lo *ius edificandi* non assurge più a contenuto inviolabile ed illimitato della proprietà fondiaria, continua in ogni caso a riguardare il diritto di proprietà inerente il fondo rappresentandone una «facoltà» nell'ambito della conformazione e dei limiti del suo esercizio[78].

Ne consegue che per lo sfruttamento della capacità edificatoria è necessario unicamente il rispetto degli s*tandards* e delle disposizioni integrative (ossia della distribuzione del carico edilizio all'interno di un determinato comparto) e non invece l'effettiva ubicazione dell'edificio o del modo in cui la «cubatura media» viene suddivisa all'interno di una specifica zona[79].

---

di cubatura in quanto stabiliva che tutte le attività aventi ad oggetto la trasformazione urbanistica ed edilizia (compresa la cessione di cubatura) dovessero essere subordinate al rilascio del provvedimento oneroso e concessorio da parte della pubblica autorità, ossia dal sindaco del Comune interessato. La posizione del proprietario di fronte al potere pubblicistico sembra degradare a mero interesse legittimo cosicché, il *dominus* difettando dello *ius aedificandi*, non avrebbe potuto trasferire ad altri quanto egli stesso deve procurasi mediante concessione edilizia avente natura costitutiva, con l'effetto che il titolare del fondo avrebbe potuto solo acquistare dal Piano ciò che non aveva e non perdere quel che già possiede. Avallare l'orientamento della dottrina pubblicistica avrebbe significato negare alla radice la legittimità della cessione di cubatura che trova la sua fonte proprio nell'autonoma disposizione della «facoltà» di edificare e nella conseguente libertà di negoziare la potenzialità volumetrica.

[76] Sul punto è agevole osservare come nel dettato della legge n. 10 del 1977 emerga in modo incontrovertibile che la concessione può essere rilasciata solamente al proprietario del fondo interessato, o ai titolari di diritti reali sullo stesso, stante l'impossibilità per la Pubblica Amministrazione di attribuirla a soggetti diversi, con l'effetto che non può riconoscersi all'ente territorialmente competente alcuna capacità decisionale. Anche l'ulteriore problematica legata all'onerosità della concessione, è stata invero agevolmente superata osservando che la disposizione aveva l'unico intento di segnare «(…) il passaggio da un sistema che consentiva al proprietario di appropriarsi liberamente di tutto l'aumento di valore che la prospettiva edificatoria comportava, ad un sistema in cui una parte, anche notevole, di tale aumento di valore viene destinata alla collettività». La formulazione della disposizione che riconosceva ai soli proprietari la titolarità del diritto, subordinatamente all'adempimento di un obbligo contributivo, confermava che il ruolo della p. a. fosse piuttosto di controllo ed esazione, traducendosi in una mera verifica dei requisiti urbanistici e dei pagamenti effettuati. Cfr. M. LEO, *Trasferimento di cubatura,* in *Diz. enc. notar.,* 2002, p. 713.

[77] Con riferimento della citata sentenza della Corte costituzionale n. 5 del 30 gennaio 1980 in *Riv. giur. edil.* 1980, I, p. 17, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'indennizzo di esproprio rapportato al valore agricolo medio del terreno così ribadendo la sussistenza del diritto di edificare all'interno del fascio di poteri facenti parte della proprietà. È dato infatti leggere che «(…) il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà ed alle altre situazioni che comprendono la legittimazione a costruire anche se di esso sono stati tuttavia compressi e limitati portata e contenuto, nel senso che l'avente diritto può solo costruire entro i limiti, anche temporali, stabiliti dagli strumenti urbanistici» . La Corte costituzionale, nel ribadire che il diritto di edificare continua ad essere parte integrante del contenuto del diritto di proprietà dei suoli, ha inoltre dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 865 del 1971 (artt. 16 e 20, modificati dagli artt. 14 e 19 della legge n. 10 del 1977), le quali escludevano che in sede di espropriazione si tenesse conto della suscettibilità edificatoria dei suoli, ai fini della determinazione della misura dell'indennità. La pronuncia, pur non incidendo direttamente sulle altre disposizioni della legge n. 10 del 1977, ha fortemente condizionato la possibilità di una loro attuazione, oltre a minarne il supporto logico. Per approfondimenti A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, 1984, p. 815.

[78] Il potere di costruire è dunque l'essenza del diritto di proprietà urbana o immobiliare ed, insieme, la componente prevalente del valore economico del terreno, coincidendo con il relativo godimento. In mancanza del diritto di costruire, si verifica di fatto, uno svuotamento del diritto di proprietà, tanto più che quando l'interesse pubblico si spinge all'ablazione totale del bene è dovuta un'indennità. In definitiva, come la stessa sentenza della Corte costituzionale ha precisato, l'indice di fabbricabilità si riferisce al rapporto tra la superficie destinata all'edificazione ed i volumi consentiti. Tale indice deve ritenersi osservato quando l'esecuzione del progetto implica la realizzazione di una cubatura che, rapportata all'ampiezza del lotto interessato dall'intervento edilizio, risulta conforme all'indice di fabbricabilità ammesso nella zona di riferimento.

[79] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2006, n. 2488 in *Urb. app.,*2006, 8, pp. 941-946. Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2009, n. 3, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 2, p. 144.

È dunque evidente come l'intento delle pronunce sia stato quello di ricondurre lo *ius aedificandi* all'area privatistica senza che tuttavia si possa scorgere nelle stesse lo sforzo di individuarne e definirne la natura ben più complessa, dalla quale invero le moderne forme di trasferimento dei diritti edificatori non possono prescindere[80].

Infatti, nonostante l'intervento delle Corti, per molto tempo l'interazione tra poteri privatistici ed eventuali spazi di discrezionalità riconosciuti alla p. a. nel rilascio del titolo abilitativo, sono rimasti un elemento problematico con cui la prassi si è dovuta confrontare.

Le incertezze si sono acuite nel momento in cui i trasferimenti di cubatura si sono evoluti nei più recenti strumenti perequativi, compensativi e premiali che consentono alla volumetria di circolare senza che sia possibile individuare *a priori* i fondi di riferimento.

I diritti edificatori hanno dunque rievocato un dibattito mai del tutto sopito che vorrebbe ricondurre lo *ius aedificandi* esclusivamente ad diritto privato o al diritto pubblico.

2. Il nuovo contenuto dello *ius aedificandi.*

Nonostante le pronunce delle Corti, recentemente non è mancato chi ha tentato di sfruttare la piccola rivoluzione dei diritti edificatori per tornare sul tema dello *ius aedificandi* in una chiave di lettura prettamente pubblicisitica[81], ciò a dimostrazione di come il dibattito sia ancora spesso caratterizzato da una netta contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico.

Si osserva preliminarmente che, secondo quanto osservato da dottrina e giurisprudenza, il diritto di edificare, ben prima dell'assenso dell'autorità comunale, postuli il riferimento ad una «facoltà» proprietaria, sia che si faccia risalire *naturaliter* ad un potere dei privati, sia che si riconduca all'attività di pianificazione esercitata dalla p. a. [82]

---

[80] Gli interventi della Corte costituzionali quando non sono stati criticati per essere oscuri ed apodittici, sono stati contestati per il loro eccessivo formalismo. Cfr. M. LEO, *Il trasferimento di cubatura, cit.,* p. 3. In termini di disagio si sono espressi anche A. DI MAJO e L. FRANCARIO, *Proprietà edilizia,* in *Enc. dir.,* XXXVII, 1988, p. 356.

[81] Indagare il contenuto del potere di edificare individuandone, se possibile, i profili di modernità, si rivela dunque essenziale nello studio della natura della cessione di cubatura e soprattutto per stabilire l'interazione tra contratti che trasferiscono la volumetria e provvedimenti edilizi rilasciati dalla p. a., in un ottica di armonizzazione tra diritto privato e diritto amministrativo. D. M. TRAINA, *Lo jus aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, *cit.,* pp. 276- 283. L'Autore nell'affrontare l'annosa tematica dello *ius aedificandi* prospetta le ragioni per cui tale «facoltà» non possa più essere considerata come congenita al diritto di proprietà, in quanto non è postulata come costituzionalmente necessaria ma solo come connaturale al diritto dominicale in uno specifico momento storico da ritenersi ormai superato per effetto degli intervenuti mutamenti sociali, istituzionali, economici e normativi e soprattutto a seguito del riconoscimento da parte del legislatore dei diritti edificatori. Mediante i diritti edificatori si sarebbe infatti rinunciato ad imporre un regime uniforme della proprietà edilizia attribuendo alle Regioni, nell'ambito del governo del territorio, il potere di conformare il contenuto della proprietà dei suoli così da assicurarne la funzione sociale. I diritti edificatori, privi di ogni connessione con il suolo sembrerebbero confermare che il potere di edificare non è una qualità connaturale bensì una *qualitas* attribuita dalla p. a.

[82] A. CANDIAN, *Il contratto, cit.,* p. 92, fa rilevare 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; si veda anche S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 118; si veda anche Cass., Sez. II, 9 marzo 1973 n. 641 in *Foro it*., 1973, I, 2117.

L'esame delle situazioni di appartenenza sui beni immobili, regolato dal diritto privato, pone problematiche distinte dalla disciplina legata al controllo pubblico che attiene invece alla sola all'attività edilizia e di utilizzo del suolo in conformità del regime urbanistico vigente.

Il potere di edificare sul proprio terreno è una situazione giuridica disciplinata principalmente dalle norme di diritto privato. È infatti il codice civile ad identificare all'interno delle leggi speciali e dei regolamenti edilizi comunali quali siano le disposizioni in grado di modificare o integrare il codice civile con riferimento ai rapporti tra i proprietari e quali invece arricchiscano le disposizioni dettate in tema di interessi di rango generale[83].

È stato affermato che la totale riconduzione dello *ius aedificandi* alle sole «facoltà» espresse dalla proprietà-godimento può comportare il rischio di confondere e sovrapporre lo statuto della proprietà privata con quello della proprietà edilizia, come definita dalla *relatio* del codice civile agli artt. 869 e 972 c.c.[84].

I diversi regimi giuridici possono sovrapporsi ad esempio laddove la violazione di norme edilizie produca conseguenze sui rapporti privatistici, cosicché non è possibile escludere interazioni tra diritto privato, diritto urbanistico e diritto amministrativo.

D'altro canto il titolare del potere di edificare, oltre al dominio vantato sulla cosa, per costruire deve acquisire la titolarità di un ulteriore potere rispetto a quello vantato sul terreno[85].

Tuttavia un conto è stabilire l'estraneità del titolare del fondo dal potere concreto e tangibile di edificare, che è possibile ottenere solo a seguito di un provvedimento amministrativo emesso in conformità alle regole del Piano, altra cosa invece è escludere, da un punto di vista privatistico, che sussista il diritto di superficie nella forma del «permesso» di edificare[86].

Mentre nel primo caso vi è una situazione di legittimazione a richiedere il titolo abilitativo maggiorato, nel secondo si ha una situazione di titolarità disciplinata dal diritto privato che regola tutte le situazioni di appartenenza su base proprietaria[87].

In tal modo si assicurano al titolare di quel diritto le tutele necessarie affinché nessuna variazione possa verificarsi sull'immobile da parte di soggetti non legittimati[88].

Pertanto, seppure l'attività edificatoria è connessa alla proprietà del suolo, essa interagisce con altri sistemi, il che rende opportuno individuare per lo *ius aedificandi* uno spazio di autonomia rispetto alle più tradizionali prerogative che compongono il diritto di proprietà[89].

---

83 M. LEO, *Il trasferimento di cubatura, cit.,* p. 674. Secondo l'Autore anche le conseguenze in ordine alla violazione di tali norme sono diverse: risarcimento del danno ed eliminazione dell'opera definita abusiva laddove siano violate le norme dettate in materia di distanze tra le costruzioni, mentre il solo risarcimento del danno nel caso di violazione delle norme sull'interesse pubblico. In tal senso si veda Cass., Sez. II, 7 giugno 1994, n.5508, in *Giur. it*, 1995, I, 1, p. 437.

84 L'osservazione è di A. DI MAJO e L. FRANCARIO, *Proprietà edilizia, cit.,* p. 339.

85 V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi,* in N. IRTI (a cura di), *Diz. dir. priv. cit.,* Milano, 1980, 1, p. 481.

86 A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, cit.,* p. 517.

87 M. LEO, *Il trasferimento di cubatura, cit.,* p. 674.

88 Il pensiero è di A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, cit.,* p. 517 A tal proposito cfr. A. DI MAJO e L. FRANCARIO, *Proprietà edilizia, cit.,* p. 355.

Ciò è confermato anche dal fatto che il potere di edificare non può essere assimilato unicamente ad un diritto vantato sulla *res* e sulla stessa esercitabile, in quanto rappresenta piuttosto il potere di porre in essere concrete attività di trasformazione del suolo nel rispetto dei limiti di legge previsti per l'esercizio della proprietà privata[90].

Dalla breve analisi è possibile ricavare che la dialettica tra *ius aedificandi* , prerogative del diritto di proprietà e poteri della p. a. è oggi caratterizzata da nuovi aspetti, essendosi notevolmente ampliamento il contenuto del primo[91].

Come già espresso dall'art. 1 della legge Bucalossi che si riferiva ad «ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia», lo *ius aedificandi* non è più limitato alla sola attività edificatoria ma rappresenta piuttosto la potestà di porre in essere atti di trasformazione sugli immobili, potere insito nelle «facoltà» del *dominus* e che va ad aggiungersi a quello già vantato per il diritto di iniziativa economica riconosciuto dall'art. 41 Cost. e relativo all'utilizzo del fondo[92].

Il contenuto della facoltà di edificare sembra dunque avere riguardo alla produzione di utilità non necessariamente imprenditoriali o giuridiche con la conseguenza che la scissione tra il diritto di proprietà vantato sul suolo e l'attività edificatoria, determina la riconduzione di quest'ultima ad un'attività imprenditoriale[93].

Sembra allora che l'indagine sullo *ius aedificandi* per assumere la propria dignità di categoria giuridica, debba piuttosto emanciparsi sia dalla problematica relativa alla riconducibilità dello stesso alle sole «facoltà» tradizionali del diritto di proprietà, sia da quell'impostazione che lo vorrebbe ricondurre esclusivamente al potere discrezionale della p. a., ciò soprattutto in considerazione dei caratteri peculiari che lo distinguono rispetto alle altre «facoltà» proprietarie[94].

All'attività edificatoria deve piuttosto essere riconosciuta una duplice rilevanza, tanto sul piano privatistico quanto su quello pubblicistico (in materia urbanistica ed edilizia[95]).

Già nella pronuncia della Corte costituzionale del 1980 è possibile scorgerne la natura complessa. Secondo la Corte infatti l'attività edificatoria seppure non costituisce «un tratto essenziale, inviolabile e

---

[89] Con riferimento ai casi in cui si può verificare una sovrapposizione tra diversi regimi giuridici basti pensare ad esempio a quello in cui non vengano adempiuti gli obblighi derivanti da specifiche opere di urbanizzazione previste all'interno di convenzioni edilizie e vincolanti per i privati.

[90] V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi, cit.*, p. 481.

[91] A. DI MAJO e L. FRANCARIO, *Proprietà edilizia, cit.,* p. 354. All'indomani dell'intervento della Corte costituzionale, il dibattito sembra infatti aver perso progressivamente di interesse per essere riproposto invero proprio nelle riflessioni riguardanti la cessione di cubatura stante il progressivo ampliamento e per la maggiore autonomia assunti dalla materia urbanistica.

[92] Per approfondimenti si veda V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi, cit.,* p. 481 ss.

[93] M. TAMPONI, *Una proprietà speciale, (lo statuto dei beni forestali),* Padova, 1983, p. 222. Tali argomentazioni sembrerebbero trovare conferma proprio nell'art. 1 della Legge Bucalossi all'interno della quale è possibile distinguere anche attività prive del carattere dell'imprenditorialità per le quali è escluso il contributo per il rilascio della concessione (art. 3 Legge 10 del 1977).

[94] Si vedano sull'argomento M. LEO, *Il trasferimento di cubatura, cit.,* p. 671; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, cit.,* pp. 238-239, 310. L'Autore sostiene che non sia più possibile parlare di un fondo dotato di confini geometrici coincidenti con il diritto di proprietà, in modo tale che l'estensione giuridica coincida con quella fisica.

[95] In tal senso V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi, cit.,* p. 487.

illimitato del diritto di proprietà (…), dovendo essere esercitato nei limiti della conformazione amministrativa», rappresenta «una facoltà interna al diritto di proprietà liberamente sfruttabile dal proprietario o dal titolare di altro diritto reale, che comprende la facoltà di trasformare il suolo con opere edilizie»[96].

È in questo senso che lo *ius aedificandi* diviene autarchico rispetto alle altre «facoltà» tradizionali del diritto di proprietà e ciò d'altra parte, sembra confermato sia dalla prassi della cessione di cubatura sia dalla novella del 2011 che, mediante il n. 2-*bis,* pare proprio conferire autonomia ai «diritti edificatori».

Ciò consente di superare anche le obiezioni di quella dottrina secondo cui compensazione ed incentivazione contribuiscono ad avvalorare un'impostazione in base alla quale il potere di edificare, per effetto di intervenuti mutamenti sociali, economici e giuridici, affonderebbe attualmente le sue radici nei poteri della p. a.

Ciò dipenderebbe dall'assenza di qualunque legame tra la potenzialità edificatoria ed il fondo che li ha generati con l'effetto che lo *ius aedificandi* sarebbe attribuito non con riferimento al terreno ma anche in relazione al comportamento assunto dal beneficiario per effetto dell'accordo stipulato con la p. a.

Mentre infatti nella cessione di cubatura e nella perequazione il diritto di edificare viene assegnato *ab origine* a tutti i terreni, nella compensazione e nell'incentivazione tale riconoscimento avviene *ex ante* anche laddove non esista ancora il fondo su cui esercitarlo.

La ricostruzione, seppur suggestiva, non tiene conto del fatto che in realtà, anche nella compensazione e nell'incentivazione la volumetria assegnata dalla p. a., seppure connessa al comportamento del beneficiario, è collegata ad un terreno.

Nella compensazione si verifica quasi un passaggio della volumetria dal suolo ceduto alla p. a., ad altro fondo sul quale l'Amministrazione consente di edificare, non a caso il *quantum* di cubatura attribuito al nuovo fondo, dipende dai metri quadri di terreno ceduto volontariamente e gratuitamente alla p. a.

---

[96] Emerge dunque tutta la complessità della materia che d'altra parte contraddistingue la proprietà immobiliare in questo settore e che impedisce la riconduzione al solo diritto privato o a quello amministrativo. Cfr. A. DI MAJO e L. FRANCARIO, *Proprietà edilizia, cit.,* p. 355 «(…) tale potere (…) non è più attribuibile a aprioristicamente a chicchessia: esso tende sempre più a trovare legittimazione nel nostro sistema nella composizione di un delicato equilibrio tra pubblico e privato, che tendenzialmente mira a garantire l'uso ottimale del territorio, valorizzando al contempo l'iniziativa economica privata. In tale quadro di riferimento risulta del tutto improponibile un visuale che assegni la decisione di provvedere in concreto all'attività edificatoria al libero arbitrio, vuoi del Comune vuoi del privato». L'impostazione risulta in vero confermata anche dalla giurisprudenza che, nel disciplinare il trasferimento di cubatura, ha espressamente dichiarato ben prima dell'introduzione del n.2- *bis* che «la volontà dei privati e l'assenso del Comune determinano il trasferimento di una delle «facoltà» in cui si estrinseca la proprietà fondiaria». Cfr. Cass. Sez. II, 9 marzo 1973, n. 641, in *Foro it.* 1973, I, p. 2117. Emerge che lo *ius aedificandi* contribuisce a formare il contenuto complesso della proprietà immobiliare subendo sia le influenze della disciplina pubblicistica che di quella privatistica. La piena riconduzione dello *ius aedificandi* al solo diritto di proprietà, inteso esclusivamente come godimento del bene, è attualmente eccessivamente generica. Per maggiori approfondimenti in merito alla distinzione tra proprietà privata ed edilizia si veda A. DI MAJO e L. FRANCARIO, *Proprietà edilizia, cit.,* p. 339; A. FRIGNANI, *Gli interessi dei privati in caso di mancata attuazione delle opere di urbanizzazione: operatività della inibitoria e della "*reductio in pristinum*",* *Relazione al convegno «Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati»*, in *Atti del convegno Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, *Bari 29-30 aprile 1977,* Milano, 1978, p. 377, ed in *Not. giur. reg.* 1977, pp. 515-541.

Nell'incentivazione la volumetria assegnata è invece astrattamente generata dal suolo su cui il privato pone in essere interventi di riqualificazione, pur essendo poi esercitabile in altra area.

Inoltre, anche se in sede di attribuzione il legame con il fondo è solo astratto, l'assegnazione presuppone l'esistenza, seppur futura, di un fondo su cui fruire di quella cubatura.

La p. a. in sostanza anticipa un provvedimento espansivo e premiale avente ad oggetto la capacità edificatoria (generata, seppure indirettamente, dalla cessione o dal miglioramento di un terreno), che potrà essere utilizzata su altro suolo individuato anche in un momento successivo all'attribuzione della volumetria.

Più precisamente l'Amministrazione, per effetto di un accordo con il privato, acconsente di incidere sulla determinazione a monte del Piano Regolatore, così generando un ampliamento (e non un riconoscimento) del diritto di costruire che è già tuttavia consustanziale al terreno sia quando lo stesso è da tempo individuato sia quando debba ancora essere identificato.

Seppure dunque lo *ius aedificandi* non è collegato esclusivamente al fondo ma anche al comportamento assunto dal soggetto beneficiario nei confronti della p.a., non è possibile prescindere dall'esistenza di un terreno per la sua concreta fruizione[97].

Ciò esclude che la facoltà di edificare possa essere aprioristicamente attribuita unicamente alla p.a. ovvero ai privati e dimostra piuttosto, come essa sia conformata, allo stesso tempo, dal potere pubblico e da quello privato e modulata conseguentemente dagli interessi che muovono ciascuna materia.

---

[97] La statuizione della Corte conduce a smentire l'opinione di D. M. TRAINA, *Lo* jus aedificandi *può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, *cit.,* p. 287 ss. che, proponendo una rilettura del dibattuto sviluppatosi in ordine allo *ius aedificandi* sostiene una nuova visione di detta «facoltà». Invero secondo l'Autore, mentre nella perequazione la potenzialità edificatoria è attribuita *ab origine* a tutti i fondi, lo stesso non avviene nella compensazione e nell'incentivazione in cui invece la cubatura sarebbe attribuita solo in un momento successivo, ad un soggetto anche privo della titolarità di un fondo, a fronte di un comportamento meritevole di essere remunerato da parte dell'ordinamento. Una simile ricostruzione, pur avendo il pregio assecondare più agevolmente lo sviluppo di un mercato dei diritti edificatori, «aperto alla concorrenza degli operatori, liberato dalla rendita di posizione e interamente regolato da scelte pianificatorie rese imparziali e trasparenti» in cui il principio della concorrenza penetri nella pianificazione urbanistica così da spiegare i suoi effetti benefici, non è condivisibile. L'Autore ritiene che, il solo fatto che nella compensazione e nell'incentivazione i diritti edificatori siano attribuiti in un momento successivo dalla p. a. valga a ricondure lo *ius aedificandi* tra i poteri dell'ente territoriale. In realtà la struttura degli strumenti di pianificazione è compatibile con il modello tradizionale che riconosce lo *ius aedificandi* come una «facoltà» della proprietà che appartiene astrattamente e potenzialmente a tutti i suoli su cui la p. a. può incidere da un lato comprimendo detta «facoltà» fino al punto di eliminarla (come avviene nel caso di terreni inedificabili), dall'altro assumendo un atteggiamento tanto elastico da riconoscere al privato una volumetria su qualunque terreno attuale o futuro di sua proprietà (come avviene nella compensazione e nell'incentivazione). Inoltre il comportamento richiesto al privato per ottenere i diritti edificatori non si pone quale unico elemento ma si aggiunge ai requisiti urbanistici che devono essere posseduti dal fondo su cui si eserciterà la potenzialità edificatoria. La riforma legislativa getta piuttosto le basi per una nuova analisi, tesa unicamente a coniugare la circolazione della cubatura dal suo concreto godimento, sottoposto in ogni caso alla valutazione amministrativa, e a considerare la cubatura stessa come un bene astrattamente idoneo a formare oggetto di diritti e di autonoma negoziazione tra le parti. A. GIUSTI, *Il «decreto sviluppo» e la cessione di cubatura*, in *Enc. Trecc.*, 2012, p. 2. Inoltre tornado all'esame dell'incentivazione e della compensazione, la capacità edificatoria riconosciuta a fronte della condotta pattuita con il cittadino non è tale da sancire l'attribuzione dello *ius eadificandi* esclusivamente alla P. A*,* traducendosi piuttosto in un ampliamento premiale *ex ante* dei diritti edificatori già insiti per loro natura nel terreno. Non sarà vano infine sottolineare che per la qualificazione del contenuto - e dunque della natura giuridica – di una determinata situazione giuridica soggettiva, le argomentazioni relative al presupposto che ne legittima l'esercizio sono del tutto inconferenti. G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 43. La maggiore capacità edificatoria viene infatti stabilita nell'ambito di un accordo a cui cittadino ed ente territorialmente competente partecipano *iure privatorum.*

Inoltre è bene sottolineare che se oggi lo *ius aedificandi* fosse ancora paragonabile alle altre «facoltà» afferenti alla proprietà, dovrebbe essere sottoposto alle medesime limitazioni, mentre invece sembra incarnare quello che attenta dottrina ha definito come un «modulo di attività»[98] che trova il suo fondamento nei poteri pubblici ma che al contempo viene assegnato alla proprietà dei suoli da cui è in grado di distaccarsi per divenire oggetto di plurime contrattazioni, come dimostrato dai diritti edificatori.

Da ciò si evince che l'attività edificatoria si pone quale punto di equilibrio dinamico tra la volontà del proprietario al libero sfruttamento delle utilità derivanti dal fondo ed i plurimi interessi della collettività, nello sforzo di evitare collisioni tra gli stessi[99].

In tale assetto appare poco plausibile una visuale che rimetta le decisioni inerenti l'attività edificatoria al libero arbitrio, vuoi del Comune, vuoi dei privati[100].

Tutte queste caratteristiche contribuiscono ad identificare un potere in cui diritto pubblico e diritto privato non rappresentano forze contrapposte ma piuttosto interagiscono tra loro per costituire le componenti di un sistema giuridico unitario, volto a garantire un uso ottimale del territorio[101].

In tale contesto la fase genetica del rapporto, dominata dall'autonomia negoziale e dalla disciplina privatistica, si coniuga con quella pubblica al momento della concreta fruizione della volumetria, in un rapporto corrispettivo e funzionale.

Ciò comporta, come osservato da più parti, che la problematica della qualificazione dello *ius aedificandi,* non sia dirimente nel contesto dei trasferimenti di volumetria, la cui analisi deve pertanto spostarsi su un piano diverso[102].

Si comprende dunque come le vicende della cessione di cubatura non si rapportino solo con il terreno che è termine di riferimento oggettivo del provvedimento emesso, bensì con il permesso rilasciato dalla p.a., di tal che è evidente come per giungere a conclusioni ponderate sulla natura giuridica della potenzialità volumetrica, si dovrà preliminarmente affrontare il problema della natura vincolata o discrezionale del provvedimento amministrativo in questione.

---

[98] Per maggiori approfondimenti dello *ius aedificandi* e dei suoi contenuti si veda G. PICCO e A.M. MAROCCO, *Convenzioni urbanistiche nell'esperienza notarile e disciplina dell'edilizia, cit.,* p. 100 ss.

[99] In questo senso si veda L. MENGONI, *Proprietà e libertà,* in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 427 ss. L'Autore ritiene che il contenuto minimo del diritto di proprietà sia costituzionalmente garantito e non arbitrariamente disponibile da parte del Legislatore, cosicché lo *ius aedificandi* è necessariamente inerente alla proprietà di quei suoli che hanno una «vocazione edificatoria».

[100] Di questa opinione S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 120.

[101] P. PERLINGIERI, *Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *cit.,* p. 204. L'Autore rinnega la formazione di distinti sistemi normativi fatti di regole proprie ritenendo che ciò si ponga in contrasto con la globalità del diritto positivo, la formazione di regole all'interno i ciascuna materia, di ciascun comparto può rappresentare unicamente il risultato di un primo approccio di fronte al quale l'interprete non deve arrestarsi soprattutto quando emergono valori fondamentali destinati a disciplinare un istituto per i quali è obbligato ad effettuare un'analisi di validità e di legittimità.

[102] Con riferimento al ruolo non risolutivo dello *ius aedifiandi* nei trasferimenti di volumetria sia consentito rinviare a M. LEO, *Il trasferimento di cubatura, cit.,* p. 676-678; S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 111 ss; A. PAVAN, *Il trasferimento di cubatura*, in *Studium iuris,* 2006, p. 1176 ss.

3. Natura giuridica del permesso di costruire.

Un esame della natura giuridica del c.d. «permesso di costruire» essere utile a supportare le conclusioni avanzate nel paragrafo precedente sui caratteri dello *ius aedificandi* in modo da poter meglio definire il rapporto giuridico tra convenzione privatistica e provvedimenti emessi dalla p.a.

In questa sede si vuole verificare se il «permesso», introdotto dall'art. 10 del D.P.R. 380 del 2001[103], sia assimilabile alla c.d. «concessione» o se invece rappresenti una diversa autorizzazione di cui è opportuno accertare la natura «vincolata» oppure «discrezionale».

La ragione risiede nel fatto che la cubatura in tanto ha un valore economico (ed è dunque appetibile oggetto di contrattazioni), in quanto dà accesso alla possibilità di costruire.

Di qui la necessità di verificare che il rapporto che si istaura tra privato e p. a. successivamente al contratto, non sia caratterizzato da margini di discrezionalità tali da scoraggiare l'acquirente, frapponendosi all'utilizzo dell'istituto.

Senza la pretesa di completezza si sottolinea che con riferimento ai caratteri delle due categorie di provvedimenti ed agli effetti giuridici ad essi collegati, è utile distinguere, come proposto da una dottrina, tra funzione conservatrice propria delle autorizzazioni e funzione di perfezionamento propria delle concessioni[104].

La prima attività si svolge in un'area dominata dalla libertà individuale rispetto alla quale lo Stato tutela la propria esistenza, l'ordine pubblico, la sicurezza e la sanità. Per tali ragioni la p. a. pone dei limiti all'iniziativa del singolo, subordinandone l'estrinsecazione ad un esame specifico, volto ad accertare la «capacità a non far male» intesa come compatibilità tra l'azione privata e gli interessi dello Stato, della società e de terzi[105].

La seconda funzione invece si svolge in un'area che è propria dello Stato, che ne determina i caratteri agevolando e spronando lo sviluppo dell'attività individuale.

Mediante la concessione l'ente competente, dopo aver verificato la «capacità a far bene» del soggetto, esprime una valutazione di conformità dell'attività del singolo agli interessi dello Stato. Più

---

[103] Il d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 intitolato Nuovo Testo Unico dell'Edilizia, è entrato in vigore solo il 30 giugno 2003 dopo ripetuti rinvii.

[104] O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.,* XLVI, 1984, IV, *cit.,* c. 19, ripreso nei suoi studi da A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa, cit.,* p. 59 ss.

[105] O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *cit.,* c. 19. Con riferimento all'autorizzazione la situazione è invece più problematica in quanto l'autore presuppone la preesistenza di un diritto che affonda le sue radici in una legge generale o in altre persone. Si tratterebbe tuttavia di un diritto solo potenziale che diviene attuale ossia esercitabile, solo quando l'autorità pubblica riconosca che tutte le condizioni in virtù delle quali sono stati posti dei limiti all'esplicazione dell'attività individuale, esistono e sono conformi alle esigenze poste dalla legge. È bene sottolineare come il concetto di «diritto possibile o potenziale, o ancora di facoltà create dall'autorizzazione», che però già appartiene al privato, suscita alcune perplessità sembrando quasi assumere i contorni di un effetto costitutivo riferibile dunque ad un oggetto diverso dal diritto soggettivo e dato per preesistente. Per questa ragione si è fatto a lungo riferimento a due situazioni, una originariamente propria dell'autorizzato e l'altra aggiunta *ex novo* al suo patrimonio per effetto dell'autorizzazione.

precisamente la p. a. orienta i privati verso la realizzazione ed il conseguimento di interessi pubblici positivamente definiti[106].

Mentre dunque le autorizzazioni hanno l'obiettivo di rimuovere limiti posti dalla legge al libero espletamento dell'attività individuale[107], le concessioni hanno la funzione di agevolare e spronare lo sviluppo dei singoli, attribuendo loro diritti che prima non avevano.

Muovendo da tali considerazioni e pur nella dichiarata difficoltà di pervenire ad una soluzione unanimemente condivisa, un'analisi degli articoli relativi al «permesso di costruire» elencati nel capo II del decreto n. 380 del 2001, può fornire alcuni indici utili ad individuarne la natura.

Il permesso di costruire è un atto a struttura provvedimentale che legittima ogni attività che comporta una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, che presenti il carattere della stabilità[108].

Un primo importante indizio, che si trae dall'art. 10[109], è legato al mutamento del *nomen iuris* del provvedimento abilitativo, che non viene più identificato con il termine «concessione» ma con quello di «permesso di costruire».

Si tratta di una modifica meramente terminologica dato che l'istituto è rimasto nella sostanza il medesimo. Tuttavia la differente espressione utilizzata dal legislatore che richiama un'autorizzazione

---

[106] O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *cit.,* c.c 29-30. Con riferimento alla situazione giuridica soggettiva sottesa all'atto secondo l'Autore emerge inoltre che nell'ambito della concessione non è concepibile una preesistente posizione di diritto soggettivo in capo al soggetto perché nel permettere una nuove attività volte a conseguire finalità pubbliche, è lo Stato ad assegnare diritti che in nessun modo potevano prima di tale attribuzione essere riferiti al singolo. L'Autore sostiene inoltre che altro elemento di distinzione risiede nel fatto che lo Stato non ha alcun interesse nello svolgimento dell'attività prevista con l'autorizzazione cosicché essa è liberamente rinunciabile. Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa, cit.,* p. 73, secondo l'Autore le autorizzazioni discrezionali e le concessioni hanno la stessa natura costitutiva.

[107] La dottrina osserva che in settori di rilievo come l'urbanistica il piano regolatore assume la funzione di atto costitutivo e l'atto emesso dalla p. a. per la fruizione della volumetria rimane atto vincolato. A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa, cit.,* pp. 72-73.

[108] Tale caratteristica rileva sia sul piano strutturale, quando cioè la costruzione è ancorata al suolo e realizzata con materiali durevoli, in modo da poter essere rimossa solo con un nuovo intervento edilizio, sia sul piano funzionale, ossia quando l'opera comporta una trasformazione duratura del tessuto urbano, essendo destinata ad un'utilità non limitata nel tempo. Sotto il piano sostanziale, la nuova dizione letterale testimonia l'adesione del legislatore all'orientamento accolto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 5 del 1980, che postula l'inerenza del *ius aedificandi* al diritto di proprietà

[109] L'art. 10 intitolato «Interventi subordinati a permesso di costruire» stabilisce l'ambito predefinito e tassativo di applicazione del permesso di costruire e recita «Costituiscono interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e sono subordinati a permesso di costruire:

a) gli interventi di nuova costruzione;

b) gli interventi di ristrutturazione urbanistica;

c) gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso, nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni.

Le regioni stabiliscono con legge quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, sono subordinati a permesso di costruire o a denuncia di inizio attività.

Le regioni possono altresì individuare con legge ulteriori interventi che, in relazione all'incidenza sul territorio e sul carico urbanistico, sono sottoposti al preventivo rilascio del permesso di costruire. La violazione delle disposizioni regionali emanate ai sensi del presente comma non comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 44».

volta a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto soggettivo[110], si allontana dalla definizione introdotta dalla legge Bucalossi con cui si riconosceva ai privati il potere di edificare solo a seguito di un provvedimento costitutivo rilasciato dall'ente territorialmente compente[111].

La nuova definizione oltre a sancire la diversità terminologica tra «concessione» e «permesso di costruire», testimonia dunque l'adesione ad un preciso orientamento dottrinale e giurisprudenziale che, già prima del d.P.R. del 2001, presumeva che l'autorizzazione fosse di tipo «vincolato», riconducendo lo *ius aedificandi* una delle «facoltà» del diritto di proprietà, pur subordinato nel suo esercizio all'autorizzazione dalla p. a. [112]

L'art. 10 contiene inoltre un'elencazione tassativa delle attività subordinate al rilascio del permesso di costruire.

Si tratta degli «interventi di nuova costruzione», degli «interventi di ristrutturazione urbanistica» ed in ultimo di quelli di «ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti».

A tal riguardo si può agevolmente rilevare come l'ipotesi in esame, compatibile con la definizione indicata in rubrica «interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio», possa essere ricondotta sia nel primo caso indicato, laddove sul fondo cessionario antecedentemente all'acquisizione della nuova volumetria non sia già esistente alcun manufatto, sia nell'ultimo caso, ove invece la cubatura acquisita serva per operare un ampliamento rispetto ad una costruzione già esistente.

Se dunque non vi sono particolari difficoltà nel ricondurre l'incremento di volumetria nell'art. 10, è opportuno stabilire l'esistenza di margini di discrezionalità nel rilascio del titolo abilitativo maggiorato[113].

A tal proposito si sottolinea che i parametri cui deve attenersi il Comune per il rilascio del titolo abilitativo, sono predeterminati dagli strumenti urbanistici [114], di guisa che, l'autorizzazione è

---

[110] O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative, cit.,* cc. 7-83. Tale definizione ha avuto molta fortuna nella dottrina amministrativistica e continua tuttora ad essere utilizzata nonostante la revisione critica che ha subito negli anni Settante da parte di R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974. Le crescenti difficoltà legate ai sistemi di classificazione hanno indotto a dubitare dell'utilità di tale definizione e ad indicare regole alternative più aderenti alla realtà di diritto positivo. Un Autore ha verificato tuttavia che ciò che conta è stabilire se possano essere individuati caratteri qualificanti comuni rispetto ad un insieme di atti e se a ciò corrispondano conseguenze comuni al fine di inquadrare una categoria più o meno ampia. Le problematiche che infatti si aprono con riferimento alle autorizzazioni ineriscono in primo luogo alla consistenza delle situazioni soggettive coinvolte e dunque al riparto di giurisdizione ed inoltre all'atteggiarsi del pubblico interesse rispetto all'esercizio del potere della p. a.

[111] A. PREDIERI, *Riserva della «facoltà» di edificare e proprietà funzionalizzata delle aree fabbricabili, cit., passim.*

[112] Per approfondimenti si veda S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* pp. 176 ss.

[113] La natura di provvedimento sia vincolato sembra inoltre giustificato dal fatto che laddove la p.a. neghi l'emissione del permesso di costruire il rifiuto deve essere obbligatoriamente motivato. La riconduzione al permesso vincolato implica che il Comune sia obbligato al suo rilascio ogni volta che l'istanza del privato sia conforme alla normativa di settore, essendo inammissibile qualunque tipo di valutazione discrezionale circa l'opportunità del medesimo.

Ciò non significa che il privato potrà *a priori* sapere con certezza se il Comune emetterà un determinato provvedimento, vuol dire solo che, nel decidere se farlo, l'ente territoriale non potrà basarsi sul proprio arbitrio ma su dati specifici da valutare al momento dell'istanza.

necessariamente vincolata al rispetto di quelle prescrizioni, non residuando in capo alla p. a. ambiti di discrezionalità amministrativa[115], come ampiamente argomentato in passato dalla Corte costituzionale[116].

La *ratio* del provvedimento è dunque quella di accertare la conformità della richiesta alla disciplina edilizia ed urbanistica vigente affinché la costruzione da realizzare non sia in contrasto i principi di legge[117].

Ciò non vuol dire che la pubblica amministrazione non abbia un potere valutativo in materia urbanistica.

La p. a. vanta un potere discrezionale ma esso si esaurisce a monte, in sede di pianificazione del territorio.

Le scelte discrezionali dell'Amministrazione ed il potere di incidere sulle situazioni giuridiche del privato, trovano infatti il loro limite nell'adozione degli strumenti urbanistici generali, dotati di intrinseca natura normativa, in virtù dei quali avviene un bilanciamento di interessi pubblici e privati[118].

Una volta che in sede di programmazione del territorio sia stabilita la ripartizione della «facoltà» di edificare tra i fondi, la p. a. si spoglia di detta «facoltà», rimanendo a sua volta assoggettata alle prescrizioni di piano che si riflettono sui poteri che la stessa è in grado di esercitare, impedendole di incidere in modo arbitrario sulla potenzialità edificatoria[119].

---

[114] Si veda anche T.A.R. Toscana, Sez. III, 17 febbraio 1998, n. 30, in *Foro amm.-T.A.R.,* 1998, 10. Dalla pronuncia si evince che la concessione edilizia, in quanto atto vincolato, può e deve essere rilasciata in base a precisi parametri normativi, che non sono condizioni ma piuttosto presupposti di diritto dell'atto. Eventuali clausole aggiuntive se fondate su prescrizioni dello strumento urbanistico hanno unicamente efficacia negoziale e pattizia, ove sia intervenuta la necessaria accettazione, anche tacita o espressa.

[115] Favorevole a tale impostazione P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata, cit.,* p. 386.

[116] La Sentenza della Corte costituzionale n. 5 del 30 gennaio 1980 aveva definito la concessione come istituto a natura autorizzata a carattere oneroso. La corte ha inoltre statuito che la «facoltà» di edificare anche a seguito delle modifiche apportare ai provvedimenti pubblici autorizzativi, continuava invero ad inerire il diritto di proprietà del fondo e la p. a. assume il ruolo di «mero» controllo al fine di verificare la sussistenza dei requisiti richiesti dal Piano Regolatore Generale. Il provvedimento pubblico pertanto, in tale ottica non può avere alcun effetto costitutivo della fattispecie, mentre dovrebbe piuttosto essere considerato come un atto quasi vincolato dell'ente territoriale. Quest'ultimo infatti a fronte dell'esito positivo di tutti i requisiti, non può in alcun modo negare il titolo abilitativo maggiorato. Ciò ha indotto molti autori a sostenere che anche il passaggio ad un sistema di tipo concessorio, abbia avuto una valenza unicamente terminologica, incapace tuttavia di alterare i caratteri peculiari della proprietà privata e delle «facoltà» ad essa connesse. Cfr. A. GAMBARO e P. SCHELESINGER, *Commento all'art. 1 della legge 28 gennaio 1977 n.10,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 1978, p. 20.

[117] Tra la situazione soggettiva e la materiale realizzazione dei vantaggi che ne derivano si interpone dunque un'attività pubblicistica, volta ad accertare i presupposti della tutela cosicché l'accertamento giudiziale e quello amministrativo svolgono una funzione analoga che attiene al divieto di autotutela, non toccando invece l'originaria integrità della situazione soggettiva stessa. In tal senso A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl,* II, Torino, 1987, p. 72.

[118] Si rinvia a P. VIRGA, *Diritto amministrativo,* in *Atti e ricorsi*, II, Milano, 1987, p. 18; R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2011, pag. 903, in cui l'Autore propone un parallelismo tra il provvedimento di concessione edilizia e quelli aventi natura autorizzatoria, entrambi tipicamente sprovvisti del connotato della discrezionalità, il cui rilascio dipende esclusivamente dall'accertamento costitutivo dei presupposti e dei requisiti richiesti da leggi, da regolamenti in materia urbanistico-edilizia e igienico sanitaria, con funzione abilitativa all'esercizio dello *ius aedificandi*.

[119] Il fatto che le scelte discrezionali della p. a. terminino con l'adozione degli strumenti urbanistici di carattere generale che stabiliscano a monte «se» e «come» lo *ius aedificandi* possa in futuro essere sfruttato dai privati, non sembra poter incarnare una sottrazione del potere di edificare al fascio di «facoltà» che appartengono al *dominus* dovendo piuttosto essere considerato come una componente con carattere conformativo della proprietà, entro i cui ambiti i privati vantano propri poteri. In senso contrario A. BARTOLINI, *Perequazione urbanistica e trasferimento dei diritti edificatori la natura giuridica dei diritti edificatori: profili pubblicistici*, in AA. VV., *Atti del Convegno, Paradigma 05 Febbraio 2015*, *passim*, che asserisce come lo *ius aedificandi* e di conseguenza i diritti edificatori originino da una vicenda amministrativa senza la quale non potrebbero sussistere e

Pertanto, sebbene il permesso trovi il suo fondamento nelle scelte discrezionali che confluiscono nella pianificazione urbanistica, l'attività che la pubblica amministrazione pone in essere in sede di rilascio del provvedimento è di tipo vincolato, essendosi la discrezionalità amministrativa già pienamente esplicata[120].

Il carattere obbligato del permesso di costruire sembra confermato anche dal dettato dell' art. 11 co. 2 secondo cui l'atto «è irrevocabile ed oneroso ai sensi dell'art. 16» e tendenzialmente commerciabile.

A ben vedere infatti il presupposto della revoca, diversamente dall'annullamento[121], è rappresentato da una valutazione *ex post* circa l'opportunità di mantenere ancora vigente un provvedimento amministrativo i cui effetti si pongono in conflitto con l'interesse pubblico attuale della p. a.

Da ciò sembrerebbe doversi dedurre che sono revocabili solo i provvedimenti discrezionali mentre quelli irrevocabili dovrebbero essere considerati vincolati[122], stante il fatto che la p. a. non può compiere su di essi alcuna valutazione.

Ciò secondo una dottrina sembrerebbe essere conforme a quanto previsto per il permesso di costruire che teoricamente, una volta rilasciato, non può essere oggetto di ripensamenti da parte della p. a., essendo passibile di annullamento e non invece di revoca[123].

---

terminano altresì in un provvedimento pubblico. L'unica peculiarità consisterebbe nel fatto che tra la genesi e la loro realizzazione, questi diritti conoscerebbero vicende di stampo privatistico, sempre toccate sullo sfondo dal diritto pubblico.

[120] Ne deriva che è possibile parlare di provvedimenti costitutivi solo laddove sussista un potere discrezionale della p. a., mentre ci si riferisce alle autorizzazioni vincolate tutte le volte in cui si consente l'esercizio di un diritto che preesiste all'atto.

In tal senso A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa, cit.,* p. 70. L'Autore osserva come tale conclusione sia contrasto con quanti ritengono invece che all'attività discrezionale della p. a. corrisponda sempre un interesse legittimo mentre all'attività vincolata sia un diritto che un interesse a seconda dell'interesse curato cosicché la distinzione non è determinante. Tale osservazione è particolarmente rilevante se si guarda alla *querelle* relativa alla natura giuridica dello *ius aedificandi.*

[121] L'annullamento presuppone invece un esame successivo al rilascio di un provvedimento volto ad accertare l'illegittimità dello stesso per contrasto con la normativa che doveva regolarne l'emissione. È bene precisare che gli effetti dell'annullamento son i medesimi indipendentemente dal fatto che esso sia il risultato di un provvedimento di autotutela dell'amministrazione comunale, di una sentenza del giudice amministrativo o di un potere conferito alla Regione ai sensi dell'art. 39 del T. U. E., potendosi anche fare riferimento all'art. 38 della medesima normativa. Due sono i presupposti indefettibili affinché possa aversi annullamento: l'illegittimità dell'atto rilasciato e l'esistenza di un interesse pubblico alla sua rimozione. Con riferimento ai vizi di legittimità si sottolinea che essi possono avere natura procedurale o sostanziale. Nel primo caso il vizio deriva dall'inosservanza di norme procedurali inerenti al permesso di costruire (l'esempio tipico è quello di un titolo abilitativo rilasciato in assenza dei un preventivo parere richiesto *ex lege*) mentre si ha illegittimità sostanziale laddove il progetto volto ad ottenere il permesso non è rispondente alle norme del t.u.e., alla normativa tecnica in quel momento vigente o alle norme di attuazione del piano regolatore. Per quanto concerne invece l'interesse pubblico la dottrina e giurisprudenza sottolineano che si debba fare riferimento ad un interesse diverso dalla mera volontà di ripristinare la legalità, dovendosi piuttosto rimandare ad un opportuno bilanciamento operato dall'ente territorialmente competente (che deve essere opportunamente motivato), tra interessi pubblici e privati esistenti in quello specifico momento, ossia attuale e tale da giustificare la lesione dell'interesse del soggetto che ha già realizzato (il)legittimamente la costruzione. Nel caso in cui non sia possibile rimuovere il vizio né attuare il ripristino dello *status quo ante* sarà necessario intervenire mediante il rimedio risarcitorio applicando, se necessario, una sanzione pecuniaria. Anche l'annullamento in sede giurisdizionale implica una mera valutazione di legittimità non lasciando il campo a valutazioni discrezionali da parte del giudice.

[122] L'istituto della revoca trova invece applicazione nel caso del «permesso di costruire in deroga», disciplinato dall'art. 12, rappresenta un provvedimento discrezionale che si pone come eccezione rispetto a quello disciplinato dall'art. 10. In tal caso è richiesta all'Amministrazione Comunale una valutazione circa l'opportunità di realizzare un determinato intervento pubblico o interesse pubblico.

[123] Con riferimento al riconoscimento della natura vincolata del permesso di costruire si vedano; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 19 ottobre 2011, n. 2478; in *Foro amm. Tar*, 2011, 10, 3039; Tar Lazio, Sez. II, 4 gennaio 2005, n.48. in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, 973 ss «Le sentenze statuiscono che la concessione edilizia è un atto di controllo di conformità del

Altro elemento a conferma del carattere vincolato del titolo abilitativo è quello inerente alla legittimazione a richiedere il permesso di costruire, disciplinato dall'art. 12 del Decreto[124].

Nelle autorizzazioni il destinatario deve sempre essere individuato *a priori* in colui che richiede la rimozione del limite al diritto soggettivo, non essendo immaginabile una valutazione comparativa di idoneità tra più soggetti per il raggiungimento dei fini pubblici che l'atto vuole realizzare, come invece avviene nelle concessioni[125].

La legittimazione si pone dunque quale presupposto giuridico del permesso di costruire, rappresentando una qualità soggettiva e un requisito indefettibile per poter presentare la richiesta al Comune.

L'art. 11 co. 1 del T.U. inoltre recita che «il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo».

La norma non si riferisce unicamente al titolare del diritto di proprietà ma anche ai soggetti legittimati in virtù di titoli diversi, per il fatto che la proprietà può essere svuotata delle «facoltà» che la

---

progetto alla normativa urbanistica ed edilizia vigente, di conseguenza ha natura di atto vincolato, pertanto non è configurabile nei suoi confronti il potere di revoca che consistendo nella possibilità di eliminare il provvedimento per sopravvenute circostanze che lo rendono inidoneo all'ottimale causa dell'interesse pubblico, presuppone una valutazione discrezionale al riguardo da parte dell'amministrazione». In tal senso si è pronunciato il Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 1997, n. 28, in *Foro amm*., 1997, p. 136 ss.

124 Con riferimento all'importanza della legittimazione si veda E. CAPACCIOLI, *Considerazioni generali sulla nuova disciplina del commercio*, in AA.VV., *Atti del XVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna 1972, p. 318. Più precisamente si sottolinea che è la legge a determinare la sussistenza del diritto soggettivo in cui sarebbero ricompresi poteri e «facoltà» che tuttavia possono essere esercitati nei modi ed in forza (seppur indirettamente) della stessa legge. Il diritto soggettivo inoltre sarebbe in grado di estrinsecarsi in diverse forme che assumono tutela differente secondo le forme del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo pertanto secondo l'Autore «se nell'autorizzazione v'è una rilevanza delle posizioni soggettive preesistenti è in termini di legittimazione (a chiedere e ottenere l'autorizzazione)». In tal senso all'atto potrebbe dunque preesistere un diritto soggettivo statico che funge da fatto legittimante senza che la situazione debba essere caricata di significati ulteriori.

125 Altra dottrina ha riproposto lo schema di Ranelletti ponendo alla base del proprio costrutto la distinzione tra attività pubblica o privata. In tal modo è possibile distinguere tra attività riservate alla p. a. e dalla stessa esercitate direttamente o per mezzo di suoi sostituti, attività esercitate da privati e subordinate ad un tipo di interesse pubblico che consiste nella realizzazione più soddisfacente di un interesse collettivo, ed infine attività poste in essere da privati nel rispetto dei principi posti nell'interesse collettivo. Le autorizzazioni rientrano nelle ultime due categorie. La stessa dottrina inoltre individua diritti che preesistono in capo ai privati e che trovano il loro riconoscimento anche nella Costituzione, cosicché la p. a. autorizza senza però aggiungere nulla di nuovo a tali diritti. Si tratterebbe dell'attività di commercio, dell'apertura della scuole e dell'attività edilizia, rispettivamente disciplinate dagli artt. 41, 33 e 42 Cost. con la precisazione che la vera distinzione si dovrebbe rinvenire tra posizioni statiche (per le quali proprio per la loto natura è escluso l'esercizio del diritto), come posizioni dinamiche (che possono concerpirsi solo in quanto esercitabili) rappresentate da potestà e «facoltà» che presuppongono un diritto soggettivo. Poteri e «facoltà» respingerebbero il concetto di effetto creativo dell'autorizzazione perché poteri, «facoltà» e diritti comunque preesistono all'atto. Cfr. A. M. SANDULLI, *Nozioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *RTDP*, 1957, pp. 784 ss. Altra dottrina ha tentato invece di distinguere tra autorizzazioni permissive e costitutive sottolineando come in determinate ipotesi l'attività della p. a. si limiti ad un mero controllo mentre in altre sia in grado di ordinare l'attività privata ai precetti pubblici. In tale ottica il permesso di costruire sembra rientrare a pieno trai provvedimenti permissivi. Il Comune infatti verifica solo i requisiti richiesti dalle norme urbanistiche e senza adeguare l'attività dei privati ai precetti pubblici e lo dimostra il fatto che, nel caso in cui i privati effettuino una richiesta che non sia conforme a quanto previsto dalla legge la p. a. semplicemente rifiuta il permesso senza adeguare l'attività dei privati all'interesse pubblico. Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* II, Milano, 1993, p. 1093 ss. In senso opposto A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa, cit.,* p. 65-66*,* secondo cui sia le autorizzazioni costitutive che quelle permissive possono essere tanto di controllo quanto di programmazione.

compongono, proprio come avviene nel diritto di superficie, nella cessione di cubatura e, più recentemente, nei diritti edificatori[126].

All'esito dell'atto di alienazione, lo *ius aedificandi* si costituisce pertanto in capo al titolare del diritto reale, con l'effetto che tale soggetto è l'unico legittimato a richiedere il permesso di costruire[127].

Da quanto illustrato emerge inoltre che per ottenere il titolo abilitativo non è sufficiente essere proprietari di un determinato fondo ma è necessario avere la titolarità del diritto di edificare, anche in forza di contratto costitutivo che abbia attribuito il potere di costruire[128].

La p. a., dunque, a fronte della pretesa avanzata da un soggetto legittimato[129], è tenuta al rilascio di tale atto nel rispetto della legislazione vigente al momento della richiesta[130], all'esito di una verifica positiva di tutti i requisiti stabiliti dalle normative urbanistiche[131] e della legittimazione del richiedente secondo i requisiti indicati[132].

---

[126] Dall'art. 11 emerge la portata meramente amministrativa del permesso di costruire che non è mai in grado di incidere sulla titolarità dei diritti riferiti ai terzi. Come già ribadito l'amministrazione espleta un controllo unicamente sul progetto e sull'attestazione della legittimazione del soggetto richiedente senza poter tuttavia porre in essere indagini per accertare la reale titolarità del soggetto o l'esistenza di vincoli di natura privatistica. Ciò significa che fino a priva contraria della veridicità dell'atttestazione di legittimazione da parte del soggetto richiedente, la p. a. è obbligata a rilasciargli il permesso.

[127] Allo stesso modo si potrebbe pensare anche al titolare di un diritto di usufrutto tra le cui «facoltà» di godimento sia ricompresa anche la possibilità di effettuare specifici interventi edilizi, o ancora al locatario di un determinato immobile o al cessionario della volumetria di un determinato fondo. In tutti questi casi i soggetti legittimati a richiedere il permesso di costruire non sono gli originari titolari dello *ius aedificandi* ma i soggetti in capo ai quali tale diritto si è trasferito.

[128] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 8 giugno 2011, n. 3508, in *Foro amm. CDS,* 2011, p. 1898. Il rilascio del permesso presuppone sempre il necessario ed ineludibile possesso dei titoli proprietari da parte del richiedente.

[129] Si veda al riguardo Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 1997, n. 1227 in *Comuni d'Italia,* 1998, p. 589, secondo cui ai sensi dell'art. 4 della Legge Bucalossi, soggetto legittimato a richiedere la concessione edilizia è il titolare del diritto di proprietà sul fondo o chi, pur essendo titolare di altro diritto, reale o di obbligazione, abbia, per effetto di questo, obbligo o «facoltà» di eseguire i lavori per i quali richiede la concessione. Inoltre l'art. 11 del T.U. in materia edilizia recita: «il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo». Dall'espressione utilizzata nella norma è dato evincere che il richiedente può essere, oltre al proprietario del fondo anche ogni soggetto che vanti la il potere di edificare in virtù di un titolo idoneo e differente (quale potrebbe essere appunto il contratto di trasferimento della capacità edificatoria). In riferimento ai soggetti legittimati si veda anche M. G. MAZZA, *Il procedimento edilizio: gestione, legittimità e responsabilità,* Matelica, 2004, p. 14 ss.

[130] S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 11. L'Autrice nell'esaminare la natura giuridica dei diritti edificatori a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. ripercorre le tappe principali del dibattito dello *ius aedificandi* giungendo a sostenere il ruolo di mero controllo della p. a.

[131] Si pensi non solo alle norme urbanistiche ma anche ad esempio a quelle ambientali, sanitarie, e specifiche norme tecniche.

[132] Si veda in tal senso TAR Lombardia, Brescia, 29 aprile 1995, n. 404 in *Giust. civ.,* 1996, I, p. 1216. La Corte ha precisato che anche se la posizione soggettiva del richiedente l'autorizzazione ha consistenza di interesse legittimo e non già di diritto soggettivo i poteri sindacali ad essa corrispondenti sfociano comunque in un atto dovuto, in quanto costituiscono l'esercizio di un'attività vincolata al riscontro di presupposti predeterminati da fonti primarie o secondarie, senza che al Sindaco residui né un potere normativo di attuazione dei principi informatori dello strumento urbanistico, né il potere di valutare l'opportunità del progetto edilizio in riferimento all'interesse pubblico. Deve conseguentemente ritenersi illegittimo il diniego di concessione edilizia per motivi estranei alla materia urbanistica, che non siano stati recepiti in sede di pianificazione, come concreti parametri urbanistico-edilizi, ai quali soltanto occorre far riferimento in sede di rilascio della concessione, che corrisponde ad un'attività amministrativa vincolata, priva di margini di discrezionalità anche tecnica. (Nel caso di specie era stato denegato il rilascio di concessione, concernente la realizzazione di un canale di irrigazione, in «mancanza di una serie di valutazioni di impatto ambientale».

Altro elemento in grado di incidere sulla problematica dei diritti edificatori è quello inerente alla conformità urbanistico-edilizia richiesta dall'art. 12 del T. U. E.[133] per l'emissione del permesso di costruire.

La dottrina che propugna la natura discrezionale del provvedimento edilizio ha invero osservato che proprio le vicende dei diritti edificatori e della cessione di volumetria dimostrerebbero come il Comune non sia vincolato all'emissione del titolo abilitativo maggiorato[134].

Poiché infatti l'autorizzazione richiesta non è conforme a quanto originariamente previsto dal Piano, la p. a. sarebbe legittimata ad effettuare una valutazione discrezionale per stabilire se la nuova conformazione territoriale su un determinato suolo sia o meno rispondente alle esigenze pubbliche.

Il privato non vanterebbe dunque una posizione certa rispetto all'ente territoriale compente, non potendo sapere, se a fronte della richiesta avanzata, il Comune autorizzerà la costruzione.

Invero dalla lettura dell'art. 12 emerge che il responsabile del procedimento presso lo Sportello dell'Urbanistica, a fronte della richiesta di costruire, qualunque sia il titolo che la giustifichi, deve unicamente accertare che alla domanda preesista un piano urbanistico attuativo, che l'area interessata non precluda l'intervento, che la destinazione d'uso dell'opera da realizzare sia prevista dalle norme del P.R.G. e che la costruzione sia realizzata nel rispetto degli *standards*[135].

In aggiunta l'ufficio deve verificare che il progetto dell'opera per la quale si richiede il permesso ottemperi a tutte le prescrizioni tecniche che vanno ad integrare la normativa edilizia.

Il Comune non è dunque tenuto a complessi e laboriosi accertamenti e lo dimostra il fatto che, anche laddove riscontri l'esistenza di limiti privatistici sul terreno, il controllo dell'ente si traduce in una semplice presa d'atto degli stessi senza dover procedere ad un'accurata ed approfondita disamina dei rapporti tra i soggetti interessati[136].

---

[133] L'art. 12 del testo unico recita «il permesso di costruire é rilasciato in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente.

Il permesso di costruire é comunque subordinato alla esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla previsione da parte del comune dell'attuazione delle stesse nel successivo triennio, ovvero all'impegno degli interessati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alla realizzazione dell'intervento oggetto del permesso.

In caso di contrasto dell'intervento oggetto della domanda di permesso di costruire con le previsioni di strumenti urbanistici adottati, é sospesa ogni determinazione in ordine alla domanda. La misura di salvaguardia non ha efficacia decorsi tre anni dalla data di adozione dello strumento urbanistico, ovvero cinque anni nell'ipotesi in cui lo strumento urbanistico sia stato sottoposto all'amministrazione competente all'approvazione entro un anno dalla conclusione della fase di pubblicazione.

A richiesta del sindaco, e per lo stesso periodo, il presidente della giunta regionale, con provvedimento motivato da notificare all'interessato, può ordinare la sospensione di interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio che siano tali da compromettere o rendere più onerosa l'attuazione degli strumenti urbanistici».

[134] In tal senso si veda F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione, cit.,* p. 11. Si veda anche G. SABBATO, *La perequazione urbanistica*, in www.giustizia-amministrativa.it*,* 2010, p. 23. Secondo l'Autore non è concepibile «l'obbligo di consentire la realizzazione della volumetria su un fondo che al momento in cui si pianifica non trova riscontro nel territorio comunale».

[135] Per maggiori approfondimenti circa l'*iter* amministrativo per il rilascio del permesso di costruire, si veda l'art. 20 del d.p.r. 380 del 2001.

[136] In tal senso si vedano Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2012, n.1270 in www.neldiritto.it ; TAR Trantino Alto Adige, Trento, Sez. I, 23 giugno 2011, n.184, *FATAR*, 2011, 6, p. 1860.

Ciò vuol dire che anche a fronte di una volumetria maggiore rispetto a quella originariamente assegnata, non si è in presenza di un potere discrezionale: non nella cessione di cubatura in quanto all'incremento edificatorio di un fondo corrisponde sempre il decremento di un altro terreno, cosicché per il Comune interessato la situazione urbanistica rimane immutata[137] non nei diritti edificatori in cui l'interlocutore del privato è direttamente la p. a. che nel caso specifico agisce *iure privatorum*[138].

Senza contare che la soluzione sarebbe del tutto incoerente con la disciplina dettata in materia di espropriazione per pubblica utilità, che prevedendo l'indennità da corrispondersi al proprietario del fondo espropriato come «dovuta», riconosce implicitamente l'appartenenza dello *ius aedificandi* al terreno[139].

---

[137] Nella cessione di cubatura in cui c'è sempre un proprietario che si priva della volumetria originariamente attribuita al fondo, cosicché, è chiaro, che ciò che circola è necessariamente di pertinenza dei privati e non della p. a. a cui nulla viene sottratto.

[138] Nella cessione di cubatura ci si atterrà alle indicazioni del Piano, a quelle inerenti alla zona all'interno della quale sono ricompresi i fondi oggetto della cessione e a tutte le altre norme di carattere urbanistico e civilistico che vanno ad integrare il Piano. In questo modo, nel momento in cui il cessionario chiederà il permesso di costruire non più per la cubatura «X» ma per «X+Y», sia il titolare del fondo sia ovviamente la p. a. già conoscerà (addirittura ben prima dell'atto di cessione) i limiti massimi di edificabilità per quell'area,. Ciò avviene non solo con riferimento alla sua estensione in larghezza, in cui per calcolare il rispetto dei confini tra una costruzione e l'altra si dovrà considerare anche la zona cedente dove non si può più edificare, con l'effetto che il cessionario potrà costruire un edificio maggiore rispetto a quello che avrebbe potuto erigere prima della cessione ma anche con riferimento all'estensione in altezza in quanto le norme antisismiche sono determinate *a priori* e da tutti conoscibili. Cfr. M. G. MAZZA, *Il procedimento edilizio: gestione, legittimità e responsabilità (aggiornato al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio),* 2004, Matelica, p. 17 ss. Gli strumenti perequativi invece funzionano in quanto le parti già conoscono la propria posizione per il fatto di porre in essere contrattazioni direttamente con la p. a. che già indica le diverse destinazioni delle aree. Non a caso è stato asserito che la perequazione si «appoggia» al contenuto del comparto. L'osservazione è di P. URBANI, *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino 2013, p. 108 ss. Si veda anche E. MICELLI, *La perequazione urbanistica, cit.,* p. 6 ss.

[139] Per lungo tempo la p. a. si è avvalsa dell'espropriazione come strumento per il perseguimento degli interessi pubblici. Tale prassi assicura la realizzazione di opere di pubblica utilità anche laddove sia necessario sottrarre ai cittadini terreni edificabili di loro proprietà. Tuttavia, il sistema impone un grave dispendio di denaro non solo per la complessità della procedura, ma anche per le numerose controversie che i privati istauravano nei confronti della p. a. a seguito dell'esproprio dei terreni, soprattutto allorquando gli stessi siano edificabili. La procedura ablativa si traduce così in un notevole peso economico sia per il cittadino, che viene privato al contempo del fondo e della potenzialità edificatoria realizzabile sullo stesso, sia per la pubblica amministrazione che da un lato subisce i costi dell'esproprio, dall'altro quelli legati ai contenziosi intrapresi dai cittadini. È questa una delle principali ragioni per cui nel 2007 è stata introdotta una modifica all'art. 37 del testo unico sulle espropriazioni che ora prevede la corresponsione di un'indennità pari al valore venale dell'area espropriata. È dunque evidente come l'indennizzo economico rappresenti un ristoro del pregiudizio che il proprietario del terreno sopporta a seguito dell'esproprio. Non stupisce dunque come a partire dalla fine degli anni Ottanta la Pubblica Amministrazione abbia cominciato a fare uso di modelli alternativi, meno costosi e complessi delle procedure ablative. D'altra parte gli strumenti consensuali, che pongono il cittadino al centro delle modifiche del piano regolatore, rappresentano una valida alternativa al mero esproprio in quanto, la compartecipazione dei privati a quelle procedure, consente una più snella e ponderata gestione dello sviluppo del territorio. Si pensi al caso di una pubblica amministrazione che voglia realizzare una strada la cui costruzione coinvolga anche zone edificabili di proprietà privata. Laddove l'autorità decidesse di utilizzare lo strumento dell'espropriazione, la costruzione dell'opera oltre agli elevati costi di esproprio, determinerebbe l'inutilizzabilità della volumetria esistente sulle aree vincolate con conseguente riduzione dell'indice territoriale edilizio di quella zona. L'utilizzo dello schema della cessione di cubatura si rivela invece un'efficace alternativa in quanto la volumetria esistente sul terreno che viene acquisito dalla pubblica amministrazione non «perisce» ma, per effetto dell'assenso dei privati viene trasferita su altra area, sempre di proprietà del soggetto cessionario, affinché lo stesso possa ancora utilizzarla. Pertanto mediante l'accordo che si istaura ai sensi dell'art. 11 della Legge 241 del 1990, la p. a. acconsente a che il soggetto espropriato mantenga lo *ius aedificandi* su un altro fondo, impegnandosi al rilascio del permesso di costruire maggiorato, mentre il privato da parte sua può impegnarsi ad esempio a cedere a titolo gratuito il suo terreno per la realizzazione di opere pubbliche, con ciò addivenendo alla c.d. compensazione. È dunque evidente come la libera circolazione della volumetria che trova la sua realizzazione non più solo nella cessione di cubatura ma anche nei meccanismi perequativi, compensativi e incentivanti, ottimizza il perseguimento delle finalità di carattere pubblico con una serie di vantaggi di apprezzabili per entrambe le parti. L'ente territorialmente competente acquisisce il terreno senza dover sostenere

Quella cui si deve fare riferimento è piuttosto una situazione di «incertezza» che non dipende dall'arbitrio dell'amministrazione ma da fatti che potrebbero riguardare il fondo di cui le parti non sono a conoscenza al momento della stipula.

Si pensi ad esempio a possibili modifiche del piano regolatore o al reperimento di resti archeologici sul terreno interessato dall'intervento.

In tali ipotesi la mancata realizzazione della costruzione non dipenderà dall'esercizio di un potere discrezionale della p.a. ma da un divieto imposto da norme di legge dotate di una portata generale, non essendo emanate a fronte di una specifica richiesta di costruire.

Allo stesso modo non sono giustificati i timori di coloro che ritengono che mediante i trasferimenti di cubatura un soggetto potrebbe rendersi acquirente di un eccessivo indice volumetrico così da realizzare un grattacielo in una zona in cui tale edificazione non è consentita[140]. Infatti al rispetto prescritto dalle norme del P.R.G., si aggiunge quello delle disposizioni dettate in materia di confini o delle norme antisismiche che non vengono meno nella cessione di volumetria[141].

---

alcun costo legato all'indennizzo e, allo stesso modo, l'ufficio espropri è esonerato dal porre in essere tutti gli adempimenti burocratici previsti nell'*iter* ablativo con la conseguente maggiore celerità nella realizzazione dell'opera pubblica. Vi è anche una notevole riduzione del rischio di contenziosi con i privati stante il fatto che la procedura si è compiuta proprio in virtù del loro consenso. Il cittadino dal canto suo, vede ridursi di molto l'eventuale sacrificio economico subito, in quanto, se è vero che viene privato del terreno, mantiene comunque la possibilità di utilizzare in altro luogo la cubatura che rappresenta la vera ricchezza economica del suolo. La volumetria inutilizzata potrebbe divenire un prezioso strumento per la p. a. a copertura finanziaria dei debiti derivanti dalla reiterazione dei vincoli espropriativi decaduti, mediante la quale l'autorità locale potrebbe ristorare in via compensativa i soggetti espropriati e ancora in attesa di indennizzo. Infatti, l'indennizzabilità dei vincoli dapprima recepita dalla Corte di Cassazione e successivamente codificata nel testo unico sulle espropriazioni ha determinato un'esposizione finanziaria particolarmente rischiosa a fronte delle molteplici richieste dei privati. Non a caso, la Corte ha fornito indicazioni alternative al pagamento in forma diretta delle indennità, tra cui spicca l'utilizzo della volumetria non ancora impiegata, in grado di ovviare ad un carico economico insostenibile. Si veda Corte cost., 20 maggio 1999, n. 179 in *Riv. amm. Rep. it*., 1999 I, p. 289. Proprio a seguito della sentenza molte amministrazioni hanno cominciato a far uso di negozi aventi ad oggetto la potenzialità edificatoria congelata, frutto delle opere di urbanizzazione, da utilizzarsi come strumento di compensazione. Spesso dette cessioni hanno altresì il pregio di non alterare il P. R. G. previsto per una specifica zona, perché, di fatto, non vi è alcun ampliamento di volumetria ma solo uno spostamento in altra area della medesima zona. Gli effetti positivi dell'utilizzo di tali negoziazioni si riscontrano anche laddove i privati subiscano vincoli, avulsi dalla procedura ablativa, che impediscano agli stessi di edificare sul terreno. Potrebbe infatti verificarsi che un lotto, pur possedendo cubatura, non possa mai essere oggetto di costruzione, in quanto sito in una zona soggetta a particolari restrizioni (si pensi ai terreni limitrofi alle aree cimiteriali), che impediscono l'attività edilizia. I negozi aventi ad oggetto i diritti edificatori divengono in questi casi uno strumento di estrema importanza in quanto laddove non si permettesse al privato di utilizzare altrove la volumetria esistente sul suolo egli non potrebbe disporre della più importante utilità economia connessa alla proprietà della *res*, non potendo paradossalmente nemmeno giovarsi del ristoro derivante dall'esproprio per pubblica utilità, poiché il caso di specie non rientra nella procedura ablativa.

Il vantaggio del privato d'altro canto viene goduto indirettamente anche la p. a. in quanto lo spostamento di quella volumetria in altra area del comparto, non determina alcun abbassamento dell'indice edilizio di zona con la possibilità di mantenere inalterate le previsioni del piano. Cfr.E. MICELLI, *La perequazione urbanistica, cit.,* pp. 6 ss.

[140] P. URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli,* in *Urb. app.*, 2006, 8, p. 908, sottolinea i pericoli di una «incetta di diritti edificatori».

[141] Si rinvia al capitolo I, paragrafo 3. Al fianco del Piano urbanistici le Amministrazioni predisponevano e predispongono tutt'oggi delle previsioni integrative del Piano e delle prescrizioni dettate dal codice civile nelle quali sono indicati non solo i confini entro cui il soggetto che costruisce può effettivamente edificare ma anche i limiti in altezza nel rispetto delle norma antisismiche, cosicché ogni individuo che decida di intraprendere un'attività edificatoria anche a seguito di un contratto di cessione di volumetria, conoscerà esattamente i limiti entro cui la maggiore costruzione, in termini di cubatura potrà essere edificata senza che possa riscontrarsi a tal proposito alcuna situazione di incertezza nei rapporti tra privato e p. a.

Ciò vuol dire che chiunque voglia edificare può conoscere *a priori* i limiti entro cui sfruttare la volumetria acquisita, dovendo aver cura di rispettare sia le norme del P.R.G. sia le prescrizioni del codice civile e delle altre leggi speciali, così da sapere quali sono i parametri da rispettare per l'edificazione di una nuova costruzione[142].

L'acquirente salvo quanto si avrà modo di approfondire nel corso della trattazione, avrà dunque costantemente contezza della propria posizione (nel rispetto della normativa vigente), a nulla rilevando il fatto che il Comune debba valutare una situazione differente da quella prevista in sede di pianificazione.

Infatti, se la cubatura acquistata non si pone in contrasto con la disciplina urbanistica e con le altre norme che ad essa si riferiscono il Comune, previa una verifica positiva di tutti questi requisiti, non potrà negare il permesso di costruire[143].

4. Lo sviluppo dei diritti edificatori. Evoluzione e problematiche rispetto alla cessione di cubatura.

[142] In senso contrario si Veda F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione, cit.,* p. 11.

[143] D'altro canto è lo stessa normativa sull'edilizia che implicitamente suddivide i provvedimenti vincolati da quelli discrezionali. All'art. 10 il Testo unico contrappone infatti l'art. 14 rubricato «permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici». L'art. 14 del T.U.E. recita «Il permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici generali é rilasciato esclusivamente per edifici ed impianti pubblici o di interesse pubblico, previa deliberazione del consiglio comunale, nel rispetto comunque delle disposizioni contenute nel decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 e delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia.

1-bis. Per gli interventi di ristrutturazione edilizia, attuati anche in aree industriali dismesse, è ammessa la richiesta di permesso di costruire anche in deroga alle destinazioni d'uso, previa deliberazione del Consiglio comunale che ne attesta l'interesse pubblico, a condizione che il mutamento di destinazione d'uso non comporti un aumento della superficie coperta prima dell'intervento di ristrutturazione, fermo restando, nel caso di insediamenti commerciali, quanto disposto dall'articolo 31, comma 2, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, e successive modificazioni.

Dell'avvio del procedimento viene data comunicazione agli interessati ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

La deroga, nel rispetto delle norme igieniche, sanitarie e di sicurezza, può riguardare esclusivamente i limiti di densità edilizia, di altezza e di distanza tra i fabbricati di cui alle norme di attuazione degli strumenti urbanistici generali ed esecutivi, nonché, nei casi di cui al comma 1-bis, le destinazioni d'uso, fermo restando in ogni caso il rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 7, 8 e 9 del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444».

Dalla lettura della norma emerge un potere discrezionale della p. a. che nelle ipotesi opportunamente circoscritte dal legislatore ha la possibilità di porre in essere valutazioni in merito al rilascio del provvedimento, stante l'esistenza dell'interesse collettivo che giustifica il bilanciamento che il Comune deve operare.

Quelli dell'art. 14 sono provvedimenti a carattere discrezionale che rappresentano un'eccezione rispetto alla disciplina indicata dagli art. 10 e ss. i quali rispondendo a criteri prestabiliti non discutibili dall'amministrazione, assumono carattere opposto alla deroga e dunque vincolato.

Ne deriva che la cubatura che non può ricondursi all'art. 14 mentre sembra pacificamente rientrare nell'ipotesi descritta dall'art.10, quale componente dello *ius aedificandi* e nel rispetto della normativa prescritta, permetta l'edificabilità senza che sia possibile riscontrare una vera e propria discrezionalità. Ciò consente in modo concreto di dare accesso alla possibilità di costruire con effetti positivi sulle contrattazioni aventi ad oggetto la potenzialità volumetrica. Quello esercitato dall'ente competente in caso di rifiuto non è dunque un potere discrezionale ma semplicemente una mera verifica delle norme tecniche che vietano di costruire oltre certi parametri. La breve analisi condotta consente di comprendere come, pur trattandosi di un tema complesso, la sola potestà rimessa all'amministrazione comunale sia quella di espletare un controllo prevalentemente tecnico sul progetto e di richiedere la sola attestazione di legittimazione dell'istante con la finalità primaria di garantire un ordinato e razionale sviluppo del territorio.

Una diversa soluzione d'altra parte condurrebbe alla sottrazione dal diritto di proprietà di uno dei suoi contenuti più rilevanti, collocandolo in un'ottica esclusivamente pubblicistica, impostazione, questa, che non si ritiene più corretta.

Uno studio che prenda in esame la cessione di cubatura, non può esimersi dal trattare, almeno in parte, i diritti edificatori oggetto di perequazione, compensazione ed incentivazione.

Ciò dipende principalmente dal fatto che la novella, da cui muove l'intera ricerca, riunisce le due fattispecie in un'unica definizione attraverso l'utilizzo dell'espressione «comunque denominati».

La nascita e l'evoluzione dei diritti edificatori rispetto all'archetipo della cessione di cubatura coincide con la transizione dall'attività di «micropianificazione ad iniziativa privata» a modelli di amministrazione concordata sempre più ancorati a matrici legislative regionali ed a strumenti urbanistici locali.

Più precisamente il maggiore accentramento della disciplina urbanistica nelle mani delle autonomie locali, in attuazione del principio contenuto nell'articolo 117 co. 3 Cost.[144], ha consentito alle Regioni di intervenire in modo specifico nel settore urbanistico, ed alle amministrazioni comunali di dotarsi per la prima volta di strumenti di pianificazione territoriale del tutto autonomi rispetto alle scarne disposizioni di principio nazionali ed alla prassi sino a quel momento utilizzata[145].

La ragione sottesa all'affermarsi di nuovi strumenti di sviluppo del territorio è duplice. Da un lato essi rappresentano il tentativo di ovviare alle iniquità prodotte dalla zonizzazione posta a vantaggio dei proprietari dei fondi destinati all'edificazione a dispetto di quelli onerati da disposizioni vincolistiche[146], dall'altro incarnano lo strumento mediante il quale i Comuni possono utilizzare specifiche aree per opere di interesse pubblico senza sopportare il carico finanziario derivante dall'attuazione di misure espropriative[147].

---

144 L'art. 117 della Costituzione al comma 3 recita «Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.» La disposizione dunque stabilisce che possono esercitare la potestà legislativa (concorrente) in ogni materia che non sia espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

145 Non è casuale che si passi dal vecchio concetto di Piano Regolatore Generale a quello più moderno e dinamico di Piano di Governo del Territorio che si identifica con uno strumento rivolto al cittadino per l'esercizio di un potere propositivo e che si trova alla base dell'espressione «progettazione territoriale partecipata». Nell'ambito della più ampia problematica dei rapporti tra privato e potere pubblico, si assiste ad un definitivo superamento della tradizionale dicotomia «cittadino-pubblica amministrazione» od anche «amministrati-amministranti» posti in un rapporto tale per cui l'Autorità riveste, comunque, un piano di preordinazione rispetto alle esigenze dei primi. Per maggiori approfondimenti si veda V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi, cit., passim.*

146 Si veda al riguardo P. URBANI, *L'urbanistica solidale*, Torino, 2011, p.182 ss. Dal fallimento della politica urbanistica avviata con la Legge urbanistica del 1952 e dalle disuguaglianze emerse da quella normativa è sorta dunque l'esigenza di trovare forme condivise di pianificazione e gestione del territorio.

147 Quella che si realizza è infatti una pianificazione che da un lato garantisce una certa autonomia tra i proprietari dei fondi nello sviluppo edificatorio dei suoli, dall'altro avvantaggia la p. a. attraverso la formazione di un patrimonio fondiario pubblico che consente l'acquisizione di terreni a costi molto bassi stante l'assenza della capacità edificatoria del terreno che si è privato della volumetria. Dalla sentenza della Corte cost. 20 maggio 1999, n. 179, in *Corte giust.,* 1999, si evince che la tecnica perequativa nasce dunque come risposta al procedimento «vincolo – esproprio – opera pubblica». La sentenza statuisce l'indennizzabilità dei vincoli preordinati all'esproprio e reiterati oltre i cinque anni di vigenza (reiterazione idonea a frustrare la temporaneità del vincolo stesso). Non a caso si è parlato di reazione all'incidenza dei piani regolatori sul regime dei suoli sulla capacità edificatoria ad essi inerente ed anche sul loro valore commerciale.

È stato sulla base di tali premesse che, a partire dagli anni Novanta, sono stati adottati strumenti edificatori definiti di «perequazione», «compensazione» e «incentivazione» urbanistica volti ad attuare forme condivise di pianificazione e di gestione del territorio[148].

La perequazione assolve ad una funzione pianificatoria ed espropriativa.

Più precisamente tale strumento mira ad un'equa e solidale distribuzione dei vantaggi e dei costi collegati alla pianificazione del suolo, con l'intento di esprimere un «principio di giustizia redistributiva» nell'allocazione delle risorse[149].

La finalità perseguita è quella dell'indifferenza delle posizioni proprietarie rispetto agli effetti conformativi delle scelte discrezionali di allocazione delle funzioni territoriali [150], mediante un'interpretazione in chiave pianificatoria del principio di uguaglianza previsto all'art. 3 Cost.[151]

Tale scopo viene attuato secondo due tipologie di perequazione, quella «ristretta» [152] e quella «allargata»[153].

---

148 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.*

149 La ragione sottesa al cosiddetto principio di giustizia distributiva risiede nella acquisita consapevolezza che il parametro suolo non costituisce una risorsa infinita, essendo invece limitata e non rinnovabile. Ne deriva un inevitabile passaggio da pianificazioni incrementali, fondate sulla diffusione urbana, a piani connotati da una impostazione fortemente contenitiva, nella quale ogni ulteriore consumo di suolo agro-naturale deve trovare una rigorosa giustificazione. Difatti «(…) le tecniche perequativo - compensative fanno leva su un principio allocativo dello stock volumetrico orientato ad una maggior equità ed efficacia delle decisioni pubbliche», in tal senso cfr. E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico Verona 10/11 Ottobre 2011, cit.,* p. 5.

150 La definizione di P. URBANI, *Urbanistica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 868 ss.

151 Vero è che tale principio non può essere concretamente raggiunto per il fatto che la pianificazione comporta di per sé una scelta tra i diversi interessi sul territorio, scelta che per sua definizione comporta delle differenze rispetto agli obiettivi pubblici da soddisfare e per via della possibilità di distinguere le forme di utilizzo del territorio. Si veda in tal senso anche Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 1981, n. 367, in *Foro amm.,* I, 1981, p. 851.

152 Nella sua prima variante ad ogni fondo interno al comparto viene attribuita la stessa capacità volumetrica che deve essere proporzionale all'estensione dell'area e comunque inferiore al limite minimo fondiario di edificabilità. Contestualmente, vengono individuate le aree destinate ai servizi ed opere di pubblica utilità. Nei modelli urbanistici tradizionali veniva trascurata la dimensione distributiva con l'effetto di disuguaglianze tra i cittadini, di qui la necessità di introdurre meccanismi correttivi in grado di compensare le disparità escludendo ipotesi di espropriazione larvata. La preoccupazione è di P. URBANI, *L'urbanistica solidale,* Torino, 2011, p. 182; in tal senso anche A. POLICE, *Governo e mercato dei diritti edificatori (Esperienze regionali a confronto),* Napoli, 2009, p. 25. I proprietari delle aree destinate all'edificazione privata rifonderanno i proprietari delle zone con destinazione pubblica, mediante l'acquisto dei loro diritti edificatori, così da esercitare concretamente il loro diritto ad edificare. R. GAROFOLI, *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 Cost., i criteri di riparto tra Stato e Regioni della potestà legislativa,* in AA. VV., *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno di Bari 11 Giugno 2011,* in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2012, p. 30. L'Autore evidenzia come nell'ambito della perequazione ristretta il proprietario di un'area destinata a pubblici servizi o, comunque, ad opere di pubblico interesse non subisce un vincolo e non è gravato dall'obbligo di soggiacere all'esproprio, ma sarà gravato dell'onere previsto dal piano perequativo il cui assolvimento gli permetterà di partecipare ai vantaggi dallo stesso previsti. L'ideazione di un sistema in cui il proprietario di un'area edificabile, non può sfruttare in concreto il proprio diritto all'edificazione pur essendo titolare, lo incentiva, ad acquistare la differenza volumetrica necessaria al raggiungimento del limite minimo per l'edificabilità al fine di attuare in concreto il proprio diritto a costruire. Pertanto tutte le aree di trasformazione sono potenzialmente edificabili, ma per la concreta realizzazione di edifici è necessario ottenere un indice minimo fondiario che non è intrinseco a ciascun terreno, dovendo essere reperito sul territorio, dai proprietari delle aree destinate alle opere pubbliche. In tal senso si veda T.A.R. Campania Salerno, Sez. I, 7 agosto 2003, n. 844, in *Foro amm.,* 2003, p. 2369. La perequazione urbanistica ristretta rappresenta il superamento della suddivisione ordinata del territorio secondo le diverse funzioni urbane del sistema classico di pianificazione, che reca in sé la discriminazione di quei proprietari che soffrono le previsioni vincolistiche degli spazi da riservare alle opere collettive. La perequazione costituisce un'efficiente alternativa all'imposizione del vincolo finalizzato all'esproprio, poiché, allargando la platea dei soggetti proprietari sui quali si distribuiscono i vantaggi e gli oneri del piano, realizza un'adesione volontaria del proprietario dell'area interessata dall'intervento pubblico al quale, in ogni caso,

La prima riferita ai comparti[154] che rientrano negli strumenti urbanistici attuativi, la seconda riferita tendenzialmente a tutto il territorio comunale.

Nella prima variante la perequazione è attuata distribuendo tra i proprietari degli immobili di una certa area il medesimo indice volumetrico, tuttavia inferiore al valore minimo fondiario necessario per poter edificare.

Ne consegue che ogni volta che il proprietario di un fondo intenda costruire sul proprio suolo, è incentivato a procurarsi da altri la differenza volumetrica necessaria al raggiungimento dell'indice minimo volumetrico.

In tal modo sia coloro che costruiscono sia coloro che hanno alienato la cubatura sono soddisfatti: i primi perché possono disporre di una capacità edificatoria maggiore, i secondi per il denaro percepito dall'alienazione[155].

---

competono delle utilità. La redistribuzione consiste, quindi, nel diffondere i vantaggi derivanti dall'edificazione, prescindendo dalle differenze delle aree stesse. Il diritto edificatorio, pertanto, «viene ad accedere al fondo», anche se tale potenzialità, prodotta dal fondo, non è dispiegabile sullo stesso. Così G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, in AA. VV., *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti Convegno Bari 11 Giugno 2011,* in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2012, p. 84.

[153] Nella perequazione estesa, invece, le disparità dello *zoning*, vengono superate attraverso l'assegnazione ai c.d. «fondi sorgenti» di una dotazione volumetrica sotto forma di diritto edificatorio cedibile a terzi, cosicché l'utilizzo del diritto edificatorio che spetta ad un'area non suscettibile di trasformazione può comunque essere utilizzato su un altro fondo detto «accipiente», che diventa area di atterraggio. Applicando, su tutto il territorio un unico indice di edificazione, che prescinda dall'effettiva localizzazione della capacità edificatoria, si incentivano gli scambi delle aree o dei soli diritti edificatori dai «fondi sorgenti» ai «fondi accipienti» così da assicurare ai proprietari dei primi, la partecipazione ad una frazione in senso economico dell'attività di sfruttamento edificatorio e di trasformazione del territorio urbano interessato dall'intervento. E. MARTINETTI, *Il trasferimento di volumetria: profili di diritto civile, di diritto urbanistico e di diritto tributario*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 6, p. 201. Le soluzioni restano rimesse all'autonomia delle parti con il solo limite della generale di coincidenza tra gli interventi di trasformazione del suolo e l'atterraggio dei diritti edificatori. Si veda anche in questo senso P. URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli,* in *Urb. app.*, 2006, 8, p. 908, il quale evidenzia come la circolazione dei diritti edificatori avverrebbe alla stregua di beni giuridici autonomi potendosi, persino ipotizzare una sorta di mercato dei titoli volumetrici. Gli effetti economici che derivano da questo tipo di perequazione sono sostanzialmente identici alla perequazione «continua», con la sola differenza che aumentando la complessità gestionale e i costi di coordinamento legati all'efficacia dello strumento, è necessario operare un approfondito controllo urbanistico di tutte le aree che alienano e che ricevono le volumetrie oggetto delle contrattazioni. La presenza di comparti non continui impone infatti un'opera di coordinamento tra proprietà non contigue che rende opportuna l'istituzione di strumenti premiali per le proprietà che accettano di ricevere volumetrie. Tale strumento consente di ovviare alle iniquità del costo posto a carico di alcune proprietà fondiarie, di partecipare da sole alla realizzazione della cosiddetta «città pubblica», consistente in opere ed infrastrutture di interesse pubblico, a cui fanno da contraltare gli, altrettanti, iniqui benefici dei titolari di quelle aree premiate da una destinazione urbanistica favorevole. Le ragioni di questa innovazione si devono principalmente alle esigenze delle amministrazioni locali di colmare il divario che venutosi a creare rispetto alla «città pubblica», oltre al fatto che l'amministrazione sostiene costi inferiori per lo sviluppo pubblico che viene in parte ed indirettamente cofinanziato dai privati. Cfr. E. MICELLI, *La perequazione urbanistica*, in *Atti del Convegno, Paradigma 05 Febbraio 2015*, pp. 10-13. Tale strumento consente di ovviare alle iniquità del costo posto a carico di alcune proprietà fondiarie, di partecipare da sole alla realizzazione della cosiddetta «città pubblica», consistente in opere ed infrastrutture di interesse pubblico, a cui fanno da contraltare gli, altrettanti, iniqui benefici dei titolari di quelle aree premiate da una destinazione urbanistica favorevole. Le ragioni di questa innovazione si devono principalmente alle esigenze delle amministrazioni locali di colmare il divario che venutosi a creare rispetto alla «città pubblica».

[154] Il comparto è disciplinato, nel nostro ordinamento, all'articolo 870 codice civile e all'articolo 23 della legge n. 1150 del 1942, tale ultima norma lo configura come strumento per l'attuazione delle previsioni di piano, disponendo che il Comune può procedere, «in sede di approvazione del piano regolatore particolareggiato o successivamente, alla formazione di comparti costituenti unità fabbricabili, comprendendo aree inedificate e costruzioni da trasformare secondo speciali prescrizioni».

[155] La perequazione assume di conseguenza un ruolo centrale nella pianificazione per la sua attitudine a determinare la conformazione del territorio, stante il fatto che il piano si realizza solo per effetto dell'adesione dei cittadini. A. JANNARELLI, *La disciplina dei beni tra proprietà ed impresa nel codice del 1942,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1993, *passim*, osserva come tale prassi è già

Nel modello di perequazione «estesa», invece, il Piano si limita a prevedere due macrocategorie di fondi, alcuni definiti aree di trasformazione, altri aree di conservazione, di guisa che l'utilizzo del diritto edificatorio che spetta ad un'area non suscettibile di trasformazione può comunque avvenire su un altro fondo detto «accipiente», che diventa area di atterraggio.

Tale strumento incentiva lo scambio delle volumetrie, consentendo anche a coloro che non possono edificare, di partecipare ad una frazione in senso economico dell'attività di sfruttamento edificatorio e di trasformazione del territorio urbano interessato dall'intervento.

La perequazione si discosta dalla cessione di cubatura per una maggiore autonomia dei diritti edificatori rispetto alle aree di provenienza e di destinazione, tuttavia, proprio come è avvenuto per la cessione di cubatura, il libero scambio della volumetria impone ai privati di individuare regole certe di trasparenza e sicurezza negli scambi[156].

Alla base di entrambi gli istituti vi è quindi la necessità di reperire regole chiare di circolazione della potenzialità volumetrica opponibili ai terzi e tali da assicurare un maggiore utilizzo degli istituti.

Nell'ottica della circolazione autonoma dei diritti edificatori, alla perequazione si affianca altresì la «compensazione urbanistica».

Si tratta di uno strumento che attribuisce a colui che cede il proprio fondo alla p. a., un corrispettivo che non si sostanzia in una somma di denaro ma nell'attribuzione di una determinata potenzialità edificatoria da impiegare su altre aree[157].

La compensazione assolve dunque ad una funzione di ristoro del sacrificio a cui il titolare del suolo acconsente di sottostare ed è volta ad eliminare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'imposizione di vincoli espropriativi così da ridimensionare gli effetti sfavorevoli del Piano[158].

---

praticata da molti anni in Inghilterra. Ne consegue che i proprietari delle aree destinate all'edificazione privata ristoreranno i proprietari delle aree con destinazione pubblica, acquistando da quest'ultimi i diritti edificatori, che rappresentano una quota dell'indice fondiario, al fine di esercitare concretamente il loro diritto ad edificare. R. GAROFOLI, *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 Cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa, cit.,* p. 30. L'Autore evidenzia come nell'ambito della perequazione ristretta il privato (proprietario di un'area destinata a pubblici servizi o, comunque, ad opere di pubblico interesse) non subisce un vincolo e non è gravato dall'obbligo di soggiacere all'esproprio, ma è titolare dell'onere previsto dal piano perequativo il cui assolvimento gli permetterà di partecipare ai vantaggi del piano stesso.

156 Il ruolo dei privati trova la sua giustificazione nell'art. 118 co. 4 Cost. che stabilisce il principio di sussidiarietà orizzontale permettendo ai privati di partecipare alle scelte dell'autorità locale. Cfr. S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria,* in *Riv. giur. edil*, 2011, 5, p. 199 ss.

157 Per maggiori approfondimenti si veda P. CIRILLO, *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi,* consultabile su www.giustizia-amministrativa.it*, passim*. L'Autore sottolinea che «(…) in presenza di un vincolo preordinato all'esproprio, il proprietario dell'area vincolata cede la medesima al Comune in cambio della disponibilità di una cubatura su di un'altra area». Cfr. E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico Verona 10/11 Ottobre 2011, cit.,* p. 67.

158 La cubatura assegnata al nuovo fondo (c. d. indice compensativo) è stabilita sulla base della cosiddetta «area di decollo», che trasferita volontariamente alla p. a. è il parametro per determinare il *quantum* di diritto edificatorio che deve essere attribuito al privato. L'ordinamento conosce due tipologie di compensazione: quella c.d. «infrastrutturativa» e quella «paesaggistico ambientale». Nella prima l'amministrazione comunale individua le aree in cui introdurre vincoli espropriativi e il ristoro del proprietario avviene quindi non mediante la corresponsione di un indennizzo, bensì per effetto dell'attribuzione di un diritto compensativo. L'obiettivo dell'ente non è più quello di esercitare il ruolo autoritario quanto piuttosto di incentivare il privato ad aderire ai meccanismi convenzionali. La seconda ipotesi invece è quella in cui si prendono in considerazione dei rischi paesaggisti e ambientali di una certa zona. La stessa p. a. può invitare i privati ad opere di

La premialità edilizia consiste invece nell'attribuzione da parte del Comune di diritti edificatori, in aggiunta a quelli riconosciuti in via ordinaria dal Piano, a favore dei soggetti che abbiano posto in essere opere di riqualificazione territoriale di una certa area[159].

Il comune denominatore degli istituti descritti è l'attitudine a generare volumetria autonoma rispetto al terreno, liberamente trasferibile e negoziabile.

In questi termini i diritti edificatori rappresentano un'evoluzione del negozio di trasferimento di cubatura, condividendo con tale fattispecie negoziale la possibilità che la volumetria potenzialmente spettante ad una certa area edificabile venga utilizzata su un altro suolo, anch'esso edificabile, con il consenso del Comune e dei rispettivi proprietari.

È per effetto della cessione di cubatura che si è venuta a creare una separazione della volumetria dal fondo sottostante (peculiarità questa, tipica anche degli strumenti perequativi compensativi ed incentivanti) ed è stata sempre la cessione di cubatura a determinare la «dematerializzazione» dei diritti edificatori (ora anche tra terreni non immediatamente identificati o confinanti[160]), con la conseguente possibilità di identificare un nuovo «bene» o «diritto» a seconda della natura giuridica ad essi attribuita[161].

---

riqualificazione urbana i cui oneri sono remunerati mediante l'attribuzione di diritti edificatori. (Le ipotesi appena descritte non devono essere confuse con le forme di compensazione economico-finanziaria che i piani territoriali attribuiscono a Comuni investiti da esternalità generate da insediamenti avvenuti in Comuni limitrofi). I sistemi descritti sono costantemente esposti al rischio di disparità tra i proprietari compensati e quelli indennizzati perché ablati, stante la discrezionalità dei poteri riconosciuti alla p. a. È per questo motivo che spesso questi schemi si innestano nell'ambito del modello perequativo fatto di regole maggiormente definite.

159 Il diritto edificatorio può definirsi come una quantità di volumetria edificabile attribuita dall'Amministrazione al proprietario di un terreno allo scopo di attivare un processo di trasformazione o conservazione dell'ambiente fisico, oppure, allo scopo di indennizzarlo nell'ambito di un procedimento di espropriazione.A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie),* in *Riv. giur. urb.*, II, 2008, p. 429. Secondo l'Autore la c.d. premialità edilizia trova la sua ragione nel benessere e nel principio di eguaglianza sostanziale che devono essere perseguiti dallo Stato. Si tratta di un istituto diverso dalla compensazione e dalla perequazione che trovano il loro fondamento nel principio costituzionale di indennizzabilità dell'esproprio (la prima), in quello dell'uguaglianza per porre i proprietari dei fondi nella medesima posizione (la seconda). G. TRAPANI*, I diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2012, 4, p. 775. È bene sottolineare inoltre come i premi urbanistici, ossia i maggiori diritti edificatori, vengano attribuiti in seguito all'intervento di riqualificazione e per tali ragioni devono essere tenuti distinti dai crediti compensativi i quali, rappresentano diritti potenzialmente originati dall'area che diventano reali ed utilizzabili solo in seguito alla effettiva cessione della proprietà dell'area di decollo al Comune. Secondo l'Autore «La disciplina urbanistica che affonda le proprie radici nelle norme del 1942, improntata ad un rigido *zoning*, eredità dell'urbanistica razionalista, al pari del sistema degli *standards,* retto piuttosto da una logica rigidamente parametrica e dei vincoli preespropriativi diretti alla separazione delle aree sulle quali realizzare le opere pubbliche, è offuscata oggi dalla ricerca di soluzioni tecniche rivolte a favorire la compresenza di funzioni che meglio permettano la realizzazione dei bisogni e degli interessi pubblici e della collettività che lì vive ed opera».

160 Cfr. B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 115 ss.; cfr. G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori,* in *Notariato,* 2012, p. 332 ss. Come si avrà modo di illustrare nel capitolo II, per altri la cubatura rappresenterebbe piuttosto la misura dell'interesse legittimo del proprietario di un fondo edificabile volto ad ottenere il titolo abilitativo maggiorato in quanto secondo tale dottrina sarebbe il provvedimento amministrativo e non l'atto privato stipulato tra i proprietari a consentire l'ulteriore edificabilità e a determinare la concreta assegnazione della cubatura così concretizzando la *chance* edificatoria. Cfr. E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione, I, La trascrizione degli atti e delle sentenze*, Torino, 2012, p. 212.

161 La tesi dei diritti edificatori come *res* e non come *ius* come meglio si evidenziato nei capitoli successivi, è supportata dal dato letterale della novella del 2011, d.l. n. 70, che utilizza l'espressione «diritti edificatori comunque denominati» che dimostrerebbe l'ininfluenza del dato nominalistico nella scelta del legislatore. Per alcuni il *quantum* di volumetria edificabile dovrebbe essere considerato come un bene a se stante, autonomo rispetto al suolo mentre per altri si tratterebbe di un

Tali istituti tuttavia differiscono tra loro sotto alcuni importanti profili.

La cessione di cubatura si distingue per un doppio limite, quantitativo e qualitativo, assente nei diritti edificatori e rappresentato dal fatto che i fondi oggetto dell'accordo, da subito individuati, devono essere posti all'interno della medesima zona urbanistica o quantomeno avere la medesima destinazione così da non alterare la «cubatura media» prevista in una certa area.

Nella compensazione urbanistica e nell'incentivazione invece, i diritti edificatori costituiscono veri e propri strumenti di attuazione della pianificazione territoriale, cosicché l'aumento delle potenzialità edificatoria di un suolo non deriva solo dagli accordi tra proprietari dei fondi, seguiti dalla presa d'atto del Comune, ma si inserisce a monte in una peculiare vicenda regolata anche dal diritto amministrativo[162].

In tutti i casi descritti le amministrazioni pubbliche partecipano alla contrattazione con i privati ma mentre nella cessione di cubatura e nella perequazione l'ente territoriale interviene unicamente per «sancire» l'accordo stipulato permettendo il completamento della fattispecie, nella compensazione e nell'incentivazione si viene a definire un vero e proprio rapporto bilaterale con la p.a., che è una delle parti del contratto.

I diritti edificatori inoltre mostrano chiaramente come la funzione amministrativa non rappresenti quasi più, almeno con riferimento all'utilizzo del territorio, un potere autoritativo ma piuttosto «un confronto tra portatori di diversi interessi coinvolti» in cui gli accordi divengono massima espressione

---

diritto reale limitato e per altri ancora di un diritto di credito. F. GAZZONI, *I diritti edificatori,* in E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione, cit.,* p. 212.

[162] Non è mancato chi in tema di fattispecie generatrici e traslative dei diritti edificatori, previste fino alla novella solo da leggi regionali o dagli strumenti urbanistici, ha sollevato delle perplessità in ordine alla loro copertura costituzionale. Difatti, le tecniche perequative, specie quelle di perequazione generalizzata o *a priori*, a causa della loro estensione e dei meccanismi che adoperano di trasferimento dei diritti edificatori anche senza una loro definitiva previa localizzazione, appaiono idonee ad incidere sul contenuto del diritto di proprietà. L'obiezione in ordine ad eventuali profili di incostituzionalità di suddette tecniche muove da un duplice rilievo: *in primis*, le misure perequative, incidendo non soltanto sui modi di acquisto, ma soprattutto sui limiti del diritto di proprietà, al fine di garantirne l'equa distribuzione tra i proprietari in funzione sociale, contrastano sia con la riserva di legge statale in tema di contenuti e limiti del diritto di proprietà, di cui all'art. 42, co. 2° Cost., sia con quella inerente la materia dell'ordinamento civile di cui all'art. 117, co. 2°, lett. l) della Costituzione. *In secundis*, potrebbe residuare un potenziale conflitto anche col combinato disposto degli articoli 3 e 117, co. 2°, lett. m) Cost. che rimettono alla competenza esclusiva dello Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili da garantire su tutto il territorio nazionale, stante l'ovvia inadeguatezza delle normative regionali che finirebbero col configurare una proprietà fondiaria differenziata da Regione a Regione. Tali perplessità devono, tuttavia, essere ridimensionate. Quanto alla legittimità dell'operato delle Regioni che legiferano in materia di perequazione urbanistica può agevolmente constatarsi che, questa, ricompresa nella più ampia definizione del «governo del territorio», è competenza concorrente, ancorché esercitata in assenza di una espressa disciplina statale. Quanto al confine tra la materia del governo del territorio e quella dell'«ordinamento civile» esso può definirsi sottile e labile, come la stessa Corte costituzionale ha sottolineato: «se alle Regioni è precluso legiferare in materia di diritto privato, tale preclusione concerne i rapporti intersoggettivi e non riguarda il potere di conformare il contenuto di proprietà al fine di assicurarne la funzione sociale» (così si legge nel testo della sentenza n. 190 del 2001 Corte cost.). Va quindi osservato che, i meccanismi perequativi possono essere considerati espressione del potere di conformazione del territorio e della proprietà laddove incidono su di un bene immobile al solo fine assicurarne la funzione sociale. Conseguentemente, i diritti edificatori possono essere qualificati come il frutto della conformazione urbanistica così da sottrarsi alla materia dell'ordinamento civile e da essere ricompresi nell'ambito della legislazione concorrente in materia di governo del territorio. Vedi P. URBANI, *L'Urbanistica solidale*, Torino, 2011, p. 190.

partecipativa del privato al procedimento, mediante l'assunzione di un ruolo decisivo nella definizione degli interessi pubblici[163].

Quello che emerge è un assetto basato sulla «interconnessione della collettività», nel senso che la massima utilità personale può aversi unicamente solo laddove si persegua e si raggiunga anche il benessere collettivo e viceversa[164].

I diritti edificatori hanno contribuito pertanto ad un processo definito di «consensualizzazione»[165] in cui appare sempre più corretto parlare di «natura contrattata» delle decisioni amministrative[166].

Il fenomeno che attiene la pianificazione del territorio è infatti definito di «consensualità come necessità»[167] in cui la p. a. realizza i propri obiettivi passando per il consenso del privato[168].

La p. a., abbandonando il ruolo autoritario, si accinge piuttosto a divenire, almeno per i diritti edificatori, un vero e proprio regolatore del mercato[169], come già accaduto inesperienze straniere[170].

---

163 In Tal senso si veda anche F. G. SCOCA, *Gli accordi,* in F. G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008, p. 418. Il quale asserisce che «(…) è ormai noto che il potere si esercita attraverso una sorta di confronto e cooperazione dinamici con gli interessi privati e ciò rappresenta la "ratio" della partecipazione al procedimento amministrativo. Gli accordi quale massima espressione partecipativa del privato al procedimento, consentono all'interesse privato di svolgere un ruolo ancora più incisivo, nella realizzazione di tale confronto definendo un assetto di interessi- compatibile con il perseguimento dell'interesse pubblico, condiviso e vincolante per le parti».

164 Lo scopo perseguito del privato non può ambire a soddisfare unicamente l'interesse del singolo ma deve porsi all'interno di un piano più ampio che coinvolga anche gli interessi della collettività. In tal senso si veda L. CASELLA, *La perequazione urbanistica: nuovi scenari della pianificazione territoriale italiana*, in *Rass. Avv. Stato,* 2009, 2, pp. 345.

165 Per maggiori approfondimenti si vedano A. BARONE, *Urbanistica consensuale, programmazione negoziata e integrazione comunitaria,* in *Riv. it. Dir. pubbl. comunitario,* 2001, p. 261; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione* e *privati*, Milano, 1996, p. 80ss.; F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico. Contratti di diritto pubblico*, in *Giur. it.*, 1900, IV, pp. 1 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo,* Milano, 2003, p. 75 ss.; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato,* in *Giorn. dir. amm.,* 2005, 5, p. 481 ss.; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, p. 170 ss.; S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 145; E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione,* in *Dir. amm.,* 1993, 11, p. 3 ss.; G. CORSO, *Poteri pubblici e regole privatistiche: una traccia per la discussione,* in *Studium iuris,* 2008, 3, p. 386 ss.; M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile,* in *Dir. amm.,* 2011, 2, pp. 463- 492.

166 Da qui la diffusione della definizione di «urbanistica contrattata» in cui il comune denominatore che gli strumenti edificatori condividono è l'attitudine a generare diritti di sviluppo edilizio sul terreno. Cfr. M. NIGRO,*Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati. Problemi generali*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela dei rapporti tra privati,* a cura di M. Costantino, Milano 1995, *passim.* L'Autore è favorevole al riconoscimento della natura contrattata di molte decisioni amministrative e della rilevanza giuridica della loro origine negoziata egli pure se fortemente criticato ha sostenuto che «solo il giurista attraverso i suoi occhiali "deformanti" (occhiali che sono il prodotto di una ben precisa ideologia e di un metodo) riesce a vedere l'esercizio del potere pubblico come attività non dipendente da influenze esterne e, soprattutto non "negoziabile". Se c'è qualcosa che, per sua natura, è elastico e trasformabile in relazione alle circostanze concrete, è invece proprio il potere».

167 Il concetto di «consensualità come valore» attiene ad un concetto riconosciuto dall'ordinamento e poi proposto alla p. a. quale strumento alternativo alle procedure con carattere imperativo, mentre nella «consensualità necessaria» prorpio per la particolare relazione che si viene ad istaurare tra pubblico e privato, gli interessi della p. a. possono trovare realizzazione solo per effetto di una cooperazione del cittadino. A tal proposito sia consentito anche rivniare, con riferimento alle vicende del P.R.G. di Roma a A. GIUSTI, *Principio di legalità e pianificazione urbanistica perequata. Riflessioni a margine dell'esperienza del piano regolatore generale della città di Roma*, *cit,* p. 125 ss.

168 E. FOLLIERI, *Accordi amministrativi e Pubblica Amministrazione nella Legge 7 agosto 1990 n. 241,* in AA. VV., *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da P. Perlingeri, Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto,* Napoli, 1995, p. 56. Come sostenuto dall' Autore «Gli accordi, cioè, non rappresentano una rinunzia dell'Amministrazione alla realizzazione dello specifico interesse pubblico, ma una possibile composizione degli interessi, senza che ne abbia a soffrire lo scopo per il quale è stato iniziato il procedimento. Diversamente, ci troveremmo di fronte ad accordi raggiunti in violazione della Legge. L'accordo è, per l'Amministrazione, cura concreta dell'interesse pubblico».

169 È stato osservato come il sempre maggiore ricorso ai negozi che hanno ad oggetto diritti edificatori trova la sua giustificazione non solo nella più agevole realizzazione degli obiettivi pubblici di concerto con i privati ma anche nell'esigenza di assegnare alla pubblica amministrazione detti valori economici così da minimizzare i costi legati all'acquisizione delle dotazioni territoriali.

Inoltre anche per quanto concerne il carattere della realità, esso emerge con immediatezza nella sola cessione di cubatura.

È bene tuttavia verificare come ciò possa incidere sul principio di libera concorrenza del mercato. Si tratta di un aspetto di particolare momento in quanto, una cattiva gestione dei diritti edificatori potrebbe condurre ad una distorsione del mercato perché l'acquisizione della capacità edificatoria potrebbe essere non più il mezzo attraverso cui realizzare le finalità pubbliche e private bensì il fine dell'operazione stessa, con l'effetto che si avrebbe un'evidente deviazione dai requisiti e dai presupposti di ammissibilità sino ad ora analizzati. Si può succintamente osservare che l'assegnazione di tali diritti da parte della p a. tanto ai privati quanto a se stessa non è infatti indifferente, potendo al contrario determinare conseguenze negative nel commercio di tali diritti.

La dottrina si è interrogata sull'opportunità di utilizzare procedure di evidenza pubblica per l'attribuzione della potenzialità edificatoria e, più precisamente, procedure di asta basate sull'offerta economicamente più vantaggiosa soprattutto laddove siano coinvolti soggetti che esercitano l'attività edilizia in modo imprenditoriale. Tale sistema trova un riscontro concreto nei Comuni di Roma, di Reggio Emilia e di Ferrara le cui normative prevedono che l'amministrazione comunale possano individuare sia i diritti edificatori delle aree pubbliche, sia quelli che devono essere alienati perché assoggettabili alla perequazione urbanistica. Per l'alienazione di tali potenzialità edificatorie i suddetti Comuni si avvalgono di aste pubbliche e, laddove le aste vadano deserte, di trattative private. L'Autorità per la vigilanza sui contratti è stata chiamata a verificare l'eventuale applicabilità della disciplina dei contratti pubblici al trasferimento dei diritti edificatori nel rapporto sinallagmatico tra Amministrazione e costruttore a cui tali diritti sono stati trasferiti come corrispettivo per la realizzazione di infrastrutture pubbliche (procedura incentivante). La Sentenza della Corte giust., 12 luglio 2001, c. 399/98, Ordine degli architetti and others, in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2001, 5, pp. 815-842, nell'indicare gli elementi che caratterizzano la figura dell'appalto pubblico di lavori menziona la qualità di amministrazione aggiudicatrice, degli enti pubblici territoriali, degli enti procedenti, la riconducibilità della opere a quelle pubbliche in senso stretto per la loro capacità di realizzare interessi della collettività e il pieno controllo dell'amministrazione sulla loro realizzazione, la natura contrattuale del rapporto che si viene a creare tra amministrazione e privato e, infine, la natura onerosa di tale contratto. Nel contesto comunitario, all'art. 1 par. 2 lett. a) Dir. 2004/18/CE con il termine «contratti pubblici» si fa riferimento ai «contratti a titolo oneroso, (…) aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi». Secondo la dottrina il riferimento all'onerosità deve essere interpretato in senso ampio e tale da ricomprendere anche le prestazioni che comportano «la corresponsione di un importo economico da parte dell'amministrazione aggiudicatrice». Si veda in tal senso G. MORBIDELLI e M. ZAPONATO, *Appalti pubblici*, in M. P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, Milano 2007, p. 438. Dal canto suo l'Autorità di vigilanza ritiene che il concetto di onerosità, previsto nei contratti di appalto, vada oltre la semplice corresponsione di un importo monetario ben potendo consistere nel riconoscimento di diritti suscettibili di valutazione economica. Il ragionamento dell'Autorità criticato da A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie), cit.,* p. 429, presta il fianco a molte critiche, prima tra tutte il fatto che i diritti edificatori che scaturiscono da un procedura incentivante (come nel caso di specie) non rappresentano un esborso di denaro in quanto invero la pubblica autorità realizza l'opera pubblica senza nessun costo economico. Inoltre la funzione dell'istituto è prima di tutto quella di accrescere il patrimonio del soggetto privato e solo indirettamente di produrre effetti anche verso la p. a. che vede realizzata un'opera di interesse generale. Ma allora, se ciò è vero, non è possibile ricondurre i negozi aventi ad oggetto i diritti edificatori nella categoria generale degli appalti pubblici, pur dovendosi certamente rispettare i principi del Trattato che prevede la necessaria predisposizione di procedure competitive basate sulla trasparenza e sul divieto di discriminazione. Impostazione è altresì avallata dalla sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 30, in www.altalex.it. Per quanto concerne invece l'applicabilità delle sovvenzioni pubbliche ai soggetti che si fanno carico della realizzazione delle opere l'art. 12 della legge 241 del 1990 statuisce che «la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione e alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi». Con riferimento agli aiuti di stato si veda A. ALEMANNO, *Aiuti di stato (dir. comm.),* in S. CASSESE, *Diz. dir. pubbl.,* I, Milano, 2006, p. 192 ss. La suddetta norma sembra dunque alla dottrina adattarsi in maniera abbastanza lineare anche all'istituto della incentivazione. Poiché tuttavia individuare il *discrimen* per stabilire se le procedure competitive debbano essere o meno applicate è solo astrattamente teorizzabile, la pubblica amministrazione deve garantire caso per caso la predeterminazione oggettiva dei criteri di erogazione dei diritti edificatori nonché le relative forme di pubblicità. Non si può invero ignorare che la disciplina dei diritti edificatori è del tutto peculiare, cosicché di volta in vola sarà necessario accertare l'applicazione o meno delle procedure competitive. Ad esempio, nelle premialità riconosciute dal piano casa qualificate anche a livello europeo come servizio economico di carattere generale volto ad assicurare il diritto fondamentale all'abitazione garantito dalla Carte dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, l'affidamento dei servizi deve avvenire con procedure competitive conformi ai principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e imparzialità, con l'effetto che il servizio di *social housing* che preveda l'attribuzione di premialità edilizie, tale attribuzione deve essere assoggettata alle disposizioni comunitarie pur essendo astrattamente riconducibile alla categoria delle sovvenzioni. In tal senso si vedano per approfondimenti.

[170] Per la trattazione si rinvia al capitolo V.

Infatti mentre la circolazione della volumetria riguarda aree definite, contigue o site nella stessa area, nei diritti edificatori, l'inerenza alla proprietà dei suoli è un concetto molto più elastico cosicché non è indispensabile che i fondi «di partenza» e «di atterraggio» siano immediatamente identificati, né che appartenga alla medesima zona.

Ciò determina che tali diritti possano essere attribuiti anche a colui che non sia titolare di alcun un fondo, con ogni conseguente problematica attinente al profilo pubblicitario della vicenda circolatoria[171].

Il principale elemento di novità dei diritti edificatori rispetto al loro archetipo, risiede dunque nel fatto di essere maggiormente svincolati dal suolo anche all'origine, così da poter circolare liberamente senza un collegamento diretto tra volumetria ed area di provenienza o destinazione[172].

Da queste premesse può concludersi che il tema dei diritti edificatori non possa essere risolto con l'affermazione che si tratti del noto e diffuso istituto della cessione di cubatura rivisitato ed innovato nel nome[173].

Proprio l'assenza di una connessione immediata tra diritti edificatori ed immobili ed il diverso rapporto che si istaura con la p. a., ha indotto parte della dottrina a ritenere che si tratti di fenomeni completamente diversi dalla cessione di cubatura, nonostante un innegabile rapporto di continuità storica che li lega e pur nella consapevolezza dell'inquadramento unitario operato dal n. 2-*bis*[174].

---

171 Per maggiori approfondimenti si rinvia al capitolo III.

172 Come già sottolineato nel paragrafo 2, per quanto riguarda l'origine di tali diritti, spesso viene detto che solo nella perequazione la potenzialità edificatoria è generata direttamente dal fondo, indipendentemente dal comportamento tenuto dal titolare, mentre negli altri strumenti la maggiore o diversa volumetria sembra essere attribuita a seguito del comportamento tenuto dal consociato indipendentemente dall'effettiva ed attuale esistenza di un fondo da cui dunque la volumetria sembra del tutto svincolata.

Al riguardo si è sottolineato che anche nella compensazione e nella perequazione i diritti edificatori hanno un collegamento, seppure più blando, con un'area, che sia quella ceduta (come nel caso della compensazione) ovvero quella su cui si opera una riqualificazione (come nella perequazione). Questa affermazione necessita, tuttavia, della precisazione che se nell'ipotesi di perequazione c'è un collegamento genetico tra diritto e terreno, essendo la qualità edificatoria propriamente afferente al suolo da cedere, all'opposto, nell'ipotesi di compensazione e di incentivazione sembra, invece, discutibile l'individuazione di un rapporto diretto col fondo, finanche nel momento genetico, giacché il diritto edificatorio è attribuito dall'amministrazione quale corrispettivo per la cessione di un'area o in seguito ad un intervento di riqualificazione urbana, non come qualità intrinseca della stessa. R. GAROFOLI, *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 Cost., i criteri di riparto tra Stato e Regioni della potestà legislativa, cit.,* p. 34. L'Autore sottolinea le diversità esistenti tra misure perequative e compensative, mettendo in luce come solo la cessione perequativa non determini la creazione di un vincolo pre-espropriativo sulle aree destinate ai servizi pubblici. Infatti nella cessione compensativa il Comune che ha imposto il vincolo espropriativo sulle aree destinate alla realizzazione della città pubblica deve far ricorso all'espropriazione, nel termine di cinque anni, con la possibilità di ristorare il proprietario del fondo attraverso l'attribuzione di crediti di natura compensativa o la permuta di aree in luogo dell'indennizzo in denaro. Ragioni di efficienza amministrativa spingono a ritenere che l'utilità attribuita al titolare del fondo gravato dal vincolo pubblico rappresenti un'alternativa al denaro e possa essere identificata dalla cubatura utilizzabile in un altra area edificabile o anche in un credito compensativo trasferibile a terzi. Per tali ragioni parte della dottrina parla di *datio in solutum* «atipica», ovvero ad effetti non reali, attributiva non di una bene, bensì di un credito compensativo. Dunque seppure è vero che la creazione di diritti edificatori connessi alla compensazione ed all'incentivazione è legata al comportamento di un soggetto, non si può negare che tale comportamento riguardi indirettamente anche un terreno, così come il fatto che per la concreta fruizione è necessario che esista un fondo rispetto al quale la p.a. effettuerà un controllo per permettere l'edificazione.

173 Per una completa e aggiornata rassegna sull'origine dell'istituto, cfr. S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimento di volumetria,* in *Riv. giur. ed.*, 2011, 5, p. 199.

174 In tal senso si vedano A. BARUCCHI, Ius aedificandi *e proprietà dei suoli, cit.,* p. 87; N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile,* Torino, 2004 p. 253 ss.; A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie), cit.,* p. 429 ss.; E. BERGAMO, *La cessione dei diritti edificatori*, in *Corr. mer.*, 2012, 2, p. 119 ss. Sulle implicazioni dell'inquadramento unitario operato dal legislatore si vedano le «considerazioni introduttive», paragrafo 2 ed il capitolo II, paragrado 1.

CAPITOLO II

Inquadramento concettuale dei «diritti edificatori»

Sommario: 1. Necessità di individuare la natura giuridica dei «diritti edificatori». – 2. Problematiche connesse alla reificazione della volumetria come «bene». – 3. La cessione di cubatura come contratto traslativo di una *chance* edificatoria. – 4. Tipizzazione di un nuovo diritto reale. – 4.1. Segue: i profili della tipicità e del *numerus clausus*. – 4.2. Segue: l'immediatezza. – 4.3. Segue: verifica della sussistenza dell'inerenza reale. – 4.4. Segue : caratteri del diritto reale.

1. Necessità di individuazione della natura giuridica dei diritti edificatori.

Il crescente utilizzo degli strumenti perequativi, compensativi e premiali e la loro evoluzione anche da un punto di vista giuridico rispetto alla cessione di cubatura, hanno di fatto portato alla circolazione della volumetria in modo del tutto svincolato rispetto al fondo d'origine, favorendone di conseguenza la commercializzazione.

Il c.d. «decollo» dei diritti edificatori dal fondo di partenza, determinando lo scorporo dello *ius aedificandi* dalla proprietà del suolo e talvolta l'impossibilità di un'immediata individuazione del fondo di atterraggio, reca con sé riflessi di grande novità che non possono essere trascurati nel tentativo di qualificare i trasferimenti di volumetria.

Tutto ciò ha determinato la necessità di ripensare ad un inquadramento della fattispecie rispetto al sistema previgente[175] che, essendosi posto come obiettivo la sola ammissione nell'ordinamento della cessione di cubatura, mal si adatta ai nuovi di strumenti di pianificazione i quali, come già evidenziato, divergono sotto molti aspetti dalla loro antesignana.

---

175 Antecedentemente la novella si discusso se il trasferimento di volumetria dovesse essere sottoposto alla disciplina della Legge 2 luglio 1949, n. 408, meglio nota come «legge Tupini», che prevedeva agevolazioni in tema di trasferimenti immobiliari, oppure se la fattispecie si collocasse al di fuori di quelle di legge, con conseguente suo assoggettamento alla ordinaria disciplina prevista dall'art. 1 della tariffa allegata sub A alla Legge di Registro vigente. Laddove all'istituto si fosse riconosciuta la natura di diritto reale, era necessario applicare il tributo di cui alla tariffa allegata al n.1 d.p.r. n. 634 del 1972, che prevedeva per gli atti traslativi della proprietà di beni immobili, a titolo oneroso, e per gli atti traslativi o costitutivi di diritti reali di godimento, compresa la rinuncia agli stessi, l'assoggettamento all'imposta di registro in misura proporzionale. La giurisprudenza sorvolando sugli interrogativi interenti alla natura giuridica ha preferito garantire certezza in materia fiscale, riconducendo la cessione di cubatura al trasferimento di un diritto che insiste nella «facoltà» inerente il diritto di proprietà, come tale avente sicuramente caratteristiche di realità» così da garantire un «effetto pratico sul piano impositivo». L'unica conclusione certa a cui si può giungere, attraverso la citata rassegna critica giurisprudenziale, è che, prima della riforma, esistesse una corrispondenza tra la cessione di cubatura e il trasferimento di un diritto reale, ma soltanto *ratione materiae tributarie*. Le pronunce sono espressione di un bilanciamento dei plurimi interessi coinvolti, i primi volti a dare rilievo alla conformazione dei suoli *ope legis*, in cui risalta il ruolo della p. a., i secondi volti a sottolineare la preminenza del negozio primigenio che si pone a fondamento dell'intera vicenda giuridica. È tuttavia vero le decisioni che assimilano la fattispecie in questione al trasferimento di un diritto reale lo fanno solo con il precipuo fine di applicarvi le norme tributarie. Si vedano D. ANTONUCCI, *La cessione di cubatura «neutralizza» le varianti*, in www.ilsole24ore.com e Cass., Sez. tributaria, 14 maggio 2007, n. 10979, in *Notariato,* 2007, in cui si può leggere che «la cessione di cubatura si realizza nel momento in cui il diritto a utilizzare la cubatura viene ceduto a un terzo che non sia proprietario del terreno vincolato (…) essendo assimilabile al trasferimento di un diritto reale immobiliare - è soggetta a imposta proporzionale di registro». Vedi anche Cass., Sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Giur. it*., 1989, I, p. 1544. Non è possibile consentire a ragioni puramente economiche di contaminare la qualificazione giuridica di un istituto, in quanto quelle stesse considerazioni possono essere solo conseguenze dell'inquadramento giuridico di un fenomeno e non invece criteri idonei ad orientarlo.

Chi successivamente alla novella si accinga ad affrontare la materia dei «diritti edificatori», non può più limitarsi ad un'opera di riconoscimento e coordinamento con l'ordinamento della sola cessione di cubatura, ma deve spingersi a trovare una legittimazione univoca di tutte le figure attualmente operanti, perché proprio questo presuppone l'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. che le ha codificate sotto la dizione di «diritti edificatori comunque denominati»[176].

La previsione della trascrizione è infatti funzionale ad un meccanismo di circolazione che risponda a regole di certezza, principio che stentatamente sarebbe stato realizzabile in assenza di un intervento normativo.

Dalla formulazione della disposizione emerge che la *voluntas legislatoris* non è limitata alla sola ammissione nell'ordinamento di operazioni di microurbanistica, come la cessione di cubatura[177], ma ambisce piuttosto a trovare soluzioni tecnico giuridiche in grado di individuare forme di circolazione sicure, volte alla tutela dei terzi, indipendentemente dall'ambito generativo della volumetria, con la possibilità di dar vita ad un mercato dei diritti edificatori.

Pertanto occorre domandarsi, se lo sforzo legislativo del Novembre 2011, foriero della modifica dell'art. 2643 c.c. mediante l'introduzione del n. 2-*bis*[178], pur ponendo quale unica dichiarata finalità quella di garantire la certezza dei traffici giuridici, non si sia limitato a dare cittadinanza alla trascrizione dei trasferimenti di cubatura ma abbia perseguito il ben più ambizioso obiettivo di aprire il sistema verso forme di circolazione dei diritti edificatori già noti alle moderne tendenze della pianificazione urbanistica[179].

Se così fosse al legislatore dovrebbe riconoscersi il merito di aver preso atto di una realtà da tempo emersa nella pratica, da cui sono derivati fenomeni giuridici eterogenei, sviluppatisi anche al di fuori dei confini nazionali[180] e ben diversi dalla tradizionale vicenda della cessione di cubatura fra terreni contigui.

---

176 Come già anticipato nelle linee guida della trattazione (Cap. I, Par. 2) uno degli obiettivi della ricerca è quello di rinvenire un unico inquadramento dogmatico che ben si adatti a tutti gli strumenti di pianificazione così da ricomprendere non solo perequazione, compensazione ed incentivazione ma anche la cessione di cubatura da cui gli stessi si sono sviluppati.

177 In passato pacificamente ricondotte dalla prassi notarile al diritto reale di servitù.

178 La norma conduce all'elencazione tassativa degli atti trascrivibili. La legge 12 luglio 2011, n. 106 di conversione del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, al comma 3 dell'art. 5, prescrive che : «per garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori all'art. 2643 c.c., dopo il n. 2) è inserito il seguente: 2-bis i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, o da strumenti di pianificazione territoriale». La riforma in questione sembrerebbe, p*rima facie,* destinata esclusivamente ad aprire i registri immobiliari alla «cessione di cubatura», rappresentativa di una sintesi tra lo strumento civilistico del contratto e l'atto autoritativo della pubblica amministrazione.

179 Il regime di pubblicità ed opponibilità delle vicende traslative della capacità volumetrica non può essere rimesso alla legislazione regionale atteso che la riserva alla Stato della materia dell'ordinamento civile, di cui all'art. 117, co. 2°, lett. l) Cost., ricomprende anche la materia della trascrizione. 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. Vedi P. URBANI*, Nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 121/2010*, su www.pausania.it*, passim.*

180 Nell'esperienze di pianificazione degli altri Paesi è già a partire dagli anni Settanta che con l'adozione di sistemi perequativi si afferma il concetto del «potenziale sviluppo del suolo» quale diritto commerciabile separatamente. In particolare, in alcuni stati federali degli Stati Uniti si diffonde la tecnica dei *Transfert of Development Rights*, noti con l'acronimo

Pertanto poiché per la qualificazione dei «diritti edificatori» non è possibile attingere, *sic et sempliciter*, alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali antecedenti alla novella[181], è d'obbligo tentare di dare una risposta più appagante, nel tentativo di verificare se l'espressione «diritti edificatori», celi più di quanto sembrerebbe trasparire ad una prima lettura della norma.

2. Problematiche connesse alla reificazione della volumetria come «bene».

L'identificazione della capacità edificatoria quale «bene autonomo» in grado di divenire oggetto di attività negoziale tra privati[182] era già stata avanzata nei primi studi sulla cessione di cubatura e si è riaffermata con l'introduzione dei «diritti edificatori»[183].

La dottrina muove dalla definizione proposta dall'art. 810 c.c. dal quale emerge che «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti»[184].

Tale indicazione offre uno specifico criterio di qualificazione, in virtù del quale viene ricondotto a tale categoria tutto ciò, che prescindendo da qualunque riferimento alle «cose corporali»[185], soddisfa i bisogni umani «(…) senza di che mancherebbe persino l'interesse giuridicamente tutelabile»[186].

TDRs, che consente la redistribuzione fra diversi proprietari del vincolo di inedificabilità, derivante da ragioni storiche o ambientali. Ai proprietari cui è fatto divieto di edificare sul proprio fondo vengono riconosciuti diritti di sviluppo edificatorio da sfruttarsi su altri fondi o trasferirsi a terzi. Lo stesso può dirsi dell'esperienza spagnola ove il principio di perequazione, in funzione di equidistribuzione dei costi e dei benefici dell'azione urbanizzatrice, è uno strumento attuativo dell'uguaglianza dei proprietari, teorizzata nella stessa Costituzione all'art. 149. Fra tutti è il sistema francese quello che meglio fornisce una minuziosa disciplina dei trasferimenti di volumetria nel *Code de l'Urbanisme* che contempla una duplice alternativa: la possibilità di costruire edifici di dimensioni maggiori rispetto a quelle concesse dallo strumento urbanistico, attraverso il versamento alla collettività di una somma di denaro, ovvero, l'acquisto mediante un contratto privatistico di trasferimento del *quantum* di edificabilità necessario, autorizzato dalla pubblica amministrazione previa verifica di alcuni presupposti. Cfr. S. STANGHELLINI, *Piani urbanistici, proprietà del suolo e mercato immobiliare: considerazioni sul governo del territorio negli Stati Uniti d'America. Il transfert of development rights negli Usa,* in AA. VV., *Strumenti per il governo del territorio. Perequazione urbanistica e Borsa dei diritti edificatori,* Milano, 2011, p. 47; J. GARCIA BELLIDO, *Il trasferimento dei diritti edificatori in Spagna,* in *Urbanistica e fiscalità locale. Orientamento di riforma e buone pratiche in Italia e all'estero*, Rimini, 1999, p. 237.

181 Per un'analisi delle teorie sulla natura giuridica della cessione di cubatura prima della novella del 2011 si rinvia alle «considerazioni introduttive», paragrafo 1.

182 A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. Dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 2012, p. 126 ss.

183 La diffusione di tale concezione è dovuta soprattutto alle legislazioni regionali che considerano i diritti edificatori liberamente commerciabili. Ciò ha spinto a sostenere che si trattasse di beni giuridici autonomi assegnati dal Comune al momento dell'attuazione del piano regolatore a tutti coloro che vantassero un diritto di proprietà su un determinato fondo. A tal riguardo sia consentito rinviare diffusamente a G. RIZZI, *I crediti edilizi: l'esperienza della Legge Regione Veneto n. 11 del 2004. I nuovi strumenti di programmazione urbanistica: perequazione, compensazione e diritti edificatori,* in AA. VV., *Relazione al Convegno di Como, 8 aprile 2011*, p. 12 ss.

184 Il rapporto tra cose e beni è certamente complesso in quanto la stessa nozione dell'art. 810 c.c. comprende al suo interno sia il termine «bene» che il termine «cosa» e, lo stesso codice talvolta presenta norme (invero numerose) in cui talvolta i termini sembrerebbero essere sinonimi, mentre altre volte l'equivalenza non si rinviene ed i termini assumono significati chiaramente diversi. La dottrina si è inoltre interrogata circa il rapporto sussistente tra i beni e le cose al fine di verificare se esista una relazione di genere- specie o se invece tale rapporto debba essere rovesciato e ciò dipenderebbe dal fatto che il legislatore ne avrebbe definito il concetto in termini di teoria generale anziché di disciplina del libro III del Codice Civile. Cfr. M. ALLARA, *Dei beni,* Milano, 1984, pp. 9- 31 e ss. La dottrina più recente pur non trascurando l'origine esegetica dei termini, ha preferito affrancarsi dalla terminologia codicistica per ammettere che la nozione di bene è una nozione propria della teoria generale del diritto che come tale deve essere ricavata dall'ordinamento nel suo complesso e non solo dal codice civile. Con riferimento alla trattazione è quindi necessario riconoscere una varietà di significati del termine bene e tentare di attribuire un senso univoco ogni volta che il bene è utilizzato entro uno specifico contesto.

185 In questo senso N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile,* Milano, 2013, p. 119. L'Autore sottolinea come il codice civile abbia voluto escludere il solo riferimento alle cose corporali proprio attraverso la definizione dell'art. 810 c.c. ricomprendendo anche beni che non sono cose e la cui appetibilità per il soggetto deriva invece da un procedimento che

La capacità edificatoria viene dunque identificata con un bene suscettibile di formare oggetto di attività negoziale tra i privati, in quanto economicamente sfruttabile per la realizzazione dei loro interessi[187].

Le ragioni a fondamento di tale lettura, derivano dal fatto che la cubatura, proprio come un «bene», trova il suo fondamento nel diritto di proprietà sul terreno, con conseguente applicazione della medesima disciplina.

In tal modo sul fondo edificabile si potrebbero rinvenire due elementi distinti, il terreno e la volumetria, ontologicamente connaturati al diritto di proprietà, rispetto al quale potrebbero seguire le medesime vicende traslative ovvero scindersi per divenire oggetto di diverse contrattazioni così da circolare in modo separato.

Tali argomentazioni consentirebbero di ovviare al problema dell'inerenza reale[188] che rappresenta, da sempre, uno dei maggiori ostacoli all'inquadramento dell'istituto e che appare di difficile individuazione ogniqualvolta la cubatura circoli in assenza di un terreno a cui fare riferimento.

La cubatura rappresenterebbe invero un «bene immateriale» in quanto privo di una sua corporalità che, pur traendo origine dal diritto di proprietà o da altro diritto reale, potrebbe costituire oggetto di contrattazioni autonome secondo la volontà delle parti[189].

È bene tuttavia precisare che fino a che il titolare del suolo non decida di disporre in tutto o in parte della volumetria, essa non esiste nella realtà giuridica come entità autonoma passibile di essere regolata diversamente dal terreno cui inerisce.

---

prescinde dalla fisicità materiale. Tradizionalmente il punto di partenza è quello della preesistenza del bene rispetto al soggetto, l'Autore invece si fa promotore di un nuovo rapporto tra soggetto e bene in cui in virtù delle nuove simmetrie concettuali i beni possono preesistere rispetto all'attività del soggetto.

186 L'espressione è di F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 55, il quale aggiunge che i beni devono poi essere suscettibili di appropriazione atteso che un bisogno umano quale l'aria e l'acqua fluente proprio perché comuni a tutti non possono formare oggetto di rapporto giuridico.

187 A. GAMBARO, *I beni, cit.,* p.126 ss Se è vero che all'autonomia privata non è consentito scorporare le singole «facoltà» del diritto di proprietà se non ricorrendo alle figure di qualificazione giuridica tipiche, è altrettanto vero che nulla osta alla costruzione della volumetria come bene distinto dal suolo, idoneo ad essere attratto ad una figura di qualificazione nominata, che è, ovviamente, il diritto di proprietà. Data l'esistenza di un interesse meritevole di protezione ed a fronte del mancato riconoscimento normativo, di tale interesse, in una figura che lo qualifichi giuridicamente, tipizzandolo in uno specifico diritto soggettivo, parte della dottrina ritiene di superare l'*impasse* ricostruendo lo stesso interesse come bene giuridico autonomo al fine di attrarlo al paradigma massimamente protettivo del diritto assoluto dominicale. Vedi A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria, cit.,* p. 70; P.URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urb. app.,* 2006, p. 905 ss. L'autore affronta una riflessione per spiegare le ragioni che hanno indotto la dottrina a qualificare la fattispecie come bene.

188 La definizione vuole indicare il collegamento che deve necessariamente sussistere tra diritto e bene su cui lo stesso viene esercitato . Per maggiori approfondimenti cap. III, Paragrafo 4.3.

189 S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* pp. 88-89. Non si può inoltre tacere quella dottrina che in verità ha qualificato i diritti edificatori come «frutti» nati dal fondo edificabile e quindi separabili dallo stesso per essere oggetto di autonomi contratti. Tale ricostruzione è criticata da Gazzoni che la reputa priva di un carattere qualificatorio e viene proposta da G. MORBIDELLI, *Presentazione*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto*, Napoli, 2009, p. 15.

Ne deriva che la cubatura può assumere una propria forma ed autonomia solo a seguito dell'atto dispositivo del *dominus*, con l'effetto che la volontà delle parti assurge a forza creatrice del bene oggetto dell'accordo e nel cui interesse i contraenti hanno agito.

La particolare rilevanza riconosciuta da una dottrina alla libertà contrattuale nel processo creativo dell'oggetto del contratto, potrebbe aiutare a giustificare l'utilizzo del termine «costituire» richiamato dalla novella.

Tale riferimento è stato a lungo considerato incompatibile con la teoria della reificazione per il fatto che, se la volumetria viene considerata bene in sé, una volta che è «attribuita» dalle previsioni urbanistiche al proprietario del fondo, essa non necessita di alcun «atto costitutivo» potendo invece circolare da subito[190].

Ciò è vero se si aderisce ad un'impostazione tradizionale in virtù della quale il bene oggetto del contratto è sempre oggettivamente predeterminato e preesistente all'accordo mentre laddove si aderisse ad una nuova lettura del rapporto tra soggetto ed oggetto, il riferimento alla costituzione di un bene per effetto della volontà dei contraenti non apparirebbe più così astruso, potendo invece essere giustificato dal fatto che l'interesse perseguito dalle parti trova il proprio fondamento nell'autonomia privata veicolata dal contratto[191].

Ad ogni modo è bene sottolineare che la presunta proprietà della volumetria non si traduce mai automaticamente nella proprietà di un edificio se l'acquirente non dispone anche del terreno su cui costruire.

Ciò spiega l'evoluzione della tesi esaminata che, mossa dalla necessità di giustificare la possibile assenza di un terreno di riferimento, finisce per considerare la volumetria come di «bene immateriale»[192].

Per altri invece il collegamento con il terreno, seppure talvolta solo *ab origine*, imporrebbe di parlare di «bene immateriale di origine immobiliare»[193] lecito, possibile e dotato di tutte le altre caratteristiche previste dall'art. 1346 c.c.[194]

---

[190] In tal senso anche L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* p. 13. Salvo sostenere che l'atto di trasferimento del diritto edificatorio produca la creazione *ex novo* di un bene, ipotesi questa, che non è sostenuta nemmeno dai fautori della teoria in esame.

[191] In tal senso si veda N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile, cit.,* p. 122 ss. Per l'Autore la crisi della soggettività e delle sue specificazioni come posizioni giuridiche soggettive è collegata alla crisi stessa della teoria dei beni. Mentre solitamente il bene è il termine oggettivo di un diritto soggettivo e può essere individuato nei suoi tratti caratterizzanti prima di ogni qualificazione e dunque indipendentemente da ogni soggetto che ne debba venire in contatto (ciò anche quando il bene è riferito ad un'entità immateriale frutto della creazione artificiale e convenzionale dell'uomo), l'esperienza contemporanea ha infranto questo paradigma sovvertendo lo schema tradizionale in cui il bene preesiste al rapporto da disciplinare. Sempre più spesso infatti il bene non preesiste alla qualificazione giuridica ma è invece creato in funzione degli interessi stessi dei soggetti. Ciò vuol dire che il bene nasce in virtù dell'interesse che il privato vuole realizzare. Per maggiori approfondimenti si veda il capitolo IV.

[192] G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 8.

[193] La definizione «di origine immobiliare» è puramente qualificatoria e non può attribuire alcuna valenza giuridica. L'espressione è di G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 104.

Si sottolinea in via del tutto preliminare, come il riferimento alla «origine immobiliare» sia invero superfluo perché privo di una precisa valenza qualificatoria in grado di incidere sulla possibile ricostruzione della fattispecie[195].

L'espediente ricostruttivo richiama piuttosto alla mente il dibattito sorto durante la vigenza del codice del 1865, che respingeva la configurazione dello spazio aereo come oggetto di autonomo diritto di proprietà[196].

La polemica era nata con riferimento all'interpretazione testuale dell'allora vigente art. 440 c.c. secondo cui «Chi ha la proprietà del suolo ha pure quella dello spazio sovrastante».

La presenza di un dato normativo apparentemente favorevole, aveva indotto parte della dottrina dell'epoca a sostenere che lo spazio aereo, in quanto autonomo oggetto di diritto di proprietà, fosse in realtà una «cosa»[197], diversa rispetto all'aria atmosferica[198].

Tale lettura nasceva in verità anche dall'esigenza di fornire una tutela alla prassi delle concessioni *ad aedificandum,* intese all'epoca come trasferimento dello spazio aereo sovrastante il suolo, in un momento in cui l'ordinamento appariva del tutto sprovvisto di una disciplina sul diritto di superficie[199].

Una delle principali critiche che ha indotto a rigettare l'impostazione secondo cui lo spazio avrebbe potuto costituire un bene autonomo[200], è stata che «(…) la cosa corporale oggetto di proprietà può

---

194 L'art. 1346 c.c. con riferimento ai requisiti del contratto, richiede che l'oggetto, ossia il contenuto del contratto con riferimento all'operazione economica che le parti hanno programmato, sia «possibile, lecito determinato o determinabile». Ove il concetto di possibilità va inteso in senso sia materiale che giuridico (l'esempio di scuola relativamente all'impossibilità materiale è quello dell'impegno di vendere un bene distrutto e non più disponibile, mentre è giuridicamente impossibile vendere un bene che non è commerciabile, come ad esempio un bene demaniale). L'oggetto inoltre non deve essere contrario a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume. L'illiceità si distingue dall'impossibilità giuridica in quanto non si traduce in un vizio strutturale ma esprime un giudizio di riprovevolezza (ad esempio è illecito il contratto con cui si vende droga). Con riguardo al concetto di determinato o determinabile si intende che l'oggetto, se non è determinato dall'inizio, può essere determinabile in base a criteri legali o convenzionali.

195 Non si ritiene percorribile invece la strada che assimila la potenzialità volumetrica alle c.d. *new properties* teorizzate da C. REICH, *the new property*, in *The Yale Law Journal,* 1974, 73, 5, pp. 733-787, in quanto sotto tale definizione rientrano le utilità dispensate dallo Stato sotto forma di concessioni volte all'utilizzo di risorse pubbliche (riserve minerarie, vie aeree, aree demaniali, onde elettromagnetiche ecc.) e di tutti i benefici di derivazione pubblica connessi ai singoli (sussidi, sgravi fiscali, licenze di commercio, abilitazioni di professioni protette) e tutti i beni dell'informazione e della conoscenza come la proprietà delle opere letterarie ed infine i nuovi beni immateriali quali le invenzioni biotecnologiche, *software,* pagine *web, big data,* o ancora i beni pubblici immateriali come le informazioni del settore pubblico. Con il venir meno della Legge Bucalossie della concessione, si ritiene che non vi siano più gli spiragli per poter parlare di *new property*. La potenzialità volumetrica non sembra infatti poter essere riferita esclusivamente allo Stato. Al riguardo Cfr. A. JANNARELLI, *La disciplina dei beni tra proprietà ed impresa nel codice del 1942,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1993, pp. 17 ss.

196 Secondo l'opinione prevalente con il termine «spazio aereo» ci si riferiva non tanto all'aria atmosferica che certamente costituiva una *res communis,* che in quanto tale non poteva mai divenire oggetto di proprietà privata, quanto piuttosto dello spazio materiale inteso come parte determinata esistente sopra il fondo. Essa consisteva piuttosto in una mera proiezione verso l'alto della proprietà immobiliare e delle «facoltà» annesse al diritto dominicale del suolo. Per contro, oggetto di diritti e, quindi, di negozi traslativi degli stessi, può essere solo la *res corporalis*, quale porzione di materia, mentre lo spazio resta il mero mezzo in cui si trova la cosa oggetto dei diritto. Vedi G. MUSOLINO, *Lo spazio aereo ed il diritto di sopraelevazione fra proprietà e diritto di superficie,* in *Riv. not.*, 2005, I, p. 241.

197 Sul dibattito si veda anche S. PUGLIATTI, *Cosa (Teoria Generale),* in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 36.

198 Tra gli Autori, inclini ad ammettere l'esistenza di una proprietà dello spazio, fedelmente, all'enunciato dell'art. 440 c.c., si veda S. PUGLIATTI*, Cosa (Teoria generale),* in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, p. 36. In senso contrario, cfr. G. PUGLIESE, *Della superficie, Artt. 810-956,* in *Comm. cod. civ.,* Scialoja e Branca*,* IV, Bologna, 1976, p. 430; l'Autore osserva come lo spazio aereo, al pari del tempo, pur arrecando un' utilità oggettiva all'uomo, nel senso di intendere l'azione umana estendibile nel tempo e nello spazio, non può, per ciò solo, divenire oggetto di proprietà privata.

199 Si rinvia al capitolo II, paragrafo 4.4.

essere la cosa che occupa lo spazio, ma non lo spazio in sé quale entità determinabile come mero concetto di relazione»[201].

Anche per tale ragione, in sede di promulgazione del nuovo codice civile, il riferimento allo spazio aereo è stato eliminato dall'art. 840 comma 2 c.c. il quale, nella formulazione attuale, si limita a stabilire che il proprietario non possa opporsi ad attività di terzi che si svolgano nello spazio sovrastante e che egli non abbia interesse ad escludere[202].

Il ripudio dello spazio aereo come *res* impone ai suoi sostenitori di concepirlo appunto come «bene immateriale» proprio come avvenuto per la potenzialità volumetrica[203].

Concepire lo spazio aereo come «cosa» (o la volumetria come «bene»), impone necessariamente di dover sostenere che si tratti di cose incorporali ma allora la conseguenza è l'inevitabile esclusione di tutte le entità determinabili come meri concetti di relazione, dal novero delle cose suscettibili di essere oggetto di proprietà separata[204].

Un autore, anche alla luce di tali osservazioni, ha sottolineato che forse, più che di «bene immateriale», sarebbe opportuno parlare di «cosa materiale» priva di una forma corporale sensibile, come avviene per le energie[205]*, stante il legame con la materialità del terreno a cui la «cosa» attiene, senza il quale non sarebbe concepibile.*

---

[200] In senso positivo E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1915, p. 101 ss.; F. DE MARTINO, *Della proprietà,* in *Comm. c.c.,* Scialoja e Branca*,* III, Bologna-Roma,1946, p.144 ss. In senso contrario diffusamente G. PUGLIESE, *Della superficie*, *cit.*, 1976, p. 430. Tra la giurisprudenza positiva si veda la Sentenza del 21 ottobre 1991, n. 11117, in *Mass. giust. civ.,* 1991, p. 10, secondo cui la proprietà di estende allo spazio aereo sovrastante appartenente al proprietario del fondo che può chiedere la tutela della situazione di fatto con azione di reintegrazione e manutenzione. In tale ultimo senso si veda Cass., Sez. II, 16 giugno 2005, n. 12880, in *Giust. civ.,* 2006, I, p. 569.

[201] G. SEGRÉ, *Sulla concessione del diritto di edificare e sulla pretesa proprietà dello spazio aereo,*in *Foro it*, 1983, I, pp. 1002, 1004.

[202] È opportuno tuttavia precisare che anche dopo la nuova formulazione dell'art. 840 c.c., dottrina e giurisprudenza hanno continuato a lungo a confrontarsi sul tema giungendo invero alle medesime conclusioni. Si esclude infatti che lo spazio sovrastante il suolo possa costituire oggetto di autonomo diritto di proprietà, in quanto al di sopra il fondo si può rinvenire solo l'aria che come bene comune appartiene a tutti. Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, in *La proprietà*, Milano, 1999, p. 209. La giurisprudenza di legittimità è invece intervenuta con la Cass., Sez. Un., 4 maggio 1989, n. 2084, in *Giust. civ.,* 1989, I, p. 1536, in cui ha escluso la possibilità di individuare nello spazio d'aria che sovrasta il suolo, possa essere considerato un bene suscettibile di autonomo diritto di proprietà.

[203] Di diverso avviso è Trapani che sostiene invece la ricostruzione della cubatura in termini di «bene». L'Autore asserisce che il parallelismo con la vicenda della colonna d'aria non possa invero ritenersi ancora attuale perché l'angolo visuale da cui esso è stato a lungo studiato era errato. Più precisamente muovendo dal presupposto che possono essere oggetto di trasferimento solo porzioni di materia, ossia le *res corporalis* e che lo spazio non è tale, ma solo il mezzo in cui si trova l'oggetto del diritto, sarebbe opportuna una diversa interpretazione dell'art. 810 c.c. La norma stabilisce che «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti», la disposizione quindi invero non definisce cosa sia un bene ma solo quali siano le cose oggetto di diritti. Possono quindi esservi cose che non sono beni e viceversa. Ossia la «cosa» è tale quando forma oggetto di diritti, indipendentemente dalla sua definizione letterale. Ciò posto, per l'Autore è innegabile che il concetto di «bene» sia più ampio di quello di «cosa», potendo comprendere al contempo sia le cose materiali e corporali sia quelle immateriali che pur non essendo cose sono tuttavia idonee a formare oggetto di diritti. Ciò vuol dire che è solo il legislatore il soggetto preposto a poter attribuire tale idoneità ad una determinata entità. La «cosa» più precisamente diverrebbe bene in considerazione della valutazione fatta dal diritto laddove possa essere oggetto di rapporti giuridici. La volumetria in questo senso anche se immateriale e distinta dal suolo costituirebbe un bene in quanto suscettibile di essere commercializzata per la funzione economica dalla stessa svolta. Si ritiene di non poter accogliere il ragionamento proposto in quanto l'Autore non riesce a dare autonoma rilevanza ad un concetto di mera relazione.

[204] S. PUGLIATTI*, Cosa (Teoria Generale), cit.,* p. 38. L'opinione diffusa in passato era che lo spazio e il tempo, anche arrecando un'utilità oggettiva all'uomo, non potessero essere considerati cose in senso giuridico, ossia non potevano divenire oggetto di proprietà separata. Non può trascurarsi che le reali ragioni che in passato hanno indotto a ripudiare tale dottrina, si rivengono nell'atmosfera culturale che la pandettistica stava imponendo alle ricostruzioni giuridiche.

[205] Le osservazioni sul bene immateriale privo di forma corporale sono di D. MESSINETTI, *Beni immateriali,* in *Enc. giur.,* V, 1988, p. 4 e ss.

Ci si troverebbe di conseguenza al cospetto di una nuova categoria di «bene», né mobile, né immobile e priva di uno specifico significato in quanto, come già accennato, il termine «d'origine» non ha di per sé alcuna valenza giuridica, con evidenti difficoltà applicative dell'istituto.

Il fatto che la potenzialità volumetrica possa essere utilizzata solo a seguito di un provvedimento comunale emesso successivamente alla stipula del contratto richiama inoltre alla mente la categoria del «bene futuro».

Tale schema sembra garantire una serie di vantaggi.

Esso infatti ben si adatta all'utilizzo della potenzialità edificatoria non solo nella cessione di cubatura e nella perequazione ma anche nei più controversi istituti della compensazione dell'incentivazione, consentendo agevolmente di ricondurre ad unità cessione di cubatura e diritti edificatori.

Nelle ultime due ipotesi indicate i cittadini coinvolti devono infatti attendere la venuta ad esistenza dei diritti volumetrici che non sono assegnati ab origine *ai fondi.*

Il riconoscimento dei suddetti diritti avviene infatti a seguito dell'accordo stipulato con la p.a. che nella compensazione dipende dalla cessione di un determinato terreno da parte del privato a favore dell'amministrazione (che in tal modo non deve sostenere i costi della procedura espropriativa), mentre nell'incentivazione deriva dal comportamento tenuto dal soggetto interessato che riceve i diritti edificatori, dopo aver adempiuto all'obbligazione dedotta nel contratto e solitamente avente ad oggetto la riqualificazione di una certa area[206].

Tuttavia, seppure esistono molti punti di contatto con tale fattispecie, le problematicità di una simile ricostruzione sono plurime e difficilmente superabili[207].

Esse risiedono principalmente nella natura giuridica obbligatoria dei contratti aventi ad oggetto i beni futuri che confligge con quella reale stabilita dalla novella.

Inoltre se ciò non bastasse, si sottolinea che mentre i contratti disciplinati dall'art. 1472 c.c. fanno riferimento ad una cosa determinata, i trasferimenti di volumetria hanno ad oggetto una facoltà di edificare che può assumere tratti differenti a seconda del suolo su cui sarà esercitata[208].

Quando si parla di un bene futuro la dottrina si riferisce ad un bene attualmente non esistente come autonomo oggetto di diritti di godimento, laddove all'interno di tale definizione sono ricomprese le cose non ancora esistenti in natura, le cose esistenti che non sono di proprietà di alcuno e che sono suscettibili di occupazione, i prodotti d'opera ancora non formati nella loro individualità economica ed infine i prodotti naturali non ancora staccati dalla cosa madre e insuscettibili di proprietà separata[209].

---

[206] In tal senso si veda G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 482. L'Autore ritiene che l'ipotesi in esame potrebbe essere ricondotta tra i contratti immediatamente trascrivibili e che nel meccanismo compensativo i diritti edificatori sono l'esito dell'esecuzione di risanamento ambientale o di cessione di una specifica area divenuta di interesse pubblico, mentre in quello incentivante dipendono dal comportamento tenuto dal soggetto che, a seguito della riqualificazione di una determinata zona o comunque dell'esecuzione del comportamento pattuito con il Comune.

[207] Per maggiori approfondimenti si rinvia al capitolo IV.

[208] M. LIBERTINI, *I «trasferimenti di cubatura», cit.,* p. 685.

[209] *C.M. BIANCA,* La vendita e la permuta*, in* Tratt. dir. civ. *Vassalli, VII, I, 1, Torino, 1993, p. 373.* Per G. FALZONE, *La vendita di cosa futura*, in M. BIN (a cura di), *La vendita*, III, II, Padova, 1995, p. 594, il concetto di «inesistenza giuridica» non equivale a quello di «inesistenza come autonomo oggetto di diritti». Accogliendo la prima definizione il concetto di futurità si riferisce a cosa cui il mondo giuridico non dà alcuna rilevanza, mentre accogliendo la seconda definizione, si fa riferimento

È chiaro dunque come la potenzialità volumetrica quale «facoltà» esistente sul fondo e solo subordinata al controllo del potere pubblico, non possa rientrare nell'elencazione appena descritta, così sfuggendo alla definizione di bene futuro[210].

La ricostruzione della volumetria come bene, presenta tuttavia caratteri apprezzabili[211].

Essa infatti, oltre a non configgere, con il limite del *numerus clausus*[212], che tradizionalmente impedisce all'autonomia privata di creare nuovi diritti reali, rispetta il principio secondo cui non è possibile

---

non solo la cosa giuridicamente irrilevante ma anche la cosa che, pur esistente e rilevante per il mondo del diritto, attualmente non può formare oggetto di diritti.

[210] Al fine di superare *l'impasse* si è tentato inoltre di condurre un parallelismo con altri beni immateriali come i marchi, il *know how,* la *griffe*. Cfr. D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali,* Milano, 1970, p. 225. Chiamando a supporto diverse opinioni in materia, nel caso in esame si dovrebbero riscontrare almeno due elementi essenziali: il c.d. «apporto creativo» e la «riproducibilità in innumerevoli esemplari», presupposti che tuttavia mancano del tutto nella cubatura, che quindi mal potrebbe esservi ricondotta. In tal senso T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale,* Milano, 1960, p. 353 ss.; D. MESSINETTI, *oggettività giuridica delle cose incorporali,* Milano, 1970, p. 126. La categoria concettuale del «bene immateriale» si giustifica come razionalizzazione di alcune fattispecie che, pur non trovando un'entità materiale come termine di riferimento oggettivo dell'interesse tutelato, ottengono un riconoscimento normativo e tecniche di protezione coerenti con il modello del diritto assoluto, ovvero, una tutela esperibile *erga omnes*. Si tratta infatti di quei beni che, all'interno di un sistema economico basato sulla produzione, sono a tutti gli effetti strumenti del processo produttivo ancorché, dal punto di vista naturalistico, sono privi del tratto della corporeità. Si veda D. MESSINETTI, *Beni immateriali,* in *Enc. giur. Treccani,* V, Roma, 1988, p. 4. Dunque, se è vero che, per l'esercizio della *res incorporales*, il titolare non necessita di alcun rapporto con il substrato materiale tipico della proprietà di una *res corporales*, altrettanto indubbia è la necessità di definirne il contenuto quale diritto all'utilizzazione economica ripetuta della creazione intellettuale. In termini economici non può negarsi che l'accostamento tra valore d'uso dell'opera intellettuale e valore di scambio della cubatura consenta di spiegare meglio come, attraverso la alienazione della potenzialità edificatoria, il proprietario realizza un interesse, ovvero, ne consegue il valore economico, pur senza instaurare alcuna forma di inerenza materiale col suolo. La riproducibilità di un'opera, traducendosi, in ultima analisi, in una utilizzazione contemporanea da parte di più soggetti, incide irrimediabilmente sulla nota dell'esclusività, tipica, invece, del diritto reale, compromettendone la tutela possessoria così come è dimostrato da C. TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.,* XIV, Torino, 1996, p. 27. Tuttavia, sotto il profilo della qualificazione giuridica soltanto le modalità di realizzazione finale dell'interesse protetto e non unicamente quelle di trasferimento, possono fornire argomenti idonei ad una corretta qualificazione. La realizzabilità immediata del valore di scambio potrebbe, finanche, risolversi in un argomento fuorviante, infatti, a tale identico risultato, di conseguibilità di siffatta utilità economica, si giunge col trasferimento di un diritto di credito, di un diritto potestativo, di un diritto su bene immateriale, ovvero, di un diritto reale immobiliare, così finendo per doversi concludere nel senso della indistinguibilità dei diversi modelli di diritto. L'accesa critica, che nega la possibilità di ricollegare all'atto negoziale del proprietario, attributivo a terzi del diritto edificatorio, un «singolare effetto creativo» di un nuovo bene immateriale, è proposta da G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 50.

A ciò si aggiunga che il parallelismo tra le due categorie non può inoltre ritenersi pienamente soddisfacente per il fatto che, in aggiunta alle ragioni indicate, non vi è traccia di un obbligo di trascrizione nei registri immobiliari come invece ora è previsto per i diritti edificatori, né secondo alcuni sarebbe possibile parlare in senso tecnico di «proprietà» con riferimento alle opere letterarie o industriali, stante l'assenza di una vera e propriea *res*. F. SANTORO-PASSARELLI, *proprietà*, in *Enciclopedia del Novecento, Treccani,* in *www.treccani.it,* p. 3. L'Autore afferma che «vi sono beni, detti beni immateriali, come le opere dell'ingegno e le invenzioni industriali, i quali, per loro natura, sono bensì suscettibili di appartenenze a un soggetto, che si chiamano per estensione proprietà, ma differiscono nell'essenza e nella disciplina dalla proprietà, appunto perché non sono *res* e quindi non sono suscettibili di appropriazione come le cose corporali (tali la proprietà intellettuale, la proprietà industriale, la proprietà dell'avviamento di un'impresa o proprietà commerciale)». Sostenere dunque che l'oggetto del bene immateriale è il diritto di edificare appare a taluni controverso. Cfr. anche L. IBERATI, *La natura giuridica dei diritti edificatori: profili civilistici*, in AA. VV., *Atti del Convegno, Paradigma 05 Febbraio 2015*, p. 3 ss.

[211] La necessità di agevolare la commerciabilità dei diritti edificatori, svincolati da una qualunque connessione al suolo, ha inoltre influenzato quella dottrina si riferisce ai diritti edificatori assimilabili a «beni immobili virtuali». Secondo tale impostazione essi sarebbero soggetti alle regole di circolazione dei diritti reali immobiliari ai sensi dell'art. 2643 n. 1 c.c. Una simile impostazione invero imporrebbe, prima ancora della trascrizione degli atti ad essi relativi, l'accatastamento dei diritti edificatori in quanto beni immobiliari, con tutte le difficoltà derivanti dall'accatastamento di un bene «virtuale». Cfr. A. GAMBARO, *I beni, cit.,* p. 135 .

[212] Sia consentito rinviare per una trattazione più approfondita al capitolo II paragrafo 4.

scorporare le «facoltà» dai diritti tipizzati a cui le stesse si riferiscono, se non ricorrendo a figure giuridicamente qualificate nell'ordinamento[213].

Secondo tale impostazione un possibile indizio della ricostruzione come *res* e non come *ius* si avrebbe, anche alla luce di un esame letterale della novella in quanto la norma si riferisce ai «diritti edificatori» e non al singolare «diritto edificatorio».

Anche l'utilizzo dell'espressione «comunque denominati» dimostrerebbe l'ininfluenza del dato nominalistico scelto dal legislatore[214].

A sostegno di tale impostazione una dottrina ha richiamato alcune fattispecie che, pur attenendo ad ambiti disciplinari profondamente diversi, analizzate in termini tecnico-giuridici, sembrerebbero presentare alcune analogie rispetto ai negozi aventi ad oggetto i diritti edificatori[215].

Più precisamente la reificazione della volumetria, soprattutto nella problematica vicenda della circolazione in volo, seguirebbe le stesse sorti di alcune utilità agricole dei terreni che, nell'ambito del diritto comunitario, sono state pacificamente ritenute commerciabili come beni autonomi.

Si tratta della quota di produzione del latte bovino, del diritto al reimpianto del vitigno ed infine dei diritti all'aiuto per gli agricoltori previsti dal Regolamento CE n.1782 del 2003[216].

---

213 In tal senso G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* pp. 104- 105. Preme tuttavia far notare come in realtà l'Autore, proprio mediante tale affermazione, getta le basi per una confutazione del proprio pensiero. Infatti la cessione di cubatura può ritenersi come figura qualificata proprio per l'intervento del legislatore che ha provveduto a tipizzare detta figura nell'ordinamento. Il diritto di proprietà quindi, non ricomprenderebbe al suo interno un fascio di attribuzioni discrezionalmente separabili dall'uomo, ma un diritto unitario che in alcuni casi può essere compresso dal legislatore (per poi espandersi nuovamente) mentre risulta difficile immaginare che un simile effetto possa essere provocato da un piano regolatore. Per maggiori approfondimenti si veda F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura, cit.,* p. 642. Se ciò è vero bisogna tuttavia sottolineare che nell'ambito della c.d. «proprietà edilizia» l'influenza dei provvedimenti edificatori, nella connotazione del tutto peculiare dello *ius aedificandi,* determina per la proprietà un assetto particolare. La capacità edificatoria attribuita dal P.R.G. alle aree soggette a zonizzazione, mediante l'attribuzione di una determinata «cubatura» o «volumetria», costituisce un bene autonomo in grado di essere disancorato dal diritto dominicale per circolare separatamente. P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata, cit.,* p. 3. L'Autore vuole dimostrare come in realtà anche il Piano Regolatore sia in grado di conferire autonomia alle «facoltà» insite nel diritto di proprietà, proprio per la sua attitudine a conformare la proprietà privata.

214 Non può trascurarsi infatti come anche in questo caso il solo *nomen* desumibile dalla norma, non sia in grado di identificare in modo certo ed esauriente la natura di una determinata situazione giuridica e come, d'altro canto, il contesto giuridico contemporaneo non consenta di ricavare dalla sola formulazione della legge argomenti idonei alla ricostruzione di un istituto. Da ultimo si veda A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv giur. edil.,* 2010, p. 6.

215 G. TRAPANI. Si veda al riguardo *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto? Approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 16 marzo 2011), cit.,* p.105 ss.

216 Si osserva che, mentre il parallelismo tra reificazione della cubatura e quota-latte od anche diritto al reimpianto del vitigno sono stati propugnati da Trapani, in molti dei suoi scritti, l'ulteriore paragone con il diritto d'aiuto di cui al Reg. CE n. 1782 del 2003 è proposta da L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali,* su www.e-glossa.it. L'autore lo prospetta seppur in toni critici e dubitativi, sostenendo che la normativa comunitaria oggetto d'analisi, predispone, all'interno dei regimi di sostegno all'agricoltura, un sistema che consenta un unico pagamento idoneo ad assorbire e sostituire la maggior parte dei pagamenti diretti erogati sulla base dei precedenti regimi, svincolato dalla produzione e legato esclusivamente all'estensione della superficie aziendale complessivamente destinata ad attività agricola. Il solo vincolo imposto per accedere al sistema di sostegno in questione risiede nell'obbligo di mantenere buone condizioni agronomiche e ambientali e che siano rispettate le norme relative all'ambiente, alla sicurezza alimentare e al benessere e alla salute degli animali. La principale peculiarità di questo regime, consiste nella suddivisione dell'importo del sussidio, da corrispondere a ciascun agricoltore, in quote, anche dette «diritti all'aiuto» o «titoli all'aiuto», i quali sono suscettibili di formare oggetto di atti negoziali di trasferimento. Cfr. altresì M. L. MATTIA, *Appunti sul regime di trasferimento dei diritti all'aiuto previsti dal regolamento Ce n. 1782/2003 nell'ambito della riforma della politica agraria comune - Studio 2-2007/A, Approvato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali il 2 febbraio 2007,* in *CNN Notizie del 21 maggio 2007*, in www.notariato.it.

Con l'espressione «quota latte» si intende il quantitativo di riferimento alla produzione annuale assegnato a ciascuna impresa del settore[217].

L'art. 10 della Legge 26 novembre 1992 n. 468, emanata in applicazione della normativa comunitaria, dispone l'attribuzione della titolarità delle quote di produzione di latte bovino a ciascun produttore, quale conduttore dell'azienda agricola[218].

Il secondo comma della norma prevede poi che il conduttore dell'azienda possa cedere o affittare, totalmente o parzialmente, anche solo per singole annate produttive, la quota a lui spettante, il tutto senza alienare l'impresa ma a condizione che l'azienda cessionaria sia ubicata in un territorio appartenente alla stessa categoria e sia sita nella medesima regione del cedente[219].

La quota latte incarna dunque un bene oggetto di una specifica tutela giuridica il cui diritto esercitato dal rispettivo titolare, è ricostruito dalla giurisprudenza europea e costituzionale quale diritto di proprietà[220].

Altra fattispecie è quella del c.d. «diritto al reimpianto del vitigno»[221].

Si tratta di un diritto che viene acquisito in forza della normativa europea, analogamente a quanto accade per la quota latte, in cui il diritto di reimpianto assume un rilievo autonomo rispetto al fondo di riferimento, potendo essere oggetto di cessione in favore di altro viticoltore indipendentemente dall'alienazione dell'azienda, secondo modalità convenzionalmente pattuite sancite in un atto notarile debitamente trascritto[222] con funzione di mera pubblicità notizia[223].

---

[217] Il sistema di contingentamento produttivo definito con il regime delle quote latte viene introdotto, a decorrere dal 1984, con il Reg. CEE n. 856/84, che inserisce l'art. 5-*quater* nel Reg. 804 del 1968 «Organizzazione Comune di Mercato del settore lattiero caseario», per ridurre lo squilibrio tra offerta e domanda in Europa e risanare il settore. La normativa comunitaria richiede un complesso sistema organizzativo capace di ripartire il quantitativo globale garantito, attribuito dalla UE ad ogni Stato membro, in quote individuali da assegnare ai produttori, altresì, connotato da un sistema di riscossione delle multe, anche noto come «prelievo supplementare», dovute dai produttori con eccesso di produzione.

[218] Legge 26 novembre 1992, n. 468, art. 10 commi 1 e 2. Si tratta della legge contenente le misure urgenti da emanare nel settore lattiero-caseario.

[219] L'impostazione è stata confermata dalla Corte cost., 6 aprile 1998 n. 100, in *Foro it.*, 1998, I, p. 1730. Il testo della sentenza recita: «(…) l'attribuzione della titolarità della quota latte al conduttore dell'azienda agricola è prevista nel contesto delle norme che disciplinano la produzione del latte destinato alla commercializzazione, per contenerla nei limiti quantitativi stabiliti in sede comunitaria. Il meccanismo di limitazione della produzione opera mediante l'assegnazione a ciascun produttore di un quantitativo di riferimento della produzione annuale. Le esigenze di ristrutturazione del settore possono essere perseguite, ma con modalità tali da non determinare eccedenze di produzione: agli operatori è attribuita la facoltà, a determinate condizioni, di trasferire indipendentemente dall'azienda la quota latte ad altri produttori. Il sistema di contenimento della produzione nei limiti prefissati ha, come punto centrale di riferimento, il produttore: a lui è assegnata la quota di produzione; egli è soggetto al prelievo supplementare, per la produzione eccedente tale quota; lo stesso è, quale titolare della quota latte, legittimato a cederla o ad affittarla, totalmente o parzialmente».

[220] Ci si riferisce alla pronuncia della Corte giust., 22 ottobre 1991, c. 44/89 Von Deetzen II*,* in *Raccolta,* 1991-I, p. 5121 ss., e alla sentenza della Corte costituzionale del 10-11 dicembre 1998, n. 398 in *Gazz. Uff., Rep. it.*, serie speciale 1', 16 dicembre 1998, n. 50, p. 11 e alla Corte cost., 26 marzo 6 aprile 1998, n. 100, in *Gazz. Uff., Rep. it.*, serie speciale 1', del 15 aprile 1998.

[221] Si rimanda al Regolamento 18 febbraio 1980 n. 456, volto ad incentivare l'abbandono definitivo o temporaneo delle superfici vinicole, che aveva previsto, per coloro che operavano un abbandono temporaneo il diritto al reimpianto della vigna dopo otto «campagne vitivinicole». Il regolamento 16 marzo 1987 invece, nel vietare nuovi impianti di viti, stabiliva che il diritto al reimpianto potesse essere esercitato su una superficie equivalente a quella interessata dall'estirpazione, sia dello stesso fondo che di fondo diverso purché destinato alla produzione di vini di qualità.

[222] È bene ricordare che la circolazione del diritto al reimpianto a vigneto era stata assoggettata a trascrizione al fine di consentire l'opponibilità ai terzi, successivi aventi causa dallo stesso soggetto dell'avvenuto trasferimenti ai sensi degli artt.

In ultimo, la disciplina degli aiuti previsti dal Reg. CE n. 1782 del 2003, prevede un sussidio per gli agricoltori erogato con riferimento alla sola estensione della superficie dei terreni, prescindendo dalla quantità di produzione e dal tipo di coltivazione.

Nell'ambito di tale contesto, l'art. 46 del Regolamento prevede la possibilità per il soggetto beneficiario degli aiuti, di trasferirli autonomamente e quindi indipendentemente dall'alienazione del suolo ad altro imprenditore dello stesso Stato membro[224].

Ai casi analizzati dalla dottrina si ritiene di poter aggiungere quello relativo ai c. d. «permessi di inquinamento» previsti dal Protocollo di Kyoto[225] in virtù del quale le quote di emissione in atmosfera dei gas a effetto serra, possono essere oggetto di negoziazione.

Gli esempi richiamati fanno riferimento ad ipotesi di circolazione di un bene rappresentato ora dalla quota latte, ora dal vigneto oggetto di reimpianto o ancora dagli aiuti comunitari, che sarebbero in grado di circolare autonomamente nel rispetto del principio dell'inerenza reale.

Per quanto suggestivo possa essere il paragone, la ricostruzione presta il fianco a numerose obiezioni e gli esempi addotti a sostegno della reificazione, non sembrano adattarsi al meglio al negozio in esame.

Le modalità attuative della disciplina sulle quote latte fanno sì pensare ad un bene immateriale ed incorporale ma collegato all'azienda dell'allevatore e non invece al terreno. La quota latte viene infatti

---

2644 e 2650 c.c. La trascrizione non è ora più consentita a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della previsione normativa, in quanto effettuata con decreto ministeriale che è norma di rango inferiore rispetto a quello codicistico.

223 Con il d.m. 12 ottobre 1988, n. 469, il Ministero dell'agricoltura e delle foreste ha definito il procedimento e i requisiti per il trasferimento dei diritti di reimpianto dei vigneti, disciplinando, altresì, le conseguenze della cessione e gli adempimenti a carico delle Regioni. La Corte costituzionale si è pronunciata sul conflitto d'attribuzioni, sollevato dalla Regione Toscana per presunto contrasto con le competenze regionali così come disciplinate all'art. 117 Cost., accogliendo larga parte delle censure. Sul punto cfr. la sentenza Corte cost., 25 maggio 1989, n. 284, in *Foro it.,* I, 1990, p. 2448. Difatti il sistema delineato con d. m. 469 del 1988 non ha superato il vaglio di costituzionalità dovendo, tale materia, essere regolata da atti normativi avente la forma di legge. Per un parallelismo, in tono critico, tra la fattispecie in commento e la cessione di cubatura vedi F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo e trascrizione", cit.,* p. 3 ss. L'Autore, infatti, evidenzia come, per quanto sia suggestivo, detto parallelismo non appare, tuttavia, risolutivo della questione in ordine ad una eventuale reificazione della cubatura. Infatti, quand'anche si voglia immaginare una sorta di «cartolarizzazione della produzione potenziale dell'azienda agricola», si cadrebbe nella, inevitabile, conseguenza di ipotizzare la creazione di beni aziendali, quasi la produzione sia stata effettiva, suscettibili di circolazione autonoma.

224 L'art. 46 del regolamento n. 1782 del 2003, che costituisce la norma fondamentale in materia, 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, salvo in caso di successione o anticipo di successione». Viene precisato che «anche in caso di successione o anticipo di successione i diritti all'aiuto possono essere utilizzati soltanto nello Stato membro in cui sono stati fissati» e che «uno Stato membro può decidere che i diritti all'aiuto possono essere trasferiti o utilizzati unicamente nella stessa regione». Il secondo paragrafo dell'art. 46 dispone 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 (…)».

225 In proposito, si rinvia alla direttiva 2003/87/CE, che ha in tema di inquinamento atmosferico ha previsto un mercato dei permessi di inquinamento, istituendo «un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità» e che, così come modificata dalla successiva direttiva 2004/101/Ce, è stata recepita con il d.lgs. 4 aprile 2006, n. 216, in seguito modificato dal d.lgs. 7 marzo 2008, n. 51. Si tratta di un mercato virtuale di permessi negoziabili che sotto molti aspetti presenta delle similitudini con i trasferimenti di volumetria che, sulla scia delle esperienze statunitensi che meglio saranno analizzate nel capitolo V, alcuni vorrebbero introdurre anche nell'ordinamento italiano quasi a voler assimilare il permesso di costruire ad un permesso di inquinamento. M. RENNA, *L'esperienza della Lombardia,* in A. BARTOLINI e A. MALTONI, *Governo e mercato dei diritti edificatori,* Napoli, 2009, pp. 24 ss. Si veda anche F. SPAGNUOLO, *Partecipazione, democrazia e diritto amministrativo nella governance del sistema terra,* in *Riv. quadr. dir. amb.,* 2012, 3, p. 8 SS.

attribuita con riferimento all'azienda non avendo alcun legame con il suolo su cui l'attività è esercitata, ciò significa che non esiste alcun rapporto tra la quota assegnata ed il fondo, come invece avviene nel trasferimento di volumetria.

Per di più, come correttamente osservato, mancherebbe qualunque «collegamento sia come facoltà del diritto di proprietà, sia come bene ad esso unito»[226].

Lo stesso ragionamento può essere seguito per il caso dei «permessi di inquinamento» che differiscono sensibilmente dai trasferimenti di volumetria perché, mentre i primi sono per loro natura destinati ad essere consumati «in volo», stante l'impossibilità dell'inquinamento atmosferico di essere localizzato all'interno di specifiche zone territoriali, la cubatura, per poter essere effettivamente utilizzata non può prescindere in alcun modo dall'atterraggio su uno specifico suolo[227].

Anche gli altri esempi sembrerebbero rimandare piuttosto a limitazioni dell'iniziativa economica privata e ciò è avvalorato dal fatto che alla violazione di quelle specifiche norme, corrispondono unicamente sanzioni pecuniarie[228].

Tale impostazione comporterebbe inoltre una scissione tra fase privatistica e pubblicistica del negozio, in quanto mentre la circolazione del bene sarebbe disciplinata da norme di diritto privato, la fruizione dello stesso sarebbe rimessa esclusivamente p. a. [229], riaccendendo in tal modo il contrasto tra diritto privato e diritto amministrativo pericoloso ai fini di una corretta individuazione della disciplina da applicare all'istituto[230].

Pertanto, seppure il richiamo alle ipotesi citate può aiutare a comprendere come fosse possibile già prima della novella distinguere la circolazione di un bene dalla sua concreta utilizzazione, la critica relativa alla mancanza di ogni collegamento con il fondo, appare insuperabile.

D'altro canto se è vero che una cosa può essere considerata «bene» in ragione della sua attitudine a soddisfare bisogni umani (laddove nei trasferimenti di cubatura tale aspetto si ha nel particolare

---

[226] L'osservazione è di F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo e trascrizione", cit.,* pp. 3- 4; E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione. La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, I, Torino, 2012, p. 210. L'Autore in entrambe le sue opere critica fortemente tale ricostruzione asserendo che gli esempi rinvierebbero unicamente ad attività di esercizio di impresa, distinta e autonoma rispetto al fondo. I singoli beni, pur essendo collegati tra loro in funzione dell'organizzazione aziendale, possono anche essere alienati separatamente dall'imprenditore.

[227] In tal senso cfr. M. RENNA, *Governo e mercato dei diritti edificatori. L'esperienza della Lombardia,* in *Riv. giur. urb.*, 4, 2009, p. 23 ss. Secondo l'Autore non si può trascurare il fatto che i diritti edificatori, seppure possono rimanere a lungo virtualmente «in volo», sono necessariamente destinati ad atterrare per poter essere concretamente utilizzati e che la loro attribuzione e il loro riconoscimento devono essere sempre e comunque strumentali alla realizzazione di scelte urbanistiche relative ad ambiti territoriali più o meno estesi. Gli indici nei quali si identificano i diritti edificatori dono dunque sempre il frutto di ponderate decisioni pianificatorie e devono rispondere al fabbisogno di specifiche aree ovvero di attrezzature per servizi collettivi che queste scelte implicano.

[228] F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo e trascrizione", cit*, p. 4. Secondo l'Autore, ove si volesse realizzare una sorta di «cartolarizzazione» della produzione dell'azienda agricola, si potrebbe ipotizzare che essa dia luogo alla produzione di beni aziendali ma che, come già si è avuto modo di sottolineare nella nota precedente, rappresenterebbero atti di esercizio del diritto di impresa, che costituiscono pertanto beni autonomi (e quindi autonomamente alienabili), pur essendo collegati all'azienda.

[229] Su tutti G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto? cit.,* p. 109 ss.

[230] Favorevole all'impostazione che sottolinea l'autonomia della fase pubblicistica A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria, cit.,* p.304.

sfruttamento economico del terreno per la realizzazione degli interessi edificatori del privato), se ne deve dedurre necessariamente che la mancanza del fondo ostacolerebbe la realizzazione dell'interesse, con l'impossibilità di poter qualificare la cubatura come «bene» ogni volta che il fondo non possa essere individuato.

Ove poi si facesse riferimento alla più specifica definizione di «bene immateriale» le obiezioni sarebbero ancora più stringenti.

Tale categoria non presenta infatti alcun collegamento con la *res* sottostante, cosicché l'interesse può realizzarsi anche in assenza di un substrato materiale e ciò appare inconcepibile nelle vicende che attengono la cubatura, in quanto essa è legata al terreno a prescindere dal quale non potrebbe essere mai concepita in termini di interesse[231].

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

Per quanto concerne invece l'analisi precipua della novella, si sottolinea che, se a circolare fosse davvero un bene, dovrebbe escludersi *a priori* qualunque riferimento al nuovo n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c.

Il nuovo numero risulterebbe invero una mera superfetazione legislativa, in quanto il negozio in esame dovrebbe essere ricondotto alternativamente al n. 1 dell'art. 2643 c.c., ossia al diritto di proprietà che rappresenterebbe la situazione giuridica soggettiva volta ad assicurare la titolarità del bene oggetto della cessione, ovvero al n. 10 in caso di conferimento del godimento di beni in società o in associazione.

Il tentativo di legittimare l'esistenza del n. 2-*bis,* sostenendo che esso avrebbe la funzione di giustificare la trascrizione nei registri immobiliari di operazioni gratuite o onerose aventi ad oggetto un bene mobile, non pare convincente, essendo piuttosto in contraddizione con la soluzione resa[232].

Anche l'argomentazione secondo cui la «reificazione della cubatura» sarebbe idonea a superare il divieto posto a carico dei privati di separare una facoltà dal diritto a cui essa sottende (laddove non esistano figure qualificate dall'ordinamento), viene meno con la codificazione nuovo n. 2-*bis* c.c. a fronte della quale la volumetria ha assunto autonomia giuridica[233].

Invero, non si può fare a meno di osservare che tutte le argomentazioni illustrate, paiono poca cosa, alla stregua di un'obiezione ben più incisiva: la ragione che ha spinto la dottrina a formulare una

---

[231] La cubatura è strettamente legata e condizionata alla materialità del fondo a prescindere dal quale la stessa non è concepibile. Cfr. F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo e trascrizione", cit.*, p. 3. A tal proposito si veda anche G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 8.

[232] Inoltre, da un punto di vista ricostruttivo, si ritiene che non sia corretto attribuire alla cubatura la qualifica di mera espressione matematica, identificabile con le dimensioni che dovrà avere la futura costruzione (ricavabile dal rapporto tra superficie del fondo e metri cubi realizzabili), in quanto tale indice rappresenta piuttosto il *quantum* della cubatura e non la cubatura stessa. Cfr. F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione", cit.,* p. 103 ss. Gli autori che sostengono una ricostruzione della volumetria come bene, ammettono il superamento della qualificazione della cubatura come espressione matematica per il fatto che la stessa avrebbe assunto autonoma dignità giuridica di bene G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto? cit.,* pp. 94, 102-103. Favorevole all'interpretazione della cubatura come bene si veda M. LEO, *Il trasferimento di cubatura, cit.,* p. 699.

[233] Si vedano a tal riguardo le osservazioni di G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 6

ricostruzione del negozio di cessione di volumetria come «bene», distinto dal suolo ma riconducibile al tipizzato diritto di proprietà, per assicurare le medesime forme di tutela, risiedeva prima della novella, nella carenza del dato normativo a cui ricondurre la fattispecie[234].

Invero non è la prima volta che, a fronte della mancata tutela di un determinato interesse da parte del legislatore, la dottrina ha ritenuto di dover qualificare specifiche utilità come «beni giuridici», al fine di fornire, in modo indiretto, la protezione di cui necessitavano[235].

Storicamente la dottrina ha fatto ricorso al binomio bene-proprietà, ogniqualvolta mancasse, a fronte di uno specifico interesse meritevole di protezione, il riconoscimento normativo di una nuova figura giuridica.

Pertanto, anche laddove si accettasse la validità della teoria della «reificazione della cubatura», si dovrebbe negare che la ricostruzione abbia ancora ragion d'essere alla luce dell'introduzione del nuovo n. 2-*bis* nel corpo dell'art. 2643 c.c.

Il legislatore, mediante la codificazione dei diritti edificatori, ha riconosciuto normativamente i diritti edificatori assicurando loro una specifica autonomia giuridica, ragion per cui sarebbe del tutto privo di significato lo sforzo della dottrina di ricostruire la cubatura come «bene».

Nel caso di specie, infatti l'interesse meritevole di tutela, coincidente con la possibilità di sfruttare in modo autonomo la potenzialità edificatoria anche su un fondo diverso da quello a cui è stata attribuita, ha trovato soddisfazione nel dato normativo[236].

3. Trasferimento della potenzialità edificatoria. Dalla *chance* al credito di volumetrica.

La formulazione del numero 2-*bis* impone di verificare se trovino ancora spazio le ricostruzioni di stampo pubblicistico atte a conferire centralità al provvedimento amministrativo consistente nel rilascio del permesso di costruire maggiorato[237].

L'analisi deve muovere dalla preliminare osservazione in base alla quale a seguito dell'introduzione della legge 12 luglio 2011 n. 106, non è più possibile ricondurre l'accordo sottoscritto dai privati ad un

---

[234] In tal senso si veda A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria, cit.,* p. 68 ss.

[235] Si pensi al fatto che per garantire protezione all'equilibrio della natura si è deciso di qualificare come bene l'ambiente, o, per garantire una tutela al mondo dell'informazione, le stesse sono state considerate come beni.

[236] L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* pp. 12-13, sostiene che in tale ottica e sulla base delle argomentazioni condotte sembra di poter anticipare che, alla luce del Decreto Sviluppo, «(…) il diritto edificatorio non sia un bene che può costituire oggetto di diritti reali bensì sia esso stesso un diritto reale, non più atipico perché espressamente previsto dal Legislatore»

[237] Ancor prima della Novella, per la qualificazione dei diritti edificatori, a-tecnicamente definiti nelle legislazioni regionali come interessi legittimi pretensivi alla realizzazione di volumetrie si veda A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria, cit.,* p. 305. L'Autore, peraltro, ritiene condivisibile la tesi del diritto edificatorio quale situazione di diritto soggettivo solo ove si aderisca a quell'estrema corrente dottrinale che propone di dissolvere l'interesse legittimo nel diritto di credito. Tra i fautori di tale ultima teoria vedi L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, p. 175.

negozio ad effetti obbligatori, dovendo necessariamente sostenersi una qualificazione come contratto ad effetti reali[238].

L'art. 2643 n. 2-*bis* c.c., nel dettare le regole sulla trascrizione dei contratti traslativi di diritti edificatori[239] ha infatti espressamente stabilito che sono «i contratti» a determinare il trasferimento della potenzialità edificatoria (e non il *placet* della p. a.), ponendo fine al dibattito che relegava l'accordo privatistico a mera fase iniziale di un procedimento amministrativo volto ad ottenere il trasferimento della volumetria[240].

Secondo la ricostruzione proposta successivamente alla novella, la potenzialità edificatoria, come interesse a sfruttare la volumetria vantata dal privato nei confronti della pubblica amministrazione, sembrerebbe possedere tutti i caratteri dell'interesse legittimo, suscettibile di essere oggetto di accordi tra privati ovvero tra privati e p. a.

Per procedere correttamente occorre dunque indagare quale sia il rapporto esistente tra il contratto sottoscritto dalle parti ed il provvedimento dell'autorità locale.

Infatti, seppure è vero che la formulazione del numero 2-*bis* non lascia dubbi circa il fatto che il titolare della potenzialità edificatoria possa concludere contratti validi ed efficaci di trasferimento della volumetria, è altrettanto vero che l'effettivo sfruttamento della capacità edificatoria da parte del cessionario può aversi solo a seguito del rilascio del permesso di costruire.

In tal senso, una dottrina non ha mancato di osservare che l'oggetto dei «diritti edificatori», a cui si riferirebbe il 2-*bis,* sarebbe costituito dagli «interessi legittimi, volti a pretendere nei confronti della p. a.

---

[238] Prima della novella l'attività dei privati è relegata a mero accordo ad effetti obbligatori. Ciò non rende necessaria la stipula di un atto negoziale, tantomeno nella forma dell'atto pubblico, potendo invece l'adesione del cedente emergere anche da un atto unilaterale di asservimento indirizzato all'autorità comunale, da un'istanza congiunta dei contraenti, dall'adesione all'istanza avanzata dal cessionario, dal progetto presentato dal cessionario o anche da una notifica al Comune della rinuncia di cubatura a favore del cessionario. Tuttavia, l'assoluta libertà della forma, trascura completamente il fatto che, almeno a seguito della novella, trattandosi di un trasferimento con effetti reali immobiliari esso deve rispettare il principio della forma scritta, ai sensi della'art. 1350 c.c., imposto a tutti i contratti aventi ad oggetto il diritto di proprietà o altri diritti reali immobiliari. Ulteriore conseguenza sarebbe l'assenza della causa giuridica alla base di detta cessione, che indurrebbe necessariamente a parlare di trasferimento astratto dei diritti, possibilità, questa, non ammessa dall'ordinamento (P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata, cit.,* p. 395). Infatti, il semplice intento di trasferire la volumetria non può di per sé assurgere a causa giuridica in quanto non consente di individuare la funzione economico sociale che il negozio è destinato a produrre, al fine di essere riconosciuto meritevole di tutela. Sarebbe quindi inevitabilmente nullo il negozio che avesse ad oggetto la sola cessione della volumetria senza che emergesse il titolo in grado di giustificarne l'attribuzione patrimoniale (In tal senso si veda. Cass., Sez. I, 21 giugno 1965, n. 1299, *in Giur. it.,* 1965, I, 1, p. 1412). Inoltre, in ragione della natura obbligatoria del patto, il cessionario potrebbe esperire azione di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno solo a fronte di un inadempimento del cedente, mentre nel caso in cui quest'ultimo ponesse in essere tutti gli atti necessari per la realizzazione del negozio, l'eventuale mancato rilascio della concessione edilizia, costituirebbe una causa di inefficacia del contratto. In tal senso si veda Cass., Sez. II, 24 settembre 2009, n. 20623, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2010, 4, p. 322, con nota di G. CECCHERINI, *Trasferimento di cubatura e adempimento del cedente tramite prestazione alla P. A. di atto unilaterale di asservimento.* La Corte parla di inefficacia dell'accordo dei privati e non di risoluzione proprio perché secondo tale pronuncia non sono i privati ma la p. a. a determinare il trasferimento dei diritti edificatori.

[239] Per maggiori approfondimenti R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione, cit.,* pp.126-127.

[240] Non sarà vano pertanto accertare se, alla luce della novella, vi siano ancora degli spiragli per parlare della fattispecie in termini di interesse legittimo pretensivo, con tutte le conseguenze connesse ad una simile impostazione, ovvero se l'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. debba spingere ad abbandonare per sempre una simile impostazione, stante il riconoscimento dei diritti edificatori in un diritto soggettivo. Nel senso dell'interesse legittimo di veda A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria, cit.,* p. 4 ss.*;* per quanto concerne l'orientamento del diritto soggettivo si rimanda invece a L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, disponibile su www.e-glossa.it, p. 3 ss.

che l'astratta volumetria assegnata secondo le prescrizioni di piano, possa concretizzarsi mediante il rilascio del titolo abilitativo»[241].

Il fondamento di tale affermazione, può rinvenirsi nell'evoluzione storica della materia, che ha subito una notevole trasformazione, per effetto delle mutate esigenze sociali[242].

Come è noto, mentre in passato gli interessi legittimi esprimevano una concezione non patrimoniale e formale e, come tale, insuscettibile di divenire oggetto di contrattazione tra privati, nei primi anni Novanta, anche grazie alla previsione diffusa degli accordi amministrativi, gli interessi legittimi sono invece divenuti negoziabili con la p. a.[243]

La nuova impostazione trova il suo principale caposaldo nell'art. 11 della Legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 che, statuendo l'applicabilità agli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento dei principi del codice civile afferenti alle obbligazioni ed ai contratti (nei limiti di quanto compatibile), ha di fatto legittimato l'utilizzo di negozi di diritto privato da parte dell'autorità pubblica per il perseguimento di obiettivi istituzionali[244].

L'intervento del legislatore ha avuto come effetto quello di ridimensionare e minimizzare le differenze tra interessi legittimi e diritti soggettivi, consacrando l'idea che l'interesse legittimo suscettibile di valutazione economica rappresenti una situazione soggettiva negoziabile tra privati ed ente territorialmente competente[245], compatibilmente con quanto avviene per i diritti edificatori[246].

---

241 Cfr. A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria, cit., passim.*

242 Per la dottrina che abbraccia la ricostruzione in termini di interesse legittimo l'uso del termine «diritti edificatori» sarebbe assolutamente atecnico, ed avrebbe risentito invero del periodo storico in cui gli stessi si sono formati. Momento in cui prevaleva una concezione formale e non patrimoniale dell'interesse legittimo tale da impedirne la negoziazione tra privati e p. a. Si veda a tal proposito B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori, cit.,* pp. 106-107.

243 Con la sentenza Cass. Sez. Un. 22 luglio 1999, n. 500 in *Foro. it,* 1999, I, p. 2487, gli interessi legittimi vengono definiti situazioni sostanziali dirette a proteggere i beni della vita e, come tali, suscettibili di valutazione patrimoniale e, nel caso in cui siano oggetto di lesione possono essere risarcite proprio perché suscettibili di autonoma valutazione economica.

244 Nell'adesione alla ricostruzione del trasferimento di un diritto reale nuovo è insita un'artificiosa distinzione tra astratta titolarità del diritto assoluto di edificare, di per sé suscettibile di circolazione e legittimazione al suo esercizio ricollegabile, al potere conformativo della pubblica amministrazione. Tale propensione del civilista alla categoria del diritto soggettivo può, agevolmente, spiegarsi sulla base di una concezione non patrimoniale dell'interesse legittimo, mero retaggio storico da considerarsi superato. Difatti, lo stesso art. 11 legge n. 241 del 1990, introducendo la previsione di un esercizio consensuale della potestà pubblica, teorizza il ricorso ad accordi di diritto privato da parte della p. a. nel perseguimento di fini istituzionali, consacrando l'idea che anche gli interessi legittimi siano situazioni soggettive negoziabili. È proprio con la previsione diffusa degli accordi amministrativi che gli interessi legittimi diventano negoziabili tra privati e p. a. Del pari, è noto l'effetto dell'intervento della giurisprudenza di legittimità che ridimensiona notevolmente, sotto il profilo della tutela risarcitoria, la distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, riconoscendo anche per la lesione degli interessi legittimi, causata dagli atti della pubblica amministrazione, la risarcibilità del danno. Cass. Sez. Un, 22 luglio 1999, n. 500 in *Giur. civ.,* 1999, I, p. 2261; si veda altresì il commento di A. MORELLI., in *Nuova giur. civ. comm.* 1999, II, p. 357 ss.

245 Nella prospettiva volta a ridimensionare la differenza tra interessi legittimi e diritti soggettivi anche soprattutto con riferimento alla tutela agli stessi riservata, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha riconosciuto con la sentenza Cass. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro. it,* 1999, I, p. 2487 la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, causata da atti della p. a. posti in essere in violazione di norme di azione sostanziali e procedimentali. Si veda al riguardo il commento di A. MORELLI, in *Nuova giur. civ. comm.* 1999, II, p. 357 ss. Quello che si verifica è un ripensamento della categoria come situazione diretta a proteggere un bene della vita la cui lesione da luogo ad un danno.

246 L'opinione è di B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori, cit.,* pp. 107-108; su tutti cfr. G. ALPA, *L'attività negoziale della Pubblica Amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo,* in P. STANZIONE e A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione,* Padova, 2006, p. 76 ss.

Secondo tale impostazione la figura giuridica che pertanto si celerebbe dietro la generica ed atecnica definizione di «diritti edificatori» sarebbe quella di un interesse legittimo pretensivo, di cui è titolare il soggetto cedente nell'ambito del procedimento amministrativo, potendosi invece parlare di diritto ad edificare, concretamente esercitabile, solo all'esito del rilascio del titolo abilitativo maggiorato[247].

Più precisamente, i diritti edificatori verrebbero inquadrati nella categoria degli «interessi», mentre la volumetria, intesa come il *quantum* che si trasferisce, rappresenterebbe l'oggetto della pretesa nei confronti della p. a., incarnando a sua volta una *utilitas* che, secondo una qualificazione in chiave civilistica, si sostanzierebbe in una *chance* edificatoria[248].

Oggetto del trasferimento della cessione di cubatura sarebbe quindi l'interesse legittimo vantato nei confronti della p. a. che non si identifica con la costruzione finale ma con l'ottenimento del permesso di costruire, rilasciato il quale, la *chance* si realizzerebbe concretamente come diritto ad edificare, da intendersi come facoltà (resa) autonoma rispetto al diritto di proprietà[249].

Se una simile affermazione fosse corretta ne conseguirebbe che i diritti edificatori incarnerebbero la «probabilità della trasformazione di volumetria» originariamente esistente su un dato fondo, soggetta «all'alto grado di vincolatezza che caratterizza i procedimenti amministrativi edilizi»[250].

Al fine di verificare l'attendibilità di un simile ragionamento è necessario appurare la compatibilità della *chance* con i caratteri peculiari della cessione di cubatura, ove, con la prima definizione, ci si riferisce alla seria probabilità di ottenere un risultato utile, patrimonialmente valutabile e in grado di circolare appunto mediante un contratto ad effetti reali[251].

Se la potenzialità volumetrica viene ricondotta ad una *chance* essa deve necessariamente attagliarsi, in termini civilistici, nell'alveo dell'art. 1376 c.c.

Tuttavia, la sussunzione all'interno della disposizione diviene possibile solo operando un'interpretazione estensiva.

La norma infatti, nel definire il contratto ad effetti reali, fa riferimento anche ai negozi aventi ad oggetto il trasferimento «di altro diritto», formulazione in cui dovrebbero essere ricompresi anche il

---

247 B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori,* Napoli, 2013, p. 116. L'Autrice sottolinea come una simile ricostruzione non possa essere accettata da coloro che, avallando una impostazione civilistica dell'istituto, sostengono l'indipendenza della fase genetica, regolata dalle norma di diritto privato, da quella pubblica del rilascio del titolo inerente al concreto esercizio del potere di edificare.

248 F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione",* cit., pp. 1-2; A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria, cit.,* p. 107. L'Autore asserisce espressamente che «l'interesse legittimo si atteggia indubbiamente quale chance».

249 Cfr. Cass., 29 novembre 2012, n. 21245, in *Foro. it*., 2013, 2, p. 499.

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

251 Si tratta quindi si una posizione assolutamente differente dalla mera possibilità di un esito positivo che costituisce invece un'aspettativa di fatto, in quanto tale non risarcibile. Affinché il danno sia risarcibile è quindi necessario che esso sia «certo e non meramente probabile» o che vi sia una «rilevante probabilità del risultato utile». La situazione va distinta dalla mera ed astratta «possibilità di un esito positivo», che costituisce un'aspettativa di fatto come tale non risarcibile. Al riguardo si rimanda al Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2008, n. 490, in *Giornale dir. amm.,* 2008, 4, p. 429; Cons. Stato, 22 maggio 2012, n. 2974, in *Giur. it.,* 2013, 2, p. 467. Quella che si avrebbe sarebbe dunque una aspettativa di diritto, quale situazione giuridica individualizza in modo autonomo e liberamente trasferibile. Sul tema cfr. Cfr. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, p. 203; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, pp. 72, 201 ss.

credito «sperato» o futuro e l'aspettativa di diritto, figure che sembrano ad una dottrina accostarsi alla *chance* edificatoria[252].

In tal senso, l'interesse legittimo circolerebbe al pari di un'aspettativa di diritto o di un credito sperato, i quali possono divenire oggetto di cessione anche in assenza di un rapporto obbligatorio esistente al momento della stipula del contratto[253].

È bene precisare che, stante la differente intensità sussistente tra «interesse» e «credito», la situazione giuridica a cui fare riferimento non sarebbe quella di un trasferimento futuro ed eventuale del diritto da ritenersi acquistato solo al momento del rilascio della concessione, ma piuttosto quella di un trasferimento immediato di un'aspettativa come autonoma posizione giuridica attuale, distinta dal diritto finale, nonostante la dottrina sia solita parlare di «crediti edilizi»[254].

La suesposta tesi del diritto edificatorio, quale *chance* presenta l'indubbio vantaggio di evitare l'inconveniente in cui incorre la teoria che propugna invece l'oggettivizzazione della cubatura, ovvero di considerare la volumetria oggetto di diritto dominicale nei rapporti inter-privatistici ed interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione[255].

La configurazione di un *chance* inoltre ben si adatta al complesso fenomeno della circolazione «in volo» dei diritti edificatori, che rimane uno dei più ostici impedimenti alla ricostruzione della fattispecie[256].

---

[252] L'autonoma rilevanza della situazione di aspettativa vale a distinguere tale fattispecie, anche da quella della cessione di un credito futuro. Difatti, nel negozio avente ad oggetto un diritto futuro è del tutto assente una posizione giuridica attuale in capo al cedente e, conseguentemente, non si produce alcun effetto, propriamente, traslativo da una sfera patrimoniale di un soggetto a quella di un altro, cosicché il destinatario del trasferimento non viene investito di una situazione soggettiva già esistente in capo al venditore, ma vede costituita in testa a sé quella situazione autonoma e primaria non derivante da altri. Vedi U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995, p. 79.

[253] Mentre in passato sia la dottrina che la giurisprudenza nutrivano forti dubbi in merito all'ammissibilità della cessione del credito futuro, attualmente l'ipotesi contrattuale è riconosciuta. Infatti, l'aleatorietà che caratterizzerebbe il contratto di cessione, non ne determina l'invalidità proprio per l'oggetto futuro espressamente ammesso dall'art. 1348 c.c. ogni volta che la fonte del credito sia determinabile. Su tutti di veda P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Artt. 1260- 1267,* in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 12 ss. e con riferimento alle pronunce della giurisprudenza si rimanda a Cass., Sez. I, 10 gennaio 1966, n. 184, in *Banca borsa tit. cred.,* 1966, II, p. 361 ss.; Cass., Sez. III, 19 giugno 2001, n. 8333, in *Riv. not.*, 2002, p. 435 ss.; Cass., Sez. I, 22 aprile 2003, n. 6422, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2004, I, p. 755 ss.; Cass., Sez. I, 31 agosto 2005, n. 17590, *in Fallimento*, 2006, p. 538 ss.

[254] Cfr. B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013, p. 116, l'Autrice sostiene che non sia possibile fare riferimento ad un diritto di credito per il fatto che il rilascio del titolo abilitativo maggiorato non sarebbe un atto dovuto del Comune ma rientri piuttosto negli atti discrezionali della p.a.

[255] Altra dottrina sostiene che un'analisi condotta in tale ottica pubblicistica impone un duplice giudizio di qualificazione della *chance,* perché, in caso di circolazione tra privati essa si caratterizzerebbe per la sua natura obbligatoria, riconducibile secondo quanto appena illustrato ad un diritto di credito sperato, mentre nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione, assumerebbe la qualifica di interesse legittimo che rimarrebbe tale fino al rilascio del titolo abilitativo, con l'evidente difficoltà di offrire una qualificazione univoca dell'istituto. S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 76. È stato correttamente osservato come sia scorretto distinguere la natura giuridica in base al soggetto che sia il titolare della volumetria, ovvero assumere la qualificazione di diritto reale laddove esita il fondo di «atterraggio» e quella di credito se invece il fondo di «atterraggio» non esiste. Cfr. in tal senso F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione, cit.,* p. 3.

[256] La posizione giuridica soggettiva del cessionario non può rapportarsi alla costruzione, ma al solo permesso di costruire, soltanto una volta che sia ottenuto tale ultimo, il titolare può esercitare il diritto all'edificazione sulla base di quella determinata volumetria, quale esercizio di una «facoltà» del suo diritto di proprietà. Conseguentemente, in una prospettiva di una perfetta coincidenza tra trasferimento di diritti edificatori e circolazione di interesse legittimo pretensivo, la sicurezza della negoziazione che il Notaio deve garantire non può che essere proprio quella di assicurare all'acquirente la

La *chance* è infatti dotata di un alto grado di astrazione tale da renderla estranea alla problematica relativa al rapporto tra la volumetria ed il fondo che l'ha generata. La ricostruzione è dunque facilmente adattabile ai casi in cui vi sia un'assegnazione della volumetria a prescindere dalla titolarità di un terreno a cui collegarla.

Secondo tale impostazione, una volta accertato che con il nome di «credito edilizio» ci si riferisce in realtà una *chance,* essa dovrebbe circolare mediante il più agile sistema dei titoli impropri.

Si tratta di documenti emessi all'ordine assimilabili a quelli previsti per la polizza assicurativa ai sensi dell'art. 1889 c.c. la cui disciplina, legale o pattizia, è incompatibile con i caratteri della letteralità e dell'autonomia tipici del diritto di credito, assumendo in tal modo una portata più limitata[257].

In essi è altresì assente il requisito dell'incorporazione poiché la richiesta alla prestazione scaturisce non già dalla proprietà del titolo bensì dalla qualità di originario titolare o di cessionario del credito. In tal senso la pretesa vantata non è autonoma bensì derivata ed esposta in quanto tale a tutte le eccezioni opponibili dal debitore al precedente portatore del titolo.

Stante l'inapplicabilità delle formalità trascrittive, il portatore, munito del titolo regolarmente e continuativamente girato in suo favore ed annotato di volta in volta nei registri comunali[258], ha il diritto ad ottenere l'autorizzazione edilizia, senza dover dimostrare la qualità di cessionario del credito[259].

Il Comune per sopperire alla trascrizione ed assicurare una forma di conservazione dei titoli deve infatti rilasciare un documento contenente gli estremi della volumetria assegnata, redatto con clausola all'ordine e trasferibile mediante girata e conservato all'interno di registri appositamente costituiti presso ogni amministrazione locale.

Tuttavia la p. a. potrebbe opporre al portatore del titolo (stante il suo carattere improprio), le eccezioni di inerenti tanto all'invalidità del rapporto originario quanto a quelle relative ai rapporti con i precedenti possessori stante l'inapplicabilità dell'art. 1993 c.c.[260].

---

legittimazione a richiedere il provvedimento amministrativo cui tende l'interesse legittimo negoziato. Vedi, G. P. CIRILLO*, La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi,* in www.giustizia-amministrativa.it*.*, pp. 30-31.

257 Brevemente si osserva come i titoli impropri, pur non essendo titoli di credito, facilitino la circolazione, esonerando il portatore dai complessi adempimenti previsti in caso di cessione del credito. Un esempio di titolo improprio è la polizza di pegno. Grazie ad essa la posizione del creditore garantito dal pegno circola più facilmente. I titoli di legittimazione non sono titoli di credito ma servono solo ad identificare l'avente diritto alla prestazione. Infatti, sono molto diffusi nella vita quotidiana e consentono al loro portatore di acquisire beni o servizi (es. biglietti di spettacoli; delle lotterie o di trasporto). I titoli di legittimazione sono necessariamente portatore. I titoli impropri, invece, possono essere sia al portatore che all'ordine. Il debitore può difendersi con ogni mezzo contro la pretesa del portatore di titoli di legittimazione od impropri. Cfr. F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non de materializzati,* in *Tratt.dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger, Milano, 2002, p. 413 ss.

258 Per la trattazione dei registri dei diritti edificatori si rinvia al capitolo III, paragrafo 1.2.

259 Il conflitto tra più cessionari potrebbe essere risolto infatti solo mediante il criterio della priorità delle girate all'intento del registro, come avviene per le cessioni non notificate, salvo volersi avvalere della notifica per tutelarsi dalla cessione precedente, sistema non privo di valenza pubblica. È dubbio a tal proposito se la datazione da riportare sul registro debba essere quella della girata o piuttosto del contratto a cui la stessa si riferisce. F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non de materializzati, cit.,* p. 238. L'autore, ritiene che la data della girata costituisca una formalità eccessiva che quindi potrebbe essere sostituita con quella del contratto, mentre B. LIBONATI, *Titoli impropri e documenti di legittimazione*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 365, ritiene che la datazione dovrebbe essere quella della girata.

Il sistema proposto, pur originando da una vicenda immobiliare, garantisce una corretta e sicura circolazione del credito e, al contempo, un alto grado di affidabilità perché l'intero apparato sarebbe gestito da un ente pubblico quale l'autorità comunale.

La soluzione tra l'altro, ha il pregio di allinearsi alle esperienze straniere come quella americana, in cui ogni Contea si distingue per aver predisposto strumenti facilmente accessibili e visionabili da chiunque, volti ad assicurare un continuo aggiornamento dello stato dei fondi ed una più facile partecipazione da parte di coloro che vogliano intervenire nel mercato delle volumetrie[261].

Tale sistema operativo, avvalorato dal recente disegno di legge della Segreteria tecnica del Ministro Lupi[262] che prevede l'adozione di registri comunali, con modalità analoghe a quelle previste per l'art. 1264 c.c., sembra voler predisporre un apparato comune su tutto il territorio nazionale al fine di ovviare al disorganico sviluppo che ha caratterizzato l'assetto italiano sino a questo momento[263].

---

[260]La pretesa non sarebbe quindi autonoma ma invero derivata ed esposta in quanto tale a tutte le eccezioni opponibili da parte del debitore (il Comune) anche al precedente portatore del documento. L'autorità comunale potrebbe ad esempio opporre l'eventuale invalidità dell'accordo tra p. a. e privato, oltre al mancato adempimento dell'obbligazione di cessione dell'area. Infine, a seguito del rilascio del provvedimento, l'avvenuto utilizzo del titolo dovrebbe essere annotato sul registro l'avvenuto utilizzo del titolo stesso.

[261] La predisposizione dei registri immobiliari non avrebbe dunque la funzione di sostituirsi alla trascrizione ma piuttosto di affiancarla, garantendo strumenti di verifica accessibili a chiunque anche attraverso un supporto informatico, così da agevolare la partecipazione dei privati al mercato dei diritti edificatori proprio come avvenuto negli Stati Uniti. Il Comune di Milano ha da tempo seguito questo esempio cosicché il registro può essere consultato dai soggetti interessati presso la Direzione Pianificazione Urbanistica Generale – Servizio di Gestione Pianificazione Generale, previa richiesta al Responsabile del Registro e sul sito *web* istituzionale del Comune di Milano all'indirizzo: www.comune.milano.it. Più precisamente i registri possono essere utili per conoscere: i criteri in base ai quali i diritti edificatori vengono creati, la strategia di pianificazione del Comune, individuazione dei meccanismi utilizzati dai Comuni per assicurare la trasparenza delle contrattazioni, individuazione del soggetto pubblico o privato deputato alla regolazione ed alla gestione del mercato, la verifica dei meccanismi di vigilanza, la verifica dei meccanismi di *golden share,* in virtù dei quali la p. a. può assicurarsi una certa potenzialità edificatoria e l'eventuale introduzione di una «borsa dei diritti edificatori». Per una trattazione più approfondita si rinvia al capitolo III. Si veda anche G. BARDELLI, *Il registro dei diritti edificatori e la borsa dei diritti edificatori, cit.,* pp. 6-30.

[262] Il d.d.l. Lupi è una delle proposte di riforma organica delle Legge urbanistica fondamentale del 1942. Il progetto, presentato nel 2005 e approvato dalla competente Commissione ambientale della Camera, è stato bloccato in Senato, per poi essere ripresentato nel 2008. Tale disegno ha seguito una prima proposta dell'Istituto Nazionale di Urbanistica del 1995 (derivante da un Congresso tenutosi a Bologna lo stesso anno), la proposta enucleava una serie di principi generali: dal principio della sussidiarietà che avrebbe ribaltato il sistema di pianificazione nazionale «a cascata» determinando l'introduzione di un sistema in cui ad ogni livello di governo sarebbe corrisposto un potere di pianificazione, fino alla sostenibilità ambientale e allo sdoppiamento del Piano in uno strutturale ed uno operativo. Altra proposta di legge si è avuta nel 1998 da parte del suo relatore Lorenzetti, vi sono poi stati il disegno di legge Mariani del 2007 (mai esaminato dalla Commissione) e quello Mantini del 2008 (non ancora esaminato). Per maggiori approfondimenti si veda G. SABBATO, *La perequazione urbanistica, cit.,* pp. 11-12.

[263] A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatory fra tecniche perequative e compensative, op, cit.,* p.2. L'Autore con riferimento ai registri predisposti dalle Regioni parla più precisamente di «efficacia notiziale piuttosto ridotta». La soluzione relativa alla costituzione dei titoli impropri, era stata infatti prospettata nel corso del dibattito che ha preceduto l'approvazione del n. 2-*bis*. Tuttavia, in sede di emanazione della norma, essa è stata abbandonata in favore del sistema pubblicitario della trascrizione, di guisa che, se ne potrebbe dedurre, una chiara scelta del legislatore, anche in merito alla natura giuridica da attribuire ai diritti edificatori o se non altro, all'impossibilità di ricondurli alla *chance* o al credito. Si ritiene invero che affiancando i due sistemi pubblicitari si andrebbe contro la volontà del Legislatore, oltre ad ottenere il risultato eccessivamente gravoso dell'operatività simultanea di entrambi gli impianti (il primo dei quali tra l'altro del tutto inutile per la soluzione dei conflitti). In passato si era inoltre rilevato come l'adozione del sistema dei titoli impropri avrebbe determinato numerose complicazioni in sede di compensazione, in quanto la cessione al Comune del fondo sorgente, oltre alla circolazione mediante girata del titolo, dovrebbe essere accompagnata da un impegno contrattuale del cedente atto a garantire che al momento dell'atterraggio del credito si verifichi la cessione al Comune del fondo destinato all'edilizia pubblica da parte dell'originario titolare, in assenza del quale non potrebbe concretizzarsi l'utilizzo della volumetria. In senso contrario a G. RIZZI, *I crediti edilizi: l'esperienza della Legge Regione Veneto n. 11 del 2004*, *cit.,* p. 3. L'Autore, con specifico

Tuttavia, per quanto tale ricostruzione si caratterizzi per numerosi pregevoli aspetti, soprattutto con riferimento alle problematiche della circolazione «in volo», non si può ignorare che il sistema illustrato funzionerebbe solo laddove tutti i Comuni si dotassero di appositi registri volti all'emissione ed al rilascio di un documento rappresentativo del credito edilizio assegnato al fondo, redatto con clausola all'ordine o trasmissibile mediante girata, contenente tutti i dati identificativi per il suo esercizio come la fonte, la durata stabilita ed eventuali indici di adeguamento in funzione dell'area di atterraggio.

L'adempimento di tali formalità consentirebbe una più semplice circolazione del diritto che, pur senza l'osservanza delle forme proprie della cessione del credito, produrrebbe i medesimi effetti mediante una serie continua di girate da annotare sui libri Comunali[264].

Tuttavia il sistema dei titoli di credito connessi ai registri comunali, da soli, sono destinati a fallire.

Detta modalità di trasferimento, espressamente esclusa in sede di approvazione della nuova norma, seppure garantisce una più veloce circolazione dei titoli, non è in grado di assolvere alla certezza della circolazione giuridica che solo la trascrizione può assicurare.

Non può inoltre ignorarsi che lo strumento dei titoli impropri difetta sotto altro profilo in quanto non rispetta la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata previste dall'art. 2643 c.c.

Inoltre, seppure è innegabile che l'art. 2643 c.c. non disciplini solo i diritti reali (tanto che al n. 8 si fa riferimento alla locazione ultranovennale), la norma è collocata subito prima del n. 3 che si riferisce alla comunione, fenomeno questo tipico dei diritti reali[265].

---

riferimento alla regione Veneto sembra promuovere un affiancamento dei due sistemi pubblicitari per la conoscibilità e l'accertabilità dei diritti edificatori che dovrebbe quindi avvenire sia mediante il sistema della trascrizione, sia per mezzo dei registri comunali.

[264] Ciascun Registro dovrebbe contenere: a) gli estremi del contratto con cui i diritti edificatori sono stati trasferiti, b) la disciplina dell'area oggetto del trasferimento dei diritti, c) le aree di «decollo» (aree di pertinenza indiretta e diretta), d) le aree di «atterraggio» (aree di pertinenza diretta) e) la quantità dei diritti edificatori generati dall'area di decollo (pertinenza indiretta), f) i successivi trasferimenti dei diritti edificatori. Il sistema operativo dei registri comunali e dei titoli impropri invero non è stato per molto tempo recepito a livello nazionale, stante l'assenza di una norma che ne definisse nel dettaglio i caratteri, né soprattutto a livello locale, cosicché l'adozione dei registri è avvenuta in modo assolutamente sporadico ed episodico e per lo più nel nord Italia, facendo presagire il fallimento del sistema stesso.

[265] Il n. 3 dell'art. 2643 c.c. facendo riferimento alla «comunione», richiama tutti i diritti reali menzionati ai numeri precedenti. Inoltre, la prospettiva circolatoria dei diritti edificatori come *chance,* non manca di evidenziare che anche nell'ipotesi di cessione della *chance* edificatoria, il vincolo che sorge immediatamente in capo al *dante causa*, consiste in una duplice forma di indisponibilità. Analogamente, infatti, a quanto accade nel caso di cessione del credito, in cui il creditore cedente non solo non deve cederlo due volte, ma non deve nemmeno esigere il pagamento dal debitore ceduto, nelle more della notifica o dell'accettazione, ai sensi dell'art. 1265 c.c., così, nel caso di cessione della *chance* edificatoria, da un lato, il cedente ha l'obbligo di non esercitarla in proprio, chiedendo il permesso di costruire relativamente alla cubatura ceduta, dall'altro, ha l'obbligo di non disporne in favore d'altri. L'osservazione è proposta da F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *I, cit.,* p. 216. Questa considerazione non è priva di conseguenze pratiche. Il legislatore, prevedendo la trascrivibilità del contratto di cessione, intenderebbe risolvere, in linea di principio, i possibili conflitti con trascrizioni o iscrizioni tra più aventi causa, del medesimo dante causa, attribuendo prevalenza a chi per primo iscriva o trascriva. Per l'Autore tale rilievo non è tuttavia sufficiente a negare il carattere pubblicistico del procedimento e quello discrezionale del provvedimento amministrativo finale. Peraltro anche i fautori della ricostruzione dei diritti edificatori quale *chance* si spingono al punto di ipotizzare che il cessionario, curata tempestivamente la trascrizione, possa procedere autonomamente alla richiesta del permesso di costruire maggiorato, estromettendo il cedente dal provvedimento amministrativo. Tale ulteriore sviluppo ricostruttivo attribuisce un senso forte alla novellata norma dettata in tema di pubblicità, riconoscendo all'acquirente dei diritti edificatori una tutela molto più incisiva di quella meramente risarcitoria. Solo il cessionario che per primo trascriva può chiedere il permesso di costruire per la cubatura maggiore. Accettando siffatto sviluppo ricostruttivo dovrebbe ipotizzarsi, infatti, in capo al Comune, soggetto terzo rispetto al contratto di cessione, destinatario dell'istanza di

Pertanto detti titoli, non trovando alcun appiglio nel n. 2-*bis,* che è l'unico dato certo da cui deve muovere l'interprete, possono favorire unicamente le negoziazioni tra privati, senza poter invece in alcun modo regolare eventuali conflitti[266].

Non si può inoltre trascurare il fatto che una volta ottenuto il permesso di costruire, la *chance* si esaurisce giacché l'immobile, da fatto possibile, diventa fatto certo.

La consumazione che si verifica con il provvedimento lascia aperto il problema in ordine alla modalità attraverso cui rendere pubblica tale vicenda estintiva[267].

Oltre all'analisi letterale della norma può aggiungersi che tale orientamento affonda le sue radici in quelle teorie, non condivisibili, secondo cui lo *ius aedificandi* non può essere considerato contenuto naturale del diritto di proprietà essendo invece condizionato al *placet* della p. a.[268]

Non si ritiene che possano trovare spazio nemmeno le obiezioni antecedenti alla riforma e riprese in epoca successiva, secondo cui la facoltà di edificare deve essere ricondotta nell'alveo dei poteri della

---

un permesso di costruire, l'obbligo di acquisire la visura presso i registri immobiliari. Per la dottrina pubblicistica il contratto trascritto si inserirebbe quale presupposto nel procedimento amministrativo, in luogo dell'atto di asservimento. Cfr. F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione, cit.,* p. 8 ss. La stessa dottrina continua ad asserire il carattere pubblicistico e discrezionale della valutazione da parte del Comune al rilascio o alla reiezione del provvedimento, senza considerare che l'ente territoriale è di fatto vincolato alle risultanze dei registri immobiliari, senza più alcuna necessità di ripetizione della manifestazione di volontà ad opera del cedente. In presenza di un provvedimento amministrativo, l'atto di negoziazione privata, presupposto del provvedimento finale, diventa così opponibile nel senso che il Comune, in sede di esame dell'istanza, è chiamato a verificare non soltanto che l'istante del permesso di costruire per una cubatura maggiore sia legittimato in forza del principio di continuità, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2650 e 2644 c.c., ma anche che non siano stati trascritti contro il cedente, relativamente al terreno edilizio la cui cubatura è stata ceduta, pregressi pignoramenti o non siano state iscritte pregresse ipoteche. Difatti, nell'eventualità della cosiddetta doppia cessione di diritti edificatori, la problematica in ordine alla priorità dell'acquisto deve essere risolta sulla base dei principi della trascrizione e dell'efficacia dichiarativa della stessa, anziché in forza dei principi del diritto amministrativo (diversamente da quanto accadeva prima della Novella quando a prevalere era il primo acquirente che fosse riuscito ad ottenere dal Comune il rilascio di una concessione edilizia maggiorata, a prescindere dall'eventuale trascrizione della cessione di cubatura a mezzo della servitù). Per maggiori approfondimenti sull'argomento si rinvia al capitolo III.

266 A ciò può aggiungersi che i titoli di credito non sembrano adattarsi al dettato del n. 2-*bis* che non fa mai riferimento ad una *chance* o ad un credito. S. CERVELLI, *I diritti reali, cit.,* p. 311. L'Autrice che aderisce alla teoria della *chance* propone un termine di prescrizione di cinque anni.

267 Ancorché, a rigor di logica, potrebbe ipotizzarsi una sua annotazione a margine della trascrizione del contratto ai sensi dell'art. 2655 c.c., non può negarsi che l'ipotesi della consumazione non rientri in alcuna di quelle previste al primo comma. Soltanto il richiamo fornito dall'ultimo comma della medesima norma sotto il termine «convenzione» potrebbe, infatti, fornire un appiglio letterale a tale intuizione. Una possibile soluzione al quesito potrebbe essere quella di ritenere che l'avvenuta estinzione per consumo del diritto edificatorio debba essere segnalata dal Comune nel certificato di destinazione urbanistica, sulla falsariga di quanto già previsto da alcune normative regionali che, mediante il Registro dei crediti edilizi, disciplinano a mezzo di espressa annotazione la pubblicità dell'avvenuto consumo del credito a fronte del rilascio del permesso a costruire. In tali casi, il Notaio potrà sincerarsi del mancato consumo dei diritti edificatori generati da un fondo mediante l'esibizione del relativo certificato. Opta per questa soluzione L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, disponibile su www.e-glossa.it, pp. 20- 21. Si rinvia al capitolo III, paragrafi 1 e 1.1.

268 In tal senso D. M. TRAINA, *Lo* jus aedificandi *può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in *Riv. giur. edil.,* 2013, 5, pp. 257 ss. In senso opposto si precisa che i contributi della dottrina e le importanti pronunce della Corte costituzionale esaminate (Corte cost., 29 maggio 1968, n. 55, in *Giur. cost.,* 1968, p. 838; anche Corte cost. n. 5 del 30 gennaio 1980, in *Riv. giur. edil.,* p. 1980) non consentono di condividere tale visione non essendo oggi dubitabile che lo *ius aedificandi* partecipi ad entrambi i sistemi facendo parte delle «facoltà» ricomprese nel diritto di proprietà e che, come tale, sia rimesso alla volontà dei privati, sia pur con le precisazioni che si è avuto modo di porre in luce.

pubblica amministrazione[269], perché costantemente esposta alle possibili modifiche del piano regolatore che ad esso ha dato origine[270].

Tale affermazione non può essere di per sé risolutiva per l'esclusione dei «diritti edificatori» dal novero dei diritti soggettivi poiché, se così fosse, si dovrebbe mettere in dubbio la natura di diritto soggettivo dello stesso diritto di proprietà, anch'esso esposto a possibili modifiche del suo contenuto per effetto di interventi urbanistici[271].

Inquadrare la potenzialità edificatoria, nella categoria della *chance* e conseguentemente degli interessi legittimi pretensivi appare riduttivo, in quanto significa ricondurre l'istituto nella sua interezza alla sola disciplina di diritto pubblico, trascurando la reale dimensione negoziale e circolatoria, regolata

---

269 P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, 2007, p. 180. In nome di un'esigenza di certezza, prospetta la necessità di uno specifico intervento del legislatore nazionale, volto ad assicurare ai diritti edificatori una certa stabilità, sottraendoli allo *jus variandi* del piano, attraverso l'introduzione di un limite di prescrizione quinquennale.

270 È la possibilità di una modificazione *in peius* od anche di un'estinzione dei diritti edificatori, mediante uno strumento urbanistico *superveniens* idoneo ad incidere sugli stessi, che fa propendere diversi Autori, (anche prima della Novella del 2011), per l'affievolimento in mera *chance* edificatoria del c.d. «credito edilizio», in luogo di un diritto acquisito. Cfr. A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria, cit.,* p. 311. L' Autore osserva che, diversamente, si dovrebbe ipotizzare di rendere intangibili i diritti edificatori al potere di revisione del piano della pubblica amministrazione. L'Autore inoltre che degradando la posizione giuridica soggettiva del privato dinanzi la p. a., da «diritto acquisito» a *chance* edificatoria, discorre della possibile risarcibilità del danno per perdita della suddetta *chance* edilizia, a causa di un atto illegittimo, sempreché il privato assolva l'onere probatorio a suo carico di dimostrare che senza lo strumento urbanistico *superveniens* avrebbe conseguito, con una probabilità superiore alla metà, il *quantum* di volumetria di sua titolarità. L'interesse legittimo è infatti interesse alla legittimità degli atti amministrativi ed ottiene una sua precipua tutela in via indiretta attraverso lo strumento di impugnativa degli atti illegittimi dinanzi al giudice amministrativo. L'aspettativa qualificata di cui è titolare il privato, nelle more della conclusione del procedimento di approvazione del piano urbanistico, non esclude la «facoltà» per l'amministrazione di rivedere *in peius* la trasformabilità di alcune aree, purché i relativi provvedimenti siano adeguatamente motivati, al fine di non incorrere in delle censure del giudice amministrativo dato l'affidamento qualificato delle pretese dello stesso soggetto privato. Si veda P. URBANI, *Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica comunale, cit.,* p. 22. In senso contrario sull'opportunità di ricostruire la fattispecie in esame come una *chance* si vedano G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 44 ss.; G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità di interesse notarile, primo semestre 2011,* in *www.gaetanopetrelli.it,* 2011, p. 5 ss.; L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali, cit.,* p. 7 ss.

271 In tal senso anche L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali, cit.,* p. 9. Ci si è domandati se la posizione che il cessionario di una certa potenzialità edificatoria vanta nei confronti della p.a. sia la medesima del titolare di un terreno edificabile che possegga *ab origine* la volumetria del suolo. Infatti mentre la p. a. conosce *a priori* la situazione vantata dal titolare del fondo che non ha apportato alcuna modifica alla capacità edificatoria sullo stesso esistente, nulla può conoscere del trasferimento di volumetria avvenuto tra cedente e cessionario, tanto che dovrà effettuare degli accertamenti sul contratto trascritto per verificare la posizione di quest'ultimo. A tal proposito si può osservare che nel primo caso è quasi certo che la p. a. concederà il permesso di costruire per il fatto che il provvedimento a monte, con cui la volumetria è stata attribuita proviene dalla stessa p. a. e nulla è cambiato rispetto alla pianificazione originaria, salvo intervengano successive modifiche del Piano tali da impedire al titolare del fondo di edificare. È chiaro dunque come non possa aversi una situazione di incertezza nemmeno nel caso in cui il soggetto che richiede il permesso di costruire ne sia titolare *ab origine* e ciò per il fatto che il controllo pubblico attuato sullo sviluppo del territorio si pone quale limite giustificato all'esercizio della proprietà privata. La situazione descritta non sembra allora così distante da quella prospettabile nel caso di trasferimenti di volumetria in cui la posizione del cessionario non è parimenti certa perché la p. a. si troverà a dover verificare se la cubatura maggiore, che si pretende di realizzare in una certa zona, sia conforme alle prescrizioni urbanistiche di quell'area, così come sarebbe avvenuto se a richiedere il permesso fosse stato il titolare stesso del fondo. Ciò confermerebbe da un alto il carattere vincolato del permesso di costruire perché assimilabile a quello della prima ipotesi, dall'altro permette di assimilare la posizione in cui si viene a trovare il cessionario a seguito dell'acquisto della cubatura, a quella del titolare del fondo che senza aver alienato nulla, voglia edificare. A dimostrazione di ciò si sottolinea infatti che ove il Comune rifiuti il permesso a costruire, deve comunque trattarsi di un rifiuto motivato.

necessariamente dal diritto privato, in forza della centralità del contratto quale momento genetico e propulsivo dell'intera vicenda e del tutto indipendente dalla p. a.[272].

La teorizzazione illustrata si pone infatti in contrasto con il dato letterale dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. da cui emerge chiaramente che sono «i contratti» e non il provvedimento amministrativo a determinare il trasferimento dei diritti edificatori.

Non è un caso infatti che la pretesa verso l'amministrazione, debba necessariamente sottendere un valido titolo preesistente che può essere rappresentato unicamente dal contratto trascritto[273].

Siffatta impostazione si pone inoltre in contrasto con la *ratio* dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c.

Infatti la *chance,* che si caratterizza per un'intrinseca incertezza e indeterminatezza rispetto al vantaggio che si vuole ottenere, mal si adatta al numero 2-*bis* che è stato invece emanato proprio al fine di garantire la maggiore certezza nei traffici dei diritti edificatori[274].

Per di più un trattazione che voglia dirsi completa, non può trascurare l'incompatibilità della teorizzazione proposta con la natura dei provvedimenti vincolati emessi dal Comune.

Infatti, pur essendo vero che in ogni momento potrebbero verificarsi dei mutamenti del Piano tali da impedire la costruzione, è innegabile che a fronte di una verifica positiva di tutti i requisiti richiesti dagli strumenti urbanistici vigenti, l'ente territoriale non ha la facoltà di negare il provvedimento richiesto dal privato, che deve ritenersi, entro questi limiti, vincolato[275].

Al Comune compete unicamente un potere di verifica dei presupposti di legge e di esazione, piuttosto che la potestà di disciplinare in modo libero la potenzialità edificatoria una volta che la stessa, in sede di pianificazione del territorio, sia assegnata ai privati.

Il soggetto che ha acquistato la volumetria si trova in una posizione di «incertezza» dovuta principalmente all'impossibilità di conoscere anticipatamente se la p. a., a seguito della verifica degli strumenti urbanistici vigenti, concederà o meno il permesso di costruire maggiorato e se, successivamente al contratto, interverranno modifiche al Piano regolatore tali da compromettere la maggiore edificabilità sul suolo.

Tali fatti tuttavia non si traducono in un arbitrio della p. a.[276].

Nel primo caso il Comune è infatti chiamato unicamente a verificare la corrispondenza del progetto presentato con le prescrizioni urbanistiche vigenti, nel secondo caso le eventuali modifiche del Piano

---

272 S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 77.

273 Si evidenzia inoltre come la teoria in commento si fondi sull'equivoco di considerare la disponibilità dell'interesse legittimo pretensivo come possibilità di una sua circolazione inter-privata, mentre essa si traduce nella semplice possibilità di rinunciare alla tutela amministrativa; cosicché a circolare è qualcosa di diverso dall'interesse legittimo di cui è portatore il privato. In tal senso vedi A. MUSIO, G. SABBATO e G. SALITO, *Il piano casa fra disciplina statale e regionale: dinamica applicativa e riflessi perequativi,* in *Il Piano Casa,* Torino, 2011, p. 61; i quali sottolineano, peraltro, l'importanza del *nomen iuris* della fattispecie di cui al numero 2–*bis* che evoca, indubbiamente, un diritto soggettivo, piuttosto che un interesse legittimo.

274 In tal senso L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* p. 8.

275 Si rinvia al capitolo I, paragrafo 3.

276 Vi è ancora traccia di una prassi notarile che proprio in ragione della persistente incertezza ricostruttiva preferiscono richiedere l'intervento dell'autorità comunale per la stipulazione del contratto di cessione, prediligendo tra l'altro forme di negoziazione, come la servitù *non asedificandi,* in realtà ampiamente superate dalla riforma.

hanno una valenza generale e non sono approvate con riferimento alla specifica cessione, non potendosi dunque tradurre in un rifiuto discrezionale dell'amministrazione.

Sarebbe allora scorretto parlare di *chance* come mera «probabilità» di ottenere il trasferimento di volumetria, dovendosi piuttosto fare riferimento ad un diritto di credito vantato dal privato nei confronti della p. a. ed avente ad oggetto un obbligo di adempimento dell'ente territoriale in presenza di tutti i presupposti di legge[277].

In realtà, si precisa da subito che nemmeno una simile teorizzazione sembra potersi applicare allo schema contrattuale della circolazione della potenzialità edificatoria che mal si adatta agli artt. 1260 e seguenti c.c.

Infatti il trasferimento di volumetria non segue lo schema descritto dall'art. 1264 c.c., non essendoci alcun obbligo di notifica del trasferimento all'ente territoriale che, d'altra parte, né potrebbe né dovrebbe accettarlo, stante l'indipendenza del contratto stipulato tra i privati rispetto al quale la p. a. è incapace di intervenire.

Inoltre, anche laddove si ritenesse di poter effettuare la notifica, si dovrebbe aggiungere che la funzione della pubblicità dichiarativa (con conseguente applicazione degli artt. 2644 e 2650 c.c.), è propria solo della trascrizione nei registri immobiliari, non potendosi immaginare che il sistema della notificazione possa sostituirsi a quello della trascrizione.

Non sarebbero neppure teorizzabili casi come quello del pagamento dell'indebito o del creditore apparente[278].

È dunque chiaro come nemmeno detta impostazione possa risultare convincente per una corretta configurazione dei trasferimenti di volumetria.

Le argomentazioni condotte dimostrano piuttosto la necessità di un inquadramento del fenomeno che non si limiti al solo rapporto tra privati e pubblica autorità ma che, prendendo le mosse dal contratto privatistico quale momento genetico dell'istituto, tenti di rinvenire un collegamento tra i due segmenti, privatistico e pubblicistico, senza che da ciò debba necessariamente scaturire la prevalenza delle regole di uno sull'altro.

---

[277] Contra Cfr. E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 220 L'Autore evidenzia come il cedente od anche il cessionario, nell'ipotesi di una circolazione autonoma dei diritti edificatori, non vantino nei confronti del Comune un vero e proprio diritto di credito, non potendosi qualificare come atto dovuto il rilascio del permesso di costruire per una cubatura maggiorata. Deve pertanto escludersi che da una tale ricostruzione possa originare un credito nei riguardi del Comune. Ciononostante l'espressione «trasferimento di altro diritto» originariamente costruita dal legislatore per i diritti di credito, ben si confà ai diritti edificatori, a mezzo di interpretazione estensiva della portata dell'art. 1376 c.c., in considerazione del fatto che se è possibile la cessione di un credito, anche solo sperato. Si ritiene utile mettere in luce che in tal senso l'Autore trascura il ruolo del Comune nell'ambito del rilascio del permesso di costruire. Poiché infatti l'unica attività che l'ente territoriale può porre in essere è di mero controllo dell'esistenza di tutti i presupposti richiesti dalla legge per edificare, è improprio parlare di un potere discrezionale della p. a. dovendosi piuttosto fare riferimento ad un potere vincolato, volto ad assicurare il rispetto e la conformità dell'attività edificatoria dei privati alla legge. Per maggiori approfondimenti sulla natura vincolata del permesso di costruire sia consentito rinviare al capitolo I, paragrafo 3.

[278] Le argomentazioni illustrate trovano riscontro in F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione, cit.,* pp. 15 ss.

Per questo motivo si ritiene che sia necessario individuare una soluzione più soddisfacente che, muovendo dal dato letterale della novella sia in grado di esplicitare il carattere complesso dei diritti edificatori così da realizzare gli obiettivi pratici conseguenti alla loro circolazione.

4. Tipizzazione di un nuovo diritto reale.

Alla luce dell'introduzione del nuovo dato normativo[279], è opportuno condurre un approfondimento volto a verificare se la fattispecie in esame possa essere ricondotta ad un nuovo diritto reale.

Una serie di indici normativi sembrerebbero orientare l'interprete in tal senso[280].

La novella ad esempio interessa l'art. 2643 c.c. che, letto in combinato disposto con l'art. 2645 c.c., disciplina quasi del tutto le vicende relative ai beni immobili e ai diritti reali immobiliari, come risulta dall'espresso riferimento testuale contenuto nelle norme[281].

---

[279] Un indirizzo molto risalente della Suprema Corte, già prima della riforma del 2011, qualificava la cessione di cubatura come un negozio traslativo o di un diritto reale atipico. Si veda al riguardo la Cass., Sez. I, 30 aprile 1974, n. 1231, in *Giur. civ.*, 1974, I, p. 1424. Dal testo della sentenza si evince che la cessione di cubatura è equiparata alla cessione di diritti reali immobiliari di godimento. Secondo la giurisprudenza in commento, per cessione di cubatura si intende quell'atto, a titolo oneroso, attraverso il quale «il proprietario del fondo, cui inerisce una determinata cubatura, distacca in tutto o in parte la «facoltà» inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti concessagli dal Piano Regolatore e, formando un diritto a sé stante, lo trasferisce definitivamente all'acquirente, a beneficio del fondo di costui». In base a tale ricostruzione la cessione di cubatura si verificava mediante l'acquisto di un diritto strutturalmente assimilabile alla categoria dei diritti reali immobiliari di godimento. La volontà dei contraenti, nel porre in essere il trasferimento della «facoltà», e cioè quella di costruire, modificava 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. La cubatura, in tale ottica, assurgeva ad oggetto di un diritto a sé stante, costituisce, quindi, una *utilitas* vera e propria ed un valore economico di cui il titolare può liberamente disporre e negoziare. Coloro che sostenevano siffatta ricostruzione non la ritenevano, in contrasto con il principio del numero chiuso dei diritti reali, argomentando dalla circostanza che il paradigma legislativo che lo imponeva poteva essere derogato da norme speciali e tali sono le previsioni dei piani regolatori che disciplinano la cessione di volumetria altri, ritenendo del tutto superato tale assunto. Era tuttavia fortemente dubbio che singole «facoltà» del diritto di proprietà potessero essere rese autonome e trasferite quali specifici diritti reali, dotati a loro volta di vita propria e proprie regole di circolazione. La concezione dei diritti reali come diritti frazionari, ovvero, diritti aventi ad oggetto alcune soltanto delle «facoltà» comprese nel diritto di proprietà, non poteva che essere criticata e disattesa, stante la circostanza che il diritto di proprietà non era, in realtà, un fascio di «facoltà» autonome separabili, ma è un diritto pieno ed unitario che può essere soltanto compresso per effetto della costituzione di diritti reali parziari (*in re aliena*) per poi riespandersi naturalmente a seguito della loro estinzione. D'altro canto, la proposta soluzione della cubatura quale diritto reale atipico, ovvero quale bene oggetto di un diritto reale, presentava l'indubbio pregio, da un lato, di coniugare la certezza dei rapporti giuridici tra privati, nonché tra costoro e la pubblica amministrazione, attraverso il requisito della forma scritta richiesta *ad substantiam* e, dall'altro, di assicurare l'opponibilità della convenzione ai terzi, attraverso la trascrizione presso i registri immobiliari, al pari di qualsivoglia altro negozio giuridico avente ad oggetto un diritto reale su un bene immobile. Non da meno, un ulteriore vantaggio risiedeva nell'assoggettamento dell'atto all'imposta proporzionale di registro, peculiarità, quest'ultima, che ha determinato l'adozione di tale ricostruzione da parte della citata giurisprudenza chiamata a pronunciarsi, in un primo momento, non tanto su istanze classificatorie del fenomeno giuridico, quanto piuttosto, su controversie ed incertezze di tipo fiscale. Si veda, ad esempio, la Cass., Sez. I, 14 dicembre 88, n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, p. 372, con nota di M. COSTANZA secondo il quale «(…) il diritto di costruire sul proprio fondo, entro i limiti stabiliti dalle norme e dagli strumenti urbanistici che ne precisano l'ampiezza secondo un determinato rapporto area-volume, si traduce indubbiamente, per il proprietario, in una qualità del fondo che, infatti, registra sul mercato immobiliare una plusvalenza in ragione delle concrete possibilità di sfruttamento edilizio consentite». Nonostante i summenzionati pregi connessi a tale ricostruzione, questa impostazione, trovava all'epoca forti resistenze, oltre che per la «atecnicità» degli argomenti addotti dalle pronunce in materia tributaria, anche e soprattutto per il contrasto col principio del numero chiuso dei diritti reali, ancora ampiamente diffuso negli anni passati. Per un approfondimento della ricostruzione dei diritti edificatori come nuovo diritto reale tipico si veda il capitolo III paragrafo 4 e seguenti.

[280] Anche una serie di sentenze antecedenti alla novella avallavano tale orientamento. Si vedano 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.

[281] L'art. 2643 c.c. al n. 8 disciplina le vicende della locazione ultranovennale.

Anche la specifica collocazione nel corpo della disposizione sembra confermare la riconducibilità dell'istituto nell'alveo della categoria delle situazioni giuridiche soggettive.

Il n. 2-*bis* infatti precede il numero 3 dell'art. 2643 c.c., il quale, riferendosi espressamente ai numeri antecedenti (e quindi anche al 2-*bis*), rimanda ai contratti che costituiscono una comunione ai sensi dell'art. 1101 c.c., fenomeno giuridico che pertiene unicamente alla proprietà e agli altri diritti reali.

A ciò si può aggiungere che l'art. 2645 c.c. che richiama l'art. 2643 c.c., parla espressamente di «diritto immobiliare» ossia di un diritto inerente l'immobile, come tale dotato di «diritto di seguito» ed opponibile ai terzi, a comprova di come, *prima facie,* già il solo dato letterale induca l'interprete a ragionare in termini di diritto reale[282].

In quest'ottica, come già avvenuto con l'introduzione nel codice civile dell'art. 2645-*ter* c.c., il legislatore non sembra aver dettato unicamente una norma relativa alla trascrizione ma ha altresì individuato l'istituto, pur non avendolo espressamente disciplinato.

Anche un'ermeneusi di carattere logico permette di osservare come la particolare collocazione della disposizione e il suo specifico tenore letterale, debbano indurre a ritenere che l'esito della novella sia stato proprio quello di codificare nell'ordinamento il fenomeno della cessione di cubatura attraverso l'introduzione di un nuovo diritto reale[283].

Seppure è vero che la norma è stata emanata con espresso riferimento ai soli adempimenti pubblicitari non si possono ignorare alcuni dati rilevanti.

Se infatti il legislatore avesse voluto introdurre la novella senza costituire un nuovo diritto soggettivo ben avrebbe potuto disciplinare la trascrizione in altro articolo o, eventualmente, nello stesso art. 2643 c.c. ma dopo il n. 3, scongiurando così il rischio di riferimenti fuorvianti[284].

Tuttavia, al fine di non cadere nella tentazione di rifugiarsi in una presunta *voluntas legislatoris*, non sarà vano effettuare in limine, un esame più approfondito.

Ulteriore argomento interpretativo utile che fa leva su un canone di matrice letterale è rappresentato dal fatto che la norma parla espressamente di «contratti» che trasferiscono diritti edificatori, riconducendo quindi la produzione degli effetti del «trasferimento, della costituzione o della modifica» della volumetria alla sola volontà privata, senza fare riferimento alcuno all'intervento della p. a. la cui partecipazione non è prevista al momento della stipulazione del contratto.

---

[282] In senso opposto A. BARTOLINI, *Perequazione urbanistica e trasferimento dei diritti edificatori la natura giuridica dei diritti edificatori: profili pubblicistici*, *cit.,* p. 4 ss., secondo cui la norma assolve solo ad una funzione di trasparenza.

[283] In tal senso G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* pp. 45- 46.

[284] L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* pp. 12-13. Inoltre, secondo altro Autore, con riferimento all'onere della trascrizione dei contratti che determinano il trasferimento e la modifica del diritto di edificare, appare incontestabile l'affermazione che, in genere, la pubblicità attiene alle vicende relative al diritto che ne costituisce oggetto. La trascrizione del contratto che ne determina la costituzione, ha natura ed effetti meramente dichiarativi, essendo il sistema della pubblicità immobiliare utilizzato come criterio di mera opponibilità e quindi di mera tutela del diritto stesso dopo la sua acquisizione da parte di un soggetto e la relativa trascrizione prevalente rispetto a qualsiasi altra forma di pubblicità pregiudizievole. In tal senso G. A. DI VITA, *Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria della novella*, in *Il Notaro*, II, 2011, p. 92.

La conferma in positivo di una tale impostazione discenderebbe dall'evoluzione testuale della norma attraverso un esame delle travagliate vicende dei lavori preparatori che hanno condotto, in sede di conversione, all'inserimento della previsione normativa del «contratto costitutivo» del diritto edificatorio, fenomeno, questo, tipico dei diritti reali di godimento.

Difatti, la «costituzione» del diritto edificatorio, in tanto è ipotizzabile in quanto si configuri la capacità volumetrica come una delle facoltà del diritto di proprietà, suscettibile di distaccarsi da essa in ragione della volontà del proprietario di costituire un diritto reale minore *ex novo* in capo ad un terzo, generando in tal modo una situazione giuridica soggettiva autonoma[285].

L'espressa previsione non si riferisce dunque al caso in cui i diritti edificatori siano originati da una norma di legge ma all'ipotesi nella quale essi traggano fondamento da un contratto e ciò si evince appunto dal dato testuale del n. 2–*bis* che, invero, non impone l'adempimento delle formalità pubblicitarie per tutti gli eventi costitutivi dei diritti edificatori ma solo nei casi in cui la fonte sia contrattuale[286].

Ciò significa che la volumetria come entità autonoma è definita dalla volontà di coloro che ne dispongono mentre fino a quel momento essa è parte integrante del diritto di proprietà.

Poiché tuttavia la previsione della trascrivibilità non è di per sé idonea ad attribuire natura reale a situazioni che ne siano prive[287] e giacché, di fronte ad un'innovazione di tale portata, sarebbe riduttivo

---

[285] Il diritto di proprietà secondo parte della dottrina è la somma di una pluralità di «facoltà» e non, invece, una sintesi di «facoltà» infrazionabili. Da ciò conseguirebbe che il proprietario ha, il potere di «smembrare» il suo diritto costituendo in capo ad un terzo un diritto reale minore, prima inesistente quale diritto soggettivo autonomo. Tale vicenda trova una conferma normativa nell'istituto della riserva d'usufrutto, di cui agli articoli 796 e 1002, comma 3 c.c., da inquadrarsi, come preferibile, in un negozio unico con duplice effetto di tipo traslativo e costitutivo. Vedi G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione,* in *Trat. dir. civ.* Vassalli, Torino, IV, 1972, p. 189.

[286] L'assenza di una previsione specifica per la «costituzione dei diritti edificatori» generati dai privati determinerebbe una carenza nel sistema pubblicitario dei registri immobiliari. Secondo alcuni se si aderisse alla tesi della volumetria come «bene» in sé, essa si esporrebbe ad un rilievo critico difficilmente superabile secondo cui il contratto «costitutivo del diritto edificatorio» si risolverebbe in una previsione del tutto irragionevole ove si aderisse alla diversa opinione che reifica la cubatura, infatti, detto «*bene in sé*» discenderebbe direttamente dalle previsioni urbanistiche, non necessitando di alcun atto negoziale costitutivo. Tale ricostruzione si può sostenere solo ammettendo che il proprietario possa creare, mediante la costituzione di diritti edificatori in favore di un terzo, un nuovo bene. Cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile, cit.,*p. 122 ss. Quest'ultimo riferimento letterale è risolutivo per quanti, tra i sostenitori della tesi del diritto reale tipizzato, ritengono di ricostruire il diritto edificatorio come corrispondente ad una delle «facoltà» di godimento del fondo che, staccandosi dallo stesso, acquista i caratteri tipici dello *ius in re aliena.* Solo nell'ipotesi in cui si costruisca la «la potenzialità edificatoria al pari del suo incremento, a seguito di previsione urbanistica», come «facoltà insita nel diritto dominicale» appare possibile ricondurla allo schema della costitutività, così che possa assurgere ad autonoma situazione giuridica soggettiva. Vedi G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 49. Prima della riforma del decreto legge n. 70 del 2011, l'interrogativo in ordine alla possibilità di qualificare la cessione di cubatura come diritto reale di godimento comportava, per l'interprete, la scelta tra due ricostruzioni, entrambe, poco appaganti: aderire alla natura innominata del diritto, ammettendo previamente il superamento del principio del «numero chiuso» dei diritti reali, ovvero ricondurre la fattispecie in uno degli istituti già previsti e conosciuti dal nostro ordinamento giuridico, con esiti non pienamente appaganti, si veda al riguardo il capitolo I.

[287] Cfr. in argomento E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo,* in *Urb. app.,* 2011, p. 1063, E. BERGAMO, *La cessione dei diritti edificatori, cit.,* p. 119 ss. Nonostante come appena sottolineato, la disciplina della trascrizione non sia tale da attribuire natura reale a situazioni che ne siano prive, non si possono tacere le eccezioni esistenti a tale principio. In tal senso, pur tenendo presenti le profonde differenze tra le due fattispecie già messe in luce, si ritiene di poter fare un parallelismo tra la disciplina del trasferimento di volumetria e quella del vincolo di destinazione quantomeno con riferimento alla previsione della trascrizione. Si sottolinea come l'art. 2645-*ter* c.c. e l'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. condividano lo stesso criterio di ragionamento. Infatti nel vicolo di destinazione il legislatore mediante

approdare a conclusioni coerenti basandosi unicamente sulla collocazione e sul dato testuale della disposizione, si è ritenuta necessaria una rilettura della cessione di cubatura, in un'ottica civilistica, con particolare attenzione all'oggetto del trasferimento, a cui il n. 2-*bis* si riferisce quali «diritti edificatori comunque denominati»[288].

In ossequio agli orientamenti affermatisi con forza prima della novella si è deciso di esaminare la categoria dei diritti assoluti, e precisamente la sottocategoria dei diritti reali[289], in quanto si ritiene che per poter individuare correttamente l'interesse meritevole di tutela sia necessario approfondire argomenti di teoria generale.

Appare dunque opportuno ripercorrerne brevemente i caratteri peculiari al fine di verificare l'esistenza di punti di aderenza con l'oggetto della trattazione.

Si tratta, come è noto, di diritti qualificati dal tratto della «tipicità», in quanto il contenuto è predeterminato, dal carattere dell'«immediatezza», intesa come potere del titolare del diritto reale di soddisfare il proprio interesse senza la necessità della cooperazione altrui, dall'accento dell'«assolutezza», ossia la possibilità di far valere il diritto nei confronti di qualunque soggetto su cui incombe, per converso, un dovere negativo di astensione, dall'«inerenza» ossia la possibilità di opporre il vincolo a chiunque possieda la cosa o vanti diritti sulla stessa ed infine dal connotato del «diritto di seguito», che si sostanzia nel potere di perseguire la cosa presso qualunque soggetto si trovi. Essi inoltre sono limitati dal principio del *numerus clausus,* non potendo i privati costituire diritti reali diversi da quelli previsti dalla legge[290].

L'analisi deve tuttavia essere condotta tenendo presente che la stessa nozione di diritto reale, unitamente ai caratteri fondanti, è stata più volte messa in discussione[291].

In più di un'occasione è stato invero affermato che le caratteristiche appena descritte non sono sempre presenti in tutti i diritti reali o che, al contempo, possono rinvenirsi in fattispecie che non appartengono a quella categoria[292].

---

l'elaborazione di una norma dettata in materia di pubblicità, ha di fatto determinato la tipizzazione di un nuovo istituto. Pur essendo vero che il coordinamento di tale figura nell'ambito del nostro ordinamento non è avvenuto in modo del tutto lineare, nessuno ne nega oggi la natura di nuovo istituto per il solo fatto che esso sia stato introdotto mediante una norma dettata unicamente in materia di pubblicità. Favorevole a tale impostazione si veda diffusamente

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

288 Il problema circa l'individuazione del fenomeno a cui ricondurre non solo la cessione di cubatura ma anche i più recenti strumenti edificatori che dalla stessa si sono sviluppati, risiede proprio nella eccessiva genericità del testo normativo che non consentirebbe di ricondurre la figura ad una specifica categoria del diritto in modo automatico.

289 Per maggiori approfondimenti si rinvia a M. COMPORTI, *Le cose, i beni, ed i diritti reali,* XXX, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato,* Torino, 2003, p. 360 ss.

290 M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, I, 1958, pp. 358 ss., 557 ss. È invalido qualunque atto di autonomia privata diretto a costituire un nuovo diritto reale. Cfr. Cass. Sez. II, 16 marzo 2010, n. 6352 in *Foro it.,* 2010, 10, I, p. 2761.

291 Su tutti si veda M. GIORGIANNI, *Diritti reali, cit.,* p. 748 ss.

292 Si veda a tal proposito C. GRANELLI, *Diritti reali tra innovazione e continuità*, in www.iuscivile.it. pp. 5-6. L'Autore mette in luce che la contrapposizione fra «assolutezza» dei diritti reali e «relatività» dei diritti di credito è attualmente messa in crisi da più elementi si pensi alla pacifica risarcibilità della lesione non solo dei diritti assoluti ma anche dei diritti di credito. Anche la contrapposizione tra «tutela forte» dei diritti reali, (consistente nella condanna alla restituzione della cosa oggetto

Esistono infatti diritti reali privi del requisito dell'immediatezza, come nel caso dell'ipoteca, o della servitù di non edificare, o privi dell'assolutezza, come nell'ipotesi della proprietà di un bene acquisito con un atto non trascritto, mentre, per converso, si possono rinvenire situazioni obbligatorie (si pensi alla locazione, al comodato o all'anticresi), in cui è possibile individuare sia il carattere dell'immediatezza che quello dell'assolutezza[293].

A questo punto, se lo scopo della ricerca è quello di verificare una ricostruzione alla luce delle categorie ordinanti del diritto civile, è necessario accertare se nella norma giuridica in oggetto, possano

---

del diritto, alla cessazione di attività da altri indebitamente esplicate sulla cosa, all'eliminazione delle opere che turbino l'esercizio del diritto, ecc., tipica delle tradizionali azioni di rivendicazione, confessoria, negatoria, ecc.; condanna, per di più, che prescinde sia dall'esistenza di un danno, sia dall'elemento soggettivo del dolo o della colpa) e «tutela debole» dei diritti di credito, sostanzialmente affidata al rimedio del risarcimento per equivalente, che richiede non solo l'effettiva esistenza di un danno, ma anche il dolo o la colpa dell'autore dell'illecito, è messa in crisi dal sempre più ampio ricorso, da parte della nostra giurisprudenza, al rimedio del risarcimento in forma specifica, anche in sede cautelare, quando oggetto del credito è la consegna di una cosa determinata e quando oggetto del credito è una certa quantità di cose di genere (addirittura, denaro).

Per quanto concerne poi l'opponibilità dei diritti reali e l'inopponibilità dei diritti di credito, tale presupposto «è messo in crisi dalla sempre più avvertita percezione che l'opponibilità dei primi ai terzi aventi causa dipende non già dalla loro "realità", ma da una circostanza esterna: il possesso, per quel che riguarda i beni mobili; la trascrizione, per quel che riguarda i beni immobili ed i mobili registrati; sicché – in sé – il diritto reale non può ritenersi caratterizzato dal connotato della "opponibilità", la quale ultima, per i diritti immobiliari, consegue alla pubblicità; che – non a caso – è idonea a far acquistare il connotato della "opponibilità" anche a taluni diritti che reali non sono (l'esempio tradizionale è quello del diritto del conduttore untranovennale: art. 2643, n. 8, cod. civ.); con la conseguenza che la trascrivibilità di un determinato contratto, atto, provvedimento non testimonia della natura necessariamente reale del diritto o della situazione giuridica che ne è oggetto». Si veda anche SANTORO-PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi,* in *Enc. dir.,* XII, Milano 1964, p. 749 ss.

[293] Come già messo in luce nella nota precedente non sono invero mancati tentativi volti a riesaminare la tradizionale partizione ritenendola invero non più aderente alla realtà giuridica attuale. La distinzione classica muove dal presupposto che, sia il diritto reale che il diritto di credito abbiano ad oggetto una *res* che però, nel primo caso, il titolare abbia già raggiunto, essendo il bene attuale, mentre nel secondo caso spera di raggiungere per mezzo dell'attività del debitore. Pertanto è evidente come il criterio di distinzione tenga in considerazione due termini, da un lato la proprietà, dall'altro il credito di un bene o di denaro. Tuttavia appare immediatamente evidente come i caratteri da sempre considerati dominanti per l'individuazione di un diritto reale, non sembrano essere presenti in tutte le situazioni giuridiche che appartengono a tale categoria ma, soprattutto, non sembrano essere affatto esclusivi dei diritti reali, essendo invece presenti in situazioni che la dottrina rimanda tradizionalmente nei diritti di credito. Prendendo le mosse dai diritti reali di garanzia e precisamente dall'ipoteca si rileva come non sia sussistente il carattere dell'immediatezza del potere del titolare sulla cosa. Tradizionalmente si è asserito che tale immediatezza risiederebbe nel fatto che il creditore può esercitare i suoi poteri senza la cooperazione del debitore, tuttavia, in realtà ciò non implica conseguentemente che egli eserciti un potere immediato sulla cosa poiché, invero, è comunque necessaria in ogni caso la cooperazione dell'organo giudiziario. Il creditore può infatti soddisfarsi sul bene solo a seguito di un giudizio di espropriazione instaurato nei confronti del debitore o del terzo possessore dei beni. La legge piuttosto vieta espressamente il divieto di patto commissorio, in virtù del quale debitore e creditore si siano accordati affinché, in caso di mancato adempimento del primo, la proprietà del bene passi al secondo. Si ha mancanza del carattere dell'immediatezza anche nella servitù negativa. In questo caso mancherebbe il potere immediato esercitabile dal titolare del diritto reale sul bene. Il titolare del fondo dominante invero non soddisfa il suo interesse mediante un potere diretto sulla cosa ma invece mediante l'imposizione al fondo servente di esercitare una qualunque attività sul proprio fondo che si ponga in contrasto con il fondo dominante. È chiaro come la servitù negativa si realizzi invero mediante un rapporto obbligatorio. Allo stesso modo esistono dei diritti di credito che si comportano come veri e propri diritti reali, dotati di tutti i caratteri tradizionalmente richiesti dalla legge. Si pensi altresì agli istituti della locazione, del comodato o dell'anticresi. Si è soliti affermare che il locatore sia tenuto a far godere il locatario del bene, in realtà quello che si ha è un obbligo negativo e non positivo cosicché esso da solo non è sufficiente a soddisfare gli interessi del locatario. Infatti quest'ultimo esercita il godimento sul bene per effetto di un potere immediato sulla cosa riconosciutogli dall'ordinamento giuridico (se infatti fosse vero che egli si soddisfa per effetto del solo comportamento negativo del locatore, allora nel caso di sua cessazione anche il locatario dovrebbe cessare di godere del bene ed invece così non è). Si ritiene che una regola distintiva netta non sia più rintracciabile nemmeno con riferimento al criterio dell'assolutezza in quanto non sempre un diritto reale riceve una tutela *erga omnes* mentre invece ciò può verificarsi per i diritti di credito. Si pensi ad esempio alla proprietà immobiliare non trascritta che non può opporsi al successivo acquirente trascrivente o ancora alla proprietà mobiliare che non può essere fatta valere nei confronti del possessore in buona fede, e, per converso, alla locazione ultranovennale trascritta che può essere fatta valere nei confronti di qualunque soggetto. Per maggiori approfondimenti Cfr. M. GIORGIANNI, *Diritti reali, cit.,* p. 749 ss.

rinvenirsi le stesse caratteristiche dei diritti reali, con particolare riferimento ai requisiti della tipicità, dell'immediatezza e dell'inerenza reale, pur nella dichiarata consapevolezza che sempre più sfumati appaiono i confini di detta categoria soprattutto per la variabilità degli elementi che la compongono.

4.1. Segue: i profili della tipicità e del *numerus clausus.*

È necessario verificare quale sia il fondamento storico e giuridico del *numerus clausus* e della tipicità per accertare se rappresentino l'eredità di una tradizione da considerarsi ancora attuale o se piuttosto debbano essere reinterpretati alla luce delle nuove e diverse esigenze sociali.

Il principio del *numerus clausus* si è imposto con forza successivamente all'emanazione del Codice Civile francese che ha disciplinato in modo espresso, oltre alla proprietà, solo sei dei diritti reali minori che ancora oggi conosciamo, al fine di eliminare la tradizione consolidatasi nell'*ancien regime*, che ammetteva un eccessivo numero di vincoli reali e personali tali da oscurare l'importanza giuridica e sociale del diritto dominicale[294].

L'obiettivo di tale codificazione è stato pertanto quello di precludere la proliferazione di ulteriori limiti (atipici) che potessero svuotare la proprietà del suo contenuto, così da garantire «una più efficiente produzione agricola nel quadro del sistema generale e borghese»[295].

Se queste sono le principali ragioni storiche che hanno contribuito alla creazione di un nucleo ristretto e predeterminato di diritti reali esse, a dire il vero, non rispecchiano da tempo le esigenze dell'economia moderna[296].

---

[294] Durante *l'ancien regime* la proprietà utile del gestore del fondo, veniva differenziata da quella eminente del clero e dell'aristocrazia, così con la finalità di tramandare interi patrimoni, ed assicurare rendite fondiarie a ceti non più produttivi, impedendo conseguentemente l'alienazione di beni per molte generazioni ed indebolendo in tal modo la libertà commerciale. Pertanto, la lotta alla «mano morta ecclesiastica» e alle «frodi pie» (strumenti di accumulo delle ricchezze nelle casse del clero) è stata particolarmente forte durante tutto l'Ottocento ed ha portato alla creazione di una serie di regole che stabilivano limiti notevoli al divieto di alienazione e alle tecniche di consolidamento nella proprietà dei beni, come ad esempio agli usufrutti successivi.

[295] In tal senso U. MORELLO, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali,* in *Tratt. dir. reali. Prop. Poss. I* Gambaro e Morello, Milano, 2010, p. 69. Morello approfondisce le ragioni storiche che si trovano alla base del *numerus clausus.* L'impostazione si è potuta ripercuotere nell'Europa del XIX sec. in cui la frammentazione delle utilità, originate dal diritto dominicale ed attribuite a soggetti diversi dal titolare del fondo si è posta in contrasto con il principio della tipicità e del controllo delle limitazioni negoziali volti a garantire l'individuazione di ogni diritto soggettivo e la certezza deii traffici giuridici. Si veda a tal riguardo anche R. SACCO, *Circolazione giuridica,* in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, p. 11 ss.

[296]Invero le opinioni della dottrina più risalente avrebbero fortemente influenzato gli orientamenti più moderni che solo con difficoltà si stanno liberando dai condizionamenti del passato. In tal senso si veda G. VETTORI, *Opponibilità*, XXI, in *Enc. giur.*, Roma, 1999, p. 6 ss. Le metamorfosi del sistema tradizionale sono numerose. Il più importante cambiamento è consistito nell'introduzione del sistema della pubblicità dichiarativa degli atti di trasferimento della proprietà e degli altri diritti reali mediante la c.d. trascrizione; in secondo luogo si sono diffusi contratti preliminari e di opzioni, diritti di prelazioni e vendite obbligatorie che hanno imposto una fase obbligatoria e una successiva fase reale (ravvicinando il sistema francese e tedesco a quello di *common law*). Altro mutamento è consistito nell'affermazione di nuove figure estranee al nostro ordinamento, riconducibili ai diritti reali come il supercondominio o la multiproprietà. Si è assistito inoltre l'espansione dei vincoli contrattuali circa l'utilizzo dei beni e ad un notevole aumento di limiti alla proprietà tradizionalmente intesa, connessi soprattutto alle nuove esigenze di pianificazione urbana o di edilizia ma soprattutto legati ad un migliore utilizzo delle risorse, tanto da condurre ad un'idea di proprietà basata su un insieme di diritti di godimento e di disposizioni conformabili in cui il contenuto del diritto di proprietà cambia a seconda del suo oggetto o dei suoi limiti. Per maggiori approfondimenti si veda U. MORELLO, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, *cit.,* p.71 ss.

Negli ultimi trent'anni infatti si sono sviluppate da un lato numerose figure che, pur collocandosi al di fuori dei diritti reali, presentano molti elementi di realità, basti pensare alla multiproprietà, al supercondominio, alle servitù reciproche ed alle convenzioni urbanistiche, dall'altro si è altresì assistito all'espansione dei vincoli contrattuali in grado di incidere sulla gestione e sulla destinazione dei beni, attraverso figure come il *trust* o il vincolo di destinazione disciplinato dall'art. 2645-*ter* c.c.[297]

Parte della dottrina ritiene invero che *numerus clausus* e tipicità incarnino due limiti che, pur attenendo ad aspetti differenti, sono profondamente collegati e complementari l'uno all'altro.

[297] Altra ricostruzione assimila la cessione di cubatura dapprima al divieto di alienazione e poi al «vincolo di destinazione» in cui il titolare della volumetria impone al suo fondo «(…) una regolamentazione fatta di limiti e obblighi per raggiungere lo scopo cui era destinato». Cfr. P. CALABRITTO, *Applicabilità dei limiti del divieto di alienazione ai vincoli di destinazione,* in *Not.,* Milano, 2000, pp. 413-420. La cessione di cubatura tuttavia viola almeno due dei presupposti previsti per il vincolo di destinazione, essendo costituita con durata perpetua e producendo effetti verso i terzi stante la trascrivibilità dell'istituto mediante l'utilizzo del diritto di servitù o di superificie. L'art. 1379 c.c. impone invece un vincolo temporaneo che risponde ad un interesse apprezzabile di una delle parti, oltre ad avere efficacia solo tra esse non essendo opponibile ai terzi. Tali argomentazioni hanno indotto a ritenere che si potesse parlare di vincolo di non destinazione atipico, soprattutto per la preminenza dell'interesse pubblico che trova attuazione nelle norme del piano regolatore, la cui portata è tale da determinare una modifica della disciplina civilistica in ossequio al principio in virtù del quale il Comune ha il potere di ridistribuire la cubatura nelle singole zone previste dal piano. L'inidoneità del vincolo destinatorio di tipo obbligatorio, circoscritto «entro convenienti limiti di tempo», ai sensi art. 1379 c.c. (così Cass., Sez. I, 27 settembre 1997, n. 9508, in *Urb. app*., 1998, p. 263), spinge la dottrina a prospettare l'utilizzo dello schema di cui all'art. 2645 –*ter* c.c., così da assicurarne anche la trascrivibilità al vincolo. In tal senso cfr. G. VIOTTI, *Vincoli di destinazione convenzionali e loro efficacia nei confronti degli enti pubblici,* in *Vita not.,* 2001, p. 148. Questa ricostruzione è stata salutata con particolare favore perché garantisce alla cessione di cubatura l'opponibilità ai terzi stante il dettato dell'art. 2645 *-ter* c.c., sia per il fatto che, la norma, prevede un espresso riferimento alla «pubblica amministrazione». A. FUSARO, *Gli atti di impegno in materia edilizia e la loro trascrivibilità, cit.,* p. 922 . Tuttavia, siffatto tentativo si mostra fallimentare dinanzi alla considerazione che nella cessione di cubatura il fondo non viene destinato ad alcuno scopo, bensì viene privato *sic et sempliciter* della sua capacità edificatoria. Per contro si sottolinea che la cessione di cubatura non può essere assimilata all'art. 2645-*ter* c.c. in quanto la norma non può essere utilizzata per la trascrizione di vincoli urbanistici o di atti d'obbligo unilaterali soprattutto a seguito dell'emanazione dell'art. 2645 *-quater* c.c. che, in materia di circolazione ed opponibilità, fornisce soluzioni per i casi di conflitti tra titoli incompatibili stabilendo la trascrivibilità di tutti i «contratti o altri atti di diritto privato, anche unilaterali» con cui si costituiscono vincoli attinenti alla pianificazione territoriale a favore dello Stato, delle regioni, di enti pubblici territoriali o di enti che svolgono attività di interesse pubblico, cosicché la trascrizione degli atti d'obbligo unilaterali e delle convenzioni urbanistiche non può essere ricondotta nell'art. 2645 *ter* c.c. Peraltro, solo con il rilascio del permesso di costruire cosiddetto «maggiorato» si realizza l'interesse sotteso al vincolo di destinazione che, tuttavia, lungi dall'essere di natura pubblica, è quello prospettato dalle parti, ovvero l'utilizzazione della maggior volumetria sul fondo *ad quem*. La cessione di cubatura deve, pertanto, collocarsi al di fuori dell'ambito d'applicazione dell'art. 2645 *-ter* c.c. Per maggioi approfondimenti cfr. N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile, cit.,* p. 1138; F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura, cit.,* p. 644; A. FUSARO, *I vincoli contrattuali di destinazione degli immobili*, in F. GALGANO (a cura di), *I contratti del commercio e dell'industria e del mercato finanziario*, III, Torino, 1995, pp. 2329-2340; P. CALABRITTO, *Applicabilità dei limiti del divieto di alienazione ai vincoli di destinazione,* in *Not.,* Milano, 2000, pp. 413-420; Cfr. M. C. DIENER, *Il contratto in generale. Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di G. Capozzi*, Milano, 2011, p. 518; Cfr. G. CASU, *I negozi di destinazione a tutela della pianificazione urbanistica,* in AA. VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata. Relazioni presentate ai convegni di Rimini e Catania nel 2006,* in *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2007, p. 280. Si è tentata anche una ricostruzione come *obligatio propter rem,* rispetto alla quale il cessionario può esigere la prestazione nei confronti anche di qualunque proprietario anche successivo rispetto all'accordo intervenuto tra contraenti. L'atto di asservimento di un lotto, si presenta infatti come una qualità oggettiva del fondo stesso, al pari di un'obbligazione reale, con l'effetto di creare una particolare relazione pertinenziale che determina l'insorgere di un vincolo che si cristallizza nel tempo. Tale ricostruzione non può essere ammessa per la sua inidoneità a produrre l'effetto traslativo della volumetria proprio come già messo in luce per il contratto costitutivo di servitù. G. CECCHERINI, *Il c.d. «trasferimento di cubatura», cit.,* p. 73, è nel senso di escludere la possibile riconduzione dell'obbligazione del cedente la volumetria nel novero di quelle costituenti le *obligationes propter rem*. Inoltre, la circostanza che il provvedimento amministrativo prima dell'entrata in vigore del d. l. 2011 fosse) il presupposto di efficacia del trasferimento, mal si concilia con la natura stessa dell'obbligazioni *propter rem* che è invece considerata opponibile, anche agli aventi causa, come conseguenza della sola trascrizione.

Il primo incide nella fase genetica del diritto impedendo all'autonomia privata di crearne di nuovi[298].

Il secondo ne rappresenta il contenuto e, da un lato, impedisce ai privati di gravare un bene di vincoli ulteriori rispetto a quelli ammessi dalla legge, dall'altro assicura la certezza delle comunicazioni esterne, al fine di tutelare i terzi che devono poter conoscere esattamente i vincoli gravanti sul bene[299].

Ad un primo esame delle loro caratteristiche, tali elementi sembrerebbero porsi come limite invalicabile alla possibilità di introdurre nel nostro ordinamento altri diritti reali di nuovo conio[300].

Ponendo inoltre l'attenzione ad un'analisi economica del diritto, si potrebbe obiettare che la creazione di ulteriori diritti reali tali da ampliare la categoria, rischierebbe di sfavorire la sicurezza delle contrattazioni, l'alienazione dei beni ed infine il ricorso al credito con la possibilità di determinare l'inefficienza del mercato[301].

Un'efficace circolazione dei beni deve presupporre la certezza dei poteri esistenti in capo al proprietario o ai titolari di diritti reali, in quanto, in caso contrario, i terzi acquirenti non potrebbero avere tutte le informazioni necessarie per individuare eventuali criticità e quindi stimarne correttamente il valore e, allo stesso modo, i creditori non potrebbero accertare la congruità tra le garanzie richieste ed i crediti erogati.

È stato d'altra parte messo in luce da una dottrina che nei sistemi continentali, come già avvenuto in passato in quelli anglosassoni, si percepisca l'esigenza di un'estensione e di una maggiore conoscibilità dei vincoli sui beni[302].

Analizzando i caratteri di entrambi i presupposti, emerge storicamente un'attitudine degli stessi a sovrapporsi, con la conseguenza di estromettere i privati da qualunque potere nei confronti dei diritti reali di godimento.

Ne consegue che il legislatore è l'unico a poter incidere con il proprio ed esclusivo giudizio sulla tutela di quelle situazioni giuridiche, avendo la possibilità di coniare nuovi diritti reali per espressa previsione normativa[303].

---

298 A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988, p. 171. L'Autore sottolinea nella sua opera che la costituzione di diritti reali determinava di fatto una limitazione alla proprietà.

299 Il criterio della «tipicità» si riferisce più precisamente al divieto di analogia e dell'interpretazione estensiva. AA.VV, *Trattato dei diritti reali. Proprietà e possesso*, *cit.,* p. 77.

300 La rigidità dei connotati in esame è dovuta anche ad alcuni orientamenti particolarmente restrittivi che hanno influenzato la letteratura. Si vedano G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto dell'uso e dell'abitazione*, Napoli-Torino, 1936, p. 149 ss.; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, in *Dir. civ. it.*, Napoli- Torino, 1924 p. 243 ss.; L. BARASSI, *I diritti reali*, Milano, 1935, p. 46 ss.

301 Tale aspetto è stato messo in luce da M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ.* Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1980, p. 213.

302 Per maggiori riflessioni sull'argomento si rinvia a P. GROSSI, *Percezioni medievali e moderne dei diritti reali,* in *Il dominio e le cose*, Milano, 1992, p. 439, 528 ss.; ID. *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale: corso di storia del diritto, passim.*

303 In Tal senso anche S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 107. L'Autrice (per giustificare invero una ricostruzione dell'istituto della cessione di cubatura in termini di bene autonomo) ripercorre le principali tappe storiche dell'affermazione della tipicità e del *numerus clausus* al fine sottolineando il diverso panorama giuridico della prima metà dell'Ottocento in Italia che ha favorito tale impostazione. Per un approfondimento relativo alla ricostruzione storica che ha portato all'emersione delle classi borghesi fornendo la spinta per la liberazione della terra dai pesi e vincoli di origine feudali, si veda G. VETTORI, *Circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, *passim;* Sull'importanza del ruolo della «codificazione» si veda N. IRTI, *Legislazione e codificazione,* in *Enciclopedia delle scienze sociali, Treccani*, 1996.

Questo fatto induce a ritenere che l'immutabilità dei diritti reali costituisca una limitazione rivolta unicamente ai privati, che risulterebbero invero i soli destinatari delle disquisizioni dottrinarie.

Da ciò si deve dedurre che tali limitazioni non operano ove sia il legislatore a codificare una nuova fattispecie[304].

La ragione di tale scelta risiede nel fatto che ciò che si intende garantire non è tanto l'immutabilità del contenuto dei diritti reali riconosciuti nell'ordinamento, quanto piuttosto la necessità, da un lato, di evitare che i privati possano gravare il bene di ulteriori vincoli rispetto a quelli già previsti dalla legge, dall'altro di tutelare acquirenti e creditori, facendo in modo che essi conoscano l'esatta situazione giuridica del bene[305].

Storicamente si riteneva infatti che l'interesse generale alla libera iniziativa economica (intesa come massima produttività dei beni) ed alla circolazione della ricchezza, potesse essere assicurato solo mediante il rispetto della tipicità, laddove una qualunque deroga avrebbe comportato l'estensione dell'opponibilità oltre i limiti riconosciuti per i privati dall'ordinamento[306].

Anche richiamando a supporto il canone logico si evince che la *ratio* del *numerus clausus* non possa scaturire da un'esigenza di mera classificazione degli istituti giuridici, bensì attenga alla necessità di garantire la certezza del diritto[307], che in materia di pubblicità, trova la sua esplicazione nella necessaria predeterminazione normativa degli atti trascrivibili, impedendo la creazione di nuovi diritti reali sforniti di una specifica disciplina sulla trascrizione[308].

Più semplicemente, tutti i diritti reali per essere ricompresi all'interno della suddetta categoria, devono essere trascrivibili[309] e ciò significa che, nel momento in cui è lo stesso legislatore, mediante una

---

304 Non esiste infatti nessuna riserva di carattere costituzionale in grado di limitare l'operato del legislatore *pro* futuro. M. COMPORTI, *Le cose, i beni, ed i diritti reali, cit.,* pp. 364-365.

305 U. MORELLO, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali, cit.*, pp. 67 e ss. e 75.

306 A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, p. 580 ss. Si veda anche N. IRTI, *L'età della codificazione, cit.,* p. 4 ss. Nel ripercorrere le tappe della codificazione l'Autore fa riferimento al fatto che, nella declinazione delle regole di convivenza tra privati cittadini il codice definiva (anche) quale dovesse essere il ruolo del legislatore statale nella composizione del regime giuspolitico dei rapporti tra autorità e libertà.

307 E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, *cit.,* p. 42 ss.

308 P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata, cit.,* p. 7. L'autore sostiene che i diritti reali rappresentino un numero chiuso «in ragione del loro interesse prevalente per la società». Nello stesso senso G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 7. L'affidamento, che è uno dei pilastri su poggia la tipicità, deve assicurare ce l'autonomia privata si confronti con un apparato di misure idonee a rendere conoscibili e valutabili da parte di ciascun soggetto la struttura ed i limiti del nuovo modello di appartenenza del bene, al riguardo si veda P. SALVATORE, *Nuove sembianze del* dominium: *le multiproprietà immobiliari,* in *Giurisd. amm.,* 2006, 4, 4, p. 78. Secondo l'Autore inoltre «non esiste alcuna contraddizione tra nuovi modelli reali, adeguatamente conformati, e certezza del diritto alla quale l'ordinamento possa ovviare- con misure molteplici ed *in primis* con sistemi di pubblicità- ove riconosca la meritevolezza in un determinato contenuto socio-economico di nuovi modelli di utilizzazione dei beni immobiliari». Ciò vuol dire che la circolazione dei beni è garantita non tanto dalla tipicità quanto piuttosto dalle particolari modalità di circolazione dei beni, ossia dalla predisposizione di regole idonee a garantire la certezza del comportamento dei soggetti coinvolti, ne consegue che l'ordinamento come lascia spazio alla creazione di diritti obbligazione, allo stesso modo riconosce all'autonomia dei soggetti di creare nuovi diritti reali con l'unico limite della meritevolezza giuridica e del rispetto delle norme imperative.

309 La tipicità ed il controllo delle limitazioni negoziali relative alla disposizione e al godimento delle *res* opponibili a terzi, trovano realizzazione mediante la circoscrizione dell'opponibilità stessa alle sole situazioni soggettive per le quali sussistono indici legislativi di realità. La dottrina dello scorso secolo ha recepito questo principio, che può essere così riassunto: identità dei concetti di realità ed opponibilità, bipartizione netta tra situazioni reali tipiche e opponibili, ed una restante massa di

norma giuridica di primo grado[310], a riconoscere la possibilità di trascrivere i diritti edificatori, si supera l'obiezione dell'atipicità del diritto estendendo il *numerus clausus* a nuove ipotesi[311].

È stato osservato che una volta che i «diritti edificatori» sono stati espressamente contemplati nell'art. 2643 n. 2-*bis,* sono diritti reali nominati, con l'effetto che il principio di tipicità è rispettato pur in assenza di un'espressa e compiuta disciplina di detto diritto reale, disciplina che deve essere necessariamente ricavata dall'interpretazione sistematica delle norme del codice civile e dalle leggi speciali[312].

D'altra parte si può sottolineare come il codice civile non contenga alcuna norma dalla quale si possa evincere il divieto espresso di costituire diritti reali diversi da quelli già codificati.

Non a caso alcuni autori ritengono che il principio di autonomia contrattuale previsto dall'art. 1322 co. 2 c.c., che consente a nuove fattispecie dotate di una tutela forte verso i terzi, di trovare asilo nel nostro ordinamento se riconosciute meritevoli di tutela, non dovrebbe essere riferito solo ai negozi con efficacia obbligatoria ma anche a quelli con efficacia reale[313], senza che ciò possa interferire in alcun modo con il principio del numero chiuso che invero trova un diversa giustificazione nel sistema[314].

È infatti opinione diffusa che il *numerus clausus* rappresenti piuttosto un principio giuridico non codificato, desumibile dalla legislazione nel suo insieme e giustificato, appunto, da principi di ordine pubblico[315].

---

situazioni obbligatorie. Come osservato da S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 108, molto tempo ci è voluto affinché la dottrina si liberasse da tali assunti.

310 Con il concetto di «norma di primo grado» deve intendersi una norma di rango legislativo statale o regionale o anche regolamentare, quale lo strumento urbanistico territoriale. Tale novità normativa statale sdogana, sotto il profilo civilistico, la fattibilità della pianificazione «perequata», introducendo, definitivamente, nell'ordinamento giuridico italiano, il diritto edificatorio con una sua specificità. Il diritto può distaccarsi dal terreno cui attiene, così da circolare autonomamente ed indipendentemente dallo stesso, anche in aree discontinue e distanti tra loro. Nonostante, il novellato art. 2643 c.c. il legislatore ha comunque inteso salvaguardare l'autonomia degli enti locali i quali, mediante lo strumento urbanistico, possono ad esempio vietare o sottoporre a limitazioni la cessione di cubatura, laddove altra norma di legge di rango sovraordinato non dispone diversamente. Detta scelta si pone, pertanto, in perfetta aderenza con la tendenza dell'ultimo decennio di attribuire una crescente importanza al cosiddetto «diritto privato regionale», specie in tema di conformazione urbanistica del territorio, al punto che alcuni Autori, in passato, avevano persino prospettato la possibilità che la normativa regionale incidesse anche sul regime della trascrizione immobiliare; cfr. sul punto G. PETRELLI, *Trascrizione immobiliare e legislazione regionale,* in *Riv. not.,* 2009, p. 733.

311 Non a caso un'attenta dottrina parla di «quasi numero chiuso» A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, *cit.,* p. 103 ss. L'Autore sottolinea nella sua opera che la costituzione di diritti reali determina di fatto una limitazione alla proprietà. Si veda anche L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* p. 15. L'Autore, premettendo, che la realità o l'obbligatorietà dei diritti edificatori va affermata, o negata, prima e indipendentemente dalla loro trascrivibilità, opta per il riconoscimento ai diritti edificatori, della natura reale in tutte e tre le loro fasi: decollo, volo ed atterraggio, purché «previsti da normative statali o regionali ovvero da strumenti di pianificazione territoriale». Relativamente al problema del requisito dell'inerenza, tipico di tutti i diritti reali, senza eccezioni per quelli edificatori, l'Autore trae argomentazioni a sostegno di una cosiddetta «inerenza differita» da altre fattispecie, già, previste all'interno del nostro codice civile con cui la volumetria in volo presenta notevoli affinità, quali la cessione di beni futuri o alla donazione a nascituri.

312 In tal senso G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità di interesse notarile, primo semestre 2011, cit.,* pp. 6-8.

313 Su tutti sia consentito rinviare a M. COSTANZA, Numerus clausus *dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Milano, 1980, pp. 421-423.

314In senso contrario si veda G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 204 ss. L'Autore sottolinea che non è il contratto di per sé a giustificare il numero chiuso ma l'interesse generale ad un ordinato assetto dei beni a garanzia di una loro corretta circolazione che implica, proprio per questo, una riserva di legge nella conformazione oggettiva della proprietà e degli altri diritti reali.

315 Favorevole a tale impostazione AA.VV, *Trattato dei diritti reali. Proprietà e possesso*, *cit.,* p. 68.

Pertanto, se l'evoluzione del sistema dei diritti reali, trae spunto da principi di ordine pubblico che a lungo ne hanno impedito il mutamento, deve ammettersi che laddove detti principi si modifichino per effetto dei cambiamenti sociali, è impensabile che con essi non mutino anche i diritti reali.

A paradigma di come il numero ed il contenuto dei diritti non sia assolutamente immutabile, si rimanda al diritto reale di superficie che, pur affondando le sue radici sin nel diritto romano, non trovava alcuna codificazione all'interno del codice del 1865[316], essendo stato reintrodotto solo nel 1942, od anche al diritto reale di servitù che, sotto taluni profili, rappresenta un'eccezione al principio della tipicità poiché è consentito ai contraenti di mutarne il contenuto a seconda delle esigenze specifiche[317].

Il richiamo alle vicende dei diritti reali, pacificamente ammesse nell'ordinamento, confermerebbe che la rigidità di tale categoria è intimamente connessa all'utilità giuridica, economica e sociale che la circolazione del bene è idonea a produrre.

Passando poi al vaglio il criterio della tipicità si rinviene un'ulteriore difficoltà: l'ipotesi ricostruttiva si scontrerebbe con il principio secondo cui una facoltà (quella di edificare) facente parte del diritto reale già tipizzato (la proprietà), non possa essere considerata come situazione soggettiva autonoma rispetto al diritto a cui essa inerisce, alla luce del divieto per i privati di scorporare tale facoltà senza fare riferimento alle figure giuridiche tipiche già riconosciute dall'ordinamento[318].

La pesante limitazione ha indotto una dottrina a formulare un'ipotesi qualificatoria della potenzialità edilizia come «bene immateriale di origine immobiliare»[319] e non come diritto, così da poterli ricondurre

---

316 La dottrina e la giurisprudenza dell'epoca deducono l'ammissibilità della proprietà superficiaria dall'articolo 448 c.c., secondo cui qualsiasi costruzione, piantagione ed opera sopra o sotto il suolo si presume fatta dal proprietario a sue spese e deve appartenergli, «sinché non si consti il contrario». Gli interpreti prevedono dunque il riconoscimento implicito di una proprietà del suolo distinta da quella al di sopra del terreno e rispetto alla quale poteva essere concesso al terzo la possibilità di provare una titolarità diversa rispetto a quella vantata dal proprietario del fondo. Si rinvia inoltre al dibattito relativo alla colonna d'aria, poiché proprio l'assenza di una disciplina relativa al diritto di superficie ha contribuito ad alimentarlo. capitolo III paragrafo 2.

317 Il diritto reale di servitù è connotato da uno schema tipico che si sostanzia nella relazione esistente tra il potere di godimento su un fondo altrui e l'utilità che ne trae il proprio fondo. Al fine di accertare la tipicità del contenuto, è necessario appurare di volta in volta quale sia l'*utilitas* che si pone alla base di tale diritto reale. Una volta che la stessa sia stata costituita nel rispetto del principio della predialità (non sono infatti ammesse servitù irregolari a *ad personam*) l'*utilitas* può invero essere costituita da qualunque vantaggio che le parti ritengano idoneo a giustificare la costituzione di un diritto reale sui fondi, stante la loro libertà di determinarne il contenuto. Al di là delle tradizionali servitù di passaggio e di presa d'acqua, si conoscono casi assolutamente diversi tra loro, quali ad esempio la servitù di taglio del legname nel bosco sito su un determinato fondo, la servitù volta a fari rispettare il limite di edificabilità in altezza di determinate costruzioni, servitù di infissioni di cassette postali, e addirittura le servitù industriali che si caratterizzano per il loro ampio contenuto. La dottrina è solita parlare di diritto reale si servitù atipico temperato dal rispetto del carattere della predialità. La stessa giurisprudenza da tempo ammette le servitù atipiche. Si vedano ad esempio Cass., Sez. II, 11 gennaio 1993, n. 171 in *Giur. civ. Mass.* 1993, p. 29; Cass., Sez. II, 10 ottobre 1975, n. 3242, in P. CENDON, *Art. 1094. Della servitù degli scoli e degli avanzi di acqua,* in *Comm. cod. civ.* Cendon*,* Milano 2011. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a P. VITUCCI, *Utilità ed interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974, p. 47 e ss.; D. BARBERO, *Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù*, in *Foro pad.*, 1957, I, p. 1044; T. CAMPANILE, F. CRIVELLARI e L. GENGHINI, *I diritti reali*, in L. GENGHINI (a cura di), *Manuali notarili*, Padova, 2012, p. 461 ss.; G. BRANCA, *Della proprietà*, *Servitù prediali (art. 1027- 1099)*, in *Comm. cod. civ.* Scialja e Branca, 3, Bologna, 1987, *passim;* C. GRANELLI, *Diritti reali tra innovazione e continuità*, in www.iuscivile.it. pp. 2 ss.

318 Tale difficoltà ha indotto la dottrina ad identificare la potenzialità edificatoria non in un «diritto» bensì in un «bene». Si veda a tal proposito il capitolo III, paragrafo 2.

319 Cfr. al riguardo il capitolo III, paragrafo 2.

nella figura giuridica già tipizzata del diritto di proprietà con conseguente estensione delle medesime forme di tutela[320].

Al di là delle numerose considerazioni cui si è fatto riferimento nei paragrafi precedenti, che inducono a non condividere le conclusioni della teoria della «reificazione», qualunque tentativo di superare il divieto di scorporare una facoltà dal diritto cui sottende è invero priva di significato, alla luce dell'introduzione del n. 2–*bis* nell'art. 2643 c.c.

Attraverso la codificazione della consolidata prassi, il legislatore, per effetto del suo intervento, ha reso i c.d. «diritti edificatori» una situazione giuridica soggettiva autonoma rispetto a quelle già esistenti e, in quanto tale, disponibile in modo separato rispetto al diritto di proprietà, senza che ciò determini alcuna violazione del limite anzidetto.

Ciò significa che nel momento in cui vi è stata la tipizzazione dell'istituto si è assistito ad un'estensione del *numerus clausus* tale da ricomprendere anche i diritti edificatori.

Il fulcro centrale di tale innovazione si può dunque rinvenire nell'urgenza di garantire una tutela *erga omnes* all'avente diritto, risultato, che è possibile raggiungere solo mediante la previsione dell'opponibilità del diritto stesso, frutto di un giudizio di prevalenza che trae origine dalla diversa forza di ciascun titolo e che dipende dalla corrispondenza ad un determinato schema normativo[321].

È innegabile come il sistema della pubblicità dichiarativa renda necessaria la tipizzazione dei diritti, cosicché quelli che possono essere oggetto di trascrizione rientrano in un elenco tassativo e definito (pur non essendo delimitati ai soli atti e contratti che producono effetti reali), ma ciò non basta.

Infatti, mentre il solo titolo è necessario per richiedere la trascrizione, l'opponibilità del diritto può essere assicurata unicamente mediante il contenuto della nota che deve riassumerne gli effetti dell'atto.

Ciò significa che non qualunque diritto, può essere trascritto, essendo invece necessario che si tratti di un diritto regolato dalla legge (dunque tipico), e che contenga altresì la previsione della costituzione, del trasferimento e della modificazione del diritto stesso[322], elementi presenti nei diritti edificatori.

È quindi innegabile come la spinta per il superamento del suddetto limite si possa rinvenire nell'art. 2643 n. 2 -*bis* c.c.[323]

---

320 Come si è già illustrato nel paragrafo 2 del presente capitolo, una simile teorizzazione permette di non disancorare la facoltà dal diritto reale cui si riferisce e, al contempo, l'interesse troverebbe comunque tutela per mezzo del diritto assoluto in cui viene attratto.

321 Il suggestivo pensiero è di S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 110. L'Autrice condivide l'idea secondo sui la novella racchiude in sé tutta la sensibilità del legislatore che, nella complessità della concorrenza delle competenze legislative in materia di governo del territorio, è intervenuto proprio sul profilo pubblicitario, provvedendo ad introdurre una norma che regolasse la circolazione dei diritti edificatori. In questo modo la creazione e l'immissione sul mercato di diritti edificatori è demandata ad un elenco aperto e multi-livello di fonti che si sostanzia in previsioni statali regionale e di pianificazione territoriale. Circostanza, questa, che invero rispecchia l'intera evoluzione normativa della prassi che, prima della codificazione i diritti edificatori ha caratterizzato la cessione di cubatura e che si riflette anche sull'utilizzo della definizione accolta dal legislatore. L'espressione utilizzata nel n. 2-*bis* fornisce dunque copertura normativa anche alle disposizioni di carattere locale che, pur nel rispetto dell'art. 117 Cost., hanno adottato per gli stessi un diverso nome.

322 A. GAMBARO e U. MORELLO, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali, cit.,* pp. 68- 69.

323 D'altra parte poiché nel settore della proprietà immobiliare, la tipizzazione dei diritti opponibili ai terzi è prevista dagli artt. 2643 e ss. c.c., la norma assume necessariamente un ruolo preponderante nella problematica in questione.

Con una precisazione: l'autonomia che tale diritto ha raggiunto per mezzo dell'espressa previsione all'interno del codice civile, attiene unicamente alla possibilità che esso possa essere oggetto di atti dispositivi per circolare liberamente.

Relativamente al suo esercizio invece, esso potrà avvenire solo in forza della simultanea titolarità dell'ulteriore situazione giuridica soggettiva, consistente nella proprietà o nel diritto di superficie, seguita dall'autorizzazione ad edificare rilasciata dall'ente territorialmente competente, entrambi imprescindibili per assicurare la fruibilità del suolo ai fini edificatori[324].

Seppure dunque al termine della disamina si giungesse a riconoscere un nuovo diritto reale, esso dovrebbe comunque interfacciarsi per il suo concreto esercizio con i poteri pubblici, differenziandosi così dagli altri diritti della medesima categoria.

4.2. Segue: l'immediatezza.

Per quanto concerne la sussistenza del carattere dell'immediatezza è necessario valutare se il titolare della potenzialità edificatoria possa soddisfare il proprio interesse senza la necessità di cooperazione altrui ma, per farlo, occorre ancor prima accertare quale sia l'interesse da soddisfare nella circolazione dei diritti edificatori.

La ragione per cui un soggetto acquista la potenzialità volumetrica da altri, anche nel caso in cui essa non «atterri» immediatamente sul fondo accipiente, è sempre legata allo sfruttamento che l'acquirente potrà trarne, che si sostanzia non solo nelle somme di denaro percepite derivanti da ulteriori scambi, ma soprattutto nella possibilità di edificare una costruzione.

Se pertanto l'interesse protetto che si cela dietro i diritti edificatori è quello della fruibilità concreta degli stessi, dubbi possono sorgere con riferimento all'esistenza del requisito dell'immediatezza.

Nel trasferimento di volumetria cedente e cessionario realizzano i propri interessi mediante la stipulazione di un contratto con effetti reali, avente ad oggetto la cubatura il cui trasferimento è immediato, senza che sorga tra gli stessi alcun rapporto obbligatorio, cosicché il cessionario può adempiere da subito alle formalità di pubblicità[325].

La trascrizione prevista ai sensi dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c., determina l'insorgenza di un titolo idoneo (l'accordo trascritto) ad essere opposto alla p. a. da parte del cessionario che richiederà il permesso di costruire proprio come avveniva in passato per mezzo dell'atto di asservimento[326].

Lo schema attuativo descritto coincide d'altro canto con quanto si verifica per il diritto di proprietà.

Il *dominus*, infatti, soddisfa il suo interesse attraverso il godimento immediato del bene, potendo esercitare sullo stesso determinati poteri senza alcuna cooperazione altrui, mentre per la concreta

[324] Si rinvia per i dovuti approfondimenti al paragrafo che segue.
[325] M. COMPORTI, *Le cose, i beni, ed i diritti reali, cit.,* p. 363.
[326] G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 47.

edificazione sul suolo, deve ottenere il permesso di costruire da parte del Comune, che rappresenta uno dei limiti alla proprietà posti nell'interesse pubblico.

Il titolare della capacità edificatoria (originario o successivo) può dunque trasferire in modo autonomo la potenzialità volumetrica (così come avviene per il trasferimento di un terreno nella sua interezza) ma all'autonomia vantata nella circolazione non ne corrisponde una equivalente nella fase della fruizione.

Se però, come si è detto, i trasferimenti di volumetria si «realizzano» solo con la concreta possibilità di costruire, allora vuol dire che l'immediatezza si ha solo nella fase della circolazione e non invece in quella dell'utilizzo.

Ciò non vuol dire che nella vicenda dei diritti reali la fase del godimento debba essere distinta dalla fase della fruizione ma piuttosto che vi sia una stretta interazione tra diritto privato e diritto pubblico in cui ogni momento è regolato dalla materia di riferimento[327].

Il cessionario non può veder realizzato il diritto di cui è divenuto titolare in modo autonomo ed immediato per effetto del solo trasferimento da parte del cedente, dovendo invece ottenere il provvedimento della p. a.[328]

L'insegnamento tradizionale della manualistica[329] stabilisce che il principale elemento distintivo tra diritti assoluti e diritti relativi, risiede nella modalità di realizzazione dell'interesse tutelato in quanto, nei primi, esso si concretizza esclusivamente attraverso il comportamento del proprio titolare, che può esercitare il suo potere *erga omnes,* mentre nei secondi, è necessaria la cooperazione di un terzo[330] tale da creare un rapporto giuridico tra due soggetti (creditore e debitore).

Se quindi il diritto assoluto si caratterizza per la relazione diretta tra un soggetto e il bene, il diritto relativo necessita della cooperazione altrui, in quanto l'interesse trova realizzazione attraverso il comportamento di un soggetto diverso dal titolare[331].

La dottrina che sostiene una separazione tra momento pubblico e privato della vicenda, ritiene che il requisito dell'immediatezza sia soddisfatto. Il cedente infatti ha la possibilità di disporre in modo

---

327 In tal senso vedi anche R. BUTTITTA, *Convenzioni di lottizzazione e cessione di cubatura,* in R. CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009, p. 423*,* che ritiene come il contratto di cessione di cubatura si sostanzi in due momenti distinti, uno regolato dalle norme di diritto privato l'altro dalle norme di diritto pubblico, in grado di mantenere ciascuno una propria autonomia senza poter esercitare tendenzialmente reciproche influenze. Si veda anche P. SALVATORE, *Nuove sembianze del* dominium: *le multiproprietà immobiliari, cit.,* pp. 73 ss.

328 In senso opposto si veda G. PETRELLI., *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria), cit.*, p. 7, secondo cui l'immediatezza sussiste e deve essere intesa nel senso che il titolare del diritto può fruirne a prescindere dall'intermediazione del soggetto cedente, confinando l'intervento della p. a. al solo controllo di carattere pubblico volto a verificare che vi siano gli estremi per il rilascio del permesso di costruire, come avviene per l'esercizio del potere di edificare esercitato sul proprio fondo, rispetto al quale non è messa in discussione la natura di diritto soggettivo.

329 N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato,* Milano, 1990, *passim*; P. PERLINGIERI*, Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento,* in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 29 ss*;* F. SANTORO-PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi,* in *Enc. dir.,* XII, Milano 1964, p. 749 ss.; P. PERLINGIERI, *Diritto civile nella legalità costituzionale,* Napoli, 1991, p. 298.

330 Si pensi alla pretesa vantata dal creditore nei confronti del debitore.

331 U. MAIELLO, *Situazioni soggettive e rapporti giuridici. Fatti atti e negozi giuridici,* VII, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato, cit*., p. 74.

autonomo della volumetria nei confronti del cessionario che, una volta acquisito tale diritto, può richiedere il permesso di costruire alla p. a.

L'effetto della trascrizione prevista dall'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. è infatti quello enunciato nell'art. 2644 c.c.[332], cosicché il contratto trascritto con cui si costituisce o si trasferisce la potenzialità volumetrica, rappresenta il titolo in virtù del quale l'acquirente è legittimato ad ottenere il permesso di costruire maggiorato dalla p. a.

Pertanto una volta che il contratto sia stato sottoposto alle formalità pubblicitarie il trasferimento della volumetria non assurge più a fonte di un rapporto a struttura obbligatoria riconducibile ad un diritto di credito dell'acquirente verso il cedente[333] che necessiterebbe per il suo perfezionarsi del successivo assenso dell'autorità comunale. A seguito della pubblicità del contratto, il titolare vanta piuttosto un diritto nei confronti dell'ente territoriale competente[334].

Il provvedimento dell'autorità comunale infatti, non attiene al perfezionamento del negozio con cui si dispone della volumetria, di per sé già valido ed efficace, riguardando invece la sola necessità di verificare la conformità del progetto alla disciplina urbanistica, così da consentire la fruizione dei diritti edificatori[335].

Tale posizione deve invece essere parzialmente rivista laddove si ritenga di dover sostenere che l'intervento della p. a. è necessario per il completamento della fattispecie.

In tal caso il contratto sottoscritto dalle parti ha sì effetti reali ma, come si avrà modo di approfondire nel capitolo IV, al consolidamento di tali effetti contribuisce in una certa misura, l'intervento della pubblica amministrazione da cui non è possibile prescindere.

---

332 L'art. 2644 c.c. dispone che «Gli atti enunciati nell'articolo precedente 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. Seguita la trascrizione, non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore». La norma enuncia la regola generale secondo la quale chi trascrive per primo prevale rispetto ai terzi che abbiano trascritto o iscritto successivamente. Ovviamente il dante causa (ossia colui che abbia alienato due volte lo stesso bene) è tenuto a risarcire il danno che abbia causato al primo acquirente che non ha trascritto per primo. Secondo la più recente impostazione, si tratta di una responsabilità contrattuale, fondata sulla violazione dell'obbligo di esecuzione del contratto in buona fede. Quanto al secondo acquirente, primo trascrivente, si discute se sia tenuto a risarcire il danno che abbia procurato al primo acquirente, sebbene consapevole della precedente vendita; nell'ipotesi che egli abbia, di concerto con il dante causa inteso frodare il primo acquirente, è responsabile in via extracontrattuale e potrebbe essere esercitata nei suoi confronti azione revocatoria. Cfr. M. COMPORTI, *Pubblicità e trascrizione,* XC, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato, cit.,* p. 1221 ss.

333 Si deve negare la sussistenza di un diritto di credito poiché l'acquirente della cubatura non avrà alcun credito verso il cedente in quanto il rapporto tra i due soggetti si è concluso immediatamente dopo la vendita e con la trascrizione del contratto, né esso può sussistere nei confronti della p. a. che in nessun caso, nemmeno a seguito di un accordo tra privati, sarà obbligata al rilascio del titolo abilitativo, in quanto più che di obbligo è bene parlare di atto vincolato alle risultanze della legge urbanistica, non sussistendo pertanto una vera propria situazione di soggezione nei confronti dei privati, (in tal senso deve precisarsi che la p .a., in presenza dei requisiti richiesti dalla legge, non ha motivo di negare la concessione della cubatura maggiore, così come avviene per il caso del diritto di proprietà, quando il titolare del fondo richiede il permesso a costruire) ma soprattutto perché l'autorizzazione della p. a. si pone nella fase successiva all'accordo tra privati, rispondendo in tal modo solo alle regole di diritto amministrativo. Si rinvia per approfondimenti al capitolo I, paragrafo 3.

334 M. COMPORTI, *Le cose, i beni, ed i diritti reali, cit.,* p. 361 ss.

335 Per maggiori approfondimenti consultare il capitolo III, paragrafo 3.

Nella fase di circolazione esiste quindi una relazione diretta tra il soggetto ed il bene, mentre in quella della fruizione vi è necessariamente la mediazione dell'organo pubblico[336].

Si precisa inoltre che,[337]l'eventuale mancanza del requisito dell'immediatezza non è di per sé tale da determinare l'esclusione della potenzialità edificatoria dal novero dei diritti reali in quanto vi sono altre ipotesi in cui il diritto esiste ma non può essere utilizzato e non per questo sono escluse da tale categoria[338].

Si pensi alla vendita di un bene futuro o ai crediti inesigibili in cui è precluso l'utilizzo immediato della *res,* ovvero all'ipoteca in cui il creditore non può dirsi soddisfatto se non mediante la collaborazione del debitore (o in ogni caso del giudice) o, ancora, alla servitù di non edificare ove il titolare del fondo servente realizza il suo comportamento non compiendo nessun tipo di potere immediato sul bene ma solo per effetto dell'astensione dal porre in essere qualunque attività[339].

Al fine di ricondurre il fenomeno in oggetto alla categoria dei diritti soggettivi, non si può infine prescindere dal risolvere lo specifico e ben più annoso problema dell'inerenza reale che impone un collegamento tra il diritto e il terreno su cui esercitarlo, connessione che talvolta, nei diritti edificatori può mancare.

4.3. Segue: verifica della sussistenza dell'inerenza reale.

Nell'esaminare i requisiti idonei a giustificare la possibile configurazione di un nuovo diritto reale, profili di particolare problematicità possono essere riscontrati nella verifica della sussistenza dell'inerenza alla *res*.

Il carattere spiccatamente reale emerge invero nella sola cessione di cubatura in cui vi è l'individuazione *a priori* del fondo cedente e di quello cessionario, cosicché in ogni fase della circolazione del diritto è possibile verificare su quale terreno andrà ad insistere la volumetria ceduta[340].

Diversamente gli strumenti perequativi, compensativi ed incentivanti, si caratterizzano proprio per la possibilità di cedere la potenzialità edificatoria indipendentemente dalla preventiva individuazione del fondo cessionario c. d. «di atterraggio».

Tale schema contrattuale implica che la potenzialità edificatoria possa essere acquistata anche da chi non sia titolare di nessuna area e che, tale diritto possa nuovamente circolare senza la necessità di individuare un fondo c. d. «di partenza»[341].

---

336 Per maggiori approfondimenti si rinvia al paragrafo 4.4. del presente capitolo.

337 Di diverso avviso è M. COMPORTI, *Diritti reali in generale, cit.,* p 60 ss. secondo cui i criteri di distinzione tra diritti assoluti e diritti relativi sarebbero oggetto di «svalutazione».

338 Tale fatto ha indotto una dottrina a sostenere il il carattere «meramente eventuale» del requisito dell'immediatezza, creato «solo per esigenze contrattualistiche derivanti dalla esaltazione dogmatica dello schema de rapporto giuridico nel quadro della concezione imperativistica del diritto». Il pensiero è di M. COMPORTI, *Diritti reali in generale, cit.,* pp. 21-28.

339 Al riguardo Cfr. M. GIORGIANNI, *Diritti reali,* in *Noviss. dig. it.,* V, Torino, 1960, p. 749 ss.

340 Cfr. F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura, cit.,* pp. 636- 637. L'Autore tratteggia i caratteri essenziali della cessione di cubatura tra cui rientra l'immediata individuazione dei fondi.

La maggiore possibilità di circolazione prevista dai diritti edificatori, si pone in contraddizione con la disciplina dei diritti reali che presuppone, invece, l'attualità della *res,* necessaria per la realizzazione del diritto e per la soddisfazione dell'interesse che ne costituisce il contenuto[342].

Gli effetti che ne derivano appaiono di particolare momento, in quanto l'interesse ad edificare non può trovare alcuna realizzazione in assenza di una relazione qualificata con il bene immobile di riferimento, ossia il suolo, con il rischio di dover escludere da questa categoria le vicende perequative, compensative e premiali sviluppatesi negli ultimi anni.

Concepire il diritto allo sfruttamento edificatorio senza il substrato materiale necessario per la sua realizzazione, vorrebbe dire negare ogni possibilità di ricondurre l'istituto alla categoria dei diritti reali per i quali è determinante l'esistenza di una relazione qualificata (mediante appunto diritto di proprietà o altro diritto reale) con il bene[343].

D'altra parte volgendo lo sguardo ai diritti reali già codificati si ha la conferma che, in tutti, l'interesse protetto trovi necessaria realizzazione per mezzo del bene cui sottende[344].

Infatti, anche quella dottrina che nega la necessaria compresenza di tutti i principi tipizzanti tradizionalmente riconosciuti, afferma l'essenzialità del carattere dell'inerenza alla *res*, connotandolo quale elemento di partizione tra diritti reali e diritti di credito [345]. Di conseguenza, se non è possibile prescindervi con riferimento ai diritti reali già conosciuti, non lo sarà tanto più nel confronto con riguardo a nuove possibili figure.

Dunque, se si vuole sostenere che l'introduzione del n. 2-*bis* abbia determinato la codificazione di un nuovo diritto soggettivo caratterizzato dallo sfruttamento della potenzialità edificatoria sul fondo, è assolutamente imprescindibile rinvenire un collegamento tra i diritti edificatori ed il suolo, ossia tra interesse tutelato e bene necessario per la sua realizzazione.

Ove l'indagine fallisse in questo intento, l'ipotesi prospettata dovrebbe essere abbandonata anche con riferimento alla cessione di cubatura, poiché, come indicato nelle premesse, sarebbe irrealistico pensare a nature giuridiche differenti per istituti che sono stati codificati sotto la medesima disposizione e con una sola definizione, solo per il fatto che possono assumere caratteri diversi[346].

---

341 Per un approfondimento dei caratteri dei diritti edificatori si veda S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* pp. 36- 37.

342 M. COMPORTI, *Le cose, i beni, ed i diritti reali, cit.,* p. 363.

343 M. COMPORTI, *Le cose, i beni, ed i diritti reali, cit.,* pp. 360-362. Il requisito dell'inerenza reale si pone come il solo degli elementi imprescindibili affinché possa configurarsi un diritto reale. In tal senso anche Giorgianni sostiene che senza il fondo mancherebbe il substrato materiale necessario per la realizzazione di quei diritti.

344 L'Autore, dopo aver ampiamente criticato il tradizionale sistema di distinzione tra diritti reali ed i diritti di credito, ritiene che la qualifica di diritto reale sia il risultato di una classificazione che deve tenere principalmente in considerazione il collegamento e l'inerenza dei poteri del titolare rispetto alla cosa su cui li esercita. M. GIORGIANNI, *Diritti reali, cit.,* pp. 751-752.

345 In tal senso M. GIORGIANNI, *Diritti reali, cit.,* pp. 751- 752.

346 In tal senso anche 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, p. 83 ss. L'Autrice sostiene che cessione di cubatura e diritti edificatori condividano lo stesso fondamento, non a caso l'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. utilizza la generica espressione di «diritti edificatori».

Emerge dunque, ancora una volta, l'opportunità di ricondurre ad unità cessione di cubatura e diritti edificatori, pur nella consapevolezza che si tratta di fenomeni differenti[347].

Un tentativo volto a recuperare il requisito dell'inerenza può rinvenirsi nell'opinione di un autore che, sempre ragionando con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive, osserva come «non sono le modalità di trasferimento quanto piuttosto quelle di realizzazione dei diritti medesimi ad orientarne la qualificazione. Per cui un diritto non sarà meno reale (e non vedrà venir meno la sua necessaria inerenza a una *res*), per il fatto che se ne consenta il mutamento di titolarità (con effetto immediato) pur in mancanza del rapporto attuale col bene»[348].

Aderendo a tale ragionamento, si deve ammettere che il diritto non possa trovare soddisfazione, ossia non possa essere esercitato, fino a che non si determini il rapporto con la *res*.

Tuttavia ciò non implica che tale relazione debba sussistere anche al momento della circolazione del diritto (mediante contratti stipulati tra privati), stante il fatto che non ne è ancora avvenuta la fruizione concreta.

Se ne può dedurre che il carattere dell'inerenza reale debba necessariamente esistere solo al momento della realizzazione del diritto, in quanto il bene si pone come presupposto, unicamente per la soddisfazione dell'interesse e non durante la circolazione.

Più semplicemente, dall'analisi della disciplina dei diritti soggettivi emerge che, in assenza di un collegamento tra il diritto e il suolo, l'interesse sotteso a quel diritto reale, non può dirsi realizzato, non rinvenendosi ciononostante alcun divieto che ne impedisca la circolazione.

Se si decide di aderire a tale impostazione «classificatoria», è possibile superare l'*impasse* riguardante l'inerenza reale, potendosi concludere che anche i diritti edificatori possono essere ricondotti alla categoria dei diritti soggettivi.

Infatti, nel momento della realizzazione finale del diritto, che coincide con la fruizione dello stesso da parte del titolare, il carattere dell'inerenza reale risulta sempre sussistente poiché quando lo sfruttamento della cubatura si compie, esiste inevitabilmente il bene (suolo) su cui esercitare tale diritto[349].

---

347 S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 83. L'Autrice nell'esaminare i diritti edificatori ritiene che non si possa disconoscere il ruolo di archetipo della cessione di cubatura rispetto alle nuove figure, per il solo fatto che si faccia riferimento a caratteri diversi che tali istituti hanno assunto sotto le spinte centrifughe delle nuove esigenze sociali, In senso contrario si vedano diffusamente A. BARUCCHI, Jus aedificandi *e proprietà dei suoli,* Torino, 1976; N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile,* Torino, 2004; A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria, cit.*, p. 6 ss. Si veda anche il capitolo I, paragrafo 4.

348 In tal senso G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 53.

349 Il venir meno, successivamente alla fase di «decollo», dell'inerenza alla *res* e la possibilità di una sua conseguente circolazione, in termini di mutamento della sua titolarità, con effetto immediato, pur in mancanza di un rapporto attuale col bene, non sono elementi sufficienti a dequalificare il diritto estromettendolo dalla categoria dei diritti reali. Ciò che appare risolutivo ai fini della qualificazione in termini di realità è la circostanza che, in nessun caso, quel diritto potrà essere esercitato in difetto di un rapporto qualificato con un suolo edificabile, cosicché sino a quel momento l'interesse protetto non potrà realizzarsi. Più precisamente, il suddetto «rapporto qualificato» che consenta l'esercizio del diritto edificatorio, in fase di atterraggio, non potrà che consistere nella titolarità, in aggiunta a quella della capacità volumetrica preesistente, di una

Certamente non può negarsi che nella categoria dei diritti edificatori il concetto di inerenza alla *res* presenti peculiarità rispetto al tradizionale assetto dei diritti soggettivi.

Si tratterebbe ad esempio dell'unico diritto reale caratterizzato da un duplice riferimento oggettivo: al fondo di partenza e a quello di atterraggio. Ciò deriva dal fatto che la volumetria è in grado di circolare da un fondo all'altro, senza dover rimanere ancorata a quello d'origine previsto dalle prescrizioni di piano.

Per quanto attiene «(…) all'inerenza reale, la particolarità risiederebbe nel fatto che essa sarebbe imprescindibile solo *ab origine*», ossia per il fondo che cede la volumetria, mentre con riferimento al momento in cui il diritto dovrà esercitarsi, essa «potrebbe essere indifferentemente immediata, come nella cessione di cubatura, o differita come nei diritti edificatori»[350].

In quest'ultimo caso, come già sottolineato, sarebbe precluso il solo concreto esercizio del diritto allo sfruttamento del suolo, mentre non vi sarebbero ostacoli per il perfezionarsi del trasferimento, come confermato d'altro canto dalla trascrivibilità immediata dell'acquisto[351].

Alla luce di quanto esposto appare plausibile ipotizzare che siano state proprio tali peculiarità ad aver spinto il legislatore a ritenere opportuna l'introduzione del nuovo n. 2-*bis* piuttosto che ricondurlo nell'alveo del n. 1 dell'art. 2643 c.c. che già si riferisce ai diritti reali.

Il numero 2-*bis* sarebbe stato concepito proprio con l'intento di disciplinare i «diritti di sviluppo»[352], che essendo del tutto peculiari e dotati di caratteristiche innovative rispetto a quelli già codificati e conosciuti dall'ordinamento, difficilmente avrebbero potuto esservi inseriti *tout court*[353].

---

situazione giuridica soggettiva quale la piena proprietà od anche il diritto di superficie del suolo interessato dall'edificazione. Vedi G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 52.

350 G.AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* pp. 51-52.

351 La titolarità di un diritto non esercitabile è, e resta, cosa ben diversa dalla titolarità di un'aspettativa d'acquisto, ancorché la linea di confine tra le fattispecie sembrerebbe in alcuni aspetti assottigliarsi. A tal riguardo appaiono chiarificatori i due esempi: il primo ha riguardo alla figura del credito sottoposto a condizione sospensiva che deve correttamente inquadrarsi nell'ambito della titolarità, attuale, di un diritto di credito esistente, ma non esigibile, come ben si desume dalla disciplina in tema di compensazione (anziché di mera aspettativa secondo quanto potrebbe suggerire la disciplina della condizione di cui all'art. 1357 c.c.). Il secondo esempio attiene alla vendita di bene da costruire in cui, diversamente dalle fattispecie afferenti alla potenzialità edificatoria, la futurità riguarda l'oggetto stesso del diritto compravenduto. Nell'ambito del diritto edificatorio, il terreno eventualmente inesistente nel patrimonio dell'acquirente al tempo del contratto traslativo della volumetria è un mero parametro di riferimento per l'esercizio del diritto compiutamente acquistato. L'assimilazione tra titolarità di un diritti edificatorio in volo e titolarità di un diritto non esercitabile è, invece, aspramente criticata da chi osserva che l'acquisto del diritto reale resterebbe, comunque, differito, eventuale e non retroattivo. Proprio il connotato della irretroattività renderebbe inaccettabile l'analogia suesposta. Così, F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione, cit.,* p. 18.

352 Come già detto, così definiti per la prima volta da S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura, cit., passim.*

353 Il duplice riferimento alla categoria dei diritti soggettivi all'interno della medesima norma consente, tra l'altro, di confutare l'opinione di chi sostiene che i diritti edificatori non possano essere considerati diritti reali, poiché in tal caso si sarebbero dovuti ricondurre automaticamente nel n. 1 e non sarebbe stata necessaria un'ulteriore previsione. L'argomentazione si esporrebbe alla critica difficilmente superabile secondo cui laddove i diritti edificatori venissero considerati diritti reali, con caratteristiche peculiari rispetto alla disciplina tradizionale, dovrebbe allora ritenersi giustificato anche un riferimento normativo *ad hoc.* In senso contrario cfr. N. PARRINO, *I diritti edificatori, la recente cass. Pen. N. 40111 del 2012 dopo la novella introdotta dal d.l. 70 del 13.05.11 art. 5 conv. Con l. 106/11 (art.2643 n.2*-bis *c.c.),* in *Diritto civile e commerciale* e in *Diritto & Diritti*, 2013, p. 6 ss.

Si potrebbe tuttavia obiettare che il ragionamento condotto non sia in grado di ricondurre nella categoria dei diritti reali tutti i casi in cui la potenzialità volumetrica circoli senza che si possa fare riferimento ad un fondo di «partenza», ossia quando la volumetria oggetto di trasferimento si trovi già «in volo»[354].

In realtà ad un primo esame, si ritiene che ciò non infici la qui proposta ipotesi ricostruttiva.

In primo luogo non è vano precisare che escludendo tale ipotesi, da quelle assoggettabili all'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. si correrebbe il rischio di violare il dettato della novella del 2011 che impone l'accesso ai registri immobiliari per tutte le operazioni relative a diritti edificatori, indipendentemente dalla modalità di circolazione[355].

Il problema può essere superato se analizzato dalla diversa prospettiva della trascrizione.

Come si è già analizzato nel capitolo I, sia nella cessione di cubatura sia nei diritti edificatori, esiste sempre un terreno rispetto al quale la volumetria è originata, mentre più difficile è identificare il suolo di atterraggio soprattutto quando la cubatura è stata oggetto di più trasferimenti in volo.

Proprio l'incompletezza del sistema pubblicitario contribuisce ad incidere negativamente sulla formazione di un mercato dei diritti edificatori. Infatti, l'incertezza circa la legittimazione del *tradens* si pone come un grave ostacolo all'utilizzo dell'istituto privando il mercato di quella certezza che lo deve caratterizzare[356].

Pertanto, quello che si deve risolvere, è piuttosto un problema di tecnica pratica, volta all'emersione pubblicitaria del trasferimento di volumetria da parte del soggetto che sia titolare dei diritti edificatori ma non di un suolo.

Se il pericolo è quello di diritti edificatori di cui non sia possibile rintracciare il fondo di origine, così violando l'inerenza alla *res*, basterà continuare a fare riferimento al terreno che li ha generati almeno fino a che non sia possibile indicare il suolo su cui andranno esercitati.

Infatti la modalità con cui il «diritto» la circola non è di per sé tale da privare il diritto edificatorio dei caratteri che possiede. Esso è a base reale indipendentemente dai successivi trasferimenti «in volo» o dal termine di riferimento oggettivo della sua futura realizzazione.

In tale peculiare ipotesi l'adempimento pubblicitario andrà allora ad accedere alla proprietà d'origine, di talché, lo scopo della trascrizione potrà considerarsi raggiunto, mediante una produzione dell'effetto «a carico» del fondo cui la cubatura atteneva all'inizio, anche laddove non sia possibile indicare l'immobile di destinazione[357].

---

354 L'ipotesi prospettata è quella in cui un soggetto abbia acquistato la volumetria pur non essendo proprietario di alcun terreno. Nel caso in cui egli a sua volta alienasse la cubatura essa si trasferirebbe, di fatto, senza un fondo di partenza.

355 Con riferimento alla dottrina favorevole all'esclusione dei diritti in volo dal dettato della novella si veda G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* pp. 53-54.

356 A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori, cit.,* p. 12.

357 La *fictio* sarebbe quella i utilizzare l'art. 2825 c.c., in virtù del quale sarebbe possibile effettuare la trascrizione del trasferimento a carico del fondo da cui la cubatura è provenuta (mediante la compilazione del quadro «B» della nota di

Più precisamente l'inerenza può essere recuperata attraverso il vincolo acceso a carico del fondo di provenienza, che si traduce nel «distacco» della capacità volumetrica dallo stesso. In tal modo si consente, in qualsivoglia «fase» versi il diritto edificatorio, la salvezza del requisito di inerenza alla *res,* prescindendo dalla circostanza che al tempo della stipulazione del contratto l'*accipiens* sia titolare o meno di un'attuale situazione dominicale sul fondo di destinazione.

Il nuovo n. 2–*bis* dell'art. 2643 c.c. sembra allora aver determinato il riconoscimento di un diritto reale suscettibile di circolare a mezzo di un negozio consensuale, connotato da una «inerenza d'origine» certa (relativamente al fondo di decollo) e da una «inerenza virtuale o differita» (rispetto al bene su cui tale diritto dovrà essere esercitato), a seconda che il fondo d'atterraggio sia già di proprietà del cessionario o meno[358].

A differenza della ricostruzione come «bene» o come «*chance*» l'identificazione di un diritto (reale) edificatorio, è più aderente al dato testuale della norma e maggiormente rispondente alla *ratio legis*, agevolando la soluzione di una serie di problematiche dipendenti dalla qualificazione giuridica dei «diritti edificatori».

4.4. Segue: caratteri del diritto reale.

Appurato che gli ostacoli che si frappongono all'individuazione di un nuovo diritto reale possono essere superati seppure ricorrendo talvolta ad alcuni artifizi, occorre in questa sede accertare l'effettiva applicabilità ai «diritti edificatori comunque denominati» del regime giuridico dei diritti reali[359].

Più precisamente i diritti (reali) «di sviluppo» consistenti nella possibilità di disporre della cubatura rappresentano una «facoltà», facente parte del contenuto del diritto di proprietà, fintanto che ineriscano al fondo da cui hanno tratto origine.

---

trascrizione), in attesa dell'individuazione del fondo su cui detti diritti andranno successivamente ad insistere. Si ritiene che per superare le obiezioni avanzate da una dottrina (Gazzoni) circa l'inapplicabilità dell'art. 2825 c.c., si potrebbe anche fare riferimento ad una diversa tecnica trascrittiva meglio descritta nel paragrafo 1 del capitolo III a cui si rinvia.

[358] In merito alla circolazione in volo non può invece condividersi, la conclusione di quella dottrina che ritiene che l'ipotesi non possa *a priori* essere ricompresa nell'art. 2643 c.c. cfr. G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 54. L'Autore ritiene che il n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. preveda la trascrizione di tutti quei diritti che presentino un substrato materiale tale da permetterne la pubblicità. Pertanto, tutti i casi in cui non sia possibile reperire l'immobile di riferimento non potrebbero *ab origine* essere ricondotti nell'art. 2643 c.c., non essendo sufficiente il semplice dato nominalistico per accedere al n.2-*bis*. I diritti che circolano in volo, per la loro stessa struttura, non sarebbero compatibili con la configurazione della norma, mancando la possibilità di operare per essi la trascrizione. Inoltre, tali particolari ipotesi, dovrebbero essere inevitabilmente escluse dalla categoria dei diritti reali poiché il principio dell'inerenza reale, seppure non deve esistere necessariamente al momento della circolazione del diritto, è tuttavia imprescindibile con riferimento al fondo che cede la volumetria, mentre nel caso di specie, secondo l'Autore tale inerenza non sarebbe rinvenibile. In realtà conducendo questo ragionamento, l'Autore cadrebbe nell'errore di violare gli stessi presupposti della propria ricerca, ossia giungere ad una soluzione univoca indipendentemente dalla modalità di circolazione dei diritti edificatori. Si ritiene dunque che i diritti edificatori in volo non possono essere esclusi dall'art. 2643 c.c. per il solo fatto della loro particolare circolazione.

[359] Infatti, anche se astrattamente i diritti edificatori sembrano poter essere ricondotti all'interno di tale categoria è necessario effettuare una «prova di resistenza» al fine di verificare l'applicabilità di quella disciplina, oltre al fatto che solo un diritto soggettivo di cui siano chiaramente identificabili gli elementi, è in grado di essere pacificamente commerciabile.

L'utilità positiva che il diritto edificatorio attribuisce al titolare del fondo corrisponde ad una delle facoltà di godimento afferenti al suolo cedente in modo non dissimile dagli altri diritti immobiliari conosciuti.

Fino al loro distacco non avrebbe infatti senso parlare di diritti reali su cosa propria in quanto essi piuttosto rappresentano e costituiscono la potenzialità edificatoria quale parte integrante del complessivo contenuto del diritto di proprietà, mentre si può parlare di autonomo diritto reale, quando il titolare dispone in favore di terzi della volumetria senza privarsi contestualmente della proprietà del suolo[360].

Gli effetti pratici che derivano da tale impostazione sono molti, basti pensare che fino al momento della loro alienazione trova applicazione la disciplina del diritto di proprietà con tutte le conseguenze del caso, quali l'imprescrittibilità della potenzialità edificatoria[361] e l'assoggettabilità alla disciplina del diritto dominicale. Diversamente, a seguito del trasferimento, tali diritti sono soggetti a prescrizione per non uso ventennale secondo le norme di riferimento degli altri diritti reali su cosa altrui.

Peraltro, l'ambiguità che si verifica a seguito del trasferimento, impone una breve digressione sulla distinzione tra *iura in re propria* e *iura in re aliena*[362], in quanto parte della dottrina ha più volte sostenuto che per i «diritti edificatori» non potrebbe parlarsi di reali su cosa altrui principalmente per due ordini di ragioni.

In primis, perché tali diritti nascono e si esercitano su due beni distinti, mentre nei diritti reali tradizionalmente conosciuti, il godimento si costituisce e sviluppa sempre sulla medesima *res* in modo derivativo e la sua legittimazione dipende dal diritto di proprietà sul bene stesso.

In secundis, perché il cessionario per effetto del contratto, fruisce del diritto di edificare su una cosa propria e non su una cosa altrui.

Deve infatti ammettersi che, seppure il cessionario si rende acquirente di una cosa altrui, nel momento del concreto utilizzo il potere di edificare è *in re propria.*

L'obiezione non priva di pregio, è stata vagliata, quando, prima della novella, si riteneva che i diritti edificatori potessero essere assimilati ad un diritto reale di superficie atipico, laddove l'elemento di

---

360 Una delle caratteristiche tipiche dei diritti reali minori risiede nella prescrittibilità per non uso ventennale, coerentemente con l'impostazione accolta, anche il diritto edificatorio dovrebbe essere soggetto a prescrizione una volta separato dalla titolarità del fondo, restando, invece, imprescrittibile quale «facoltà» insita nella proprietà di cui è titolare il proprietario del fondo da cui originano. Propendono, all'opposto, per una loro assoluta imprescrittibilità coloro che aderiscono alla teoria del diritto edificatorio come bene, sulla base del rilievo che si prescrivono i diritti non i beni. In tal senso cfr. G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 332 ss.

361 Infatti si prescrivono solo i diritti e non le «facoltà» del diritto di proprietà o i beni.

362 Si evidenzia la particolare difficoltà di qualificazione del diritto edificatorio nell'una e nell'altra categoria. Difatti, se è vero, per un verso, che tale diritto è costituito dal proprietario del fondo al pari di un diritto di godimento su cosa altrui, è altrettanto vero, per altro verso, che la volumetria si realizza attraverso l'edificazione su un terreno che è di proprietà del titolare del diritto edificatorio. Questa peculiarità varrebbe a distinguere i diritti edificatori dagli altri *iura in re aliena* che, all'opposto, si costituiscono e si esercitano sempre sullo stesso bene, facendo propendere per una sua definizione in termini di *ius in re propria.* In tal senso si esprime F. P. TOMEO, *I diritti edificatori e la pubblicità legale. Relazione al Convegno svoltosi a Rimini (17 settembre 2011),* in *Il trasferimento dei diritti edificatori: profili civilistici e bancari,* come richiamato da B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013, p. 100.

atipicità si rinveniva nello sfruttamento della potenzialità volumetrica sul fondo proprio e non su quello di terzi.

Tale fatto veniva considerato come l'espressione di una peculiarità di quel diritto, modulato secondo la volontà e le esigenze delle parti.

L'argomentazione in passato è stata rigettata principalmente per l'impossibilità di derogare al principio del *numerus clausus* per effetto della sola volontà dei contraenti e non, invece, per le specifiche modalità di esercizio del diritto *in re propria.*

Dopo la novella la struttura dell'istituto, in forza del carattere di maggiore autonomia assunto dalla potenzialità volumetrica, sembra inoltre distanziarsi dal diritto reale di servitù che, caratterizzato dal tratto della predialità, circola necessariamente con il fondo su cui è stata costituita.

Sembra allora che l'ipotesi esaminata mostri maggiori somiglianze con il diritto di superficie.

Si tratterebbe di un diritto reale con delle proprie peculiarità e caratterizzazioni, tali da distinguerlo nettamente da quelli già esistenti.

Muovendo da tale considerazione si ritiene di poter sostenere che fino a che il titolare non dispone della potenzialità edificatoria essa è una «facoltà» del fondo, diventa *ius in re aliena* nel momento in cui il *dominus* la trasferisce indipendentemente dal suolo, permettendo una futura costruzione (diritto di fare), mentre già con il perfezionamento del contratto viene riassorbita nel fascio dei diritti che compongono la proprietà dell'acquirente integrandola[363] e maggiorandola.

Quando infatti la costruzione viene ad esistenza, il mantenimento della stessa è legato alla titolarità del suolo su cui il diritto è esercitato, con ciò differenziandosi dal diritto di superficie[364].

La natura di diritto reale su cosa altrui si esplica dunque in un breve lasso di tempo, ma è proprio in virtù di quell'attimo che il titolare può disporne come diritto separato dal suolo[365].

Può allora sottolinearsi come la principale caratteristica risieda nel fatto di possedere sia le qualità del diritto di proprietà che quelle del diritto reale di superficie[366].

---

363 P. SALVATORE, *Nuove sembianze del* dominium*: le multiproprietà immobiliari, cit.,*p. 74, l'Autore sottolinea, con riferimento al multiproprietà, come le innovative figure giuridiche che trovano spazio nell'ordinamento italiano si caratterizzino, tra le altre cose, per una nuova concezione dell'elemento temporale che differisce dalla tradizionale concezione dei diritti reali.

364 In tal senso si veda la Circolare dell'Agenzia delle Entrate 1/E/2013.

365 Si rinvia al riguardo al capitolo IV, paragrafo 1.

366 Vedi L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali, cit.,* pp. 4-6. L'Autore, ripercorrendo le tappe della problematica giuridica prima della novella del decreto sviluppo, interrogandosi sulla possibilità che i diritti edificatori, quali utilità separata dalla proprietà del suolo sorgente, possano recare con sé l'inconveniente di creare un diritto di superficie atipico, conclude nel senso di ritenere che il riconoscimento dei diritti edificatori nel nostro ordinamento comporta l'odierna possibilità, in passato sconosciuta, di separare dal suolo il diritto di edificare, espressione di una delle «facoltà» della proprietà, attraverso la sola creazione del diritto edificatorio quale nuovo diritto reale su cosa altrui. I diritti edificatori degradano, dunque, a «facoltà» insite nel diritto, pieno ed assoluto, del proprietario del suolo fintantoché sono nella titolarità di questi, mentre assurgono a *iura in re aliena* nel momento in cui il proprietario del suolo li aliena a terzi, separatamente dalla proprietà del suolo stesso. Si tratterebbe, in conclusione, di una vicenda analoga a quella del godimento di un bene che è una mera «facoltà» del proprietario fin quando, questi, non la costituisca in favore di un terzo, di talché assurge a diritto autonomo e reale d'usufrutto su quello stesso bene.

Della prima avrebbe alcune delle capacità pur difettando del nesso stringente con la *res*, mentre della seconda presenterebbe le stesse modalità di esercizio in quanto, al pari della superficie, si determina il distacco e l'autonomia di una «facoltà», coincidente con la potenzialità edificatoria, dal fondo di origine. Differirebbe invece dalla stessa perché i «diritti edificatori» vengono esercitati sul fondo proprio e non su un terreno altrui[367].

Infatti in mancanza di una normazione del profilo sostanziale del nuovo diritto, si ritiene possibile ricavare la disciplina ad esso applicabile mediante l'interpretazione sistematica delle norma del codice e delle altre leggi speciali, unitamente a quanto volontariamente previsto dai privati.

L'ordinamento sembra infatti riconoscere ai privati degli spazi di autonomia nella definizione dei poteri e delle facoltà, degli obblighi e dei limiti del diritto reale con il risultato di poterne conformare il contenuto laddove manchi una previsione di legge che disponga altrimenti[368].

Riportando il pensiero di una dottrina «Se si accetta la prospettiva del diritto edificatorio (…) come nuovo diritto reale espressamente previsto dal legislatore, possiamo dire, in via di prima approssimazione, che il diritto edificatorio è il diritto di fare una costruzione, diritto distinto e autonomo rispetto alla costruzione per la cui effettuazione occorrerà il consolidamento del diritto edificatorio con il diritto di proprietà di un suolo».[369]

La qualificazione come diritto reale risolverebbe inoltre un ulteriore problema di carattere pratico sorto dopo i primi anni di applicazione pratica dell'istituto.

A seguito della crisi immobiliare molti costruttori hanno acquistato «diritti edificatori» approfittando dell'abbassamento prezzi per poterli utilizzare o rivendere in un momento più propizio. L'incetta di volumetria ha contribuito ad amplificare la crisi immobiliare anche per l'incertezza dell'utilizzo, da un punto di vista temporale, di tali diritti.

Per queste ragioni molti Comuni stanno proponendo normative atte ad introdurre limiti di tempo all'esercizio della potenzialità volumetria una volta che la stessa sia acquistata, così da determinare il venir meno del diritto per non uso entro un certo periodo.

Un autore ha correttamente osservato che in assenza di una specifica norma di legge gli enti locali non sarebbero legittimati ad imporre tale decadenza[370].

---

367 Anche l'Amministrazione finanziaria statale, di recente, si è espressa in favore della configurazione del diritto edificatorio quale diritto reale di godimento, distinto rispetto alla proprietà. Difatti nella Circolare 1/E/2013, disponibile su www.agenziaentrate.gov.it, l'Agenzia delle Entrate precisa che il diritto di costruire per il *quantum* di volumetria disponibile rientra a tutti gli effetti nell'ambito di applicazione delle imposte sui redditi e può essere oggetto di rivalutazione e di cessione in modo autonomo, applicando, alla fattispecie, il regime fiscale previsto per le cessioni di diritti reali.

368 Con riferimento ai margini di autonomia privata per la definizione del contenuto delle situazioni reali si veda M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, *cit.,* pp. 149-153; con riferimento alla possibilità per i privati di modulare il contenuto del diritto di servitù si veda D. BARBERO, *Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù*, in *Foro padano*, 1957, I, c. 1043.

369 Il pensiero è di L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* p. 14.

370 A. BARTOLINI, *Perequazione urbanistica e trasferimento dei diritti edificatori la natura giuridica dei diritti edificatori: profili pubblicistici*, *cit.,* p. 4. Per l'Autore l'unico caso possibile sarebbe quello di diritti patrimoniali che non sono legati al fondo ma da un comportamento del soggetto.

Si ritiene a tal proposito che la disciplina dei diritti reali potrebbe offrire un rimedio all'operato dei Comuni senza la necessità di una previsione normativa e soprattutto senza incorrere in alcun comportamento illegittimo[371].

Applicando la prescrizione per non uso ventennale propria dei diritti reali, si potrebbe infatti ovviare alle esternalità derivanti dal mancato utilizzo della potenzialità volumetrica da parte di coloro che se ne siano resi acquirenti, così superando la necessità di un ulteriore intervento del legislatore.

Peraltro è bene precisare che se questo è lo schema attuativo del diritto reale edificatorio di nuova formazione, l'autonomia rappresenta un elemento attinente esclusivamente al piano della circolazione, tale da garantire atti dispositivi della cubatura[372].

Infatti, se da un lato il titolare dei diritti edificatori ha la possibilità di disporre discrezionalmente della potenzialità volumetrica, determinandone il distacco dal fondo, dall'altro, come già messo in luce, l'acquirente necessita per il suo concreto esercizio del consolidamento con la proprietà di un terreno suscettibile di edificazione e dell'autorizzazione della p. a.[373].

Anche se la soluzione proposta è la più rispondente al dato normativo e si pone in linea con gli orientamenti ricostruttivi diffusi antecedentemente alla novella[374], non può negarsi che essa impone di ammettere l'esistenza di un diritto reale non privo di peculiarità[375].

Non si deve infatti dimenticare che oltre ai caratteri evidenziati nel corso della trattazioni, tale diritto si distingue dagli altri perché si interfaccia obbligatoriamente con il provvedimento pubblico, necessario affinché la volumetria circolante possa essere utilizzata su un terreno.

Le problematicità inerenti alla natura giuridica impongono di dare atto nei successivi capitoli dell'applicazione concreta dell'istituto con riferimento ad ipotesi già tipizzate, al fine di verificare se le soluzioni proposte da un punto di vista teorico siano valide anche a livello applicativo.

---

371 Si veda al riguardo l'esperienza della Regione del Friuli Venezia Giulia che impone l'indicazione di un tempo massimo entro il quale i diritti edificatori dovranno essere esercitati. Sul punto si veda la nota 69 del paragrafo 4, capitolo IV ed anche G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 440 ss.

372 La specificità del diritto edificatorio, come tipizzato dal legislatore, risiede nella particolare inerenza alla *res*, propedeutica e funzionale alla sua realizzabilità, che può presentarsi come immediata o differita rispetto all'acquisto. Detta ultima ipotesi, d'inerenza differita, anche nota come «inerenza virtuale», non impedisce, ad ogni buon conto, il perfezionarsi della fattispecie traslativa che, d'altro canto, è d'immediata trascrizione. La realità dei diritti edificatori di cui al suddetto n. 2–*bis* deve essere, invece, ricercata nel diverso requisito d'inerenza cosiddetta «di origine» che esprime il legame, necessario ed imprescindibile, con un fondo sorgente. In tal senso vedi G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 55.

373 Oltre al fatto che il cessionario per la concreta fruizione della volumetria dovrebbe necessariamente richiedere il permesso di costruire alla p. a. che però si pone esternamente al contratto e come tale è soggetto alle sole regole di diritto amministrativo.

374 L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* p. 3 ss.

375 Il riferimento che si è deciso di inserire in sede di conversione afferente ai contratti costitutivi e modificativi dei diritti edificatori complica l'attività interpretativa, in quanto è stato affermato da una dottrina che l'introduzione della trascrizione per gli atti costitutivi potrebbe avere effetti solo piano della pubblicità notizia (stesso effetto tra l'altro la trascrizione avrebbe per le successive determinazioni da parte della p. a. sul diritto edificatorio o sul permesso di costruire rilasciato al cessionario). È bene sottolineare inoltre che proprio la mancanza di un sistema pubblicitario completo ostacola la creazione di un mercato. Cfr. G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori, cit.,* pp. 389-405.

CAPITOLO III

Vicende della potenzialità edificatoria. Nuove ipotesi applicative.

Sommario: 1. Funzione ed efficacia della trascrizione nei contratti aventi ad oggetto i «diritti edificatori». – 1.1. Segue: operatività della trascrizione nella cessione di cubatura. – 1.2. Segue: strumenti di certificazione della volumetria. Il registro dei diritti edificatori ed il certificato di destinazione urbanistica. – 2. I negozi aventi ad oggetto la potenzialità edificatoria. Ipotesi dubbie. – 2.1. Segue: il contratto preliminare.– 2.2. Segue: l'ipotecabilità e la costituzione in pegno. – 2.3. Segue: la divisione. – 2.4. Segue: il conferimento in società. – 2.5. Segue: il fondo patrimoniale. – 2.6. Segue: la donazione. – 2.7. Segue: la circolazione *mortis causa.*

1. Funzione ed efficacia della trascrizione nei contratti aventi ad oggetto i «diritti edificatori».

Particolare attenzione deve essere posta nella trattazione della disciplina della trascrizione dei «diritti edificatori» non solo perché l'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. rappresenta il punto di partenza dell'intera ricerca[376] ma anche e soprattutto perché la materia della trascrizione reca con sé tutte le problematiche attinenti al rapporto tra tutela della circolazione interprivatistica (alla cui certezza il n. 2-*bis* intende contribuire) e modalità di esercizio del potere pubblico di governo del territorio.

L'importanza della disposizione dipende inoltre dalle ragioni sottese all'emanazione della norma.

Infatti, prima della novella, il contratto di trasferimento della volumetria non aveva evidenza nei registri immobiliari.

Il dibattito sulla natura giuridica era alimentato principalmente dalla necessità di rendere gli scambi opponibili ai terzi con l'intento di favorire la circolazione della potenzialità edificatoria, stante l'assenza di una specifica norma che li disciplinasse.

È stata questa la ragione per cui, prima della novella, si sono diffusi molteplici orientamenti, primo tra tutti quello della servitù atipica[377].

Il successo di tale teorizzazione dipendeva proprio dal fatto che essa non solo si adattava allo schema della cessione di cubatura ma permetteva anche di accedere al meccanismo della trascrizione tutelando la posizione degli acquirenti e dei terzi aventi causa.

Ora che il legislatore ha espressamente regolato la fattispecie, è possibile svincolarsi dalle ricostruzioni antecedenti alla novella per concentrarsi sul numero 2-*bis.*

La centralità del dato normativo, che consente di ricondurre il contratto all'interno di quelli con efficacia reale anziché obbligatoria[378], rende opportuno individuare gli ambiti applicativi della novella

[376] Ciò consente di trarre spunti per completare l'esame dell'istituto ed avvalorare le affermazioni cui si è giunti sino a questo momento della trattazione.

[377] Per approfondimenti si rinvia alle «considerazioni inctroduttive», paragrafo 1.

[378] In senso contrario vedi M. SPAGNUOLO, *La cessione di cubatura e le varianti urbanistiche*, nota a sentenza Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2011, n. 4134, in *Ufficio Tecnico,* n. 10, 2011, in www.unitel.it. L'istituto della cessione di cubatura, pur ricevendo

che, mossa dall'esigenze di reperire regole di circolazione sicure ed uniformi, ha sancito l'espressa trascrivibilità dei «contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale»[379].

Poiché tuttavia «(…) la trascrivibilità sancita dalla nuova norma inserisce un tassello nel sistema pubblicitario che rischia di rivelarsi debole, se solo si considera che il trasferimento dei diritti edificatori rappresenta un segmento di circolazione a titolo derivativo (o, se si vuole, costitutivo-derivativo), a monte e a valle del quale si collocano vicende che sfuggono (tendenzialmente) alla segnalazione pubblicitaria»[380], è opportuno individuare nello specifico i casi a cui il legislatore ha fatto riferimento per discernere l'efficacia della formalità pubblicitarie[381].

Infatti a seconda dell'interpretazione a cui si decida di aderire è possibile rinvenire uno o più effetti trascrittivi[382].

---

nuova linfa a seguito del decreto legge 70 del 2011, continua ad ottenere una disciplina alquanto scarna, limitata alla previsione della trascrizione dei relativi contratti al fine di garantire la certezza nella circolazione dei diritti edificatori. Al di là del disposto normativo, rimangono, a parere dell'Autore, condivisibili i tratti distintivi di questo contratto tracciati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, con sufficiente chiarezza, prima della riforma. Il negozio in questione, presupposto del provvedimento amministrativo, ha pur sempre un'autonoma rilevanza tra le parti quale contratto ad effetti obbligatori, con oneri di forma e di trascrizione, avente natura preparatoria al trasferimento di volumetria che non può che realizzarsi, soltanto, con il provvedimento amministrativo discrezionale e non vincolato. L'Autore ritiene che dal punto di vista dell'inquadramento giuridico, la cessione di volumetria continuerebbe a rappresentare, ancora oggi, una «fattispecie complessa» in cui gli atti posti in essere nell'*iter* procedimentale sarebbero improduttivi di effetti. In tale fattispecie confluirebbero, sul piano dei presupposti, dichiarazioni private nel contesto di un procedimento di carattere amministrativo. In tal senso si sono espresse anche le prime pronunce della giurisprudenza amministrativa, relativamente alla natura della cessione di cubatura, successivamente all'entrata in vigore della riforma, che non paiono discostarsi dalla ricostruzione della fattispecie quale contratto ad effetti obbligatori, avente natura di atto preparatorio al titolo edilizio maggiorato. In altri termini, l'intervento di cui all'art. 5 decreto legge 70 del 2011 non avrebbe altro scopo che quello di ampliare l'elenco tassativo degli atti soggetti a trascrizione inserendovi, appunto, la categoria in questione, genericamente definita. In tal senso vedi la Sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 26 luglio 2012, n. 2097, come riportata da 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, p. 379.

379 Il fatto che la Novella sia stata inserita nell'art. 2643 c.c. determina la conseguente applicazione di tutto il sistema normativo facente capo alla trascrizione. Nonostante nell'elenco riportato nella norma il «trasferimento» preceda curiosamente la «costituzione» e la «modifica», si è deciso di prendere le mosse dalla trascrizione degli atti che costituiscono diritti edificatori. Si ritiene infatti che si tratti di una svista nella redazione della norma, come tale superabile.

380 L'affermazione è di G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 54 e racchiude in sé tutte le preoccupazioni relative al rapporto tra la fase regolata dalle norme di diritto privato e quella regolata dalle norme di diritto pubblico.

381 La pubblicità attuata mediante la trascrizione degli atti nei registri immobiliari è organizzata su base personale e non reale, in quanto deve sempre essere eseguita contro e a favore di una persona fisica o giuridica. A tale sistema su base personale, si accompagna il carattere dichiarativo e non costitutivo della trascrizione. Per maggiori approfondimenti cfr. G. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *cit.,* p. 399.

382 Il risultato percepibile è quello dell'esistenza all'interno della disposizione di una trascrizione ai fini dell'opponibilità, per quanto concerne le vicende privatistiche della costituzione, del trasferimento e della modificazione dei diritti edificatori (c.d. pubblicità dichiarativa), mentre in senso opposto nessun obbligo pubblicitario è previsto per gli interventi della p.a. (di cui tra l'altro non è fatta espressa menzione nella norma). La norma parla espressamente di «contratti» da ciò sembrerebbe che debbano quindi essere escluse dall'emersione pubblicitaria, tutte le ipotesi in cui la costituzione o la modifica dei diritti edificatori trovino origine in un atto amministrativo. Gli atti amministrativi hanno infatti una valenza *erga omens* ragion per cui non trovano riscontro nei registri immobiliari. Come si avrà modo di sottolineare nel prosieguo della narrazione, parte della dottrina ritiene che sia opportuno operare l'incorporazione del provvedimento pubblico in un titolo o riprodurne il contenuto mediante un atto ricognitivo dei privati, in tal modo trascrivibile. Invero la dottrina che sostiene la reificazione della volumetria, nel tentativo di giustificare la locuzione «costituiscono» asserisce che essa si riferirebbe non ai contratti con cui i privati creano i diritti edificatori, bensì ai provvedimenti della p. a. che li generano, trascurando in questo modo, la portata letterale della norma che parla invece espressamente di contratti per tutte e tre le ipotesi di formazione dei diritti

Per quanto concerne i contratti costitutivi[383], se è vero che di regola la creazione dei diritti edificatori non può essere il risultato della volontà privati, rientrando la stessa nell'ambito delle potestà inerenti al governo del territorio spettanti esclusivamente alla p. a.,[384] non può trascurarsi che la norma si riferisce esplicitamente a «i contratti», richiamando in tal modo vicende a sfondo privatistico che rappresenterebbero ipotesi diverse rispetto alle vicende pianificatorie regolate dal diritto pubblico.

Si è più volte sottolineato come i diritti edificatori trovino la loro genesi nella pianificazione territoriale regolata dal diritto pubblico, o al massimo in accordi tra privati e pubblica amministrazione sostitutivi del provvedimenti pubblico, come invero avviene per la compensazione e l'incentivazione[385].

Il riferimento ai «contratti costitutivi» sembrerebbe mal adattarsi ai provvedimenti pubblici con carattere previsionale. Essi infatti hanno già *in re ipsa* un'efficacia *erga omens,* non necessitando dell'adempimento di specifiche formalità pubblicitarie per la produzione degli effetti, a differenza di quanto invece avviene nel caso in cui siano i privati a costituire negozialmente i diritti edificatori[386].

---

edificatori. L'Autore afferma inoltre che i provvedimenti della p. a. sarebbero passibili di pubblicità immobiliare. Ovviamente potrebbe trattarsi unicamente di pubblicità notizia per il fatto che i provvedimenti pubblici non trovano generalmente alcun riscontro pubblicitario nei registri immobiliari. Cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 391 ss. Altra parte della dottrina ha manifestato invece numerose riserve circa la necessità di simile formalità. Su tutti, G. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *cit.,* p. 229, Pur negando la trascrivibilità dei provvedimenti pubblici nei registri immobiliari, l'Autore sostiene che la potestà in materia di governo del territorio spetti alla pubblica amministrazione, non essendo immaginabile che i diritti edificatori possano essere costituiti o modificati da accordi intercorsi tra privati.

383 La categoria degli atti costitutivi, è stata introdotta dal legislatore in sede di conversione del decreto legge 70 del 2011 con la L. 106 del 12 luglio 2011. Secondo la dottrina meno recente la costituzione avrebbe fatto riferimento alla prima cessione di cubatura con cui il privato determina il distacco della potenzialità edificatoria dal proprio fondo per trasferirla ad altrie il trasferimento della stessa avrebbe riguardato invece la circolazione successiva, venendosi così a creare un vero e proprio potere del privato mediante l'utilizzo di un contratto derivativo- costitutivo suscettibile di circolazione.

384 G. PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a diritti edificatori, (c.d.cessione di cubatura o di volumetria), cit.,* p. 8. L'Autore sostiene che il contratto sarebbe costitutivo di una servitù prediale. Tale teoria, a dire il vero molto risalente, ha trovato una forte obiezione nell'affermazione secondo cui l'origine della volumetria non può mai dipendere dalla volontà promanata, dai privati perché è invero sempre devoluta alla pubblica autorità. Si sottolinea che se ciò è vero per quanto concerne l'assegnazione astratta del potere di edificare ad ogni singolo fondo, non può esserlo anche con riferimento al potere dei privati di costituire tale potenzialità a favore di altri soggetti.

385 Per maggiori approfondimenti cfr. P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino, 2011, p. 202 ss. Seppure, come ribadito da più pronunce della Corte costituzionale, lo *ius aedificandi* è connaturale al diritto di proprietà, esso non è più inviolabile ed illimitato venendo anzi conformato dai poteri pubblici. La pubblica autorità è infatti la sola a poter determinare in sede di pianificazione la volumetria da assegnare ad ogni territorio ed a fissare le regole per la circolazione della stessa ed è sempre in sede di piano urbanistico, seppur per effetto di contrattazioni tra privati e p. a. che i primi possono ottenere la potenzialità volumetrica con funzione compensativa o premiale, nei limiti della legislazione urbanistica vigente.

Quando la volumetria è attribuita al fondo per effetto del provvedimento pubblico essa diviene tuttavia parte integrante del diritto di proprietà «confondendosi» con il *dominium*, cosicché sono i contratti a costituirla quale entità autonoma e distinta in grado di poter circolare separatamente dal terreno

386 In questa ottica avrebbe avuto concreto significato la proposta di emendamento all'originaria disciplina del decreto sviluppo, che in sede di conversione avrebbe previsto l'introduzione di un nuovo articolo 2645-*quater* c.c., volto ad assoggettare a trascrizione anche gli atti in virtù dei quali i diritti edificatori vengono acquistati in origine, o modificati in seguito (anche di natura amministrativo-urbanistica). Quella modifica tuttavia è stata abbandonata in sede di conversione. In realtà ove si attribuisse un significato pregnante all'altra modifica testuale introdotta, e precisamente quella relativa all'idoneità del contratto a «costituire» il diritto edificatorio come situazione giuridica soggettiva autonoma, la mancata trascrizione degli atti che, a monte di quella costituzione, hanno la sola funzione di «prevedere» quei diritti determinando in tal modo la possibilità della loro futura costituzione, è possibile comprendere meglio la portata dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. Infatti, se la trascrizione attiene a vicende acquisitive a titolo derivativo, sarebbe improprio attrarre, ad es., anche la previsione di piano (o il diverso atto che «preveda» i diritti edificatori) nella catena dei passaggi che dà luogo a quelle vicende. In tal senso di veda G.AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 55.

È quindi opportuno distinguere la previsione dei diritti edificatori effettuata, in sede di pianificazione dalla p. a., dal caso in cui siano i privati a costituire detti diritti mediante atti negoziali che determinano la separazione della «facoltà» di edificare dalla proprietà del suolo[387].

Inoltre tradizionalmente i provvedimenti pubblici non trovano spazio nei registri immobiliari, per accedere ai quali dovrebbero essere di volta in volta inseriti in un atto ricognitivo trascrivibile.

La convenzione che replicasse l'atto pubblico garantirebbe l'adempimento delle formalità pubblicitarie[388] ma, di converso, gli aggravi per la procedura sarebbero evidenti in termini di costi, di tempo e con riferimento alle modalità attuative.

---

[387] In tal senso si veda A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori fra tecniche perequative e compensative, cit.,* p. 5. L'Autore riconosce che tramite la c.d. urbanistica negoziata, fatta di accordi tra le parti interessate, è possibile conformare in via pattizia lo *ius aedificandi*, con l'effetto che si potrebbero creare negozi volti a costituire diritti edificatori tali da dover essere trascritti laddove la p. a. agisse nella veste di soggetto privato. Tuttavia lo studioso rileva correttamente come l'esigenza di rendere pubblici i contratti inerenti alla circolazione dei diritti edificatori è quella di tutelare i soggetti terzi in buona fede pertanto la necessità della trascrizione non sussisterebbe laddove una delle parti contrattuali sia la p. a. per il principio in virtù del quale essa dovrebbe sempre operare correttamente. Si ritiene di dover dissentire da una simile impostazione solo nel caso in cui la p. a. agisca *iure privatorum* mentre ciò non è necessario tutte le volte in cui l'amministrazione operi nella sua veste di ente pubblico quale regolatore della pianificazione territoriale.

[388] In senso contrario si veda che la previsione della trascrizione per gli atti pubblici costitutivi di tali diritti, troverebbe inoltre riscontro proprio nell'ambito dell'art. 2645 c.c. che impone debba rendersi pubblico mediante la trascrizione « (…) ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti reali immobiliari alcuno degli effetti e dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c., salvo che dalla legge non risulti che la trascrizione non sia richiesta o che è richiesta a scopi diversi».

Tale disposizione non può essere interpretata sino a poter prevedere la trascrizione del piano regolatore generale. Le due disposizioni si trovano in stretta connessione tra loro in quanto l'art. 2643 c.c. definisce ed elenca gli atti tipici, mentre l'art. 2645 c..c dal canto suo indica gli effetti, a loro volta tipici, prodotti da questi atti. Si veda F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 481. Ciò vuol dire che per gli atti indicati dall'art. 2645 c.c. non rilevano né la struttura né la natura giuridica, quanto piuttosto gli effetti, cosicché qualunque atto che produca egli effetti di cui all'art. 2643 c.c. potrà essere trascritto. Con una precisazione. Aderendo all'impostazione secondo cui gli atti debbano essere trascritti in funzione degli effetti tipici e formali prodotti, ne deriva che devono essere necessariamente trascritti gli atti ed i provvedimenti aventi ad oggetto i diritti edificatori che rientrino nel perimetro tracciato dalla norma, mentre si dovrà escludere la pubblicità per ogni altra fattispecie estranea al dato letterale della disposizione, si pensi alle ipotesi estintive. È opportuno inoltre sottolineare che il dato normativo cui si è fatto riferimento richiede la trascrizione, non solo degli atti aventi natura convenzionale, bensì anche di quelli procedimentali e ciò impone inevitabilmente una riflessione circa la difficoltà di trascrivere gli atti amministrativi quali i piani regolatori o piani attuativi relativi a specifiche aree, intimamente connessi con la disciplina della cessione di volumetria. Probabilmente proprio in questa prospettiva, è stata avanzata una proposta di emendamento all'originaria disciplina introdotta con il decreto sviluppo, che mirava appunto ad emanare, in sede di conversione, l'art. 2645-*quater* c.c. volto anche ad assoggettare a trascrizione anche gli atti di natura amministrativo- urbanistica, dai quali i diritti edificatori originano. In realtà tale modifica così come descritta alla nota 13 del presente capitolo, è stata abbandonata in sede di conversione e la norma ha conseguentemente assunto connotati diversi. Inoltre la trascrizione degli atti amministrativi individuati (che comunque avrebbe solo valore di pubblicità notizia), dovrebbe tra l'altro essere rimessa necessariamente alla valutazione dell'ente territoriale. Emerge infatti che l'esecuzione di una simile formalità sarebbe il più delle volte esclusa stante l'assenza di un titolare dei diritti reali fino all'attribuzione ad un privato; ciò perché come già precisato gli strumenti urbanistici sono infatti tendenzialmente costruiti su base oggettiva e ciò configge inevitabilmente con la disciplina della trascrizione che è su base personale e non reale.

Non si tratterebbe nemmeno della trascrizione indicata dall'attuale art. 2645–*quater* c.c., che prevede l'adempimento di formalità pubblicitarie per gli atti costitutivi di vincoli su beni immobili a favore dello Stato, delle regioni e di altri enti pubblici come le province ed i Comuni, o ancora di enti che svolgono servizi di interesse pubblico. La norma si riferisce infatti unicamente a vincoli pubblici, derivanti da atti o provvedimenti, in grado di incidere sul contenuto del diritto di proprietà e non invece alla trascrizione di atti di natura amministrativo urbanistica in forza dei quali hanno origine i diritti edificatori. Le differenze tra le due norme sono in verità molto evidenti, in quanto nel primo caso si ha un vincolo di natura obbligatoria che non determina in capo al beneficiario una situazione soggettiva attiva riconducibile ad un diritto reale sul fondo di cui è titolare, inoltre ciò che può essere oggetto di circolazione non è la situazione soggettiva connessa al vincolo ma unicamente il bene gravato dal vincolo stesso. Nella norma che invece si riferisce ai diritti edificatori, non si riscontra alcun vincolo quanto piuttosto una situazione giuridica soggettiva, qualificabile con ogni probabilità, come si è avuto modo di approfondire, come diritto reale, che può circolare, nel rispetto di determinate regole senza che debba essere

Si pensi al fatto che mentre la pubblicità della convenzione privatistica ha valore dichiarativo, nei casi di provvedimenti pubblici inseriti in un atto ricognitivo essa avrebbe valore di sola pubblicità notizia.

Inoltre, poiché la finalità della trascrizione è quella di garantire i terzi, tale esigenza non sussiste quando una delle due parti è la p. a. per la presunzione di correttezza dell'azione dei poteri pubblici.

D'altra parte se la trascrizione attiene a vicende acquisitive a titolo derivativo, è improprio attrarvi le previsioni di piano che ponendosi a monte nella catena circolatoria sfuggono alle vicende pubblicitarie[389].

La ragione dell'inserimento del termine «costituire» nell'art. 2643 n. 2–*bis* c.c. (per la verità assente nella formulazione originaria della norma), sembra allora risponde all'esigenza di riconoscere una maggiore rilevanza al ruolo del contratto quale veicolo della volontà privata attraverso cui le parti non solo possono perseguire i loro interessi ma possono altresì incidere sul contenuto del diritto[390].

In tal modo sembra potersi garantire una maggiore certezza alle vicende della volumetria a monte ed a valle della quale si collocano provvedimenti della p. a. non assoggettabili al sistema pubblicitario, così da completare la catena delle trascrizioni volta ad assicurare l'ultimo avente causa[391].

Spostando l'attenzione sulla seconda parte della norma, quella relativa ai «contratti che modificano i diritti edificatori», potrebbero sorgere alcune perplessità se ci si arrestasse ad una prima lettura della disposizione.

Infatti generalmente i privati non hanno la possibilità di modificare mediante un contratto il contenuto dei diritti edificatori, in quanto tale prerogativa è riconosciuta unicamente alla pubblica amministrazione.

Prendendo le mosse dalle considerazioni poc'anzi effettuate si ritiene che le ipotesi a cui il legislatore abbia voluto fare riferimento siano piuttosto quelle in cui le parti possono incidere contrattualmente sulla «misura» della volumetria da trasferire, sul «luogo» di atterraggio o sulla determinazione di specifiche riserve a favore del titolare o di altro soggetto[392].

---

necessariamente collegata al fondo, acquisendo nuovamente la qualità di «facoltà» proprietaria inerente al terreno, solo al momento dell'atterraggio e quindi della concreta utilizzazione. In tal senso si veda anche G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* pp. 562- 563.

389 Secondo parte della dottrina l'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. si riferirebbe altresì alla pubblicità notizia cui sarebbero soggetti i provvedimenti pubblici. Tuttavia tale pubblicità, tra l'altro ammessa solo nei casi espressamente previsti dalla legge, non consentirebbe di risolvere i conflitti circolatori, dovendo ritenersi estranea all'art. 2650 co. 1 c.c., cosicché l'atto pubblico costitutivo posto all'origine dei successivi trasferimenti aventi ad oggetto la volumetria (e ugualmente quello modificativo) non dovrebbe proprio essere trascritto nei registri immobiliari. In tal senso G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 392.

390 Per una trattazione più approfondita di tale aspetto sia consentito rinviare al capitolo IV paragrafo 2.

391 Cfr. R. NICOLÒ, *La trascrizione,* Milano, 1973, p. 15 ss. Tale disposizione non può essere interpretata sino a poter prevedere la trascrizione del piano regolatore generale.

392 La sola ipotesi di modifica dei diritti edificatori che possa essere attuata mediante una convenzione tra privati, si ha nell'ipotesi residuale in cui la modifica del contenuto sia contenuta in una speciale convenzione da stipularsi tra la p. a. e i privati. Per tutti gli altri casi in cui la modifica origina unicamente dalla volontà della pubblica amministrazione, é invece necessario operare similmente agli atti di pianificazione, ossia prescindere dall'adempimento delle formalità pubblicitarie stante la natura pubblicistica dei provvedimenti.

Nessun dubbio interpretativo sorge invece con riferimento alla trascrizione dei contratti che trasferiscono tali diritti, in quanto è pacifico che essi possano essere oggetto di convenzioni tra privati e che la pubblicità abbia valore dichiarativo.

La norma non contiene invero alcun riferimento alla trascrizione dell'estinzione per consumazione dei «diritti edificatori»[393], cosicché ci si domanda se una simile ipotesi meriti un'emersione pubblicitaria a prescindere dal dato letterale della novella[394].

L'assenza di una specifica previsione potrebbe essere dovuta ad un difetto di redazione della norma, o altrimenti potrebbe essere giustificata dal fatto che la spendita di tali diritti non è necessariamente «definitiva»: l'edificio costruito in forza della cubatura ceduta ben potrebbe in futuro essere demolito, anche solo in parte, così da poter ottenere una nuova espansione della cubatura sul fondo di riferimento.

In tale ottica non avrebbe senso trascrivere la consumazione di tali diritti in quanto invero, anche immediatamente dopo l'adempimento delle formalità pubblicitarie, essi potrebbero, seppure in casi particolari, essere nuovamente disponibili dal parte del titolare[395].

Ai fini di una corretta circolazione della capacità edificatoria non può trascurarsi l'opportunità di rendere note le vicende estintive dei diritti edificatori, pur nella consapevolezza di una possibile riviviscenza degli stessi, al fine di rispettare i principi regolatori del sistema pubblicitario che deve essere in grado offrire un'informazione costantemente conforme alla realtà.

Per ovviare a tale lacuna si ritiene che potrebbe utilizzarsi il certificato di destinazione urbanistica dal quale far emergere la consumazione dei diritti[396], mentre secondo una dottrina si potrebbe attuare

---

393 Tale ipotesi non può essere accumunata con quella della «modifica» in quanto il contenuto dei diritti rimane uguale nell'ipotesi in cui in futuro la volumetria diventi nuovamente disponibile, come se il soggetto non ne avesse mai disposto.

394 L'ipotesi di annotazione a margine della trascrizione prevista dall'art. 2655 c.c. potrebbe riguardare unicamente il caso in cui fosse emanato un provvedimento amministrativo di revisione o di revoca e non invece nel caso in cui la volumetria venisse meno unicamente per la sua consumazione. Né, inoltre, potrebbe applicarsi la sanzione prevista dal terzo comma della norma in quanto nel caso in esame non è assolutamente ipotizzabile un effetto restitutorio tra le parti, ma unicamente un effetto integralmente estintivo. Per tale ragione, una dottrina propone al riguardo la cancellazione della trascrizione ai sensi dell'art. 2668 c.c. Si veda a tal proposito E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 227. Si veda anche la nota 98 del capitolo II, paragrafo 3.

395 È opportuno sottolineare l'esistenza di una lacuna normativa nel sistema pubblicitario. Le modifiche normative dettate in tema di pubblicità solo raramente vengono estese ai libri fondiari; infatti, nonostante la previsione contenuta sia nell'art. 12 ult. co. del r. d. 499 del 1929 che dispone che «tutti i riferimenti contenuti in norme di legge a formalità pubblicitarie nei registri immobiliari valgono per le corrispondenti iscrizioni nei libri fondiari» e nell'art. 20 lett. h) della legge tavolare, secondo cui «ogni atto per il quale norme di legge anche sopravvenute dispongono la pubblicità nei registri immobiliari del codice deve averla anche nei libri fondiari», sono spesso sorti problemi interpretativi circa l'applicabilità di tali modifiche ai libri fondiari (si pensi ad esempio alla pubblicità degli atti condizionati regolata dagli artt. 2659 co. 2 e 2660 co. 2 n. 6 c.c. invero ritenuta dalla dottrina non applicabile ai libri fondiari). Nel caso di specie, nonostante il mancato richiamo da parte dell'art 2643 c.c. si ritiene che la previsione si possa applicare anche ai libri fondiari. Per maggiori approfondimenti cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare,* in *Tratt. dir. civ., la parte generale del diritto civile* Sacco, IV, Torino, 2012, p. 204-205.

396 Detto certificato, fermo quanto si dirà nel prosieguo della trattazione, deve tra l'altro essere allegato ogni volta che l'atto abbia ad oggetto diritti reali sul fondo pena la nullità. Si veda l'opinione di L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* p. 21 che ritiene anche possibile predisporre un atto ulteriore riconducibile all'art. 2645- *quater c.*c. tale da dover essere poi trascritto ai sensi di quella norma.

l'annotazione del provvedimento abilitativo edilizio a margine della trascrizione a favore dell'ultimo soggetto richiedente ai sensi dell'art. 2655 c.c.[397].

1.1. Segue: operatività della trascrizione nella cessione di cubatura.

Esaminato il dettato normativo, si è ritenuto opportuno volgere l'attenzione a problematiche di carattere applicativo.

Gli effetti della trascrizione sanciti dall'art. 2643 c.c. sono quelli della pubblicità dichiarativa che statuiscono da un lato 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, dall'altro stabiliscono che tra più acquirenti di un diritto edificatorio dal medesimo cedente, debba prevalere colui che abbia trascritto per primo l'acquisto[398].

Poiché l'effetto della trascrizione è dichiarativo, il numero 2–*bis* si pone come elemento di soluzione dei conflitti che devono essere risolti alla luce dell'art. 2644 c.c. che, a sua volta, è collegato al principio della continuità delle trascrizioni stabilito dall'art. 2650 c.c. e sconosciuto alla codificazione del 1865.

Eventuali conflitti vanno pertanto risolti, non già sulla base dei principi del diritto amministrativo con prevalenza dell'acquisto di colui che abbia ottenuto dal Comune il rilascio di una concessione edilizia maggiorata ma in base dei principi propri della trascrizione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2644 c.c. [399]

La norma consente dunque di operare in duplice direzione: rendere inopponibile all'acquirente del fondo il precedente trasferimento di diritti edificatori a favore di un terzo e non trascritto e, in aggiunta,

---

[397] Cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare, cit.,* p. 57 ss. con riferimento alla mancanza di tassatività in materia di formalità pubblicitarie accessorie. In realtà le sanzioni previste dal terzo comma dell'art. 2655 c.c. sono inapplicabili all'ipotesi in esame dal momento che non è ipotizzabile alcun effetto restitutorio tra le parti ma unicamente un effetto estintivo ecco perché Gazzoni propone la cancellazione della trascrizione ai sensi dell'art. 2668 c.c.

[398] Si veda il seguente esempio: Se Tizio trasferisce a Caio i diritti edificatori vantanti sul suo fondo con atto non trascritto e Caio, successivamente cede con atto trascritto i medesimi diritti a Sempronio, tale trascrizione non avrà effetto pieno se non sarà stata curata la trascrizione precedente con cui Tizio, il primo cedente, ha trasferito la volumetria a Caio, producendo pertanto un mero effetto prenotativo. Caio, dal canto suo, ha certamente acquistato i diritti edificatori in forza del consenso espresso ai sensi dell'art. 1376 c.c. all'interno del contratto (avendo la trascrizione unicamente efficacia dichiarativa). La trascrizione effettuata da Sempronio pertanto non è priva di effetti ma acquisirà valore pieno solo nel momento in cui sarà rispettato il principio di continuità delle trascrizioni come se invero fosse sottoposta ad una condizione sospensiva della trascrizione dell'acquisto precedente. L'inefficacia delle trascrizioni ed iscrizioni in difetto di continuità è solo temporanea in quanto il fenomeno ha valore prenotativo della formalità eseguita, cosicché esse riacquistano efficacia secondo il loro rispettivo ordine una volta che, eseguita la trascrizione di cui si sia omesso il passaggio intermedio, la continuità sia nuovamente assicurata.

[399] In senso contrario vedi R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione,* in *Tratt. dir. civ.* Bessone, IX, Torino, 2012, p. 126, 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.

risolvere i possibili conflitti circolatori mediante il meccanismo della c. d. prevalenza dato dalla priorità della trascrizione stabilito dall'art. 2644 c.c.[400].

D'altra parte, se non si aderisse ad una simile interpretazione, il cessionario dovrebbe accontentarsi, in base alla data certa, del solo risarcimento del danno, laddove il cedente si fosse già spogliato della volumetria per effetto di un precedente atto di cessione.

Il collegamento tra le due norme è di estrema importanza in quanto mediante la completezza delle risultanze dei registri immobiliari è possibile verificare la successione temporale dei differenti titolari dei diritti edificatori così da risalire a colui che per primo si è privato della cubatura attribuita al terreno, limitando l'esistenza di atti di trasferimento «occulti»[401].

Il primo comma dell'art. 2650 c.c. dispone infatti che se un atto è soggetto a pubblicità nei registri immobiliari, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producono alcun effetto se non è stato trascritto l'anteriore atto di acquisto.

Il secondo comma stabilisce inoltre che per effetto della trascrizione del primo atto non originariamente trascritto, le successive trascrizioni ed iscrizioni acquistano efficacia secondo il loro ordine, salvo il dettato dell'art. 2644 c.c.

La continuità delle trascrizioni garantisce dunque una conoscenza completa delle vicende dei diritti, tale da determinare la soccombenza di un soggetto in mancanza di corrispondenze nel sistema pubblicitario.

Da ciò si evince chiaramente che a fronte della violazione di tali disposizioni è comminata una sanzione non solo fiscale, bensì di tipo sostanziale, in quanto si determinano conseguenze negative con riferimento all'opponibilità del diritto ad altri soggetti.

La rottura della catena delle trascrizioni impedirebbe di completare le indagini proprio per il fatto che il sistema pubblicitario è su base personale, cosicché, in caso di violazione dell'art. 2650 c.c., l'ultimo acquirente dei diritti edificatori, da un lato, non avrebbe la certezza dei trasferimenti precedentemente effettuati, dall'altro rischierebbe di soccombere nei confronti di un terzo soggetto in base all'art. 2644 c.c., così da essere escluso dall'acquisto del «bene»[402].

L'inefficacia delle trascrizioni ed iscrizioni in difetto di continuità è però solo temporanea in quanto il fenomeno ha valore prenotativo della formalità eseguita, con l'effetto che esse riacquistano efficacia

---

400 Un'analisi delle due ipotesi è condotta in modo analitico da A. SAVATTERI, *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle norme in materia di trascrizione*, *cit.,* p. 380.

401 Espressione è utilizzata da E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 400.

402 Anche per tale ragione spetta proprio all'ultimo acquirente inserire l'atto mancante tra le formalità così da completare la catena delle trascrizioni. Per salvaguardare tali interessi inoltre, le formalità possono essere adempiute da qualunque interessato e non solo dalle parti o dai soggetti obbligati ai sensi dell'art. 2671 c.c.

secondo il loro rispettivo ordine una volta che siano adempiute le formalità pubblicitarie e che la continuità sia nuovamente assicurata[403].

Con riferimento al problema dei conflitti circolatori, l'istituto della cessione di volumetria può dare vita a più ipotesi.

La prima ed anche la più ovvia, prevede che nel caso di doppio trasferimento dal medesimo cedente prevalga il primo cessionario trascrivente (anche laddove il contratto fosse successivo), che è contestualmente l'unico legittimato a richiedere il permesso di costruire maggiorato al Comune[404].

Altra ipotesi è quella del conflitto che potrebbe venirsi a creare tra cessionario (che acquista la volumetria) ed acquirente del terreno privato della cubatura. A quest'ultimo il vincolo può essere opposto solo se il trasferimento di volumetria sia stato debitamente trascritto antecedentemente all'acquisto del fondo.

Con riferimento alle due ipotesi è doverosa una precisazione.

Si è avuto modo di sottolineare nei capitoli precedenti che il contratto stipulato tra i privati ha un valore costitutivo del trasferimento della volumetria perché, indipendentemente dalla tesi sulla natura giuridica accolta, la potenzialità edificatoria diviene autonoma rispetto al fondo con il contratto con cui se ne dispone.

Ciò vuol dire che al momento della conclusione del negozio, il cessionario, una volta adempiute le formalità pubblicitarie, può rivolgersi al Comune per ottenere il provvedimento abilitativo maggiorato, a prescindere dall'assenso o dalla contestuale partecipazione del cedente la cui adesione è insita nel contratto di cessione di cubatura che le parti hanno precedentemente stipulato e che mediante la trascrizione, diviene opponibile ai terzi[405].

La nuova impostazione conferma come il contratto traslativo di cubatura, una volta trascritto possa essere opposto anche nei confronti della pubblica amministrazione, rappresentando il titolo che legittima la posizione dell'acquirente e la richiesta del permesso di costruire[406].

La trascrizione dell'accordo assume infatti valenza, del tutto equipollente all'atto di asservimento cui spesso in passato si è fatto ricorso per giustificare le più disparate ricostruzioni dell'istituto in assenza in una norma che garantisse l'opponibilità del trasferimento.

---

[403] Tra l'altro è bene ricordare che il principio di continuità, stante quanto emerge dall'art. 2651 c.c., riguarda solo gli atti a titolo derivativo e non invece quelli a titolo originario, pertanto se anche si aderisse a quella teoria che sostiene la necessità di una trascrizione dei provvedimenti pubblici costitutivi di diritti edificatori, si tratterebbe comunque di sola pubblicità notizia con il «mero» che, come tale risponderebbe alla *ratio* di rendere più esauriente e completa la consultazione dei registri immobiliari al fine di rendere più agevoli le indagini tra i provvedimenti pubblici sullo stato dei diritti edificatori.

[404] Cfr. R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione, cit.,* pp. 127-128. Secondo l'Autore il meccanismo di tutela in grado di risolvere mediante la trascrizione il conflitto tra più aventi causa dal medesimo titolare troverebbe il proprio limite nell'utilizzo concreto dei diritti edificatori.

[405] E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 109.

[406] E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 109. Non sarebbe infatti ipotizzabile in caso contrario un conflitto circolatorio con l'ente territoriale risolvibile mediante l'applicazione dell'art. 2644 c.c.

Ciò vuol dire che il Comune, ferma restando la verifica del rispetto della disciplina di carattere pubblico e urbanistico, sembrerebbe vincolato dalle risultanze dei registri immobiliari per l'accertamento della legittimità ad ottenere il permesso.

Di converso, emerge un divieto implicito per l'ente territoriale di concedere il permesso di costruire in assenza di un contratto preventivamente trascritto.

Infatti, laddove il Comune rilasciasse l'autorizzazione al primo acquirente non trascrivente, priverebbe il secondo acquirente (ma primo trascrivente) della tutela accordata dagli artt. 2643 c.c. 2644 c.c. poiché, una volta rilasciato un titolo abilitativo, è fatto divieto alla pubblica amministrazione emetterne un altro con riferimento alla medesima volumetria.

Se quindi si prescindesse dal n. 2-*bis* verrebbe automaticamente meno la tutela che gli artt. 2643 c.c. e seguenti dispongono a favore del cessionario.

Letta in tal senso la novella del 2011 sembrerebbe aver generato in capo al Comune, un vero e proprio dovere di verifica della legittimazione attiva dell'istante rispetto al principio di continuità delle trascrizioni[407] cosicché, secondo alcuni, il provvedimento emesso in assenza di un simile accertamento, dovrebbe ritenersi addirittura caducato[408].

Da ciò deriverebbe un onere in capo al Comune di chiedere la prova della trascrizione, pur essendo un soggetto terzo rispetto al contratto e pur non potendosi definire avente causa né direttamente né indirettamente di una delle parti negoziali, con l'effetto che il rilascio del titolo edilizio resterebbe vincolato alle risultanze dei registri immobiliari[409].

Si assisterebbe dunque ad un mutamento della posizione giuridica dell'ente territoriale che sarebbe obbligato a verificare non soltanto il rispetto del principio della continuità delle trascrizioni in favore

---

[407] Aderendo a tale impostazione, innanzi all'istanza di rilascio di un permesso di costruire, l'autorità comunale sarebbe tenuta ad acquisire la visura dei registri immobiliari, quand'anche la richiesta non fosse, per così dire, «maggiorata», al fine di scongiurare il pericolo che lo stesso istante l'abbia ceduta con atto precedentemente, già, trascritto e dunque risultate dai medesimi registri immobiliari. Non di meno il Comune dovrebbe, altresì, procedere alla verifica dell'assenza di precedenti trascrizioni e iscrizioni di pignoramenti e ipoteche contro il cedente, aventi ad oggetto il terreno da cui origina la volumetria ceduta. Cfr. B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 143, la quale aderisce alla qualificazione giuridica dei diritti in questione quale mero interesse legittimo al provvedimento.

[408] In tal senso si veda altresì l'autorevole opinione di E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 219. Non può tacersi l'opinione contraria di chi ritiene che in realtà non possa riconoscersi nessun vincolo di verifica delle risultanze dei registri immobiliari in capo alla p. a. ciò per numerosi motivi: per l'assenza di uno specifico riferimento normativo, se si ammettesse tale soluzione allora il Comune sarebbe obbligato a fare verifiche anche relativamente alle richieste di permessi di costruire non maggiorati, posto che il proprietario ben potrebbe aver già ceduto la volumetria edificabile sul suo terreno ad un soggetto terzo con un atto già trascritto e risultante dai registri immobiliari.

[409] In tal senso GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, *cit.,* p. 109. Si precisa inoltre che il Comune deve verificare la posizione del cessionario, vuol dire che l'annullabilità del provvedimento può dipendere dall'invalidità o dall'inefficacia del contratto stipulato tra i privati, diversamente da come poteva in passato incidere l'atto di asservimento. Ciò non significa che il giudice competente sia quello ordinario (di tali vizi dovrebbe sempre occuparti il giudice amministrativo) ma tuttavia si sarebbe in un'ipotesi in cui la fattispecie contrattuale potrebbe in taluni casi incidere sul provvedimento amministrativo.

dell'istante ma altresì l'inesistenza contro il cedente di pregresse ipoteche relativamente al fondo da cui promana la volumetria trasferita[410].

In realtà, anche alla luce del principio di buon andamento della p. a., si ritiene inverosimile che ogniqualvolta siano in gioco i diritti edificatori ciascun Comune possa effettuare in tempi ragionevoli e con continuità visure immobiliari presso la Conservatoria[411].

Tale fatto induce a ritenere che, pur rimanendo fermo il sistema della trascrizione, la p. a. debba essere «affiancata» negli adempimenti antecedenti al rilascio dell'autorizzazione.

Per tali motivi si ritiene più ragionevole che l'onere della prova gravi su colui che si sia reso acquirente di detti diritti mediante una visura contenente la nota di trascrizione da presentare al momento della richiesta del titolo abilitativo[412].

---

[410] Ad onore del vero, siffatta conclusione non è unanimemente accolta in dottrina, anzi, risulta essere contrastata e criticata da quanti ancorano l'operatività del meccanismo d'opponibilità del contratto, trascritto ai sensi del novellato art. 2643, n. 2-*bis* c.c., all'assenza di un limite di fatto. Alcuni Autori, difatti, presuppongono, al fine della produzione di quell'effetto dichiarativo di cui all'art. 2644 c.c., tipico della trascrizione, la mancata verificazione di un limite che può definirsi quale «limite logico», consistente cioè nell'avvenuta utilizzazione della cubatura da parte del secondo acquirente che abbia, tuttavia, ottenuto il permesso di costruire maggiorato, essendo abilitato a richiederlo anche a prescindere ed indipendentemente dalla mancata prioritaria trascrizione del suo titolo d'acquisto. Se, infatti, come sostenuto, la previsione della trasferibilità della cubatura contenuta negli strumenti urbanistici, determina una sostanziale indifferenza per la pubblica amministrazione in ordine alla distribuzione della cubatura complessivamente consentita, per una determinata zona, tra i vari fondi che tale zona compongono, ne consegue che accordando efficacia al trasferimento di volumetria in favore del primo trascrivente, secondo acquirente, ancorché il primo abbia già utilizzato la volumetria, si finirebbe per superare la cubatura complessiva prevista dalla zona ove anche il soggetto trascrivente la utilizzi. In definitiva, tale ricostruzione ammette che il conflitto tra più aventi causa della cubatura, dal comune autore, possa essere risolto sulla base della priorità della trascrizione soltanto ove tali diritti edificatori non siano stati ancora utilizzati. Cfr. R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione, cit.,* p. 127.

[411] 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».

[412] L'obbligo, in capo all'istante del titolo abilitativo edilizio, di allegare tutte le relative visure idonee a legittimarlo alla richiesta, sembrerebbe emergere anche da un argomento letterale stante quanto disposto dall'art. 20, co. 1, d. P. R. 6 maggio 2001, n. 380, che impone la necessità di corredare la domanda di «un'attestazione comprovante il titolo di legittimazione» al permesso di costruire. Tuttavia, secondo parte della dottrina siffatto tentativo sarebbe errato e, dunque, da disattendere in quanto la disposizione in commento, nel successivo comma 5 della medesima norma abilita il responsabile del procedimento amministrativo alla richiesta integrativa della sola documentazione che non sia già nella disponibilità dell'Amministrazione. Ipotizzare un'autocertificazione della documentazione ipocatastale non può che essere dunque una soluzione errata atteso che i documenti sono da considerarsi pubblici, provenendo dalla stessa pubblica amministrazione e quindi già nella sua disponibilità. A tale soluzione giunge E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 219. A dire il vero il comma 5 è dettato con riferimento all'ipotesi dei commi 3 e 4 relativi unicamente all'integrazione dei documenti e non alla allegazione di quelli essenziali per il rilascio del provvedimento, inoltre il suddetto onere è attualmente previsto dalla legge regionale Umbria del 21 giugno 2013, n. 12 al fine dell'iscrizione nel registro dei diritti edificatori ed analoga previsione potrebbe essere prevista, in mancanza di disposizione regionale, dai regolamenti istitutivi dei registri edificatori. In tal senso Cfr. A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori fra tecniche perequative e compensative, cit.,* p. 8. In secondo luogo, per tuziorismo, dovrebbe ritenersi senz'altro ammissibile la produzione di documenti integrativi del fenomeno in esame, in secondo luogo perché l'art. 20 co. 5 citato, non può ritenersi applicabile all'istante in quanto il destinatario di quella norma è invero il solo responsabile del procedimento amministrativo e non il soggetto privato dunque la *ratio* alla base della disposizione è assolutamente differente e consiste nell'esigenza che il funzionario della p. a. non aggravi il procedimento mediante la richiesta di documentazione che la pubblica amministrazione già possiede.

Infatti anche prendendo in esame la recente proposta di legge elaborata dalla Segreteria Tecnica del Ministero delle Infrastrutture, si evince che pur essendo state adottate alcune decisioni in ordine alla «Trasferibilità e commerciabilità dei diritti edificatori», nulla è stato previsto in materia la trascrizione dei contratti, cosicché la volontà sembra quella di mantenere l'attuale regime di trascrivibilità.

Ciò sembrerebbe confermare l'attribuzione delle formalità necessarie al rilascio del provvedimento in capo al privato che può adempiervi anche per mezzo del notaio rogante, stante la funzione antiprocessuale dallo stesso rivestita.

Non si può fare a meno di rilevare che seppure il pubblico ufficiale sarebbe in grado di assolvere diligentemente a tale incarico, particolari difficoltà sussisterebbero nel caso in cui i diritti edificatori fossero stati consumati[413].

Infatti, se da un lato la trascrivibilità del contratto di cessione si accompagna ad una verifica sulla titolarità e sulla libera disponibilità nell'ambito dei controlli che normalmente il notaio esercita, d'altro il consumo di tali diritti non presuppone necessariamente la stipula di un atto notarile, rendendo così particolarmente arduo l'adempimento della verifica, difficoltà che certamente sarebbe inferiore ove ad operare fosse direttamente la pubblica autorità[414].

---

[413] In tal senso è auspicabile la creazione di un sistema di registri comunali tenuti dai responsabili del servizio gestione pianificazione generale (effettuata d'ufficio o su richiesta dell'interessato) in cui annotare, dopo l'assegnazione, i diritti edificatori, nonché le vicende circolatorie e rilasciare apposito certificato attestante l'entità e gli estremi dei diritti edificatori. Tale registro, non andrebbe a sovrapporsi ai registri immobiliari, gli unici che possono invero assicurare una regolazione dei conflitti mediante l'opponibilità ai terzi, ma potrebbe ben affiancare ai registri immobiliari così da garantire una più agevole ed efficiente circolazione del diritto. Si veda al riguardo il paragrafo 1.2. del presente capitolo.

[414] Con riferimento alle specifiche modalità tecniche di adempimento delle formalità pubblicitarie si ritiene debbano essere effettuate alcune precisazioni che potrebbero invero consentire un'alternativa rispetto all'art. 2825 c.c. Al riguardo è opportuno distinguere tre casi in cui potrebbero trovarsi i contraenti. Nell'ipotesi di trasferimento avente ad oggetto la potenzialità volumetrica in cui siano individuati sin dall'inizio fondo di partenza ed area di atterraggio, è possibile adempiere alla pubblicità nei registri immobiliari inserendo nella nota di trascrizione sia i dati di alienante e dell'acquirente, sia quelli dei due terreni di riferimento. Nell'ipotesi in cui invece non sia immediatamente individuabile il fondo di atterraggio, all'interno della nota di trascrizione possono indicarsi solo i dati del fondo di partenza proprio come avviene nell'ipotesi di cessione di diritto di usufrutto a terzi, ove per i successivi trasferimenti continua a farsi riferimento al suolo cui l'usufrutto si riferisce.

Si prenda infine in esame il caso in cui il soggetto «A» che possiede il fondo su cui esistono diritti edificatori, li trasferisca a «B» che non possiede alcun terreno, il quale, a sua volta, li alieni a «C» che li acquista senza indicare un'area di atterraggio e che solo in un secondo momento li vincola ad un suolo di sua proprietà. Nell'ipotesi in cui l'ultimo acquirente indichi solo successivamente all'acquisto il terreno su cui far atterrare i diritti edificatori, si ritiene possibile effettuare l'annotazione del provvedimento di edificare (nel frattempo ottenuto) a margine della nota di trascrizione originaria e relativa al fondo di partenza ed a margine della trascrizione dell'atto di acquisto del fondo di atterraggio.

Tale fatto produce vantaggi importanti non solo con riferimento alle parti coinvolte nella circolazione dei diritti edificatori ma nei confronti dei creditori che potranno così verificare su quale fondo la potenzialità edificatoria ha trovato compimento. Ad esempio il creditore di «C», ultimo acquirente, potrà ad esempio conoscere il suolo su cui sono atterrati i diritti edificatori mediante la verifica dell'annotazione a margine della nota di trascrizione. La prima e l'ultima trascrizione servono dunque ad identificare l'immobile di partenza e di atterraggio quando essi sono immediatamente identificabili mentre le annotazioni a margine della prima nota di trascrizione devono essere effettuate in tutti i trasferimenti intermedi, quando la volumetria si trova «in volo», e servono solo a rendere atto del mutamento dei soggetti titolari di quei diritti.

Tale modalità di trascrizione oltre ad assicurare le posizioni dei contraenti e dei terzi è in linea con le regole del sistema pubblicitario organizzato su base personale e non reale essendo poche le Province ed i Comuni in cui persiste il sistema tavolare.

1.2. Segue: strumenti di certificazione della volumetria. Il registro dei diritti edificatori ed il certificato di destinazione urbanistica.

Nei paragrafi precedenti è emerso come alla trascrizione del contratto che trasferisce la cubatura sia opportuno affiancare uno strumento in grado di tenere costantemente aggiornato lo stato della volumetria circolante.

La pubblicità nei registri immobiliari assolve al solo compito di rendere opponibile ai terzi il contratto con cui la potenzialità volumetria è stata ceduta, con ricadute molto importanti in ordine alla tutela offerta alle parti.

La trascrizione, tuttavia, segue dei criteri che a volte mal si adattano alle vicende dei «diritti edificatori».

Sono queste le principali ragioni che rendono necessaria l'individuazione di un organismo che possa compiere tali accertamenti nel modo più adeguato, efficiente e trasparente. Un aggiornamento costante dei dati della cubatura trasferita, permette infatti all'eventuale cessionario di vagliare lo stato della volumetria che intenda acquistare ed al Comune di effettuare agevolmente controlli sulla cubatura per stabilire il rilascio del permesso di costruire.

Prendendo le mosse dalla prassi applicativa successiva alla novella, si evince che gli strumenti che potrebbero assolvere efficacemente a tale compito sono il «registro dei diritti edificatori» o «il certificato di destinazione urbanistica».

Il primo è attualmente utilizzato in alcune regioni del nord Italia ed è legato all'orientamento interpretativo che vorrebbe ricondurre i «diritti edificatori» ad una *chance* in grado di circolare mediante l'utilizzo di titoli impropri[415] più semplici e veloci del sistema della trascrizione.

Per una corretta analisi del registro dei diritti edificatori è bene richiamare brevemente l'esperienza del Comune di Milano.

Immediatamente dopo la novella l'amministrazione ha prospettato la creazione di un'agenzia (disciplinata dall'art. 7 co. 10 delle norme tecniche di attuazione del Piano Regolatore) cui affidare il compito di regolare il mercato dei diritti edificatori.

Essa avrebbe dovuto operare nell'ambito di una «borsa dei diritti edificatori» appositamente costituita quale luogo virtuale dove realizzare gli scambi[416].

---

[415] Si veda per maggiori approfondimenti il capitolo II, paragrafo 3.

[416] La Borsa dei diritti edificatori avrebbe dovuto consentire l'incontro tra domanda e l'offerta di diritti edificatori e fornire liquidità agli operatori del mercato. Essa attualmente non è prevista da alcuna normativa statale, né nella l.r. n. 12 del 2005, o dagli atti di governo del territorio milanese. Si è trattato di uno degli argomenti più dibattuti in sede di adozione del PGT di Milano, in stretta connessione alla possibilità di trasferimento dei diritti edificatori riconosciuta dalla novella. Secondo i suoi sostenitori, la Borsa doveva essere concepita quale luogo virtuale ed elettronico in cui realizzare lo scambio dei diritti edificatori relativi a tutte le aree ricomprese nel territorio del Comune di Milano. La Borsa dei diritti edificatori ha tuttavia riscosso unanimi consensi perché tacciata di essere uno strumento poco trasparente e vicino alle istanze degli immobiliaristi piuttosto che dei privati o dell'Amministrazione Comunale. Per questo motivo nel P.G.T. del Comune di Milano è stata promossa l'istituzione di un registro quale strumento più trasparente e garantista, «controllato e gestito» direttamente dall'Amministrazione, accantonando l'ipotesi di creazione di meccanismi di borsa dei diritti edificatori. Il tutto

In tale contesto l'agenzia, proprio come gli organismi bancari statunitensi, avrebbe dovuto favorire l'incontro tra domanda ed offerta in modo da veicolare la potenzialità volumetrica attraverso uno scambio trasparente, celere ed organizzato di informazioni chiare e veritiere sul prezzo dei diversi beni negoziati.

Inoltre secondo i suoi fautori, tale organismo avrebbe reso affidabili gli scambi stante l'esistenza di una preventiva procedura di ammissione alle negoziazioni[417] cui sarebbero stati sottoposti gli operatori al fine di verificarne la serietà e la qualifica[418].

Successivamente si è proposto di limitare i compiti dell'agenzia alle sola attività di vigilanza e sanzione, attribuendo al c. d. gestore della borsa dei diritti edificatori, il compito di regolamentare il suddetto mercato.

Nel 2011 tuttavia la delibera comunale con cui era stata prevista la creazione dell'agenzia è stata revocata[419] e con essa è venuto meno anche il progetto di creare un'apposita borsa.

---

senza tuttavia precludere la libera circolazione dei diritti edificatori. In tal senso si veda G. BARDELLI, *Il registro dei diritti edificatori e la borsa dei diritti edificatori,* in AA. VV., *Atti del Convegno, Paradigma 05 Febbraio 2015*, p. 33-37 ss.

[417] Attuata mediante l'introduzione di procedure e norme tecniche (sull'ammissione, la negoziazione, la liquidazione e la consegna dei diritti edificatori). Cfr. G. BARDELLI, *Il registro dei diritti edificatori e la borsa dei diritti edificatori, cit.*,p. 34 ss.

[418]A. BUSANI e E. LUCCHINI GUASTALLA, *Cubatura in libera vendita,* in *Il Sole 24 Ore – Norme e tributi,* 24 Agosto 2011, *passim*. «Quanto all'organizzazione del mercato, al funzionamento e alla forma giuridica della borsa dei diritti edificatori, gli ideatori del sistema borsistico avevano ipotizzato diverse modalità: i) istituzione di una Società di Gestione mista pubblico privata con scelta del socio privato (di maggioranza o, più probabilmente, di minoranza o) con gara a evidenza pubblica; ii) affidamento a un operatore economico privato scelto con gara a evidenza pubblica; iii) istituzione di una Fondazione di Partecipazione (ipotesi più accreditata) con la partecipazione del Comune di Milano, quale ente promotore e Fondatore, della Camera di Commercio di Milano, nonché a diverso titolo (partecipanti, sostenitori, finanziatori), di altri soggetti pubblici e privati, incluse le persone fisiche. Le ipotesi (inattuate) del Quanto all'*iter* di costituzione della Fondazione di Partecipazione, il Comune di Milano avrebbe dovuto intervenire quale fondatore e promotore all'esito di una delibera del Consiglio Comunale di autorizzazione alla costituzione. Con la medesima delibera avrebbe dovuto essere approvato il contenuto essenziale dell'atto costitutivo nonché lo statuto della fondazione e la disciplina delle attività istituzionali quale gestore del mercato borsistico. Sempre in sede di costituzione avrebbe dovuto essere stabilito il Fondo di Gestione, identificando le rendite idonee ad assicurare il regolare funzionamento per il perseguimento degli scopi della Fondazione. Il completamento a regime del mercato borsistico avrebbe infine dovuto prevedere l'istituzione di un organo locale di controllo (c.d. Ente di Sorveglianza) deputato alla vigilanza sulle negoziazioni e sull'attività posta in essere dalla Società di Gestione e all'uopo dotato di poteri regolamentari, di indagine e vigilanza e repressivi. Le ipotesi più accreditare erano quelle dell'istituzione di un organo all'interno dell'amministrazione (eventualmente, con la compresenza di consulenti esterni all'apparato comunale) o, ancora, di un'Agenzia nella forma della società a maggioranza pubblica, cui affidare eventualmente anche il ruolo di Agenzia di Perequazione», in tal senso si veda G. BARDELLI, *Il registro dei diritti edificatori e la borsa dei diritti edificatori,* in *Atti del Convegno, Paradigma 05 Febbraio 2015*, p. 33-37 ss.

[419] Con Delibera del consiglio comunale del 25 gennaio 2011, poi successivamente revocata, il Consiglio Comunale aveva approvato gli «indirizzi per l'istituzione» e la forma di società di capitali o di fondazione che l'Agenzia di Perequazione avrebbe dovuto adottare. La partecipazione avrebbe dovuto essere pubblica con un minimo del 70%, di cui almeno il 50,1% riservata al Comune di Milano. La quota restante, entro il massimo del 30%, avrebbe dovuto invece essere riservata al mercato privato. Si erano altresì poste due limitazioni per evitare una concentrazione di poteri o eventuali conflitti di interessi: nessun privato avrebbe potuto assumere una quota maggiore del 15%; nessun privato sottoscrittore avrebbe potuto essere titolare di aree e diritti edificatori. Mentre per nulla chiari erano i riferimenti ai poteri concessi alla p.a. La successiva Delibera comunale del 26 gennaio 2011 aveva assegnato all'Agenzia il compito di agevolare l'incontro di domanda e offerta; quello di ausiliare il Comune nello svolgimento di gare a evidenza pubblica per la cessione a terzi dei diritti edificatori generati da beni immobili di proprietà comunale; di sostenere l'attività di informazione e promuovere il mercato dei diritti edificatori; di raccogliere e circolare informazioni sulla perequazione urbanistica ed infine di monitorare il mercato dei diritti edificatori. Proprio per le numerose problematiche coinvolte dall'istituzione di tale agenzia, il dibattito relativo alla stessa è andato intrecciandosi con quello inerente all'istituzione del Gestore della Borsa dei diritti edificatori. I primi commentatori hanno proposto di riservare l'organizzazione del mercato dei diritti edificatori al Gestore della Borsa e di attribuire all'Agenzia unicamente poteri di Ente di Vigilanza sul Gestore del Mercato, con prerogative regolamentari e

Per una serie di ragioni legate principalmente alla possibile scorrettezza dell'operato di tale agenzia[420], l'amministrazione comunale di Milano ha deciso di adottare, come in altri Comuni del nord Italia, un registro dei diritti edificatori[421] quale strumento più trasparente e garantista, «controllato e gestito» direttamente dall'ente locale.

Come precisato dall'art. 7 delle Norme di Attuazione del Documento di Piano rubricato «Registro delle Cessioni dei Diritti Edificatori», esso opera necessariamente in concomitanza con il sistema dei registri immobiliari, utilizzando l'atto pubblico con cui i diritti vengono trasferiti ed i c.d. «certificati urbanistici»[422] rilasciati direttamente dal registro per monitorare la situazione dei diritti edificatori in circolazione[423].

Il registro è disciplinato dall'amministrazione comunale che, oltre a determinarne la struttura e la gestione, stabilisce le modalità di annotazione dei diritti e quelle di rilascio della documentazione,

---

sanzionatorie. In tal senso G. BARDELLI, *Il registro dei diritti edificatori e la borsa dei diritti edificatori, cit.,* pp. 37-42. Si veda al riguardo anche la nota 167, capitolo 1.

[420] La struttura a partecipazione pubblica della Borsa, dell'agenzia e dell'ente di vigilanza ha subito forti critiche soprattutto per la possibilità che si venissero a creare conflitti di interesse. L'efficienza di una borsa dei diritti edificatori quale è minata in radice dal rischio che le amministrazioni comunali modifichino nel tempo le loro scelte di governo del territorio, sia a causa della scadenza quinquennale del documento di piano sia per eventuali varianti che potrebbero intervenire prima nel tempo e che potrebbero avere ad oggetti la compressione dell'attività edificatoria all'interno del comune. Il mercato dei diritti edificatori sembra inoltre dover prendere consapevolezza del fatto che la volumetria è costantemente esposta, con il passare del tempo e con il protrarsi della circolazione, al rischio di non potersi essere totalmente concretizzare (con la conseguente possibilità di indennizzare i titolari della volumetria non utilizzata a seconda degli accordi previsti in sede di stipula). Il mercato è pertanto strutturalmente sottoposto al rischio di inefficienza sia per l'oggetto delle contrattazioni sia per i luoghi in cui la volumetria può essere concretamente esercitata. Per tale ragione è necessario vigilare costantemente sugli interventi delle regioni e nazionali volti a regolare ed incentivare il suddetto mercato. In tal senso si vedano le osservazioni di M. RENNA, *L'esperienza della Lombardia, cit.,* pp. 23- 24.

[421] «Detto Registro è tenuto dal Responsabile del Servizio Gestione Pianificazione Generale che provvede all'annotazione dei diritti e al costante aggiornamento dei dati, sotto la direzione e il coordinamento del Direttore del Settore Pianificazione Urbanistica Generale. Al momento dell'annotazione dei diritti edificatori nel Registro, il Responsabile rilascia al proprietario (o avente diritto) un certificato, in unico esemplare, a firma del Direttore del Settore Pianificazione Urbanistica Generale, attestante l'annotazione nel Registro con indicazione del numero progressivo, l'entità dei diritti edificatori e gli estremi dell'atto da cui derivano tali diritti (ad esempio, atto notarile registrato e trascritto di cessione della proprietà dell'area a pertinenza indiretta al Comune; atto di asservimento, accreditamento o convenzionamento con l'Amministrazione Comunale; titolo abilitativo edilizio; certificazione energetica)». G. BARDELLI, *Il registro dei diritti edificatori e la borsa dei diritti edificatori,* in *Atti del Convegno, Paradigma 05 Febbraio 2015*, p. 26.

[422] L'art. 44 del Nuovo regolamento edilizio del comune di Milano recita « 1. L'Amministrazione Comunale rilascia ai richiedenti, entro il termine di 45 giorni dal ricevimento della relativa domanda e previa corresponsione dei dovuti diritti di segreteria, il certificato urbanistico che specifica, per l'immobile oggetto della richiesta, la sussistenza di eventuali vincoli sovra ordinati, le previsioni degli strumenti urbanistici vigenti e adottati, nonché le modalità di intervento previste, la sussistenza di eventuali convenzioni urbanistiche e/o di atti di asservimento agli indici urbanistici, le informazioni relative all'eventuale cessione di diritti edificatori.

2. Le unità organizzative, competenti all'istruttoria edilizia, sono comunque tenute alla verifica dell'attualità del certificato in relazione alla normativa successivamente intervenuta, nonché a eventuali variazioni degli strumenti di pianificazione urbanistica.

3. Esso può essere sostituito da un'attestazione resa dal progettista, nel caso corredata da opportuna documentazione, riguardante i contenuti di cui al precedente comma 1.

4. Il certificato urbanistico conserva validità finché non siano intervenute modificazioni agli strumenti urbanistici e alla normativa».

[423] Più precisamente la norma dispone che «i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori nonché delle aree che li generano, all'interno dei perimetri dei piani attuativi relativi alle aree di trasformazione, devono essere redatti per atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizioni autenticate, trascritti nei registri immobiliari ai sensi dell'art. 2643, co. 2-*bis*, del Codice Civile, nonché annotati all'atto della loro trascrizione nei registri immobiliari nell'apposito Registro dei Diritti Edificatori previsto dall'art. 11 della LR n. 12/2005 e s.m.i.»

cosicché il registro possa rispettare le funzioni di tenuta, pubblicità e consultabilità (anche attraverso appositi siti *web*) allo stesso attribuite.

Per quanto concerne nello specifico il certificato emesso per ogni trasferimento di cubatura, esso è rilasciato in unico esemplare, contiene i dati della volumetria per cui è richiesto ed è firmato dal Direttore del Settore pianificazione-urbanistica generale[424].

L'emissione, che avviene secondo un numero progressivo, è inoltre assoggettata al pagamento dei diritti di segreteria nella misura stabilita del Comune.

Il registro si pone dunque quale passaggio intermedio nelle contrattazioni aventi ad oggetto la potenzialità edificatoria, dopo la stipula del contratto di trasferimento e prima della richiesta del permesso di costruire.

Il cessionario è infatti obbligato a munirsi del certificato urbanistico che deve essere presentato alla p.a. per ottenere il permesso di costruire[425].

Seppure astrattamente detto sistema ha il pregio di garantire un elevato grado di certezza ed un'agevole circolazione delle volumetrie, esso non è esente da critiche anche sul piano della legittimità costituzionale con riferimento ai poteri esercitabili dalle Regioni sul territorio[426].

Inoltre, pur trattandosi di una struttura creata con lo specifico scopo di avallare i trasferimenti di cubatura, esso non sembra lo strumento più idoneo ad essere adottato su scala nazionale.

I costi che ogni amministrazione dovrebbe sostenere per creare *ex novo* tale struttura sono infatti molto elevati, senza contare che ciò provocherebbe un aumento degli adempimenti burocratici a carico delle parti, con il rischio di un rallentamento delle contrattazioni.

Per di più, in un panorama in cui è difficoltoso creare un *framework* comune che possa uniformare le singole comunità, la creazioni di tali strutture rischierebbe di essere dannosa al commercio delle volumetrie.

---

[424] Altra dottrina ritiene invece che in molte amministrazioni comunali manchi il soggetto responsabile per procedere all'annotazione dei diritti edificatori, con l'effetto che è stata la prassi a determinare con il tempo che tale compito dovesse essere svolto dal cessionario o dal notaio incaricato. Cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 269.

[425] Nulla esclude che le parti verifichino lo stato del diritti anche prima di sottoscrivere l'accordo. Seppure infatti il registro viene creato con il precipuo scopo di tenere aggiornata la situazione dei diritti edificatori nulla esclude che essi possano essere consultati anche prima di stipulare il contratta per effettuare una verifica sulla potenzialità volumetrica da acquistare.

[426] La Corte costituzionale chiamata a valutare la legittimità della legge 133 del 2008, relativa al Piano nazionale di edilizia abitativa, ha statuito con la sentenza 26 marzo 2010, n. 121 in *Giur. cost., 2010, 2,* p. 1358 ss. che gli aspetti attinenti al trasferimento e all'atterraggio dei diritti edificatori sono di competenza della legge statale, rientrando nell'alveo dell'ordinamento civile ai sensi dell'art. 177 co. 2 lett *l*). Ogni intervento da parte del legislatore regionale in tale settore pone dunque dubbi di costituzionalità, con l'effetto che non possono mancare incertezze anche con riferimento al registro dei diritti edificatori. Dubbi di illegittimità sorgono inoltre facendo riferimento all'intervento del Ministero dell'Interno che, insieme al Ministero del Lavoro, a quello delle Politiche Sociali e a quello della Salute sulla legittimità dei registri comunali per la raccolta delle dichiarazioni anticipate di trattamento di fine vita. Anche se la materia è certamente distante da quella dei diritti edificatori, non si può tacere come anche in questo caso l'introduzione dei registri si è posta in conflitto con l'art. 117 Cost. che assegna alla competenza esclusiva dello Stato la regolazione dell'ordinamento civile.

È legittimo ritenere che nel momento in cui in sede di lavori preparatori si è abbandonata la possibilità di far circolare le volumetrie mediante titoli impropri per scegliere il più sicuro sistema della trascrizione, ciò ha di fatto determinato anche l'abbandono dei registri comunali.

Non potendosi tuttavia negare la necessità di un soggetto terzo in grado di assicurare gli scambi e di monitorare in modo imparziale lo stato dei diritti edificatori, ci si è interrogati sulla possibilità di assegnare tale compito ad un organismo già esistente e pur tuttavia svincolato dalla p. a. per evitare il rischio di conflitti di interessi e di malagestione.

A tal riguardo si ritiene che il notaio possa adempiere correttamente ed efficientemente alle funzioni descritte.

Egli infatti quale pubblico ufficiale deputato a garantire la validità dei contratti e, più in generale dei negozi giuridici, attribuisce pubblica fede agli atti sottoscritti in sua presenza[427].

Agli adempimenti ed alle verifiche richieste a tale professionista per la redazione di un atto potrebbero dunque aggiungersi quelle relative al controllo sulla volumetria oggetto del trasferimento, in modo che le parti conoscano sempre la situazione veritiera ed attuale della potenzialità edificatoria.

Il notaio, in esecuzione dei suoi compiti, dovrebbe infatti diligentemente verificare se i diritti edificatori oggetto del contratto siano contemplati da una fonte normativa statale o regionale o da uno strumento urbanistico e se tale strumento preveda limiti alla possibilità di disporre della cubatura (ad esempio permettendo che ciò avvenga solo tra fondi limitrofi o di una determinata area o se consenta che ciò avvenga a determinate circostanze). Dovrebbe inoltre verificare il *quantum* di volumetria da trasferire, il fondo da cui la stessa è originata e l'identità personale delle parti, oltre ad effettuare le visure ipotecarie e catastali al ventennio come per ogni atto afferente i diritti reali di godimento[428].

L'accertamento dei dati relativi ai terreni interessati ed alla volumetria trasferita potrebbe essere agevolmente adempiuto attraverso il certificato di destinazione urbanistica, che verrebbe ad assumere un contenuto più ampio rispetto a quello attuale[429].

---

[427] L'art. 1 della legge **legge 16 febbraio 1913 n. 89** (Ordinamento notariato e degli archivi notarili).recita «I notari sono ufficiali pubblici istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie i certificati e gli estratti».

[428] Si veda al riguardo G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità di interesse notarile, primo semestre 2011, cit.,* pp. 9-10.

[429] Il certificato di destinazione urbanistica rappresenta il documento rilasciato dalla pubblica amministrazione, più precisamente dagli uffici tecnici comunali, contenente tutte le indicazioni urbanistiche relative agli immobili cui afferisce sia che si tratti di un fabbricato, sia che riguardi un terreno. Le indicazioni urbanistiche riportate al suo interno sono tratte dal piano urbanistico comunale oppure dal Piano Regolatore Generale e riguardano: i dati del fabbricato o del terreno (foglio e particella catastale), la destinazione urbanistica (indicando ad esempio se l'immobile sia sito in una zona residenziale o agricola), i parametri urbanistici come l'indice di fabbricabilità (se possibile edificare), l'indice del dissesto dei versanti e l'indice di inondabilità. Tale certificato rappresenta una garanzia per l'acquirente, che può visionare le possibilità di intervento sull'immobile. Qualunque atto notarile avente ad oggetto il trasferimento di un terreno, deve contenere a pena di nullità l'allegazione del c.d.u. salvo il caso in cui il trasferimento immobiliare riguardi un terreno di pertinenza inferiore a 5000 metri quadrati, come disciplinato dall'art. 30 del d. P. R. 380 del 2001 che ne regola la disciplina. Cfr. L. GENGHINI, *La forma degli atti notarili. Tecniche redazionali degli atti inter vivos, mortis causa, e societari,* in L. GENGHINI (a cura di), Manuali notarili, I, Milano, Padova, 2009, p. 348 ss.

Imponendo l'allegazione di tale documento in atto (che sarebbe in ogni caso obbligatoria laddove si aderisse alla ricostruzione quale diritto reale), il notaio potrebbe agevolmente accertare il *quantum* e le caratteristiche della volumetria ceduta attraverso un esame dei contratti con cui essa è in precedenza circolata.

D'altro canto, quello del notaio è un controllo che si pone alla base dell'intera vicenda dei trasferimenti di volumetria, tanto che il sistema dei registri comunali, come dimostrato dal caso del comune Milano, sembra essere un'inutile duplicazione del controllo posto in essere per la redazione del contratto.

Il registro dei diritti edificatori, infatti, non può prescindere dall'atto notarile, indispensabile per ottenere il rilascio del «certificato urbansitico» che, a sua volta, altro non è se non un c.d.u. afferente unicamente ai diritti edificatori, con l'inconveniente di doversi munire di una moltitudine di documenti che invece potrebbero essere agevolmente riassunti in uno solo.

Pertanto, anche laddove si adottasse su scala nazionale il sistema dei registri comunali, il notaio sarebbe sempre direttamente coinvolto nella verifica della volumetria in quanto è il soggetto preposto alla registrazione tempestiva dell'atto pubblico di trasferimento presso i registri immobiliari ai sensi dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c.[430]

In tale ottica appare dunque ragionevole, se non opportuno, affidare a tale professionista oltre ai controlli preventivi e successivi alla stipula a lui attribuiti, anche quelli inerenti la volumetria oggetto del trasferimento.

L'utilizzo del notaio beneficerebbe i contraenti anche sotto altri aspetti.

Egli infatti nell'esercizio della sua attività, è costantemente sottoposto ad atti di vigilanza ed ispezione che tutelano le parti e che renderebbero superflua la predisposizione di ulteriori meccanismi di vigilanza ovvero di organi di controllo come invece dovrebbe essere fatto nel caso dell'istituzione di registri[431].

Le parti inoltre trarrebbero anche vantaggi da un punto vista economico perché non dovrebbero pagare somme aggiuntive a quelle previste per la stipula dell'atto, in quanto il controllo sulla cubatura rientrerebbe tra gli adempimenti richiesti per legge al notaio.

A ciò può aggiungersi che le verifiche effettuate in sede di stipula eliminerebbero il rischio di parzialità o conflitti di interessi con la p. a. o con la controparte.

---

[430] Al riguardo è bene precisare che, a differenza dell'operato del notaio, nei registri comunali non è previsto un limite temporale entro cui effettuare la registrazione della volumetria, ciò non toglie che la prassi richiede che la registrazione sia effettuata in un breve lasso di tempo, non meglio precisato. Cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 269.

[431] Basti pensare che gli notarili sono sottoposti a controlli periodici da parte dell'Agenzia delle Entrate e dell'Archivio Notarile sotto il controllo del Ministero della Giustizia.

Il notaio infatti, pur essendo un pubblico ufficiale che rappresenta lo Stato, non dipende dall'Amministrazione ed esercita la sua attività quale libero professionista che opera in modo imparziale rispetto ai contraenti[432].

Tali caratteristiche avvantaggerebbero oltre alla sfera pubblica anche quella privata.

La p. a. senza costi aggiuntivi avrebbe infatti un quadro sempre completo ed aggiornato all'ultimo trasferimento della volumetria, senza la necessità di imporre obblighi ulteriori rispetto al contratto sottoscritto e trascritto[433].

La scelta del notaio e del c.d.u. sembra dunque presentare una serie di vantaggi in grado di ripercuotersi positivamente sui trasferimenti di volumetria.

2. I negozi aventi ad oggetto la potenzialità edificatoria. Ipotesi dubbie.

Il numero 2-*bis* è stato inserito all'interno dell'art. 2643 c.c. per coniugare l'esigenza di una circolazione agevole della potenzialità edificatoria con la certezza di un sistema pubblicitario garantista quale quello delle conservatorie.

La norma concepita in modo generico, prescrive unicamente l'obbligo di adempimento delle formalità pubblicitarie per tutti i tipi contrattuali indicati, senza effettuare alcuna specificazione in merito alla natura del diritto o alla qualificazione giuridica del contratto.

Se da un lato l'utilizzo di termini quali «cessione» o «cubatura» al posto di «strumenti edificatori» e «volumetria» possono dirsi impiegati per non lasciare dubbi circa la possibilità di ricondurre il fenomeno a strutture negoziali che siano espressione dell'autonomia privata[434], dall'altro l'ampiezza del termine «cessione» al posto della più specifica «vendita» implica che sia proprio l'interprete a dover valutare l'idoneità dei più vari negozi tipici codicistici ad avere al oggetto diritti edificatori[435] ed ad essere trascritti nei registri immobiliari, ma anche a dover verificare la possibilità che i diritti edificatori possano costituire oggetto di diritti diversi dalla proprietà piena, come ad esempio quelli reali parziali di godimento e di garanzia[436].

---

[432] In tal senso non è mancato chi ha sostenuto che l'affidamento al solo notaio dell'intera vicenda dei diritti edificatori rischierebbe di limitare la portata dell'istituto, relegandolo alla sola vicenda privatistica.

[433] Per maggiori approfondimenti sul ruolo del notaio nei trasferimenti di cubatura si rinvia a G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 429 ss.; vedi L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* p. 3 ss.; G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità di interesse notarile, primo semestre 2011, cit.,* pp. 5-11.

[434] M. CEOLIN, *Trascrivibile la «cessione di cubatura», cit.,* p. 1265.

[435] Non possono ignorarsi anche i negozi di puro trasferimento diversi da quelli che possono essere ricondotti agli schemi causali previsti dal codice. A tal proposito è d'obbligo richiamare l'atto di ri-trasferimento del mandato senza rappresentanza ad acquistare diritti edificatori, il legato di diritti edificatori altrui, il contratto preliminare di vendita di volumetria ad effetti anticipati, nonché il negozio traslativo di esecuzione o le prestazioni esecutive di obbligazioni del risarcimento del danno in forma specifica aventi ad oggetto la cessione di cubatura , contratti fiduciari, alienazioni in funzione di garanzia e *trust.*

[436] Ci si è interrogati, non di meno, sulla possibilità di esercitare sui diritti edificatori il potere di fatto del possesso e, più precisamente, l'esercizio di un utile possesso *ad usucapionem*. Se anche si ammettesse l'astratta possibilità di possedere diritti immateriali, cioè incorporali, dovrebbe escludersi, tuttavia, rispetto ai diritti edificatori un uso ultraventennale, idoneo a produrne l'acquisto a titolo originario, in ragione del fatto che l'attività corrispondente al loro esercizio non può che

Tra gli schemi negoziali di cui si sarebbe potuto trattare, si è deciso di focalizzare l'attenzione su quelli che ancora oggi destano perplessità circa la possibilità di essere ricondotti nel n. 2- *bis*[437].

Si tratta, più precisamente dell'ipotecabilità dei diritti edificatori, della possibilità che gli stessi siano oggetto di donazione o di divisione, della possibilità che essi costituiscano oggetto di conferimento in società o che siano vincolabili in fondo patrimoniale e, infine, della loro circolazione per atto *mortis causa*[438].

Si è ritenuto inoltre interessante analizzare le conseguenze pratiche di simili valutazioni anche con riferimento a fattispecie con efficacia obbligatoria come il contratto preliminare, così da verificare se sia

---

consistere nella richiesta alla pubblica amministrazione del permesso di costruire per una cubatura maggiore in favore del proprio fondo, a discapito del fondo altrui, ovvero, tutt'al più, nell'atto istantaneo di disposizione a *non domino*. Né può dirsi che l'usucapione maturerebbe dopo venti anni dalla costruzione di un immobile con cubatura maggiore, a fronte del non uso della stessa cubatura, spettante ad altro immobile del medesimo comparto o ambito edilizio, infatti, il diritto edificatorio come tale, una volta esercitato, scomparirebbe, consumandosi e l'edificio, frutto del suo esercizio, sarebbe bene immobile acquistato per accessione dal proprietario del terreno per la parte regolare, mentre per quella irregolare varrebbe, se del caso, l'usucapione. Cfr. F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, *cit.,* pp. 20- 22.

[437] Contrariamente, in forza dell'espresso rinvio ai «diritti menzionati ai numeri precedenti» o più in generale ai «diritti reali immobiliari» è possibile pacificamente sostenere l'ammissibilità della trascrizione per gli atti tra vivi di rinuncia ai diritti edificatori già costituiti (art. 2643 n.5 c.c.), dei provvedimenti traslativi di esecuzione forzata (art. 2643 n. 6 c.c.), delle transazioni (art. 2643 n. 13 c.c.) e delle sentenze che operano la costituzione, il trasferimento o la modificazione dei suddetti diritti (art. 2643 n. 14 c.c.).

[438] Vi sono invero altre fattispecie per le quali si è ritenuto di non dover affrontare una trattazione a parte, stante la pacifica estendibilità delle ipotesi ai diritti edificatori nel caso di ricostruzione del fenomeno come diritto reale. È interessante tuttavia riproporre brevemente in questa sede i principali istituti, al fine di sottolineare le ragioni dell'estendibilità al n. 2-*bis*. Soluzione positiva si ha certamente con riferimento alla vendita. Secondo una dottrina infatti, il legislatore infatti, nel formulare l'art. 5 del d. l. 13 maggio 2011 n. 70 ha utilizzato tale schema contrattuale, mediante il quale un soggetto fosse in grado di trasferire ad un altro i diritti edificatori con effetto traslativo immediato. La dottrina si è successivamente chiesta se oltre allo schema base della vendita, potessero essere stese ai diritti edificatori anche ipotesi affini come la cessione della volumetria in nuda proprietà, della cessione di diritti edificatori alternativa, della cessione di diritti edificatori futuri o altrui o, ancora, se fosse ammissibile la vendita con riserva di proprietà. Accertato che tutte le ipotesi citate debbono ritenersi ammissibili, esse si distinguono unicamente con riferimento alla possibilità e alla modalità di trascrizione (si pensi al fatto che non potranno ad esempio essere trascritte le cessioni di diritti edificatori individuati solo nel genere stante l'indeterminatezza dell'oggetto). Altra ipotesi ammissibile è quella della permuta, sia che avvenga tra diritti edificatori, (utilizzando in tal caso una sola nota di trascrizione) che tra diritti edificatori e beni immobili (adempiendo invece a due formalità, utilizzando due note distinte come si avrà modo di approfondire nel prosieguo della trattazione). Si ritiene inoltre che anche l'istituto della *datio in solutum* sia applicabile ai diritti edificatori. Infatti, l'art. 1197 c.c. ammette la possibilità che il debitore si liberi con il trasferimento della proprietà o di altro diritto (essendo tenuto in questo caso alla garanzia per evizione e per vizi secondo le norme della vendita) mediante un contratto con contenuto reale, in grado di perfezionarsi al momento della dazione della «cosa», ossia nel momento in cui si produce l'effetto reale. In tal caso dovrà essere oggetto di trascrizione unicamente la dazione in pagamento in quanto solo alla dazione è ricollegato l'effetto traslativo e non invece al contratto dal quale l'obbligazione ha avuto origine e che giustifica la successiva prestazione in luogo dell'adempimento, esso non è previsto dall'art. 2643 c.c., né vi sarebbe secondo una dottrina un collegamento con il secondo contratto, tanto che la fattispecie può essere definita come «negozio astratto con *causa solvendi*». Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 162. Altro autore (E. Boscolo) ha sottolineato che laddove sia offerto in luogo dell'originaria prestazione un diritto edificatorio compensativo, e quindi non attualmente esistente, si dovrebbe parlare di *datio in soloutum* atipica ad effetti non reali, in quanto consiste unicamente nell'astratta attribuzione della volumetria che il privato potrebbe utilizzare sul fondo. Cfr. E. BOSCOLO, *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione, cit.,* p. 66. Circa la previsione della rinuncia ai diritti edificatori, la trascrizione di tale ipotesi è certamente prevista dallo stesso art. 2643 al n. 5 c.c. che statuisce l'obbligo di pubblicità per la rinuncia ai diritti menzionati ai numeri precedenti e per la quale deve essere necessariamente rispettato il vincolo formale della forma pubblica o della scrittura privata autenticata. Per quanto concerne invece l'efficacia dell'atto abdicativo si sottolinea che, per effetto della tipizzazione del contratto e della nuova fattispecie di natura reale prevista dal n. 2-*bis*, si avrebbe un atto unilaterale non recettizio a cui seguirebbe un automatico riespandersi del diritto di proprietà. Cfr. G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 53. Stante il riferimento dell'art. 2643 n. 3 c.c. che prevede «la trascrizione dei contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati ai numeri precedenti», non può escludersi che ciò concerna anche i diritti edificatori. Tra l'altro, dall'art. 2645 c.c. emerge l'ammissibilità della trascrizione di atti amministrativi che abbiano come effetto la messa in comunione di diritti edificatori già appartenenti a più soggetti, nei limiti e con gli effetti della pubblicità notizia in cui ciò sia ipotizzabile.

possibile ricevere e trascrivere anche quei negozi con cui le parti assumono unicamente l'obbligo di trasferire, costituire o modificare la potenzialità edificatoria nonostante la disposizione faccia riferimento a contratti con effetti reali[439].

2.1. Segue: il contratto preliminare.

Indipendentemente dalla qualificazione giuridica della potenzialità volumetrica, ad una prima analisi degli articoli 1351 e 2645-*bis* c.c. sembrerebbe doversi negare la compatibilità del contratto preliminare con la costituzione, il trasferimento e la modifica della capacità edificatoria.

Detto contratto infatti, pur avendo come obiettivo il mutamento della titolarità su un bene immobile, mal sembra adattarsi alla disciplina dettata dal n. 2-*bis*, principalmente perché l'art. 2645-*bis* c.c. fa espresso riferimento ai soli numeri 1), 2), 3), 4) dell'art. 2643 c.c.[440] e perché il carattere tassativo della disposizione non consente di estenderla ai «diritti edificatori».

Ad enfatizzare l'inconciliabilità tra le due figure vi sarebbe il fatto che la disposizione sul preliminare ha natura obbligatoria in quanto determina unicamente il sorgere di un'obbligazione di trasferimento in capo ai contraenti, rimandando in tal modo ad un impegno a trasferire, mentre l'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. fa riferimento ad un trasferimento attuale ed immediato.

L'incompatibilità appare superabile solo sostenendo il mancato adeguamento della norma da parte del legislatore, anomalia che non è di per sé tale da inibire l'applicabilità del preliminare alla fattispecie in esame[441].

A riprova di una difetto di coordinamento si può utilizzare l'ampia formulazione dell'art. 2932 c.c. che, richiamando all'art. 2643 c.c. nella sua interezza, non consente di escludere dalla sua applicazione il n. 2-*bis*.

---

[439] Il primo su tutti a proporre la possibilità di estendere l'analisi anche alle fattispecie ad effetti obbligatori è stato G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 476 ss. Poiché sono numerosi i problemi di applicazione del n. 2–*bis* tutte le volte in cui i contraenti pongano in essere negozi in grado di produrre effetti solo obbligatori subordinati a specifici fatti o eventi, è necessario verificare come le citate ipotesi negoziali possano coniugarsi con il dato letterale della norma, così da stabilire di volta in volta il termine di efficacia della trascrizione. Cfr. E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 110. Numerose difficoltà sorgono in riferimento al termine di efficacia della trascrizione nei negozi con effetti obbligatori. Gazzoni, nella propria opera, ha ricostruito vari orientamenti relativi al caso in esame. Secondo una prima opinione riportata dall'Autore, il contratto sarebbe trascrivibile immediatamente ma la trascrizione, ai fini della risoluzione di ogni eventuale futuro conflitto, prenderà data al momento di produzione dell'effetto reale nel negozio. Per altro orientamento invece il contratto potrà essere trascritto unicamente nel momento in cui il contratto produrrà effetti reali mentre prenderà data dalla sua conclusione con effetto retroattivo. Vi è infine una terza opinione secondo cui la trascrizione potrà essere immediatamente eseguita con efficacia immediata o successivamente con efficacia ultrattiva e non retroattiva.

[440] Anche nel caso in cui siano invero sottoposti a condizione o relativi ad immobili da costruire o in corso di costruzione.

[441] Il fatto che l'art. 2645 -*bis* c.c. non sia stato emendato, con l'inserimento del rinvio anche al n. 2 –*bis* dell'art. 2643 c.c., non può essere preclusivo ad un'interpretazione favorevole in ordine all'estensione della possibilità di accesso ai registri immobiliari, anche, al preliminare avente ad oggetto un obbligo di cedere la cubatura. In tal senso vedi, G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 478. Si vedano in tal senso M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti perequativi e compensativi. La traslazione del diritto ad edificare come strumento di compensazione urbanistica* , in S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI e C. VITALE (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013, p. 810. L'autore parla di un evidente refuso e di difetto di coordinamento.

Inoltre si rileva che sarebbe illogico ammettere ai sensi del combinato disposto degli artt. 2652 e 2643 n. 14 c.c. la trascrizione della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre riguardante i diritti edificatori[442] ma, allo stesso tempo, non consentire la trascrizione del preliminare cui tali diritti sono oggetto.

A ciò si aggiunga che una disposizione che riconosce un nuovo diritto passibile di contrattazione tra le parti vietandone però in modo arbitrario la trascrizione del preliminare, appare incongruente.

Se si ammette dunque l'esistenza un difetto di coordinamento, la trascrizione può riguardare non solo contratti preliminare di negozi che «trasferiscono» diritti edificatori con effetto immediato ma anche contratti da cui deriva unicamente l'obbligo di «modifica» o di «costituzione» non solo tra privati ma anche tra questi ultimi e la p. a. in cambio di condotte adottabili nell'ambito degli strumenti della perequazione, compensazione ed incentivazione[443].

2.2. Segue: l'ipotecabilità e la costituzione in pegno.

Uno dei problemi più interessanti attiene alla possibilità di iscrivere ipoteca sui «diritti edificatori», per le evidenti implicazioni pratiche che ciò comporterebbe nel panorama negoziale.

L'art. 2810 c.c., rubricato «Oggetto dell'ipoteca», stabilisce che soltanto i beni immobili con le loro pertinenze (ai quali devono in realtà aggiungersi, gli ulteriori beni elencati in leggi speciali), sono capaci d'ipoteca[444].

Il dettato letterale unito all'interpretazione che la dottrina è da sempre solita darne, suggeriscono la tassatività[445] dell'elencazione riportata e ciò ha conseguentemente contribuito a formare l'opinione secondo cui i diritti edificatori sarebbero incapaci di ipoteca in quanto non citati dalla norma[446].

---

[442] Non può certamente negarsi che il ricorso al canone dell'interpretazione logica nasconda il rischio di un'interpretazione eccessivamente estensiva della novella tale da poter potenzialmente contravvenire all'intento del legislatore che sembra piuttosto quello di definire in modo molto specifico l'ambito applicativo della norma.

[443] Potranno inoltre trovare tutela giuridica il contratto preliminare a favore del terzo e la cessione del contratto preliminare ove afferenti ai diritti edificatori. Con riferimento alla garanzia da prestare in ordine ai rapporti tra cedente e cessionario, l'art. 1410 c.c. dispone che il cedente dovrà in primo luogo garantire la validità del contratto ceduto e, ove espressamente previsto, anche il suo adempimento. In tal senso R. FRANCO, *La cessione del contratto preliminare. Circolazione del contratto preliminare profili ricostruttivi e strumenti operativi,* in *Notariato e diritto immobiliare*, Milano, 2011, p. 112 ss.; e M. C. DIENER, *Il contratto in generale, cit.,* p. 693.

[444] Secondo la teoria cosiddetta «sostanziale», la natura giuridica dell'ipoteca è quella di un diritto reale autonomo di garanzia collegato al processo esecutivo solo in quanto quest'ultimo rappresenti il suo logico epilogo. L'ipoteca, oltre a connotarsi per la realità, si caratterizza, altresì, per i requisiti dell'accessorietà, quale naturale collegamento tra il diritto di garanzia e il credito garantito, per la specialità, (sia soggettiva, riferendosi ad un credito ben determinato, che oggettiva, potendo essere iscritta solo su beni determinati), ed infine per l'indivisibilità, di guisa che qualunque mutamento giuridico materiale del bene non è idoneo a pregiudicare l'ipoteca che continuerà a gravare su tutte le parti del bene ipotecato così come è stato diviso. Vedi S. CERVELLI, *Trascrizione ed ipoteca*, Milano, 2009, p. 127. Relativamente alla tesi «processuale», sulla natura giuridica dell'ipoteca, quale mezzo del procedimento di espropriazione, vedi F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni,* in *Diritto sostanziale e processo,* Milano, 2006, p. 315.

[445] D. RUBINO, *L'ipoteca mobiliare e immobiliare,* Milano, 1956, pp. 104-105; S. CERVELLI, *Trascrizione ed ipoteca*, Milano, 2002, p. 106; A. RUOTOLO e C. CACCAVALE, *Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni. Approvato dalla commissione di studi del Consiglio Nazionale del Notariato 22 giugno 1999,* in *Studi e materiali del Consiglio Notarile del Notariato, 6.2.,* Milano, 2001, p. 590. Gli Autori nell'ultimo caso affermano che per quanto il diritto di abitazione sia astrattamente capace di ipoteca la mancanza di una codificazione di tale possibilità costituisce un ostacolo insormontabile all'ipotecabilità dello stesso. Uno dei problemi principali atterrebbe all'alterazione della struttura della nota di trascrizione dovuta alla meccanizzazione dei registri

In questa sede si tenterà di interpretare la disposizione in una chiave di lettura diversa da quella sino ad ora proposta al fine di verificare se possano esistere o meno degli spiragli di ipotecabilità.

Si osserva che il mancato richiamo nei numeri 2, 3 e 4 dell'art. 2810 c.c. ai diritti edificatori, potrebbe derivare da un difetto di coordinamento tra le disposizioni.

Infatti ancorché la formulazione della norma avochi la necessità di attenersi ad un'interpretazione tassativa[447], non si può negare che essa sfugga spesso ad un'esegesi letterale stante il fatto che la nuda proprietà, non è ricompresa all'interno di tale elencazione, pur essendo pacifico che essa possa essere capace di ipoteca.

La dottrina comunemente giustifica tale eccezione per il fatto che la nuda proprietà è disciplinata nell'art. 2814 c.c.[448] che, pur essendo collocato successivamente alla norma sull'ipoteca, sembra ad essa riferirsi.

Ad un esame più approfondito si ritiene che potrebbe essere effettuato un parallelismo tra l'art. 2646 c.c. (oggetto di trattazione nel paragrafo che segue) e l'art. 2810 c.c. La dottrina infatti ammette l'applicabilità della divisione anche ai diritti edificatori, nonostante quella norma, proprio come l'art. 2810 c.c. si riferisca espressamente solo all'«oggetto» e non ad un «diritto»[449].

A sostegno di tale richiamo si adduce il fatto che i diritti di cui al co. 2-*bis* debbono essere necessariamente riferiti a beni immobili stante il legame con il fondo da cui originano.

Il ragionamento potrebbe quindi essere riproposto senza alcuna sofisticazione, anche nel caso in esame.

---

immobiliari che originariamente era un documento a schema libero mentre oggi è mutato in uno schema articolato in campi atti a consentire unicamente delle locuzioni prestabilite e precodificato dalla normativa di riferimento.

[446] Si giungerebbe all'ammissibilità dell'ipoteca se si aderisse alla teoria che considera la volumetria come bene mobile materiale, proprio per l'espresso riferimento dell'art. 2810 c.c. all'«oggetto». Invero, si tratterebbe di uno dei pochi in casi in cui potrebbe riconoscersi una compatibilità della reificazione con le ipotesi analizzate poiché si dimostra inconciliabile con la maggior parte dei casi esaminati. Prendendo in vece in esame l'ipotesi della vendita di beni futuri esistenti ma non ancora entrati a far parte del patrimonio dell'acquirente, nel caso in cui il diritto si trovi in volo, il terreno di atterraggio sarebbe indeterminato e dunque non suscettibile di iscrizione ipotecaria ai sensi dell'art. 2823 c.c. secondo cui l'ipoteca può essere correttamente e validamente iscritta solo se la cosa è venuta concretamente ad esistenza, nel senso di essere stata acquisita al patrimonio dell'acquirente.

[447] Si evidenzia, infatti, che da una stretta interpretazione letterale della norma sembrerebbero capaci di ipoteca soltanto l'usufrutto dei beni, il diritto di superficie, il diritto dell'enfiteuta e quello del concedente sul fondo enfiteutico. La dottrina interpreta, inoltre, la norma nel senso di escludere che il pieno proprietario possa, a suo piacimento, concedere ipoteca soltanto sulla nuda proprietà o sul solo usufrutto, mentre è possibile escludere l'estensione dell'ipoteca dagli accessori del bene immobile tra i quali potrebbero farsi rientrare, altresì, i diritti edificatori ove fossero qualificati quali nuovi beni. È pur vero che il problema dell'ipotecabilità del solo fondo con eventuale esclusione dei diritti edificatori è una prospettiva percorribile se ed in quanto si accolga la prospettiva dei diritti edificatori reificati, in luogo della tesi della realità e tipicità di siffatti diritti. In tal senso vedi L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* pp.17 -18.

[448] Cfr. G. A. DI VITA, *Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria, cit.,* p. 94, il quale esclude tale possibilità proprio in forza del tenore letterale dell'art. 2810 c.c. Vero è che la norma non contempla, espressamente, la capacità del diritto di nuda proprietà ad essere oggetto d'ipoteca, e, ciononostante, nessuno dubita della sua ipotecabilità.

[449] In tal senso si veda anche L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* p. 17.

Astrattamente non si incontrerebbero difficoltà nemmeno con riferimento all'iscrizione di ipoteca nel caso di cessione in volo[450], perché si potrebbe procedere all'iscrizione utilizzando i dati catastali del terreno di «partenza» dal quale la volumetria ha tratto origine[451].

In assenza di una previsione normativa *ad hoc,* non si farebbe altro che applicare analogicamente l'art. 2825 c.c. che consente di iscrivere ipoteca su beni «altrui» in attesa che sia precisato il terreno di atterraggio, cosicché il peso possa successivamente essere trasferito sul nuovo fondo.

Si tratterebbe del medesimo *iter* utilizzabile per la trascrizione dei diritti edificatori laddove essi siano trasferiti in assenza di un terreno di decollo, nella cui nota può essere indicato il suolo che li ha originati[452].

L'impostazione tra l'altro appare la più aderente alla riforma del 2011 in quanto sembra contraddittorio che una norma che opera in materia di trascrivibilità dei «diritti edificatori»i, ne abbia volutamente escluso l'ipotecabilità.

Non a caso, da più parti [453] è stata messa in luce tutta l'inadeguatezza dell'attuale norma, manifestando l'esigenza di una riforma dell'art. 2810 c.c. che preveda l'inserimento nell'elenco tassativo anche del n. 2-*bis*[454].

---

[450] Si ricorda che con il termine cessione «in volo» ci si riferisce all'ipotesi in virtù della quale la cessione venga effettuata non dal titolare del fondo che ha generato i diritti edificatori ma da parte di chi su quel terreno non vanti alcun diritto e si trovi tuttavia titolare degli stessi per averli acquisiti precedentemente. I diritti edificatori sono pertanto ceduti ad un soggetto pur in assenza di un fondo a cui gli stessi possano inerire, cosicché fino all'individuazione di un fondo di atterraggio essi potranno unicamente circolare mentre il diritto non potrà essere esercitato per mancanza dell'inerenza reale al fondo.

[451] Non sarebbe altrimenti possibile iscrivere ipoteca stante il dettato dell'art. 2823 c.c. che consente di farlo su beni futuri solo quando la cosa sia venuta ad esistenza.

[452] Si rinvia per approfondimenti al capitolo II, paragrafo 4.3. In senso contrario E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 236. L'Autore ritiene ardita l'applicazione analogica dell'art. 2825 c.c. sostenendo che, al fine di giustificare l'iscrizione ipotecaria sul terreno di decollo altrui, non potrebbero soccorrere gli articoli 2823 e 2825 c.c., rispettivamente, volti a disciplinare da un lato l'ipoteca sui beni futuri, che può essere validamente iscritta soltanto quando la cosa viene ad esistere e dall'altro l'ipoteca sui beni indivisi. Difatti, sebbene tale soluzione sembrerebbe la più coerente con la compilazione della nota di trascrizione che contiene, ai fini dell'individuazione dei diritti edificatori «in volo», i dati catastali del fondo che li ha generati, l'Autore non la condivide perché il fondo di decollo sul quale l'iscrizione ipotecaria verrebbe presa non appartiene, neppure per una quota ideale, al nuovo titolare dei diritti edificatori. Il presupposto, per il trasporto della garanzia ipotecaria, *ex* art. 2825 co. 2 c.c., risiede nei principi che reggono la comunione ed in particolare che giustificano la natura dichiarativa, anziché costitutiva, delle assegnazioni nell'ambito della divisione. L'Autore sostiene inoltre l'inapplicabilità analogica alla cessione in volo dell'ipoteca su beni indivisi, in quanto la prima è costituita dallo debitore, sulla quota ideale dei beni immobili di cui lo stesso è titolare, mentre il fondo di decollo su cui verrebbe iscritta l'ipoteca durante la circolazione in volo dei diritti edificatori apparterrebbe ad un soggetto terzo. In senso opposto si veda G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 508. Si potrebbe in alternativa utilizzare il procedimento descritto al Paragrafo 1.1. del presente capitolo.

[453] Anche il Consiglio Nazionale del Notariato nel 2008 si è espresso in tal senso. La cessione di cubatura ed il trasferimento dei diritti edificatori è un argomento di estremo interesse notarile che in quanto le formalità circa la sua costituzione e negoziazione coinvolgono direttamente i Notai che numerose volte sono intervenuti sul punto al fine di rivenire soluzioni pratiche alla tipizzazione dell'istituto. Non a caso molti degli Autori che si sono occupati della fattispecie sono Notai.

[454] Si veda al riguardo E. SMANIOTTO, *La cubatura e la trascrizione della cessione di cubatura,* in *Immobili e proprietà*, 2012, 6, p. 380, M. CEOLIN, *Trascrivibile la «cessione di cubatura»,* in *Studium Iuris,* 2011, 12, p. 1266. L'autore sostiene invero che, dovendosi riscontrare dei caratteri di affinità tra diritti edificatori e diritto di superficie non dovrebbe potersi negare l'ipotecabilità dei primi. Anche G. A. DI VITA, *Riflessioni sul tema «cessione di cubatura»: una lettura provocatoria della novella*, in *Il Notaro*, II, 2011, p. 94; G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità di interesse notarile, primo semestre 2011, cit.,* p. 5.

Tuttavia, seppure l'analisi condotta presenta numerosi e non trascurabili spunti di riflessione, si ritiene di non poter ammettere *tout court* l'ipotecabilità dei diritti edificatori, sulla base delle sole considerazioni avanzate, per il fatto che è ancora assolutamente predominante il canone della tassatività dell'art. 2810 c.c.

Assodato che i diritti edificatori non possano attualmente essere di per sé oggetto di ipoteca né come diritto reale, né come bene o credito, ci si è interrogati sulla possibilità che gli stessi possano esserlo per l'ipotesi di iscrizione di ipoteca sull'intero fondo, ossia nel caso in cui la potenzialità volumetrica costituisca ancora una «facoltà» ricompresa nel diritto di proprietà in quanto non ancora separata dal terreno mediante atto dispositivo.

In tal caso, il titolare del fondo deve ipotecare necessariamente l'intero diritto di proprietà, non potendo fare riferimento ai soli diritti edificatori, né potendo escludere gli stessi dall'assoggettamento del peso.

Tutto ciò indipendentemente dal fatto che essi siano ricompresi o meno nell'elencazione dell'art. 2810 c.c.

L'affermazione è supportata dall'analogo dibattito che si è sviluppato in tema di «usufrutto causale», espressione con la quale si suole fare riferimento alla possibilità (invero incerta) che il debitore, pieno proprietario di un terreno, possa concedere ipoteca unicamente sulla «facoltà» di godimento, riservandosi contestualmente la nuda proprietà per il tempo successivo ad un'eventuale espropriazione che dovesse subire, in tal modo separando l'usufrutto[455] dalla nuda proprietà[456].

---

[455] Pur ammettendo che la potenzialità volumetrica possa astrattamente essere oggetto di vari diritti, la dottrina discute animatamente circa l'effettiva configurabilità dell'usufrutto per i diritti edificatori. L'interrogativo resta attuale e passibile di ulteriori sviluppi, a causa del breve lasso di tempo intercorso dalla novella del 2011 ad oggi. Al fine di apportare un contributo al dibattito, appare opportuno precisare in via preliminare, che anche l'esito di siffatto interrogativo dipende della ricostruzione che si decida di accogliere a monte in ordine alla natura giuridica dei diritti edificatori. Riconoscendo agli stessi carattere reale, quali diritti nuovi e tipizzati, non dovrebbero sussistere particolari difficoltà nell'affermare che la volumetria possa costituire oggetto di usufrutto, con il conseguente obbligo di trascriverne la costituzione. Allo stesso modo, anche l'adesione alla tesi della reificazione della volumetria consente di ammettere la costituzione del diritto di usufrutto sui diritti edificatori, stante il fatto che il bene mobile immateriale, rappresenta al contempo l'oggetto del godimento e del possesso. Tale fatto invero desta alcune perplessità in considerazione del fatto che anche le energie possono costituire oggetto di possesso. Una dottrina ritiene che in ragione del valore economico incarnato dalla volumetria, essa potrebbe essere oggetto di usufrutto anche nella forma della riserva, nel caso di alienazione (gratuita o onerosa) della nuda proprietà sugli stessi, salvo ovviamente eventuali limiti imposti dalle norme urbanistiche locali. Cfr. G. TRAPANI*, I diritti edificatori, cit.,* p. 368. È bene inoltre sottolineare che laddove alla volumetria si riconosca la natura di *res*, seppur intangibile, diventa plausibile ed auspicabile l'intervento di un'espressa previsione di legge che ne ammetta la concessione in ipoteca, ad esempio, a garanzia del finanziamento richiesto ad una banca dal suo proprietario. Tuttavia anche a voler ammettere la possibilità di un diritto d'usufrutto sulla potenzialità volumetrica, è necessario interrogarsi sulla sorte di siffatto diritto reale parziario una volta che l'immobile sia stato realizzato, ossia una volta che la volumetria sia stata consumata (nella consapevolezza che, sensi degli artt. 978 e ss. c.c. sarebbero comunque precluse all'usufruttuario tutte quelle forme di godimento incompatibili con la destinazione economica impressa). Plausibilmente, sulla base di quanto già si verifica in altri istituti, si ritiene che potrebbe aversi accessione della costruzione al terreno con un conseguente consolidamento del diritto reale minore sulla volumetria, in favore del nudo proprietario della stessa. La fattispecie, tuttavia, potrebbe diventare più complessa nel caso in cui non si verificasse quella fisiologica corrispondenza tra i titolari dei diritti di nuda proprietà e di usufrutto sulla cubatura che si intende far atterrare sul suolo ed i titolari di quegli stessi diritti su quella medesima area d'atterraggio. Si può dunque verificare che l'area di atterraggio non sia gravata di un usufrutto, di eguale durata temporale ed a favore del medesimo soggetto beneficiario del diritto d'usufrutto sui diritti edificatori. In tale ipotesi, ove sia pieno proprietario del terreno di atterraggio colui che è anche nudo proprietario della cubatura destinata ad atterrare su di esso, chiamando a supporto la

La problematica è stata risolta negativamente dalla dottrina sia perché non è consentito rimettere all'autonomia delle parti la determinazione dell'oggetto dell'ipoteca, sia perché l'azione esecutiva del caso di specie non è legislativamente codificata[457].

Da ciò si evince quindi che il creditore ha solo la possibilità di espropriare l'usufrutto formale e non invece quello causale e che il pieno proprietario, può concedere ipoteca unicamente sulla piena proprietà e non sul solo usufrutto o sulla sola nuda proprietà.

Il titolare del fondo che iscrive ipoteca deve farlo dunque sull'intero bene, diritti edificatori compresi.

Si pensi per l'appunto all'usufrutto che, nonostante sia contemplato nell'art. 2810 c.c., non può essere oggetto di ipoteca come diritto autonomo quando il soggetto interessato sia anche titolare della nuda proprietà poiché, secondo il principio generale appena descritto, la proprietà nella sua interezza è assoggettata al peso senza poter scindere le «facoltà» in essa ricomprese[458].

Ulteriore problematica derivante dalla concezione dei «diritti edificatori» come diritti reali è quella relativa all'impossibilità di applicarvi il patto di non estensione del vincolo ipotecario e di non poterne prevedere la cancellazione, stante l'unicità del soggetto titolare.

L'art. 2811 c.c. riferendosi ai casi in cui si può estendere l'ipoteca fa riferimento ai «miglioramenti» e alle «altre accessioni», termini che presuppongono necessariamente il riferimento a beni mobili o immobili e non invece ai diritti reali che quindi devono ritenersi esclusi[459].

---

disciplina del «quasi usufrutto» di cui all'art. 995 c.c., all'atto della consumazione della volumetria, ovvero, all'atto dell'edificazione del manufatto, nasce in capo al titolare dell'area l'obbligo di restituire alla scadenza il *tantundem eiusdem generis,* ovvero il corrispondente valore. È bene ricordare inoltre che parte della dottrina non ritiene configurabili altri diritti reali quali la superficie, l'enfiteusi, l'abitazione, l'uso o la servitù, per incompatibilità degli schemi legali con le caratteristiche della volumetria quale «bene». Cfr. A. GAMBARO, *I beni,* in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messine e Mengoni, Milano, 2012, p. 135. Si veda anche L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali, cit.,* p. 13 ss. L'Autore prende in considerazione la trascrivibilità sia «dei contratti che trasferiscono il diritto d'usufrutto», sia «dei contratti che trasferiscono la nuda proprietà» sui diritti edificatori, intesi quali bene autonomo o quali diritto in sé.

[456] Invero solo per effetto dell'esecuzione forzata l'aggiudicatario godrebbe di un diritto di usufrutto formale e non causale.

[457] Il creditore può, ben, aggredire esecutivamente un usufrutto formale, ma non un «usufrutto causale», vedi G. MUSOLINO, *L'usufrutto,* in P. BOERO e G. MUSOLINO (a cura di), *Strumenti del diritto*, *diritti reali,* Bologna, 2011, p. 20.

[458] Per lo stesso principio, i diritti edificatori non potranno essere oggetto autonomo di ipoteca fino a che non saranno contemplati nell'art. 2810 c.c. ma, allo stesso modo, se esistenti, non potranno esservi assoggettati per effetto di un atto dispositivo del titolare, in modo separato dal suolo, in quanto si incorrerebbe nello stesso divieto previsto per l'usufrutto causale.

[459] Aderendo alla tesi secondo cui la volumetria costituirebbe un bene mobile, sarebbe possibile applicare l'art. 2811 c.c. Infatti nel termine «miglioramenti» si potrebbero ricomprendere tutti i beni, anche derivanti da modifiche giuridiche o urbanistiche e privi di una loro autonomia, che siano in grado di determinare un aumento del valore bel bene immobile. Anche laddove si volesse aderire ad un'impostazione più rigorosa, escludendo che la volumetria possa rientrare nella definizione di «miglioramento», sarebbe comunque possibile ricondurla alle «altre accessioni». In tal caso l'ipoteca si estenderebbe, in modo automatico e senza alcuna precisazione sia agli accessori preesistenti che a quelli successivi all'iscrizione. Le ragioni sarebbero plurime: il concetto di bene è necessariamente unitario, si mira ad ottenere una tutela quanto più possibile completa per il creditore, che, invero, godrà anche dell'eventuale incremento della capacità edificatoria sul fondo per effetto del meccanismo dell'estensione. Alle stesse conclusioni ovviamente si dovrebbe pervenire in merito alla possibilità di escludere o limitare l'estensione dell'ipoteca, contemplata dallo stesso art. 2811 c.c. e, allo stesso modo, potrebbe ipotizzarsi una restrizione dell'ipoteca iscritta, in grado di liberare la volumetria intesa come bene dalla garanzia reale ad essi estesa (si tratterebbe ovviamente di una rinuncia parziale all'ipoteca che necessiterebbe del rispetto degli artt. 2879 c.c. oltre all'esistenza della capacità ai cui all'art. 2883 c.c.) Cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* pp. 510-514.

Una simile prospettiva è infatti ammissibile solo inquadrando i diritti edificatori nella categoria dei «beni»[460].

Se, dunque, la dottrina correttamente esclude che al pieno proprietario sia consentito ipotecare la sola nuda proprietà o il solo usufrutto, all'opposto consente al soggetto che costituisce l'ipoteca, mediante espressa pattuizione, di evitare l'estensione del peso agli accessori del bene immobile tra i quali, mediante un'interpretazione estensiva dell'art. 2811 c.c., possono farsi rientrare i diritti edificatori se qualificati come «beni»[461].

In ultimo, per una maggiore completezza della trattazione, occorre dare atto delle prospettive negoziali avanzate da quanti, qualificando i diritti edificatori come *chance* volumetrica ovvero come «diritto di credito» vantato nei confronti della pubblica amministrazione, aprono la strada all'applicabilità del pegno[462].

Il vincolo reale di garanzia, che attribuisce al creditore un diritto di prelazione, si perfeziona secondo i principi generali, con la consegna della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità sulla stessa.

Di conseguenza soltanto nelle ipotesi in cui siano stati emessi titoli rappresentativi delle volumetrie circolanti, suscettibili di *traditio*, potrebbe perfezionarsi la fattispecie costitutiva del pegno[463].

Non di meno si sottolinea che, il dato letterale di cui all'art. 2806 c.c. che disciplina la costituzione del pegno su diritti diversi dai crediti, stabilisce che la garanzia si costituisce nella forma richiesta per il

---

460 Ove si decidesse di qualificare i diritti edificatori come *ius in re aliena* non si potrebbe prevedere per essi un patto di esclusione dell'estensione dell'ipoteca, non essendo possibile immaginare una volumetria cosiddetta «causale», per le medesime considerazioni che conducono all'inammissibilità di un usufrutto causale. Per contro, reificando i diritti edificatori, nel presupposto che la disciplina di cui all'art. 2811 c.c. è di tipo derogabile, è pacificamente lecito ed ipotizzabile un patto d'autonomia privata che limiti o escluda l'estensione dell'ipoteca a tutti gli accessori o ad una categoria di essi o a un singolo bene. Siffatta pattuizione può essere sia coeva che successiva alla costituzione dell'ipoteca, configurandosi, in tal caso, come una rinuncia parziale alla garanzia. Ferma restando, quindi, la possibilità che il patto d'esclusione possa riguardare anche i diritti edificatori reificati, esula da tali considerazioni il caso dell'inopponibilità al creditore ipotecario del negozio di cessione di cubatura. In conclusione, ove l'ipoteca sull'area di decollo venga iscritta prima della trascrizione della cessione dei diritti edificatori, per l'effetto «dichiarativo» di cui all'art. 2644 c.c., si avrà prevalenza della prima sulla seconda, sulla base dei principi generali che regolano il nostro sistema di pubblicità. Vedi, G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 509.

461 D'altra parte, a ben vedere, se fosse consentito applicare ai diritti (reali) edificatori il patto di non estensione dell'ipoteca (e anche di restrizione), il proprietario avrebbe la «facoltà» di sottrarre all'art. 2810 c.c. i diritti di cui al numero 2-*bis,* provocando in tal modo la scissione di un diritto reale dal diritto di proprietà, così da determinare, in questo caso, un'ipotesi coincidente con quella dell'«usufrutto causale», vietato dall'ordinamento.

462 In forza del disposto di cui all'art. 2784 co. 2 c.c., che prevede la pignorabilità di beni mobili, siffatta prospettiva appare condivisibile anche da chi reifica la cubatura definendola bene immateriale mobile, così da consentire la costituzione di questa, in garanzia dell'obbligazione del debitore o di un terzo ad opera del debitore stesso. Si sottolinea che ciò è possibile solo nella misura in cui siano stati emessi dai Comuni titoli rappresentativi delle volumetrie.

463 La vicenda viene accostata a quella del pignoramento del credito verso terzi, sul presupposto che il debitore sia equiparabile al titolare di un credito (appunto edificatorio), seppur rappresentato da titoli «impropri», inidonei ad essere assoggettati alla disciplina dei titoli di credito. Il creditore potrebbe procedere a pignoramento ai sensi del combinato disposto degli artt. 543 e 492 c.p.c., di talché l'ufficiale giudiziario dovrebbe ingiungere all'autorità comunale di astenersi dal rilasciare al debitore pignorato, titolare dei diritti edificatori con acquisto debitamente trascritto, il provvedimento amministrativo che permetta l'edificazione così imponendo la consumazione della potenzialità edificatoria. In sede esecutiva poi, lo stesso creditore pignorante potrebbe ottenere l'assegnazione, ai sensi dell'art. 553 c.p.c. del credito *in toto*, ovvero, *pro quota*, in ragione del rapporto tra il valore della volumetria e l'entità del credito monetario per cui agisce. In tal senso vedi E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 228.

trasferimento dei diritti, fermo restando l'art. 2787 co. 3 c.c. che prevede la necessità della forma scritta, della data certa e di sufficienti informazioni sul credito e la cosa.

Tale riferimento potrebbe fornire un appiglio alle ricostruzioni diverse dalla *chance*, così da consentire la costituzione di siffatta garanzia sui diritti edificatori a mezzo di trascrizione del titolo nei registri immobiliari[464].

In tal senso il pegno sui diritti edificatori può essere facilmente costituito mediante la trascrizione nei registri immobiliari del titolo contenente i requisiti necessari a soddisfare l'art. 2787 c.c.

L'effetto positivo di tale ricostruzione è ovviamente quello di permettere un più agevole ricorso al pegno, utile a finanziare e ad assecondare la circolazione dei diritti edificatori anche nella fase del c.d. «volo»[465].

2.3. Segue: la divisione.

È interessante verificare se ai «diritti edificatori» sia applicabile l'istituto della divisione stante l'apparente incompatibilità che emerge dal dato letterale dell'art. 2646 c.c. che si riferisce alle ipotesi che hanno ad «oggetto beni immobili» e non invece i «diritti»[466].

La divisione è l'atto 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 ciascuno[467].

Da un punto di vista teorico la disciplina sembra compatibile con le vicende della potenzialità edificatoria.

Tale soluzione interpretativa è confermata anche dal dettato testuale dell'art. 2643 n. 3 c.c. che stabilisce la trascrizione dei contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati ai numeri precedenti, ricomprendendo in tal modo anche il n. 2-*bis*.

---

464 L'art. 2806 c.c. potrebbe essere letto come norma di chiusura del sistema in difetto della quale mancherebbe la base normativa per l'emersione del pegno per peculiari beni mobili. Giunge a siffatte conclusioni, pur consapevole che la trascrizione non possa essere una forma di trasferimento, G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 518.

465 Nello stesso senso cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 518.

466 Cfr. G. A. DI VITA, *Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria, cit.,* p. 94, il quale sostiene 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».

467 Sul problema della comunione ereditaria si veda M. PROTO, *I soggetti della comunione*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni* Bonilini, IV, *Comunione e divisione ereditaria,* Milano, 2009, p. 18 ss. secondo cui la volontà di accettare l'eredità non è quella di far sorgere una comunione ma piuttosto di acquistare il patrimonio ereditario, mentre la comunione nasce per un effetto automatico connesso alla pluralità degli eredi.

A supporto dell'applicabilità della divisione ai diritti edificatori, si rinviene anche il riferimento indiretto dell'art. 2650 c.c., che stabilisce il principio di continuità delle trascrizioni, ritenuto dalla dottrina pacificamente applicabile sia alla divisione generale che a quella avente ad oggetto anche i diritti menzionati al numero 2-*bis* dell'art. 2643 c.c.

L'art. 2650 c.c. al primo comma rimanda infatti alle «disposizioni precedenti» e dunque anche agli artt. 2646 e 2643 c.c., con la conseguenza che, ove l'atto di divisione dei diritti edificatori non venisse trascritto, si precluderebbe il procedimento di verifica imposto dall'art. 2650 c.c. con evidente violazione della norma[468].

Inoltre, avvalendosi del canone logico, si può asserire che l'applicabilità di tale istituto ai diritti edificatori consente una maggiore tutela degli interessi delle parti e dei terzi e contribuisce a creare maggiore certezza, in termini di completezza, delle risultanze immobiliari.

Potrebbe infatti verificarsi che a fronte della cessione di un terreno in favore del Comune, si sviluppi su un determinato lotto una volumetria destinata ad inerire a fondi diversi, rispetto alla quale i contitolari vogliano attuare una divisione, o ancora, potrebbe accadere, che una delle modalità di apporzionamento dei comunisti (sia in una vicenda *inter vivos* che *mortis causa*) avvenga proprio mediante l'assegnazione di diritti di sviluppo.

Si osserva tuttavia come la teoria della reificazione mal si adatta alla divisione.

L'art. 2646 c.c. infatti parla espressamente di «beni immobili» ed, *a contrario,* anche ll'art. 2643 n. 3 c.c. CHE RICHIAMA LA COMUNIONE (FENOMENO CHE PRESUPPONE LA DIVISIONE), NON MENZIONA I BENI MOBILI[469].

Non si rinvengono invece particolari ostacoli all'applicabilità della divisione laddove ai diritti edificatori sia riconosciuta la natura di diritti reali in quanto attenendo al fondo, tali diritti possono certamente essere oggetto di un atto di divisione[470].

---

[468] Con riferimento alle modalità della trascrizione è bene sottolineare che esse andranno effettuate contro tutti i comunisti e a favore dei soli assegnatari che acquistano invero una quota ideale. Come precisato da Gazzoni la trascrizione della divisione avviene in modo orizzontale e non in modo verticale. Per maggiori chiarimenti F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 256.

[469] In tal caso l'applicazione della norma che disciplina la divisione può essere allora consentita solo ove si ammetta un difetto di coordinamento normativo G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 496, l'Autore, come già sottolineato, propugna la ricostruzione dei diritti edificatori come bene immateriale, sostenendo che gli stessi possano essere oggetto di apposita disposizione testamentaria, anche di tipo divisionale. Ipotizza che siffatti beni possano essere oggetto di accordi diretti alla reintegra dei diritti del legittimario leso o pretermesso. Nel caso di contratto di divisione, inoltre, i più comunisti, al fine di ottenere in via esclusiva la titolarità di alcuni beni comuni, proporzionatamente al valore della quota astratta a ciascuno di essi spettante, potrebbero procedere a dividere la volumetria sviluppata da un lotto, in occasione della cessione volontaria di esso al Comune, così da determinarne l'atterraggio su lotti già in proprietà divisa dei condividenti ma potrebbero, altresì, procedere all'apporzionamento delle quote attraverso l'assegnazione dell'intera volumetria comune ad alcuni condividenti soltanto e degli altri beni, od anche di un conguaglio in denaro, ai restanti comunisti non assegnatari della cubatura. Invero, l'Autore parla di un «difetto di coordinamento normativo».

[470] Sul punto cfr. E. BERGAMO, *La cessione dei diritti edificatori, cit.,* p. 119; il quale osserva, peraltro, che, stante l'espresso riferimento della nuova disposizione del numero 2-*bis* all'ipotesi di «modifica» dei diritti edificatori, sarebbe restrittivo e privo di logica ammettere la trasferibilità, anche soltanto di una parte dei diritti posseduti, e non anche la divisibilità visto che nulla impone di trasferire i diritti edificatori nel loro complesso. La cessione parziale, d'altro canto, produrrebbe la necessità

Una volta stabilito che non sussistono dubbi circa l'applicabilità della divisione al numero 2–*bis,* se ne può far discendere un principio di portata generale che consente ai diritti edificatori di essere oggetto di tutti i casi di divisione previsti dall'ordinamento senza esclusione alcuna.

La potenzialità volumetrica può dunque essere oggetto di divisione ereditaria, ove la comunione tragga origine da più titoli diversi, con la conseguente applicabilità della disciplina prevista dagli artt. 732 e ss c.c. e può altresì può formare oggetto di un assegno in conto futura divisione, ipotesi nella quale l'assegnazione *ex ante* a favore di uno o più condividenti deve essere imputata alla futura successiva divisione.

È del pari ammissibile una divisione a stralcio[471] in virtù della quale uno o più comunisti vengono soddisfatti mediante l'assegnazione di diritti edificatori, mentre altri rimangono in comunione.

Infine, il chiaro riferimento letterale dell'art. 2646 co. 2 c.c. consente di affermare che i diritti edificatori possono essere oggetto di divisioni scaturite da domande giudiziali, né, in ultimo, potrebbero essere escluse la divisione transattiva e la transazione divisoria[472].

2.4. Segue: il conferimento in società.

La possibilità di ammettere che i «diritti edificatori» possano essere conferiti in società è un argomento particolarmente rilevante non solo per gli evidenti riflessi che possono aversi in materia societaria ma anche perché i diritti edificatori potrebbero trasformarsi in un agevole strumento di capitalizzazione delle società partecipate che versino in uno stato di sofferenza[473].

Al fine di accertare se tale ipotesi possa essere estesa ai «diritti edificatori», è necessario verificare se essi possiedano i requisiti richiesti dagli articoli 2342 e 2464 c.c. per le società di capitali e dagli artt. 2253 e 2255 c.c. per le società di persone.

La valutazione si basa ovviamente sul presupposto che nell'atto costitutivo sia espressamente ammesso il conferimento di beni diversi dal denaro.

Con riferimento alle società di persone non sorgono particolari problemi stante l'ampiezza del dettato normativo che permette di ricondurvi agevolmente anche i diritti edificatori a patto che ad essi sia riconosciuta efficacia reale.

---

di una divisione degli stessi e della legittima trascrivibilità dei relativi atti di divisione. Relativamente ad analoghe osservazioni cfr. G. GUZZO, *La pianificazione urbanistica. Soggetti, contenuti e ambiti applicativi e criticità, cit.,* p. 214.

[471] Anche definita «divisione oggettivamente parziale». Si vedano per maggiori approfondimenti anche per la divisione in generale L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, pp. 88- 91; A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale: divisione ereditaria,* in *Tratt. dir. civ. comm*. Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 462 ss.

[472] Per completezza della trattazione si sottolinea che la divisione testamentaria ha l'intento di rimuovere eventuali difficoltà che possono sorgere nel corso della divisione dei beni con riferimento alle modalità concrete. La transazione divisoria viene invece utilizzata per dirimere conflitti che trovano la loro fonte diretta nella divisione, con riferimento per esempio al titolo, ai diritti o all'accordo che sottendono la divisione. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, *cit.,* p. 1293 ss.

[473] In tal senso si veda A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori fra tecniche perequative e compensative,* in AA. VV., *Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale. Atti del Convegno di Pescara, 18-19 giugno 2014*, Pescara, 2014, p. 4.

Tale qualificazione consente infatti di ammetterne il conferimento in sede di costituzione apprestando le medesime garanzie richieste per la vendita, senza che si debba essere necessariamente titolari di un fondo.

Potrebbero invece sorgere problemi nel caso di mancato rilascio del permesso «maggiorato» in quanto l'ipotesi sarebbe assimilabile a quella del conferimento di un bene viziato, che non può rimanere all'interno del patrimonio sociale.

Per quanto concerne invece le società di capitali, siano esse a responsabilità limitata o illimitata, le norme societarie richiedono che quanto conferito dal socio sia suscettibile di una valutazione economica[474].

La *ratio* di tali disposizioni si rinviene nell'esigenza, da un lato, di garantire i creditori sociali mediante somme di denaro o beni suscettibili di valutazione economica certa, dall'altro di dotare la società di mezzi idonei allo svolgimento della propria attività di impresa.

Ciò deriva principalmente dal fatto che nelle società di capitali vige il diverso principio in virtù del quale i creditori si soddisfano principalmente sul patrimonio sociale.

Ammettendo che i diritti edificatori costituiscano una nuova tipologia di diritti reali, è possibile risolvere lo spinoso problema attinente alla loro conferibilità sia in sede di costituzione di società che per il caso di aumento di capitale in natura[475].

Al pari degli altri diritti reali essi sarebbero infatti suscettibili di valutazione economica ed in grado di procurare il giusto apporto per lo svolgimento dell'attività sociale, così da poter costituire idoneo conferimento in entrambe le tipologie di società[476].

Non si possono invece trascurare le problematicità che si avrebbero nell'ipotesi in cui la potenzialità volumetrica fosse assimilata ad una *chance*.

---

474 In tale ultima ipotesi normativa, per il caso di conferimento di sede di costituzione, in assenza di una diversa previsione dell'atto costitutivo, il conferimento deve essere fatto in denaro. Solo laddove sia espressamente previsto dall'atto costitutivo sarà possibile un conferimento mediante beni o servizi.

475 L'art. 2643 n. 10 e n. 11 c.c. dispone che «devono rendersi pubblici con il mezzo della trascrizione i contratti di società e di associazione nonché gli atti di costituzione di consorzi, con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di diritti reali immobiliari, quando la durata della società o del associazione è superiore ai nove anni o è indeterminata».

476 F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, 2001, 2, p. 1688. Gli Autori ricordano che nei negozi aventi ad oggetto la cubatura derivante da un fondo, può essere inserita una condizione sospensiva o risolutiva quale elemento imprescindibile nel conferimento. Infatti la società non può avere la certezza di quanto conferito fino a che il soggetto conferente non ottenga il permesso ad edificare da parte del Comune. Solo in quel momento si potrà avere contezza dell'utilizzabilità della cubatura e quindi del valore economico della stessa. Nelle società di capitali a detti versamenti dovrà quindi essere applicata la disciplina del conferimento in natura al fine di effettuare una perizia la cui valutazione avviene sul presupposto del rilascio del permesso a costruire maggiorato, con successiva verifica in ordine alla corretta valutazione e al rilascio effettivo da parte degli amministratori e conseguente esclusione del diritto di opzione per gli altri soci e a favore del solo conferente. Per il caso in cui il Comune non conceda il permesso, si ritiene che l'ipotesi debba essere assimilata ai conferimenti condizionati in cui due sono le scelte attuabili che debbono essere inserite nel verbale societario con apposita previsione, l'esclusione del socio o la sostituzione del precedente conferimento con una somma di denaro. Cfr. A. FERRUCCI e C. FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, I, Milano 2002, p. 245 ss.

Nel caso di conferimento in natura l'art. 2342 c.c. stabilisce l'immediatezza della liberazione in sede di conferimento, fatto che si pone in conflitto con la concezione stessa di *chance* che incarna un vantaggio economico solo sperato.

Anche con riferimento alla ricostruzione come diritto reale potrebbero sorgere delle difficoltà.

Poiché i beni conferiti devono essere accompagnati da una perizia di stima volta a verificare la conformità tra quanto deliberato e valore sottoscritto, potrebbero sorgere non pochi problemi rispetto alla posizione del soggetto già ammesso a far parte della compagine sociale, laddove la p. a. non concedesse l'autorizzazione a costruire.

Bisogna infatti domandarsi se da una tale ipotesi derivi l'esclusione del socio dalla società o se debba piuttosto essere preferito un versamento in denaro che vada ad integrare ovvero a sostituire, il conferimento originario.

L'interrogativo a dire il vero resta privo di una soluzione univoca e passibile di ulteriori sviluppi a causa del breve lasso di tempo intercorso dalla novella del 2011 ad oggi, di tal che si dovrà effettuare di volta in volta un'analisi che prenda in esame il singolo caso.

Laddove invece si aderisca alla teoria della reificazione che identifica la volumetria in un bene immateriale, il discorso muta solo in parte.

La qualificazione come «bene immateriale» crea incertezze legate alle difficoltà che potrebbero sorgere relativamente alla valutazione patrimoniale del bene tale da determinare, in casi estremi, l'impossibilità di iscrizione a bilancio, ma anche dubbi legati alla possibilità che il conferimento dia luogo ad una prestazione d'opera (l'attività edificatoria) in favore della società, vietata nelle s.r.l.[477].

2.5. Segue: il fondo patrimoniale.

L'art. 167 c.c. statuisce che possono essere costituiti in fondo patrimoniale «determinati beni (…) immobili o mobili iscritti nei pubblici registri, o titoli di credito»[478].

Verificare l'adeguatezza dei diritti edificatori ad essere vincolati ai bisogni della famiglia[479], è quindi interessante soprattutto per i risvolti pratici e teorici che la scelta comporta.

---

[477] L. GENGHINI e P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le cooperative*, III, I, Padova, 2012, pp. 93-94. Gli Autori affermano che non possono costituire oggetto di conferimento né le cose future, né altrui, o generiche né il nome o un diritto di contenuto negativo. L'ipotesi richiama alla mente quella relativa al conferimento di beni immateriali quali il marchio, il brevetto o le invenzioni industriali, ammissibili solo laddove il bene sia suscettibile di una valutazione economica certa sia perché altrimenti si contravverrebbe alla *ratio* poc'anzi descritta, sia perché nelle s.r.l. si avrebbe la violazione del divieto di conferimento d'opera da parte del socio. Sarebbe molto difficile effettuare una valutazione in termini di misura, né d'altra parte il bene immateriale potrebbe essere oggetto di iscrizione al bilancio.

[478] Come è noto i beni vincolati ai sensi dell'art. 167 c.c. non posso essere oggetto di più fondi patrimoniali in quanto il vincolo di destinazione attiene unicamente ai bisogni di un'unica famiglia.

[479] È altresì interessante accertare se i diritti edificatori possano essere oggetto di comunione legale. A tal proposito si deve accertare se lo siano i diritti reali, i crediti e i beni immateriali. Mentre con riferimento all'ultima ipotesi non sorgono particolari problemi per la riconduzione degli stessi al regime della comunione legale, maggiori difficoltà si hanno nelle prime due ipotesi. Con riferimento al credito è bene precisare che la giurisprudenza è divisa. In alcune pronunce si evince che non ricadrebbe nella comunione per la sua natura «relativa», Cass. Civ. Sez. I, 12439 del 1993 in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 2350.

Secondo altra giurisprudenza invece ciò dipende dalla natura patrimoniale o meno del credito in quanto solo nel primo caso esso cadrebbe in comunione. cfr. Cass. Civ., Sez. II, 16305 del 2011; Cass. Civ. Sez. II, 1548 del 2008. Con riferimento al diritto reale è opportuno fare alcuni approfondimenti. L'art. 177 co.1 lett. a) stabilisce che ricadono nella comunione «gli acquisti compiuti dai coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio». Come già sottolineato nel precedente capitolo la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che tale definizione comprenda anche i diritti reali e, d'altra parte, tale conclusione è avallata *a contrario* anche dall'art. 179 lett. a) c.c. che, sia pure al fine di escluderli dalla comunione, fa riferimento ai «beni di cui prima del matrimonio il coniuge era proprietario o rispetto ai quali era titolare di un diritto reale di godimento». Tuttavia, proprio come avviene per gli altri diritti reali di godimento, è necessario verificare la compatibilità di tale regime con le caratteristiche peculiari dei diritti edificatori. Come più volte messo in luce i diritti di sviluppo rappresentano la potenzialità volumetrica esistente su un determinato fondo che, fino al distacco dallo stesso, incarna una delle «facoltà» del diritto di proprietà, mentre, al momento della sua circolazione assume autonoma rilevanza per poi inerire nuovamente ad un fondo al momento della sua concreta utilizzazione. Tutti questi caratteri, nel loro insieme, non escludono che tale diritto, possa essere oggetto di comunione legale, a differenza del diritto di uso e di abitazione, che hanno invece natura strettamente personale. La norma ha indotto parte della dottrina a considerare tali diritti acquisiti alla comunione unicamente nell'ambito del rapporto interno tra i coniugi, se non addirittura ad escluderli completamente. Cfr. A. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2003, p. 197 ss. Con riferimento poi alle concrete e specifiche vicende di cui i diritti edificatori possono essere oggetto, potrebbe per esempio accadere che uno dei due coniugi acquisti la volumetria di altro fondo come bene personale per edificare sul terreno in comunione, o che la potenzialità edificatoria sia acquistata da entrambi i coniugi ma la costruzione venga eseguita sul terreno di uno solo dei due. È lecito domandarsi a chi debba essere attribuita la titolarità della costruzione scaturita dall'utilizzo della potenzialità edificatoria sul fondo e se, quindi, anche con riferimento ai diritti edificatori venga ad operare la figura dell'accessione in virtù della quale l'edificio diverrebbe di proprietà del titolare del fondo ai sensi dell'art. 934 c.c., come accade per il diritto di superficie o se, invero, debba giungersi ad altra soluzione. La prevalenza dell'accessione sulla comunione legale è stata accolta dalla Corte di Cassazione in ben tre pronunce che hanno ribaltato il diverso precedente orientamento. Si tratta delle sentenze Cfr. Cass., Sez. I, 11 giugno 1991, n. 6622, in *Vita not.,* 1991, p. 1027; Cass., Sez. I, 14 marzo 1992, n. 3141, in *Dir. fam.,* 1992, p. 614; Cass., Sez. II, 16 febbraio 1993, n. 1921, in *Giust. civ.,* 1993, I, p. 2735; Cass. Sez. Un., 27 gennaio 1996 n. 651, in *Corr. giur.,* 1996, p. 558 ss. Per rispondere compiutamente al quesito è opportuno operare un'indagine parallela a quella già svolta da dottrina e giurisprudenza con riferimento all'art. 952 c.c., con cui, non a caso, i diritti edificatori condividono alcuni aspetti. È necessario analizzare il rapporto sussistente tra accessione e acquisti, a titolo originario e regime di comunione legale. L'art. 177 c.c. ha carattere generale, quindi è privo di un valore precettivo tale da porsi in contrasto o da poter derogare all'art. 934 c.c. A ben vedere poi l'art. 177 c.c. non sembrerebbe comprendere gli acquisti compiuti dai coniugi congiuntamente o separatamente a titolo originario. Inoltre la disciplina dell'accessione stabilisce che il proprietario del suolo acquista le costruzioni effettuate sopra o sotto lo stesso salvo che non sia diversamente stabilito dalla legge o dal titolo. I diritti edificatori trovano il loro fondamento in un provvedimento di legge in quanto le volumetrie sono assegnate ai singoli terreni per effetto di disposizioni del Piano Regolatore Generale. Sembrerebbe quindi potersi dire che la costituzione di tali diritti avviene *ex lege,* così da farli prevalere sulla disciplina dell'accessione. Tuttavia, il termine «costituiscono» inserito nell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. si riferisce non al provvedimento di legge, bensì ai contratti che sono invece negozi scaturenti dall'autonomia delle parti e non invece da un provvedimento di legge. Con il termine costituzione, pertanto, la norma non si riferisce al momento in cui i diritti edificatori vengono attribuiti ai fondi secondo le prescrizioni del piano regolatore generale ma, piuttosto, al momento in cui la volumetria, per effetto della contrattazione tra privati, cessa di essere una «facoltà» del diritto di proprietà e, distaccandosi da essa, forma e costituisce una situazione giuridica autonoma. Ciò d'altro canto avviene in modo non dissimile da quanto accade con gli altri diritti «immobiliari» come l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, l'enfiteusi e il diritto di superficie. Inoltre è bene sottolineare anche che lo stesso articolo 177 c.c. non fa menzione dell'eventuale costituzione di tali diritti reali *ex lege*.

Il dettato della norma sembra infatti escludere tali acquisti, in quanto dal dato letterale emerge che l'utilizzo del termine «acquisti» sembrerebbe piuttosto far pensare ad una pregressa attività negoziale, ossia ad un acquisto a titolo derivativo.

In sostanza per determinare la prevalenza della disciplina dell'accessione su quella della comunione, così da stabilire a chi debba essere attribuita la proprietà dell'immobile scaturito dall'utilizzo dei diritti edificatori, è necessario accertare se l'immobile possa essere considerato un nuovo bene distinto dal terreno «acquistato» *ex novo,* oppure se debba piuttosto essere considerato un'estensione del diritto di proprietà con conseguente inapplicabilità dell'art. 177 lett a) c.c. La sentenza Cass. Sez. Un., 27 gennaio 1996, n. 651, in *Giust. civ.,* 1996, II, p. 342, con riferimento al ragionamento condotto in merito alla prevalenza dell'accessione sul diritto di superficie ha sottolineato che il bene che si ottiene per accessione può dirsi «acquistato» (termine che si riferirebbe chiaramente all'art. 177 c.c.), in quanto l'immobile che scaturisce dall'edificazione rappresenta una modifica del diritto di proprietà. Ciò che rileva per la Corte è infatti non tanto l'acquisto a titolo originario fondato sul fenomeno dell'attrazione personale (come l'usucapione) ma quello fondato su fenomeni di attrazione reale (come l'accessione). In quest'ultima figura l'acquisto non si determinerebbe per effetto dell'attività di un soggetto, quanto piuttosto per il particolare rapporto intercorrente tra il bene scaturito dall'utilizzo concreto dei diritti edificatori (l'immobile) e la *res* ossia il suolo, già appartenente ad uno dei coniugi. Applicando lo stesso ragionamento condotto dalla Corte ai diritti edificatori, una volta che essi siano stati sfruttati fino a dar vita ad un bene immobile, quest'ultimo tornerebbe ad inerire al fondo costituendo un'estensione del diritto di proprietà del suolo, dovendo dunque appartenere al titolare del fondo e non un nuovo bene. Cfr. M. L. MATTIA, *Comunione legale dei beni e diritti reali limitati*, in *Studio C.N.N n. 524 del 2011/C. Approvato*

La lettera della norma esclude dal vincolo sia i «beni mobili» che le «universalità di beni», pertanto può immediatamente evincersi che (ancora una volta), laddove si aderisse alla reificazione dei «diritti edificatori», essi non potrebbero essere ricompresi in un fondo patrimoniale dal momento che non rientrano in nessuna delle categorie previste dall'art. 167 c.c., le uniche oggetto di tale destinazione.

Ove invece si aderisca all'impostazione secondo cui i diritti edificatori hanno natura reale[480] è pacifico che essi possano essere vincolati in fondo patrimoniale.

Infatti, attualmente, si riconosce la perseguibilità dell'interesse a tutela della famiglia anche solo parzialmente e per periodi di tempo limitati[481].

Con riferimento ai diritti reali di godimento vincolati è bene porre l'attenzione alla particolare ipotesi in cui i diritti edificatori scaturiscono da un terreno vincolato ai sensi dell'art. 168 c.c. [482]

In tal caso, applicando la disciplina generale prevista per l'istituto, è necessario rispettare gli artt. 168 e 169 c.c. che determinano un'estensione automatica del fondo patrimoniale ai frutti e tendenzialmente alle «facoltà» inerenti al bene principale e conseguentemente anche ai diritti edificatori.

Si è infatti già sottolineato come questi ultimi, fino alla loro effettiva circolazione o fruizione, rappresentino una «facoltà» strettamente collegata al vincolo di proprietà e, come tale sottoposta alla medesima disciplina.

---

dalla Commissione, in *Studi Civilistici, 14 giugno 2012*, p. 5. L'Autrice riprende il ragionamento delle Corti e il pensiero di A. RUOTOLO , *Comunione legale – Acquisti a titolo originario*, in C. FALZONE e A. ALIBRANDI (a cura di), *Dizionario enciclopedico del notariato*, V, Roma, 2002, p. 71 ss. I diritti edificatori, possono inoltre costituire oggetto di una convenzione matrimoniale ai sensi dell'art. 210 c.c., nel rispetto dei principi inderogabili della comunione legale. Si ritiene infatti, che il mancato richiamo all'art. 2 –*bis* sia dovuto ad un mero difetto di coordinamento tra le due norme e che pertanto, la convenzione avente ad oggetto tali diritti possa essere validamente trascritta.

Con riferimento poi agli adempimenti necessari per l'ottenimento del titolo abilitativo maggiorato, è necessario immaginare il regime in cui i coniugi si trovino, per verificare chi debba eseguirli. Potrebbe infatti accedere che solo uno dei coniugi sia titolare dei diritti edificatori mentre il terreno si trovi in comunione legale o viceversa. Nel primo caso invero dovrebbe adempiere il solo titolare della potenzialità volumetrica, mentre nel secondo potrebbe adempiere indifferentemente ciascuno dei coniugi tenendo ovviamente presente le regole inerenti al compimento degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione previste dall'art. 180 c.c.

480 Cfr. A. MINERVA, *La cessione di cubatura alla luce dell'art. 2643 n. bis c.c.*, in *Riv. not.,* 2013, 1, p. 112.

481 La dottrina che invece afferma l'inconciliabilità dei diritti edificatori con la disciplina del fondo patrimoniale, per la presenza implicita di un termine apposto al fondo, basa la sua opinione principalmente sul fatto che tali diritti sono temporanei mentre la funzione del fondo patrimoniale è quella di far fronte ai bisogni della famiglia per tutta la durata del matrimonio o, in certi casi, con il raggiungimento della maggiore età dell'ultimo dei figli (art. 171 commi 1 e 2 c.c.). Cfr. V. DE PAOLA e A. MACRÌ*, Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, p. 239 ss. L'orientamento non può essere condiviso, sia perché è ammessa la possibilità per i coniugi di far venir meno il fondo patrimoniale, anche in presenza dei figli senza richiesta al giudice o per mutuo consenso o attraverso una previsione *ab origine* nell'atto costitutivo del fondo, sia perché è consentito ai coniugi perseguire gli interessi della famiglia mediante il fondo patrimoniale anche in modo temporaneo e parziale. Si veda al riguardo la sentenza del Tribunale di Milano, 6 marzo 2013, decr. 8725, in www.e-glossa.it*,* Il Tribunale, con una pronuncia innovativa, ha stabilito che i coniugi all'atto pubblico di modifica o di risoluzione dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale, possano addivenire liberamente, senza la necessaria autorizzazione dell'autorità giudiziaria, nonostante la presenza di figli minori, allo scioglimento del fondo patrimoniale. L'autorizzazione deve invece essere richiesta ai sensi dell'art. 169 c.c. soltanto ove i coniugi vogliano alienare i beni facenti parte del fondo ovvero per darli in pegno, o ancora ipotecarli o infine nei casi di evidente utilità. Secondo il Tribunale alla revocabilità per mutuo consenso del fondo patrimoniale non può porsi un controllo giudiziario perché lo stesso non è previsto da alcuna norma di legge oltre al fatto che ciò si porrebbe in contrasto con l'esigenza di salvaguardia della autonomia privata dei coniugi.

482 Si pensi al caso in cui si pretenda di utilizzare la volumetria scaturente da un terreno già vincolato a fondo patrimoniale.

Da ciò si evince chiaramente che se il fondo è vincolato ai sensi dell'art. 168 c.c. lo è anche la volumetria su di esso esistente.

D'altra parte, se si ragionasse in modo diverso, si violerebbe il dato normativo dando vita ad un *escamotage* elusivo del vincolo imposto a tutela dell'interesse e dei bisogni della famiglia.

Non può inoltre tacersi come la disciplina del fondo patrimoniale sia altresì compatibile con l'impostazione che identifica i diritti edificatori in «crediti edilizi» assimilabili alla circolazione dei titoli di credito.

La *ratio* della deroga prevista dall'art. 167 c.c. risiede nella garanzia di pubblicità del vincolo che detti titoli sono in grado di offrire a tutela degli interessi non solo della famiglia ma anche dei creditori[483].

2.6. Segue: la donazione.

Durante la trattazione si è fatto riferimento al trasferimento della volumetria presupponendone l'onerosità.

È bene dunque interrogarsi circa la possibilità che la fattispecie assuma carattere gratuito o liberale, in quanto, se ciò fosse possibile, dovrebbero essere rispettate tutte le formalità richieste dalla legge per la donazione e le altre liberalità[484].

In tal caso la natura giuridica riconosciuta ai diritti edificatori si riflette sull'ammissibilità o meno della donazione stante quanto stabilito dall'art. 771 c.c.

Se ad esempio si aderisse alla ricostruzione dei diritti edificatori come *chance* vantata nei confronti dell'ente territoriale, in grado di tramutarsi in diritto solo a seguito del provvedimento edilizio, la volumetria non potrebbe mai essere oggetto di donazione.

---

[483] Con riferimento alla circolazione dei diritti edificatori, una realtà molto diffusa a livello regionale è quella dell'emissione di titoli volumetrici da parte dei Comuni (soprattutto di quelli che hanno adottato registri comunali). Tali titoli circolano parallelamente e in modo del tutto corrispondente ai diritti edificatori. La possibilità di porre in fondo patrimoniale titoli di credito che di fatto coincidono con i beni mobili trova il proprio fondamento nell'ultimo comma dell'art. 167 c.c. La deroga è intimamente connessa alla possibilità garantita dai titoli di credito, di pubblicizzare in modo idoneo, il vincolo derivante dal fondo patrimoniale. La *ratio* di una simile impostazione emerge anche dalla relazione del Guardasigilli che nei lavori preparatori ha affermato come fosse «(…) conveniente chiarire che i beni devono essere immobili o titoli di credito, perché solo per essi è possibile organizzare un sistema di pubblicità necessario nell'interesse dei terzi». Nonostante il modo tradizionale di vincolare i titoli sia quello di renderli nominativi con l'annotazione della destinazione che ad essi è stata impressa, la norma consente si utilizzare anche titoli non nominativi purché idonee a raggiungere lo scopo pubblicitario, così da far emergere la costituzione del fondo. Infatti, nel sottoporre tali titoli al vincolo del fondo di destinazione sono state proposte due differenti letture. Secondo un primo orientamento possono essere sottoposti alla disciplina dell'art. 167 c.c. solo i titoli nominativi con annotazione del vincolo sia sul titolo che sul registro dell'emittente, stante il tenore letterale dell'ultimo comma dell'art. 167 c.c.; secondo una differente interpretazione, invece, la sottoposizione al vincolo del fondo patrimoniale può essere realizzata anche mediante un titolo di credito di diversa natura ma pur sempre capace di produrre le medesime formalità pubblicitarie attraverso l'annotazione del vincolo. Ciò vuol dire che l'elemento per determinare se un titolo possa essere costituito in fondo patrimoniale, deve essere ricercato nell'idoneità dello stesso di garantire una corretta pubblicità al vincolo, così da tutelare non solo gli interessi della famiglia ma invero anche quelli dei creditori. Pertanto, i titoli volumetrici emessi dai Comuni possono in tanto essere oggetto di fondo patrimoniale in quanto siano garantite le formalità pubblicitarie, ad esempio mediante l'utilizzo della struttura di titolo nominativo e relativa annotazione nei registri dello stato civile .

[484] Per un maggiore approfondimento di veda G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni, cit.,* p. 1521 ss.

Altra dottrina ritiene che laddove i «diritti edificatori» incarnino una nuova categoria di diritti reali o un bene immateriale, essi esistono quale entità economicamente apprezzabile e disponibile inerente al fondo, dal momento della determinazione del Piano seppur ancorati al suolo, cosicché il proprietario del terreno può liberamente disporne in qualunque momento, senza che sia ravvisabile alcuna violazione dell'art. 771 c.c.[485]

L'impossibilità di individuare, talvolta, il fondo di atterraggio per la soddisfazione del requisito dell'inerenza, non è d'altra parte tale da mutarne la natura in diritti futuri[486].

Tuttavia, poiché i diritti oggetto della liberalità non sono immediatamente fruibili, al fine di non incorrere in eventuali nullità contrattuali, si ritiene auspicabile di volta in volta una verifica circa l'effettiva esistenza di tali diritti secondo lo strumento urbanistico locale vigente, così da poter accertare se ed in che misura la volumetria sussista su un determinato fondo.

Non si può infatti trascurare che in talune ipotesi, quali quella compensativa ed incentivante, i diritti edificatori diventino attuali e fruibili su un terreno solo a seguito della cessione di un'area o del comportamento posto in essere da un determinato soggetto, cosicché, prima di quel momento, qualunque atto di donazione sarebbe vietato ai sensi dell'art. 771 c.c.

Superato l'ostacolo principale relativo all'attualità dell'oggetto, non si ravvedono ostacoli ad ammettere qualunque tipologia di donazione dei diritti edificatori.

Si pensi ad esempio a quella effettuata in favore di un soggetto in comunione legale dei beni, o alla donazione con riserva di usufrutto, alla donazione sottoposta a condizione, o a quella modale o remuneratoria.

La donazione dei diritti edificatori può altresì essere effettuata con condizione di riversibilità ai sensi dell'art. 791 c.c. per effetto della quale il soggetto donante si riserva la cubatura che il fondo ha generato.

Pur essendo molto ampio lo spettro di applicazione è opportuna una precisazione.

Con riferimento all'art. 778 co. 2 c.c. e precisamente alla donazione effettuata a favore di persona scelta da un terzo tra più soggetti designati dal donante o appartenenti a determinate categorie, o anche a favore di persone giuridiche tra quelle indicate dal donante stesso, il rispetto dell'attualità della volumetria deve essere valutato non con riferimento al momento in cui il donante attribuisca l'incarico al terzo, bensì nel momento in cui il terzo indicherà il beneficiario[487].

---

485 In tal senso si veda G. TRAPANI*, I diritti edificatori, cit.,* p. 491 ss. In senso contrario si osserva che la ricostruzione non sarebbe compatibile con la figura della vendita di cosa futura.

486 La *ratio* del divieto indicato dall'art. 771 c.c. è di carattere politico ed è volta a tutelare il donante per evitare che, spinto da prodigalità, si spogli di tutti i suoi beni, anche di quelli che ancora non si trovano nel suo patrimonio. Per maggiori approfondimenti di veda G. BONILINI, *L'oggetto della donazione*, in G. BONILINI (a cura di), *La donazione*, I, Torino, 2001, p. 52 ss.

487 L'attribuzione al soggetto terzo di tale scelta, è gratuita contiene tutte le caratteristiche di un mandato a donare. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni, cit.,* p. 1527 ss.

Infatti il trasferimento dei diritti edificatori avviene con la scelta da parte del soggetto indicato cosicché è solo in quel preciso istante che devono sussistere tutti i requisiti richiesti dalla legge a pena di nullità della donazione[488].

Allo stesso modo nella donazione effettuata ai sensi dell'art. 778 co. 3 c.c. avente quale oggetto alternativo più diritti edificatori provenienti da terreni di decollo preventivamente individuati, le formalità che devono essere rispettate sono quelle previste al tempo della donazione o dell'esercizio della scelta, mentre, nel caso in cui il terzo sia chiamato ad individuare il terreno entro i limiti di valore indicati dal donante, il rispetto delle formalità deve aversi solo al momento della scelta del fondo.

In applicazione delle regole di carattere generale la donazione obnuziale di diritti edificatori, produce effetti solo nel momento in cui i soggetti interessati contraggono matrimonio[489].

Tale soluzione consente di superare in modo agevole tutte le eventuali variazioni degli strumenti urbanistici poiché il momento in cui deve essere verificata la sussistenza di tutti i requisiti è quello del perfezionamento del rapporto[490].

Confermata la pacifica ammissibilità delle citate ipotesi, occorre soffermarsi sulle specifiche modalità di emersione pubblicitaria di tali liberalità, in quanto la note di trascrizione da compilare sono due.

La prima afferisce alla donazione e viene redatta secondo le regole ordinarie, la seconda riguarda i «diritti edificatori» e viene adempiuta contro il donatario ed a favore del donante che conserva l'utilizzo della volumetria, mediante il codice generico 100[491].

In ultimo, pur ritenendosi plausibile la risoluzione per mutuo dissenso della donazione avente ad oggetto i «diritti edificatori», è bene precisare che il termine di riferimento non sarebbe rappresentato dall'atterraggio del diritto o dal rilascio del provvedimento pubblico da parte del Comune ma piuttosto dall'edificio costruito.

Infatti la risoluzione del contratto intervenuta dopo la costruzione del manufatto comporterebbe solo un ristoro patrimoniale stante l'indipendenza del provvedimento amministrativo dalle vicende civilistiche, salvo quanto analizzato nel capitolo IV.

---

[488] È bene tuttavia precisare che nelle ipotesi di formazione progressiva del contratto di donazione, l'accettazione della donazione, se fatta con atto pubblico successivo alla proposta, deve necessariamente essere fatta con notifica rivolta al donante al fine di produrre effetti. Non sono pertanto sufficienti, né la sola volontà del donante né quella dell'accettante, richiedendo invece la disciplina che per entrambe operi la notificazione. Cfr. G. CASU, *Donazione con accettazione separata e autocertificazioni di parte richieste a pena di nullità. Studio n. 2168*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del notariato*, VI, I, Milano, 2001, p. 277.

[489] G. CASU, *Donazione con accettazione separata e autocertificazioni di parte richieste a pena di nullità*, *cit.,* p. 277.

[490] Non si porrebbe alcun problema nemmeno con riferimento alla cessazione di validità del certificato di destinazione urbanistica, ove la donazione si perfezionasse decorso un anno dal rilascio del documento per effetto di un'accettazione non contestuale. Infatti, il c.d.u. andrà allegato esclusivamente al momento del perfezionamento dell'atto finale, ossia nel momento in cui sarà espressa la scelta del beneficiario del contratto.

[491] Per maggiori approfondimenti sull'utilizzo dei codici per operare la trascrizione si veda il capitolo IV, paragrafo 4.

2.7. Segue: la circolazione *mortis causa.*

È interessante analizzare se la disciplina della circolazione dei «diritti edificatori» sia applicabile anche alla trasmissione degli stessi mediante successione legittima o testamentaria.

Prima di analizzare nello specifico le problematiche legate alla compatibilità della disciplina *mortis causa* con il fenomeno in oggetto, è bene precisare quali siano e come operino le diverse modalità di accettazione dell'eredità al fine di poterle analizzare sotto il profilo pubblicitario.

Con riferimento all'accettazione espressa dell'eredità non sorgono particolari problemi in quanto ai sensi dell'art. 475 c.c., essa si realizza mediante una dichiarazione espressa di volontà, riprodotta in un atto pubblico o in una scrittura privata, volta ad ottenere l'acquisto dell'eredità[492].

L'accettazione tacita invece, disciplinata dall'art. 476 c.c., si sostanzia nel compimento di un atto concludente che presuppone necessariamente la volontà di accettare e che il soggetto non avrebbe il diritto di porre in essere se non nella sua qualità di erede[493].

Negli artt. 477 e 478 c.c. il legislatore indica ipotesi tipiche di accettazione tacita dell'eredità come la donazione, la vendita , la rinuncia e la cessione di diritti di successione dietro corrispettivo o solo in favore di alcuni chiamati[494] o anche mediante la disposizione di singoli beni o la realizzazione di determinati comportamenti, come per esempio l'esperimento di azioni legate in qualche modo al patrimonio del *de cuius*.

Pertanto, pur mancando un'espressa manifestazione di volontà, l'accettazione discende da un comportamento inequivocabile dell'accettante.

Da un punto di vista pubblicitario l'art. 2648 co. 1 c.c. statuisce che deve essere trascritta l'accettazione dell'eredità che comporti «(…) l'acquisto dei diritti enunciati ai numeri 1), 2), e 4) dell'art. 2643 c.c. o liberazione dai medesimi e l'acquisto del legato che abbia lo stesso oggetto», al comma 3 statuisce che «Se il chiamato ha compiuto uno degli atti che importano accettazione tacita dell'eredità si può chiedere la trascrizione sulla base di quell'atto (…)».

La norma codicistica distingue la trascrizione dell'accettazione espressa da quella tacita.

La prima va effettuata sulla base della dichiarazione del chiamato contenuta in un atto pubblico ovvero in una scrittura privata con sottoscrizione autentica o accertata giudizialmente, la seconda invece è disciplinata dal terzo comma, dal quale sembra trasparire la facoltatività della trascrizione.

---

[492] Si tratta di un negozio giuridico definito «negozio di adesione» o anche «complementare» che presuppone l'esistenza di una determinata situazione giuridica intesa come offerta in senso generale, la quale per divenire attuale necessita di un atto di accettazione. Più precisamente, poiché nelle successioni *mortis causa* l'offerta è costituita dalla delazione, l'accettazione rappresenta il negozio conclusivo e perfezionativo, unilaterale e non recettizio, da intendersi come *actus legitimus* e formale, di una «fattispecie a formazione progressiva». Cfr. in tal senso anche A. FERRUCCI e C. FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici, cit.,* p. 233.

[493] Così riportato in A. FERRUCCI e C. FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici, cit.,* p. 238.

[494] È ancora oggi dibattuta la natura giuridica di tale forma di accettazione. Parte della dottrina ritiene si tratti di un negozio giuridico, altra parte, di un atto non negoziale che prescinde dall'effettiva volontà di accettare l'eredità. Per maggiori approfondimenti si rinvia a A. FERRUCCI e C. FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici, cit.,* p. 238 ss. Più in generale sull'istituzione di erede sia consentito rinviare a A. GENOVESE, *La istituzione di erede,* in AA.VV., *Le disposizioni testamentarie,* a cura di G. Bonilini e V. Barba, Torino, 2012, p. 17 ss.

Il comma terzo della norma stabilisce infatti che colui che abbia compiuto uno degli atti che importino accettazione tacita «può» richiederne la trascrizione utilizzando l'atto posto in essere[495].

Sono pertanto due i problemi che si pongono nell'accettazione dell'eredità con riferimento ai diritti edificatori: *in primis* è necessario verificare se il mancato richiamo del n. 2-*bis* all'interno dell'art. 2648 c.c. sia voluto o se si tratti invece di un semplice difetto di coordinamento, *in secundis* se l'accettazione tacita dell'eredità possa essere applicata ai diritti edificatori stante la contrarietà dell'art. 2648 co. 3 c.c. al dettato della novella che non lascia alcuna «facoltà» alle parti, imponendo piuttosto l'adempimento della formalità pubblicitaria della trascrizione.

È opportuno a tal proposito sottolineare che la portata applicativa dell'art. 2648 c.c. è molto discussa, si pensi ad esempio al fatto che nonostante il rinvio testuale, essa non si applica all'usufrutto che si estingue per morte, né al diritto di uso o di abitazione che pure sono menzionati al suo interno.

Per tali ragioni si ritiene che i riferimenti redazionali non siano del tutto stringenti e che dunque, a seguito dell'entrata in vigore della novella, sia piuttosto ipotizzabile un difetto di coordinamento, a fronte del quale, nell'ipotesi del terzo comma dell'art. 2648 c.c., l'accettazione tacita che importa l'acquisto di diritti edificatori o la liberazione dai medesimi «deve» (e non «può») essere trascritta[496].

D'altra parte basti pensare che se non si rispettassero le formalità pubblicitarie previste dall'art. 2650 c.c., le trascrizioni successive degli atti aventi ad oggetto il trasferimento dei diritti edificatori non potrebbero produrre effetti fino all'adempimento delle relative formalità[497].

È necessario infine appurare se la disciplina dei diritti edificatori possa applicarsi all'acquisto del legato stante l'assenza di qualunque richiamo da parte dell'art. 2648 c.c. all'art. 2643 n. 2 –*bis* [498].

---

[495] Invero è bene precisare che nel leggere il terzo comma dell'art. 2648 c.c. il termine «può» deve essere letto in collegamento con l'art. 2671 c.c. cosicché è il notaio o altro pubblico ufficiale che ha ricevuto l'atto soggetto a sua volta a trascrizione, a curare l'accettazione tacita dell'eredità nel più breve tempo possibile. La modalità di trascrizione è la seguente: l'atto concludente compiuto dal chiamato (si pensi ad esempio ad una vendita) viene utilizzato sia per accettare l'eredità ai sensi dell'art. 2650 c.c., sia per la trascrizione dell'atto *inter vivos,* ai sensi dell'art. 2643 c.c., per dirimere le controversie tra le parti e, ai sensi dell'art. 2650 c.c., nel rispetto del principio della continuità delle trascrizioni.

[496] F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.,* p. 238. Si ricorda inoltre 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.

[497] È bene inoltre precisare, con riferimento a quanto può evincersi chiamando a supporto il canone logico che, alla base della trascrizione degli atti *mortis causa,* vi è certamente una *ratio* differente rispetto a quelli *inter vivos*. Infatti negli atti tra vivi, come già si è avuto modo di approfondire, si richiede la trascrizione dell'acquisto principalmente per garantire il principio di priorità delle trascrizioni ai sensi dell'art. 2648 c.c. e per assicurare la continuità della pubblicità ai sensi dell'art. 2650 c.c. Ovviamente, nel caso di circolazione per causa di morte, la trascrizione deve essere effettuata solo ai sensi dell'art. 2650 c.c. in quanto mai potrebbe verificarsi l'ipotesi di più acquirenti dal medesimo venditore stante il fatto che lo stesso è deceduto. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, *cit.,* p. 257. Non potrebbe configurarsi alcun conflitto tra due acquirenti *mortis causa* dal medesimo *de cuius*, giacché uno dei due ha necessariamente un titolo invalido o inefficace che lo costringa a soccombere di fronte all'altro munito di titolo valido. 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 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 edificatori. Così si esprime E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *cit.,* p. 414.

Non si riscontra nessun ostacolo nella qualificazione dei «diritti edificatori» come credito (in quanto si applica l'art. 658 c.c.), come bene immateriale o come diritto reale[499].

Si ritiene inoltre che assimilando la potenzialità volumetrica ad un diritto reale, sia possibile predisporre tanto legati di trasferimento di volumetria, quanto legati che la costituiscano *ex novo.*

Tale ricostruzione dell'istituto consente infatti di sostenere l'ammissibilità di entrambe le tipologie di diposizione a titolo particolare.

Si avrà un legato costitutivo ogni volta che il titolare di un terreno disponga per la prima volta della volumetria assegnata al proprio fondo, mentre si avrà un legato di trasferimento di volumetria ogni volta che la potenzialità edificatoria, già in circolazione, venga trasmessa ad altri soggetti mediante atto *mortis causa*[500].

Con riferimento alla durata dei legati, generalmente essi possono anche essere commisurati alla vita del beneficiario, fissati in un periodo determinato o subordinati a specifici oneri.

Seppure tale principio è astrattamente applicabile anche ai diritti edificatori, lo è solo con una precisazione.

Nel momento in cui il beneficiario del legato disponga della potenzialità edificatoria su un determinato fondo, la volumetria utilizzata non può più venire meno perché si è trasformata in un edificio.

In caso contrario si giungerebbe al paradossale risultato di dover abbattere una costruzione per effetto della risoluzione del legato dovuto ad esempio al trascorrere del tempo indicato dal testatore o all'inadempimento di un onere testamentario[501].

Si ritiene quindi che l'unica ipotesi immaginabile sia quella di prevedere un legato avente ad oggetto i diritti edificatori con possibile risoluzione dello stesso per il caso in cui il beneficiario, entro un

---

[498] È opportuno sottolineare che, affinché il legato sia valido ed abbia efficacia immediata, è necessario che il testatore sia titolare del diritto al momento dell'apertura della successione. Al riguardo cfr. M. IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 2009, p. 56 ss.

[499] Altra questione di grande rilevanza è quella che attiene alla derogabilità del principio di efficacia diretta del legato. La dottrina si è più volte interrogata sulla possibilità che il testatore possa scegliere o meno di imporre all'erede l'obbligo di porre in essere un comportamento per far sorgere il diritto edificatorio in capo al legatario con successivo atto *inter vivos,* disponendo così un legato ad effetti meramente obbligatori. Alcuni propendono per una soluzione negativa stante l'inderogabilità dell'art. 649 c.c. Più precisamente G. GROSSO nel suo scritto, *Efficacia diretta ed efficacia obbligatoria del legato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1954, 3, p. 7, sostiene che la «traduzione dell'intento empirico del testatore (di procurare il bene al legatario) in effetti giuridici reali (più in generale diretti) o meramente obbligatori non è *quaestio voluntatis,* né può essere sottoposta ad una generale riserva di contraria volontà del testatore. Si tratta dell'adeguazione dei mezzi tecnici del diritto allo scopo concreto del testatore in rapporto ai presupposti, adeguazione che è operata dall'ordinamento giuridico». Altri autori considerano invece l'art. 649 co. 2 c.c. una norma meramente dispositiva, cosicché il testatore può scegliere di raggiungere il risultato finale sia attraverso una disposizione ad effetti reali che obbligatori. In tal senso cfr. C. GANGI, *La successione testamentaria,* Milano, 1952, II, pp.127- 128.

[500] In senso contrario si veda G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 531 ss. il quale sostiene che i diritti edificatori non possano essere costituiti dai privati, 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 urbanistico.

[501] Le regole della circolazione *inter vivos* non subiscono invero particolari variazioni nelle vicende di tipo successorio. Per approfondimenti inerenti a casi pratici, con riferimento all'inadempimento dei legati gravati da oneri si veda M. PROTO, *Inadempimento del legato modale e risoluzione*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2005, p. 50 ss.

determinato termine o per tutta la durata della sua vita, non abbia sfruttato la cubatura a lui assegnata. Ciò significa che, in caso di avvenuto impiego, la disposizione non potrà venire meno stante l'utilizzo concreto del diritto.

Una volta accertate le caratteristiche strutturali del legato avente ad oggetto i diritti edificatori, non vi sono ostacoli ad ammettere altre forme di legato previste dall'ordinamento come quello di cosa altrui o parzialmente altrui, di legato di cosa non esistente nell'asse, o ancora quello di cosa del legatario ma anche il legato di genere nel caso in cui oggetto dell'attribuzione siano diritti perequativi, compensativi o di incentivazione.

Deve invece essere esclusa l'ammissibilità del legato avente ad oggetto la costituzione di ipoteca dei diritti edificatori.

Detto divieto non attiene soltanto all'impossibilità attuale di ricomprendere i diritti edificatori nell'art. 2810 c.c. per le ragioni già evidenziate nei paragrafi precedenti, ma affonda le proprie radici in un principio di portata generale sancito dall'art. 2821 co. 2 c.c. in virtù del quale non è consentito al testatore di prevedere disposizioni testamentarie che possano alterare la *pars conditio creditorum*[502].

Con riferimento poi alle modalità di trascrizione del legato, si pongono gli stessi problemi concernenti l'accettazione tacita dell'eredità.

Nonostante non vi sia un riferimento normativo che si riferisca espressamente al legato di diritti edificatori (come pure è mancante per le altre ipotesi *mortis causa*), si ritiene di essere in presenza, ancora una volta, di un mancato coordinamento normativo, con la conseguente possibilità di eseguire tutte le formalità pubblicitarie presso i registri immobiliari, utilizzando l'estratto autentico del testamento contente il legato.

---

502 Più genericamente, con riferimento alla possibilità di costituire ipoteca per atto *mortis causa,* parte della dottrina sostiene che, come per il pegno, ciò possa essere fatto mediante l'utilizzo di un legato indiretto con cui il legatario possa pretendere dall'onerato la costituzione del peso su un determinato bene. In questo modo, secondo detta dottrina il fondamento dell'ipoteca non si potrebbe rinvenire in un testamento bensì in un atto *inter vivos*. Cfr. G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, Milano, 1990, pp. 132-135. È opportuno inoltre sottolineare che si ritiene come il divieto imposto dall'art. 2821 c.c. sia estendibile al pegno testamentario per analogia e perché il pegno per il suo perfezionamento richiede la consegna della cosa che in realtà può avvenire solo per atto *inter vivos*. Anche in questo caso esiste dottrina contraria che ne sostiene l'inapplicabilità stante la natura di norma eccezionale dell'art. 2821 c.c. non suscettibile di analogia. Tuttavia proprio per la necessità della consegna materiale del bene si tende ad ammettere esclusivamente la costituzione di un pegno indiretto mediante adempimento dell'obbligo da parte dell'onerato. Cfr. anche A. FERRUZZI e C. FERRENTINO, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, p. 1244 ss.

CAPITOLO IV

I requisiti del contratto e le sue clausole

Sommario: 1. Necessità di definire lo schema contrattuale dei trasferimenti di volumetria. – 2. L'accordo e la c. d. «autonomia privata» nei contratti aventi ad oggetto la potenzialità volumetrica. – 3. La causa. – 4. L'identificazione dell'oggetto e la forma del contratto. – 5. Il ruolo del provvedimento della pubblica amministrazione e meccanismi condizionali. – 6. La sorte del provvedimento amministrativo per invalidità del contratto. – 7. Menzioni urbanistiche e conformità catastale. – 8. Profili fiscali.

1. Necessità di definire lo schema contrattuale dei trasferimenti di volumetria.

Dall'esame delle diverse vicende negoziali effettuato nel precedente capitolo si possono trarre due importanti considerazioni, utili per l'approfondimento che si intende fare in questa sede.

In primo luogo si ritiene di poter affermare che il legislatore abbia introdotto la novella sotto la spinta delle pressioni locali[503], principalmente per assicurare un regime pubblicitario ad una prassi contrattuale ormai ampiamente diffusa.

L'intento è stato dunque quello di garantire certezza alle parti nella circolazione dei «diritti edificatori», senza che si possa rinvenire un esplicito contributo sulla natura giuridica.

Con l'introduzione della norma sulla trascrizione, il dibattito ha in parte perduto di rilievo in quanto, prima della novella, la *querelle* sulla natura giuridica della volumetria si basava principalmente sulla necessità di rinvenire una qualificazione che permettesse l'accesso ai registri immobiliari.

Ciononostante si ritiene che l'analisi effettuata nel capitolo precedente, dimostri come la scelta della natura giuridica produca ancora effetti rilevanti per l'applicazione dell'istituto.

A seconda della natura riconosciuta ai diritti di sviluppo si addiviene infatti a soluzioni profondamente diverse circa la riconducibilità degli stessi alle figure esaminate con importanti riflessi sull'efficienza del mercato[504].

Infatti laddove l'applicabilità dei diritti è scarsa, è altresì minore la possibilità di commerciarli, con il rischio di inficiare uno dei più ambiziosi risultati che la novella del 2011 si è proposta di realizzare.

---

503 Il regime di pubblicità ed opponibilità delle vicende traslative della potenzialità volumetrica non avrebbe potuto essere dettato dalla legislazione regionale stante la riserva a favore dello Stato della legislazione sull'ordinamento civile (art. 117 comma 2 lett. l) Cost.) in cui rientra anche la materia della trascrizione in termini di disciplina generale. Tuttavia l'intera vicenda dei trasferimenti di volumetria origina e muove dal basso, nel senso che la novella è derivata dalle forti pressioni delle amministrazioni locali ed anche il recente disegno di legge si è limitato a fornire indicazioni di massima del tutto incapaci di incidere concretamente sulle modalità operative dell'istituto, rimettendo ancora una volta l'applicazione concreta alle autonomia locali. Cfr. E. MICELLI, *La perequazione urbanistica*, *cit.,* p. 1 ss. Sul punto prima della novella si veda P. URBANI, *Ancora sui principi perequativi e sulle modalità di attuazione nei piani urbanistici, cit.,* p. 513.

504 È opportuno sottolineare come l'«interpretazione» non rappresenti unicamente lo strumento volto a chiarire il significato di specifiche norme poiché, in un ordinamento complesso, essa assume piuttosto la funzione di individuare la normativa da applicare al caso concreto «(…) combinando e collegando disposizioni, le più varie anche di rango e provenienza diversi per riuscire a trarre dal *caos* legislativo la soluzione più congrua, nel rispetto dei valori e degli interessi considerati normativamente prevalenti non ché nei canoni della proporzionalità e della ragionevolezza», così P. PERLINGIERI, *Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ*., 2005, 1, p. 214.

Inoltre dalla scelta sulla qualificazione giuridica derivano importanti conseguenze in relazione allo schema contrattuale da utilizzare, riconducibile ora ad un contratto tipizzato di cessione di cubatura o ad una compravendita ora ad una vendita di bene futuro[505] ovvero ad una cessione del credito[506].

[505] Alla luce di quanto esposto nei capitoli precedenti e pur tenendo presenti le obiezioni di cui si è dato conto, si ritiene che, laddove si volesse identificare la capacità edificatoria in un «bene» si dovrebbe piuttosto richiamare la figura del «bene futuro». Pur non volendo entrare nel merito del dibattito giuridico sui contratti interenti i beni futuri, si ritiene che astrattamente sembra che vi siano delle somiglianze tali da permettere di ricondurre i «diritti edificatori» alla «vendita di cosa futura» ai sensi dell'art. 1472 c.c. La principale affinità si rinviene nel fatto che anche la volumetria non è un *quid* da subito esistente ed utilizzabile, facendo parte delle facoltà di godimento del fondo. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XVI, Milano, 1971, p. 174; nello stesso senso A. LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1995, p.46 per il quale possono essere oggetto di questa figura negoziale sia cose che ancora non esistono in natura, sia quelle che sono esistenti ma non sono ancora di porprietà di nessuno. Per G. FALZONE, *La vendita di cosa futura*, in M. BIN (a cura di), *La vendita,* III, II, Padova, 1995, p. 594, il *concetto di «inesistenza giuridica» non equivale a quello di «inesistenza come autonomo oggetto di diritti». Accogliendo la prima definizione il concetto di futurità si riferisce ad una cosa cui il mondo giuridico non dà alcuna rilevanza, mentre accogliendo la seconda definizione, si fa riferimento non solo alla cosa giuridicamente irrilevante ma anche alla cosa che, pur esistente e rilevante per il mondo del diritto, attualmente non può formare oggetto di diritti. Tuttavia se è vero che la «futurità» si deve riferire alla rilevanza giuridica di un bene, allora i due concetti non possono che coincidere, non rilevando invero quale sia la motivazione dogmatica per la quale il bene non può attualmente formare oggetto di diritti. In aggiunta si ricorda che la distinzione non trova considerazione nella giurisprudenza, la quale, nel definire la cosa futura, utilizza indifferentemente l'uno e l'altro concetto. Con riguardo alla definizione di bene futuro offerta dall'art. 1472 c.c. è opportuno sottolineare che ciò che è oggetto di vendita non è la cosa di per sé ma sono i diritti sulla stessa. Nella previsione normativa della vendita di cosa futura, il riferimento alla cosa o al bene è di per sé improprio, in quanto il venditore aliena il diritto di proprietà avente ad oggetto la cosa futura. Poiché la proprietà e gli altri diritti reali di godimento non esistono se non esiste in atto il loro oggetto, la vendita di cose future è in definitiva vendita di diritti futuri. La nozione della vendita di diritti futuri è di per sé molto ampia. Infatti i diritti futuri non sono solamente i diritti reali su cose future ma più in generale tutti i diritti non ancora esistenti per mancanza dell'oggetto o della fattispecie costitutiva.* Parimenti possono rinvenirsi somiglianze anche con riferimento agli effetti prodotti dal contratto (invero ancora dibattuti). *Le opinioni proposte sono principalmente tre. Quella da tempo seguito dalla dottrina che ritiene il contratto abbia effetti solo obbligatori. Dal contratto non nasce infatti un obbligo immediato di trasferire che si produce invece solo con la venuta ad esistenza della cosa. Il venditore deve dunque attivarsi al fine di far venire ad esistenza la cosa non essendo sufficiente una mera astensione dal porre in essere comportamenti contrari alla venuta ad esistenza del bene. Cfr. C.M. BIANCA, La vendita e la permuta, in Tratt. dir. civ.Vassalli, VII, I, 1, Torino, 1993, p. 379 ss. Dalla massime giurisprudenziali sembra, quindi, che l'obbligazione di attivarsi per far venire ad esistenza la cosa debba formare oggetto di altra ed apposita pattuizione integrando, in tal caso, gli estremi* di un ulteriore e collegato contratto d'opera. In tal senso si è espressa anche una parte della dottrina N. LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 1960, p. 845. Secondo un altro orientamento la vendita di cosa futura sarebbe un negozio a consenso anticipato. Si tratterebbe di un negozio *in itinere* perfetto e completo con riferimento al consenso ma ancora carente dell'oggetto che si verrà a determinare in un momento futuro. Si riscontra quindi un'inversione cronologico dell'*iter* formativo del contratto: accade infatti che gli elementi che normalmente sussistono prima della formazione del consenso, manchino al momento della stipula del contratto e nonostante ciò la legge consenta che sopravvengano in seguito, permettendo così alle parti di anticipare la formazione del consenso. Conseguenza di tale impostazione è che la mancanza della cosa non farebbe sorgere l'obbligazione di pagamento del prezzo, l'art. 1498 co. 2 s.s. stabilisce infatti che l'obbligo del pagamento del prezzo sorge alla consegna del bene, salvo patto contrario. Inoltre la definitiva mancanza della cosa produrrebbe la nullità del contratto ma in senso improprio e non originario poiché il contratto ha già prodotto degli effetti appunto mediante il consenso anticipato. Cfr. D. RUBINO, *La compravendita, cit.,* pp. 181-185. Altro orientamento ritiene che si tratti di una vendita con effetti sospesi. La più recente dottrina si è infatti allontanata dall'impostazione secondo cui l'alienazione di un bene futuro costituisce una fattispecie a formazione progressiva idonea a produrre effetti solo preliminari ed obbligatori, abbracciando invece la teoria del contratto con effetti reali (per alcuni differiti) in cui sono le parti stesse a concepire l'oggetto dell'accordo come ordinario e regolare e dotato di un grado normale di alea, nell'ambito del rapporto commutativo venutosi a creare tra le stesse. In tal senso la vendita di cosa futura sarebbe un contratto completo fin dal momento del raggiungimento del consenso tra le parti in cui si dovrebbero tenere distinti due momenti, quello antecedente e quello successivo alla venuta ad esistenza del bene oggetto del contratto. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1972, p.61; N. LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura, cit.,* p. 827. Ciò emerge in negativo dal II comma dell'art. 1472 c.c. ai sensi del quale, se non risulta che le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio, la vendita è nulla, se la cosa non viene ad esistenza. Nel tempo che precede la venuta ad esistenza della *res,* la situazione tra le parti sarebbe assimilabile a quella che si verifica ogniqualvolta la vendita è sottoposta ad una condizione sospensiva. L'efficacia del contratto sarebbe dunque sospesa cfr. P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, La compravendita di cosa futura, cit.,* p.151. Al momento della venuta ad esistenza del bene si dovrebbe invece applicare la disciplina codicistica della vendita, come ad esempio i rimedi relativi alla garanzia per vizi, mancanza di qualità o per evizione. Ciò è dimostrato dal fatto che ad essere posticipato nel tempo, è unicamente la venuta ad esistenza del «bene» nel patrimonio del soggetto. Tale teoria però è sottoposta due critiche: in primo luogo si è osservato che l'acquisto del bene non può che avvenire *ex nunc* alla venuta ad esistenza del bene, cosicché gli effetti del trasferimento devono essere necessariamente differiti e il contratto non è perfetto

Ciascuno dei contratti indicati determina infatti una differente applicazione dell'istituto ed una diversa chiave di lettura per quanto concerne le modalità di interazione tra diritto privato e diritto pubblico[507].

La seconda considerazione attiene al fatto che un ricostruzione teorica dell'istituto può funzionare solo se è in grado di spiegarne la duplice veste privatistica e pubblicistica.

In tal senso, si ritiene che la soluzione come nuovo diritto reale tipico, sia quella più conforme al dato normativo, maggiormente compatibile con le vicende prese in esame e soprattutto in grado di interfacciarsi al meglio con il provvedimento pubblico, pur garantendo la rilevanza della fase privatistica[508].

---

al momento del raggiungimento dell'accordo. Inoltre si deve parlare di condizione non retroattiva ai sensi dell'art. 1360 c.c. oppure di *condicio juris* come tale non retroattiva, fatto questo che apre il campo a problematiche relative all'ammissibilità della deduzione in condizione di un elemento essenziale del contratto quale l'oggetto. In tal senso cfr. D. RUBINO, *La compravendita, cit.,* p. 179; P PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, La compravendita di cosa futura, cit.,* p. 230; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta, cit.,* p. 351. In giurisprudenza Cass. Civ., Sez. II, 6 novembre 1991, n. 11840, in *Mass. Giur. it.,* 1991; Cass. Civ., Sez. II, 28 novembre 1987, n. 8863, in *Mass. Giur. it.*, 1987. A ben vedere peraltro, seppure l'intervento del Comune connota l'oggetto del contratto di una certa alea (*emptio rei speratae*) essa viene assume un certo grado di normalità in quanto sono le parti stesse ad individuare l'evento che determina la venuta ad esistenza del bene. Le problematicità legate a tale ricostruzioni dipendono non solo dalle critiche già sollevate nei precedenti capitoli relative alla natura giuridica e all'assimilazione della cubatura al «bene», ma anche al fatto che lo schema contrattuale, per quanto non manchino aperture da parte della giurisprudenza è prevalentemente considerato ad effetti obbligatori e dunque incompatibile con l'efficacia reale del n. 2-*bis*. Non si può inoltre trascurare come il concetto di bene futuro solleverebbe non poche perplessità con riferimento all'appartenenza dello *ius aedificandi* ai privati e al momento in cui individuare la venuta ad esistenza della volumetria su un determinato fondo. Il contratto di trasferimento dei diritti edificatori è infatti immediatamente perfetto sin dal momento della stipula (con evidente creazione di un vincolo sul fondo cedente che on può edificare) ed inoltre la realizzazione della costruzione dipende dall'attività dell'acquirente e non da quella del venditore come invece richiesto dall'art. 1476 n. 2 c.c.

[506] Come si è già avuto modo di mettere in luce nei capitoli precedenti, la ricostruzione presenta della problematicità non solo con riferimento alla natura giuridica ma anche riguardo allo strumento contrattuale utilizzato, in quanto la cessione del c.d. credito edilizio non va notificata all'autorità comunale, né deve o può essere accettata, proprio in virtù dell'efficacia reale riconosciuta dalla novella e, anche laddove si aderisse alla tesi del credito edilizio, non andrebbe comunque notificata per il fatto che tale teoria sostiene l'esistenza di un potere discrezionale della pubblica amministrazione. A ciò si aggiunga che della cessione del credito non sarebbero applicabili tutti gli strumenti di tutela, si pensi all'impossibilità anche teorica di ipotizzare un pagamento indebito o al creditore apparente che non permetterebbero dunque all'istituto di operare. Si rinvia per approfondimenti al capitolo III, paragrafo 3.

[507] Tale ricostruzione proprio per la sua maggiore solidità potrebbe permettere di commerciare in modo libero i diritti di sviluppo mediante la creazione di un mercato dei diritti edificatori e la possibile nascita di un «borsino» quale strumento indispensabile per orientarsi nel mercato locale attraverso una puntuale ed attendibile rilevazione dei valori delle potenzialità volumetriche. Si tratterebbe si uno strumento assolutamente opportuno ed utile viste le profonde differenze che si sono rilevate nel possibile utilizzo dei diritti edificatori da zona a zona che potrebbe garantire una fotografia reale del mercato effettuata da soggetti *«super partes»* e dunque libera da condizionamenti degli interessi di acquirenti e proprietari. Cfr. S. FANTINI, *Il trasferimento dei diritti edificatori dopo le modifiche all'art. 2643 del codice civile (art. 5, comma 3 L. N. 106/1022). La* "vexata quaestio" *della natura giuridica di tali diritti,* in *www.altervista.it,* p. 2, c. 1. Si veda al riguardo il capitolo III, paragrafo 1.2.

[508] Cfr. P. PERLINGIERI, *Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, *cit.,* pp. 198-199. L'Autore sottolinea come «(…) la qualificazione del fatto concreto non è un dopo ma è, unitamente alla normativa di riferimento che si individua come adeguata ad esso, aspetto costante ineliminabile del fenomeno normativo». La scelta della qualificazione della potenzialità volumetrica come nuovo diritto reale è quindi supportata non solo dalle risultanze dell'interpretazione letterale della norma ma anche dagli effetti che tale soluzione produce con riferimento all'applicazione concreta dell'istituto, alla circolazione della volumetria e dunque sul commercio delle volumetrie.

A tal proposito è necessario verificare se si debba fare riferimento ad uno schema contrattuale già presente nel codice civile o se invece la novella abbia essa stessa tipizzato un nuovo schema contrattuale come sostenuto da alcuni autori[509].

L'art. 5 co. 1 lett. c) del d. l. 70 del 2011 fa infatti espressamente riferimento alla «tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi: la "cessione di cubatura"»[510].

In tal senso il n. 2-*bis* non si sarebbe limitato a regolare le sole formalità pubblicitarie ma avrebbe anche espressamente identificato l'istituto ed il contratto di riferimento la cui disciplina, in assenza di un'espressa e compiuta previsione, dovrebbe peraltro essere rinvenuta mediante l'interpretazione sistematica delle norme del codice e delle leggi speciali[511].

In proposito si osserva come la mancanza di un'espressa disciplina a cui fare riferimento, come solitamente avviene per ogni nuovo tipo legalmente codificato[512], suscita non poche perplessità circa il fatto che la sola previsione dell'art. 5 possa avere di per sé individuato un nuovo tipo negoziale[513].

Il «tipo» infatti contiene le regole applicabili ai rapporti contrattuali riferibili ad una specifica operazione economica già affermatasi nella realtà sociale ed ha lo scopo di regolare il rapporto giuridico anche nel silenzio delle parti[514].

---

509 Su tutti si vedano S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* pp. 3 ss., 15 ss.; G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 429 ss.

510 Il concetto di tipicità richiama alla mente la filosofia greca in cui il termine tanto nella sua forma originaria (*túpos* = impronta, stampo), che nelle sue forme successive (es. archetipo) è usato per designare ciò che si ripete, che ricorre più volte e qualcosa di particolare. Al termine «tipo» non corrisponde un significato univoco. Di tipo parlano gli artt. 1322 e 1323 c.c., con riguardo ai contratti, ed ancora gli artt. 2249 e 2500 c.c., con riferimento alle società. E.BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1956, p. 89 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *La causa del negozio di assicurazione*, in AA. VV., S*tudi sulle assicurazioni*, Roma, 1963, p. 207. Si tratta di un'espressione che compare per la prima volta nel codice vigente e che si sostituire al concetto di *nomen*, con la conseguente distinzione dei contratti tipici da quelli atipici in luogo di quella tra contratti nominati e innominati. In materia contrattuale, il dibattito sul tipo è stato coinvolto nelle discussioni relative alla causa del negozio, cosicché la prima nozione è stata ricondotta nell'ambito di uno stesso schema causale. «Autonomia privata, causa e tipo negoziale, seppure concettualmente individuano entità distinte, inevitabilmente si intrecciano e, vicendevolmente, si condizionano, in quanto tutte incidono in una medesima prospettiva, quella del rapporto tra l'attività del privato e l'ordinamento giuridico». Con riferimento alla possibilità che la causa identifichi il tipo contrattuale, è bene precisare che tale affermazioni è possibile solo laddove la causa venga considerata la funzione economico sociale del contratto dunque uguale per ogni tipo (ad es. nella compravendita è sempre lo scambio di un bene o di un diritto contro somma di denaro), mentre nel caso in cui essa sia considerata come la funzione economico individuale del contratto essa potrà essere di volta in volta differente cosicché non è possibile che la causa si identifichi sempre nel tipo contrattuale. Cfr. G. B. FERRI, *Causa e tipo*, *cit.,* p. 3.

511 L'opinione è di G. PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria),* in *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile primo semestre 2011, cit.,* p. 7. Sul tema sia consentito rinviare a A. GENOVESE, *L'interpretazione complessiva del contratto*, in *Obb. e contr.*, 2012, p. 506 ss.

512 Il concetto di «tipo» contrattuale è mutuato dal linguaggio della logica ed è usato prevalentemente nell'ambito delle scienze naturali e sociali. Secondo una recente classificazione esso è utilizzato per indicare la sintesi di normativa e qualificazione giuridica di un istituto. A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 14, spec. *sub* nota 1. In questo caso, il termine «tipo» coinciderebbe con quello di classe, avendo per scopo di descrivere i connotati comuni di un determinato istituto giuridico, i caratteri ed i contenuti di un fenomeno sociale (fattispecie), che reclama la disciplina legale le strutture fenomeniche del fatto giuridico, ossia i dati tipo logicamente significativi dotati di autonoma rilevanza giuridica. La ricostruzione consente di definire il significato attribuito al termine. G. B. FERRI, *Causa e tipo, cit.,* p. 3 ss; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 785; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., 1981, p. 175 ss.

513 R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino 2004, pp. 439 ss.; C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica,* Milano, 1992, p. 41 ss. La disciplina dei tipi si trova principalmente nei titoli III e IV del codice civile dedicati ai «singoli contratti» ma ciò non esclude che possano trovarsi anche in altri libri del codice, in altri codici ed infine nella legislazione speciale.

L'obiettivo del tipo contrattuale è dunque quello di creare un apposito regolamento che possa assurgere a fonte legale e prevalere rispetto alle altre fonti.

Affinché ciò avvenga si devono poter rinvenire uno o più elementi (come l'oggetto, la prestazione ecc…) che consentano di identificare chiaramente il «tipo» senza che invece l'operazione economica possa essere ricondotta ad altro negozio già codificato[515].

Nel caso di specie la novella non ha espressamente identificato la potenzialità volumetrica, né le modalità della sua circolazione o altri elementi costitutivi della fattispecie, così da rendere difficile l'individuazione di una disciplina in grado di assumere carattere dispositivo rispetto alla volontà dei contraenti[516].

Per superare l'*impasse* provocato dall'art. 5, si ritiene che i diritti edificatori possano essere ricondotti, nei limiti di quanto compatibile, alla compravendita, di cui i trasferimenti di volumetria ricalcano lo schema.

Ciò non toglie che il contratto potrà essere variamente modulato, sia per le numerose variabili che possono caratterizzare ogni singola contrattazione, sia per gli spazi riconosciuti all'autonomia privata nella conformazione del contenuto dei diritti reali tipizzati dal legislatore[517].

Per tali ragioni, rinvenuto uno «schema base» comune a tutte le transazioni aventi ad oggetto la potenzialità edificatoria, è opportuno identificare le clausole più idonee all'esplicazione degli effetti del contratto[518].

---

514 N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato,* Roma-Bari, 1998, p. 42. L'Autore ricorda che la «astrattezza» è la caratteristica della norma e si riferisce ad «un numero indefinito di casi», mentre la «generalità» è la caratteristica della norma che non individua i suoi destinatari «ma prevede e considera una classe di soggetti (talora, l'assoluta anonimia del 'chiunque'). Astrattezza è indefinita ripetibilità, generalità è indifferenza dei soggetti». Il processo di tipizzazione si basa sull'esistenza di una correlazione tra una determinata attività e l'interesse che si vuole realizzare che, se ripetuto nel tempo e consolidato nel sostrato sociale, viene recepito dall'ordinamento attraverso la creazione di una rete di regole che vanno appunto ad identificare il tipo legale. In tal senso Cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale,* Padova, 1974, pp.174-175. Gli elementi che consentono di individuare un tipo contrattuale sono plurimi: può trattarsi della natura della prestazione, della natura del bene o della sua funzione, della modalità di esecuzione della prestazione o anche della qualità assunta dalle parti.

515 La definizione del tipo può essere o meno stringente. Nel primo caso la definizione ricomprende tutti gli elementi del contratto come ad esempio l'oggetto, la prestazione, la qualità delle parti ed altro, nel secondo caso invece la definizione può identificare uno o pochi elementi che però devono avere il ruolo di caratterizzare quel tipo contrattuale rispetto a quelli già identificabili. Il tipo contrattuale è definito non solo dalle regole che lo disciplinano nello specifico ma anche in base alla disciplina generale del contratto (art.. 1321- 1469 *sexies* c.c.) ove, nel caso di incompatibilità tra due norme prevale la disciplina del tipo.

516 Qualora esse non abbiano diversamente disposto. Cfr. R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino 2004, p. 441.

517 S rinvia al paragrafo successivo. Per un'analisi approfondita sull'argomento si veda Cfr. M. COMPORTI, *Diritti reali in generale, cit.,* p. 149 ss.

518 Uno schema base comune a tutti i trasferimenti ma modulabile sotto certi aspetti secondo le esigenze dei contraenti, consente infatti di procedere speditamente alla conclusione degli accordi, eliminando tutte le incertezze legate alla negoziazione della potenzialità volumetrica. A Tal riguardo non sarà vano porre l'attenzione alle diverse tecniche contrattuali che si sono diffuse nei programmi delle Contee statunitensi. Nel sistema americano con riferimento ai diritti edificatori è infatti possibile rinvenire un *framework* comune a tutti i progetti e, in aggiunta, singole regole in grado di adattarsi al meglio alle esigenze della singola collettività, con la conseguenza che a seconda della Contea in cui si è realizzato l'accordo, il piano avrà degli effetti diversi. Cfr. capitolo V. Infatti anche se i diritti di sviluppo non mutano la propria natura nelle varie fasi del «decollo», del «volo» e dell'«atterraggio», essi richiedono di volta in volta la predisposizione di specifici accorgimenti negoziali di cui è opportuno dare atto in sede di redazione del negozio.

D'altra parte, la creazione di una base negoziale solida tale da soddisfare i requisiti di certezza finalizzati alla tutela delle parti, si rivela la sola strada efficiente per rendere operativo ed effettivo l'utilizzo dei «diritti di sviluppo»[519].

2. L'accordo e la c. d. «autonomia privata» nei contratti aventi ad oggetto la potenzialità volumetrica.

Con riferimento all'accordo raggiunto dai contraenti, un'analisi dell'autonomia privata e del rapporto esistente tra «soggetto» e «oggetto», seppur succinta, consente di mettere meglio in luce gli spazi riconosciuti alle parti nella determinazione del contenuto delle situazioni reali tipizzate.

Tale approfondimento può rivelarsi oltretutto propedeutico all'esame del rapporto tra libertà della volontà individuale[520] ed ordinamento giuridico dello Stato[521], utile anche a far fronte all'esigenza di sicurezza delle relazioni economiche in continua espansione.

Secondo i tradizionali insegnamenti della manualistica, l'«autonomia»[522] si sostanzia nella potestà delle parti di disciplinare[523] i propri rapporti ed interessi[524] .

---

519 Con riferimento alla dottrina che ha sentito l'esigenza di definire gli elementi del contratto si veda G. TRAPANI, *I diritti edificatori, op. cit.,* pp. 429-473.

520 E. BETTI, *Autonomia privata*, *cit.,* p. 1559. L'Autore parla più precisamente tanto di «autonomia consapevole» che si evince sia dalla forma consensuale dei trattati che dal potere unilaterale di autolimitazione, quanto di «autonomia inconsapevole» che emerge ogni volta che si pongono in essere condotte che si ritiene siano corrispondenti ad un dovere sociale, come nel caso della consuetudine.

521 Il rapporto tra volontà statale ed individuale, tra autonomia ed eteronomia, è uno dei temi più ricorrenti nella riflessione giuridica e teorica in generale. Sul tema molti si sono cimentati, a tal proposito sia consentito rinviare a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, (in particolare si veda il cap. I); SANTI ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 25; 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*, *cit.*; F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, p. 189 ss. Sull'argomento anche E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, I, t. 2, p. 1559; ID., *Negozio giuridico*, in *Noviss., dig., it.,* XI, p. 209 ; R. SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico*, in *Enc., giur.,* 1990; L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1957, p. 129; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, *cit.,* 1966, p. 785 ss.. Altri riferimenti saranno indicati nel prosieguo del testo in nota.

522 L'analisi sarà condotta con fedeltà al diritto positivo come indicato nella prefazione di N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato,* Padova, 1990, pp. 1-58, «fedeltà al diritto positivo (…). L'importanza del diritto, così disperante e dolorosa non sa rinunciare a questo brandello di certezza». Solo in questo modo è possibile evitare petizioni di principio, apriorismi, forzature che spesso si evincono dagli scritti di chi si è cimentato sul tema.

523 Cfr. E. BETTI, *Autonomia privata*, *cit.,* pp. 1559-1560. Per l'Autore è la stessa autonomia che se considerata nel suo dispiegarsi ed oggettivizzarsi all'interno di un ordinamento appare come un carattere proprio degli ordinamenti stessi piuttosto che il frutto di un potere autoritario dettato da un'istanza superiore. Secondo Betti l'autonomia è fenomeno sociale preesiste all'ordinamento statale che la riconosce. Ciononostante, non pare all'Autore che il carattere indipendente ed originario dell'autonomia privata possa giustificarne la qualifica come ordine giuridico dei privati né determinare un'analogia rispetto alle funzioni ed ai poteri statali. «Ma non sembra che un parallelismo, sempre discutibile, con attività statali, possa maturare risultati concludenti quanto a lumeggiare la differenza di valore e significato fra le varie categorie delle attività private». Certamente anche i privati esplicano di volta in volta i loro poteri differenziati in quanto la *ratio iuris* degli interessi privati giustifica il riconoscimento dell'autonomia come fatto sociale distinguendo tra atti propriamente di autonomia privata (negozi) ed altri non qualificabili come tali, indipendentemente dal fatto che siano dotati o meno di rilevanza giuridica, proprio per il fatto che quest'ultimasi si desume da un criterio diverso. È bene inoltre sottolineare che mentre fino all'Ottocento il concetto di libertà era strettamente legato ai principi di democrazia, la dottrina moderna, in modo particolare quella che si è occupata del «contratto», si è mostrata meno sensibile a questo aspetto e maggiormente preoccupata a difendere la libertà a fronte delle invadenze dello Stato e delle pubbliche autorità, ciò forse proprio perché è lo stesso Stato a

La dottrina si è domandata se l'autodeterminazione[525] possa assurgere a fonte di un ordinamento preesistente semplicemente riconosciuto[526] (così com'è) o se invece, nei casi di dichiarazioni legalmente tipizzate, la legge sopprima l'autodeterminazione delle parti[527].

---

garantire gli strumenti negoziali utilizzati dalle parti per l'esplicazione dei loro interessi. Per maggiori approfondimenti si veda A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 1995, p. 9.

[524] E. BETTI, *Autonomia privata*, *cit.,* pp. 1559- 1560 L'Autore ritiene inoltre che la dottrina pubblicista sia prevenuta nel ritenere che l'«autonomia» sia piuttosto una «potestà riconosciuta dalla legge o dalla Costituzione, a una persona giuridica diversa dallo Stato, di dettare norme destinate a far parte dell'ordinamento statale». Simile affermazione potrebbe, secondo Betti, essere spiegata nell'antitesi storicamente esistente tra *ius commune* di ordinamenti originari sovrani (*superiorem non recognescentes)* e lo *statutum* riservato ad ordinamenti non originari. Si veda anche P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 2007, pp. 327-328, per l'Autore l'autotutela avrebbe carattere eccezionale stante il divieto di farsi ragione da sé indicato dall'art. 392 c. p.; nello stesso senso F. MANTOVANI*, il Diritto Penale*, Milano 1992, p. 4. Nelle pagine del manuale si può testualmente leggere che «il carattere pubblicistico del diritto penale opera indipendentemente dalla volontà del portatore degli interessi protetti, in capo al quale infatti non si costituisce alcuna situazione giuridica attiva, essendo ad esso estranee le categorie delle norme dispositive e suppletive derogabili dalla volontà privata». Fuori dal campo strettamente giuridico invece l'autonomia privatasi identifica nella libertà di esplicare la propria libertà morale così da regolare i propri interessi decidendo le modalità con cui un determinato scopo debba essere perseguito Cfr. R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 84 e F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici, cit.,* p. 526.

[525]A tal proposito sia consentito anche rinviare a F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, *cit.,* p.756, secondo il quale la volontà è certamente causa psichica dell'atto ma non anche causa giuridica dell'effetto. L'interrogativo affrontato dalla dottrina attiene alla possibilità che la giuridicità della norma negoziale derivi dalla volontà dei soggetti che la pongono in essere o piuttosto da una norma superiore. In base ad un'impostazione classica (riconducibile al pensiero di F. C. SAVIGNY, *Il sistema del diritto romano attuale*), se la legge è fonte di regole giuridiche, il negozio giuridico sarebbe fonte di rapporti giuridici. Altra tesi c.d. oggettivistica sostiene invece che anche il negozio rappresenterebbe la fonte di norme oggettive in grado di realizzare l'ordinamento giuridico generale. A tal proposito consultare H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, Tubinga, 1920, p. 29. Le tesi indicate postulano dunque il carattere normativo della volontà negoziale. Infatti, se si nega la capacità del negozio giuridico di porre norme obiettive si dovrebbe anche escludere che esso possa essere fonte di rapporti giuridici, in quanto solo la norma di diritto oggettivo ha la possibilità di costituire il rapporto giuridico ed il relativo diritto soggettivo. La definizione della c. d. «autonomia» nasconde numerose problematiche che coinvolgono il concetto stesso di «volontà». In primo luogo si rivela come per la produzione degli effetti giuridici è necessario porre in essere un'attività materiale non essendo sufficiente il mero stato d'animo psicologico in quanto il volere interno deve tradursi in un'azione voluta e diretta ad uno scopo specifico, giuridicamente rilevante, cosicché all'elemento fondamentale interno della volontà se ne aggiunge un altro esterno che è l'atto. Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile, cit.,* pp. 123-125; S. PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico,* in *Diritto civile*, Milano, 1951, p. 63; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, *cit.,* p. 98, che definisce l'atto di autonomia privata come il dato materiale, il «fatto» della figura giuridica del negozio. Ulteriori profili di complessità attengono ad esempio anche all'interpretazione della volontà che avviene in base alla dichiarazione secondo quanto stabilito dagli artt. 1362 e ss. c.c. da cui emerge la regola generale secondo cui il significato della dichiarazione deve essere determinato anche con riferimento a quelle circostanze in cui la dichiarazione è resa in conformità con l'intento perseguito dall'autore. A tal proposito cfr. G. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, *passim*; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico,* Bologna, 1945, *passim*; L. MOSCO, *Principi sull'interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952, *passim* Con il termine autonomia pertanto si identifica proprio la posizione della volontà produttiva di effetti rispetto all'ordinamento. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile, cit.,* p. 126; G. ZANOBINI, *Autonomia privata e pubblica,* in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, IV, Padova, 1950, pp.183 ss. Più precisamente la filosofia Kantiana affronta il tema sostenendo che la volontà è autonoma in virtù della sua stessa essenza, nel senso che l'autonomia altro non è che un'applicazione discorsiva della volontà stessa e, se ciò è vero, la conseguenza è che ogni entità priva della suddetta qualità dovrebbe essere considerata eteronoma. Con riferimento al concetto di eteronomia si rinvia a P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, *cit.,* pp. 336 ss.; F. C. SAVIGNY, *Il sistema del diritto romano attuale, cit.,* p. 113, parlava di «capacità naturale della volontà di porre rapporti giuridici». In questo modo però l'ordinamento generale si limiterebbe a dare tutela ai rapporti giuridici e si verrebbero a confondere l'impulso psichico che è causa dell'atto da altro che è piuttosto la causa (fonte) giuridica dell'effetto. Si veda anche F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata,* Milano, 1970, p. 189 ss. in cui l'Autore ritiene che la norma di origine eteronoma vincola l'autonomia privata fin nel suo interno così da ridurre la potestà dei privati ad elemento funzionale al diritto, fatto questo secondo l'Autore verificabile in molti settori del diritto privato dall'impresa alla proprietà e almeno all'inizio nell'iniziativa economica privata. La trasposizione di questa riflessione nel campo del diritto genera tuttavia non pochi problemi circa il rapporto esistente tra «volontà» e «norma» a cui vanno aggiunte le ulteriori complicazioni derivanti dal concetto di «autorità» che a sua volta richiama implicitamente quello della «libertà».

[526] Cfr. E. BETTI, *Autonomia privata*, *cit.,* p. 1560. L'Autore ripercorre il dibattito esistente tra coloro che respingono il monopolio statale del diritto propendendo invece per il riconoscimento di più ordini giuridici con autonoma rilevanza che vengono semplicemente riconosciuti come tali dall'ordinamento statale, come avviene di fatto per la c.d. consuetudine. Si

Tale posizione sarebbe suffragata dall'impossibilità di riscontrare un'equivalenza nelle funzioni e nei poteri dei privati che non corrispondono a quelli dello Stato[528].

Senza voler ripercorrere in questa sede l'ampio dibattito sull'autonomia giuridica riconosciuta ai privati, è utile, ai fini della trattazione, precisare che mentre alla base dell'esplicarsi dell'autonomia delle parti vi è la sola necessità di regolare un interesse privato, il ruolo dello Stato è piuttosto quello di porre in essere atti di regolazione di portata generale affiancati da altri di esecuzione e tutela, con l'effetto che la funzione precipua dell'ordinamento è quella di «regolazione del diritto»[529].

Se ciò è vero, occorre altresì sottolineare che il compito dello Stato non può ridursi alla mera distribuzione dei beni, dovendo piuttosto assumere un ruolo dinamico volto ad agevolarne il riconoscimento ed il rinnovamento, così da permetterne la circolazione tra i privati assecondando le sempre mutevoli esigenze sociali.

In un sistema in cui la proprietà privata assurge a diritto per eccellenza, tale opera si realizza necessariamente per mezzo dell'autonomia che, in taluni casi, viene «elevata» a negozio giuridico[530], in

---

veda altresì, in tal senso A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Milano, 2008, p. 82, con riferimento all'autonomia quale fonte di comandi l'Autore mette in luce la contraddizione di come possa essere comandata una parte se è essa stessa a comandare, e risolve il conflitto sottolineando l'esistenza di una solidarietà di interessi alla soluzione del medesimo conflitto, essendo possibile che le parti producano esse stesse diritto di cui abbisognano in quanto seppure è vero che esiste un rapporto conflittuale, allo stesso tempo esiste anche una solidarietà che le riunisce in gruppo. Il precipitato di tale impostazione è che il diritto prodotto in regime di autonomia presuppone necessariamente l'esistenza di un gruppo autonomo ed indipendente costituito dalle parti stesse.

527 SANTI ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947. Al riguardo si è parlato di «dissoluzione statalistica dell'autonomia».

528 F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto,* Roma, 1951, p. 55 ss. che sottolinea la differenza tra un atto del legislatore e quello posto in essere dai privati e vincolante ai sensi 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, cit.,* pp. 327-328; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi, cit.,* p. 526.

529 F. CARNELUTTI, *Teoria generale de diritto,* p. 55 ss. che sottolinea la differenza tra un atto del legislatore e quello posto in essere dai privati e vincolante ai sensi 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, cit.,* pp. 327-328; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi, cit.,* p. 803.

530 Si veda anche L. FRANZESE, *Contratto, negozio e* lex mercatoria, *tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 787. Secondo cui la capacità di autoregolamentarsi e di far derivante un vincolo dall'assetto di interessi una volta posto in essere sembra identificare la funzione stessa della persona umana all'interno del contesto sociale su cui lo Stato fa leva per il suo esplicarsi. Ciò tra l'altro sarebbe confermato dal fatto che anche laddove l'ordinamento non preveda una sanzione specifica per un determinato negozio, esso anche se privo di una tutela giuridica continua ad esistere come negozio privato posto in essere nell'esercizio della vita sociale degli individui. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 28. L'Autore osserva come la rilevanza del negozio giuridico risieda nel fatto che il negozio va considerato «come espressione dell'autonomia della volontà e quindi come garanzia della libertà del Cittadino. Volere significa scegliere: prima, se vincolarsi o non; poi a quali condizioni farlo». Nello stesso senso si veda L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*

virtù del quale i cittadini regolano di volta in volta gli interessi di cui sono portatori come avviene per le contrattazioni aventi ad oggetto i diritti di sviluppo[531].

Nulla d'altra parte sembra far dubitare del fatto che l'autodeterminazione privata si esprima proprio attraverso il negozio giuridico[532].

Le teorie, seppur contrapposte, sembrano dunque giungere a risultati analoghi[533] secondo cui l'autonomia privata si esplica solo nei limiti di un interesse già esistente, «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 oggettivo[534].

---

italiano, Napoli, 1966, p. 51, secondo il quale poiché il negozio costituisce uno degli strumenti attraverso dell'autonomia privata perché i soggetti ne possono liberamente disporre per autoregolamentare i loro interessi essendo un mezzo di attuazione del dominio della volontà sulla sfera giuridica dell'individuo. Secondo queste dottrine il legame tra autonomia negoziale ed autonomia privata è talmente indissolubile che al declino del negozio seguirebbe necessariamente quello dell'autonomia. Si veda in tal senso G. B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Firenze, 1987, p. 55. La considerazione non sembra invero sempre condivisibile perché laddove i due termini fossero perfettamente coincidenti si finirebbe per non approfondire il concetto stesso di autonomi. D'altraparte anche dalla lettura dell'art. 1322 c.c. il legislatore tra l'altro fa cenno alla sola «autonomia contrattuale» e mai a quella «negoziale» o a quella «privata» di cui tra l'altro si trova traccia nel codice civile ma con un altro significato, quello di capacità, nel Libro I, Titolo II, Capo I «delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia» per indicare l'autoregolamentazione privata degli interessi, (Per ragioni di completezza si riporta anche che detto termine è richiamato nella Costituzione agli artt. 5, 116, 117 e 119 ma in senso pubblicistico e con altro significato). Ovviamente l'impostazione sopra descritta non può essere accolta da quella dottrina che nega l'esistenza della categoria del negozio giuridico. Si veda a tal riguardo F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Galgano, Milano, 1988, p. 482 ss. L'autonomia negoziale sembra allora essere piuttosto una *species* dell'autonomia privata, «non essendo coessenziale al significato teorico e pratico dell'autonomia», in tal senso si veda N. IRTI, *Letture bettiniane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, p. 70. Infine secondo A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Milano, 2008, p. 23, la differenza tra i due risiederebbe nel fatto che mentre l'autonomia privata consiste in un atto di mera disposizione, ha esercizio dell'autonomia negoziale laddove alla disposizione si sommi una regolamentazione di interessi.

531 In tal senso Cfr. il pensiero di E. BETTI, *Autonomia privata*, *cit.,* p. 1560. Sulle problematiche relative al negozio giuridico si rinvia a G. B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Firenze, 1987, pp. 29 ss. N. IRTI, *Letture bettiniane sul negozio giuridico, cit.,*p. 32, l'Autore con riferimento al problema della recezione osserva che o si applica con rigorosa coerenza la logica della fattispecie in modo che il negozio giuridico si risolve nella categoria degli atti giuridici leciti ovvero, se il negozio è considerato atto di autonomia privata, è necessario che sia precisato e determinato il rapporto tra questa autonomia e l'ordine superiore della legge.

532 D'altra parte «se col diritto soggettivo l'ordine giuridico risolve il problema di proteggere gl'interessi privati come li trova costituiti, col negozio giuridico esso risolve il problema di dar modo all'iniziativa individuale di spiegarsi, modificando la posizione di tali interessi, nelle direttiva che i privati stessi giudicano più convenienti». E. BETTI, *Autonomia privata*, *cit.,* p. 1560. La conseguenza di tale impostazione è che, dal punto di vista giuridico e nell'ambito del predominio dell'ordinamento Statale, la volontà individuale seppur originaria ed indipendente non assurge mai ad ordinamento giuridico venendo in rilievo solo se il fatto è conforme a quello descritto dalla fattispecie traendo dalla norma oggettiva dello Stato il suo predicato di giuridicità . Per il destinatario del precetto giuridico, sarebbe eteronomo non solo il comando ricavabile dalla norma giuridica oggettiva dell'ordinamento statale ma anche quello rinvenibile nella volontà di altro soggetto autorizzato dall'ordinamento a porre in essere precetti vincolanti. Se così non fosse allora verrebbe meno la portata del riconoscimento da parte dello Stato che invece sembra un dato certo e non trascurabile. Avulsa dalla norma da cui riceva la qualificazione giuridica la volontà privata costituirebbe dunque un mero fatto. In tal senso si veda N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile, cit.,* p. 119.

533 Le due impostazioni che tradizionalmente si contrappongono e che vedono nei loro maggiori «rappresentanti» Santi Romano per la preminenza dello Stato sula volontà privata ed Emilio Betti, per la salvaguardia del carattere primitivo ed originario del negozio, sembrano invero giungere, agli stessi esiti, come rilevato da N. IRTI, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano 1991, p. 21, con l'utilizzo della formula «dissoluzione statualistica dell'autonomia», in virtù della quale emerge che solo l'ordinamento stabilisce quail effetti nel campo giuridico possano essere prodotti dall'autoregolamento.

534 Cfr. A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, *cit.,* pp. 85-86. 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 prescinda 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,

Il precipitato di tali considerazioni è stato quello della formazione di un «meccanismo di tutela dell'ordinamento» che seppure dà spazio all'attività dei singoli traducendola in rapporti giuridici, la sottopone al limite delle disposizioni cogenti previste dalla legge, secondo le restrizioni e le condizioni che stima più opportune[535].

Infatti poiché il diritto non può avallare ogni estrinsecazione dell'autonomia, essa viene di volta in volta sottoposta ad un processo di tipizzazione che si estrinseca nella valutazione della funzione pratica perseguita dallo specifico accordo, anche con riferimento all'oggetto con cui si relaziona secondo le esigenze sociali di quel momento storico[536].

Ciò è avvenuto anche per i «diritti edificatori», per i quali il legislatore ha emanato l'art. 2643 n. 2-*bis* c.c.[537], avendo giudicato manifestamente rilevante e confacente agli interessi della collettività il valore economico incarnato dalla potenzialità volumetrica divenuta oggetto di una consolidata prassi[538].

---

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, p. 54.

535 Alla luce di quanto esposto risulta chiaro che solo quando l'ordine giuridico dispone di proteggere gli interessi dei privati mediante il riconoscimento di un diritto soggettivo, come avvenuto nel caso della potenzialità volumetrica, esso consente all'autonomia privata di esprimersi in modo libero attraverso la disposizione di tali interessi per mezzo del negozio giuridico. C. M. BIANCA, *Le autorità private,* in *Biblioteca di diritto privato,* Napoli, 1977, p. 88 ss. il quale afferma che la potestà di autoregolamentazione degli interessi assume assoluta preminenza nel diritto privato poiché la vita di relazione si svolge proprio attraverso l'attività negoziale posta in essere dai consociati secondo le loro libere scelte. Cfr. anche E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958, I, p. 1560. L'Autore tuttavia sottolinea l'esistenza negli ordinamenti primitivi di un più rigido atteggiamento auto-limitativo dipendente più che altro dalla convivenza tra diversi «settori». Egli riporta l'esempio dell'ordinamento romano di *ius civile* che rispetta l'autonomia originaria della *familia* arcaica. Ancora E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico, cit.,* p. 40. Gli elementi costitutivi dell'autonomia sarebbero l'atto ed il regolamento di interessi. Se ciò è vero l'effetto di tale impostazione è che al negozio giuridico debba essere affidata unicamente una funzione di concretizzazione della norma statale generale. La critica che si muove contro tale impostazione è che nel momento in cui si ritiene che la fonte della giuridicità del sistema sia la sovranità dello Stato, il fondamento della rilevanza giuridica della volontà statuale si rinverrebbe in un fatto come gli altri; ciò perché solo la norma oggettiva può costituire da un punto di vista dogmatico il fondamento della rilevanza giuridica della volontà statuale. Per superare detto ostacolo si deve necessariamente postulare che detto fatto, ossia la volontà dello Stato, si traduca esso stesso in una norma che si assume autonoma, cosicché solo la norma statale sarebbe veramente autonoma. In un sistema basato sul principio dell'autonomia si evince come ciò postuli necessariamente il carattere originario della norma negoziale in tale prospettiva del quale tutte le altre norme, compresa quella statale, sono eteronome. Tale fatto sarebbe una conseguenza del carattere unico ed esclusivo proprio di ogni sistema giuridico. In tal senso cfr. W. CESARINI SFORZA, *Volontà privata ed autonomia,* in *Riv. intern. filos.* fir., a. X. 1930*, passim.* Detto sistema trova pertanto il suo fondamento nel carattere originario della norma negoziale. Il presupposto della giuridicità può essere unicamente la norma negoziale e dunque è necessario che la volontà privata si traduca in una norma oggettiva (che per conservare il carattere originario non è necessario riceva qualificazione giuridica da una norma di carattere superiore) affinché la volontà individuale possa essere qualificata in base alla norma in cui si traduce. Si veda BETTI E., *Autonomia privata, cit.,* p. 1560, in cui l'Autore nel descrivere l'autonomia privata sottolinea che il potere di darsi un ordinamento sotto il profilo soggettivo può essere attribuito da un'istanza superiore, ovvero essere assunto indipendentemente dal soggetto. Se ciò è vero allora con il concetto di autonomia della norma si dovrebbe fare riferimento a null'altro se non alla sovranità dell'individuo che si esplica nella possibilità di porre in essere i propri interessi.

536 Cfr. N. IRTI, *L'età della codificazione,* Milano 1999, p. 115. Si sottolinea l'esistenza di un mutato rapporto tra potere pubblico ed autonomia privata, in cui il legislatore non guarda più al cittadino come un destinatario neutro dei precetti legislativi ma a specifici gruppi ed interessi ed interviene per tutelare particolari categorie di interessi che ritiene meritevoli di tutela.

537 Il legislatore di fronte al manifestarsi dell'autonomia privata ha la possibilità di perseguire tre diversi indirizzi: tipizzare nell'ordinamento l'esternazione della volontà perché riconosciuta privata bisognosa e degna di tutela, considerarla socialmente indifferente in quanto non meritevole di tutela, nel qual caso l'ordinamento non fa altro che disinteressarsene, o, infine, ritenere l'esternazione di volontà assolutamente riprovevole così da battersi per provocare una sanzione nei confronti dell'interesse perseguito fino a quel momento.

Infatti nel momento in cui la legislazione urbanistica o la legislazione regionale hanno avallato tali contrattazioni recependole, hanno espresso un giudizio di meritevolezza [539] che ha permesso all'autonomia privata di essere recepita dall'ordinamento giuridico[540].

A ben vedere tuttavia il diritto in esame è stato codificato solo con riferimento alle modalità di circolazione mentre non è stata prevista una disciplina sostanziale.

Essa è piuttosto il frutto della volontà dei contraenti che, sin dall'inizio, hanno provveduto a disciplinarne il contenuto.

---

[538] A. TESTA, *Cessione di diritti edificatori: dalla cessione di cubatura alla chance edificatoria*, *cit.,* pp. 9, 11 ss. Detto riscontro si ha per l'appunto mediante l'estrinsecazione dell'autonomia contrattuale che rappresenta l'ipotesi più diffusa ed economicamente più rilevante di autonomia negoziale alla quale il codice civile dedica l'art. 1322 c.c. la cui causa è rinvenibile unicamente nella volontà dei soggetti di disporre del diritto di edificare in modo libero. Il quale ritiene che la causa di tali accordi debba rinvenirsi nella legge urbanistica, poiché tali accordi rappresenterebbero piuttosto una porzione di un più ampio procedimento amministrativo che si perfeziona solo al momento dell'adesione del Comune. Poiché si sono più volte messe in luce le ragioni per cui non è possibile aderire ad una simile ricostruzione si rimanda al capitolo II, paragrafo 3 e al capitolo III paragrafo 3. Con riferimento al fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale e ai suoi limiti parte della dottrina fa riferimento all'art. 41 Cost. che si riferisce alla «iniziativa economica privata». Una completa identificazione del primo concetto nel secondo determinerebbe un appannaggio esclusivo a favore degli operatori economici in quanto solo questi ultimi pongono in essere atti di iniziativa economica. Per questo è opportuno che l'art. 41 Cost. si riferisca non già genericamente all'autonomia contrattuale bensì alla più specifica autonomia contrattuale economica o meglio di impresa in quanto si manifesta unicamente nei contratti di impresa i cui l'attività svolta è elemento connaturale a quell'ipotesi. Altra parte della dottrina fa invece riferimento all'art. 41 co. 2 Cost. riconducendo in tal modo l'autonomia privata ad un diritto inviolabile (in realtà forse sarebbe più corretto ricondurre a tale norma l'autonomia contrattuale associativa stante il testuale riferimento alle «formazioni sociali» e quindi allo svolgimento di funzioni legate alla personalità umana piuttosto che a quelle di scambio. Attualmente la dottrina sostiene una tutela costituzionale non più diretta bensì indiretta ai sensi degli artt. 3 e 41 Cost.

[539] L'autonomia negoziale e l'autonomia contrattuale sono i mezzi attraverso i quale l'autonomia privata si esplica. Esse si trovano in rapporto di genere a specie che vincola il negozio giuridico (il *genus*) al contratto in generale (*species*). Con il primo termine si indica l'ipotesi in cui l'autonomia si manifesta mediante il compimento di un negozio indipendentemente dalla sua conformazione e del suo contenuto e come tale è idonea ad accogliere plurime estrinsecazioni dell'autonomia privata in quanto si può riferire non solo al compimento di negozi plurilaterali con contenuto economico ma anche a negozi unilaterali con contenuto non patrimoniale, mentre con la seconda si fa riferimento al caso in cui tale potere si esprime mediante un contratto caratterizzato dalla pluralità delle parti e dalla patrimonialità del contenuto come indicato dall'art. 1321 c.c. In questa sede si vuole solo accennare al fatto che il concetto di «negozio giuridico» è stato al centro di un vivo dibattito in quanto parte della dottrina riteneva che dovesse essere eliminato in quanto frutto di sterili elaborazioni dottrinali e scelte ideologiche funzionali solo alla tutela di specifici interessi economici (non risulta infatti sempre chiaro se le suddette critiche fossero state mosse propriamente alla categoria del negozio giuridico o se invero esse fossero piuttosto rivolte alla teoria generale elaborata sullo stesso. Sia consentito qui unicamente sottolineare come la suddetta categoria continui a mostrare tutta la sua utilità anche per effetto del continuo impiego fattone dal legislatore che continua ad utilizzarlo (Decreto legge 82 del 1991 agli artt. 1,5, 12 e legge 310 del 1993 all'art. 7) a dimostrazione di come tale definizione rispetto a quelle di «autonomia privata» e di «autonomia contrattuale» sia la più completa in quanto atta a regolamentare gli interessi dei privati nella loro molteplice esplicazione. Una definizione moderna fornita dalla dottrina più attenta è quella di «potere riconosciuto attribuito dall'ordinamento al soggetto di diritto, privato o pubblico, di regolare con proprie manifestazioni di volontà interessi, privati o pubblici, comunque non necessariamente propri». Cfr. P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, *cit.,* pp. 341.

[540] L'atto di manifestazione di autonomia privata troverebbe dunque la propria genesi nei rapporti economico-sociali che rispetto al piano giuridico darebbero luogo unicamente ad un fenomeno di recezione, in quanto il legislatore attribuisce e riconosce valore giuridico ad un dato della realtà sociale preesistente, senza alterare, invero, l'atto di autonomia privata da cui è scaturita ma solo traducendola in termini di rapporti giuridici disciplinati e configurati dalle sue norme. In tal senso Cfr. N. IRTI, *Letture bettiane sul negozio giuridico, cit.,* p. 13. L'Autore osserva che «interessi, bisogni, vicende dei beni sono regolati dai privati, già sul piano sociale, mediante negozi: cioè, mediante strumenti impegnativi e criteri di condotta». Tramite i negozi si svolge l'autonomia privata che rappresenta un «potere pre-giuridico», non concesso né delegato da una fonte superiore. L'autonomia privata costituisce pertanto un dato preesistente ad ogni ordinamento giuridico e ad ogni disciplina giuridica è tale da richiedere, da parte dell'ordinamento giuridico, il solo riconoscimento, attraverso la predisposizione di una sanzione capace soltanto di rafforzare i vincoli già costituiti. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico, cit.,* p. 57 ss.

In tale ottica l'autonomia negoziale sembra assumere un nuovo significato, distante dai principi di tradizionali che vorrebbero ridurre il contratto a mero veicolo di interessi predeterminati a monte dall'ordinamento.

L'evoluzione del sistema sociale e la nuova realtà dei rapporti giuridici sembrano infatti aver rotto le regole tradizionali per mutare tale relazione tra «soggetto» ed «oggetto» a favore di un'ottica soggettivistica in cui si accentua il profilo di segno contrattuale.

Qualche esempio può risultare utile. Nelle servitù i poteri spettanti al titolare del diritto non sono rigidamente predeterminati dal legislatore. La legge si limita infatti a prevedere che il «peso» imposto al fondo servente sia giustificato dall'*utilitas* a favore del fondo dominante, mentre le parti sono lasciate libere di determinare concretamente il contenuto del «peso»[541].

Ad esempio in linea generale le «servitù affermative» possono limitare ma non esaurire, tutte le possibilità di utilizzo del bene asservito, tuttavia la prassi conosce ipotesi di «servitù affermative» perpetue ed esclusive, si pensi a quelle diffuse nei condomini relative ai posti auto, ai cortili, alle terrazze, che sono incompatibili con qualsiasi ulteriore apprezzabile utilizzo.

Lo stesso avviene nel caso del diritto di superficie il cui contenuto, come osservato da attenta dottrina, può essere regolato variamente nel silenzio della legge.[542]

Anche la giurisprudenza di legittimità sembra condividere l'orientamento della dottrina secondo cui «(…) l'ordinamento ammette chiaramente uno spazio all'autonomia privata, nella determinazione concreta dei poteri, delle facoltà, dei limiti e degli obblighi costituenti il contenuto delle varie situazioni reali», laddove manchi una esplicita normativa.

La conformazione delle situazioni «reali» tipizzate dal legislatore non è dunque del tutto sottratta alla disponibilità dei privati[543], a patto che «non venga compromesso il contenuto essenziale e fondamentale di ciascuna situazione»[544].

---

[541] D. BARBERO, *Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù*, *cit.,* 1957, I, c. 1043. L'Autore osserva come è come uno stampo, nel quale «si può colare, a scelta degli interessati, un contenuto molto vario, di cui la legge si limita a fissare i tratti generici». Spesso infatti si parla di servitù atipiche.

[542] A. GUARNERI, *Superficie e nuovi diritti connessi*, in *Tratt. dir. reali* Gambaro e Morello, II, Milano, 2011, p. 39 s.

[543] Si richiama a tal proposito anche la nuova visione del rapporto tra soggetto e bene in cui il «bene» quale entità autonoma variamente intesa oggetto del rapporto tra le parti non è più necessariamente preesistente al contratto, ma può essere creato in funzione degli interessi delle parti, cosicché la volontà dinamica dei privati si erge a forza creatrice. Anche se la dottrina che ha teorizzato questa nuova impostazione, lo ha fatto con riferimento all'identificazione di nuovi «beni», si ritiene che, in considerazione dei molteplici e diversi esempi utilizzati, dal credito alla multiproprietà, la ricostruzione possa adattarsi anche ad altre categorie per aiutare recepire il superamento di vecchie cristallizzazioni concettuali e a mettere a fuoco l'importanza del dato volontaristico soprattutto nelle vicende come quella in esame, in cui la norma non chiarisce fino in fondo i caratteri tipizzanti di un istituto, che non a caso, è nato dalla prassi per effetto della volontà e delle esigenze dei contraenti. Tale mutamento di prospettiva è indice di una evoluzione che si è compiuta nell'ultimo mezzo secolo con riferimento alla teoria dei beni (che però in tale ottica rimane ancora un «effetto»), in cui assistite ad uno spostamento dal momento acquisitivo da parte del titolare, che trova la sua più alta espressione nel diritto di proprietà, al momento del rapporto obbligatorio rappresentato da una relazione collaborativa tra più soggetti. È con la crisi della teoria dei beni che entra anche in crisi la soggettività intesa come posizione giuridica predeterminata. Prima di tale momento il bene rappresenta sempre un termine oggettivo individuabile ben prima di ogni qualificazione e indipendentemente dall'interesse del soggetto ad appropriarsene. La realtà ha invece contribuito a rompere questo paradigma cosicché il bene non preesiste ma viene individuato in virtù dell'interesse. Cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile, cit.,* pp. 121- 122.

Ne consegue che il processo di formazione dei valori non si realizza necessariamente prima dell'attività negoziale ma all'interno della stessa per volere delle parti, cosicché il contenuto della situazione reale non precede il contratto ma si forma con esso[545].

Nei diritti edificatori, l'ordinamento non ha compiuto alcuna valutazione specifica sui caratteri dell'istituto o sul comportamento dei privati rispetto a quell'oggetto.

Se ne può dunque dedurre che per la costituzione, la modificazione ed il trasferimento dei diritti di sviluppo, niente altro occorre, se non la manifestazione volontaristica privata, resa nel rispetto delle leggi e foriera di una conformazione dell'istituto, legata alle esigenze dei contraenti senza che si renda necessario alcun intervento esterno rispetto alla loro volontà[546].

Ciò consente di trarre un'ulteriore considerazione, ossia che la norma che ha dettato la tipizzazione legale sia invero dispositiva e non privativa dell'autonomia delle parti, le quali ben possono regolare gli effetti da attribuire al comportamento posto in essere[547].

Il discorso non cambia quando uno dei contraenti è la p. a. come nel caso di perequazione, compensazione ed incentivazione[548].

---

544 Se ne evince che è proprio l'interprete a dover individuare il nucleo fondamentale ed intangibile relativo allo schema legale del diritto reale in questione Cfr. M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, *cit.,* pp. 149-153.

545 Cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile, cit.,* pp. 1214 ss. In tal senso il contratto, crea il bene e non si limita a disciplinarlo, ciò assume una rilevanza essenziale in quanto vengono composti gli interessi delle parti rispetto ad un bene preesistente ma il negozio determina esso stesso la nascita del diritto oggettivo. L'Autore richiama l'esempio della multiproprietà in cui, prima della sua formazione, non esiste il bene rispetto al quale dovranno essere composti gli interessi delle parti; l'immobile nella sua consistenza oggettiva non è infatti il punto di riferimento degli interessi che compongono la multiproprietà. Si sarebbe invece in presenza di una nuova categoria giuridica in cui il bene è in funzione al tempo e non preesiste ma nasce al momento del contratto. Sempre Lipari fa riferimento al caso dei «prodotti derivati» nel settore finanziario, che alimentano il processo creativo di nuove merci virtuali quale riflesso diretto dell'autonomia negoziale come se fosse il contratto stesso ad essere travolto dal processo creativo divenendo un bene. La dialettica delle parti ha dunque un peso fondamentale con l'effetto che l'oggetto del contratto è in realtà l'esito di un processo interpretativo. In senso opposto chi ancora si basa sui modelli tradizionali parlerà al riguardo di godimento sul bene si veda in tal senso GAMBARO*, La proprietà edilizia, cit.,* pp. 652 ss.

546 A. TESTA, *Cessione di diritti edificatori: dalla cessione di cubatura alla* chance *edificatoria*, in *Corso avanzato scuola di notariato Jacopo Da Lentini*, Catania, 2013, p. 9 ss. Laddove l'autonomia delle parti trovi dunque espressione in un contratto quale atto esplicativo dei poteri di cui si compone il diritto di proprietà, ne consegue che la disciplina da applicare allo stesso debba necessariamente rivenirsi nelle norme di diritto comune. Il diverso orientamento che aderisce all'impostazione secondo cui si dovrebbe dare assoluta prevalenza alla teoria pubblicistica, che prevede la necessaria emissione del permesso a costruire per il perfezionamento del contratto deve ritenersi errata in quanto fondata su un dato di partenza sbagliato. I sostenitori di tale orientamento sostengono che, in assenza del provvedimento della p. a., l'accordo tra privati sarebbe improduttivo di effetti. Pur volendo ritenere corretta tale affermazione (mentre così non è come si è avuto modo di appurare nel prosieguo della trattazione) la tesi deve comunque ritenersi errata, stante l'impossibilità della p. a. di incidere sul diritto di proprietà in assenza di un atto di volontà dei privati. Più precisamente la p. a. non può vantare alcun potere discrezionale che le permetta di incidere sulle situazioni proprietarie in assenza di un sottostante titolo, che, nel caso di specie, deve necessariamente essere costituito dal contratto concluso dai privati. Un simile atto, ove posto in essere, si tradurrebbe infatti in un comportamento illegittimo e, in quanto tale, sanzionabile. Sono queste le ragioni principali per cui il provvedimento pubblico non può mai assumere un ruolo centrale nella fattispecie della cessione di cubatura, con conseguente impossibilità di applicare al negozio la disciplina di stampo pubblicistico.

547 Nello stesso senso si veda A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Milano, 2008, p. 86 che effettua le medesime considerazioni con riferimenti all'autonomia delle parti negli istituti del diritto ereditario. Non si può tuttavia tacere come esistano a tal proposito delle eccezioni ogni volta che la tipizzazione legale sia posta a tutela di un interesse sociale che ha come effetto quello di esautorare i privati della loro autonomia per espressa volontà della legge.

548 Non è dunque utile né tantomeno necessario, cercare di distinguere nettamente le due fasi nel tentativo di renderle antagoniste, per il fatto che esse piuttosto si coniugano in modo non dicotomico stante l'unicità dell'ordinamento giuridico inteso nel suo complesso. P. PERLINGIERI, *Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1, pp.

La legge 241 del 1990 sembra dimostrare che quando la p. a. agisce *iure privatorum,* essa è tenuta ad operare nel rispetto delle regole comuni del diritto civile cosicché le contrattazioni con i cittadini sono condotte secondo un principio paritario[549].

---

191 ss. L'Autore nel mettere in luce l'unitarietà dell'ordinamento giuridico sottolinea l'esistenza di una complessità flessibile che caratterizza l'ordinamento italiano. Le norme assumono significato nella totalità dell'ordinamento intesa in modo unitario, senza che la complessità ordinamentale venga espressa in artificiali incomunicabilità tra diritto civile pubblico e privato. Una impostazione di senso opposto contrasterebbe infatti con una lettura costituzionalmente orientata del diritto civile, in tal senso P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti,* II, Napoli, 2006, pp. 189 ss. Allorquando invece i diritti edificatori di cui il privato dispone non siano l'esito di un accordo con altro cittadino come avviene nella cessione di cubatura ma di una contrattazione avvenuta con la p. a. anche se i termini del discorso non mutano, è opportuno estendere il fuoco dell'indagine all'autonomia della Pubblica Autorità nella veste di soggetto privato. Seppure infatti non viene meno la centralità del contratto e dei principi di diritto comune è necessario sottolineare che l'autonomia cui si deve avere riguardo non è solo quella del titolare del potere di edificare ma anche della p. a. che agisca *iure privatorum*. Lo stesso schema però può essere rinvenuto nella cessione di cubatura in cui all'accordo tra le parti da sempre si affianca il permesso di costruire rilasciato dall'autorità territorialmente competente. Le vicende dunque si equivalgono. Per quanto concerne gli accordi stipulati con la p. a. sarà sufficiente in questa sede anticipare che alcune difficoltà derivano dal fatto che solitamente la dicotomia pubblico-privato viene ricondotta ad una differente considerazione della posizione dei soggetti proprio con riferimento all'autonomia, alla discrezionalità e alla parità dei contraenti.

[549] F. RESCIGNO, *Contratto*, in *Enc. giur. Trecc., IX, ist. enc. it.,* p. 5 ss. Per l'Autore in ambito contrattuale rimane fermo il principio generale del rispetto della volontà dei contraenti nell'ambito degli obiettivi perseguiti e degli strumenti economici utilizzati. Ciò perché l'ordinamento non potrebbe modificare in modo autoritario le condizioni dello scambio nemmeno quando volte ad assicurare la giustizia sostanziale dell'accordo. L'attenzione del legislatore deve invece essere rivolta alle modalità con cui la contrattazione avviene. Nello stesso senso si veda F. COSENTINO, *Il paternalismo del Legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia privata,* in *Quadrimestre,* 1993, p. 121 ss. Secondo l'Autore il «paternalismo» del legislatore almeno da un punto di vista dell'efficienza economica viola, il principio di libertà insindacabile degli individui nel porre in essere atti di autodeterminazione della propria sfera giuridica. La contrattazione assume una dimensione più ampia che si compone tanto del contratto quanto dei provvedimenti amministrativi derivanti dall'accordo quali obiettivi perseguiti dalla parte «pubblica». Problematiche inerenti all'inquadramento sistematico del contratto si presentano dunque quando la pubblica amministrazione non agisca come un operatore comune ma per raggiungere i risultati prefissati segua le regole di cui dispone per l'azione autoritativa. Gli accordi che si generano da tale comportamento non sono il frutto di un'azione unilaterale ma originano piuttosto da un accordo di natura privatistica. Cfr. E. FOLLIERI, *Accordi amministrativi e pubblica amministrazione nella legge 7 agosto 1990 n. 241*, in AA. VV., *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da P. Perlingeri, Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto,* Napoli, 1995, p. 53. La dottrina si è soffermata sulla posizione vanta dal privato nei contratti conclusi con la pubblica amministrazione, a seguito dell'emanazione della legge 241 del 1990 che, nell'art. 11, ha previsto la figura di «accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale (…) nel perseguimento del pubblico interesse (…) secondo i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili». Il problema è dunque quello di verificare se siano applicabili i principi del codice civile in materia di obbligazione e contratti alla fattispecie in oggetto. Si parla infatti di «atto amministrativo» e «negozio» che, a prima vista, non sembrerebbero riconducibili ad unità. I principali dubbi relativi alla norma, al di là dell'inquadramento giuridico degli accordi, riguardano l'esistenza di un vincolo per la p. a. ad emanare il provvedimento in base ai principi delle obbligazioni e dei contratti così da verificare in primo luogo se la stessa, a seguito di motivazione, possa invece astenersi dall'emanare il provvedimento in quanto l'atto amministrativo deve essere finalizzato all'interesse pubblico. In secondo, luogo laddove l'atto sia stato emanato, verificare se possa sorgere il problema circa l'esistenza o meno di un vizio di sviamento di potere o anche di eccesso di potere per il perseguimento di finalità diverse da quelle per cui il potere è stato originariamente attribuito. La legge parla infatti di «accordi» e non di «contratti» cosicché è opportuno interrogarsi su quale sia il significato attribuito agli stessi dalla teoria generale del diritto. Secondo una dottrina il riferimento effettuato dall'art. 11 ai «principi del codice civile» e non invece alle «norme», non deve lasciare indifferenti in quanto il richiamo costituirebbe un preciso segnale per l'interprete. Mentre infatti la «norma» è ogni regola che disciplina situazioni di interesse determinate attraverso specifici precetti, i «principi» sono concetti che si ricavano dalle norme attraverso un meccanismo induttivo che si pone come obiettivo quello di creare un sistema giuridico omogeneo in grado di coniugare anche ambiti inconciliabili quali il potere della p. a. e la libertà dei privati. Cfr. A FALZEA, *Relazione introduttiva, I principi generali del diritto,* Roma, 1992, pp. 23-24. Secondo l'Autore il problema è piuttosto quello di verificare in ogni ipotesi di accordo, se e in che modo, il contratto sia in grado di realizzare il pubblico interesse. Nello stesso senso anche G. BENEDETTI, *L'accordo procedimentale tra autorità e libertà*, in AA. VV., *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da P. Perlingeri, Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto,* Napoli, 1995, pp. 86 ss. L'autore sottolinea come l'art. 1372 c.c. (che al comma 1 riporta l'efficacia vincolante del contratto mentre al comma 2 detta regole specifiche relative agli effetti che ne derivano), stabilendo che il contratto ha forza di legge tra le parti, esprime un principio generale ed assoluto che vale per ogni tipo di accordo e che non trova eccezioni. L'accordo, indipendentemente che esso sia considerato o meno una parte formante del contratto, deve essere rispettato in virtù del brocardo latino *pacta sunt servanda* in quanto se così non fosse esso

I riferimenti al codice civile contenuti nell'art. 11 della citata legge, sembrerebbero rimandare ad un vero e proprio negozio, con forma *ad substantiam*, stipulato con la pubblica autorità, quale fonte degli effetti di cui il provvedimento si fa veicolo formale e non sostanziale[550].

La norma sembra dunque aver determinato un rovesciamento del rapporto pubblico-privato, assegnando ai cittadini una rilevanza di cui è necessario far tesoro nell'applicazione della legge.

Quello che si evince è pertanto un forte recupero delle teorie soggettive che fanno della libertà e dell'autonomia dei privati il *focus* del negozio giuridico[551] e lo strumento per la promozione del mercato come spazio strettamente legato al diritto vivente in cui i cittadini possono trovare adeguata protezione[552].

Non stupisce dunque come il contratto avente ad oggetto la potenzialità volumetrica sia posto in essere dai soli interessati, potendosi così prescindere dall'intervento attivo in sede di stipula dell'ente pubblico competente, salvo ovviamente i casi in cui lo stesso assuma la posizione di contraente in un rapporto interprivatistico[553].

---

eluderebbe la funzione sociale per cui è stato creato. Ciò vuol dire che non può effettuarsi alcuna distinzione tra contratto e accordo così da escludere la vincolatività per il secondo dei due. L'interrogativo deve piuttosto porsi su quale debba essere l'efficacia del suddetto accordo. Sotto l'impulso delle pronunce della corte di Cassazione e del Consiglio di Stato si sono ritenute applicabili le norme di diritto civile a tutela del contraente e in taluni casi anche quelle relative all'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2392 c.c. A tal proposito di vedano, Cass., Sez. I, 29 settembre 1984, n. 4832, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2442; Cass., Sez. I, 22 gennaio 1986, n. 398, in *Nuova giur. civ.* 1987, I, p. 31; Cass., Sez. Un., 7 ottobre 1983, n. 5838, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2366. In senso opposto si veda L. V. MOSCARINI, *I contratti della pubblica amministrazione e la disciplina dell'art. 11 della L. 7.8.1990, n. 241,* in AA. VV., *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da P. Perlingeri, Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto,* Napoli, 1995, p. 70, Secondo l'autore la nozione di «contratto» utilizzata all'interno dell'art. 11 non coincide con quella di contratto regolato dal codice civile identificando piuttosto atti pre-negoziali. L'Autore si basa principalmente sulle problematiche connesse alle modalità di stipula eccessivamente lunghe (necessità di indicare un rappresentante, di un atto deliberativo adottato dall'organo competente...), ragione per cui ritiene sia più opportuno parlare di fattispecie a struttura bilaterale attuabile anche da un funzionario delegato a promuovere la fase istruttoria del provvedimento. Se dunque si considerano come meri atti endoprocedimentali volti solo a raccogliere l'adesione del privato, quest'ultimo, una volta firmato l'accordo, non potrà discostarsi né impugnare il provvedimento emesso in modo conforme, se invece l'accordo non viene emesso allora il privato conserva ogni suo diritto.

[550] M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981, p. 268. Come rilevato da V. CERULLI IRELLI, *Qualche riflessione su «accordi» e «contratti di diritto pubblico»,* in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da P. Perlingeri, Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto,* Napoli, 1995, p. 78 ss., proprio nella materia urbanistica relativa alle vicende delle lottizzazioni convenzionate è riscontrabile una centralità del profilo negoziale avallata in più occasioni da dottrina e giurisprudenza.

[551] Le considerazioni non devono essere considerate datate o regressive in quanto anche fautori delle teorie oggettive hanno sottolineato come la teoria del negozio giuridico possa essere concepibile solo ove si ammetta che le conseguenze derivanti dall'atto negoziale si fondano sul rispetto della legge verso la volontà privata; non a caso si è di recente sottolineato come il negozio giuridico rappresenti la sintesi tra la «volontà» e lo «scopo pratico». Cfr. G. VENEZIAN, *La causa nei contratti,* in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, p. 345 ss. F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1967, p. 29. Si sottolinea inoltre come anche le polemiche della dottrina sorte con riferimento alla categoria del negozio giuridico ruotino intorno al concetto di volontà e scopo pratico (che sono espressioni soggettive dell'istituto).

[552] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato,* Roma-Bari, 1998, p. 65. L'autore sottolinea come si stia ponendo in essere un recupero dei valori sopiti durante lo statalismo del XX Secolo.

[553] Il Comune o l'ente territoriale competente assume la posizione di parte (da un punto di vista civilistico) ad esempio nella compensazione, in cui la contrattazione avviene tra privato e p. a. Cfr. E. BERGAMO, *La cessione dei diritti edificatori, cit.,* p. 121.

Quello che conta è capire a chi, nelle singole ipotesi, si debba ricondurre tale autodeterminazione[554] ed entro quali limiti l'autonomia possa esplicarsi, con l'effetto che gli strumenti offerti dal *ius civile* acquisiscono sempre più la fisionomia di strumenti di diritto comune, da intendersi come patrimonio di esperienze svincolato dalla dicotomia «pubblico- privato»[555].

Una volta individuata la nuova dimensione dell'accordo che consente di «generare» e di disporre della volumetria, l'analisi dei caratteri del contratto sembra poter essere affrontata con maggiore chiarezza[556].

3. La causa.

Ai fini di una corretta ricostruzione dell'istituto, particolare attenzione deve essere posta con riferimento alla causa del contratto avente ad oggetto il trasferimento della potenzialità edificatoria.

A prima vista la causa sembrerebbe sostanziarsi nello scambio di una somma di denaro a fronte di una determinata volumetria.

È bene però sottolineare che la caratteristica peculiare dei contratti di «cessione di cubatura», come identificati dall'art. 5 del d. l. 70 del 2011, è rappresentata principalmente dalla realizzazione di un incremento della capacità edificatoria del suolo «ricevente».

L'intento perseguito dai contranti non è dunque limitato al solo trasferimento della cubatura ma è piuttosto rivolto all'effettivo aumento della potenzialità edificatoria del fondo cessionario ai fini di uno sfruttamento della stessa.

Tale finalità emerge sia nella cessione di cubatura che nei più innovativi diritti edificatori.

Sin dalla prima diffusione della prassi i proprietari dei fondi con una capacità edificatoria limitata acquistavano la volumetria dai confinanti con il preciso scopo di costruire per una cubatura maggiore rispetto a quella originariamente concessa; parimenti nei più moderni strumenti perequativi, compensativi e premiali si cela la volontà dei privati di sfruttare la volumetria ottenuta dal rapporto istauratosi con la p. a.

---

[554] È necessario tenere sempre in considerazione il fatto che i soggetti pubblici seppure sono ricompresi nella accezione di autonomia privata ed anche laddove utilizzino strumenti di diritto civile in luogo di quelli di diritto amministrativo, agiscono comunque per soddisfare interessi pubblici, il che esige che la decisione sul tipo di contratto da sottoscrivere in qualità di privato sia assunta mediante un procedimento governato da regole di diritto pubblico e culminante in una manifestazione di volontà c.d. determina a contrarre. Cfr. in tal senso anche P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile, cit.*, p. 337 ss.

[555] L'autonomia privata inerente alle contrattazioni aventi ad oggetto i diritti edificatori riconosciuta e tutelata dall'ordinamento si pone pertanto come linea guida e stella polare dell'intera vicenda, con l'effetto che le considerazioni avanzate talvolta circa l'ambivalenza privatistica e pubblicistica dell'istituto non devono indurre il lettore a ricercare una duplice natura dell'istituto con tutte le conseguenze applicative del caso ma unicamente a tenere presente che le peculiarità dell'istituto derivano proprio dalla tangenza tra i due ambiti disciplinari. Si veda anche P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile, cit.,* p. 337 ss., pp. 348-350.

[556] L'ennesimo atto di equilibrismo del legislatore altro non è che il segno di una società in continua evoluzione in cui il compito del giurista, è quello di assicurare costantemente la funzionalità del diritto. Il pensiero è di P. GROSSI, *Pensiero giuridico (Appunti per una «voce» enciclopedica),* in *Quaderni Fiorentini,* 17, 1988, p. 266 ss.

In entrambi i casi la finalità dell'acquirente non è quella di possedere la cubatura *tout court* ma di possederla per poterla utilizzare sul proprio fondo.

Anche quando la volumetria è acquistata da un imprenditore che non intenda fruirne per sé ma voglia rivenderla per speculare sul suo valore economico, egli è in grado di commerciarla in forza della possibilità di edificare che quella cubatura incarna.

È dunque chiaro come la funzione economica del contratto sia rappresentata dallo scambio di una somma di denaro contro una determinata cubatura che viene compravenduta proprio in ragione della possibilità di costruire ad essa riconosciuta.

Non sarebbe infatti logicamente immaginabile uno scambio di diritti edificatori laddove la volumetria non attribuisse nessun diritto di edificare maggiorato al cessionario che, in quel caso, difficilmente avrebbe un interesse all'acquisto.

La precisazione, a prima vista banale, è in realtà di estrema importanza per comprendere le modalità applicative dell'istituto e l'interazione tra diritto privato e diritto pubblico.

Infatti, anche se a seguito della novella deve essere riconosciuta efficacia reale al contratto, l'effetto a cui il n. 2-*bis* fa espressamente riferimento è unicamente quello del trasferimento, della modifica e della costituzione della volumetria, e non invece quello inerente alla sua concreta fruizione, sottoposta necessariamente al provvedimento pubblico[557].

Emerge pertanto una stretta cointeressenza tra interesse privato allo sfruttamento della capacità edificatoria secondo le esigenze dei contraenti ed interesse pubblico al rispetto delle regole di programmazione territoriale che assicurino uno sviluppo del suolo conforme agli strumenti urbanistici.

Ciò significa che per la realizzazione degli effetti del contratto non è sufficiente il solo accordo tra privati, essendo invece necessario l'assenso dell'ente territorialmente competente da cui il contratto non può prescindere.

In tal senso non è condivisibile quella dottrina secondo cui la norma, in virtù di una separazione tra godimento e fruizione della potenzialità edificatoria, disciplinerebbe solo il «versante privatistico» dell'istituto trascurando del tutto il lato «amministrativo del rapporto»[558].

Tale assunto porterebbe infatti all'estrema conseguenza di dover ritenere che la causa che si cela dietro tali trasferimenti, attenga unicamente allo scambio della volumetria potenzialmente utilizzabile verso una somma di denaro, a nulla rilevando se successivamente il cessionario ottenga o meno

[557] A tal proposito è bene sottolineare che, conformemente al dettato normativo, la fattispecie negoziale produce effetti traslativi immediati in base alle ragioni già esplicitate nel corso della trattazione e legate principalmente al fatto che i diritti edificatori preesistono al permesso di costruire perché una volta riconosciuti dal piano sono insiti nella stessa proprietà della terra. Fatto salvo ovviamente il caso in cui vi sia una diversa modulazione dell'efficacia realizzabile mediante il ricorso a meccanismi messi a disposizione dall'ordinamento. Cfr. F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura, cit.,* p. 638 ss. Non deve trarre in inganno la necessità di ottenere il titolo abilitativo per la concreta edificazione. Come sottolineato da L. IBERATI, *La natura giuridica dei diritti edificatori: profili civilistici*, in *Atti del Convegno, Paradigma 05 Febbraio 2015*, *passim*. Vi sono ipotesi già contemplate dall'ordinamento in cui pur esistendo il diritto esso non è esercitabile, si pensi al credito inesigibile o alla vendita di cosa futuro. Nello stesso senso S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* pp. 137-138.

[558] L'opinione è di G. AMADIO*, I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 12.

l'autorizzazione ad edificare, come se, tale fase, fosse del tutto estranea al contratto di trasferimento posto in essere.

La tesi è inevitabilmente errata per il fatto che la cubatura, in tanto è oggetto di scambi commerciali, in quanto ha un valore economico che le deriva necessariamente dal fatto di poter «assicurare» una maggiore edificabilità sui suoli[559].

Se l'obiettivo dei trasferimenti risiede nella possibilità di costruire per una cubatura maggiore, il contratto non può prescindere dall'effettiva realizzazione dell'incremento edificatorio del suolo accipiente.

Chiarito quale sia lo scopo perseguito con il contratto, occorre però anche individuare, nel silenzio della norma, quali siano le modalità attraverso cui il provvedimento amministrativo possa incidere sull'accordo sottoscritto dai privati, così permettendo la realizzazione degli effetti perseguiti[560].

4. Identificazione dell'oggetto e la forma del contratto.

Chiarita la problematica relativa all'autonomia di cui dispongono le parti, identificata la causa del contratto e rinviando ad altro paragrafo l'approfondimento relativo al ruolo del provvedimento rilasciato dall'ente territoriale, è bene esaminare nello specifico l'oggetto e la forma del contratto.

Con riferimento all'oggetto è bene ricordare che la potenzialità volumetrica costituisce un «diritto» esistente sul fondo dal momento in cui è riconosciuta in sede di pianificazione, pur essendo fruibile solo a seguito del titolo abilitativo emesso dalla p. a.[561].

---

559 Per maggiori approfondimenti sul punto si rinvia al capitolo I, paragrafo 3.

560 Appurato che non si può prescindere dal provvedimento amministrativo per l'identificazione del dell'istituto e rimandando al paragrafo quinto l'identificazione dello strumento attraverso cui il permesso di costruire può incidere sull'accordo di trasferimento, in questa sede si può anticipare la necessità di una particolare attenzione alla fase redazionale, volta ad estrinsecare il collegamento esistente tra accordo privatistico ed emanazione del provvedimento amministrativo ad esempio mediante la condizione, sospensiva o risolutiva, retroattiva o irretroattiva, in modo da esplicitare la connessione funzionale tra i due momenti. Volendo anticipare una ricaduta applicativa, si pensi alla possibilità di inserire l'elemento accidentale della condizione il cui evento futuro ed incerto potrebbe essere rappresentato tanto dall'inerenza del diritto ad una specifica area quanto dall'esplicitazione del rilascio del provvedimento abilitativo del Comune, secondo le esigenze dei contraenti. L'incertezza relativa all'atterraggio dei diritti o al rilascio del provvedimento pubblico sono infatti elementi che possono incidere sugli effetti dell'accordo e sulla scelta delle forme di tutela che devono essere apprestate a garanzia delle parti, prima fra tutte il cessionario, così da non poter essere trascurate nella redazione del contratto. Si da ad esempio riferimento al fatto che l'atterraggio potrebbe essere impedito dalla mancanza di un'area o dalla scarsa estensione della stessa secondo le regole del piano regolatore generale, o ancora si pensi all'ipotesi in cui la cessione non possa più perfezionarsi a causa di interventi di tipo normativo. È questa una delle principali ragioni per cui si rivela assolutamente necessario predeterminare accuratamente la struttura del contratto anche attraverso meccanismi condizionali. A tal proposito si rimanda alla trattazione sulla *condicio facti* e *condicio iuris,* circa la natura del provvedimento pubblico.

561 Anche a voler ritenere che la locuzione «diritti edificatori» abbia valenza meramente a-tecnica, qualificando la situazione giuridica soggettiva come *chance* volumetrica, si giunge alla medesima conclusione di considerare il contratto di cessione di cubatura come un contratto tra cedente e cessionario, avente efficacia reale, coerentemente col sistema delineato all'art. 1376 c.c. Stante la particolarità dell'oggetto, ovvero, l'interesse legittimo pretensivo, l'effetto giuridico fondamentale della vicenda negoziale non può che essere differito all'esito positivo del procedimento di rilascio del permesso di costruire. In altri termini, il risultato finale dell'operazione sarebbe dato dal rilascio al cessionario e non ad altri del permesso di costruire, così che l'oggetto della trascrizione risulterebbe essere non l'atto in sé, ma l'effetto finale dell'atto stesso. Di conseguenza graverebbe sui notai il compito di far risultare l'estinzione dell'interesse legittimo in capo al cedente e l'acquisizione del medesimo in capo al cessionario, precisando la consistenza della volumetria trasferita, nonché descrivendo il bene da cui prende il «volo» il diritto edificatorio e quella del bene su cui si può realizzare l'eventuale «atterraggio». In

Ciò consente di porre in essere negozi con contenuto sia oneroso che gratuito, senza incorrere nel secondo caso nel divieto di cui all'art. 771 c.c.

Più precisamente la volumetria trasferita deve avere i requisiti indicati dall'art. 1346 c.c. dovendo essere possibile, lecita, determinata e determinabile.

È inoltre opportuno definire in modo specifico l'oggetto nel contratto evitando rinvii alle norme del Piano Regolatore Generale o di tipo tecnico, al fine di escludere eventuali incertezze a livello redazionale.

A tal proposito, i riferimenti catastali da inserire nella nota di trascrizione, possono fornire indici utili ad individuare meglio l'oggetto[562].

Al fine di identificare con certezza la cubatura trasferita, è opportuno indicare in atto i dati catastali del terreno da cui deriva la volumetria[563], precisando altresì la misura in cui tale «diritto» viene alienato oltre agli ambiti ed alle eventuali modalità entro cui la potenzialità edificatoria può essere spesa o addirittura gli oneri a cui dovesse essere subordinato il suo esercizio[564].

---

sostanza, il diritto edificatorio riguardando «un bene della vita oggetto della disciplina del potere del piano», in mancanza di un espresso divieto, sarebbe passibile di circolazione interprivatistica. Vedi P. CIRILLO, *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi,* in *www.giustizia-amministrativa.it.,* p. 24 ss. Con riferimento alle critiche verso tale ricostruzione si rinvia al capitolo III, paragrafo 3.

562 L'esigenza di certezza giuridica, realizzata attraverso la trascrizione idonea a rendere nota ai terzi la limitazione edificatoria intervenuta riguardo l'area di proprietà del cedente, si manifesta anche in quelle cessioni di cubatura «claudicanti» ovvero «strutturate in modo tale da non consentire a priori l'individuazione di un'area di atterraggio delle volumetrie cedute». Così P. URBANI, *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge n. 106/2011 di conversione del D.L. 70, 13 maggio 2011. Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia,* in *Riv. giur. edilizia*, 2011, p. 1058. Soltanto la creazione di un apposito codice catastale per l'individuazione diretta dei diritti edificatori consentirebbe di dare concreta attuazione al disegno del Legislatore. Difatti, l'accatastamento dei diritti edificatori rappresenta un requisito indispensabile per la creazione di un mercato funzionale ed efficiente, che assicuri una maggiore trasparenza delle contrattazioni attraverso l'utilizzo di un codice catastale immanente il bene dal quale la volumetria promana e di un codice catastale rappresentativo dell'atterraggio di siffatta cubatura aggiuntiva sul fondo di destinazione. Auspicio, questo, autorevolmente formulato anche da A. GAMBARO, *I beni, cit.*, p. 136.

563 Per quanto concerne la compilazione della nota di trascrizione, i dati dell'immobile che viene privato in tutto o in parte della capacità edificatoria devono essere indicati nel quadro «B» e nello stesso quadro deve essere indicato il terreno che viene a godere della maggiore cubatura. Ad ogni buon conto, una volta indicato il fondo che subisce il depauperamento, viene assicurata la pubblicità *erga omnes* sia della perdita della volumetria che la nascita di un nuovo diritto in grado di circolare in modo autonomo successivamente all'adempimento di simile formalità. Tale diritto si riferirà sotto il profilo oggettivo, al fondo depauperato, sotto il profilo soggettivo alle parti del contratto di trasferimento eventualmente posto in essere dopo la sua costituzione. Nel quadro «C» invece devono essere indicati i soggetti sia quello depauperato dei diritti edificatori, come soggetto «contro» e l'acquirente del diritto o il proprietario del fondo come soggetto «a favore».

564 È ad esempio opportuno indicare l'assenza di diritti reali minori o di pesi ed ipoteche eventualmente esistenti sull'immobile. Il contratto di trasferimento di cubatura deve inoltre indicare la fonte del diritto edificatorio che costituisce oggetto della cessione e disciplinare le conseguenze di eventuali variazioni della misura del diritto edificatorio ceduto, modulando le garanzie contrattuali allo scopo di predeterminare e limitare il reale impatto di tali alterazioni sul rapporto sinallagmatico. Difatti, eventuali modificazioni *in peius* del Piano che prevede i diritti edificatori ceduti, sicuramente, possono dirsi opponibili, successivamente all'acquisto, al cessionario il quale non potrebbe neppure attivare, al fine di tutelarsi, la garanzia per evizione esulando, la fattispecie in questione, dal suo ambito d'operatività. Ferma restando, dunque, l'opportunità di ricorrere a meccanismi negoziali specifici di salvaguardia della situazione giuridica lesa nei confronti dell'ente pubblico, è bene evidenziare che una variazione contenutistica dei diritti edificatori, qualunque ne sia l'origine, non può, trovare emersione dai registri immobiliari, trattandosi di una vicenda squisitamente urbanistica. La pubblicità immobiliare, infatti, attiene alle sole vicende traslative, costitutive e modificative fra privati e non anche i provvedimenti amministrativi che la conformano. Se, dunque, il rilascio, l'eventuale ritiro in autotutela od anche l'annullamento dei permessi di costruire non possono avere emersione pubblicitaria presso i registri dell'Agenzia del Territorio, allo stesso modo, nessun rilievo pubblicitario possono avere le vicende inerenti il contenuto del diritto edificatorio. In questo senso, allora, anche l'estinzione per effetto di successivi provvedimenti amministrativi non è sottoposta a nessun adempimento pubblicitario, pur avendo

All'interno del quadro «A» della nota di trascrizione si reputa necessario menzionare il «titolo» da cui deriva il diritto edificatorio che costituisce l'oggetto della cessione[565], al fine di precisare se si tratti di una semplice cessione di cubatura o di un fenomeno perequativo, compensativo o premiale[566].

Ciò dipende principalmente dal fatto che alcune tipologie di diritti edificatori godono di una preferenza nell'individuazione delle zone di atterraggio[567], che non è possibile garantire senza precisare la natura perequativa, compensativa o incentivante dello strumento utilizzato[568].

Si ritiene inoltre opportuna, ove possibile, l'indicazione del luogo o almeno della zona di atterraggio della cubatura in quanto ciò permetterebbe di superare le eventuali problematiche legate alla mancanza di inerenza reale rispetto al terreno.

---

grande rilevanza urbanistica e contrattuale in relazione alla caducazione del contratto stesso. Del pari, per le stesse ragioni, anche l'evento costitutivo del diritto edificatorio ceduto non abbisogna di emersione pubblicitaria. Laddove si volesse riconoscere anche ai provvedimenti amministrativi l'accesso al sistema pubblicitario, in ragione del generale riferimento normativo contenuto nell'art. 2645 c.c., si dovrebbe parlare unicamente di pubblicità notizia. Vedi G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 360.

565 La ragione di indicare espressamente che si tratta di una trascrizione di diritti edificatori ai sensi dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. dipende dal fatto che tali diritti hanno fonti sempre diverse. Infatti i primi discendono direttamente dal piano regolatore generale e possono formare oggetto di contrattazione dal momento in cui il piano è approvato, i secondi invece, pur traendo origine dal piano, vengono assegnati al titolare del fondo di riferimento (fondo gravato da specifici obblighi di fare) solo al momento della cessione del fondo o dell'adempimento delle obbligazioni previste dal piano che attengono alla riqualificazione urbanistico- ambientale. Tali diritti possono quindi essere oggetto di contrattazione non nel momento in cui sono generati dal piano, come quelli perequativi, ma solo nel momento in cui vengono concretamente assegnati al titolare del fondo, per effetto del suo comportamento. Con riferimento alle forma che deve assumere l'atto di offerta che l'amministrazione comunale rivolge al privato, atto che si pone come un segmento del procedimento espropriativo e che contiene le garanzie dell'ente circa le modalità di fruizione e l'eventuale presenza di titoli di preferenza nell'utilizzo, cfr. E. BOSCOLO, *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione, cit.,* p. 69.

566 Si auspica l'introduzione di un codice generico ad esempio indicato come «altro diritto immobiliare» che possa ricomprendere al suo interno nuove figure di diritti immobiliari recepiti dall'ordinamento. Fino a che non sarà individuato un codice identificativo del nuovo diritto edificatorio è bene utilizzare il codice di negozio generico «100» l'espressa indicazione della menzione «trasferimento (o costituzione o modifica) di diritti edificatori», e l'indicazione dell'immobile di riferimento. Dovrà contenere la fonte dal quale detto diritto trae origine, ovvero una convenzione fra il privato e la pubblica amministrazione, attuativa del disposto di legge con riferimento alla fattispecie compensativa, premiale o perequativa posta in essere concretamente od anche un accordo fra privati idoneo, come evidenziato, volto a far assurgere il diritto di edificare, estrapolato dal diritto di proprietà, a diritto autonomo *in re aliena.* Invece, nel quadro «D» dovrà essere illustrato l'effettivo contenuto del contratto posto in essere. L'identificazione di un codice di riferimento è assolutamente imprescindibile, in quanto, in assenza dello stesso, non è possibile effettuare la voltura automatica ma si deve necessariamente procedere all'intestazione del terreno in catasto, per quanto concerne la proprietà al nome del soggetto già proprietario e per il diritto di edificare, al nome del cessionario. Per maggiori approfondimenti cfr. DI VITA, *Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria, cit.,* p. 93.

567 La preferenza nelle scelte delle zone, determina certamente un aumento del valore economico stante le maggiori possibilità edificatorie che offre il tipo di diritto.

568 Per quanto concerne le ipotesi di perequazione, compensazione e incentivazione le difficoltà redazionali derivano dal fatto che molto spesso, contestualmente al trasferimento dei diritti edificatori, il disponente deve contrattualmente assumere l'impegno di garantire la cessione al Comune da parte di colui che sarà cessionario, della volumetria al momento dell'atterraggio. Ciò potrebbe avvenire in due modalità, il cedente potrebbe inserire nel contratto un mandato oneroso o gratuito irrevocabile, avente la medesima forma del contratto posto in essere ai sensi dell'art. 1350 c.c. Tale mandato sarebbe fatto in favore del cessionario ed anche nel suo interesse a cedere al Comune l'area di riferimento, con «facoltà» per il cessionario di sostituire a sé di volta in volta, il soggetto che si renda cessionario del diritto, ai sensi dell'art 1717 c.c. In questo modo ogni nuovo mandato trarrebbe origine da quello precedente e dovrebbe essere di volta in volta allegato al contratto di cessione successivamente concluso. Si tratterebbe di un meccanismo in grado di operare celermente e correttamente per il caso di circolazione in volo del diritto. Allo stesso modo il cedente potrebbe anche partecipare agli adempimenti burocratici per il rilascio del titolo abilitativo maggiorato a favore del cessionario, in quanto si tratta invero di obbligazioni di fare non strettamente legate al cessionario e che pertanto possono essere adempiute anche dal cedente. Cfr. A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso,* in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione dei contratti*, Milano, 1994, p. 222.

Va infatti precisato che la struttura del negozio andrà modulata di volta in volta in maniera differente, a seconda che la potenzialità volumetrica circoli «in volo» o «a terra»[569].

Se nessun difficoltà si pone quando il fondo di atterraggio è indicato sin dalla stipulazione del contratto, non è invece possibile menzionare foglio e particella ogniqualvolta sia omessa l'indicazione del terreno accipiente stante la possibilità riconosciuta alla volumetria di circolare senza alcun collegamento con il fondo di origine[570].

Come evidenziato nel capitolo precedente, fino a che la cubatura trasferita non atterri su un determinato fondo, i titolari che la acquistino dovranno provvedere ad effettuare iscrizioni a margine della nota di trascrizione relativa al fondo di partenza per dare contezza anche ai terzi del mutamento di titolarità in modo da permettere un'agevole verifica sulla volumetria.

Laddove il Comune interessato abbia previsto la costituzione di appositi registri è altresì opportuno menzionare gli estremi dell'iscrizione della potenzialità volumetrica, così da permettere una verifica costante della cubatura trasferita anche senza dover accedere ai registri immobiliari, avvalendosi ad esempio di siti *web* come già avviene in alcuni Comuni[571].

Nei Comuni che invece non abbiano adottato tale strumento è possibile utilizzare il c.d.u.

L'indicazione dei dati del terreno non è meramente compilativa ma assume un'importante valenza nell'ambito delle contrattazioni, in quanto, più alto è il numero degli spazi in cui la volumetria può essere utilizzata, maggiore è il valore economico che deve essere attribuito ai diritti edificatori, con

---

569 Cfr. G. RIZZI, *I diritti edificatori/crediti edilizi: il loro riconoscimento e la loro circolazione*, in *Fond. it. not.*, 2012, p. 13. L'Autore distingue l'uso dei diritti edificatori in diretto ed indiretto. Si ha il primo caso quanto il diritto edificatorio viene immediatamente utilizzato dal cessionario a seguito dell'acquisto e ciò avviene quando l'acquirente possiede un'area su cui esercitare il diritto; si ha invece uso indiretto non è possibile l'utilizzo immediato dei diritti (solitamente per mancanza di un'area sulla quale esercitarlo). In tal caso il titolare degli stessi ottiene più che il diritto concretamente utilizzabile, il valore economico degli stessi, in quanto potrà sfruttarlo solo per ulteriori alienazioni così da trarne profitto. Secondo l'Autore tale utilizzo non è certo in quanto l'acquirente potrebbe rischiare di non fruire mai concretamente del bene.

570 Si tratta della più volte citata ipotesi di «cessione in volo» in cui il trasferimento viene effettuato non dal titolare del fondo che ha generato la cubatura, ma da parte di colui che su quel fondo non vanti alcun diritto di proprietà e si ritrovi, ciò nonostante, nella titolarità di diritti di sviluppo avendoli, a sua volta acquistati da un precedente atto di cessione debitamente trascritto senso positivo G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 55. Secondo il quale l'impossibilità di indicare, nell'ipotesi del trasferimento in volo, l'immobile di destinazione deve generare particolari preoccupazioni poiché lo scopo della trascrizione può dirsi raggiunto «a carico» del fondo d'origine, assicurando così la dovuta evidenza all'effetto che si produce. Nell'ipotesi di cessione di diritti edificatori in volo è proprio il Legislatore, con la recente novella, a chiarire che le regole di circolazione seguono le norme dettate in tema di pubblicità immobiliare, ancorché la cubatura, svincolata dall'area o dal fondo che la ha prodotta, abbia appunto una natura mobiliare. Senza la norma, in conclusione, sarebbe difficile immaginare la trascrizione nei registri immobiliari degli atti di trasferimento aventi ad oggetto la cubatura in volo. In tal senso cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 109.

571 Si pensi all'esperienza del Comune di Milano. Si tratterebbe tuttavia di una forma di controllo meramente aggiuntiva e priva di valenza pubblicitaria stante il fatto che in ogni caso i trasferimenti devono necessariamente trovare emersione nei registri immobiliari. Cfr. E. SMANIOTTO, *La cubatura e la trascrizione della cessione di cubatura,* in *Imm. propr.*, 2012, 6, p. 376. Nello stesso senso A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori fra tecniche perequative e compensative, cit.,* pp. 6-7, cita l'esperienza della Regione Umbria del 21 giugno 2013, n. 12 che ha istituito una registro delle quantità edificatorie per ogni proprietà catastalmente definita. In tale registro sono annotati i dati catastali dell'immobile, l'ambito di trasformazione dal quale derivano, le aree nelle quali le volumetrie sono utilizzate; le eventuali condizioni stabilite dagli strumenti urbanistici in merito alle possibilità del loro utilizzo; gli estremi della nota di trascrizione dell'atto con cui sono state trasferite, costituite e modificate le quantità edificatorie. Come evidenziato da altra dottrina G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* pp. 267-268. Tale registrazione non ha alcuna efficacia costitutiva, ma solo di accertamento ponendosi come strumento efficiente di sviluppo delle negoziazioni aventi ad oggetto la cubatura idoneo a gestire anche con tecnica delle volumetrie circolanti.

evidenti conseguenze in ordine alla commercializzazione e al numero degli scambi che possono verificarsi sul mercato[572].

Una situazione di incertezza non farebbe altro che disincentivare il privato dal commercio della potenzialità volumetrica, frustrando gli scambi e limitando notevolmente la portata innovativa della novella[573].

Riprendendo una tradizione sviluppatasi oltreoceano alcune amministrazioni locali, come quella lombarda, al fine di ovviare alle incertezze provocate dalla circolazione in volo, hanno proposto di imporre che ad ogni «decollo» dei diritti edificatori, corrisponda un «atterraggio», così da poter individuare sin dall'inizio il terreno sui cui la capacità edificatoria andrà potenzialmente ad insistere[574].

Tale previsione consentirebbe una maggiore certezza degli scambi ed una più semplice determinazione del valore della cubatura trasferita.

---

572 Ove si ritenga invece, che il diritto edificatorio sia un bene, andrà indicato il diritto reale, *ergo* il diritto di piena ed esclusiva proprietà, oggetto di cessione sul diritto edificatorio, quale *res*. Aderendo, infatti, alla tesi della reificazione della cubatura quale bene autonomo, ogniqualvolta si stipuli un contratto di trasferimento della proprietà di un fondo, dal quale promanano diritti edificatori, occorre, coerentemente, indicare se l'effetto traslativo coinvolga o meno i diritti edificatori generati dal terreno. Se, infatti, i diritti edificatori costituiscono un bene autonomo e distinto dalla proprietà del terreno è evidente che la sola cessione della proprietà del terreno, senza che nulla sia detto in merito alla cessione dei diritti edificatori, pone l'interprete di fonte al quesito se in detta cessione siano o meno compresi i diritti edificatori. In realtà la conclusione sarebbe suscettibile di essere facilmente ribaltata anche solo se si pensi che il diritto edificatorio, considerato come bene e non come diritto, ove venisse ceduto unitamente al terreno, necessiterebbe, di costituire oggetto di una autonoma trascrizione e, dunque, dovrebbe essere espressamente menzionato nel contratto. Si rende, dunque, ancor più evidente la funzione anti-processuale del notaio che impone allo stesso l'obbligo di modificare od anche integrare, sotto il profilo redazionale, le clausole contrattuali di quei negozi che abbiano ad oggetto terreni dai quali scaturiscono diritti edificatori, al fine di precisare, in maniera netta ed inequivoca, se riguardino o meno i diritti edificatori medesimi. Non di meno, la precisazione in ordine alla mancata produzione dell'effetto reale relativamente ai diritti edificatori si rende, altresì, necessaria nell'ipotesi della qualificazione di questi come frutti pendenti del fondo. Nei contratti di compravendita è previsto, infatti, che la cessione comprenda tutte le pertinenze, accessioni, accessori e diritti inerenti. Vedi G. MORBIDELLI, *Della perequazione urbanistica*, 2009, in *www.giustamm.it*., *passim*. Il riferimento ai frutti e, più precisamente ai «frutti amministrativi» perché conseguenti alle decisioni della p. a., volto a spiegare come il fenomeno di perequazione urbanistica realizzi una scissione tra la titolarità e l'esercizio dello *ius aedificandi* ovvero, più precisamente, tra i suoli in cui esso «gemina e cui inerisce e i suoli in cui concretamente trova esplicazione», si dimostra essere una ricostruzione vantaggiosa sotto un duplice profilo: attribuire una certa realità ai diritti edificatori, da un lato, dedurli quali oggetto di autonome vicende contrattuali, dall'altro. La tesi della cubatura quale frutto, peraltro, contiene *in nunce* l'enunciazione della impostazione della reificazione. Se, infatti, i diritti edificatori sono frutti dell'immobile ed i frutti sono beni allora i diritti edificatori sono essi stessi beni. In senso contrario sia consentito rinviare alle argomentazioni del capitolo III.

573 Per individuare in modo preciso le modalità di esercizio dei diritti edificatori alcune autorità come il Friuli Venezia Giulia (che lo prevede per i diritti edificatori derivanti dalla perequazione e dalla compensazione) richiedano di stabilire anche il tempo massimo entro cui il diritto potrà essere esercitato dal cessionario, in questo modo si tende a regolare le possibili problematiche derivanti dalla prescrizione dei diritti suddetti. Sul punto e con riferimento agli altri elementi necessari per la modulazione dell'accordo si veda G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 440.

574 Cfr. M. RENNA, *L'esperienza della Lombardia, cit.,* p. 20. Soluzione prospettata è stata anche quella di riservare al Comune, già all'interno del piano regolatore una quota prestabilita di diritti edificatori da utilizzare nella premialità, nella compensazione o ancora nel calmieramento del mercato, il tutto al fine di mantenere il governo sullo *ius variandi* laddove vi fossero modifiche al piano regolatore tali da incidere sulla effettiva edificabilità dei suoli. È bene inoltre sottolineare che l'impostazione adottata dalla Regione Lombardia ricalca a pieno l'attuale esperienza statunitense che prevede necessariamente l'individuazione di entrambi suoli cessionario e ricevente la volumetria, così da garantire un corretto funzionamento del mercato. L'esperienza straniera è stata seguita per altro verso anche dal Comune di Roma che ha previsto che il Comune potesse alienare la potenzialità edificatoria ad altro proprietario dietro corrispettivo. In realtà tale possibilità apre le porte ad un panorama particolarmente complesso soprattutto con riferimento alla necessità per il comune di indire procedure competitive di assegnazione dei diritti edificatori come previsto dal Codice dei contratti pubblici. Si rimanda per maggiori approfondimento al capitolo V.

Allo stesso modo è necessario disciplinare di volta in volta le possibili variazioni dei diritti edificatori generati, derivanti da modifiche del Piano che li ha costituiti.

In assenza di tali pattuizioni, eventuali successivi incrementi di cubatura dovrebbero infatti essere necessariamente attribuiti al titolare del fondo cedente in quanto, la potenzialità edificatoria «futura» rimane collegata al terreno di origine e non circola automaticamente insieme a quella precedentemente trasferita[575].

Due sono pertanto i punti focali della vicenda contrattuale: l'individuazione di garanzie evizionali adeguate[576] che saranno diverse a seconda che l'accordo sia stipulato in fase di «decollo» o di

[575] Solo una diversa pattuizione tra i contraenti consentirà il passaggio automatico della futura volumetria assegnata dal fondo cedente a favore del cessionario.

[576] Nonostante le vicende circolatorie dei diritti edificatori non determinino un mutamento della loro natura giuridica, è opportuno prevedere accorgimenti negoziali (diversi a seconda della fase del decollo, del volo e dell'atterraggio) volti a mantenere l'equilibrio del sinallagma contrattuale. I rischi derivanti dalla collocazione in una zona di cerniera tra il diritto privato ed il diritto amministrativo, impongono ad esempio di predisporre nella fase di redazione del contratto, le opportune forme di tutela volte ad ovviare all'incertezza dell'atterraggio, o alle possibili modifiche del Piano da parte della p.a. o ancora all'inadempimento di una delle parti. Tecnicamente si ha evizione nel caso in cui l'acquirente sia privato in tutto o in parte del bene acquistato stante l'esistenza di un diritto (accertato) di un terzo. Tale garanzia opera sia quando la causa di evizione preesista al contratto, sia quando si verifichi successivamente. Si possono distinguere ipotesi di evizione giudiziale, laddove il diritto del terzo sul bene sia accertato giudizialmente, di evizione c.d. espropriativa laddove il mancato acquisto dipenda da un provvedimento della p. a., risolutoria, quando l'acquisto del venditore venga meno giudizialmente o stragiudizialmente, o ancora di evizione per fatto proprio del venditore quando il terzo faccia valere un atto dispositivo contro il compratore successivo alla vendita ma proveniente dal venditore stesso. Per maggiori approfondimenti Cfr. T. DE LUCA, R. D. COGLIANDRO, M. D'AURIA e M. RONZA, *Dei singoli contratti,* in G. CAPOZZI (a cura di), *Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di G. Capozzi*, Milano, 2002*,* p. 65 ss. La peculiarità dell'evizione per quanto concerne le vicende concernenti la potenzialità volumetrica dipende dal fatto che essa può derivare non solo da fatti che dipendono dai privati che agiscono in base alle regole privatistiche, ma anche dall'attività pubblica esercitata dagli enti territoriali mediante l'applicazione di regole urbanistiche. In tal caso G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 456, afferma che affinché sorga la garanzia per evizione non è necessario che il provvedimento di diniego della richiesta di costruire emesso da parte della p. a. sia precedente all'atto di trasferimento dei diritti edificatori essendo sufficiente la preesistenza della causa. In senso contrario si osserva come un provvedimento di diniego della p. a. antecedente all'atto di trasferimento non potrebbe mai produrre effetti sul cessionario in quanto non è a lui riferibile stante l'assenza il contratto trascritto quale titolo astrattamente idoneo ad ottenere il permesso di costruire. È opportuno allora modulare in sede contrattuale la garanzia per evizione in tali vicende. L'ipotesi più semplice è ad esempio quella in cui la volumetria ceduta non corrisponda a quella effettivamente usufruibile o non possa essere utilizzata nelle aree previste rispetto a quelle indicate nell'accordo, sia a causa di un errore dipendente dalle parti o per una modifica del piano intervenuta durante la contrattazione. Il rischio connesso all'impossibilità dell'atterraggio per sopravvenienze normative o di fatto, legate alle modifiche dei piani regolatori, potrebbe inoltre divenire più grave per effetto del decorso del tempo. Infatti maggiore è il lasso temporale che intercorre tra l'origine di tali diritti e la loro effettiva utilizzazione, minori saranno le aree su cui far atterrare detti diritti, per il fatto che con il passare del tempo molti terreni potrebbero già essere stati sfruttati e maggiori saranno le possibili modifiche intervenute da parte del Piano. Per approfondimenti sia consentito rinviare a G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 455. In tal caso sarà opportuno che le parti ricorrano a meccanismi di regolazione dell'evizione o che inseriscano al momento della stipula una condizione il cui evento di riferisca ad uno dei fatti indicati. Sempre con riferimento all'esempio citato, il compratore evitto potrebbe inoltre avvalersi di altri strumenti di tutela previsti dal diritto privato quali ad esempio la risoluzione del contratto per inadempimento o per impossibilità sopravvenuta. È bene precisare che salvo i casi in cui il contratto di trasferimento di volumetria abbia carattere liberale esso si sostanzia per lo più nel trasferimento della volumetria volta all'incremento della capacità edificatoria a fronte della corresponsione di una somma di denaro o di una prestazione considerata dalle parti equivalente. Ciò comporta che in caso di inadempimento la parte adempiente potrebbe agire per ottenere la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c. che recita «Nei contratti a prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione. Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione». Come stabilito dall'art. 1458 c.c., la norma opera *ab origine*, come se il contratto non fosse mai stato concluso, senza pregiudicare tuttavia i diritti acquisiti dai terzi. Nei rapporti tra privati e p. a. la risoluzione è ammissibile laddove sussistano le condizioni di annullamento del diniego ed un giudizio prognostico di esito favorevole che accerti virtualmente la spettanza del bene al soggetto; nei rapporti tra privati invece ove l'eventualità non sia

«atterraggio», oltre al possibile inserimento di due condizioni[577], laddove la prima è rappresentata dall'incertezza dell'atterraggio dei diritti in una zona in cui la volumetria possa essere effettivamente utilizzata, la seconda riguarda invece il rilascio del provvedimento abilitativo del Comune.

L'opportunità di tali previsioni all'interno del negozio risiede nel fatto che i due eventi dedotti in condizione possono incidere considerevolmente sull'aspetto economico del contratto e sulla produzione dei suoi effetti.

Infatti, il numero delle aree su cui esercitare i «diritti di sviluppo» potrebbe essere più o meno scarso, con un'evidente incidenza sul prezzo dei diritti edificatori. Allo stesso modo, poiché la causa del contratto in questione si sostanzia nella corresponsione di una somma di denaro a fronte della fruibilità della potenzialità edificatoria, l'autorizzazione del Comune si rivela un provvedimento indefettibile per la concretizzazione degli effetti del negozio[578].

già stata prevista mediante apposite clausole contrattuali, è opportuno verificare se l'avente causa possa esperire l'azione di risoluzione per impossibilità sopravvenuta del contratto che pare astrattamente esercitabile essendo in presenza di un contratto a prestazioni corrispettive. A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso,* in *Recesso e risoluzione dei contratti, cit.,* p. 228. Si avrebbe un'ipotesi di mancanza di causa del contratto non imputabile alle parti, stante il venir meno delle ragioni sottese al negozio per un fatto imputabile alla p. a., cosicché vi sarebbero gli estremi per una risoluzione per impossibilità sopravvenuta. Più precisamente una risoluzione di diritto in cui la sentenza avrà valore di mero accertamento. Non troverebbe invece spazio una tutela di tipo risarcitorio, non essendo possibile imputare l'impossibilità sopravvenuta ad una delle due parti, salvo diversa previsione delle stesse. L'applicazione dell'art. 1463 c.c. determina che la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione non potrà chiedere la controprestazione dovendo altresì restituire quella che abbia ricevuto secondo quanto previsto in caso di ripetizione dell'indebito. La stessa soluzione si avrà altresì nel caso di impossibilità temporanea per il venir meno dell'interesse di una delle parti a conseguire la prestazione; se invece l'impossibilità è parziale, allora in base a quanto disposto dall'art. 1464 c.c. l'altra parte ha diritto ad una corrispondente diminuzione della prestazione dovuta, potendo, in caso contrario, recedere laddove non abbia un apprezzabile interesse all'adempimento parziale. Non si esclude infine la possibilità che le parti inseriscano nel contratto una clausola di recesso convenzionale ai sensi dell'art. 1373 c.c. eliminando rischi di incertezza in ordine alla posizione delle parti. Cfr. A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso,* in *Recesso e risoluzione dei contratti, cit.,* p. 229. Allo stesso modo le parti potrebbero prevedere meccanismi di risoluzione di diritto a seconda di come le parti si siano accordate in merito al rilascio del permesso di costruire o all'individuazione di altri elementi del rapporti (si pensi all'individuazione di un fondo di atterraggio). Con riferimento ai casi di risoluzione di diritto espressamente regolati dal codice si vedano T. DE LUCA, R. D. COGLIANDRO, M. D'AURIA e M. RONZA, *Dei singoli contratti,* in *cit.,* p. 805 ss; con riferimento alla clausola risolutiva espressa si veda S. BUSENLLI, *Clausola risolutiva,* in *Enc. dir.,* VII, 1960, p. 197 ss.; con riferimento al termine essenziale si veda M. PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Milano, 2004, *passim.* Il titolare dei diritti edificatori potrebbe decidere di disporre meccanismi volti a concretizzare la volumetria anche negli atti *mortis causa* sia mediante disposizioni a titoli universale che particolare, sia attraverso la predisposizione di pesi o condizioni volti ad ottenere la realizzazione della disposizione. Più in generale per un approfondimento sulla disciplina ed ai limiti degli elementi accidentali e dell'onere testamentario si vedano G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, II, Milano, 2009, p. 879 ss.; B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale,* Milano 2004, p. 39 ss.; M. PROTO, *Il modo*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni* Bonilini, II, *La successione testamentaria,* Milano, 2009, p. 1223 ss.

577 La prima necessariamente sospensiva la seconda sospensiva o risolutiva.

578 Per completezza nella trattazione non si può trascurare che eventuali modifiche del Piano Regolatore Generale che andassero ad incidere in modo negativo sulle volumetrie di una determinata zona, potrebbero invero vanificare non solo il ricorso allo strumento della condizione, ma invero l'intero contratto, stante l'autonomia dei due aspetti, quello privatistico, che risponde a regole di diritto privato e l'operato della pubblica amministrazione che, invero risponde solo a principi di diritto pubblico. Anche per tali ragioni si ritiene che il ruolo del Notaio anche come «strumento di prevenzione delle controversie» sia quello di dover, quanto più possibile, far emergere il collegamento tra le due fasi, attraverso appunto la modulazione di garanzie evizionali e l'introduzione di meccanismi condizionali.

In sostanza, maggiore sarà la circolazione del diritto edificatorio prima del suo atterraggio, più importante sarà l'attenzione che dovrà essere posta nella cura redazionale del contratto secondo quanto illustrato[579].

Passando all'esame della forma del contratto, la novella stabilisce che il trasferimento della volumetria debba essere reso pubblico mediante il mezzo della trascrizione ai sensi dell'art. 2643 c.c.

Ciò vuol dire che la forma che i suddetti contratti devono rivestire, indipendentemente dalla soluzione che si decida di accogliere in ordine alla natura giuridica, è quella dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, le uniche in grado di consentire l'accesso ai registri immobiliari[580].

Ancora una volta la disciplina che emerge dalla norma si dimostra in linea con il più generale intento del legislatore del 2011: tutelare i soggetti terzi garantendo la certezza delle circolazione del diritto mediante l'emersione pubblicitaria delle vicende ad esso attinenti[581].

Tale forma risponde infatti a due esigenze, richiamare l'attenzione del dichiarante sull'importanza dell'atto che si pone in essere[582] e predisporre una documentazione volta a dare certezza a quel negozio[583], che sono, invero, i medesimi principi a fondamento dell'emanazione della novella[584].

5. Il ruolo del provvedimento della pubblica amministrazione e meccanismi condizionali.

Come illustrato nel secondo paragrafo il contratto di cessione di volumetria è un negozio finalizzato a realizzare un incremento edificatorio a favore di un determinato fondo, in cui coesistono l'interesse privato al maggiore sfruttamento del suolo e quello pubblico volto al rispetto delle regole di programmazione del territorio.

La concreta possibilità di utilizzo della cubatura si verifica solo a seguito dell'emissione, da parte dell'ente territoriale competente, del titolo abilitativo maggiorato che consenta al cessionario di edificare per una volumetria maggiore rispetto a quella originariamente consentita.

---

579 Proprio al fine di prevenire eventuali liti, si ritiene plausibile prevedere nel contratto il numero di trasferimenti che il diritto edificatorio potrà subire prima del suo atterraggio e quindi della concreta utilizzazione su un fondo. Invero, tale determinazione può anche derivare da eventuali previsioni del Piano Regolatore Generale che stabiliscano la permanenza in volo solo per periodi prestabiliti a monte.

580 La tipologia di atti che possono essere oggetto di trascrizione nei registri immobiliari si ricava tra l'altro dai beni per i quali l'ordinamento impone che siano adempiute le formalità pubblicitarie che sono beni immobili e mobili registrati per i quali la legge prevede la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *cit.,* p. 61.

581 E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto. Art. 1325 c.c.,* in *Cod. civ. Commentario* Busnelli e Schlesinger, Milano, 2013, p. 76.

582 C. M. BIANCA, *Il contratto, cit.,* parla a tal proposito di «responsabilizzazione del consenso».

583 Si tratta infatti di un onere per il dichiarante, richiesta per i contratti solenni o formali, senza la quale non può realizzarsi l'intento negoziale, poiché il negozio è nullo.

584 Ovviamente, una volta stabilita la necessità della forma scritta *ad substantiam*, essa deve essere applicata in tutti i casi in cui il diritto privato prescriva tale adempimento. Essa pertanto trova applicazione con riferimento alla procura e al mandato ad alienare o acquistare diritti edificatori, stante l'art. 1392 c.c. che stabilisce l'inefficacia di tali atti qualora non siano conferiti con le medesime forme previste per il contratto che il rappresentante deve concludere. Deve essere applicato ai contratti preliminari che devono avere la stessa forma del contratto definitivo che si vuole porre in essere e, ancora, alla proposta e all'offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 c.c. e, ad esempio, all'atto di adesione ai sensi dell'art. 1332 c.c. Per quanto concerne invece il contratto di opzione è bene sottolineare che la fattispecie non trova emersione pubblicitaria nei registri immobiliari stante la carenza del dato normativo. Lo stesso avviene per il patto di prelazione che avendo carattere obbligatorio non ha accesso ai registro immobiliari.

Dall'indagine sino ad ora condotta emerge in modo chiaro che l'istituto si perfeziona solo al momento della fruibilità dei diritti edificatori, subordinata per l'appunto ad un'autorizzazione pubblica[585].

Senza l'autorizzazione comunale il cessionario acquista infatti un *quid* non utilizzabile; allo stesso modo si è però messo in luce come un atto amministrativo che stabilisca in modo arbitrario lo spostamento della volumetria da un fondo all'altro[586] senza la preventiva volontà dei soggetti interessati, sarebbe infatti illegittimo perché carente di un titolo idoneo a giustificare il potere pubblico ed anche perché violerebbe il principio di imparzialità stabilito dall'art. 97 Cost.[587].

Come già accennato una volta che la cubatura è stata assegnata ai singoli lotti, l'ente territoriale perde in linea di massima la facoltà di incedere sulla stessa in modo arbitrario, nel senso di poterla spostare da un fondo all'altro, in quanto il solo titolo in grado di legittimare l'intervento del Comune è costituito dal contratto trascritto posto in essere dai privati che antecede logicamente e cronologicamente l'atto pubblico[588].

Tale affermazione, nella materia dei diritti edificatori, è esplicitamente corroborata dal dettato dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. secondo cui sono «i contratti» che determinano il trasferimento della volumetria e non invece il provvedimento pubblico.

È quindi la norma a statuire la qualificazione della cessione di volumetria come contratto ad effetti reali in cui l'accordo privatistico si pone a fondamento dell'intera vicenda[589].

La stessa norma, peraltro, non si pronuncia in merito alla fruizione della potenzialità volumetrica che dunque sembra rimanere assoggettata ai principi generali in materia di edificazione.

Pertanto, in ossequio ai limiti della proprietà privata posti nell'interesse pubblico, si ritiene di poter sostenere che, in assenza del provvedimento autorizzativo della p. a., non sia consentito ai privati intraprendere alcuna opera di edificazione sul fondo, nemmeno se tali opere derivano dall'acquisizione di una volumetria maggiorata rispetto a quella originariamente esistente sul terreno.

---

585 Tale fatto non deve indurre in errore circa l'esistenza e l'appartenenza della potenzialità volumetrica in capo al titolare del fondo, ciò perché, come già più volte messo in luce, lo *ius aedificandi* attiene ai suoli cosicché i contratti che riguardano la sua estrinsecazione scaturiscono sempre dall'accordo di soggetti che agiscono *iure privatorum*, di tal che il negozio assume la funzione di presupposto indefettibile per il rilascio del permesso di costruire e per l'eventuale successiva modifica del Piano Regolatore Generale da parte del Comune. Nello stesso senso G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 479. Proprio per l'estrema rilevanza che il provvedimento abilitativo maggiorato assume rispetto alla volontà dei contraenti, si è asserito che il contratto determina il trasferimento di un diritto «non pieno». E. TRADI, *I negozi di trasferimento di diritti edificatori e la loro trasferibilità,* in AA.VV., *Atti del Convegno, Paradigma 05 Febbraio 2015*, *passim*.

586 Una volta che si siano stabiliti gli indici di densità edilizia nel piano regolatore generale, la p. a. perde il potere di modificare tali indici in modo autonomo. L'unica eccezione è quella dell'esproprio per pubblica utilità che, in ogni caso segue dei principi e delle regole bene precise, che non si fondano su un mero atto di volontà della p. a. Si rinvia al capitolo I, paragrafo 3.

587 P. FAVA, P. GIULIANO e F. SORANO, *La tutela della proprietà e degli altri diritti reali,* Rimini, 2006, p. 556.

588 Il principio trova la sua eccezione nell'esproprio per pubblica utilità in cui tuttavia l'operato della p. a. è subordinato al rispetto di principi specifici. Per approfondimenti si rinvia alle considerazioni preliminari, paragrafo 2.

589 Il fatto che il negozio produca effetti traslativi immediati, conferma ulteriormente come i diritti edificatori di cui il privato dispone, siano già esistenti sul fondo e facciano parte del diritto di proprietà vantato sul terreno.

D'altro canto, anche laddove il titolare di tali diritti decidesse di non alienarli ma di sfruttarli sul proprio suolo, dovrebbe comunque ottenere il rilascio del permesso di costruire da parte dell'ente territoriale prima di porre in essere qualunque attività edificatoria, a conferma di come, il provvedimento pubblico, non incida sulla titolarità ma unicamente sulla fruibilità dei diritti[590].

Il problema di fondo consiste dunque nel voler forzatamente ricondurre l'intera fattispecie esclusivamente al diritto privato o al diritto amministrativo senza ammettere che le diverse fasi coesistano, salva in ogni caso la volontà dei contraenti di incidere sul negozio mediante i meccanismi condizionali di cui dispongono in sede contrattuale, a riprova di come la fattispecie possa essere variamente modulata.

Da ciò consegue che l'istituto trova la sua realizzazione tanto nel trasferimento della volumetria, regolato dalle norme che disciplinano la materia contrattuale dal punto di vista fisiologico e patologico[591], quanto nella successiva autorizzazione edilizia che determina la possibilità di fruire della capacità edificatoria.

Se astrattamente non vi sono dubbi circa l'esistenza di un vincolo funzionale e di corrispettività esistente tra negozio di trasferimento e rilascio del permesso di costruire, è opportuno in questa sede identificare quale sia lo strumento potenzialmente più idoneo a consentire l'estrinsecazione di tale connessione[592].

A tal proposito si sono vagliate più possibilità al fine di verificare se il provvedimento urbanistico rappresenti un evento futuro e incerto in virtù del quale il contratto si perfeziona e produce effetti o piuttosto il presupposto oggettivo, non espressamente menzionato, da cui dipendano gli effetti del negozio.

Una parte della dottrina ritiene che l'ipotesi in esame sia assimilabile alla c.d. «presupposizione» in quanto il rilascio del permesso di costruire, pur non espressamente previsto nel contratto, rappresenta il presupposto oggettivo del negozio[593].

---

590 La dimensione privatistica della fattispecie non può essere messa in dubbio per il fatto che i diritti edificatori siano costantemente soggetti a possibili modifiche delle prescrizioni di piano. Infatti, come si è già avuto modo di sottolineare nel corso della trattazione, una simile affermazione condurrebbe all'assurda conseguenza di mettere in discussione la rilevanza civilistica del diritto di proprietà per il fatto di essere anch'esso soggetto al rischio di modifiche del piano regolatore o di espropri per pubblica utilità, eppure nessuno dubita che si tratti di una situazione giuridica soggettiva di diritto privato. Cfr. L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* p. 9.

591 Le parole sono di G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 437.

592 Trapani sul punto si contraddice in quanto dapprima asserisce che la fase genetica regolata dalle norma di diritto privato è autonoma, seppur funzionalmente collegata a quella finale di diritto pubblico, mentre in un secondo momento asserisce che, in assenza del provvedimento amministrativo, il contratto non diviene mai efficace con riferimento al trasferimento della cubatura a far data dal tempo della sua stipulazione iniziale. Cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 437. L'Autore riprende invero il pensiero di Cimmino aderendo all'impostazione del contratto ad effetti obbligatori, in virtù del quale il negozio di cessione di cubatura, si perfeziona solo con il rilascio del provvedimento dell'ente territoriale che quindi assume valore costitutivo. Trapani dunque trascura il fatto che Cimmino ha redatto la sua opera in epoca anteriore alla novella.

593 Si ha presupposizione quando le parti nel concludere un contratto fanno riferimento ad una circostanza esterna attuale o futura, che diviene il presupposto oggettivo del negozio, pur senza essere menzionato al suo interno. La figura è stata elaborata dal giurista tedesco Windscheid. Secondo l'opinione dello studioso, chi dichiara la propria volontà sotto una

Infatti anche se il provvedimento abilitativo non viene menzionato, i contraenti sono consapevoli del fatto che il concreto utilizzo della volumetria può verificarsi solo a seguito dell'autorizzazione della p.a.[594]

Seppure l'istituto sembra teoricamente applicabile al caso in esame, non si possono trascurare le problematicità attinenti alla configurazione della presupposizione con riferimento all'inefficacia del negozio, in caso di impossibilità giuridica o materiale relativa tanto all'atterraggio, quanto al rilascio del titolo abilitativo[595].

Senza ripercorrere in questa sede le problematiche derivanti dall'utilizzo della presupposizione, basti sottolineare che proprio il fatto che la circostanza non sia manifestata all'interno del negozio induce da sempre ad assimilarla ai «motivi» privi di rilevanza giuridica nel nostro ordinamento[596].

---

data presupposizione vuole che l'effetto giuridico permanga soltanto in presenza di una situazione sottostante di fatto e di diritto. Tale volontà delle parti non risulta tuttavia da alcune espressa condizione. Per Windscheid si tratterebbe quindi, di una condizione non sviluppata (*unentwickelte Bedingung*). Una delle principali differenze rispetto alla condizione consiste nel fatto che mentre quest'ultima ha immediatamente effetto sul contratto, la mancanza della presupposizione non opera non *ipso iure*, ma può essere fatta valere in sede processuale attraverso un'azione o un'eccezione. Si è espresso in modo favorevole alla presupposizione anche G. DI VITA, *Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria della novella, cit.,* p. 54. Nella presupposizione ci si riferisce infatti ad una «circostanza» esterna, futura o attuale e non ad un «evento incerto». La presupposizione intesa come base oggettiva del contratto, non va confusa con la presupposizione in senso soggettivo, cioè con il fatto che la volontà contrattuale di una delle parti muova dal convincimento che una determinata situazione di fatto sia destinata a persistere, o che un avvenimento futuro si verificherà con certezza. In quest'ultimo caso, la sopravvenienza di circostanze impreviste integra l'ipotesi di errore di previsione di una delle parti. Più precisamente potrà parlarsi di un errore sui motivi, come tale irrilevante. Per tali ragioni alcuni assimilano la presupposizione all'errore comune sul motivo, anche se, in questo caso, la presupposizione produrrebbe l'annullamento del contratto, e non la sua risoluzione.

[594] Il *placet* della p. a. incarnerebbe dunque una situazione di fatto e futura, comune ad entrambi i contraenti, di carattere oggettivo ed indipendente dalla volontà delle parti ma tenuta presente durante l'*iter* formativo del negozio, pur in assenza di espressa menzione al suo interno. «La presupposizione infatti attiene a quelle situazioni di fatto o quelle circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto delle prestazioni, assumono un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale». L'autorizzazione, che si pone come circostanza esterna, configura inoltre un elemento obiettivo, la cui mancata realizzazione è del tutto svincolata dalla volontà o dall'attività posta in essere dalle parti. La presupposizione, non può riferirsi a fatti che si pongono come presupposti stessi di realizzazione della causa del contratto. Se la causa non può in concreto realizzarsi anche il contratto viene meno, per l'impossibilità di verificazione dell'interesse giuridicamente rilevante che si trova alla base del vincolo contrattuale. Cfr. C.M. BIANCA, *il contratto civile, cit.,* p. 435 ss.

[595] Si pensi al fatto che nell'accertare quali siano le situazioni di fatto che pur potendo incidere sull'efficacia del contratto, non trovano al suo interno alcun riferimento, una dottrina distingue tra c.d. «presupposti generali», come le condizioni di mercato e della vita sociale che influiscono sull'economia del contratto e «presupposti particolari», cioè quelle specifiche situazioni che condizionano il vincolo contrattuale. L'ipotesi in esame sembra poter essere assimilata al contratto di compravendita subordinato alla condizione implicita e conosciuta da entrambe le parti della possibilità di ottenere la concessione di un dato finanziamento da parte del compratore. La dottrina che propone tale esempio ritiene che non sia comprensibile la ragione per cui un presupposto generale di carattere economico-sociale che giustifica il contratto, possa rimanere inespresso, pur condizionando esso stesso l'efficacia del rapporto. Nel nostro ordinamento la rilevanza dei presupposti generali ha trovato un riconoscimento normativo nell'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta art. 1467 c.c. Per maggiori approfondimenti C. M. BIANCA, *Il contratto*, *cit.,* p. 435.

[596] F. SANTORO-PASSARELLI*, Dottrine generali del diritto*, *cit.,* p. 144, che sottolinea come dalla nozione di presupposizione vadano esclusi i motivi, intesi come interessi che restano estranei dal contenuto del contratto. Essi infatti hanno un carattere interno e soggettivo mentre la circostanza dedotta in presupposizione è oggettiva. La dottrina parla spesso di «condizione non sviluppata». Tuttavia, altra parte della dottrina e della giurisprudenza, prendendo le mosse dall'analisi dell'art. 1345 c.c. ritiene che ove venga data rilevanza al motivo illecito comune, come causa di illiceità del contratto, non vi è ragione per non dare rilevanza ai motivi comuni leciti e da ciò deduce il fondamento della presupposizione intesa in quest'ottica come motivo comune determinante. Tale orientamento ritiene che la tesi che inquadra la presupposizione nell'ambito della integrazione del contratto secondo buona fede sia quella più accreditabile. D'altra parte il ricorso alla presupposizione deve essere inteso come *extrema ratio,* quando determinate questioni non trovino una adeguata soluzione nell'ambito della disciplina giuridica, attraverso l'utilizzazione dei comuni strumenti regolarmente previsti dall'ordinamento. Cfr. M.

Inoltre, pur volendo riconoscere un rilievo giuridico alla presupposizione, nel caso in cui l'evento presupposto fosse del tutto mancante *ab origine*, dovrebbe parlarsi di nullità dello stesso per mancanza di causa oppure, laddove venisse meno successivamente alla stipula, il contratto dovrebbe risolversi per fatto non imputabile alle parti ai sensi dell'art. 1467 c.c. e ciò rileverebbe in caso di contenzioso tra le parti, con riferimento all'onere probatorio[597].

I non trascurabili profili di incertezza della presupposizione, inducono a sostenere che il provvedimento comunale debba piuttosto trovare accesso mediante l'utilizzo della condizione[598], sul presupposto dell'esistenza di un vincolo funzionale e di corrispettività tra inedificabilità del fondo cedente e corrispondente incremento volumetrico dell'area cessionaria.

La condizione può in particolare atteggiarsi come sospensiva all'ottenimento del permesso di costruire o risolutiva al suo mancato rilascio, con particolare attenzione a definire correttamente il carattere retroattivo o meno degli effetti relativi al verificarsi dell'evento, «in considerazione della (potenziale) pluralità di trasferimenti di diritti "in volo"»[599].

A tal riguardo è possibile avanzare alcune brevi osservazioni circa le ricadute applicative che una simile scelta comporta.

La condizione risolutiva, ad esempio, sembra porsi in linea con l'efficacia reale del contratto di trasferimento in quanto consente al negozio di produrre immediatamente i suoi effetti.

Inoltre, se si apponesse la condizione sospensiva si dovrebbero utilizzare alcuni artifizi volti a superare il fatto che non si potrebbero mai determinare i presupposti per il rilascio del permesso di costruire, perché, paradossalmente, il cessionario non avrebbe la possibilità di presentare la domanda al Comune essendo sospesi gli effetti del contratto[600].

Attraverso la condizione risolutiva il cessionario diviene invece titolare della volumetria sin dal momento della stipula del contratto, con l'effetto di poter richiedere il permesso di costruire in modo autonomo, senza la necessità di alcuna cooperazione del cedente.

DOGLIOTTI, *La forza della famiglia di fatto e la forza del contratto. Convivenza* more uxorio *e presupposizione,* nota a Trib. Savona, Sez. 7 marzo 2001, in *Fam. dir.*, 2001,p. 529 ss..

[597] La dottrina ha invero discusso a lungo circa la rilevanza giuridica della presupposizione tale da terminare l'inefficacia del negozio. Parte di essa nega che la presupposizione abbia una valenza giuridica, dovendo piuttosto essere considerata una condizione non sviluppata, al pari dei motivi giuridicamente irrilevante. Altra parte riconosce invece rilevanza alla figura come criterio obiettivo di equilibrio contrattuale, che opera mediante la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1467 c.c. Cfr. A. DI MAJO, *La causa del contratto,* L, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato, cit.,* p. 656 ss.

[598] Il ricorso all'elemento accidentale della condizione trova riconoscimento anche nelle norme dettate in materia di trascrizione all'art. 2659 c.c. il cui ultimo comma recita «(…) se l'acquisto, la rinuncia o la modificazione del diritto sono sottoposti a termine o condizione, se ne deve fare menzione nella nota di trascrizione. Tale menzione non è necessaria se, al momento in cui l'atto si trascrive, la condizione sospensiva si è verificata o la condizione risolutiva è mancata ovvero il termine iniziale è scaduto».

[599] L'espressione è di S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 138. Con riferimento all'operatività della condizione relativa alla sopravvenuta edificabilità del terreno di veda G. PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile,* in *Notariato,* 2001, 3, pp. 284-285. Per uno studio della condizione in generale si veda A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico,* Milano, 1979, *passim.*

[600] A supporto di tale affermazione anche Comm. trib. Centr. Decreto, 18 marzo 1992, n. 2133 in *www.fisconline.it*

Quest'ultimo, dal canto suo, è soddisfatto mediante corresponsione di una somma di denaro anche nel caso in cui essa rimanga depositata plausibilmente presso il notaio fino al rilascio del permesso di costruire.

La condizione risolutiva ha dunque il pregio di soddisfare ambo le parti sin dalla sottoscrizione dell'accordo ma anche quello di tutelare i loro interessi nel caso di mancato rilascio del titolo abilitativo provocando la risoluzione del negozio a far data dalla sua stipulazione con un ripristino dello *status quo ante*.

Secondo una dottrina quella in oggetto è una *condicio iuris*[601] stante il fatto che la previsione dell'autorizzazione del Comune è contemplata dal Piano Regolatore Generale[602] (mentre per altri si dovrebbe invece parlare di *condicio facti*[603]).

In tal caso alla condizione deve essere riconosciuta un'efficacia *ex nunc,* in quanto l'art. 1353 c.c., che sancisce l'operatività retroattiva della condizione volontaria, è norma eccezionale e come tale insuscettibile di analogia[604].

---

[601] Cfr. G. PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile, cit.,* pp. 287- 289. La particolarità di tale condizione, oltre che dalla fonte (di legge), dipende dagli interessi a tutela dei quali è posta. Si tratta infatti di interessi esterni, che fanno capo a terzi, in compatibili con l'immediata produzione degli effetti del negozio. Secondo la dottrina le norme codicistiche dettate in tema di condizione, sono applicabili anche alla condizione legale non in via diretta bensì solo per analogia. Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, XV, Torino, 1950, p. 522 ss. Una dottrina ha osservato che se il provvedimento di concessione rappresenta una *condicio iuris,* il negozio di cessione, diventa pienamente efficace solo con il provvedimento edilizio (se la condizione è sospensiva), oppure gli effetti del contratto si risolvono in caso di mancato rilascio del permesso di costruire (se la condizione apposta è risolutiva). In tal senso cfr. P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata, cit.,* p. 392.

[602] In questo senso G. PICCO e A. M. MAROCCO, *I cosiddetti "trasferimenti di cubatura"*, *cit.,* p. 626. A differenza della condizione volontaria che è espressione dell'autonomia negoziale, quella legale è imposta da una norma di legge e dunque contenuta in una disciplina eteronoma rispetto all'autoregolamento dei privati proprio come nel caso dei diritti edificatori. G. PICCO, *Natura ed efficacia dei vincoli volumetrici conseguenti a piani regolatori o regolamenti urbanistici - Il trasferimento di cubatura*, in AA. VV., *Relazione al XV° Congresso Nazionale del Notariato*, Verona, 1966, p. 641. Come già sottolineato la dottrina si divide in coloro che ritengono che l'ordinamento giuridico della comunità dia vita ad una vera e propria autonomia giuridica per altri invece sarebbe più corretto parlare di autonomia sociale intesa appunto come «eteronomia», laddove con il suddetto termine si intende la creazione di regole non da parte del titolare dell'interesse a cui quelle regole devono essere applicate, bensì da parte di un estraneo appositamente provvisto di un potere pubblico. Rappresentano infatti atti di eteronomia la legge, il provvedimento amministrativo e la sentenza in quanto sono emanati da autorità esterne che hanno il potere di regolare quell'interesse indipendentemente dalla volontà del suo titolare. Il dubbio sorgerebbe dall'utilizzo del termine riconoscimento che sembrerebbe presupporre l'attribuzione della suddetta autonomia da parte di un altro potere sovraordinato ai privati. Secondo la distinzione filosofica riportata nella narrazione e ripresa da Pugliatti è opportuno distinguere tra le organizzazioni giuridiche aventi un carattere in senso proprio e a cui quindi deve essere riconosciuto il carattere autonomo, come i «corpi sociali», da quelli che invece hanno natura meramente contrattuale, come le società alle quali dunque può essere riconosciuto solo un carattere eteronomo. Cfr. S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 186.

[603] Parte della dottrina ritiene che la cessione di cubatura sia una fattispecie che può realizzarsi anche in assenza di una espressa previsione contenuta negli strumenti urbanistici. P. DE MARTINIS, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.* 1996, II, p. 222. Inoltre, ove la condizione legale sia espressamente richiamata dalle parti, ciò non varrà a trasformarla in *condicio facti*, in quanto l'evento oggetto della cessione di volumetria è del tutto sottratto alla disponibilità delle parti. È bene precisare che la mancata estrinsecazione della condizione di fatto induce ad interrogarsi sulla possibile configurazione della presupposizione.

[604] Esempi si condizione di legge sono il fatto del matrimonio da cui dipende l'efficacia delle convenzioni matrimoniali e l'evento della morte che determina l'apertura della successione ereditaria e l'efficacia del testamento. Il testamento infatti produce i suoi effetti a far data dalla morte (*condicio iuris*) del testatore e l'approvazione dell'autorità di controllo del contratto concluso da una pubblica amministrazione fa retroagire gli effetti del contratto al momento della stipulazione, ipotesi, questa, che sembrerebbe coincidere con il caso di specie.

La condizione legale risolutiva irretroattiva ha inoltre il pregio di assicurare un alto grado di certezza delle contrattazioni perché, anche laddove a seguito di plurimi trasferimenti dei «diritti di sviluppo» il permesso di costruire non fosse rilasciato, la condizione travolgerebbe solo l'ultimo dei contratti senza incidere su quelli stipulati in precedenza[605].

Sempre con riferimento alla sicurezza del rapporto contrattuale si precisa che alla condizione in oggetto non si applica la c.d. «finzione di avveramento» prevista dall'art. 1359 c.c., essendo l'evento dedotto in condizione un requisito legale di efficacia che deve sussistere necessariamente affinché il negozio produca i suoi effetti.

Pertanto, qualora l'autorizzazione edilizia non sia rilasciata per una causa imputabile alla parte che ha un interesse contrario al suo avveramento, il negozio non produrrà i suoi effetti, e la parte dovrà i risarcire i danni per inadempimento avendo tenuto un comportamento contrario al principio generale della buona fede ai sensi dell'art. 1375 c.c.[606]

Seppure per i motivi illustrati la condizione risolutiva appare astrattamente la idonea a consentire l'interrelazione tra diritto privato e diritto amministrativo non si possono ignorare i rischi che tale soluzione potrebbe portare con sé.

I pericoli riguarderebbero principalmente la tutela dell'acquirente nell'ipotesi di irretroattività della condizione nel caso in cui il permesso non fosse rilasciato[607].

Tuttavia, anche laddove si ritenesse di dover preferire una condizione volontaria con carattere retroattivo emergerebbero alcune problematiche. Nel caso in cui, ad esempio, il denaro fosse versato direttamente al venditore e non depositato presso un notaio, il cessionario che non avesse ottenuto il permesso di costruire, dovrebbe esperire azioni legali per rientrare in possesso delle somme versate al venditore a fronte di un rifiuto di quest'ultimo a restituirle.

Non potrebbero inoltre trascurarsi le conseguenze degli effetti *ex tunc* della condizione su eventuali trasferimenti di cubatura precedentemente conclusi.

---

605 A causa delle perduranti incertezza da parte di dottrina e giurisprudenza circa i caratteri della condizione legale, si ritiene opportuno operare (con particolare cautela dati gli interessi esterni a cui la condizione risponde), una regolamentazione pattizia della condizione così da precisare in modo specifico l'evento condizionante, da disciplinare la fase della pendenza e degli effetti dell'avveramento o del mancato avvera mento e per evitare qualsiasi dubbio pratico in ordine alla soggezione del negozio alla disciplina propria dei negozi sospensivamente condizionati. In tal senso G. PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile, cit.,* p. 288. Sul punto, con riferimento alla *condicio iuris* con carattere sospensivo, è intervenuta la giurisprudenza statuendo che, in assenza di limiti legali di volta in volta previsti, le parti possono regolamentare pattiziamente l'operatività della condizione legale, ad esempio indicando il termine entro cui l'avveramento della condizione può intervenire, o decorso il quale il negozio deve necessariamente intendersi inefficace. Cfr. Cass., Sez. II, 5 agosto 1977, n. 3559, in *Mass. Giust. civ*., 1977.

606 La parte lesa potrebbe anche scegliere di attivare le procedure giurisdizionali o amministrative volte a far annullare la decisione (illegittima) eventualmente adottata dalla p. a., ristabilendo così gli effetti della mancata condizione. Tale particolare ipotesi sarà oggetto di ulteriori approfondimenti nel paragrafo 6.

607 La risoluzione del contratto in cui il cessionario non ha ottenuto il permesso di costruire potrebbe infatti ripercuotersi su tutti i contratti precedentemente sottoscritti e sottoposti alla medesima condizione, con effetti particolarmente gravi in ordine alla certezza delle contrattazioni.

Se dunque è certamente vero che la condizione risolutiva agevola le transazioni e permette al negozio privatistico e al provvedimento pubblico di operare in sincronia, dall'altro mette potenzialmente entrambe le parti in una posizione di svantaggio: il cedente perché a fronte di una cubatura immediatamente trasferita non può entrare in possesso della somma di denaro depositata presso il notaio ed il cessionario perché corre il rischio di dover esperire plurime azioni legali per rientrare in possesso della somma versata laddove non abbia ottenuto il rilascio del permesso.

Pur nella consapevolezza che un'adeguata redazione del contratto da parte del notaio porterebbe a strutturarlo in modo tale da tutelare adeguatamente entrambe le parti, non si può negare che astrattamente le obiezioni indicate, se portate alle estreme conseguenze, potrebbero scoraggiare gli acquirenti, divenendo un limite se non addirittura freno, all'utilizzo dell'istituto.

Le parti potrebbero allora ritenere più rispondente ai loro interessi l'apposizione di una condizione con carattere sospensivo.

In questo modo ciascuna delle parti si spoglierebbe dei propri beni solo al verificarsi dell'evento dedotto in condizione.

Le perplessità inerenti alla legittimazione del cessionario, sollevate all'inizio, potrebbero essere superate prevedendo in sede di stipula un impegno scritto da parte del cedente, ancora formalmente titolare della volumetria, volto al compimento di tutte le attività propedeutiche al rilascio del provvedimento.

La soluzione prospettata, richiama alla mente la prassi diffusa prima della novella in cui, per sopperire all'inopponibilità del contratto e dunque alla mancanza di un titolo che legittimasse il cessionario, le parti, parallelamente all'accordo, predisponevano un «atto d'obbligo» con cui il cedente si impegnava verso il Comune a non utilizzare la cubatura sul proprio fondo ed a fare quanto necessario per il rilascio del titolo abilitativo maggiorato a favore del cedente[608].

Anche tale soluzione non è invero immune da critiche.

La previsione di una condizione sospensiva differisce l'efficacia reale del contratto[609].

Inoltre, seppure ad una prima lettura essa sembra tutelare maggiormente i contraenti permettendo loro di spogliarsi dei propri beni solo con la produzione degli effetti del contratto, d'altro canto essa

[608] «Il contratto, di natura privatistica, non produce effetti reali ma solo obbligatori, consistenti nell'impegno assunto dal proprietario cedente a non richiedere la concessione e a non costruire sul proprio suolo e a fare quanto necessario per facilitare il rilascio della concessione maggiorata a favore del proprietario cessionario. Il cedente manifesta il proprio assenso affinché la Pubblica Amministrazione attribuisca la sua cubatura al cessionario». F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura, cit.,* p. 639; nello stesso senso M. LEO, *Il trasferimento di cubatura, cit.,* p. 12. Il cedente in passato confermava dunque il suo impegno o in modo diretto oppure attraverso l'assunzione di uno specifico obbligo contrattuale di porre in essere l'atto d'obbligo a richiesta del cessionario (eventualmente costituito mandatario *in rem propriam*). L'atto d'obbligo, ricevuto e accettato dalla pubblica amministrazione, rendeva irrevocabile verso quest'ultima la volontà del cedente, consolidando anche sotto il profilo pubblicistico gli effetti già verificatisi sul piano privatistico.

[609] Più precisamente si parla di efficacia reale differita o eventuale che può ad esempio verificarsi nella vendita di cosa generica, nella vendita di cosa futura, nella vendita di cosa altrui e appunto anche nella condizione sospensiva.

impone di ricorrere ad uno schema contrattuale e ad adempimenti burocratici più complessi di quelli richiesti nell'ipotesi precedente, vincolando il cessionario al comportamento del cedente[610].

Dalla breve analisi condotta emerge dunque come non sia possibile determinare *a priori,* in modo del tutto astratto ed assoluto, quale sia la condizione più idonea da apporre al contratto, essendo invece necessaria una valutazione caso per caso[611].

È infatti ragionevole ritenere che le modalità attraverso cui tale condizione operi debbano essere stabilite di volta in volta dalle parti.

In questo modo la connessione tra diritto privato e diritto amministrativo si estrinseca attraverso la condizione meglio esprima le esigenze dei contraenti, i quali contestualmente predisporranno tutti i meccanismi evizionali opportuni per la realizzazione degli effetti del negozio, anche in ragione della circolazione della volumetria avvenuta fino a quel momento.

Ancora una volta la corretta operatività dell'istituto si rinviene nella volontà dei contraenti veicolata dalla modulazione dell'accordo che trasferisce la potenzialità volumetrica.

Per tale ragione si ritiene opportuno rimandare al paragrafo che segue l'analisi di casi concreti così da verificare come possa incidere l'eventuale inefficacia del contratto sul provvedimento della p. a.[612].

---

610 Anche in questo caso potrebbe infatti accadere che il cedente decida di non adempiere agli obblighi assunti in sede di stipula costringendo il cessionario ad agire nei suoi confronti per l'ottenimento del permesso. È bene precisare che al riguardo potrebbe operare, in presenza dei presupposti necessari, il rimedio previsto dall'art. 1359 c.c.

611 Ciò che emerge non è una «fattispecie complessa a formazione progressiva» in completa al momento della stipula e destinata a perfezionarsi solo con il rilascio del titolo abilitativo maggiorato. In tal senso S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 138. L'autrice sostiene che ogni fase del contratto è già perfetta ed ognuna contribuisce a formare l'istituto nel suo complesso. Il trasferimento, la creazione o la modifica della potenzialità volumetrica deve avere riguardo unicamente al contratto che, pertanto, produce effetti reali. Ciò che il contratto non può fare invece è attribuire di per sé al cessionario la possibilità di costruire, potere che deriva al privato solo a seguito del permesso rilasciato dal Comune. Il contratto si compone di due momenti che possono realizzarsi in ambiti temporali diversi: quello privatistico in grado di generare e spostare la volumetria e quello pubblicistico attraverso il quale si può invece fruire della cubatura. Le due fasi sono tuttavia collegate in ordine logico e cronologico e ciascuna di esse può produrre effetti. Non può invece parlarsi di «fattispecie complessa» nel senso proprio del termine in quanto, i fatti che la compongono, non producono effetti, avendo carattere obbligatorio ed essendo preordinati alla produzione dell'effetto finale. Oggi la dottrina ritiene che l'utilizzo del termine «fattispecie» debba cedere il passo a quello di «procedimento», presente nel diritto amministrativo ma utilizzabile anche in ambito più strettamente privatistico. In esso il completamento della «fattispecie» avviene attraverso il concorso di fatti ed elementi di varia natura e variamente incidenti sugli effetti finali. In tal senso si veda F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 2011, pp. 99-100.

612 Per tutte le ragioni illustrate si ritiene che debba essere posta particolare attenzione nei trasferimenti di volumetria , sia dal punto di vista redazionale (attraverso la riproposizione delle condizioni, unitamente all'indicazione chiara degli effetti di ciascuna), sia dal punto di vista dell'esecuzione delle formalità pubblicitarie (attraverso l'apposizione di indicazioni nella nota o l'eventuale effettuazione della cancellazione della stessa). Inoltre sia consentito in questa sede solo anticipare il caso in cui ad esempio sia stata approvata una variante al Piano Regolatore Generale in grado di incidere negativamente sul contratto stipulato. Gli effetti di una simile ipotesi sono identici sia nel caso in cui il permesso di costruire sia già stato rilasciato che in quello in cui non sia ancora stato emesso. Infatti se si aderisce all'impostazione secondo cui gli effetti del contratto sono subordinati ad una condizione legale risolutiva rappresentata dall'autorizzazione del Comune ad edificare, il negozio si risolve per mancanza del provvedimento edilizio, con l'effetto che il pregiudizio derivante dalla modifica del piano o dal mancato rilascio del permesso da parte dell'ente territorialmente competente è sopportato non dal cessionario ma da cedente. La stessa ipotesi potrebbe giungere ad effetti estremi nel caso in cui le siano in procinto di stipulare un contratto avente ad oggetto una cessione parziale della capacità edificatoria di un fondo, che però, a seguito di una variante urbanistica, subisce una totale estinzione o una sensibile riduzione. In tal caso il cessionario potrà, a fronte della minore capacità edificatoria di cui potrebbe godere, chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità ai sensi dell'art. 1467 c.c. salvo ovviamente il cedente non si offra di ridurre proporzionalmente il prezzo. Le parti potrebbero altresì decidere di far venir meno il contratto per presupposizione ove, la esistenza di una volumetria seppure minima, fosse stata

6. La sorte del provvedimento amministrativo per invalidità del contratto.

Una volta individuate quali siano potenzialmente le modalità con cui il permesso amministrativo può incidere sul contratto, è interessante analizzare altresì quale possa essere la sorte di tale provvedimento nel caso di invalidità del negozio che ha trasferito la volumetria, pur nella consapevolezza della complessità del tema e senza la pretesa di completezza.

Per farlo si è ritenuto opportuno prendere in esame alcune specifiche vicende, al fine di mettere in luce le possibili soluzioni operative[613].

Secondo la dottrina che sostiene la natura discrezionale dei provvedimenti edilizi la sfera dell'autonomia delle parti e quella amministrativa sono distinte e tendenzialmente indipendenti[614].

Ne consegue che le vicende contrattuali non possono riverberarsi sull'operato della p. a. e viceversa.

Secondo tale dottrina il principio esposto assume una portata generale salvo il caso in cui sia lo stesso legislatore a tipizzare la tangenza tra le due materie cosicché l'inefficacia del contratto possa determinare l'annullamento del provvedimento (e viceversa), o qualora «(…) si riconosca alla pronuncia del giudice una forza caducante così forte da travolgere anche il provvedimento od il contratto»[615].

Laddove però il permesso di costruire si riconduca ad un atto vincolato, è opportuno analizzare almeno teoricamente, se le vicende civilistiche dei diritti edificatori possano astrattamente ripercuotersi sui provvedimenti emessi dall'ente territorialmente competente, in virtù del fatto che l'invalidità del

---

presa in considerazione da entrambi i contraenti come fatto oggettivo e sia stata determinante per la stipulazione del contratto. L'ipotesi presa in considerazione esamina solo il caso in cui il contratto non sia stato ancora sottoscritto perché, in caso contrario, l'acquirente assume su di sé l'intero rischio e non può vantare pretese nei confronti dell'altra parte, salvo quanto meglio precisato nel paragrafo 6.

613 Come rilevato da un attento Autore, nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativa il fenomeno è analizzato da una diversa angolazione, come sorte del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo. Tuttavia come si rinviene in taluna letteratura, la problematica di fondo è la stessa, poiché *mutatis mutandis* e per il principio della logica aristotelica secondo cui se A è uguale a B, allora anche B è uguale ad A, le problematiche inerenti alla sorte del contratto, possono essere estese alla sorte del provvedimento a seguito di annullamento del contratto. In tal senso 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. Atti del Convegno di Pescara, 18-19 giugno 2014*, p. 8.

614 Se infatti la separazione fosse netta ed assoluta si avrebbe la conseguenza che il vizio del provvedimento non potrebbe determinare l'invalidità del contratto, né il vizio del contratto potrebbe annullare il provvedimento.

615 In tal senso A. BARTOLINI,*Circolazione dei diritti edificatori fra tecniche perequative e compensative, cit.,* p. 9. L'Autore ritiene che nessuna delle due eccezioni possa essere applicata al caso di specie. Non la prima perché manca una disciplina *ad hoc* che disciplini tale possibilità, non la seconda perché anche in via generale, la possibilità che la sentenza del g. a. determini un effetto caducante è molto discussa in dottrina ed in giurisprudenza. Per l'Autore l'invalidità che colpisce il contratto con cui si è trasferita la volumetria sembra dunque essere *res inter alios acta* tale da non poter incidere in alcun modo sul provvedimento pubblico, determinando solo un eventuale risarcimento del danno. In senso contrario non si può non rilevare che seppure è vero che la sentenza fa stato tra le parti, essa assume anche valore *erga omnes* cosicché non si può escludere che l'invalidità del contratto, seppure indirettamente, possa riverberarsi sul provvedimento amministrativo. In tal senso si veda G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 439, che ritiene necessario un ripensamento di tali posizioni per il fatto che la novella del 2011 ha enfatizzato «il legame tra l'accordo tra i privati e l'intervento della Pubblica amministrazione in un ottica di migliore realizzazione della congerie di interessi pubblici in gioco».

contratto determina il venir meno di uno dei presupposti tecnici necessari per il rilascio del titolo abilitativo maggiorato[616].

Tenendo a mente tali osservazioni è possibile individuare tre ipotesi in cui, a fronte di un contratto dichiarato invalido, si possono avanzare più ipotesi con riferimento alla sorte del permesso di costruire[617].

La prima è certamente la più pacifica e riguarda il caso in cui la nullità del contratto sia rilevata prima della richiesta del titolo abilitativo. In tal caso, anche qualora il cessionario presentasse la domanda presso lo sportello preposto, la p. a., in mancanza di un titolo idoneo al rilascio del provvedimento (ossia il contratto trascritto), negherà certamente il permesso di costruire.

Più complessa è l'ipotesi in cui l'Amministrazione abbia invece già rilasciato il permesso ma il cessionario non abbia ancora iniziato la costruzione.

Al riguardo è opportuno osservare come la p. a., per stabilire se rilasciare o meno il permesso di costruire, si basa esclusivamente sui dati esistenti al momento della presentazione della domanda, effettuando una valutazione volta ad accertare che esistano tutti i requisiti richiesti dalla legge per realizzare la costruzione.

---

[616] L'ipotesi in esame invero è particolarmente complessa tanto da non poter essere esaurita in poche pagine. In estrema sintesi si può affermare che a seconda dell'impostazione seguita le soluzioni prospettabili potrebbero essere quelle dell'annullamento di ufficio (conseguente a una presunta illegittimità dell'atto per sopravvenuta carenza di un presupposto) oppure della revoca (che prescinde dalla illegittimità dell'atto e presuppone una mutazione della situazione di fatto che aveva giustificato l'adozione di quel certo provvedimento).

[617] Il riferimento riguarda non solo le ipotesi di micropianificazione urbanistica ma anche quelle di perequazione, compensazione ed incentivazione ed infine il caso più generico della mera preesistenza di atti di asservimento sull'area oggetto di un intervento edificatorio. È interessante verificare ad esempio che cosa accada nel caso in cui lo strumento urbanistico muti durante la circolazione della volumetria. In passato la giurisprudenza riteneva che le variazioni introdotte dallo strumento urbanistico incidessero sull'area asservita, cosicché la cubatura sviluppata doveva essere adeguata alla nuova previsione. Più recentemente è invece intervenuto il Consiglio di Stato con la pronuncia del 9 luglio 2011, n. 4134 in *Urb. app.,* 2013, 4, p. 383. La Corte ha statuito che le modifiche comportanti un nuovo indice edificatorio riguardano solo le aree libere e non invece quelle già edificate o vincolate in tal senso. «Le previsioni di piano (...) servono a conformare l'edificazione futura e non anche le costruzioni esistenti al momento dell'entrata in vigore del Piano o di una sua variante (...) ciò facendo con prescrizioni tendenzialmente a tempo indeterminato, in quanto conformative della destinazione dei suoli». Cfr. A. SAVATTERI, *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle norme in materia di trascrizione, cit.,* pp. 383- 384. Altro problema riguarda il caso in cui a seguito dell'alienazione di cubatura e prima del suo atterraggio intervenga una modifica del Piano Regolatore che appone un vincolo sul fondo cedente. Ci si è interrogati se tale vincolo coinvolga anche la cubatura del fondo cedente formalmente non ancora atterrata sul altro suolo o se invece riguardi il fondo cessionario. Poiché la p. a. non viene a conoscenza del trasferimento della volumetria fino a che non è presentata presso lo sportello unico dell'edilizia la richiesta del permesso di costruire da parte del cessionario, si ritiene che fino a quel momento per l'Amministrazione la volumetria rimane attribuita al fondo cedente con l'effetto che il cessionario si accollerebbe il rischio di un'eventuale perimento della cubatura prima del suo atterraggio. A tal riguardo deve sottolinearsi però che il contratto di trasferimento sottoscritto dalle parti è perfetto da subito cosicché la volumetria seppure non ancora atterrata non deve considerarsi già staccata dal fondo cedente. Se dunque il vincolo riguarda l'area dell'alienante, l'acquisto effettuato dal cessionario dovrebbe essere considerato salvo. D'altro canto la p. a. avrebbe raggiunto il suo obiettivo indirettamente in quanto l'intento di impedire l'edificazione in una certa area si sarebbe comunque verificato per effetto della cessione della volumetria, mentre il vincolo negativo della p. a. avrebbe solo un valore *profuturo.* Ciò ovviamente dipende dal tipo di condizione, sospensiva o risolutiva, che le parti avranno deciso di inserire nel contratto e che muterà inevitabilmente le conseguenze della vicenda descritta. Il problema non si pone invece laddove la volumetria sia già atterrata alla data dell'introduzione delle modifiche del Piano Regolatore. In tal caso infatti è già intervenuto il provvedimento di autorizzazione a costruire a favore del cessionario da parte della p. a. cosicché la posizione del fondo cessionario nulla può avere più a che fare con il fondo cedente.

Ciò significa che la p.a. non è in grado di conoscere, né di valutare le vicende successive all'emissione del titolo avente ad oggetto la capacità edificatoria.

Ne consegue che il provvedimento rilasciato non viene meno automaticamente, in caso di invalidità del contratto, perché conforme al piano regolatore ed all'accordo privatistico presentato al momento della domanda e preso in esame dal Comune[618].

Tuttavia, richiamando le regole generali dettate in materia di nullità, emerge che nel contratto dichiarato nullo, le prestazioni già eseguite costituiscono un indebito perché prive di titolo e, in quanto tali, restituibili ai sensi dell'art. 2033 c.c.

Pertanto teoricamente nell'ipotesi di nullità del contratto di trasferimento di volumetria, le parti potrebbero chiedere indietro le prestazioni già eseguite, con l'effetto che il cedente avrebbe il diritto di pretendere la cubatura alienata ed il cessionario la somma pagata.

Laddove il cedente abbia ottenuto dal g. o. (contestualmente o successivamente all'azione per far valere la nullità del contratto) una pronuncia che riconosca la ripetizione dell'indebito, egli potrebbe sollecitare la pubblica amministrazione alla rimozione del permesso di costruire su cui ha inciso la sentenza, in modo che sia impedito al cessionario di edificare[619].

Inoltre basterebbe far leva sull'effetto retroattivo della nullità nei confronti delle parti e dei terzi, per concludere che l'invalidità del negozio sarebbe in grado di travolgere anche il titolo in virtù del quale il cessionario ha ottenuto il permesso di costruire che, conseguentemente, secondo una dottrina, sarebbe esposto ad annullamento[620].

Pur non potendosi negare che nei trasferimenti di volumetria il legame esistente tra accordo privatistico ed intervento della p. a. sia enfatizzato in un'ottica di migliore realizzazione degli interessi in gioco, si ritiene che alcuni passaggi della ricostruzione appena effettuata siano discutibili.

---

618 Come già accennato nel capitolo I, le vicende di diritto privato e di diritto pubblico procederebbero lungo due binari paralleli «(…) 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». Cfr. N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile, cit.,* p. 1121.

619 In tal senso A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori,* in *Riv. giur. edil.*, 1, II, 2010, p. 6; F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo e trascrizione", cit.,* p. 6. I soggetti lesi possono avvalersi di una «doppia tutela» che consiste nel poter esperire davanti al giudice ordinario le azioni ordinarie per ottenere tutela secondo le regole dettate dal codice civile e nel poter altresì impugnare davanti al giudice amministrativo il provvedimento illegittimo. Lo stesso tipo di tutela si può riscontrare anche per i soggetti terzi lesi. Si tratta di una tutela concorrente ma separata in quanto il privato è titolare di due diverse posizioni, di diritto soggettivo ed interesse legittimo. Si pensi al caso in cui un soggetto terzo sia stato leso dal permesso di costruire rilasciato dal Comune che viola le distanze minime tra edifici previste dal codice civile. In questo caso il soggetto terso potrà adire al giudice ordinario per la demolizione dell'edificio per violazione delle norme in materia di distanza e potrà poi impugnare davanti al giudice amministrativo il titolo abilitativo illegittimo. In tal senso Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2954, TAR Puglia, Bari, Sez. II, 9 giugno 2011, n. 847 in *Foro amm. Tar*, 2011, 6, p. 2090;

620 In tal senso sia consentito rinviare a M. LIBERTINI, *Sui «trasferimenti di cubatura», cit.,* pp. 681-682. Si veda anche A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso, cit.,* p. 217. L'Autrice conduce lo stesso ragionamento, in tono critico, con riferimento alla risoluzione per inadempimento del contratto a fronte del quale la p. a. rilascia il permesso di costruire.

Se da un lato è certo che l'invalidità del negozio determina l'estinzione delle situazioni giuridiche costituite o scambiate nel contratto[621], è dubbio che tale effetto possa travolgere anche la validità del permesso di costruire rilasciato antecedentemente alla sentenza dichiarativa di nullità.

Il dubbio deriva principalmente dalla netta separazione esistente tra gli interessi privati e quelli pubblici che gravitano attorno al provvedimento amministrativo.

Tale distinzione sembra avere un riscontro normativo nell'art. 11 del d.P.R. 380 del 2001 che, al secondo comma, stabilisce sia l'irrevocabilità del permesso di costruire, sia il fatto che detto permesso «non incide sulla titolarità della proprietà o di altri diritti reali relativi agli immobili realizzati per effetto del suo rilascio».

Dalla disposizione possono trarsi due importanti considerazioni per il ragionamento che si sta conducendo.

La prima, è che la possibilità dei privati di agire con un'azione volta ad una riduzione in pristino, è limitata alle sole ipotesi in cui è la stessa disciplina urbanistica ad ammettere l'annullamento del permesso di costruire.

La separazione tra i due sistemi, pubblicistico e privatistico, impedirebbe alla retroattività del contratto di ripercuotersi sul provvedimento amministrativo, che può essere oggetto di valutazione solo in relazione agli interessi pubblici[622].

La seconda, attiene al fatto che, poiché il rilascio dell'autorizzazione non può incidere sulle posizioni di diritto privato, l'eventuale annullamento del provvedimento dipende esclusivamente dal contrasto con un interesse pubblico piuttosto che privato (che potrà invece essere fatto valere secondo i rimedi del diritto civile).

Pertanto, nel caso in cui la p. a. abbia rilasciato il permesso di costruire a fronte di un contratto dichiaro solo successivamente nullo, essa non sarà vincolata all'annullamento del titolo, per il fatto che, quando l'autorizzazione è stata emessa, sussistevano tutti i requisiti tecnici richiesti dalla legge[623].

Ancor più complessa è infine l'ipotesi in cui il contratto venga dichiarato nullo dopo l'emissione del permesso di costruire e la realizzazione del fabbricato.

---

[621] A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.,* XL, Milano, 1989, pp. 1307-1328.

[622] Cfr. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso, cit.,* p. 218. L'autrice rileva per contro che il principio della separazione tra vicende privatistiche e pubblicistiche lascerebbe altresì intatti tutti i rimedi di cui dispone il cedente a prescindere dall'annullamento del provvedimento amministrativo. L'ostacolo sarebbe invero rappresentato dall'art. 2933 co. 2 c.c. che recita «Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale». La norma opera dunque in caso di conflitto di interessi tra privati, limitando il ripristino dello *status quo ante.*

[623] Solo nel caso in cui la p. a. ritenesse illegittimo il provvedimento per contrasto con la normativa che lo regola, allora potrebbe verificare altresì l'interesse pubblico alla sua rimozione riconoscendo più rispondente alle esigenze della collettività l'annullamento dell'autorizzazione, con la conseguenza che al cessionario non sarà più permesso di costruire stante l'avvenuto mutamento degli interessi in gioco. Nell'ipotesi così descritta il vizio di invalidità del contratto potrebbe dunque incidere sul provvedimento amministrativo, seppure solo in modo indiretto ed unicamente previa valutazione del caso specifico da parte dell'Amministrazione.

Anche in tal caso vale quanto indicato nell'ipotesi precedente, con l'effetto che la caducazione del contratto non comporta né un'immediata riespansione della volumetria come originariamente appartenente al terreno cessionario, né l'automatica rimozione del provvedimento.

È tuttavia innegabile come l'invalidità del negozio determini, da un punto di vista urbanistico ed edilizio, un danno ancor più grave di quello descritto nell'ipotesi precedente, in quanto, venendo a mancare uno dei requisiti necessari per il rilascio del permesso di costruire e dunque per la realizzazione della costruzione, l'immobile già edificato deve necessariamente ritenersi abusivo *ex post*[624].

In base al ragionamento condotto nel caso precedente, anche in tal caso il soggetto interessato potrebbe far valere nei confronti della p. a. la sentenza con cui il giudice ordinario abbia accordato la ripetizione dell'indebito.

Più precisamente, una volta comunicati allo Sportello Unico dell'edilizia la risoluzione del contratto e la sentenza emessa dal g. o., l'Amministrazione potrebbe intraprendere una procedura di annullamento, con effetto retroattivo, del titolo abilitativo maggiorato già emesso[625].

Tale possibilità sarebbe giustificata dal venir meno del contratto validamente trascritto che costituisce, proprio ai sensi dell'art. 11 co. 1 del T. U. E., uno dei presupposti di legittimità per il suddetto rilascio.

Ai fini dell'annullamento non è peraltro sufficiente la sopravvenuta illegittimità del titolo rilasciato dovendosi invece dimostrare l'interesse pubblico alla rimozione della costruzione fino a quel momento realizzata.

Ciò impone un'adeguata motivazione del provvedimento di ritiro, compiuta nell'ottica di un bilanciamento degli interessi pubblici e privati, a sfavore del cessionario che, per effetto della risoluzione del contratto, non è più titolare di alcuna posizione giuridicamente tutelata[626].

In sostanza l'annullamento potrebbe aversi solo se sussistesse anche un interesse pubblico attuale tale da giustificare la lesione del privato.

Dunque se la p. a. ritenesse la suddetta decisione rispondente ad un interesse collettivo generale potrebbe acconsentire alla soppressione della costruzione con l'effetto dell'automatica riespansione della cubatura come era in origine (fatta eccezione per il caso di diverse pattuizioni previste dalle parti)[627].

---

[624] La ricostituzione della cubatura sul terreno su cui essa era originariamente sorta non può verificarsi fino a che sia esistente la costruzione realizzata su altro suolo. Una dottrina ritiene a tal proposito i siano gli estremi per l'esercizio dell'azione di arricchimento senza causa. Si veda a tal proposito M. LIBERTINI, *Sui «trasferimenti di cubatura», cit.,* p. 82 ss.

[625] Cfr. Cfr. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso, cit.,* p. 218 ss.

[626] È evidente che laddove vi sia un inadempimento contrattuale la posizione vantata dal soggetto non può mai considerarsi legittima. È bene sottolineare che la giurisprudenza amministrativa si è espressa con una recente sentenza stabilendo che, nel caso in cui l'opera edilizia sia già iniziata e il soggetto non sia in buona fede, non è necessario dimostrare l'esistenza di un preminente interesse pubblico per ottenere l'annullamento del provvedimento. Cfr. Cons. Stato, 12 ottobre 2004, n. 6554 in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[627] A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori fra tecniche perequative e compensative, cit.,* p. 10. Potrebbe verificarsi che due soggetti (uno dei quali potrebbe appunto essere un organo pubblico) pongano in essere un contratto di trasferimento di

D'altro canto ciò sembrerebbe porsi in linea con il rapporto di correlazione reciproca tra accordo privatistico ed intervento del Comune, dal quale l'istituto in esame non può prescindere[628].

La soluzione prospettata, anche se teoricamente ammissibile, non tiene conto della difficoltà di attuare l'abbattimento di un edificio già esistente soprattutto laddove l'illegittimità del titolo sia appurata a distanza di tempo.

Le conseguenze di una tale scelta sarebbero molto gravi perché determinerebbero un pregiudizio su tutti gli aventi causa del cessionario, incidendo in modo negativo sulla sicurezza delle contrattazioni con effetti paradossali sui contratti fino a quel momento posti in essere.

Infatti mentre nella seconda ipotesi descritta il Comune potrebbe astrattamente intervenire per impedire *ab origine* l'edificazione della costruzione, bloccando alla radice la modifica dell'assetto urbanistico di una certa zona, nel caso in esame se la p. a. decidesse per il ripristino dello *status quo ante,* andrebbe ad incidere su un assetto territoriale ormai esistente e magari consolidatosi da tempo.

Ne consegue che un bilanciamento dei valori coinvolti porterebbe a dover preferire colui che ha realizzato l'edificio e la collettività circostante, cosicché il soggetto privato della volumetria potrebbe trovare ristoro nel solo risarcimento del danno.

Tale forma di tutela rimane dunque ancora oggi, lo strumento principale a disposizione delle parti, pur dubitandosi del fatto che tale rimedio possa essere sempre considerato pienamente satisfattorio per la parte che ne beneficia.

È infatti innegabile che la capacità volumetrica di un fondo assuma particolare rilievo per la determinazione del valore economico del terreno, che si abbassa notevolmente nel caso in cui il fondo non sia più edificabile.

Ne consegue che il soggetto interessato troverebbe adeguato ristoro solo laddove il risarcimento disposto dal giudice fosse almeno pari al valore economico che gli deriverebbe dalla vendita del proprio fondo se dotato della cubatura originariamente esistente mentre, in caso contrario, il ristoro economico non sarebbe pienamente soddisfacente.

Al di là delle specifiche modalità di risarcimento, quel che è certo, è che i casi analizzati dimostrano come la pluralità di interessi pubblici e privati in gioco renda difficoltoso individuare *a priori* regole astratte applicabili in modo generalizzato. Si ritiene dunque più opportuno procedere caso per caso, prendendo ogni volta in considerazione non solo il contratto che le parti hanno sottoscritto e le

---

diritti edificatori volutamente invalidabile cosicché, dopo aver ottenuto il provvedimento abilitativo e realizzato la costruzione, si trovino nella vantaggiosa posizione di aver realizzato un immobile sfruttando maggiore volumetria pur avendo stipulato un contratto invalido ed inefficace. L'Autore palesa tutta la sua preoccupazione sulla certezza dei rapporti giuridici che potrebbe essere inficiata dal fatto che gli accertamenti dei tribunali potrebbero essere effettuati con molto ritardo rispetto al rilascio del provvedimento da parte del Comune, con rischio di determinare una grave situazione di incertezza sull'immobile. L'Autore sostiene inoltre che il titolo emesso dovrebbe essere del tutto insensibile alla sorte del contratto per il fatto che l'adozione del provvedimento amministrativo segue le regole vigenti al momento in cui lo stesso è emesso cosicché la retroattività dell'annullamento avrebbe dei limiti ed il titolo non sarebbe invalido perché nel momento in cui è stato emesso erano vigenti tutti i presupposti di validità.

[628] In tal senso si veda G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 439.

clausole in esso contenute ma anche l'assetto urbanistico della zona in cui si è verificata la modifica volumetrica.

7. Menzioni urbanistiche e conformità catastale.

Si ritiene opportuno soffermarsi brevemente sulla disciplina delle menzioni urbanistiche e della conformità catastale, in quanto entrambe offrono spunti interessanti per una più completa strutturazione del contratto avente ad oggetto la potenzialità volumetrica.

Con riferimento alla prima normativa, come è noto, il d.P.R. 380 del 2001 richiede l'allegazione in atto del certificato di destinazione urbanistica unicamente nei casi di trasferimento di suoli al di sopra di una certa estensione.

L'art. 30 co. 2 di tale decreto statuisce infatti che «gli atti tra vivi, sia in forma pubblica che in forma privata aventi ad oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni sono nulli e non possono trascritti nei pubblici registri immobiliari ove agli atti stessi non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti l'area interessata».

Nell'istituto in esame non viene alienato alcun terreno, in quanto la peculiarità del trasferimento di volumetria risiede proprio nel fatto di poter cedere la potenzialità edificatoria senza doversi privare della titolarità del suolo sottostante.

Tuttavia, come già sottolineato nei paragrafi precedenti, il certificato di destinazione urbanistica può sopperire ad alcune lacune normative che di fatto, al momento, rendono più ardua la commercializzazione di tali «diritti»[629].

Al contempo tale documento permetterebbe di accertare la consumazione dei diritti edificatori su un determinato fondo, così da evitare la soluzione alternativa e fiscalmente più onerosa, dell'inserimento di tale indicazione all'interno di uno specifico atto pubblico che sancisca il consumo dei diritti edificatori.

Non si può inoltre trascurare che l'allegazione del c.d.u. sarebbe obbligatoria laddove si aderisse alla natura giuridica del diritto reale[630].

Pertanto, nonostante attualmente non sia necessario allegare il c.d.u. negli atti di trasferimento di volumetria, si ritiene altamente opportuno accludere all'atto tale certificazione proprio al fine di una maggiore certezza in ordine al *quantum* ed alla provenienza dei diritti edificatori trasferiti.

Tale annotazione d'altro canto si pone in linea con la prassi notarile che, al fine di assolvere ad un ruolo antiprocessuale, spesso predispone l'inserimento di detta menzione «per quanto occorrer possa» affinché essa divenga indice idoneo a prevenire domande giudiziali dirette ad accertare l'eventuale difetto di qualità della volumetria ceduta, deflazionando in tal modo gli aspetti processuali della vicenda.

---

629 Per approfondimenti si veda il capitolo II, paragrafo 1.2.

630 Cfr. L. IBERATI, *La natura giuridica dei diritti edificatori: profili civilistici*, *cit.,* p. 4. L'Autore sottolinea che se si aderisce alla natura giuridica del diritto reale, allora è obbligatoria l'allegazione del c.d.u.come previsto espressamente dal decreto.

Più agevole è il discorso relativo alla disciplina della conformità catastale, frutto del decreto legge 30 maggio 2010 n. 78 che ha aggiunto all'art. 29 alla legge 27 febbraio 1085 n. 52, il comma 1- *bis*[631].

L'operatività della disposizione che impone l'indicazione delle planimetrie depositate in catasto, presuppone l'esistenza di un'unità immobiliare urbana cui si riferisce l'atto.

Ciò significa che solo nel caso in cui i diritti edificatori scaturiscano da un fabbricato, magari abbattuto solo in parte al fine di riutilizzare la volumetria, sarà necessario il rispetto del decreto legge n. 78 del 2010 per una più chiara individuazione della volumetria.

8. Profili fiscali.

Nonostante il tema attenga ad un profilo maggiormente specialistico si è deciso di affrontare, seppur per sommi capi e senza la pretesa di completezza, alcune delle problematiche centrali della materia fiscale, in quanto la qualificazione e l'applicazione dei «diritti di sviluppo» si riflette in modo sensibile anche sul tale disciplina che, al pari degli altri ambiti analizzati, non sembra essere connotata da un sufficiente grado di certezza.

Le difficoltà, ancora una volta, nascono principalmente dall'intreccio delle norme privatistiche ed amministrative, oltre che dalla mancanza di un intervento del legislatore[632].

Un'indagine che decida di vagliare il trattamento tributario applicabile ai trasferimenti di cubatura, deve necessariamente prendere le mosse dall'individuazione della natura giuridica e forse, ancor prima, dall'identificazione del c.d. «presupposto» dell'imposta, necessario per stabilire la tassazione sia diretta che indiretta.

Al riguardo si rivelano decisive le argomentazioni condotte nei paragrafi precedenti in cui si è avuto modo di analizzare quale sia il momento conclusivo del contratto, con il risultato che il «presupposto di imposta» non può rinvenirsi nella mera sottoscrizione dell'accordo con cui il cedente rinuncia alla volumetria[633], quanto piuttosto nel rilascio del titolo abilitativo che assume forza di elemento condizionante[634].

---

631 L'art. 19 comma 1-*bis* recita: «Gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti, ad esclusione dei diritti reali di garanzia, devono contenere per le unità immobiliari urbane, a pena di nullità, oltre all'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, sulla base delle disposizioni vigenti in materia catastale. La predetta dichiarazione può essere sostituita da un'attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale. Prima della stipula dei predetti atti il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari».

632 Ciò ha determinato l'emanazione di plurime disposizioni di diverso rango, ognuna caratterizzata dall'utilizzo di una propria e peculiare terminologia oltre all'applicazione di prassi specifiche da parte degli uffici locali dell'Agenzia delle Entrate.

633 In tal senso si veda Cass., Sez. V., 14 maggio 2007, n. 10979, in *www.fisconline.it*. Nella sentenza la Corte ha individuato come momento per stabilire il presupposto del calcolo del trattamento tributario, la conclusione del contratto.

634 In tal senso anche Comm. trib. centr., decreto, 18 marzo 1992, n. 2133, in *www.fisconline.it*

Per quanto concerne invece l'influenza della natura giuridica sulle imposte indirette, si precisa che nel caso in cui ricorrano i presupposti stabiliti dall'art. 2 co. 1 del d.P.R. del 26 ottobre 1972 n. 663, (rubricato «cessioni di beni») e ove la cessione di cubatura sia assimilata ad un diritto reale di godimento, l'atto deve essere assoggettato ad Iva attualmente calcolata al 22%.

Ove invece la cessione di cubatura venisse ricondotta ad un contratto ad effetti obbligatori, come spesso avveniva prima della novella, l'atto sarebbe assoggettabile all'imposta di registro, non ai sensi dell'art. 2, bensì ai sensi dell'art. 3 comma 1, come prestazione di servizio, con una minore imposizione fiscale.

Nel caso in cui invece non sussistano i presupposti per l'applicazione dell'Iva, la cessione di cubatura, quale diritto reale, sarebbe assoggettata all'imposta di registro all'8%[635], ai sensi dell'art. 1 Tariffa parte 1 allegata al Tur[636], in quanto vi è un effetto traslativo immediato, non rilevando il tipo di diritto reale a cui l'istituto è ricondotto[637].

Anche con riferimento alla fase della circolazione, l'imposta applicabile è quella dell'8%[638], fatto che non potrebbe aversi ove i diritti in esame fossero assimilati a «crediti edilizi» o ad un «bene»[639].

Per quanto concerne invece le imposte dirette, è opportuno verificare se sussista o meno un reddito tassabile in capo al cedente successivamente al trasferimento della capacità edificatoria.

Per lungo tempo si è sostenuta la non imponibilità del reddito, stante il carattere indennitario del corrispettivo[640] e per il fatto che, il dato letterale dell'art. 67 Tuir, nell'indicare i «redditi diversi», non comprende nella sua elencazione la cessione di cubatura[641].

---

635 È bene precisare che gli atti a titolo oneroso ai sensi dell'art. 1 Tariffa parte 1 allegata al Tur a decorrere dal 1 gennaio 2014 devono essere assoggettati ad un'aliquota pari al 9% a seguito della novella di sui all'art. 10 del d.lgs. 14 marzo 2011 n. 23 modificato dall'art. 26 co. 1 d. l. 12 settembre 2013 n. 104 convertito dalla legge 8 novembre 2013 n. 128 che ha inciso direttamente sull'art. 1 della tariffa allegata al d.P.R. 131 del 1986 (Tur).

636 Si ricorda che ai sensi dell'art. 40 del Tur, imposta di registro ed Iva sono regimi applicabili in modo alternativo, nel senso che sono assoggettabili ad imposta di registro solo quegli atti aventi ad oggetto il trasferimento di cubatura che non siano soggetti ad Iva.

637 È infatti indifferente dal punto di vista della tassazione applicabile la riconduzione dei diritti edificatori al diritto di proprietà piuttosto che al diritto di superficie o ancora ad un diritto reale atipico. Inoltre la Risoluzione 250948/76 del 17 agosto 1976 in *www.fisconline.it* ha asserito che si producono effetti analoghi a quelli costitutivi di un diritto reale di godimento. Nello stesso senso si veda la Cass., Sez. V, 14 maggio 2007, n. 10979, che ritenendo che la cessione di cubatura sia assimilabile al trasferimento di un diritto reale immobiliare sostiene debba applicarsi alla stessa l'imposta di registro. Non risulterebbe invece decisivo aderire alla tesi dei diritti edificatori come bene giuridicamente autonomo, ove venga data prevalenza alla componente immobiliare. Se invece si aderisse alla ricostruzione di un contratto con effetti obbligatori l'imposta sarebbe quella ordinaria al 3% stante l'applicazione dell'art. 9 Tariffa parte 1 allegata al Tur.

638 Art. 1 della Tariffa, parte prima, allegata al d.R.P. 131 del 1986. In quanto diritti reali, sarebbe altresì applicabile, nel caso di circolazione, l'aliquota agevolata dell'1%, anche a seguito della conversione del D.L. c.d. 29 dicembre 2010, n. 225 c.d. «mille proroghe» nella legge 10 del 2011 all'art. 2 comma 23 ha stabilito l'estensione ad otto anni del periodo di utilizzazione delle aree comprese in piani urbanistici particolareggiati per l'attuazione di edilizia residenziale (prorogando il periodo di cinque ad altri tre anni).

639 Nel primo caso si creerebbe un conflitto tra la disciplina prevista dall'art. 2 Tariffa prima parte del Tur e la modalità tipica di circolazione dei titoli di credito che non impone la registrazione delle relative girate (in quanto dall'art. 8 della tabella allegata rientrerebbero in «altri titoli in serie»). Nemmeno nel secondo caso si potrebbe avere l'imponibilità della plusvalenza stante la tassatività degli atti plusvalenti in cui non rientrano i beni autonomi.

640 Il diritto edificatorio rappresenta l'oggetto di una diversa prestazione mediante la quale la p. a. ristora la perdita di valore che il lotto ha subito.

L'Agenzia della Entrate tuttavia, intervenuta a disciplinare i redditi tassabili con la risoluzione del 20 agosto 2009 n. 233, ha dimostrato di preferire l'assimilazione della cessione di cubatura ai diritti reali di godimento e, precisamente alla servitù, cosicché l'atto avente ad oggetto i diritti edificatori, deve essere necessariamente considerato plusvalente, anche in forza del valore speculativo del contratto che ne impone la tassazione[642].

Inoltre, secondo una recente rilettura del fenomeno, i diritti edificatori vanno distinti a seconda che essi rappresentino un bene dell'impresa oppure un reddito diverso della persona fisica (che dipende dalla natura del terreno). Infatti solo nel primo caso la cessione di cubatura concorre a formare il reddito dell'impresa[643] con conseguente applicazione dell'art. 81 Tuir[644].

Se agevole è determinare il trattamento tributario della plusvalenza, che secondo l'Agenzia delle Entrate dipende dalla natura del terreno sul quale la volumetria è sorta[645], maggiormente complesso è identificare il valore della potenzialità edificatoria ceduta, stante la mancata predisposizione da parte della p. a. di documenti idonei ad attestarne la capacità economica.

In attesa di un intervento legislativo sul punto, si ritiene plausibile avvalersi di apposita perizia, laddove, in mancanza della sua predisposizione da parte del titolare fondo, la quotazione potrebbe altresì ricavarsi dal rapporto tra il valore complessivo del bene ed il corrispettivo percepito per il trasferimento della volumetria[646].

---

641 Nel caso in cui invece si aderisse alla teorizzazione della cubatura come bene, applicandosi il principio di surrogazione fiscale di cui all'art. 6 comma 2 del Tuir, il provento della cessione del credito assegnato in sostituzione del bene ceduto alla p. a. potrebbe essere assimilato al provento della cessione del bene stesso. In tal senso si veda F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 163.

642 È bene precisare come la formazione delle plusvalenze dipende dalla perdita di disponibilità del bene (che ne forma oggetto) da parte di chi ne dispone. Secondo un'impostazione la servitù che non determina la perdita del bene fa sorgere una plusvalenza e la cessione di cubatura potrebbe esservi assimilata. L'accostamento alla servitù è avvenuto plausibilmente per il fatto che la risoluzione è antecedente all'introduzione dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. In ogni caso, l'opinione del Fisco, propendeva chiaramente per la ricostruzione della potenzialità volumetrica come diritto reale, fatto, confermato anche dalla risoluzione ministeriale n. 250948 del 17 agosto 1976 (ora risoluzione del 20 agosto 2009, n. 233). In realtà il ragionamento del Fisco giustificativo della plusvalenza, non era del tutto corretto. Infatti, il necessario presupposto della plusvalenza è un negozio che determina la perdita di disponibilità, cosa che non fa la servitù (ma che invece avviene se si considerano i diritti edificatori come nuovo diritto reale dotato di proprie peculiarità). In ogni caso l'Agenzia delle Entrate, giustificava la sua posizione sulla base del fatto che l'atto costitutivo di servitù è un atto costitutivo di diritti reali oneroso rispettoso, in quanto tale, degli artt. 76, 2 e 9 del Tuir.

643 F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 164, che sottolinea come si tratti di un «bene merce» e non di un «bene patrimonio».

644 L'Art. 81 del Tuir intitolato «Reddito complessivo», che si trova nel Capo II «Determinazione della base imponibile delle società e degli enti commerciali residenti» Sezione I, «Determinazione della base imponibile», recita ‹ Il reddito complessivo delle società e degli enti commerciali di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 73, da qualsiasi fonte provenga, è considerato reddito d'impresa ed è determinato secondo le disposizioni di questa sezione».

645 Ove si trattasse di un terreno agricolo la cessione sarebbe plusvalente se effettuata nei cinque anni dall'acquisto ed il bene non fosse pervenuto per successione, ove invece il fondo fosse edificabile si avrebbe plusvalenza ai sensi dell'art. 67 lett. b) ultima parte Tuir che opera detta previsione. Nel caso in cui invece si ritenesse di dover qualificare la potenzialità volumetrica come «bene», la soggezione all'imposta dell'IVA sarebbe del tutto indipendente dal terreno da cui la volumetria promana.

646 Con riferimento all'individuazione di possibili soluzioni per l'identificazione del valore della potenzialità edificatoria si veda anche G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 565. Al riguardo una dottrina ha suggerito di ricavare tale stima dalla «differenza tra il valore di cessione ed un terreno analogo, ma non avente alcun utilizzo edificatorio, ed il valore di mercato del bene oggetto della cessione». Si veda S. LUNARDI e S. RICCI, *Gli aspetti fiscali del trasferimento di cubatura,* in *Il Fisco,* 2006, 39, 1, p. 6079. Gli autori richiamano M. MONTANARI, *Cessione di cubatura inerente terreno edificabile*, in *Azienda e Fisco,* 1994, 7.

Il dato di maggiore complessità continua ad essere quello che si riferisce all'operatività concreta di dette imposte nelle varie fasi in cui possa trovarsi la potenzialità edificatoria, al fine di verificare la differente tassazione applicabile[647].

Fino a che la volumetria fa parte del diritto di proprietà, essa non ha alcuna rilevanza fiscale. Laddove invece sia il risultato di una convenzione è bene applicare l'imposta di registro in misura fissa e l'esenzione dall'imposta ipotecaria, in quanto rientrante nell'art. 32 comma 2 del d.P.R. 601 del 1973, volto a regolare tutte le convenzioni o gli accordi attuativi delle convenzioni.

La tassazione dei diritti deriva dunque dalla fonte degli stessi ma anche dai soggetti di riferimento. Infatti se il diritto sorge in capo ad un privato, la vicenda non ha rilevanza sul piano tributario, non essendoci alcuna immediata ricchezza (che si avrà solo con la disposizione in favore di terzi), mentre nel caso in cui il soggetto è un imprenditore, trattandosi di un titolare di un reddito di impresa, i «diritti edificatori» devono ritenersi imponibili, in quanto costituiscono una sopravvenienza attiva nel patrimonio dell'impresa con rilevanza reddituale e fiscale, tassabile a norma dell'art. 88 Tuir[648].

Infine, anche riguardo all'atterraggio, si ha l'applicazione dell'imposta ai sensi dell'art. 32 comma 2 del d.P.R. 29 settembre 1972[649].

Alla medesima soluzione non potrebbe giungersi nel caso in cui i «diritti di sviluppo» fossero qualificati come beni autonomi, in quanto l'imposizione fiscale si avrebbe solo in capo all'originario titolare, per il differente regime di tassazione applicabile ai «beni».

È importante inoltre sottolineare che anche il fatto che la cessione di volumetria sia totale o parziale incide in modo differente sull'imposizione fiscale.

Infatti, mentre nel caso di cessione parziale, il terreno continua a produrre plusvalenza stante la possibilità di poter ancora edificare, seppure in misura minore, laddove il terreno abbia perso del tutto la capacità edificatoria originariamente assegnata, non può essere applicato né l'art. 67 lett. a) né l'art. 67 lett. b) Tuir, per il fatto che l'area non vanta più la capacità edificatoria precedentemente esistente[650].

---

647 Si vuole in questa sede solo accennare che i problemi di rilevanza fiscale sussistono non solo durante la vita dei diritti edificatori ma, invero, anche per il caso di estinzione degli stessi. La scadenza dell'utilizzo della cubatura, che potrebbe aversi sia a causa di un provvedimento amministrativo che per effetto dell'accordo tra i privati, non determinerebbe la restituzione dell'imposta già pagata, con conseguente inapplicabilità dell'art. 77 Tur che si riferisce al rimborso dell'imposta del contribuente, mentre dovrebbe verificarsi l'eventuale applicabilità dell'art 28 Tur in caso di risoluzione consensuale del contratto.

648 La norma indica quali siano le sopravvenienze attive.

649 Si tratta di un'imposta fissa con esenzione da quella ipotecaria. Ne emerge, dunque, che in tutte le fasi di circolazione del diritto, fatti salvi i casi particolari di trasferimento del diritto che ne sono esenti (si pensi alla donazione di diritti edificatori).

Si veda in tal senso l'opinione di F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 175.

650 L'art. 67 del TUIR alle lettere a) e b) recita: a) le plusvalenze realizzate mediante la lottizzazione di terreni, o l'esecuzione di opere intese a renderli edificabili, e la successiva vendita, anche parziale, dei terreni e degli edifici; b) le plusvalenze realizzate mediante cessione a titolo oneroso di beni immobili acquistati o costruiti da non più di cinque anni, esclusi quelli acquisiti per successione e le unità immobiliari urbane che per la maggior parte del periodo intercorso tra l'acquisto o la costruzione e la cessione sono state adibite ad abitazione principale del cedente o dei suoi familiari, nonché, in ogni caso, le plusvalenze realizzate a seguito di cessioni a titolo oneroso di terreni suscettibili di utilizzazione edificatoria secondo gli strumenti urbanistici vigenti al momento della cessione In caso di cessione a titolo oneroso di immobili ricevuti

In ultimo, non si può trascurare, che solo l'equiparazione del trasferimento di volumetria ai diritti reali consente una rivalutazione dei «diritti», attesa l'indiscussa rivalutabilità degli stessi, fatto assolutamente rilevante nella prospettiva della creazione di una mercato dei diritti edificatori[651].

Un dato interessante deriva inoltre dall'atteggiamento della giurisprudenza tributaria e dell'Agenzia delle Entrate, che hanno sostenuto in modo sostanzialmente univoco, la natura dei diritti edificatori quali diritti reali di godimento, presumibilmente per le maggiori garanzie che tale qualificazione è in grado di offrire[652].

In occasione dell'incontro Telefisco 2013 è stato affermato che a seguito della novella del 2011 tutti «i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori» devono essere trascritti nei registri immobiliari e godono perciò dello stesso regime dei diritti reali sui beni immobili[653], dovendo essere considerati, ai fini della determinazione del valore mediante apposita perizia di stima, quale diritto autonomo e distinto rispetto alla proprietà del terreno[654].

Non è trascurabile come la decisione dell'Agenzia delle Entrate di assimilare i «diritti edificatori comunque denominati» ad un nuovo diritto reale possa inoltre dipendere dalla maggiore tassazione che può essere imposta ai negozi aventi ad oggetto tali diritti, con l'effetto di determinare più consistenti entrate per le casse dello Stato.

Allo stesso modo però si osserva come il più gravoso regime fiscale possa aver inibito l'utilizzo dell'istituto, tramutandosi in un freno per lo sviluppo di un mercato delle volumetrie[655].

Si ritiene che a tale assetto potrebbe ovviarsi o per effetto di un'inversione di tendenza da parte dell'Agenzia delle Entrate, a dire il vero poco plausibile per la costanza con cui l'ente ha sostenuto e mantenuto la sua posizione nel tempo, oppure mediante l'introduzione di meccanismi premiali che consentano l'applicabilità di un'imposizione fiscale meno onerosa (si pensi ad esempio all'applicazione di imposte più basse per il caso di indicazione immediata del fondo di atterraggio).

Entrambe le ipotesi dimostrano come sia altamente opportuno un intervento normativo che possa chiarire l'operatività del regime tributario, soprattutto in materia di plusvalenze, in modo da consentire

---

per donazione, il predetto periodo di cinque anni decorre dalla data di acquisto da parte del donante. Si veda a tal riguardo la circolare del Ministero delle Finanze dell'11 agosto 1992 n. 20.

651 F.. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 164. LA circolare del 6 novembre 2002 n. 81 prevede la possibilità di rivalutare con apposita perizia i diritti reali di godimento cosicché l'autore sostiene che potrebbe seguirsi la stessa impostazione per la potenzialità edificatoria.

652 In tal senso sia consentito rinviare a F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 158 e per la giurisprudenza, Cass., Sez., II, 6 luglio 1972, n. 2235, in *Riv. not,* 1973; Cass., Sez. I, 21 marzo 1973, n. 802, in *Foro it.*, 1973, I, p. 2117; Cass., Sez. I, 30 aprile 1974, n. 1231, in *Giur. Civ.*, I, 1974.; Cass., Sez. I, 22 gennaio 1975, n. 250, in *Riv. leg. fisc.,* 1975, p. 1595; e Risoluzione, 17 agosto 1976, n. 250948, in *Fisconline*.

653 Si veda in tal senso anche la risoluzione del 20 agosto 2009 n. 233.

654 Si rinvia a *Il Sole24ore* del 31 gennaio 2013, nn. 30, 35.

655 U. FRIEDMANN, *Il regime fiscale degli atti di cessione dei diritti edificatori,* in *Atti del Convegno, Paradigma 05 Febbraio 2015, passim;* A. PISCHETOLA, *Negoziazione dei diritti edificatori e relativa rilevanza fiscale anche alla luce dell'art. 2643 n.2-bis) c.c.* in *Notiziario d'informazione del Consiglio Nazionale del Notariato del 16/10/2014 Studio Tributario n. 540-2014/T,* pp. 5, 15 ss.

un più rapido sviluppo del commercio dei diritti edificatori ed una migliore pianificazione della crescita urbana.

CAPITOLO V
L'ESPERIENZA STRANIERA: U. S. A.

Sommario: 1. Analisi del sistema statunitense. *Zoning, real property* e *Transfer of Development Rights Programs.*- 2. Interrogativi comuni sull'inquadramento dei «diritti edificatori». Il contenuto del diritto di proprietà. - 3. Individuazione dei *success factors* del sistema americano.

1. Analisi del sistema statunitense. *Zoning, real property* e *Transfer of Development Rights Programs.*

Uno degli obiettivi primari perseguiti con l'introduzione del numero 2–*bis* nell'art. 2643 c.c. è la creazione di un mercato dei diritti edificatori, che possa rivelarsi un'efficiente strumento di sviluppo del suolo[656].

Ad oggi tale finalità non può dirsi raggiunta poiché, alla luce dell'analisi compiuta nel corso della trattazione, il sistema giuridico è stato incapace di recepire il potenziale innovativo di cui l'istituto è foriero[657].

Molti degli aspetti problematici connessi alla configurazione di tale mercato riflettono interrogativi di fondo comuni ad altri ordinamenti (seppure talvolta con qualificazioni differenti), cosicché non è vano ricercare soluzioni o diverse chiavi di lettura proprio attraverso le esperienze maturate all'estero[658].

In particolare gli Stati Uniti[659] si distinguono per aver da tempo adottato il meccanismo del *transfer of development rights (TDRs),* divenuto uno dei principali e maggiormente consolidati strumenti di sviluppo

---

❖ Resoconto di una ricerca effettuata, nell'ambito del presente lavoro, in un soggiorno di studi presso la Fordham University e la New York University School of Law.

656 Cfr. V. RENARD, *Land markets and transfer of development rights: some examples in French, Italy and the United States*, in *Turism and sustainable economic development*, 2000, p. 157. L'Autore sottolinea come in tutte e tre le esperienza analizzate (America, Francia ed Italia) la ragione di fondo dello sviluppo dei diritti edificatori sia quella di creare un mercato efficiente dei diritti edificatori o meglio di raggiungere l'efficienza economica che ci si aspetterebbe da meccanismi che si pongono in contrasto con quelli di assegnazione della capacità volumetrica impiegati da amministrazioni o autorità di pianificazione. Con la precisazione che «la tecnica sembrerebbe in grado di raggiungere i suoi obiettivi soltanto se agisce all'interno di un quadro giuridico chiaramente definito ed è strettamente legato ad un rigoroso sistema di pianificazione territoriale applicata».

657 Sia consentito rinviare ai Capitoli precedenti.

658 Con riferimento alle esperienze europee di rinvia ai programmi di Spagna, Portogallo e Francia. La Spagna con la legge 6 del 1998 ha inaugurato un sistema di utilizzo dei diritti edificatori che pur presupponendo una cooperazione tra governo e privati, si basa esclusivamente sul finanziamento privato. In Spagna sono stati costituiti degli sportelli unici dell'edilizia divisi per «quadranti» in modo che la p. a. possa cooperare con i privati conoscendo da vicino le situazioni in cui versano le singole zone per poter contribuire con regole certe alla trasformazione di uno specifico territorio. In Francia invece, come in Italia, il Piano urbanistico fa leva sul principio di uguaglianza ma non esiste alcun riferimento alla perequazione, né come figura terminologica, né nel diritto positivo mentre in alcune cittadine, come sarà indicato nel prosieguo della trattazione, le pubbliche amministrazioni si avvalgono dei notai come intermediari per il funzionamento del mercato dei diritti di sviluppo. Per maggiori approfondimenti delle esperienze maturate in Spagna ed in Francia che in questa sede non è possibile approfondite adeguatamente sia consentito rinviare a A. CANDIAN., *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, pp. 159-181; ID., *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. disc. priv. sez. civ., App. 1*, Torino, 2000, pp. 737-738; D. D'ORSOGNA, *Perequazione urbanistica e diritti edificatori: esperienze giuridiche a confronto,* in *Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale. Atti del Convegno di Pescara, 18-19 Giugno 2014*, Pescara, 2014, *passim;* V. RENDARD, *Land markets and transfer of development rights: some examples in French, Italy and the United States*, in *Turism and sustainable economic development*, 2000, pp. 163-172 ss.

659 L'esperienza riguarda in particolare l'America del nord. L'analisi si rivela particolarmente importante in quanto l'evoluzione del tutto peculiare di tale sistema giuridico lo rende un *unicum* tra i sistemi giuridici moderni, al punto che non è

del suolo[660] e per aver adottato pregevoli soluzioni di composizione fra «pubblico» e «privato», pur essendo un Paese da sempre caratterizzato dal predominio del mercato e dell'interesse privato[661].

Un'analisi di tale sistema[662] può dunque fornire al lettore una cartina geografica utile a comprendere meglio le problematiche che hanno attraversato il sistema giuridico italiano.

---

possibile limitarne l'identificazione nei sistemi di *common law*. L'ordinamento giuridico statunitense presenta infatti alcune rilevanti differenze rispetto al sistema britannico da cui ha avuto origine, soprattutto perché il formante dottrinale e quello legale hanno avuto due pesi assolutamente diversi. Negli Stati uniti infatti, a differenza che nel Regno Unito, è possibile rinvenire una costituzione scritta, addirittura una delle più antiche tra quelle dei Paesi occidentali, risalente al 1787, che rappresenta la legge suprema americana su cui si fonda la confederazione di quella Nazione. Il federalismo prevede che accanto ai poteri degli organi federali comuni, vi siano quelli dei singoli stati che mantengono una certa autorità e sovranità indirettamente stabilita dalla Costituzione stessa. La Costituzione si pone come il risultato di tre punti di equilibrio: il primo è il governo federale strutturato secondo la teoria di Montesquieu nella divisione dei poteri legislativo esecutivo e giudiziario. A livello federale il potere esecutivo è affidato al Presidente che nomina i propri ministri ed i funzionari federali, il potere legislativo è affidato al Congresso, organo bicamerale (Camera dei Rappresentanti e Senato) ed il potere giudiziario è affidato ai giudici nominati dal Presidente con l'approvazione del Senato, i quali assumono tale incarico a vita. Il secondo punto riguarda i poteri del governo federale che, alla fine di una lunga *querelle,* risultano essere quelli elencati dalla costituzione mentre ai governi dei singoli Stati sono riconosciuti tutti gli altri poteri non indicati. Il terzo punto è quello dei *Bill of Rights* contenente i diritti ed i valori umani fondamentali, tali diritti assumono un rilievo superiori tali da non poter essere intaccati dalla legge. Altra importante distinzione si rinviene nella formazione del giurista, particolarmente diversa da quella inglese, in quanto gli insegnamenti universitari sono basati non solo su un mero approccio casistico, ma anche su un approccio di tipo scientifico volto a trarre regole e formule generali e coerenti tra loro, rivelandosi dunque più vicina a quella degli ordinamenti di *civil law*. Cfr. A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori, cit.,* p. 3 ss.

[660] Tra gli Autori che si sono occupati diffusamente del tema 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 Aprraisal, 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: landmarket preservation and market*, in *Chicago University Illinois Press*, 1974; H. J. BROWN- R. GREENSTEIN *Transfer of Development Rights for Balanced Development*, in *A Conference Sponsored by the Lincoln Institute of Land Policy and Regional Plan Association,* New York, 1998; J. COSTINS *Development Rights Transfer in New York City*, in *YLJ,* 1972- 1973; J. COSTINS, *Development Rights Transfer: An exploratory essay*, in *Yale Law Journal*, 1973, 83, 1; E. H. ZIEGLER, *Transfer of development rights in Unite States,* in *Liverpool Law Review,* XVIII, 2, 1996, pp. 147 ss.; ma anche E. MILANESE, *I diritti trasferibili di edificazione alla luce di alcune esperienze esterne*, in AA. VV., *La proprietà privata immobiliare, Atti del convegno di Urbino*, 1-3 Ottobre, 1979, Milano, 1981, p. 185 e nota n. 1. Detto Autore, rilevando come il metodo dei *TDRs* sia stato studiato per la prima volta presso la *Rutger University,* non ha mancato di sottolineare i punti deboli di tale sistema tra cui le alterazioni del mercato dovute alla mancanza di equilibrio scaturente proprio dagli accordi tra privati.

[661] Come messo in luce da H. JACOBS, *Programmi di trasferimento dei diritti edificatori in usa: oggi e domani,* in *Urbanistica*, 1997, 109, p. 62. La politica fondiaria, assieme al desiderio di libertà politica e religiosa rappresenta uno dei fondamenti nella complessa storia degli Stati Uniti. La terra è infatti un valore profondamente legato alla fondazione della Nazione ed ai valori sociali americani. Mentre gli Stati dell'Europa erano ancora organizzati sulla base di strutture tardo- feudali in cui solo un'*élite* possedeva la maggior parte delle terre e non c'erano possibilità per i cittadini di classe sociale inferiore di accedere alla proprietà fondiaria, l'America rappresentava il Paese delle possibilità in quanto consentiva a chiunque lo desiderasse di divenire proprietario di un fondo. Tale possibilità era inoltre suffragata dalle nuove visioni sui concetti di proprietà e di democrazia in base alle quali chi utilizzava la terra ne diveniva proprietario. Ciò ha avuto riflessi estremamente importanti anche sulla politica in quanto le democrazie esistevano per proteggere le libertà individuali in cui rientrava anche quella di possedere e lavorare la terra. Secondo i fondatori della Nazione questi principi si trovavano in stretta connessione tra loro in quanto la democrazia implicava la libertà (e viceversa) a cui si aggiungeva la proprietà assoluta della terra. Ciononostante non è possibile rinvenire nella Dichiarazione di Indipendenza del 1776 un'espressa menzione della terra. Solo nel 1791 con il *Bill of Rights* (Carta dei Diritti), compare un riferimento agli espropri. Questo nuovo concetto determina la creazione di un sistema in cui da un lato è riconosciuta la proprietà sul suolo, dall'altro tuttavia si consente a che il soggetto sia privato di tale proprietà laddove da ciò possa trarne beneficio tutta la collettività (e comunque dietro il pagamento di un corrispettivo per la sofferenza patita dal privato). Agli inizi del XX Secolo si sviluppa dunque un'etica per cui essere proprietario significava possedere la terra ma al contempo non significava più poterne fare in assoluto ciò che si voleva in quanto si erano venuti a creare numerosi accordi contrattuali fondati sul senso della comunità (come appunto lo *zoning).*

[662] G. GORLA, *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, Vol. XII, Milano, 1964, pp. 928 ss. L'autore ha redatto una delle più importanti voci sul diritto comparato, sottolineando, già degli anni Cinquanta, le peculiarità della materia, dotata di caratteri essenzialmente storici e con una funzione epistemologica, ossia di conoscenza scientifica, in virtù della quale *«comparison involves history»,* (nota 5 p. 930), (l'altra celebre espressione *«history involves comparison»* è invece di F. W. MAITLAND, *Why the History of English Law is Not Written,* in *H.A.L. Fisher*, *The Collected Papers of Frederic William Maitland,* 1, *Cambridge University Press*, Cambridge, 1911, p. 488). Il crescente interesse degli studiosi per questa materia unito all'evoluzione storica ed alla

L'esame degli indici caratterizzanti le diverse tecniche applicative può inoltre aiutare a capire perché i «diritti edificatori» non abbiano conosciuto nel nostro Paese la stessa fortuna[663].

Scontata la profonda diversità dell'impianto sistemico-normativo americano e l'impossibilità di intraprendere in questa sede un raffronto dei due ordinamenti nella loro interezza, si è ritenuto opportuno isolare l'oggetto della ricerca dal suo «contesto normativo»[664] e focalizzare l'attenzione sugli istituti strettamente connessi al tema in esame quali la proprietà e l'autonomia contrattuale, che fanno da sfondo a molti degli interrogativi che emergono dall'approfondimento della materia[665].

La dottrina è infatti solita asserire che l'utilizzo della potenzialità edificatoria ha conosciuto in Italia ed in America sviluppi diversi a causa delle profonde differenze che esistono con riferimento al diritto di proprietà nell'area di *civil law* e di *common law*.

Per comprendere se vi siano margini di trasposizione delle soluzioni adottate dal sistema americano nell'ordinamento italiano è dunque necessario, in via preliminare, verificare se il concetto di proprietà nell'area di *civil law*[666] sia ancora molto distante da quello di *common law*[667] .

---

globalizzazione economica, ha fatto sì che negli anni Ottanta essa acquisisse una propria autonomia ed identità tanto da un punto di vista scientifico quanto metodologico. «La comparazione consiste in un'attività o in un processo di conoscenza di due fenomeni giuridici (storicamente determinati) per vedere che cosa abbiano di diverso e cosa in comune (…) nella ricerca di un *quid* comune fra i termini di comparazione». La comparazione è divenuta strumento privilegiato per la conoscenza e la comprensione del diritto straniero anche se, invero, come già sottolineato da una dottrina «(…) se la comparazione presuppone l'accertamento dell'esistenza di una pluralità di modelli giuridici, essa non deve essere confusa e comunque non si arresta alla semplice conoscenza dei sistemi stranieri». Cfr G. AUTORINO, *Comparazione e diritto civile*, in *AA. VV. Sistemi giuridici comparati contributi per un insegnamento*, Salerno, 2003, p. 40. In altre parole, la comparazione deve essere considerata una scienza anche quando opera la c.d. «circolazione dei modelli» per trasmettere singoli istituti da un ordinamento all'altro. Cfr. anche T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato* (1945), in Id., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 12. Si vedano anche A. GAMBARO- P. G. MONATERI- R. SACCO, *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, 3, Torino, 1988, p. 52 ss.

663 K. ZWEIGERT – H. KOTZS, *Introduzione al diritto comparato, Istituti*, Vol. II, Milano, 1998, p.17. La comparazione, che quindi rappresenta lo strumento in virtù del quale verificare se la diversa soluzione adottata da un ordinamento straniero è compatibile, valida e praticabile all'interno dell'ordinamento nazionale, assurge a fonte di soluzioni concrete per i problemi che possono scaturire dal diritto interno ciò perché gli ordinamenti di tutto il mondo possono produrre su un certo argomento un maggior numero di soluzioni di un sistema chiuso entro i confini nazionali. La comparazione dunque offre allo studioso un più ampio ventaglio di soluzioni per quello specifico tempo e luogo. Essa diviene lo strumento per colmare le lacune di un ordinamento attraverso lo studio di un altro. Per tale ragione è opportuno non trascurare le soluzioni della giurisprudenza dei diversi Paesi che spesso si trovano ad affrontare problematiche comuni nello stesso momento. Tra le più significative sul tema *Euclid Village zoning case,* in *Cincinnati University Law Review*, 1272 US, 365, 1926; *Nectow v. City of Cambridge*, 277 US 183,1926; *Berman v. Parker*, 348 US, 33, 1954; *Suitum v. Tahoe Reg'l Planning Agency*, 520, U.S., 1997.

Altri casi importanti con riferimento allo sviluppo del sistema di pianificazione territoriale: *Sasso v. Osgood*, 633 N.Y.S.2d 259, 86 N.Y.2d 374; *Buckley v. Amityville Village Clerk,* 264 A.D.2d 732, 694 N.Y.S.2d 739; Il *Classico Restaurant v. Colin,* 254 A.D.2d 418, 680 N.Y.S.2d 107; *Lerner v. Town Board of Town of Oyster Bay*, 244 A.D.2d 336, 663 N.Y.S.2d 661; *Jackson v. New York State Urban Development Corp.,* 67 N.Y.2d 400, *Schenectady Chems. Inc. v. Flacke*, 83 A.D.2d 460; *H.O.M.E.S v. New York State Urban Development Corp.*, 69 A.D.2d 222; *Town of Dryden v. Tompkins County,* 78 N.Y.2d 331; *Village of Westbury v. Dept. of Transportation*, 75 N.Y.2d 62.

664 L'esame della disciplina della pianificazione urbanistica è infatti parziale in quanto è stato condotto isolando il sistema dei diritti edificatori dal contesto normativo in cui si sono sviluppati, ossia da quello tributario, dall'organizzazione degli enti locali territoriali e dalle procedure di espropriazione di pubblico interesse del *taking,* data l'ampiezza del tema.

665 L'analisi di istituti settoriali e più strettamente funzionali alla trattazione del tema in oggetto è conforme alla «dimensione variabile» del metodo necessario per condurre la ricerca. Partendo dalla formulazione di un problema concreto infatti è possibile individuare natura ed aspetti della questione controversa, senza trascurare i sistemi nelle loro caratteristiche strutturali e funzionali. Il metodo idoneo alla ricerca è dunque quello correlato all'oggetto del confronto cosicché esso dovrà variare necessariamente al mutare delle caratteristiche e della natura di quest'ultimo. In tal senso cfr. G. GORLA, *Diritto comparato, cit.,* p. 933.

666 Si sottolinea brevemente che quello di *civil law* è un modello di ordinamento giuridico derivante dal diritto romano ed oggi predominante a livello mondiale. Costituisce infatti la base della maggior parte degli ordinamenti soprattutto

Le soluzioni che scaturiscono dagli argomenti di teoria generale costituiscono infatti una chiave ermeneutica essenziale per la lettura di tutta l'evoluzione dei «diritti di sviluppo» anche al fine di vagliare la bontà dell'impianto proposto nell'ordinamento italiano[668].

Da un punto di vista storico evolutivo, i due Paesi condividono, in parte, le origini[669] e la *ratio* dell'istituto[670].

---

nell'Europa continentale, ma anche in Quebec (Canada), Louisiana (USA), Giappone, America Latina, Cina, e nella maggior parte delle ex-colonie europee. Vi sono poi sistemi «misti» quali il Sudafrica e la Scozia nei quali, su una base di *civil law,* si innesta la contrapposta tradizione di *common law,* soprattutto per quanto concerne la procedura civile ed il diritto societario. Detto sistema è caratterizzato da un diritto scritto di fonte legislativa in cui le norme giuridiche sono di formazione politica e in cui il ruolo dei giudici è di mera applicazione del diritto ai casi concreti loro sottoposti e di utilizzo del ragionamento per analogia per colmare eventuali lacune delle regole. Nel mondo di *civil law*, il potere giudiziale è inoltre considerato separato, autonomo e paritetico rispetto al potere legislativo ed al potere esecutivo del Governo, mentre nel *common law*, soprattutto negli USA, i giudici sono considerati il contrappeso al potere esecutivo del Governo con l'effetto che gli stessi esercitano un'importante influenza politica. Ciò comporta anche che il principio di separazione dei poteri, seppur formalmente enunciato ha un rilievo di gran lunga inferiore rispetto al mondo di *civil law,* dove almeno in teoria è ancora accolto l'accezione elaborata dalla tradizione francese e collegata ai relativi valori fondamentali (anche se in realtà si ritiene di dover mettere in luce come l'affermazione non sia più vera in senso assoluto in quanto la giurisprudenza, in particolare quella delle Corti Supreme ha preso sempre maggiore autorevolezza cosicché quelle decisioni, pur non avendo forza di legge (salvo nei casi specifici di rinvio dalle corti di impugnazione ai giudici dei gradi precedenti, i quali sono vincolati a rispettare il parere emesso dalla corte superiore), sono spesso utilizzate dai giudici di merito per formare le proprie sentenze stante il fatto che le pronunce delle Corti Supreme fanno spesso riferimento a norme di ordine superiore quali, ad esempio, la Costituzione o trattati internazionali come quelli relativi ai diritti dell'uomo o ancora, ad esempio, le norme sovranazionali europee.

667 Quello di *common law* è un sistema di ordinamento giuridico di origine anglosassone che si presenta come un modello unitario di formazione prevalentemente giudiziaria. Esso si basa sulla regola dello *stare decisis* in base alla quale il giudice che decide una controversia è vincolato ai precedenti giudiziari ossia alle sentenze rese da altri giudici in casi analoghi. Una delle peculiarità di tale sistema risiede nella mancanza del dogma, della nazionalità del diritto, cosicché un giudice americano è teoricamente in grado di applicare il precedente di un giudice neo zelandese, altra caratteristica si rinviene nel fatto che è il giudice e non il legislatore ad elaborare il diritto e ciò si riflette inevitabilmente sui modi di creazione delle regole. Il giudice che opera nel *common law* infatti non crea diritto mediante la predisposizione di norme generali e astratte come quello di *civil law,* bensì attraverso regole ricavabili dallo specifico criterio adottato per risolvere quel caso (c.d. *ratio decidendi*). Ciò vuol dire che in tale sistema si ha «creazione del diritto» unicamente nel caso in cui il giudice si sottragga al precedente e ciò avviene quando il precedente è, quando non è pertinente o, ancora, se ne nega l'esistenza dei presupposti tali da giustificarne la sopravvivenza, eliminando in questo modo quel precedente dal panorama delle fonti (c.d. *overruling*). Secondo alcuni autori tale assetto talvolta può essere poco efficiente soprattutto nell'ottica del costante adeguamento a cui sono sottoposti i sistemi giuridici moderni, ritenendo che questa sia un delle ragioni per cui in America si dia sempre più spazio al formante legale.

668 G. GORLA, *Diritto comparato, cit.,* p. 932. Nella sua analisi l'Autore sottolinea come il comparatista debba guardare il diritto con occhi simili a quelli dello storico, in quanto il diritto è «(…) concretezza, fatto storico concreto, fatto umano (…), un'attività di una società o di una civiltà in un dato momento o periodo storico».

669 Non si deve infatti trascurare come prima dello *zoning,* la città di New York e gli Stati Uniti in generale hanno conosciuto interventi di pianificazione risalenti addirittura alla fine del 1800, sia da parte del Governo federale (vedi l'area di *Central Park* a New York che ne costituisce un esempio), sia da parte delle autorità locali le quali mediante il quali cominciarono ad emanare le prime e rudimentali regole di pianificazione del territorio apparentemente basate su esigenze di ordine pubblico e sanitario. A differenza dell'Italia, però, esse nascondevano anche finalità di segregazione razziale. Dette regole andavano ad integrare l'attività posta in essere negli anni precedenti dall'autorità giudiziaria che si avvaleva della *common law of nuisance,* un sistema che si fondava su regole non scritte ma sulla mera richiesta di intervento avanzata dai cittadini. Era infatti consentito ai privati adire all'autorità giudiziaria per vietare trasformazioni del territorio che potessero in qualche modo determinare un uso irragionevole del suolo ma che in realtà nascondevano l'intento di imporre una segregazione dei cittadini di colore in specifiche aree. Detto controllo in poco tempo si manifestò del tutto inadeguato alle esigenze di sviluppo della società americana che per questo sentì l'esigenza di dotarsi di regole di pianificazione scritte e determinate. Si evince dunque chiaramente come tanto in America quanto in Italia la *zoning* non sia stato preceduto dall'affidamento al libero mercato ma piuttosto sia stato regolato da altre forma di controllo pubblico. Cfr. J. CRIBBET, *Changings concepts in the Law of Use Land*, in *Iowa Law Review*, 50, 1957, pp. 257 ss.; S. NESPOR, *«Revolution in land use policy»: la pianificazione urbanistica negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. pub.,* 1982, pp. 1224- 1230.

670 Come si è avuto modo di sottolineare nel primo capitolo in Italia, la tecnica dello *zoning* di origine statunitense è stata recepita al momento dell'emanazione della legge ponte. Per maggiori approfondimenti si veda il capitoli I, paragrafo 1.

In America infatti il *TDRs*[671] si è sviluppato come modalità innovativa di gestione del territorio al fianco della già conosciuta pratica dello *zoning*[672].

Più precisamente la prima embrionale forma di trasferimento dei *development rights* di cui si abbia notizia risale al 1916 quando, con l'*«American zoning ordinance»*[673], si consente ai proprietari delle aree di

---

671 I diritti edificatori rappresentano invero solo uno degli esempi di pianificazione sorti in quegli anni, si ricordano infatti anche altre tecniche di pianificazione locale tra cui il *Cluster Zoning,* il *Planned Unit development* e il *Floating zoning.* Per un approfondimento relative a queste tecniche di pianificazione si rinvia a S. NESPOR, *«Revolution in land use policy»: la pianificazione urbanistica negli Stati Uniti*, *cit.,* p. 1223, nota n. 17; M. S. BRADY, *Exchanging property you didn't know you had. Transferable development rights for real property*, in *The Suffolk lawyer. The official publication of the Suffolk County bar association*, 24, 6, June, 2008, p. 12; ANON, *Development in the Law- zoning*, in *Harvard Law Review*, 1978, *passim;* T. BEATLEY, *Ethical land use. Principle of policy and planning*, *John Hopkins University press Baltimore and London,* 1993, *passim.*; J. COSTONIS, *Space adrift: landmarket preservation and market*, in *Chicago University Illinois Press*, 1974; J. COSTONIS, *Development Rights Transfer in New York City*, in *YLJ,* 1972- 1973, *passim*; J. COSTONIS, *Development Rights Transfer: An exploratory essay*, in *Yale Law Journal*, 1973, 83, 1, *passim*; J. TRIPP- D. DUDEK, *Institutional Guidelines for Designing Successful Transferable Rights Programs ,* in *Yale in Journal on Regulation*, 1989, *passim.*

672 Si tratta di uno strumento di transizione tra la fase della regolamentazione giuridica e il momento della pianificazione reale del territorio. Mediante lo *zoning* si pongono dei vincoli all'esercizio del diritto di proprietà all'interno di un determinato distretto, con precise indicazioni circa l'uso del territorio e l'edificazione degli edifici secondo quanto contemplato dal *Comprehensive Plan.* Il centro urbano di New York ed in particolare Manhattan, ha da subito sfruttato molto la nuova tecniche del *TDR*. La continua domanda di immobili per abitazione contrapposta alla necessità di conservare gli edifici storici dichiarati di pregio (*landmarks*) da parte della *N.Y. City Planning Commission,* ha determinato il successo della tecnica grazie alla quale vi è stato un impulso all'edificazione «verso l'alto» di tutti quegli edifici bassi e privi di valenza storica che hanno cominciato a dotarsi della cubatura esistente in zone in cui l'edificazione non sarebbe invece stata consentita. Più precisamente con la *Zoning resolution* sono state consentite maggiori altezze nell'edificazione a patto che a ciò corrispondesse la realizzazione di aree comuni a beneficio della collettività al fine di riequilibrare la maggiore densità che sarebbe risultata dall'edificio. Come può vedersi questa forma di contrattazione rappresentava già di per sé una primo incontro degli interessi pubblici e privati nello sviluppo del territorio. L'utilizzo è stato immediato e spesso incontrollato e ciò ha condotto all'emanazione della *Floor Area Ratio,* inserita nella *Zooning Ordinance* che imponeva limiti più dettagliati all'edificazione. Cfr. J. COSTINS, *Development Rights Transfer in New York City*, in *YLJ,* 1972- 1973, *passim.* Pur contrapponendosi alla rigida disciplina del *«taking»* che rappresenta una forma di espropriazione del territorio, esso ha tuttavia suscitato anche perplessità nell'opinione pubblica americana stante l'incompatibilità con la rigorosa tutela offerta dall'ordinamento statunitense al diritto di proprietà. Il V Emendamento stabilisce infatti che *« (…) nor shall private property be taken for public use, without just compensation»*. W. BLACKSTONE, *Commentaries 2,* citato in *Development in the Law- zoning, in Harvard Law Review,* 1978, p. 129, ha definito la proprietà come *«the sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the rights of any other individual in the universe»*. Con lo *zoning* gli interventi di pianificazione del territorio non sono rimessi all'autonoma libertà dei singoli, bensì sono delegati alle autorità locali non come autonomo potestà di pianificazione urbanistica ma come espressione dell'esercizio di un potere di polizia alle stesse attribuito. Non a caso nei primi anni della sua applicazione lo *zoning* è stato al centro di un vivace dibattito stante la riluttanza della magistratura a legittimare le limitazioni al diritto di proprietà apportate in modo apparentemente autoritario dalle istituzioni locali. Per un'analisi approfondita della giurisprudenza di quegli anni a favore e contro lo *zoning* si rinvia a J. CRIBBET, *Changings concepts in the Law of Use Land*, in *Iowa Law Review*, 50, 1957, p. 257 ss.; ID., *Development in the Law- zoning*, in *Harvard Law Review*, 1978, pp. 40- 45. Mediante lo *zoning* si pongono dei vincoli all'esercizio del diritto di proprietà all'interno di un determinato distretto, con precise indicazioni circa l'uso del territorio e l'edificazione degli edifici secondo quanto contemplato dal *Comprehensive Plan.* Il centro urbano di New York ed in particolare Manhattan, hanno da subito sfruttato molto la nuova tecniche del *TDR*. La continua domanda di immobili per abitazione contrapposta alla necessità di conservare gli edifici storici dichiarati di pregio (*landmarks*) da parte della *N.Y. City Planning Commission* ha determinato il successo della tecnica grazie alla quale vi fu un impulso all'edificazione «verso l'alto» di tutti quegli edifici bassi e privi di valenza storica che cominciarono a dotarsi della cubatura esistente sulle zone in cui l'edificazione non sarebbe invece stata consentita. Più precisamente con la *Zoning resolution* furono consentite maggiori altezze nell'edificazione a patto che a ciò corrispondesse la realizzazione di aree comuni a beneficio della collettività al fine di riequilibrare la maggiore densità che sarebbe risultata dall'edificio. Come può vedersi questa forma di contrattazione rappresentava già di per sé una primo incontro degli interessi pubblici e privati nello sviluppo del territorio. L'utilizzo fu immediato e spesso incontrollato e ciò condusse all'emanazione della *Floor Area Ratio,* inserita nella *Zooning Ordinance* che imponeva limiti più dettagliati all'edificazione. Cfr. J. COSTINS, *Development Rights Transfer in New York City*, in *YLJ,* 1972- 1973, *passim.*

673 Si trattava di una regolamentazione urbanistica per effetto della quale la città di New York è stata divisa in zone diverse in relazione alle differenti destinazioni di utilizzo e di sfruttamento del suolo. Ad essa è seguita la nomina di un *Advisory Committee on zoning*, il quale ha elaborato un modello di legge rivolta ad autorizzare le autorità locali ad adottare piani urbanistici basati sullo *zoning.* Successivamente nel 1961 vi è stata l'emanazione della *Zoning Resolution* come indicato nella

vendere la capacità edificatoria inutilizzata ai titolari di fondi adiacenti, prevedendo con ciò la possibilità di distaccare la potenzialità volumetrica dal terreno d'origine in modo da renderla un diritto autonomo.

Tuttavia è già nel 1960, anni in cui in Italia la prassi della cessione di volumetria è appena agli inizi, che oltreoceano si sente l'esigenza di gestire la potenzialità volumetrica al di là delle previsioni dello *zoning*[674].

La prima occasione di un trasferimento dei diritti edificatori al di fuori delle zone di comparto indicate dal Piano si ha con il celebre caso che ha coinvolto la *Grand Central Terminal,* a seguito del quale la città di New York è stata tenuta a risarcire la Stazione Ferroviaria (attuale *Penn Station*) mediante il riconoscimento di una capacità edificatoria da esercitarsi in una zona diversa da quella su cui essa era sorta[675].

---

nota precedente. Per una lettura completa della vicenda legata alla città di New York si rinvia a J. STINSON, *Transferring development rights: Purpose, problems, and prospects in New York,* in *Pace Law Reviw,* 1996, 17, 1, p. 319- 357.

[674] Cfr. A. GAMBARO, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà, cit.,* p. 193 ss. La situazione di incertezza viene sbloccata da due interventi importanti, il primo nel 1924 anno in cui il governo federale appoggia la tecnica dello *zoning* chiedendo agli Stati di avallare le autorità locali mediante apposite leggi, il secondo nel 1926 per effetto di una famosa sentenza (caso *Village of Euclid, Ohio vs. Ambler Realty)*, mediante la quale la suprema Corte Suprema stabilisce la legittimità costituzionale dello *zoning.* Nella sentenza meglio descritta da A. BETTMAN, *The decision of the Supreme Court of the United States in the Euclid Village zoning case,* in *Cincinnati University Law Review*, 1, 1927, pp. 184-394, la Corte ha respinto le richieste del titolare di un'area non edificabile il cui valore era stato diminuito da una *zoning ordinance.* Il proprietario del fondo sosteneva l'illegittimità della tecnica dello strumento urbanistico perché in contrasto con la tutela costituzionale del diritto di proprietà. La Corte dichiarando la legittimità dello strumento ha sottolineato per la prima volta che esso rientrava nei *police power* delle autorità locali «(…) al fine di soddisfare i complessi bisogni di una società in via di urbanizzazione». Nella stessa sentenza tuttavia la Corte ha messo in luce come la linea di confine tra ammissibilità del potere costrittivo della pubblica autorità e vincoli derivanti dal *taking* sia in continua evoluzione, con l'effetto che nel caso di specie si è dato atto delle strutturali discriminazioni generate dal *taking* in quella zona della città con la necessità di superare tale assetto. Secondo la Corte infatti il *taking* può essere interpretato anche come *seizure* (sequestro) in contrasto con il Quinto Emendamento della Costituzione americana *«nor shall private property be taken for public use without compensation»,* si tratta invero di una disposizione legata alla dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 che è stata interpretato in modo estensivo dalla giurisprudenza contemporanea americana tanto da essere considerata nella pratica come base per le controversie aventi ad oggetto la legittimità delle norme di sviluppo urbano. Per maggiori approfondimenti sui profili costituzionali della proprietà di veda D. J. COYLE, *Property rights and the Constitution. Shaping society Through land use Regulation,* New York, Albany, 1993, pp. 14-18. Sia inoltre consentito rinviare a S. NESPOR, *«Revolution in land use policy»: la pianificazione urbanistica negli Stati Uniti, cit.,* pp. 1218 ss. Si evince come venga riservato all'autorità giudiziaria il potere di vigilare in concreto le prescrizioni urbanistiche valutandone di volta in volta la legittimità secondo una procedura *case by case evaluation,*(inizialmente più restrittivo e successivamente più incline ad ammettere una presunzione di legittimità dello *zoning* così determinando un'espansione del potere di intervento e di delega alle p. a. con la conseguenza che si ha un passaggio da un controllo di tipo occasionale e determinato dalla sollecitazione del singolo (e quindi molto spesso successivo rispetto alla trasformazione del suolo), ad uno preventivo e generale per un razionale sfruttamento del suolo Solo nel 1954 la tecnica diviene strumento centrale della pianificazione americana trovando la sua completa teorizzazione attraverso una pronuncia della Suprema Corte (si veda *Berman v. Parker,* in B. GINSBERG*, Berman v. Parker: Congress, the Court and the Public Purpose,* in *Polity,* 4, 1971*,* pp. 48- 75), con cui si afferma che l'autorità locale può perseguire molteplici finalità anche non strettamente connesse all'ordine pubblico, dimostrando come ci sia un progressiva enfatizzazione della proprietà privata con una tendenza a limitare l'attuazione dei regolamenti e dei vincoli attraverso la compensazione. Ciò riflette il cambiamento graduale della percezione dei *property rights law,* in cui vi è una distinzione tra ciò che è proprietà privata nel senso stretto (e può quindi essere oggetto di contrattazioni sul mercato) e ciò che è di proprietà comune. Il dibattito sviluppatosi recentemente negli Stati Uniti, sia da un punto di vista giuridico che politico dimostra quanto sia cruciale una chiara definizione di *«bundle of rights».*

[675] *Penn Central Transportation Co. v. City of New York,* 98, in *S. Ct., 2646*, 1978. La città di New York aveva approvato un piano di tutela storico artistico della stazione centrale *Grand Central Terminal* impedendo l'edificazione per un'altezza di cinquantasette piani, nonostante la proprietà possedesse astrattamente quella capacità. L'esito del contenzioso ha visto la città di New York condannata a concedere comunque la possibilità di edificare per quella altezza anche se su un terreno diverso, Cfr. J. STINSON, *Transferring development rights; purpose problems, and prospects in New York,* in *Pace Law Review*, 17, 1996, pp. 321-322.

Il fondamento dell'utilizzo di tale tecnica, almeno nei primi anni della sua diffusione, si rinviene dunque nell'esigenza di compensare i proprietari terrieri dalle restrizioni imposte dal Piano consentendo loro di continuare ad usufruire in modo pieno dei diritti connessi alla proprietà del suolo.

Mediante la riserva del potere di edificare, la proprietà privata conserva pertanto tutti i suoi tratti caratteristici, rimanendo così uno dei capisaldi del sistema americano[676].

In meno di dieci anni tuttavia i *development rights* assumono connotati profondamente diversi rispetto ai «diritti edificatori» esistenti in Italia in quanto, a partire dalla fine degli anni Sessanta, per effetto della *urban crisis*[677]*,* essi divengono uno strumento di supporto delle nuove esigenze di tutela del territorio e di preservazione delle aree[678] di cui la collettività si fa portatrice (non a caso si parla di *revolution in land use policy*)[679].

---

[676] H. JACOBS, *Programmi di trasferimento dei diritti edificatori in usa: oggi e domani,* in *Urbanistica*, 1997, 109, p. 62.

[677] Mediante l'utilizzo di tale espressione la dottrina americana è solita indicare tutte quelle distorsioni sia di tipo strettamente territoriale ma anche economico o sociale che riguardano le grandi aree metropolitane aventi ad oggetto il sistema urbanistico americano. Più precisamente si fa riferimento alla mancanza di regole che possano disciplinare abusi e corruzioni verificatesi a partire dalla seconda Guerra Mondiale provocate dalla improvvisa crescita delle città per effetto dei mutamenti sociali di quegli anni caratterizzati dalla fuga verso le aree suburbane residenziali (comunità a cui però mancavano gli strumenti per dialogare con le alte sfere), sia dal moltiplicarsi dei *local goverments* del tutto svincolati da un controllo centralizzato ed afflitti dall'impossibilità di far fronte economicamente alle moderne esigenze della collettività. Per maggiori approfondimenti cfr. B. H. SIEGAN, *Land use withouth zaoning,* Lexingnton, 1972, p. 143 ss.*;* B. H. SIEGAN, *Economic liberties and the Costitution,* Lexingnton, 2006, p. 201 ss.

[678] G. M. DEGROVE, *Land and growth management in federal system*, in *The political dynamics of the land and growth management movement*, in *Land and contemporary problems,* 1979, 43, 2, p. 111 ss.; ID., *The use of land: A citizens' Policy Guide to urban Growth*, in *Management and control of growth*, 1, p. 85, in cui è sottolineato come l'*antigrowth ideology* consiste in una progressiva sfiducia nell'espansione incontenibile e frammentaria del diritto di proprietà. Tale esigenza viene sentita in modo particolarmente pressante negli Stati Uniti che paradossalmente hanno sempre fatto dello sviluppo del territorio un simbolo di evoluzione radicato su tutto il territorio nazionale in cui la terra, intesa come proprietà (anche con riferimento al profitto che dalla stessa poteva ricavarsi), ha sempre goduto di uno *status* privilegiato rispetto ai controlli esistenti sugli altri beni e sulle altre attività. Le numerose battaglie per la salvaguardia del suolo e dell'ambiente portano in breve tempo all'emanazione del *National Environmental Policy Act (NEPA)*, considerato come strumento principale nel diritto americano per la salvaguardia dei diritti dell'ambiente. Da tale particolare contesto emergono gli esempi più noti di sfruttamento del *TDRs* per la tutela del territorio. Si tratta dei piani di preservazione del paesaggio naturale e di sviluppo urbano, o della gestione della densità nelle aree urbane o peri-urbane e, eventualmente, alle aree di diversità biologica non direttamente negoziabili (*wetlands*) al tempo ancora poco esplorato in Europa. Uno dei casi più significativi di commercializzazione dei diritti edificatori riguarda la riserva di *Pinelands National Preserve* (New Jersey, Stati Uniti). In tale contesto il sistema dei *TDR* è stato utilizzato come strumento avente l'esplicita finalità di tutela della riserva naturale. Le aree appartenenti a quella zona sono state infatti divise in 10 categorie, alcune zone sono state designate come «chiuse» ad attività di sviluppo ma in grado di trasmettere i propri diritti volumetrici, altre sono invece state classificate come zone di «ricezione» in cui lo sviluppo è dunque ammissibile ma subordinato all'acquisto dei diritti terrieri dalle zone c.d. «trasmettitore» che sono quelle tutelate da un punto di vista ambientale e su cui non è consentita l'edificazione. All'interno di questo sistema si parla spesso di «crediti» ma lo si fa in modo improprio e diverso rispetto alla disciplina giuridica statunitense. Altro esempio dello stesso tipo è quello relativo alla *Montgomery County* (Maryland), adottato dalla Contea a seguito dell'eccessiva attività edilizia attuata in quelle zone che, in soli dieci anni, aveva portato al consumo di più del 20% dei terreni agricoli. Il sistema di trasmissione dei diritti edificatori è più semplice del caso *Pinelands* ed anche in questo caso la Contea ha istituito seppure per un breve periodo una banca (il Fondo di Sviluppo *Rights*) incaricata di comprare e vendere i diritti di sviluppo così da garantire la sicurezza per i prestiti sostenuta da diritti edificatori commerciabili. Si riporta infine il caso di *Lake Tahoe* (California - Nevada), la zona nel suo complesso (il lago si trova a cavallo del confine tra i due Stati) è gestita da un ente speciale per la pianificazione regionale *«Tahoe Agenzia»* (*TRPA*), responsabile per la pianificazione e per il rilascio dei permessi di sviluppo e che opera sotto le contrastanti pressioni da un lato dei proprietari ansiosi di aumentare il valore della loro terra, dall'altro dei residenti che sperano invece di limitare lo sviluppo di quell'area. Anche in questo caso l'ente si avvale di una banca (ma solo in California) per il mantenimento dei prezzi dei diritti edificatori. Cfr. H. J. BROWN- R. GREENSTEIN, *Transfer of Development Rights for Balanced Development*, in *A Conference Sponsored by the Lincoln Institute of Land Policy and Regional Plan Association,* New York, 1998, pp. 20, 22 ss.

[679] *«(…) an implementation tool that encourages the voluntary transfer of development from places that communities want to save, called sending areas, to places that communities want to grow, called receiving areas»*. Il pensiero è di R. PRUETZ, *Beyond Takings and Givings:*

Tale sistema, si allontana dunque dai semplici trasferimenti di volumetria, diffusi in Italia, mostrando maggiori affinità con la c.d. compensazione.

Il *TDRs*, pur mantenendo le medesime modalità operative[680] si differenzia per le finalità perseguite, non più di solo sviluppo del suolo, da sempre alla base della libera autodeterminazione economica dei privati ma piuttosto di preservazione di determinate aree, sia in termini tutela dell'ambiente che di contenimento della densità abitativa[681].

Ciò che cambia è anche il rapporto con il potere pubblico.

Le amministrazioni locali, infatti, pur avendo agito, negli anni, in modo efficiente, mediante l'emanazione di specifici provvedimenti miranti a far fronte alle problematiche legate alle peculiarità locali, dispongono di *staff* troppo esigui e di limitate risorse finanziarie per contribuire allo sviluppo del *TDRs* su scala nazionale[682].

L'incessante espansione delle città e l'aumento dei costi di gestione delle aree urbanizzate in termini di infrastrutture, servizi pubblici e collegamenti, fanno degli Stati le autorità territoriali più idonee ad intervenire per disciplinare l'uso del suolo mediante un accentramento dei poteri di pianificazione.

Saving Natural Areas, Farmland and Historic Landmarks with Transfer of Development Rights and Density Transfer Charges, 2003, *passim*. Per una dettagliata descrizione delle nuove funzioni Cfr. R. J. RODDEWING- C. A. INGHRAM, *Transerable development rights programs: TDRs and real estate marketplace*, in *Apa (American planning association) PAS (planning advisory service)*, n. 401, 1987, pp. 3 ss.

680 I proprietari delle aree definite *sending sites* possono alienare i *development rights* a coloro che risultano titolari delle *receiving areas* i quali a loro volta sono sollecitati all'acquisto dalla possibilità di accumulare da più parti diritti edificatori attraverso plurimi atti negoziali. Cfr. J. BREDIN, *Transfer of development rights: cases, statutes, examples*, in *Planning Advisory Service Memo*, 1998, p. 1- 4.

681 D'altro canto i diritti edificatori si pongono da un lato come strumento di mediazione tra le diverse modalità di esercizio del diritto di proprietà, dall'altro come mezzo di razionalizzazione e composizione degli interessi di forze contrapposte che in un'economia di mercato impongono continue trasformazioni del territorio ora per ragioni di profitto, ora per garantire la tutela ambientale. I *TDRs* esercitano una particolare attrattiva sull'attuazione delle politiche ambientali in quanto sembrano superare le limitazioni costituzionali senza ricorrere all'indennizzo dei fondi pubblici dei proprietari fondiari. Cfr. J. COSTONIS, *Development Rights Transfer: An exploratory essay,* in *Yale Law Journal*, 1973, 83, 1, pp. 75- 128. L'intervento degli Stati si focalizza principalmente su tre aspetti che sembrano dover essere necessariamente perseguiti a livello centrale. Si tratta più precisamente dei problemi legati agli effetti dello sviluppo che eccede la dimensione locale (quello che travalica le singole zone e che quindi impone una cooperazione tra più comunità o per l'appunto l'intervento di un organismo sovraordinato), dei possibili contrasti tra interesse pubblico (regionale o statale) e privato nella dimensione locale ed infine delle problematiche connesse allo sviluppo di tutte le aree non urbanizzate e per questo non inserite nei programmi di *zoning*. Seppure questa fase di esclusiva centralizzazione non sarebbe durata a lungo è bene ricordare che i maggiori interventi hanno riguardato l'emanazione di leggi quadro che contenessero regole e *standards* validi su tutto il territorio, specifici provvedimenti per le aree dichiarate idonee ed infine l'introduzione di leggi di tutela dell'ambiente mediante limitazioni alla capacità edificatoria che si sostituirono alla normale modalità di tutela dell'ambiente (acquisto sul libero mercato delle aree interessate). Cfr. S. NESPOR, *«Revolution in land use policy»: la pianificazione urbanistica negli Stati Uniti*, *cit.,* pp. 1238- 1239.

682 I piani di *TDRs* definiti da Pizor «di prima generazione» mettono in luce la profonda attenzione che le amministrazioni locali avevano posto nella pianificazione del territorio, mettendo al primo posto le esigenze della collettività, al fine di rendere il sistema dei diritti di sviluppo, uno istituto che potesse essere sfruttato dai proprietari della aree quale nuovo strumento di pianificazione del territorio sensibile alle esigenze della collettività. Al tempo stesso tuttavia tali piani mostravano tutta l'inadeguatezza dell'organizzazione interna delle amministrazioni locali troppo esigue per poter garantire una rapida ed efficiente diffusione della nuova pianificazione su tutto il territorio nazionale. A ciò si sommava il fatto che durante la seconda Guerra Mondiale la collettività è affluita in modo maggiore alle aree urbane e in quelle non interessate dai piani perché decentrate. L'incapacità delle amministrazioni locali di gestire il territorio avrebbe presto visto sostituirsi alle stesse il potere centrale dello Stato che tuttavia non è intervenuto in modo autoritario ma sempre mettendo in atto programmi che fossero (o almeno tentassero di essere) in linea con le esigenze delle collettività. Cfr. J. PIZOR, *Making TDR work: A study of program implementation,* in *Journal of the American Planning Association*, 52, 1986, p. 204 ss.

Ciò ha contribuito alla rapida diffusione del *transfer of development rights* su tutto il territorio nazionale[683].

Il sistema del *TDRs* nella sua veloce evoluzione rappresenta dunque il tentativo di realizzare, attraverso una struttura di mercato che assecondasse i cambiamenti sociali, un complesso efficace di regole per l'utilizzo dei suoli, basato su un concetto di proprietà volto a coniugare le esigenze della collettività con quelle dei titolari dei singoli fondi[684].

Una volta distribuiti i diritti edificatori e divise le *sending area* dalle *receiving,* si assume infatti che siano le leggi della domanda e dell'offerta a regolarne la disponibilità ed il prezzo mediante criteri efficaci ed equi che riflettano gli interessi degli operatori del mercato.

La stessa evoluzione, quantomeno da un punto di vista teorico, si è compiuta in Italia, seppure con molte difficoltà ed a più di quarant'anni di distanza.

Una dottrina è infatti impegnata a sottolineare la necessità di sfruttare il sistema dei «diritti edificatori», non solo per garantire una più rapida crescita del territorio in cui interesse pubblico e privato trovino un vantaggioso punto di incontro, ma anche per una maggiore tutela e conservazione delle aree[685].

L'introduzione dell'art. 2643 co. 1 n. 2-*bis* c.c. ha infatti messo in luce la volontà dello Stato di dar vita ad un sistema su scala nazionale in grado di superare i particolarismi legati al governo delle autorità locali (come avvenuto sino al 2011) e di proporre principi regolatori generali.

Nonostante l'ordinamento urbanistico americano e quello italiano siano profondamente distanti e basati su diversi elementi di regolazione del mercato, in entrambi il sistema dei trasferimenti di volumetria ha imposto di definire il rapporto con il potere pubblico (seppure in momenti storici differenti e con un diversa intensità).

Ciò è avvenuto in entrambi i Paesi non senza dibattiti inerenti alla natura dei diritti edificatori[686], volti ad accertare se la volumetria, pur originando dalla proprietà, sia giuridicamente qualificabile, o se rappresenti un mero strumento finanziario, da intendersi come valore di rimborso dei vincoli attuati dalla pubblica autorità[687].

---

683 Non sono mancate peraltro anche in tale nuovo assetto difficoltà delle amministrazioni centrali di rispondere alle specifiche esigenze delle singole collettività, stante l'eccessiva ampiezza e genericità dei provvedimenti adottati S. NESPOR, *«Revolution in land use policy»: la pianificazione urbanistica negli Stati Uniti*, *cit.,* pp. 1238- 1240.

684 Il pensiero è di H. JACOBS, *Programmi di trasferimento dei diritti edificatori in usa: oggi e domani,* in *Urbanistica*, 1997, 109, p. 63.

685 Su tutti si veda E. BOSCOLO, *Beni comuni e consumo del suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa,* in *Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale,* in AA. VV., *Atti del Convegno di Pescara, 14 maggio 2014*, p. 3 ss. il quale mette in luce l'esigenza di attuare un consumo del suolo sostenibile.

686 Il dibattito invero accomuna tutti i Paesi che hanno deciso di recepire ed attuare la pratica del trasferimento dei diritti edificatori, come si evince dall'analisi di numerosi studiosi che si sono soffermati sul tema analizzando anche altre esperienze europee ed asiatiche. Si vedano al riguardo E. MICELLI, *I diritti edificatori: un'innovazione controversa, Convegno sui crediti edilizi*, Como, 8 Aprile 2011, in *www.notaicomolecco.it.*

687 Oltre alla problematica legata ai criteri di valutazione della compensazione, *just compensation*, (se e quanto denaro emettere a fronte di un certo numero di diritti edificatori), si era venuto anche a creare un conflitto tra esercizio del potere di controllo nell'interesse generale e quello del dominio eminente. Per risolvere tale conflitto le Corti americane invero hanno

2. Interrogativi comuni sull'inquadramento dei «diritti edificatori». Il contenuto del diritto di proprietà.

L'esito del dibattito si comprende solo avendo ben chiare da un lato le profonde differenze strutturali che sussistono tra il sistema di *common law* e quello di *civil law*, dall'altro tenendo presenti le numerose ambiguità derivanti dalle assonanze terminologiche, foriere di non pochi problemi interpretativi ed applicativi, soprattutto laddove il terreno di confronto è quello della «proprietà».

Il riferimento a tale istituto è d'obbligo in quanto il sistema del *TDRs* presuppone una scissione tra la «potenzialità volumetrica» ed il terreno da cui la stessa è originata, il che fa della proprietà del suolo, assieme alle «facoltà» ad essa collegate, uno dei *focus* principali della ricerca[688].

Senza la pretesa di completezza si sottolinea che l'ordinamento statunitense nel definire *real estate, property ownership* e *land ownership*[689] fa riferimento al c.d. *«bundle of rights»*[690], ossia ad un fascio di diritti di cui alcune componenti, quali appunto i diritti di sviluppo sul suolo[691] ma anche altri tra cui quelli dell'aria ed i diritti minerari, possono essere oggetto di disposizioni autonome[692] da parte del titolare[693].

---

optato non per una soluzione univoca e costante ma per l'adozione di decisioni *case by case evaluation* al fine di determinare un equo valore di indennizzo. Cfr. S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura, cit.,* p. 87.

[688] Esiste una sostanziale differenza di partenza (di cui nelle pagine successive si tenterà di verificare l'eventuale superamento) tra i due ordinamenti, in quanto nel sistema italiano la volumetria è tradizionalmente considerata come intrinsecamente collegata al terreno da cui origina, mentre in quello statunitense essa è libera e svincolata rispetto alla terra da cui origina e fa piuttosto riferimento all'uso e al godimento (sia attuale *in possession* che futuro *in reversion* o *in remainder*) del soggetto sul quel bene e ciò invero riflette appieno la tradizione anglosassone. Non a caso, come già sottolineato, il *TDRs* trova attuazione proprio sulla base delle caratteristiche strutturali e funzionali della *real property*. Cfr. S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 193; S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura, cit.,* pp. 80-81; C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo, cit.,* p. 39.

[689] Con riferimento alle origini del termine *ownership* si veda *The Oxford English Dictionary,* VII, p. 344-347.

[690] Per ulteriori approfondimenti si rinvia a R. J. RODDEWING e C. A. INGHRAM, *Transerable development rights programs: TDRs and real estate marketplace*, in *Apa (American planning association) PAS (planning advisory service)*, 401, 1987, p. 2. Per i sistemi di *common law* la proprietà è un diritto o un insieme di diritti in relazione ad un bene piuttosto che il bene in se stesso. Cfr. C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, *cit.,* pp. 26 ss. Con riferimento ad una ricostruzione storico sociale dei *bundle of rights* o *bundle of sticks* si veda anche T. BEATLEY*, Ethical land use. Principle of policy and planning*, *John Hopkins University press Baltimore and London,* 1993, pp. 195- 196.

[691] Senza la pretesa di completezza si sottolinea che la *property* riassume quindi su di sé una serie di diritti tra cui i c. d. *property interest,* i quali possono avere ad oggetto altri diritti cosicché la categoria giuridica corrispondente abbraccia tutti i rapporti inerenti agli elementi del patrimonio dei singoli soggetti. La dottrina americana parla invece di «*sticks*» riferendosi con questo termine ai diritti che compongono la proprietà terriera, ciascuno dei quali è autonomamente separabile e connesso alla possibilità di sfruttare al massimo le potenzialità della proprietà. Più precisamente la dottrina ha affermato che il fondo «può essere simultaneamente oggetto di più interessi giuridicamente protetti, alcuni dei quali possono legittimare il loro titolare al possesso e all'uso effettivo, mentre gli altri gli danno solo un diritto di trarre benefici pecuniari dalla terra ed altri ancora consistono nella mera aspettativa che in un tempo futuro determinato o indeterminato il loro titolare sia legittimato all'uso, al possesso o alla percezione di benefici pecuniari». In tal senso M. RHEINSTEIN, *Commol Law – Equity*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 967 ss.

[692] Cfr. H. J. BROWN e R. GREENSTEIN, *Transfer of Development Rights for Balanced Development*, in *A Conference Sponsored by the Lincoln Institute of Land Policy and Regional Plan Association,* New York, 1998, pp. 9 ss.; T. J. LAWRENCE, *Transfer of Development Rights Land Use Series CDFS-1264-98, Ohio State University Fact Sheet, Community Development*, in *ohioline.osu.edu*, 1998, p. 2. Questo particolare assetto dipende dalle origini feudali della proprietà terriera. Infatti in tali sistemi il diritto di proprietà è fondato non sull'idea di proprietà della terra quanto piuttosto del solo possesso ed uso su di essa esercitato. Ciò è particolarmente rilevante perché il diritto di utilizzare e quello di godere la terra sono visti come qualcosa di separato rispetto alla titolarità della stessa che invece appartiene alla Corona. Ecco perché sul medesimo bene sono ipotizzabili più diritti di proprietà che possono operare simultaneamente o consecutivamente rispetto a soggetti differenti.

Nel sistema americano la disciplina urbanistica (*land use law*) e quella della tutela dell'ambiente hanno inciso profondamente, mediante i *development rights,* sull'evoluzione della *property,* imponendo un ripensamento dell'assetto tradizionale, al fine di adeguarla alla realtà economica e sociale contemporanea e di ricondurla nell'alveo costituzionale[694], in cui il linguaggio tecnico incontra quello di altre scienze sociali[695].

In tale ottica, un orientamento circa la natura giuridica dei *development rights* è stato fornito dall'*Irs* (*Internal Revenue Service)*[696] alla luce di due probanti osservazioni.

In primis è stato asserito che se i *development rights* fossero assimilati ad un mero valore di compensazione, il sistema dei diritti edificatori potrebbe operare solo nei casi di *taking*[697]*,* principio che non trova riscontro fattuale. *In secundis* si è osservato che gli stessi statuti e regolamenti fiscali

---

[693] Cfr. C. F. FLOYD e M. T. ALLEN, *Real estate principles*, United States, 2002, p. 81. L'Autore parla di *fee simple ownership*. «Land ownership consists of a "bundle of rights" that together make up fee simple ownership of property. Residential development rights are one of the "sticks" in the bundle. The Transfer of Development Rights takes the residential density «sticks» and separates them from a particular property and allows for its sale and use on a separate property»; J. G. ROSE, *Legal fundation of land use planning*, United States, 2013, pp. 465 ss. La proprietà è costituita da un *bundle of rights* che a sua volta è l'insieme dei *fee simple ownership* esistenti su ogni terreno, i quali, presi separatamente, costituiscono degli *«sticks»* indipendenti. Più precisamente gli *estate* si formano nel 1920 con il *Statue Quia Emptores*, (dal latino *status*) mediante il quale la posizione vantata dal vassallo diviene un diritto soggettivo ed feudatari possono alienare liberamente i feudi ma perdono la possibilità di procedere ad ulteriori subinfeudazioni. Gli *estate* indicano la posizione giuridica vantata da un soggetto rispetto ad un determinato bene immobile. Tre sono le dimensioni su sui si fondano: il tempo, l'estensione del potere di disporre e il godimento delle utilità racchiuse nell'*estate.* Si parla più propriamente di *estate in fee simple absolute* che equivale in pratica alla proprietà fondiaria civilistica. Esso rappresenta la base di calcolo di tutti gli *estate* in quanto è assoluto nel tempo nel potere di disporre e nel godimento, si tratta dunque di un diritto di massima durata nel tempo, avente ad oggetto gli immobili con tutto ciò che vi è strettamente congiunto ed equivale alla proprietà fondiaria civilistica protraendosi fino alla morte senza eredi del soggetto che ne è titolare. Tale *estate* se non è *absolute (in fee simple)*, ha una durata inferiore quando ne è prevista l'estinzione mediante un evento futuro e incerto che funge da condizione risolutiva (pur divergendo dall'istituto conosciuto nel nostro ordinamento in quanto il suo operato può essere automatico o a discrezione di colui che ha costituito l'*estate*). Per maggiori approfondimenti cfr. G. PUGLIESE, *Property,* in *Enc. giur*., XXIV, 1990 pp. 6 ss.

[694] Come già accennato nella nota 5 del presente capitolo, la Costituzione originaria degli Stati Uniti del 1787 non conteneva alcun riferimento espresso alla proprietà della terra. L'unico accenno indiretto si ha nella controversa locuzione sugli espropri che recita «né la proprietà privata verrà ablata per pubblico utilizzo senza giusto compenso» comparsa nel paragrafo finale del V Emendamento della Costituzione solo a seguito dell'*Bill of Rights*, la Carta dei Diritti del 1791. La locuzione è foriera di quattro concetti basilari: l'esistenza della proprietà privata della terra, l'azione legale dell'esproprio, l'esistenza di attività specifiche legate al pubblico utilizzo ed infine un giusto compenso (in mancanza di anche uno solo di questi elementi l'espropriazione non poteva avere luogo). Cfr. H. JACOBS, *Programmi di trasferimento dei diritti edificatori in usa: oggi e domani, cit.,* p. 62.

[695] Tra i principali Autori stranieri che si sono occupati di questo aspetto si vedano T. BEATLEY*, Ethical land use. Principle of policy and planning*, *John Hopkins University press Baltimore and London,* 1993, *passim;* V. L. BEEN –J. INFRANCA- J. MADAR, *The Market for TDRs in New York City,* in *Seminar 1th of November, Furman Center for Real Estate and Urban Policy*, New York University, 2012, *passim*; N. A. ROBINSON *Handling land use and environmental problems of real estate*, *Practising Law Institute,* 1988, *passim.* Con riferimento alla dottrina italiana si rinvia principalmente a G. PUGLIESE, *Property,* in *Enc. giur*., XXIV, 1990, p. 2 ss.; A. GAMBARO, *Proprietà in diritto comparato*, in *Dig. disc, priv., Sez. civ*., IV, Torino 1997, p. 503 ss. In questo senso la dottrina di *common law* in Inghilterra e America non esprime tendenze omogenee ma segue orientamenti molto diversi. Mentre in Inghilterra la nozione di *property* si rinviene nella situazione di appartenenza relativa a beni corporali estendibile per analogia anche ad altre forme di appartenenza, negli Stati Uniti si sviluppa una visione non fiscalista della *law of property.* Cosicché nonostante i possibili interventi pubblici gli *estate owners* continuano a godere di poteri più ampi rispetto a quelli esistenti in Inghilterra.

[696] Si tratta di un'agenzia governativa che costituisce un ufficio del Dipartimento del Tesoro, e che si trova sotto la direzione immediata del Commisioner of International Revenue (Commissario di Finanza). L'agenzia è inoltre è responsabile per la riscossione delle imposte e l'interpretazione e l'applicazione del Codice di *Internal Revenu*e (diritto tributario statutario federale degli Stati Uniti) .

[697] Si rinvia per ulteriori approfondimenti alla nota numero 17 del presente capitolo.

dell'ordinamento statunitense considerano i «diritti di sviluppo» come *interests in real property*[698] o «*like-kind» real proprerty,* con la conseguente applicazione della rispettiva disciplina[699].

L'*Irs* ha inoltre evidenziato come gli atti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti edificatori (*deed*) siano soggetti all'imposta statale sul reddito proprio come nel caso di trasferimento della *property*[700].

Le Corti statunitensi assumendo la funzione di contrappeso rispetto al potere esecutivo del governo ed esercitando una notevole influenza politica [701], si sono pronunciate più volte a favore dell'ammissibilità dei diritti edificatori.

In più pronunce le Corti hanno definito i *development rights* come un diritto facente parte del *bundle of rights*[702]*,* ossia del fascio dei poteri di cui ogni proprietà è dotata, che per sua natura è in grado di distaccarsi per divenire autonomo oggetto di contrattazioni[703].

---

[698] Con riferimento alla durata l'*Irs* ha osservato che si tratterebbe di diritti con carattere permanente «*various sections of the local ordinances cited by taxpayer provide that development rights are as-of-right and not discretionary, meaning that they exist permanently rather than at the discretion of a city agency or other decision-making authority. As such, these rights appear to be analogous to perpetual rights»*. Cfr. M. S. BRADY, *Exchanging property you didn't know you had. Transferable development rights for real property*, *cit.,* p. 12.

[699] Cfr. A. C. NELSON, R. PRUETZ e D. WOODRUFF, *The TDR Handbook. Designing and implementing Transfer of Development Rights Programs*, United States, 2012, pp. 124 ss.

[700] L. D. MEDINETS, *Exchanging Development Rights in NYC*, in *www.madisontitle.com.*

[701] Il principio di separazione dei poteri in USA è solo formalmente enunciato ma in realtà non assume rilievo effettivo. Si tratta dunque di una concezione profondamente diversa rispetto alla separazione dei poteri che si riscontra nei sistemi di *civil law* in cui il potere giudiziale è considerato del tutto separato ed autonomo rispetto a quello legislativo ed esecutivo. Tra l'altro, si è già avuto modo di sottolineare, come mentre nei sistemi di *civil law* i giudici devono fondare le loro decisioni sulla base delle norme di diritto scritto, in quelli di *common law* la principale fonte di diritto sono i casi pratici che vengono sottoposti al giudizio del giudice. Le leggi scritte sono piuttosto considerate come eccezioni e pertanto vengono interpretate in modo molto restrittivo e salvo espressa volontà di deroga, in modo conforme ai principi di *common law* di fonte giudiziale. Tale principio tuttavia è passibile di eccezione proprio nel sistema nord americano che, a differenza dei tradizionali ordinamenti di *common law,* si basa anche su leggi scritte, in quanto si assegna al giudice, nell'esercizio delle sua funzione giurisdizionale, sia il compito di applicare la legge per risolvere le controversie, sia di «contestualizzare la fattispecie normativa a canoni ermeneutici fortemente pretori». A tal proposito le decisioni della Corte Suprema, posta al vertice del sistema giudiziario acquisisce valore normativo divenendo fonte di diritto. A tal riguardo cfr. S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze Europee e Nord-America,* Milano, 2012, p.418 ss.

[702] Una conferma della ricostruzione come diritto facente parte della proprietà, si ha invero anche tenendo in considerazione il dato letterale che emerge dallo studio dei diversi programmi. Si parla infatti di *estate* e non di *lease* e l'atto di riferimento è il *conveyance* e non il *delivery*. Non vi è invece traccia nelle sentenze di riferimenti alla *personal property* o tantomeno crediti, che però, si badi bene, sono pur sempre istituti diversi da quelli conosciuti dagli ordinamenti di *civil law,* nonostante l'assonanza dei termini. La *real property* comprende sia i beni mobili corporali anche detti *things in possession* (che consentono al soggetto titolare l'uso ed il godimento materiale bene) sia i beni incorporali detti *things in action* (denominazione che deriva dai diritti di credito che possono essere esercitati solo proponendo azione giudiziaria). Cfr. P. V. BAKER, *R. Megarry's manual of the law of real property,* London, 1975, pp. 7 ss; N. W. MACCHENSEY, *The principles of real estate law*, New York, 1927, *passim*. L'analisi delle pronunce giurisprudenziali che si riferisce ai *development rights* come a *reale estate* impone di prendere le distanze da quella dottrina che, basandosi sulla pronuncia *Suitum v. Tahoe Reg'l Planning Agency*, 520, U.S., 1997, p. 725 in cui la Corte si riferisce alla possibilità che i diritti edificatori circolino in modo autonomo, sostiene che i diritti edificatori rappresentino un bene mobile, ignorando invero l'analisi argomentativa della Corte che parla solo di *real estate* e *real property*. Cfr. S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori,* Padova, 2012, p. 193; G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 332 ss. La stessa dottrina potrebbe invero obiettare che nei sistemi di *common law* la distinzione tra *real property* e *personal property* non si basa sul tipo di bene (mobile o immobile) che possono avere ad oggetto come i sistemi di *civil law* quanto piuttosto sul tipo di azione esperibile, restitutoria o meramente risarcitoria. Tale obiezione certamente corretta, non tiene conto però dell'evoluzione del sistema giuridico americano che attualmente riconduce tutti i diritti legati alla proprietà fondiaria alla *real property* con la conseguenza che la *personal property* è costituita per la maggior parte da beni mobili e dai diritti relativi a cui si affiancano quelli sui beni incorporali. Al riguardo sia consentito rinviare a C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, *cit.,* p. 26 ss. In occasione dell'analisi di alcuni casi di trasferimento di volumetria come quello che ha interessato il la riserva naturale di *Pinelands National Preserve* si fa spesso riferimento al credito acquisito dai costruttori per edificare sulle aree di loro proprietà e non sottoposte a vincolo. In realtà analizzando attentamente la terminologia utilizzata si può riscontrare che con il termine «credito» non si fa tanto impropriamente riferimento alla disciplina giuridica conosciuta in Italia quanto piuttosto ad

Tale fatto ha permesso di dissipare in breve tempo gli interrogativi sulla loro qualificazione giuridica ed ha altresì ha contribuito a rendere l'istituto più accettabile per la collettività.

Le sentenze dei giudici sono infatti divenute espressione delle esigenze e dei particolarismi delle singole Contee cosicché a fronte di un *framework* comune, valido su tutto il territorio nazionale, si sono affermati *land use planning projects* in grado di far fronte alle necessità delle singole zone.

In ogni comunità si sono venute a creare reti di relazioni tra privati, amministrazioni ed intermediari capaci di interagire tra loro per l'utilizzo dei «diritti di sviluppo» sul suolo[704].

Se dunque da un lato gli svantaggi di un sistema fondato sulla giurisprudenza sono certamente quelli di un'evoluzione non sistematica ed armonica del diritto, dall'altro non si può negare come le Corti americane, data la maggiore flessibilità di cui dispongono, si siano mostrate più sensibili alle istanze economiche del Paese così da rispondere celermente alle nuove esigenze sociali[705].

A differenza degli Stati Uniti l'ordinamento italiano non ha saputo adeguare il proprio sistema giuridico a tali innovazioni, come dimostrato dalla mancata puntuale codificazione delle nuove figure negoziali diffuse nella prassi.

Infatti seppure i giudici italiani alla fine degli anni Sessanta hanno preso posizione sulla natura giuridica dei diritti edificatori[706], le pronunce non sono state in grado di incidere sull'applicazione dell'istituto, rimanendo imbrigliate nel dibattito dottrinale e nella stratificazione di normative speciali.

---

un'aspettativa giuridicamente tutelata dall'ordinamento. Cfr. V. RENARD , *Land markets and transfer of development rights: some examples in French, Italy and the United States*, *cit.,* p. 167- 168, 169.

[703] La Corte nel caso *Suitum v. Tahoe Reg'l Planning Agency*, 520, U.S., 1997, p. 725, ha confermato alienabilità dei diritti edificatori separatamente dal suolo, non accogliendo la richiesta del proponente a cui era stata negata la possibilità di costruire in quanto il suo terreno rientrava in una zona *sending*. Lo stesso aveva avanzato l'obiezione che i diritti di sviluppo fossero una parte inalienabile del diritto di proprietà ed, in quanto, tali non trasferibili separatamente dalla stessa. La Corte a sostegno del suo ragionamento asserisce che «*Development rights (…) can be transferred under the provisions of zoning law*».

[704] Un nuovo *ius aedificandi* dunque, non solo connaturato al terreno ma in grado di circolare liberamente per effetto della sola volontà del *dominus,* la cui visione si avvicina a quella teorizzata già quarant'anni fa da una dottrina attenta ai cambiamenti che il sistema giuridico italiano stava vivendo. Per un maggiore approfondimento di rinvia alle considerazioni introduttive par. 2. Tra la dottrina sia consentito citare GAMBARO A. e MORELLO U., *Trattato sui diritti reali, cit.,* pp. 71-78; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, *passim*; A. GAMBARO, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà, cit.,* pp. 273-396; S. G. SELVAROLO *Il negozio di cessione di cubatura,* Napoli, 1989; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990; tra i più recenti M. LIBERTINI, *I «trasferimenti di cubatura», cit., passim*; F. ADDIS, *Fonti legali della proprietà private e decentramento normativo*, in *Riv. dir, civ.,* II, 1994; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura, cit.* Il legislatore nel codificare i diritti edificatori ha infatti aperto una breccia nelle categorie tradizionali dell'ordinamento rendendo plausibile una nuova visione della proprietà, più vicina al modello di *common law,* in cui i diritti di sviluppo esistenti sul suolo sono in grado di scindersi dallo stesso per mezzo dell'autonomia privata. Ciò non stupisce se, come già sottolineato, si considera il fatto che l'ordinamento è sempre più aperto a riconoscere nuovi spazi all'autonomia contrattuale mediante il recepimento di innovative figure negoziali spesso di origine straniera e, come nel caso dei diritti edificatori, già ampiamente avallate dalla prassi e bisognose di una legittimazione giuridica. Il tentativo effettuato tuttavia non è sufficiente ad assimilare l'esperienza nazionale a quella americana.

[705] G. AMADIO, *Letture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, p. 260 ss.; G. ALPA, *Contratto nei sistemi di* Common law*, cit.,* pp. 154 ss., 192 ss.; P. S. ATYAH, *An introduction to the law of contract*, *cit., passim;* A. DIAMOND, *Codification of the law of contract*, *cit., passim.*

[706] Si tratta dell'orientamento giurisprudenziale che anche prima della novella riteneva che la prassi configurasse un diritto reale atipico. Per maggiori approfondimenti si rinvia al capitolo II, paragrafo 1 della tesi.

Chi intende investire nel mercato immobiliare americano ha pertanto tre opzioni: l'acquisto del semplice terreno, dei soli diritti di edificatori o di entrambi[707], con evidenti vantaggi nella prospettiva di sviluppo del suolo e nella partecipazione al mercato.

Ne consegue che la proprietà possa essere infinitamente divisibile ed utilizzabile anche con riferimento a soggetti diversi cosicché non è raro che più individui siano titolari sul medesimo bene di differenti diritti derivanti dalla proprietà senza alcuna restrizione[708].

---

[707] È bene precisare tuttavia che non si tratta di una modalità di sviluppo edilizio indiscriminata ed indisciplinata, in quanto coloro che operano nel mercato devono rispettare gli indici di zona dettati a monte, atti a definire la situazione catastale di ogni bene. Dalla capacità di sfruttamento del suolo è inoltre possibile determinare il valore di mercato dello stesso anche se invero è lasciato al riguardo un ampio margine di contrattazione ai privati. Il rispetto delle regole dettate dal Piano è assolutamente rilevante per mantenere un ordinato assetto nell'attività svolta dai grandi gruppi industriali che hanno accolto con favore il sistema dei *TDRs* per le infinite possibilità di sviluppo che offre. Le considerazioni si possono rivenire in S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura, cit.,* p. 80.

[708] È dunque evidente come la teoria del *dominium* non trovi alcuno spazio operativo con l'ulteriore conseguenza logica che non vige nemmeno il principio del *numerus clausus* per i diritti reali i cui caratteri identificativi sono dunque molto meno restrittivi. All'interno della corrispondente voce contenuta nell'*International,* Enciclopedia di diritto comparator, si può leggere che «the European codes contain a numerus clausus, an exclusive list of recognized real rights or property interests, which prevents recognition and, in the case of land, registration, of the peculiar property interests of the trustee and beneficiary» Cfr. W. FRATCHER, *International Enciclopedia of Comparative Law*, VI, 11, Trust, 109, 1993. Il contenuto dei diritti sugli immobili viene indicato come *estate* o *interest*. Ogni volta che studiando i documenti afferenti il sistema giuridico di *common law* ci si imbatte nella dottrina che parla del concetto di *numerus clausus* per i diritti reali, è necessario tenere a mente che ciò avviene in senso profondamente diverso rispetto ai sistemi di *civil law*. Anche se a prima vista sembra che il numero dei diritti reali conosciuti non possa essere ampliato né variato si scorge in realtà che alla fine del ventesimo secolo molti nuovi tipi di *lease* ed *estatment* hanno trovato spazio nel sistema statunitense. Alcuni autori hanno sostenuto invece che anche il sistema americano conosca, il principio del numero chiuso, si veda al riguardo T. W. MERRILL E H. E. SMITH, *Optimal standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110, Yale, L. J., 1, 2000, pp. 42-58. Tuttavia un'attenta dottrina ha sottolineato le differenze sostanziali che si possono rinvenire tra tale principio così come conosciuto dal diritto continentale e la semplice standardizzazione realizzata per finalità pratiche conosciuta dal sistema americano. Esse si ritrovano innanzitutto nel fatto che, secondo quest'ultima elaborazione «i tribunale possono comunque decidere che certi diritti, creati dai due contraenti e non classificabili nelle esistenti categorie, sono vincolanti ed opponibili sia tra le parti che nei confronti dei terzi. Inoltre la standardizzazione non comporta che il contenuto delle varie categorie sia determinato, come nel diritto civile, da norme di legge inderogabili». Con riferimento all'individuazione di un «quasi numero chiuso» dei diritti reali si veda S. V. ERP, *A* Numerus Quasi-Clausus *of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law?*, 7.2, in *Electronic Journal of comparative law,* 7.2, 2003. Il principio di partenza si contrappone totalmente a quello vigente nei sistemi di *civil law* in cui la proprietà rappresenta il diritto in virtù del quale una cosa appartiene ad un determinato soggetto in via esclusiva. La distinzione tra diritti reali ed obbligazioni impone di pensare al patrimonio come a qualcosa di distinto dalla proprietà e non confondibile con la somma dei diritti reali di cui un soggetto può essere titolare. Cfr. C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, *cit.,* p. 26 ss; A. GAMBARO, *Proprietà in diritto comparato*, *cit.,* p. 504. Questa differenza concettuale si riflette sulla modalità di acquisto, di tutela e soprattutto di trasferimento dei diritti.

È bene precisare che anche nei sistemi occidentali basati sul diritto romano è possibile individuare più diritti separabili dal diritto di proprietà, si pensi per esempio alle servitù o ai diritti minerari, tuttavia essi rappresentano più che altro una distorsione rispetto a tale sistema piuttosto che un principio fondamentale. Questa è una delle ragioni che redono così difficile per gli Stati dell'Europa occidentale confrontarsi con istituti e tecniche nati e diffusi nella realtà nord americana. Cfr. V. RENARD, *Land markets and transfer of development rights: some examples in French, Italy and the United States, cit.,* p. 162. A tal proposito è bene anche ricordare le considerazioni di L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà,* in AA. VV., *Diritto privato comparato istituti e problemi*, Roma, 2004, pp. 45, 63 ss. L'Autore afferma come la distinzione tra diritti reali e diritti personali non sia totalmente sconosciuta al *common law* in quanto essi, equiparando le tue categorie di diritti come oggetti incorporali della *property* nell'ambito di una concezione intesa come patrimonio-ricchezza individuale sembrano voler ignorare consapevolmente tale distinzione ed i suoi risvolti teorici, secondo un'ottica quasi pragmatica in virtù della quale le categorie vengono plasmate di volta in volta a seconda dell'esigenza pratica e dell'occasione. Ciò affonda presumibilmente le sue radici nel fatto che le Corti inglesi chiamate a decidere nell'antichità casi controversi furono indotte a dividere i beni dai relativi diritti in virtù della diversa tutela accordata, per cui mentre la terra poteva sempre riaversi, con riferimento ai beni bisognava agire contro la persona che li aveva sottratti.

Questo assetto rivela una fondamentale differenza rispetto agli ordinamenti europei[709] i quali, affondando le radici nel diritto romano, si basano invece sulla natura indivisibile ed assoluta della proprietà terriera.

Mentre dunque il diritto dominicale dei modelli di *civil law* riceve protezione contro qualunque interferenza[710], nel sistema americano la proprietà di un terreno è piuttosto considerata come una «forma di utilizzo» di cose e beni il cui contenuto è «intangibile» in quanto è rappresentato dall'utilità economicamente valutabile che ogni soggetto ne trae[711].

L'affermazione è fondamentale. Nel primo sistema si rinviene una tendenziale preferenza per la tutela dei diritti piuttosto che per la protezione dell'interesse economico correlato agli stessi, con evidenti conseguenze anche sul tipo di tutela offerta alla parte[712].

Nel secondo invece il risarcimento del danno si pone quale strumento di salvaguardia dell'utilità economica che il bene aveva per il danneggiato[713].

Si tratta di due concezioni molto diverse tra loro che rendono impossibile ricavare una nozione unitaria di proprietà[714] valevole per tutti gli ordinamenti appartenenti alla categoria di c.d. «tradizione giuridica occidentale»[715].

---

[709] M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.,* 2008, I, p.192. L'autore sottolinea come sia improprio annoverare la proprietà tra le libertà dell'individuo in quanto «(…) i diritti fondamentali dell'uomo non solo quelli di natura personale e non già quelli di natura patrimoniale»; M. TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione,* in *Riv. dir. civ.,* 2009, p. 1056. L'Autore sottolinea come nell'ambito del diritto di proprietà la compenetrazione del diritto europeo in quello interno non deve indurre a ritenere che esista una disciplina unitaria dell'istituto in ambito europeo, anche se allo stesso tempo sottolinea l'esistenza di un rapporto armonico tra l'ordinamento europeo e gli Stati membri per l'esistenza di una «correlazione biunivoca tra le legislazioni e gli ordinamenti giuridici europei e quelli nazionali». La Corte di Giustizia Europea è intervenuta in tema di proprietà affermando che i valori della proprietà europea hanno ormai acquisito organicità e pregnanza tali da poterli configurare come elementi essenziali di qualunque ricerca che voglia affrontare l'istituto della proprietà, per approfondimenti si rinvia a Corte giust., 13 luglio 2000, c. 423/98 Albore, in *Raccolta*, 2000-I, p. 5995 ss.

[710] L'interferenza a cui si fa riferimento è sia da parte dei terzi che tendenzialmente da parte dello Stato salvo eccezioni. Si pensi a tal proposito ai casi in cui lo Stato attraverso la procedura degli espropri è in grado di incidere sul diritto di proprietà del cittadino. L'idea di assolutezza ed esclusività non si rinviene invece nel sistema americano che non solo permette un «uso condiviso» dei diritti e dei beni sulla proprietà ma inoltre lo Stato è in grado di incidervi attraverso la disciplina del *taking* e soprattutto attraverso le più innovative attività di pianificazione del suolo. Cfr. J. PIZOR, *Making TDR work: A study of program implementation*, *cit.,* p. 207 ss.

[711] Con riferimento ad un innovativo rapporto tra soggetti e beni si vedano le osservazioni di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile, cit.,* p. 121. Secondo l'Autore l'evoluzione del sistema sociale e dei rapporti commerciali che ne derivano ha determinato un'estensione in cui i beni sono riferibili a più soggetti e destinati all'esercizio di una comune attività economica secondo un'ottica soggettivistica propria del diritto societario piuttosto che della obiettivitistica come quella della comunione. La stessa società avrebbe perduto i suoi tratti tipizzanti, accentuando invece profili di segno contrattuale in cui il rapporto è proiettato in una dimensione temporale.

[712] La preminenza del diritto sull'interesse determina una preponderanza del rimedio dell'esecuzione in forma specifica piuttosto che del risarcimento del danno utilizzato per assicurare protezione agli interessi economici e limitato ai soli casi in cui non è possibile ripristinare il diritto mediante l'esecuzione in forma specifica. La dottrina rileva come il risarcimento del danno c.d. «puro» sia considerato come il prezzo di una espropriazione forzata dei diritti del proprietario. La connessione tra diritto e azione è così salda che taluna dottrina giunge a considerare il ricongiungimento tra proprietà e possesso un attributo della proprietà anziché un rimedio posto a sua tutela. Cfr. A. GAMBARO, *Proprietà in diritto comparato*, *cit.,* p. 504.

[713] Tutto ciò che concerne la tutela della proprietà rientra nella c.d. *law of torts* e non nella *law of property*. La struttura rimediale riflette la predominanza delle regole risarcitorie su quelle proprietarie, in cui il valore economico del bene prevale sul diritto in sé consentendo a colui che disponga di maggiori risorse finanziarie di acquistare il bene rispetto a chi ne faceva un precedente utilizzo. Si tratta del medesimo principio che si trova alla base del contratto, la cui disciplina si fonda sull'idea di danno derivante dalla violazione della promessa. Per maggiori approfondimento sulle origini del contratto di *common law* si rinvia a G. ALPA, *Contratto nei sistemi di* Common law, in *Dig. disc, priv., Sez. civ., Vol. IV,* 1989, pp. 152- 153.

Le marcate differenze, quantomeno da un punto vista teorico, non consentono infatti di considerare interscambiabili i termini «*property*» e «proprietà».

Quello di cui può parlarsi è piuttosto un avvicinamento tra i due sistemi per quanto concerne i trasferimenti di volumetria.

Un autore ha osservato come in Italia, i «diritti edificatori» abbiano contribuito a modificare il concetto tradizionale di proprietà per avvicinarlo, sotto alcuni aspetti, a quello di *common law*[716].

Tale apertura sembra dimostrata anche da una serie di istituti che l'ordinamento italiano sta progressivamente recependo[717], si pensi alla multiproprietà foriera di non pochi interrogativi sul contenuto del diritto dominicale come tradizionalmente conosciuto, al *trust* ovvero ai vincoli fiduciari in generale[718].

Quella stessa dottrina ritiene che, a volte, non sia più possibile riferirsi allo schema classico del *dominium* di derivazione romanistica, essendo invece rinvenibili diritti diversi dotati di una propria autonomia che necessitano, in sede di recepimento, di un inquadramento normativo e della più attenta

---

[714] Tale affermazione è vera solo con riferimento al linguaggio giuridico perché per le altre scienze sociali la parola indica invece una serie definita di fenomeni e problemi che fanno da sfondo a teorie diverse. Tutte le visioni troverebbero le loro origini in una serie di problemi comuni politici e sociali. Per maggiori approfondimenti cfr. A. GAMBARO, *Proprietà in diritto comparato*, *cit.,* pp. 503 ss. Con riferimento al superamento della contrapposizione tra i due sistemi giuridici si veda anche L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà, cit.,* p. 37 ss.

[715] L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà, cit.,* p. 50 ss. Con il termine «tradizione giuridica» si fa riferimento all'insieme dei modi di pensare, insegnare ed applicare il diritto radicati nella mentalità giuridica di un Paese e condizionati dalla storia dello stesso. Se ciò è vero, secondo parte della dottrina, i sistemi di *civil law* e di *common law* condividono un sostrato politico e culturale. Quando dunque si parla di «tradizione giuridica occidentale» si prescinde dalla distinzione sistemologica delle due diverse esperienze e si fa piuttosto riferimento ad ordinamenti (quelli di *civil law* e a quello americano), che condividono gli stessi ideali di fondo e in cui sono presenti due presupposti: le singole regole sono intellegibili solo se inserite in un contesto di procedure e istituzioni tra loro coordinate e l'altro secondo cui il principio di legalità è superiore a quello della sovranità (ciò si può rinvenire in tutti i Paesi con costituzione rigida). La «tradizione giuridica occidentale» si presenta quindi come il frutto della civiltà occidentale ma allo stesso tempo rappresenta anche uno dei fondamenti della stessa.

[716] L'affermazione formulata già in passato da S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura, cit.,* p. 80.

[717] A seguito delle sentenze della Corte costituzionale del Sessantotto e dell'Ottanta, si è diffusa una nuova visione dello *ius aedificandi* che non si identificherebbe più con il diritto vantato sulla cosa (visione, questa, tipica del *civil law*), ma rappresenterebbe piuttosto il potere di compiere attività di trasformazione sugli immobili, potere di cui il privato si deve dotare ogni volta che voglia sfruttare il bene e che va ad aggiungersi a quello che già vanta per il diritto di iniziativa economica a lui riconosciuto dall'art. 41 Cost. Si tratta dunque di un'impostazione molto più vicina alle categoria di *common law* piuttosto che a quella del tradizionale assetto riconosciuto dall'ordinamento italiano. Per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare al capitolo I , paragrafi 1 e 2 ed inoltre si veda V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi,* in *Diz. dir. priv.* a cura di N. IRTI, Milano, 1980, 1, p. 481 ss.

[718] Si rinvia su tutti alla riflessione di L. MENGONI, *Proprietà e libertà,* in *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della carta fondamentale,* Milano, 1990, p.11 ss., p. 31. L'Autore ritiene che la funzione sociale debba essere pensata «insieme con il concetto di proprietà, come elemento qualificante la posizione del proprietario», cosicché l'individuazione dei limiti volti ad assicurare la funzione sociale «è essa stessa determinazione del contenuto del diritto». Ciò vuol dire che proprietà e funzione sociale siano tra loro in rapporto di concorrenza e non invece di antinomia, così da garantire la partecipazione del singolo alle scelte economiche e rendere il suo interesse individuale in linea con quello generale. Il pensiero nasce dall'analisi dell'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (c. d. Carta di Nizza), la cui formulazione ha dato vista ad orientamenti diversificati circa la ricostruzione del rapporto esistente tra proprietà e libertà a causa del mancato riferimento da parte del legislatore europeo alla funzione sociale come criterio guida di composizione dei conflitti tra interessi proprietari e non proprietari. La proprietà non sarebbe più un diritto economico ma un diritto fondamentale di libertà tutelato sia dallo Stato che dai doveri di solidarietà verso gli altri consociati. La proprietà poggia dunque su un'economia sociale di mercato intorno alla quale si svilupperebbe il modello dominicale. G. VETTORI, *Diritto dei contratti e costituzione europea,* Milano, 2005, p. 82. Per una completa ricostruzione del dibattito si rinvia ancora a L. MENGONI, *Proprietà e libertà, cit.,* pp. 437-441; R. CONTI, *Proprietà e diritto comunitario,* in R. CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009, p. 253 ss.

«collocazione sistemica», cosicché l'ordinamento giuridico possa essere costantemente al passo con le evoluzioni socio-economiche del Paese che coinvolgono la proprietà privata[719].

2.1. Segue: l'autonomia privata.

Sebbene dunque si possano rinvenire degli spiragli per una concezione di proprietà più vicina sotto certi aspetti a quella accolta negli ordinamenti di *common law*[720], sono ancora molte le differenze esistenti rispetto al sistema americano.

Le affinità, seppure esistenti, si limitano infatti ad alcune modalità di utilizzo dello *ius aedificandi,* mentre sotto altri profili permangono evidenti differenze, come può evincersi anche dall'analisi dell'autonomia contrattuale di cui dispongono le parti oltreoceano[721].

Nel paragrafo precedente si è sottolineato come nei sistemi di *common law* la proprietà si identifichi non con il bene in sé ma con l'utilizzo che ne può essere fatto, cosicché i titolari possono trarne la massima utilità, godendo di ampi poteri che si riflettono anche sull'autonomia contrattuale.

Se infatti è vero che la potenzialità di sviluppo in altezza rappresenta uno dei *rights* di cui si compone la proprietà del suolo, allora chiunque ne risulti titolare è in grado di disporne in modo autonomo all'interno del libero mercato, con il solo rispetto della normativa locale in materia di pianificazione.

Non a caso in America il *TDRs* si basa sulla libertà imprenditoriale piuttosto che sul principio di uguaglianza che si trova a fondamento della perequazione.

I rapporti tra privati vengono gestiti (almeno in via teorica) senza alcuna interferenza da parte dello Stato secondo una concezione fortemente individualistica ed antagonistica[722].

---

[719] Per una trattazione approfondita del recepimento da parte dell'ordinamento di istituti di origine straniera si rinvia a A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, *cit.,* p. 4 ss., 95 ss.; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, cit.,* pp. 449 ss., 519 ss.

[720] L'Agenzia delle Entrate ha proposto argomentazioni affini a quelle dell'*Irs*. Il contenuto dello *ius aedificandi* sembra oggi incarnare piuttosto l'esercizio di un'attività economica secondo l'accezione resa dall'art. 41 Cost., volta alla produzione non di utilità giuridiche né imprenditoriali e caratterizzato da un'accezione pubblicistica, cosicché la scissione tra la proprietà e l'attività edificatoria, determina la riconduzione della prima ad un'attività imprenditoriale. Cfr. A. GAMBARO e U. MORELLO, *Trattato sui diritti reali, cit.,* pp. 71-78; M. TAMPONI, *Una proprietà speciale, (lo statuto dei beni forestali),* Padova, 1983, p. 222. È in tale ottica che lo *ius aedificandi* arricchisce il suo contenuto. Pur essendo connesso alla proprietà del suolo, esso assume peculiarità proprie legate alla sua doppia rilevanza, rispettivamente privatistica e generale urbanistico-edilizia, tali da determinarne l'autonomia rispetto alle ricostruzioni giuridiche tradizionali. A. DI MAJO e L. FRANCARIO, *Proprietà edilizia, cit.,* p. 354. Se ne deve dedurre che il diritto di edificare, pur partecipando alla complessa natura della proprietà immobiliare, subisce sia le influenze della disciplina pubblicistica che di quella privatistica a cui è sottoposto in quanto in solo l'esercizio e non la titolarità è subordinato ad un provvedimento di autorizzazione rilasciato dalla pubblica amministrazione. Il pensiero è di M. LIBERTINI, *Sui «trasferimenti di cubatura», cit.,* p. 82. Lo *ius aedificandi* per concludere non si identifica più tanto con il diritto vantato sulla cosa, ma piuttosto con il più generale potere di compiere attività di trasformazione sugli immobili, potere di cui il privato si deve dotare ogni volta che voglia sfruttare il bene e che va ad aggiungersi a quello che già vanta per il diritto di iniziativa economica a lui riconosciuto dall'art. 41 Cost. V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi, cit.,* p. 481 ss. È dunque interessante come i due sistemi, pur partendo da differenti principi giuridici relativi alla conformazione della proprietà e del potere di edificare, giungano invero a considerare il diritto di sviluppo sul suolo come un elemento intrinseco alla stessa ma in grado di assumere una propria autonomia così da essere oggetto di contrattazioni separatamente dal suolo da cui è originato.

[721] Una dottrina ha infatti sottolineato come le maggiori affinità potrebbero rivenirsi con la prassi della cessione di cubatura e non con i diritti edificatori. D. D'ORSOGNA, *Perequazione urbanistica e diritti edificatori: esperienze giuridiche a confronto, cit.,* p. 2 ss.

La conseguenza è che chiunque agisca quale operatore privato è lasciato del tutto libero di istaurare rapporti contrattuali, senza che siano predisposti in linea di massima interventi protettivi pubblici[723].

Una significativa dimostrazione può rinvenirsi nel fatto che anche l'eventuale pubblicità del contratto o dell'atto, è rimessa all'esclusiva discrezionalità delle parti ed assume una mera valenza archivistica e non assertivo-positiva[724], cosicché né le autorità locali, né l'amministrazione centrale rispondono della veridicità o dell'attendibilità dei contenuti riportati[725].

Prendendo in esame l'evoluzione del sistema di pianificazione della pionieristica città di New York spicca la centralità dell'interesse privatistico.

---

[722] G. H. TREITEL*, Law of contract*, London, 1983, *passim;* che parlando di superamento della privatezza dell'affare ritiene che il contratto sia esposto a tutti gli interventi da parte dell'ordinamento. Si parla della perdita di rilevanza del suolo del contratto nella società moderna e più precisamente della scelta non più volontaria dei diritti da parte del soggetto bensì frutto dell'intervento legislativo. Si tratterebbe invero di un fenomeno tipico della società complessa e dell'organizzazione dell'apparato amministrativo. Tali modifiche sarebbero secondo la dottrina più evidenti proprio in materia di espansione urbanistica. È bene inoltre tenere distinto il contratto dalla *convention* che è invece l'accordo a cui partecipa anche la p. a. Cfr. G. ALPA, *Contratto nei sistemi di* Common law, *cit.,* pp. 152- 153, 155.

[723] Rispetto all'atto di autonomia privata gli interventi esterni del giudice o del legislatore devono considerarsi fatti eccezionali la cui portata deve essere limitata (*privity of contract).* La dottrina parla più precisamente di *sanctity of contract* Cfr. P. S. ATYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1981, *passim;* in senso opposto si veda G. H. TREITEL*, Law of contract*, London, 1983, *passim.*

[724] La pubblicità prevista per i contratti americani non corrisponde alla trascrizione prevista del sistema italiano ma che deve piuttosto intendersi quale mero inserimento dei dati del contratto all'interno di registri «pubblici» solo nel senso che sono accessibili a chiunque. Il diritto americano conosce il sistema pubblicitario del *recording* (archiviazione, annotazione) mentre quello del *registration* o *torrent system* (G. PUGLIESE, *Property,* in *Enc. giur.*, XXIV, 1990 pp. 7 ss.) è stato inizialmente adottato da vari Stati americani ma successivamente abrogato in molti di essi con l'effetto che oggi si può rinvenire unicamente in Colorado, Georgia, Hawaii, Massachusetts, Minnesota, New York, Nord Carolina, Ohio, Virginia e Washington. Anche se ogni Contea possiede il proprio record *register* non esiste un sistema di «conservazione» sotto il controllo statuale né, tantomeno, centralizzato e federale, inoltre i documenti vengono archiviati e conservati all'interno di tali registri solo su richiesta delle parti. Si tratta invero di una richiesta totalmente facoltativa. Tale registrazione talvolta può assumere la forma di un onere a seconda dell'accordo raggiunto dalle parti ma negli USA non si traduce comunque mai in un obbligo. Le modalità di archiviazione all'interno del registro avvengono sia su base personale attraverso l'indicazione del *name* o *index,* sia su base reale attraverso l'indicazione degli estremi del contratto *tract* o *parcel index*. Nel diritto americano non si trova traccia del numero o della tipologia di atti che possono essere archiviati, tuttavia dall'analisi dei *cases* emerge una forte eterogeneità dovuta alle diverse pronunce dei giudici chiamati a valutare casi concreti. È bene inoltre sottolineare che l'efficacia della conoscibilità legale del *record* può anche non derivare da un unico registro ben potendo essere rimessa a più registri anche di carattere privato secondo la volontà delle parti purché gli stessi siano accessibili al pubblico. Ciò comporta che all'interno dei registri non via alcuna indicazione della posizione soggettiva di coloro a cui deve essere riferito un certo diritto o un certo immobile. Pertanto, al fine di conoscere la situazione esistente su un determinato bene, come può avvenire con riferimento ai diritti di sviluppo collegati al suolo, l'interessato dovrà recarsi presso l'archivio per prendere atto dei documenti ivi depositati anche se il *recorder* ha un valore meramente indiziario cosicché la situazione del bene potrebbe essere diversa per via di un altro documento postumo.

[725] A differenza dell'Inghilterra che dal 2003 ha assunto un ruolo di intervento attraverso la procedura di «*registered conveyance*», negli Stati Uniti il procedimento di registrazione rimane ancora a discrezione dei privati. Nel diritto americano l'opponibilità ai terzi non si fonda quindi sullo strumento pubblicitario assimilabile a quello conosciuto dal nostro ordinamento, bensì sulla fonte del diritto oggetto del trasferimento (per esempio sono opponibili gli *interest at law,* ma non quelli che ricevono tutela *dall'equity).* Nel *common law* il contratto e l'atto di trasferimento costituiscono due atti distinti, compiuti in due momenti differenti anche nel caso in cui abbiano ad oggetto beni immobili. Facendo invece richiamo alla legge inglese per quanto concerne i beni mobili, che costituiscono un raro esempio di diritto codificato, si prevede che la proprietà passi al momento della manifestazione di volontà da parte del soggetto, analogamente al diritto italiano e francese che si basano sul principio del consenso traslativo. Si veda a tal proposito il *Sale of Gods Act* del 1979, art. 17 che ha abrogato il *Sale of Gods Act* del 1893 che tuttavia continua ad essere applicato in Irlanda (l'art. 20 stabilisce invece che il passaggio del rischio si ha al momento del trasferimento della proprietà a meno che non sia diversamente stabilito).

Infatti, anche quando sono cambiate le finalità del trasferimento dei diritti edificatori (da mero sviluppo del territorio a strumento di preservazione del suolo), ciò è avvenuto prima di tutto in ragione dell'esigenza avvertita dagli operatori del mercato[726].

L'Amministrazione consapevole dell'importanza della dimensione privatistica per il raggiungimento degli interessi pubblici, ha permesso agli operatori di agire secondo i principi del libero mercato[727], intervenendo solo in modo indiretto attraverso la creazione di un «organo di controllo»[728] che potesse agevolare le contrattazioni e mantenere elevati livelli di efficienza per evitare il collasso degli scambi.

I trasferimenti di volumetria sono dunque il risultato dell'incontro di forze diverse, quella dell'iniziativa privata, da sempre posta al centro del libero mercato, quella del potere pubblico che vanta plurimi interessi nell'attività di gestione del suolo ed infine quella del potere giudiziario che ha avuto un ruolo determinante nella legittimazione del suddetto sistema.

La medesima libertà circa lo sfruttamento della capacità edificatoria non si può invece riscontrare in Italia.

Le novità che si sono accompagnate alla cessione di cubatura, si limitano infatti ad aver contribuito a rendere possibile una separazione della potenzialità edificatoria dalle vicende del suolo, mentre ciò non ha inciso sulle modalità di utilizzo della volumetria.

Essa infatti è rimessa non solo al controllo finale della p. a. che incide nella modulazione del contratto con cui si trasferisce la volumetria ma, ancora prima, è subordinata ad uno schema contrattuale che deve rispettare adempimenti pubblicitari rigidamente definiti[729].

---

[726] Lo sviluppo del mercato è stato lasciato nelle mani degli operatori pur non dovendosi trascurare il fatto che la p. a. ha la possibilità di intervenire non per esercitare un potere ovvero un controllo sulle scelte dei privati ma piuttosto per supportare lo sviluppo del mercato quando gli operatori da soli non ottengano risultati soddisfacenti, per esempio attraverso la predisposizione di incentivi a favore delle Contee che, per le più svariate ragioni, hanno difficoltà nell'utilizzare il sistema dei diritti di sviluppo. L'impostazione è condivisa anche da PRUETZ- N. STANDRIDGE, *What makes transfer of development rights work?: Success factor from research and practice*, in *Journal of American Planning Association*, 2009, vol. 75, pp. 84- 85.

[727] Invero si scorge come l'evoluzione della realtà economica e sociale abbia portato con sé anche il mutamento dei caratteri del contratto. Più precisamente la diffusione dei contratti imposti anche nell'area della proprietà immobiliare induce parte della dottrina a voler superare il sistema fondato sul «precedente» per prediligere quello alternativo della codificazione della legge scritta mediante la redazione materiale e cristallizzazione delle regole con conseguente avvicinamento dei due modelli. In realtà ciò non determina assolutamente la morte del contratto così come conosciuto dal modello di *common law*, ma piuttosto vede affiancarsi, in taluni casi, al potere dei giudici diritto codificato che consente un maggiore accesso e conoscibilità all'uomo medio. In tal senso Cfr. A. DIAMOND, *Codification of the law of contract*, in *Mod. law rev.*, 31, 1968, p. 361.

[728] Ci si riferisce all'istituzione di una banca con funzione di intermediazione come avvenuto in molte Contee e di cui si tratterà meglio nel presente capitolo nel paragrafo 3.

[729] La valutazione avviene secondo i canoni indicati nel capitolo I. La dottrina è invece favorevole all'idea della configurazione di una «tradizione giuridica occidentale» poiché molti degli aspetti che determinano la separazione tra gli ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law* sono dovuti invero alla sola base tecnico giuridica riconducibile alle diverse aree di formazione storica mentre esse condividerebbero lo stesso sostrato politico culturale e linee evolutive che tendono verso la medesima meta. (Gli ordinamenti dell'Europa medioevale tra V e XI secolo si sono tutti evoluti secondo i medesimi modelli organizzativi e procedurali. Si è venuto quindi a creare un diritto comune caratterizzato da elementi tardo romani e germanici. Il carattere dinamico degli ordinamenti in continua evoluzione ha permesso ciò. La frattura tra i due modelli sarebbe dunque addebitabile alla diffusione della *scientia juris).* Cfr. A. GAMBARO- R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1999, p. 44. Date le nuove caratteristiche sia del sistema di *civil law* che di quello di *common law* parte della dottrina non ritiene più corretto parlare di una vera e propria contrapposizione e suddivisione in famiglie come quella teorizzata da René David (il cui scritto più importante è del 1964 e si intitola *I grandi sistemi giuridici contemporanei*). In passato infatti detta contrapposizione si basava esclusivamente sul diverso assetto delle fonti in quanto il primo è un sistema codificato e scritto

3. Individuazione dei *success factors* del sistema americano.

Nei paragrafi precedenti si è preso atto dell'impossibilità di trasporre nell'ordinamento italiano la disciplina afferente al *transfer of development rights,* a causa delle marcate differenze esistenti tra i due sistemi in materia di proprietà e di autonomia contrattuale.

Ciononostante, le somiglianze tra *TDRs* e «diritti edificatori» impongono di prendere in esame i c.d. *success factors* presenti nei *land use projects* statunitensi, al fine di verificare se sia possibile trarre, almeno sotto tale profilo, spunti utili per coadiuvare i trasferimenti di volumetria[730].

Un'analisi di tali elementi può essere condotta solo mettendo a confronto le esperienza maturate all'interno delle varie Contee al fine di verificare quali siano i caratteri costanti, il grado di incidenza di ognuno di essi e se detti fattori possano tornare utili nell'impianto italiano[731].

Come chiarito più volte, non esistendo un mercato americano dei «diritti edificatori» caratterizzato da regole univoche[732], si è ritenuto possibile procedere solo attraverso il metodo induttivo, riunendo un certo numero di programmi di sviluppo del suolo e mettendone a confronto gli elementi[733].

---

mentre il secondo si basa sulla consuetudine e la giurisprudenza che si presenta come unica fonte del diritto. Tali distinzioni sembrano oggi molto più sottili ed è possibile rinvenire un avvicinamento almeno sotto più aspetti. In primo luogo non si ritiene più che il codice civile rappresenti *summa* di tutti gli elementi strutturali di un sistema di *civil law,* così come la legge formale non può più essere concepita come unica fonte del diritto in quanto il formante giurisprudenziale concorre nella creazione della stessa. Nel diritto di *common law* invece l'evoluzione, soprattutto statunitense, ha condotto alla formazione di regole basate sulla legge non sulla base del dettato giurisprudenziale come dimostrato dal'adozione dell' *Uniform commercial code* con cui negli Stati Uniti si è dato progressivamente vita ad un diritto commerciale uniforme. È dunque chiaro come da un lato nei Paesi di *civil law* si stia progressivamente dando più spazio al precedente giurisprudenziale tanto da dar vita addirittura a nuove categorie giuridiche (si pensi a quella del danno esistenziale). In Italia ed in Francia per esempio stanno assumendo un peso sempre più rilevante le pronunce della Corte di Cassazione, mentre nel sistema Americano il rispetto del precedente è in realtà oggi un vincolo molto elastico. Il panorama è dunque quello di due sistemi non più nettamente contrapposti in quanto il primo rispetta i precedenti giurisprudenziali pur non essendovi tenuto, l'altro che pur dichiarando di volerlo fare in realtà consente molteplici eccezioni. Non si può infine trascurare come se, da un lato gli Stati dell'Europa continentale sono dotati di costituzioni rigide munite di sindacato di legittimità costituzionale delle leggi ad opera di un apposito organo, anche in America è possibile riscontrare il medesimo modello, seppure con alcune differenze, in cui dunque emerge un potere superiore a quello del parlamento. Inoltre è bene sottolienare che la scala di valori è comune ai Paesi europei e agli Stati Uniti, cosicché sembra più corretto per alcuni parlare di un solo «sistema giuridico occidentale». Cfr. A. GAMBARO- R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1999, p. 47. Con riferimento al quadro europeo relativo alle problematiche inerenti il diritto di proprietà sia consentito rinviare a D. CARUSO, *Private Law and Public Stakes in European integration: the Case of Property,* in *European Law Journal*, 2004, 10, 6, p. 751. In cui si può leggere «(…) it perform the essential rethorical function of reassuring national law markets that Europe will pay *special attention to sovereign choises when harmonising those areas of private law which (…) harbours an obvious core of constitutional values».*

730 A tal proposito Cfr. J. TRIPP - D. DUDEK, *Institutional Guidelines for Designing Successful Transferable Rights Programs ,* in *Yale in Journal on Regulation*, 1989, pp. 31 ss. Gli Autori già nel 1989 avevano individuato otto prerequisiti per il successo del sistema dei diritti edificatori; nello stesso senso anche R. PRUETZ- N. STANDRIDGE, *What makes transfer of development rights work?: Success factor from research and practice*, *cit.,* p. 78 ss. L'Autore nel tentativo di contribuire a ricercare caratteri di unità del mercato dei diritti edificatori negli Stati Uniti mette a confronto più realtà prendendo in considerazione 20 casi su un totale di 191 a livello nazionale al fine di verificare se, nella profonda eterogeneità possano rinvenirsi caratteri comuni e costanti.

731 L'analisi è stata condotta sia mettendo a confronto i casi indicati nel testo di R. C. ELLICKSON – V.L. BEEN*, Land Use Controls Cases and Materials*, Aspen, 2013, *passim*, al fine di rinvenire le peculiarità esistenti all'interno di ogni piano. Sia mediante uno studio dei casi riportati in P. V. SALSICH JR.- T. J. TRYNIECKI, *Land use regulation. A legal analysis ad & practical application of the land use law*, American Bar Association, 2003, *passim*. La celebre ed innovativa analisi di Rick Pruetz può aiutare sul punto. Cfr. PRUETZ- N. STANDRIDGE, *What makes transfer of development rights work?: Success factor from research and practice*, in *Journal of American Planning Association*, 2009, *passim.*

732 È bene inoltre precisare che il sistema del *TDRs* in America può essere «*mandatory*» o «*voluntary*» e ciò dipende principalmente dalla situazione politica esistente nello specifico territorio e dalla reazione della comunità interessata. La natura giuridica e le tecniche di attuazione rimangono invece le stesse indipendentemente dal tipo di struttura utilizzata. Per

D'altra parte ciò risulta più agevole da comprendere se solo si pensa che il diritto di *common law* è prevalentemente di formazione giurisprudenziale, cosicché è d'obbligo considerare non solo le trattazioni manualistiche, più familiari allo studioso di *civil law,* ma anche analizzare la casistica giurisprudenziale come riportata in raccolte, riviste e nei *case materials*[734].

Un'attenta dottrina, mettendo a confronto i Piani di diverse Contee, ha distinto tra «elementi essenziali» per tutti i *TDRs*, «elementi importanti» per il successo dei programmi ed infine «fattori utili» ma non fondamentali (*helpful but not critical to success)* per l'avvio degli scambi, in grado di incidere unicamente sulla maggiore efficienza del mercato dei *development rights*[735].

L'indagine effettuata ha messo in luce come il primo fattore essenziale presente in ogni trasferimento di volumetria sia quello dell'effettiva e concreta «domanda di sviluppo» da parte della collettività (*demand for bonus development*)[736].

Tale elemento, oltre a suffragare l'idea che il mercato dei «diritti di sviluppo» possa operare solo laddove si ponga in primo piano la volontà delle parti (siano esse pubbliche o private), si allinea ad una concezione tradizionale di mercato che si fonda essenzialmente su due principi: l'esistenza di una sufficiente domanda rivolta alla risorsa oggetto di scambio e la certezza delle relazioni giuridiche relative ai traffici che si verificano su tale mercato.

La maggiore domanda di *development rights* esistente nel mercato nord-americano, rispetto a quello italiano dipende certamente dalla più chiara individuazione del «diritto» che viene trasferito e dalla certezza dei rapporti giuridici in sede di stipula.

A ciò si collega l'obbligo di individuare, da subito, le aree di atterraggio (*receiving areas customized to the community*), sia laddove la volumetria venga immediatamente utilizzata, sia che l'acquirente intenda trattenerla per poi rivenderla in un momento successivo, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga all'interno o al di fuori del medesimo comparto[737].

La maggiore rigidità del modello americano rispetto a quello italiano si spiega innanzitutto prendendo in considerazione la mancanza di un sistema pubblicitario come quello della trascrizione che possa assicurare lo *status* giuridico dei suoli.

---

maggiori approfondimenti R. J. RODDEWING e C. A. INGHRAM, *Transerable development rights programs: TDRs and real estate marketplace*, in *Apa (American planning association) PAS (planning advisory service)*, 401, 1987, pp. 25-26.

733 L'analisi è stata condotta secondo lo stesso metodo, mediante un studio dei modelli analizzati da Pruetz e di quelli esaminati durante il corso di *Land Use Regulation* presso la Fordham University.

734 A. GAMBARO e P. G. MONATERI- R. SACCO, *Comparazione giuridica*, *cit., passim.*

735 Cfr. R. PRUETZ e N. STANDRIDGE, *What makes transfer of development rights work?: Success factor from research and practice*, *cit.,* p. 78 ss.

736 «The study suggest that demand for development is the key diver for success TDR program because demand for development generates transfers and therefore preserves land in a TDR program». Le parole sono di M. KAPLOWITZ, P. MACHEMER e R. PRUETZ, *Planner's experiences in managing growth using transferable development rights (TDR) in United States*, in *Land use policy*, 25, 2008, p. 385, col. 1.

737 Pur sussistendo l'obbligo di indicare nell'immediato il fondo destinatario della cubatura, è data la possibilità alle parti di mutare il fondo su sui la costruzione si verificherà. Cfr. R. PRUETZ e N. STANDRIDGE, *What makes transfer of development rights work?: Success factor from research and practice, cit.,* p. 81 ss.

Tuttavia tale restrizione, se applicata anche nel nostro ordinamento, offrirebbe una serie di garanzie connesse alla circolazione della potenzialità di sviluppo.

L'indicazione immediata del fondo di atterraggio assicura un rapporto continuo tra il diritto ed il terreno su cui lo stesso dovrà essere esercitato, permettendo di tenere costantemente aggiornata la situazione edificatoria dei vari suoli e di rispettare il principio della *receiving areas customized to the community* indicato in molti *land use project.*

Tale carattere, che dunque negli USA si afferma con la sola esigenza di garantire la trasparenza e la celerità degli scambi in un mercato privo di strumenti pubblicitari affini alla trascrizione, assume un ulteriore valore se vista dagli occhi dell'operatore italiano.

Infatti, posto che il sistema americano ignora completamente la problematica relativa all'inerenza alla *res,* che è questione più strettamente legata ai diritti reali conosciuti dall'ordinamento italiano, ciò non vieta di auspicare l'assimilazione del principio di *receiving areas customized to the community*. Lo scopo precipuo è quello di eliminare tutte le problematiche afferenti alla fase di circolazione in volo dei diritti, da sempre foriera delle maggiori diffidenze da parte di coloro che contestano la configurazione di un nuovo diritto reale[738].

Il sistema statunitense prevede inoltre quale strumento importante ma non essenziale, una *strict sending area zoning* che si sostanzia nell'automatica limitazione di edificabilità sul fondo che cede la potenzialità volumetrica e nella necessità che dal contratto emerga, in modo inequivocabile, il rapporto tra la volumetria ceduta e quella acquistata[739], così da palesare con esattezza la situazione in cui si trovano i fondi[740].

La stessa cosa avveniva in Italia prima della novella, mediante la costituzione di una servitù passiva sul fondo cessionario e, dopo la novella, mediante l'adempimento delle formalità pubblicitarie e l'allegazione in atto del c.d.u.

In questo modo le parti sono libere di porre in essere negozi giuridici, ma solo muovendosi all'interno delle previsioni stabilite a monte dal Piano e con una particolare attenzione alla disciplina

---

738 Se infatti già durante la stipula del contratto si imponesse l'indicazione di un suolo su cui far atterrare (potenzialmente) i diritti edificatori, verrebbero meno le critiche di coloro che si oppongono alla natura giuridica di diritto reale basandosi proprio sulla mancanza di inerenza alla *res* durante la circolazione in volo (ossia quando il diritto subisce plurimi trasferimenti prima di atterrare nuovamente su un fondo) che invece in tal modo verrebbe costantemente assicurata. Si rinvia a tal riguardo al capitolo III, paragrafo 4.3.

739 Si tratta di quello che R. PRUETZ e N. STANDRIDGE, *What makes transfer of development rights work?: Success factor from research and practice, cit.,* p. 84, chiama «*Transfer ratios and conversion factors*». L'Autore nella sua opera definisce *market incentives: Transfer Ratio and Conversion Factors.* «Many TDR program use a one to one transfer ratio, meaning that for each dwelling unit precluded at a sendig site, one bonus dwelling unit is allowed at a receiving site».

740 Si parla in questo caso di *«ensuring that developers will be able to use TDR».* Come più volte sottolineato infatti una della maggiori cause di fallimento del mercato dei diritti edificatori è dovuta alla scarsa conoscenza della situazione in cui si trovano i fondi e all'incertezza dell'operato delle parti anche nei rapporti con la p. a. Laddove gli sviluppatori non sono certi della reale situazione edificatoria esistente su un determinato fondo desistono dall'intraprendere contrattazioni con lo stesso. Cfr. J. PIZOR, *Making TDR work: A study of program implementation*, *cit.,* pp. 203-204.

contrattuale che, dovendo contenere tutte le prescrizioni di carattere generale, diviene strumento di prevenzione o risoluzione di eventuali conflitti.

Questa regola reca con sé due ulteriori vantaggi, il primo è quello di un ordinato sviluppo del territorio, il secondo è la minore appetibilità dell'area cedente agli occhi di possibili compratori, con il conseguente calmieramento dei prezzi per evitare picchi del mercato che possano condurre a nuove crisi immobiliari come quella attraversata dagli Stati Uniti nel 2008.

Per una proficua funzionalità degli scambi è necessario dunque che l'acquirente sia sicuro che il *tradens* coincida con il proprietario del diritto che gli viene alienato e che il contratto mediante il quale il trasferimento avviene costituisca un titolo valido *erga omnes*, vincolante e non impugnabile da terzi.

È bene sottolineare che nel caso in cui questi due requisiti basilari non ricorrano, le transazioni si potranno comunque realizzare ma l'acquirente, accollatario di un rischio maggiore, sarà disposto a pagare un prezzo più basso, deludendo le aspettative di profitto del potenziale alienante, il quale potrebbe pertanto optare, in ultima analisi, di mantenere il diritto in attesa di tempi migliori, provocando in tal modo la stasi del mercato.

A fronte dello stesso prezzo di mercato, l'alienante potrebbe addirittura auspicare l'esproprio del terreno da parte della p. a., con conseguente fallimento del programma urbanistico[741].

Negli U.S.A. inoltre il *TDRs* è quasi sempre l'unico strumento ammesso per la compravendita dei diritti di sviluppo in ragione del fatto che la coesistenza di programmi paralleli potrebbe determinarne l'inefficienza.

Dall'analisi delle sentenze delle Corti americane si evince, infatti, che in tutti i casi in cui le Contee[742] hanno permesso l'utilizzo di meccanismi paralleli il sistema dei *development rights* è fallito.

Ciò dipende dal fatto che, alla pluralità di modelli utilizzabili, si accompagna l'incertezza degli operatori del mercato e la «dispersione» della domanda e dell'offerta con effetti negativi sulle transazioni[743], come ampiamente dimostrato dall'esperienza italiana.

Infatti le conseguenze negative derivanti dall'applicazione di modelli diversi, dovuti a differenti orientamenti sulla natura giuridica dell'istituto, ostacolano da sempre la creazione di un unico mercato operativo a livello nazionale.

Spesso anche nelle medesime zone, la volumetria è trasferita ricorrendo di volta in volta a tecniche diverse, a seconda della volontà delle parti o della tecnica contrattuale utilizzata dal notaio. Ciò non

---

741 In tal senso anche A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori, cit.,* p. 12.

742 Le Contee a cui si fa riferimento sono quelle di New Jersey Pinelands, Montgomery, Palm Beach, Collier, Calvert, Queen Anne's, Sarasota, Howard, Miami, Charles, Douglas, Chesterfield, Pitkin, Boulder, San Louis Obispo, Blue Hart.

743 Può anche accadere che i *developers* preferiscano abbandonare del tutto il *TDRs* trovando più vantaggiose altre tecniche stabilite dal Piano rilevato dallo studio di alcuni piani esaminati. In essi inizialmente i *developers* non si sono avvalsi della tecnica dei diritti edificatori perché è stato concesso loro di ampliare la volumetria dagli stessi posseduta a seguito dell'adozione di tecniche di risparmio energetico sulle costruzioni realizzate o ancora per aver adottato certe tecniche di costruzione innovative. Cfr.. R. PRUETZ e N. STANDRIDGE, *What makes transfer of development rights work?: Success factor from research and practice, cit.,* p. 83 col. 2.

permette l'affermazione di regole comuni condivise non solo su scala nazionale ma prima ancora a livello locale, con evidenti effetti negativi sull'utilizzo dell'istituto.

Per quanto concerne invece i fattori «utili», volti unicamente a rendere più efficiente il commercio della volumetria, si precisa che la maggior parte dei programmi di *TDRs* sono caratterizzati, a differenza degli esempi italiani, da una forte semplificazione ed intellegibilità che ne permette la comprensione non solo agli imprenditori che usualmente prendono parte alle contrattazioni ma anche ai singoli proprietari che, non conoscendone le dinamiche, devono essere persuasi da tecniche di promozione volte a pubblicizzare i singoli programmi[744].

Nel sistema americano il principio di fondo che permea il mercato è che esso possa funzionare solo laddove siano le parti a volerlo.

Per tali ragioni la collettività deve essere messa nella condizione di comprenderne le dinamiche, l'esigenze ad esso sottese e soprattutto gli eventuali cambiamenti.

Solo in questo modo è infatti possibile che si generino «domanda» e «offerta».

Nell'ambito del contesto sino ad ora descritto si colloca l'intervento dei poteri pubblici[745], soprattutto laddove si renda necessario incentivare il mercato attraverso finanziamenti erogati direttamente ai *facilitators*[746] o da assegnare alle banche istituite per il controllo delle transazioni[747].

---

[744] Invero non si tratta di un dato la cui carenza è tale da incidere in senso assoluto sulla riuscita del sistema. Esistono numerosi piani, basti pensare a quello di *Pinelands National Preserve,* assolutamente efficienti nonostante la loro complessità. Proprio per garantire una maggiore efficienza del mercato nella Contea di King, a Washington, sono stati predisposti comunicati stampa che, con regolarità prestabilita, comunicano su un apposito sito internet le informazioni di base sui diritti edificatori di quella zona o ancora nella riserva di *Pinelands National Preserve*, è predisposta sul sito *web,* la pubblicazione di programmi anche con funzione educazionale sia per gli adulti che per i bambini.

[745] Per Pubblica Autorità attualmente si deve fare riferimento tanto agli Stati quanto alle Autorità locali. Infatti a partire dagli anni Ottanta, le amministrazioni locali hanno ripreso ad emanare regolamenti e normative attraverso ordinanze di *zoning* inerenti alla pianificazione territoriali che si sono affiancati a quelli statali. L'anima accentratrice e statalista convive dunque con quella delle realtà locali che si fanno promotrici di diversi *land use project.* In realtà è bene sottolineare come entrambi gli interventi diano vita a numerose controversie giudiziarie promosse talvolta dagli operatori immobiliari che vedono in alcuni provvedimenti, degli strumenti per fermare lo sviluppo del territorio, talaltra da gruppi o categorie di proprietari dei fondi per la tutela del paesaggio. È bene sottolineare come l'esito delle controversie muti da Stato a Stato a seconda dell'orientamento dell'opinione pubblica e di quello dell'autorità giudiziaria chiamata a decidere. L'America attualmente può dunque dividersi tra Stati in cui i giudici si contrappongono al potere delle autorità locali esercitando un forte controllo sulle stesse e Stati in cui invece si è favorevoli alla decentralizzazione del potere di pianificazione del territorio senza che tuttavia venga mai a mancare un bilanciamento degli interessi pubblici locali e di quelli di livello superiore. È come se il potere giudiziario stesse mettendo in atto un'opera di responsabilizzazione delle comunità per uno sviluppo del territorio che sappia districarsi tra esigenze economiche e tutela del territorio. Cfr. S. NESPOR, *«Revolution in land use policy»: la pianificazione urbanistica negli Stati Uniti*, *cit.,* p. 1241 ss.

[746] Si tratta di *informal broker* che operano nello *staff* di alcune Contee, per le prime transazioni. «They provided the names of people who were interested in buying or selling rights; they met with attorneys and real estate brokers to devise model listing agreements and title search procedures and to resolve questions pertaining to the transfer and recording of rights. Many developers and landowners praised the thoroughness of and the help provided by the staff in responding to start-up questions». J. PIZOR, *Making TDR work: A study of program implementation*, *cit.,* p. 207.

[747] Nel caso di carenza di uno o più fattori, esistono plurimi strumenti di intervento. L'azione politica attraverso l'operato delle Contee dovrebbe essere preferito, stante il fatto che le scelte del piano riflettono le esigenze della collettività, tuttavia per il fatto che spesso la realizzazione di modifiche ai *TDRs* richiede tempi molto lunghi che possono superare il mandato dei singoli politici, si preferisce affidare dette scelte alla pubblica amministrazione. La Contea può intervenire per garantirne la creazione o il funzionamento, e laddove ciò abbia dato vita controversie sarà il giudice a stabilire la regolarità o meno del Piano.

La p. a. non interviene infatti come organo di regolazione diretto, in grado di incidere in modo attivo sugli effetti del contrattazioni ma solo in qualità di finanziatore dei *TDRs*, non a caso si parla spesso di *strong public support for preservation* e non invece di *participation*, di *control* o di *influence*[748].

Il potere pubblico si mette dunque al servizio dell'iniziativa privata, perché è proprio attraverso di essa che la p. a. persegue con costi inferiori obiettivi di carattere collettivo.

L'ultimo aspetto a cui si ritiene di dover prestare particolare attenzione è quello inerente alla predisposizione di un organo terzo, che negli U.S.A. è da sempre una banca, che funge da intermediario nel commercio dei diritti edificatori.

La banca è autorizzata a comprare, trattenere ed alienare i diritti edificatori rimasti invenduti (a volte avvalendosi di incentivi pubblici) così da garantire un efficiente funzionamento del mercato e prevenire un eccessivo aumento dei prezzi che inibisca gli operatori (*bank officially authorized by the community to buy, hold and resell TDRs*)[749].

L'ente, laddove istituito, risulta sempre voluto principalmente dalla *community* e non dalla *public authority,* elemento che racchiude in sé l'anima del mercato dei *development rights.*

Le scelte infatti sono sempre il frutto delle esigenze della comunità che partecipa attivamente alla realizzazione ed all'attuazione del Piano, spesso mediante la cooperazione della pubblica autorità[750].

Pur essendo indicativo il fatto che attualmente tre dei quattro più importanti esempi di mercato di diritti edificatori presenti negli Stati Uniti si avvalgono di tale supporto[751], è bene precisare che lo studio dei diversi *land use project* dimostra come l'esistenza di una banca non sia un fattore determinante per il successo del mercato in quanto esistono programmi che hanno prodotto buoni risultati pur in sua assenza[752].

---

748 Si trova spesso traccia di *«locally funded purchase of development rights program (PDR),funding program approvated by county voters, (…) bank that uses public funds to buy TDRs and hold them for resale to developers».* Cfr. M. KAPLOWITZ, P. MACHEMER e R. PRUETZ, *Planner's experiences in managing growth using transferable development rights (TDR), cit.,* 25, 2008, p. 384. *«(…) State enabling legislation is important for the success of TDR programs, While there are TDR programs in states without such enabling statutes, often communities considering growth management techniques disregard TDR due to an absence of state TDR legislation».*

749 M. KAPLOWITZ, P. MACHEMER e R. PRUETZ, *Planner's experiences in managing growth using transferable development rights (TDR), cit.,* 25, 2008, pp. 383-384, *«Bank is essential for it provides confidence and guarantee of value. Regarding credibility and confidence TDR banks provide some assurance to sending area property owners that they will be able to find a buyer for their development rights. Similarly a TDR bank creates a pool of available TDRs, thereby assuring receiving area developers that they will able to buy TDRs when they are needed, often at pre- established price that can be included in the development's economic feasibility analysis».*

750 M. KAPLOWITZ, P. MACHEMER e R. PRUETZ, *Planner's experiences in managing growth using transferable development rights (TDR), cit.,* 25, 2008, pp. 383-384.

751 Si tratta delle Contee di Kind County a Washington, Palm Beach County, (Md), New Jersey Pinelands e Montgomery County, Florida.

752 Il piano della Contea di Montgomery, uno di più significativi esempi di utilizzo moderno dei *TDRs,* ha infatti quasi immediatamente optato per l'eliminazione dell'ente bancario in quanto gli operatori, sin dall'inizio, sono stati perfettamente in grado di far incontrare domanda ed offerta e dunque consentendo una stabilizzazione dei prezzi che ha reso inutile l'operato della banca, soppressa nel 1990, dopo solo otto anni dalla sua istituzione. Ciò a dimostrazione del fatto che l'ente bancario è di supporto ma non certamente determinante per il successo del mercato. La comunità si è da subito mostrata in grado di operare in modo autonomo sul mercato grazie all'operato dei *facilitators* che sono stati utilizzati in principio come *informal broker for the first transactions.* Essi provvedevano in primo luogo a reperire i nomi i degli operatori del mercato che volevano vendere o acquistare i diritti edificatori, a far incontrare gli avvocati e agenti immobiliari per elaborare accordi di quotazione dei valori e procedure per risolvere questioni relative al trasferimento e si adoperavano per la registrazione dei

Per il funzionamento del *TDRs* è allora molto più significativa la coesistenza di tutti i fattori essenziali menzionati, volti a garantire essenzialmente che l'alienante sia l'effettivo titolare del diritto trasferito e che il contratto avente ad oggetto il trasferimento sia valido, vincolante ed opponibile *erga omnes*. Gli altri elementi, coordinati fra loro, sono invece necessari solo per raggiungere un maggior livello di efficienza del mercato[753].

Ai fattori appena illustrati, si ritiene di doverne aggiungere tre di cui non si rinviene traccia nei *land use project* esaminati ma che possono ricavarsi dalla loro analisi.

Il primo è legato alla conformazione dei suoli.

Si è evidenziato come il successo degli scambi sia connesso all'esistenza della domanda e dell'offerta, pertanto si ritiene che tale sistema possa funzionare al meglio solo nelle zone che, sotto una forte pressione edificatoria, garantiscano un'elevata possibilità di costruire ed in cui le *sending areas* siano relativamente piccole mentre le *receiving* grandi.

Solo tale assetto può infatti assicurare la formazione di un'offerta contenuta e di una domanda elevata, tali da garantire alla proprietà fondiaria stime ancorate a valori di mercato e tempistiche celeri[754].

Altro elemento è legato alla determinazione del valore specifico al quale i diritti edificatori devono essere alienati che può corrispondere tanto alla diminuzione di «pregio» del suolo cedente per effetto della sopravvenuta inedificabilità sullo stesso, quanto al valore del potenziale edificatorio trasferito[755].

Si è osservato poi che se il «valore» della potenzialità edificatoria non deriva dall'area di partenza ma piuttosto da quella in cui la cubatura è successivamente impiegata, un eventuale ampliamento, da parte del Piano Regolatore delle aree in cui utilizzare la volumetria, ne determinerebbe un innalzamento del prezzo.

Se infatti la potenzialità edificatoria può atterrare su un numero più ampio di aree, è possibile che più soggetti siano disposti al suo acquisto con conseguente aumento del prezzo.

---

diritti. Per maggiori approfondimenti circa il piano della Contea di Montgomery Cfr. Cfr. J. PIZOR, *Making TDR work: A study of program implementation*, *cit.,* p. 207 ss.

753 Il riferimento è di A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori, cit.,* p. 12. Che osserva come ciò sia stato tra l'altro autorevolmente sostenuto in studi economici di recente sponsorizzati anche dalla Banca Mondiale.

754 Non a caso il sistema dei diritti edificatori in Italia ha avuto più successo nelle regioni del nord, caratterizzate da spazi più ampi e dalla disponibilità di maggiori zone edificabili. Nella maggior parte dei progetti analizzati, tuttavia, le pressioni sociali e politiche fanno sì che zone molto grandi alienino diritti edificatori a zone più piccole così da avere una domanda contenuta ed un'offerta elevata con valori più bassi legati alla proprietà fondiaria.

755 Secondo la dottrina la prima delle due ipotesi appare preferibile sotto il profilo teorico perché guardando alla diminuzione di valore è più agevole operare il trasferimento tra diritti edificatori aventi diverse funzioni d'uso (da quello commerciale a quello abitativo ecc.) mentre la seconda mostra maggiori pregi in ambito pratico applicativo perché, come richiamato da una dottrina, di più facile concettualizzazione e gestione da un punto di vista amministrativo.

Non sussistono tuttavia ragioni evidenti che inducano a preferire l'una o l'altra soluzione cosicché si ritiene che la scelta sia rimessa alla pubblica amministrazione sulla quale al momento della preparazione del Piano graverebbe l'onere di fornire indicazioni certe. B. CHAVOOSHIAN- T- NORMAN, *Transfer of development rights: a New concept in Land- Use Management*, in *The Appraisal J.,* 1975, 3, pp. 400- 409; tratta il problema anche E. MILANESE, *I diritti trasferibili di edificazione alla luce di alcune esperienze esterne*, in *La proprietà privata immobiliare, Atti del convegno di Urbino*, 1-3 Ottobre, 1979, Milano, 1981, p. 187; H. JACOBS, *Programmi di trasferimento dei diritti edificatori in usa: oggi e domani, cit.,* p. 63.

Se tale principio trova dimora nel mercato americano caratterizzato da una maggiore propensione al rischio, le prime applicazioni su quello italiano rivelano invece come i privati preferiscano avere un indennizzo ancora parametrato esclusivamente al fondo cedente (non più edificabile). I proprietari dei terreni sono infatti ancora restii a verificare come domanda ed offerta possano determinare il prezzo di una certa volumetria.

La flessibilità dei valori può dunque rivelarsi un pericoloso *boomerang* per l'efficienza del mercato italiano, in quanto al suo interno si contrappongono due diversi punti di vista: quello degli imprenditori maggiormente propensi al rischio e quello dei privati che mirano ad ottenere unicamente il valore originario dello *ius aedificandi* legato al fondo su cui è sorto.

È quindi evidente come l'avversione o la propensione al rischio incida fortemente sul mercato italiano dei diritti edificatori, aggiungendosi alle ragioni che lo rendono ancora così distante da quello americano.

Non può infine ignorarsi, come già evidenziato nel paragrafo precedente, il prezioso ruolo svolto dai giudici nell'opera di accoglimento del *TDRs* e nell'adattamento di tale sistema alle caratteristiche delle singole collettività, pur nel rispetto di principi regolatori comuni.

Negli Stati Uniti pertanto la creazione del mercato dei diritti edificatori o meglio di «mercati dei diritti edificatori»[756] trova la sua ragione di successo in quelli che sono tratti tipici dei sistemi dell'area di *common law,* che permettono una più ampia fruibilità del diritto di proprietà ed una maggiore capacità di adattamento dell'ordinamento giuridico attraverso regole in grado di disciplinare ogni fase di quegli scambi[757].

---

[756] Con la *revolution in land policy* il sistema urbanistico americano è passato da una fase di sostanziale libertà caratterizzata dall'incontro della domanda e dell'offerta sul mercato e solo formalmente controllata dal potere pubblico ad una in cui invece il controllo da parte degli Stati si sostituisce al mercato. Questa fase che ha subito in breve tempo una rovinosa battuta d'arresto ha dovuto scontrarsi con il blocco dello sviluppo urbanistico, dovuto all'inattività degli imprenditori ed in misura maggiore dei privati cittadini causato, dalla minore libertà e dall'aumento dei costi d'impresa. Per tali ragioni in pochi decenni si è tornati non proprio alla fase iniziale, trovando per meglio dire una sorta di compromesso in cui gli Stati «restituiscono» le competenze alle autorità locali il cui controllo, in misura e con modi differenti, si affianca al libero mercato. Come osservato dalla dottrina, per effetto dei profondi cambiamenti subiti dal sistema americano, le categorie tradizionali di interesse «pubblico», «privato», «collettivo» o «individuale», perdono in tale contesto alcuni dei loro tipici connotati tipici e si ricompongono piuttosto in un modo del tutto nuovo in cui l'alternativa è quella più vasta di «sviluppo» non «sviluppo» (non sempre inquadrabile in univoci schemi politici e giuridici proprio a causa della vastità del fenomeno che interessa plurime comunità ognuna con propri caratteri) in cui gli interessi dei privati assumono una centralità ed una nuova dignità politica. Cfr. S. NESPOR, *«Revolution in land use policy»: la pianificazione urbanistica negli Stati Uniti*, *cit.,* p. 1248.

[757] Le regole di base rinvenibili all'interno di ciascun *land use project* mettono in luce problemi molto simili a quelli che si possono riscontrare nell'ordinamento italiano con la differenza che in America vi è una minore difficoltà ad ammettere che i privati possano gestire in modo autonomo i diritti derivanti dalla proprietà e una maggiore semplicità nella collocazione dell'intervento della p. a. che mantiene un ruolo di supervisione e supporto del mercato ma non di «controllo» dello stesso. Non a caso, in tutti i piani in cui l'intervento della pubblica autorità si è reso eccessivo, il mercato è fallito, in quanto i privati non potendo operare liberamente nel mercato hanno percepito una maggiore complessità e poca flessibilità, cosicché, sfiduciati dalle lungaggini nella riuscita delle transazioni, hanno desistito dal presentare la domanda o l'offerta determinando con ciò il fallimento del sistema. Solo quei sistemi che hanno saputo gestire sapientemente il rapporto pubblico privato hanno raggiunto i risultati migliori. Tale assetto tuttavia non si è naturalmente auto-generato ma, come già messo in luce, è stato il potere giudiziario a contribuire alla sua diffusione avallando un processo di trasformazione del tradizionale concetto di proprietà che fosse più in coerente con l'attuale contesto storico.

A ciò si aggiunge il pregio di aver saputo disciplinare in tempi brevi i tratti principali dell'istituto e le varie fasi della circolazione dei diritti.

La certezza nelle contrattazioni offerta da ben definiti *property rights*, un assetto giuridico tale da permettere un'agevole conclusione di contratti tra soggetti estranei, oltre ad un regime fiscale non confiscatorio e non distorsivo, sembrano dunque essere i reali *success factors* del mercato[758], che si esprimono attraverso una serie di regole chiare e «codificate»[759].

Si tratta di un assetto complesso ancora profondamente distante da quello che domina l'ordinamento italiano, il che rende difficile un assimilazione completa del *TDRs*.

La domanda circa il perché in Italia il mercato dei «diritti edificatori» non abbia conosciuto lo stesso successo di quello americano trova inoltre una risposta nell'assetto complessivamente descritto[760].

Non solo la maggior parte dei fattori esaminati non sono presenti nel sistema dei «diritti edificatori» esistente in Italia, ma i problemi si riscontrano ancora prima, con riferimento ai dubbi che persistono sulla natura giuridica: se non è chiaro quale sia il «bene» trasferito è difficile avere certezza sul *tradens* ed individuare un sistema puntuale di regole volte ad utilizzare l'istituto.

A fronte di tali premesse sembra che il legislatore, mediante l'introduzione della novella, non sia riuscito a superare l'*impasse* legato all'adattamento dell'ordinamento italiano alle nuove esigenze sociali.

È infatti innegabile come in Italia il commercio dei «diritti edificatori», sia prima che dopo la novella del 2011, sia stato lasciato nelle mani delle autorità locali e questo non tanto nell'esigenza di adattarli alle specifiche realtà territoriali ma per l'incapacità del legislatore di intervenire con nuove norme che

---

La maggiore semplicità del recepimento dei cambiamenti e della composizione di nuovi equilibri si deve quindi in gran misura attribuire all'intervento dei giudici ed alla capacità giusproduttiva ad essi garantita, in grado di adattare l'assetto istituzionale americano ai repentini mutamenti storico-evolutivi. In definitiva si può sostenere che è proprio in ragione della duttilità nel trovare un bilanciamento tra interessi dei proprietari dei diritti di sviluppo, degli operatori di mercato e della collettività che si spiega il successo del *TDRs* che assolve a questo delicato compito pur traendo origine da uno strumento «rozzo» come lo *zoning*. R. R. LINOWE- D. T. ALLENSWORTH, *The politics of Land Use Law*, New York, 1976, p. 6 ss. Secondo gli Autori i problemi di pianificazione non possono risolversi attraverso la centralizzazione dell'intervento pubblico mediante interventi generali emanati a livello statale in quanto l'effetto discorsivo è quello di centralizzare nelle mani di pochi potenti il potere di pianificazione senza tener conto delle reali esigenze delle singole comunità che rimarrebbero escluse dalle scelte di tale programmazione. Escludere dal mercato i piccoli operatori immobiliari non consentendo ai titolari dei fondi di disporre in modo autonomo della potenzialità edificatoria ad essi appartenente, determinerebbe dunque un'evidente sproporzione con i più potenti operatori immobiliari che troverebbero nei provvedimenti statali strumenti più adeguati di programmazione dei loro investimenti. Si veda anche R.G. HEALY, *Land Use and the States* (1976), in *Baltimore: Johns Hopkins University Press for Resources for the Future*, 1979, p. 5. L'Autore sottolinea come le modifiche al sistema di pianificazione non debbano essere apportate al «livello» di intervento pubblico (non ritenendosi dunque necessario un intervento degli Sati a dispetto delle autorità locali), quanto piuttosto sugli «strumenti» di cui queste ultime dispongono e su tutti gli elementi esterni che possono condizionarne l'uso (ad esempio la politica fiscale). Ciò sarebbe dimostrato dagli interventi a livello locale emanati a partire dagli anni Ottanta che avendo riguardo principalmente alle esigenze delle singole comunità, ricalcavano per certi versi le procedure di pianificazione adottate nei Paesi europei in cui venivano inserite normative sul controllo della qualità dello sviluppo.

[758] La considerazione sugli elementi necessari per il successo del mercato è di A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori, cit.,* p. 6.

[759] La chiave di successo del modello americano risiede dunque nella flessibilità delle categorie giuridiche, nell'autonomia privata e nel potere riconosciuto ai giudici di favorire la genesi di principi che consentano un più facile adattamento dell'ordinamento ai nuovi orientamenti sociali.

[760] Circa l'importanza dell'assetto istituzionale nel mercato si veda su tutti D. NORTH, *Institutions, Institutional Changes and Economic Performance*, Cambridge, pp. 107-110, 131 ss.; J. HARRIS, *The New Istitutional Economics and Third World Development,* 1995, *passim;* D. H. COLE, *Property in land and other resource, United States*, 2012, p. 369 ss.

potessero fornire direttive chiare a livello nazionale entro cui dette amministrazioni avrebbero potuto operare, provocando in tal modo, la diffusione di realtà frammentarie e profondamente diversificate su tutto territorio[761].

Anche l'intervento di un organo terzo ed imparziale volto a disciplinare il mercato si rinviene in sporadiche occasioni e solo nel nord Italia[762].

Questa è una delle principali ragioni per cui i problemi che affliggono il sistema italiano, sono stati già affrontati e superati[763] negli Stati Uniti che, per converso, sono attualmente interessati da una serie di interrogativi di livello superiore, legati tra l'altro, alla crisi economico finanziaria che il Paese ha da poco vissuto[764] in un'ottica teleologicamente orientata al miglioramento di quel sistema-mercato.

La norma italiana infatti, pur avendo le potenzialità per divenire veicolo di una nuova tendenza legale collegata alla pianificazione del territorio e basata su un differente concetto di *dominium,* necessita di essere recepita nel modo più opportuno affinché non resti lettera morta.

Si comprende allora che per ottenere risultati che possano avvicinarsi a quelli dell'esperienza americana, è imprescindibile un ulteriore intervento del legislatore che, mediante regole certe, possa

761 L'idea è quella di un sistema profondamente legato alla tradizione romanistica che pur ammettendo nuovi istituti trova ancora difficoltà ad istituzionalizzarli. Anche laddove raramente ciò avviene, come nel caso dei diritti edificatori, l'incapacità si riscontra nel tradurre in effettività la relativa norma, predisponendo il più appropriato assetto istituzionale per regolare il mercato (dei diritti edificatori) che è il solo il fattore essenziale del successo o del fallimento della metodica urbanistica in questione e che dunque meriterebbe maggiore attenzione da parte del Legislatore. È infatti opportuno notare che anche i programmi che in Italia hanno avuto discreto successo non si sono tuttavia distinti per la creazione di un vero e proprio mercato dei diritti edificatori ma piuttosto per sporadici episodi limitati a singole aree e non sempre all'intera comunità di una determinata zona. Cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori,* in *Notariato e diritto immobiliare, cit.,* p. 179 ss.

762 Si rimanda al riguardo al capitolo III, paragrafo 1.2.

763 Si pensi alla possibilità che i privati detengano i diritti di sviluppo senza offrirli sul mercato in attesa di un rialzo dei prezzi (conseguente alla minore offerta) al fine di trarne maggior guadagno ma determinando in tal modo un grave ostacolo allo sviluppo dei programmi edificatori in quella specifica zona. Secondo J. PIZOR, *A review of transfer of development rights*, in *The Appraisal J*., 1978, 3, p. 390. Dette intese sono difficili da mantenersi in un mercato sufficientemente ampio e libero. Ciò che piuttosto deve impedirsi è che la speculazione non si trasferisca dal mercato dei suoli a quello dei diritti di sviluppo concludendo che tale fatto può essere evitato impedendo la libera circolazione dei diritti di sviluppo ed imponendo che essi debbano invece esercitarsi al momento del trasferimento.

764 Analizzando l'articolo di V. BEEN, J. INFRANCA e J. MADAR, *The Market for TDRs in New York City, cit*., *passim*., emerge come gli interrogativi attuali negli Stati Uniti siano volti a capire meglio i costi di sviluppo immobiliare e l'effetto che i regolamenti di uso del suolo hanno sulle decisioni di tale sviluppo. I principali interrogativi invero attengono a verificare se la disponibilità di *development rights* faccia salire il prezzo per un sito destinato allo sviluppo edilizio; o ancora se una proprietà circondata da edifici in via di sviluppo con capacità disponibile non utilizzata abbia un prezzo superiore a quello di una proprietà senza diritti edificatori a disposizione; oppure in che misura il prezzo possa fluttuare in mancanza di infrastrutture in una certa zona. È inoltre interessante verificare se la disponibilità del *TDRs* influenzi il prezzo stesso dei terreni (anche con riferimento alla possibilità di regolazione dell'utilizzo da parte delle norme amministrative). Tali quesiti sono utili non solo ad espandere la comprensione delle transazioni aventi ad oggetto i *TDRs,* ma anche per comprendere meglio le strutture normative ideate per la loro gestione ed i costi di transazione sullo sviluppo del territorio, soprattutto per accertare in quale misura le resistenze degli abitanti che già vivono nelle zone e che si oppongono ad aumentare la densità abitativa del loro quartiere possano incidere sui prezzi dei diritti di sviluppo. Una comprensione più sofisticata di questi problemi potrebbe contribuire a progettare regolamenti che in grado di favorire un mercato dei *TDRs* ancora più efficiente ma soprattutto caratterizzato da regole sempre più comuni. Cfr. D. A. BENGSTON e J. O. FLETCHER- K. C. NELSON, *Public policies for managing urban growth and protecting open space: policy instruments and lessons learned in the United States,* in *Landscape and Urban Planning,* 69, 2004, pp. 271–286; E. BRABECA e C. SMITH, *Agricultural land fragmentation: the spatial effects of three land protection strategies in the eastern United States,* in *Landscape and Urban Planning* 58, 2002, pp. 255–268; T. DANIELS e M. LAPPING. 2005. *Land Preservation: An Essential Ingredient in Smart Growth*, in *Journal of Planning Literature*, 19, 2005, pp. 316-329.

delineare con esattezza l'oggetto dei trasferimenti e definire in modo esplicito il rapporto pubblico privato in tutte le fasi dell'istituto.

Fino a quel momento sarà compito dell'interprete fornire una risposta agli interrogativi che l'istituto porta con sé e proporre soluzioni compatibili con il sistema giuridico.

Tale attività dovrà svolgersi in armonia con le scelte delle singole autorità locali che, a loro volta, dovranno ideare modelli consensuali semplificati e predisporre incentivi che inducano ad utilizzare detti istituti.

In attesa di un nuovo intervento normativo è dunque necessario aprire un dialogo tra dimensione privatistica e pubblicistica[765] in cui la seconda si ponga quale elemento di supporto e completamento della prima, per una migliore adattabilità dell'ordinamento ai mutamenti sociali ed alle innovazioni giuridiche che ne conseguono.

[765] Ad esempio attraverso le soluzioni proposte nel capitolo III, paragrafo 1.2. e capitolo IV.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Con la presente trattazione si è tentato di offrire un inquadramento generale della cessione di volumetria anche mediante l'analisi di aspetti problematici e tuttora oggetto di acceso dibattito.

L'obiettivo è stato quello di identificare oltre ai tratti caratteristici dell'istituto, un modello contrattuale idoneo a garantire la circolazione della potenzialità edificatoria[766] e soluzioni operative che potessero rimanere immuni ai mutamenti giurisprudenziali.

La risposta a detti interrogativi è finalizzata a chiarire quali siano gli spazi della cessione di cubatura a fronte della perequazione, della compensazione e dell'incentivazione e se, il n. 2–*bis,* inserito nell'art. 2643 c.c., abbia creato le basi per un mercato dei «diritti edificatori»[767] volto ad un più efficace sfruttamento della proprietà immobiliare[768].

Sin dall'inizio della sua diffusione la cessione di cubatura è stata descritta come un accordo in virtù del quale un proprietario, non intenzionato a costruire sul proprio suolo, poteva cedere la cubatura astrattamente realizzabile al titolare di altra area così da consentire a quest'ultimo (una volta ottenuta l'autorizzazione da parte del Comune), di edificare per una volumetria maggiore.

Da subito la dottrina e la giurisprudenza hanno colto le peculiarità della prassi senza tuttavia riuscire a coniugare tra loro la disciplina privatistica e quella pubblicistica ed anzi tentando più spesso di stabilire il primato dell'una sull'altra.

Ciò ha determinato, sia prima che dopo la novella, la diffusione di una pluralità di orientamenti interpretativi incentrati su uno solo dei due profili (privatistico o pubblicistico), con evidenti ripercussioni sull'utilizzo della volumetria e dunque inidonei ad favorire la diffusione dell'istituto.

Dall'analisi degli orientamenti presi in esame nella trattazione, è emerso ad esempio che la ricostruzione come *chance,* seppure appaia più idonea delle altre a giustificare il rapporto che si istaura tra cessionario e pubblica amministrazione, garantendo un'agevole circolazione della volumetria attraverso il sistema dei titoli impropri annotati in appositi registri comunali, di converso non è

---

[766] Nonostante l'art. 5 co. 1 lett. c) della novella statuisca espressamente che la norma ha avuto lo scopo di «procedere alla tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi: la cessione di cubatura», non si è ritenuto corretto parlare propriamente di tipizzazione di nuovo contratto. L'espressione ha infatti una sua specifica pregnanza tale che la sola menzione dei diritti edificatori come oggetto del contratto non appare sufficiente per individuare un nuovo «tipo negoziale». Per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare a R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino 2004, pp. 439 ss.; C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica,* Milano, 1992, *passim.* Si veda anche il Capitolo IV.

[767] La nozione di diritti edificatori va intesa in senso ampio. In questa sede con tale espressione non ci riferisce esclusivamente ai fenomeni della perequazione, della compensazione e dell'incentivazione ma, per le ragioni già analizzate nelle linee guida del presente lavoro, ci si riferisce più ampiamente alla potenzialità volumetrica in grado di circolare in vari modi e in base ad un accordo stipulato o tra privati (come la cessione di cubatura o la perequazione) o tra privati e p. a. che agisce *iure privatorum.*

[768] Dall'analisi del *background* dell'istituto è stato facile comprendere come gli elementi principali connessi all'operatività del suddetto mercato siano la certezza in merito alla circolazione e la qualificazione dei diritti edificatori, aspetti che comportano rilevanti conseguenze dal punto di vista disciplinare, basti pensare ad esempio all'indennizzo dovuto dalla p. a. in caso di modificazione degli strumenti urbanistici intervenuti successivamente alla loro costituzione, ai requisiti che deve contenere il contratto avente ad oggetto la cubatura, alla possibilità che essa sia o meno suscettibile di pegno o ipoteca fino a giungere ai doveri-poteri della p. a. espletabili al momento del rilascio del permesso di costruire fondato sull'atto di trasferimento trascritto ai sensi dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. Si veda in tal senso S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori, cit.,* p. 7 ss.

riconducibile al dettato dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c., rimanendo del tutto estranea alla previsione normativa[769].

I c.d. registri dei diritti edificatori, atti ad annotare ogni movimento delle volumetrie[770], non trovano infatti espressa previsione nel n. 2-*bis* che nulla dice al riguardo, ma sono il risultato di una prassi applicativa comunale, diffusa soprattutto nel nord Italia, volta a superare le difficoltà legate all'utilizzo del sistema della trascrizione[771].

Allo stesso modo, l'assimilazione della volumetria ad un bene immateriale di origine immobiliare non pare adattarsi ai trasferimenti di cubatura.

Ciò dipende principalmente dalle problematiche riscontrate nell'identificazione del «bene», oltre al fatto che, tale teoria, confligge con i riferimenti al «diritto» effettuati dal numero 2-*bis*.

Vi è di più. La prima teorizzazione si focalizza principalmente sul solo rapporto tra privati e p. a., prescindendo dalla precedente fase contrattuale necessaria per la formazione del titolo che legittima il cessionario a richiedere il permesso di costruire.

Quella della reificazione mostra invece la sua contrarietà alla *ratio* della norma perché implica una netta separazione tra fase privatistica e pubblicistica, come se l'istituto fosse composto da due momenti autonomi e tra loro indipendenti[772].

La ricostruzione come nuovo diritto reale tipizzato, invece, pur presentando delle notevoli affinità con il dettato letterale del n. 2-*bis,* impone il ricorso ad alcuni artifizi con una serie di difficoltà di carattere applicativo che sembrano allontanarlo dalle situazioni giuridiche soggettive tipizzate dall'ordinamento.

Laddove si ritenga di poter riconoscere un nuovo diritto soggettivo, deve infatti necessariamente ammettersi un diritto reale di godimento a metà strada tra il diritto di proprietà e quello di superficie con caratteri del tutto peculiari.

---

769 Non a caso tale dottrina sostiene l'abrogazione del n. 2-*bis* ed una nuova formulazione della norma affine a quella ricostruzione. Cfr. 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.,* pp. 11-12.

770 I registri dei diritti edificatori come indicati da un autrice comportano l'emissione di cedole da cui risultano la cubatura trasferita, gli estremi del contratto ad essa relativo, oltre ai dati del terreno e dei contraenti. Si veda in tal senso B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori, cit.,* pp. 125 ss. Il termine «crediti» secondo alcuni è utilizzato in modo improprio dalle amministrazioni comunali. Si vedano in tal senso E. MICELLI, *La perequazione urbanistica*, *cit.,* p. 4 ss.; G. BARDELLI, *Il registro dei diritti edificatori e la borsa dei diritti edificatori, cit.,* pp. 6-30.

771 Le difficoltà legate all'utilizzo del sistema della trascrizione riguardano l'impossibilità talvolta di indicare i dati del fondo di atterraggio. Le numerose teorie sulla capacità edificatoria, diffuse con forza a partire dalla fine degli anni Sessanta, hanno contribuito a rendere il campo applicativo sempre più incerto, contravvenendo in tal modo alle esigenze del mercato e a quelle pubblicistiche delle Amministrazioni che hanno sempre tentato di rivenire una chiara regolamentazione della materia per una costante ed uniforme applicazione quantomeno a livello locale. Cfr. M. G. MAZZA, *Il procedimento edilizio: gestione, legittimità e responsabilità, cit.,* p. 5 ss. La dottrina che ha analizzato n. 2-*bis* è concorde nel sostenere che il dettato normativo che menziona i «contratti che trasferiscono, costituiscono e modificano i diritti edificatori comunque denominati» si riferisca ad un contratto ad effetti reali che dunque produce come effetto il trasferimento della proprietà di un bene determinato o la costituzione o il trasferimento di un diritto reale su un bene determinato ovvero il trasferimento di altro diritto (art. 1376 c.c.) con ciò escludendo la configurazione di un contratto ad effetti obbligatori. Cfr. G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista. Urbanistica ed attività notarile, cit.,* p. 4 ss.

772 A sostenere tale posizione è G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* p. 437.

Si tratterebbe di un diritto con una vita brevissima, perché limitata al solo momento intercorrente tra la separazione della volumetria dal suolo e l'atterraggio della stessa, destinato pertanto ad esaurirsi con la realizzazione dell'edificio[773].

Tutte le teorizzazioni presentano, dunque, punti di forza ma anche criticità, legate al fatto di non riuscire a giustificare pienamente la duplice natura dell'istituto, senza che sia possibile stabilire una netta preferenza per l'una o per l'altra.

D'altro canto, se il legislatore avesse voluto realmente assimilare la potenzialità volumetrica ad una *chance* edificatoria in grado di circolare mediante titoli impropri, non si comprende perché né in sede di codificazione, né nella recente proposta di legge, non siano stati espressi più chiaramente detti intenti.

Infatti, quando nel 2011 la novella ha disciplinato i «diritti edificatori comunque denominati», lo ha fatto senza operare alcun riferimento ai registri comunali, che sono stati previsti solo dalla proposta di legge avanzata dalla Segreteria Tecnica del Ministro Lupi, peraltro con il solo scopo di verificare l'utilizzo della volumetria come indicato nel comma 3 dell'art. 12[774].

Inoltre il recente disegno di legge non abbandona il sistema della trascrizione ma vi affianca semplicemente quello dei registri comunali, senza fornire ulteriori indici identificativi dei «diritti edificatori», a dimostrazione di come il d.d.l. non abbia tra i suoi obiettivi quello di intervenire sulla qualificazione giuridica della potenzialità volumetrica.

---

[773] Come più approfonditamente dimostrato nel capitolo II ai paragrafi 4 e seguenti, i caratteri peculiari del diritto reale di volumetria sono molto distanti da quelli degli altri diritti reali tipici conosciuti dall'ordinamento. Non solo non si possono rinvenire i caratteri dell'immediatezza e dell'inerenza alla *res,* ma ad esempio il diritto in questione sarebbe anche l'unico ad avere come termine di riferimento due terreni (quello di «partenza» e quello di «atterraggio») anziché uno solo, non verrebbe inoltre esercitato su un fondo altrui ma sul proprio terreno con l'ulteriore effetto che al momento dell'utilizzo della volumetria (che si concretizza con la costruzione dell'edificio), il diritto si estingue perché viene incorporato nel diritto di proprietà del suolo. Ciò a dato vita a notevoli problemi circa la ricostruzione come *ius in re aliena* o come *ius in re propria.* Per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare a G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, cit.,* p. 49 ss.; L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* p. 3 ss.; GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata, cit.*, p. 395 ss.

[774] La proposta di legge della Segreteria Tecnica del Ministro, Gruppo lavoro «Rinnovo Urbano» intitolata «Principi in materia di politiche pubbliche territoriali e trasformazione urbana», all'art. 12 intitolato «Trasferibilità e commercializzazione dei diritti edificatori» recita «I diritti edificatori sono trasferibili e utilizzabili, nelle forme consentite dal piano urbanistico, tra aree di proprietà pubblica e privata, e sono liberamente commerciabili.

Possono essere previsti coefficienti di conversione per i trasferimenti dei diritti edificatori tra diversi ambiti urbani individuati dal piano allo scopo di assicurare l'equità di trattamento della proprietà e la sostenibilità e la qualità delle trasformazioni urbane.

I comuni istituiscono il registro dei diritti edificatori allo scopo di verificare l'utilizzo di questi ultimi nella fase di attuazione dei piani urbanistici.

Ove i diritti edificatori, conferiti sia a titolo di perequazione, compensazione e premialità, siano ridotti o annullati a seguito di varianti del piano urbanistico, non obbligatorie per legge, il comune deve indennizzare i relativi proprietari sulla base del criterio del valore di mercato».

Come osservato da un'attenta dottrina il ddl conferma l'idea proposta dalle leggi Regione Veneto e Lombardia che i diritti edificatori siano liberamente trasferibili, utilizzabili e liberamente commerciabili, secondo quanto previsto dal Piano Regolatore. La norma intende inoltre recepire la prassi dei registri comunali, che però hanno il solo scopo di verificare l'utilizzo dei diritti edificatori nella fase di attuazione dei piani come indicato dal 3 comma dell'art. 12. Infine, sulla falsariga di una disposizione inserita nella legge della Regione Umbria, viene introdotta la previsione di indennizzo, al valore di mercato, dei diritti edificatori a seguito di varianti urbanistiche che non siano non obbligatorie per legge. Cfr. A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori fra tecniche perequative e compensative, cit.,* p. 10.

Allo stesso modo nell'elaborare la norma il legislatore non ha operato un riferimento alla categoria dei beni, né è possibile rinvenire alcun espresso intervento di segno opposto, volto ad offrire maggiori indici di «realità» alla fattispecie in esame.

Il legislatore avrebbe introdotto la novella sotto la spinta delle pressioni locali, ma senza la pretesa di intervenire nel dibattito sulla natura giuridica, volendo unicamente offrire certezza nella circolazione dei «diritti edificatori», per assecondare l'utilizzo di una prassi che aveva ormai assunto dimensioni considerevoli[775].

Per tali ragioni è stato sostenuto che con la riforma del 2011, il dibattito sulla natura giuridica abbia perso di rilievo.

Al riguardo si è avuto modo di sottolineare come, seppure l'obiettivo primario del legislatore non sia stato quello di specificare la disciplina giuridica dell'istituto, tale ricerca deve rimanere uno degli obiettivi principali dell'interprete[776].

Infatti, dalla scelta della qualificazione giuridica derivano importanti conseguenze relative ad esempio alla modalità di circolazione della volumetria, ai caratteri del contratto che opera il trasferimento, al rapporto con la p. a. ed anche al diverso trattamento fiscale applicabile.

Sulla base di tali considerazioni si è ritenuto che l'interprete debba, prima di tutto, attenersi al dettato della norma, nel tentativo di verificare se, il numero 2-*bis,* possa offrire degli spiragli per la qualificazione dell'istituto[777].

In tale ottica la soluzione come nuovo diritto reale, caratterizzato da un'imprescindibile connessione con il provvedimento amministrativo, è apparsa maggiormente in linea con il dettato normativo ed in grado di assicurare un ampio utilizzo dell'istituto.

L'attenzione dell'interprete si è poi dovuta focalizzare sulle modalità con cui il diritto reale si interfaccia con il provvedimento pubblico e sull'autonomia contrattuale, in virtù della quale le parti possono determinare il contenuto del diritto in assenza di una specifica previsione normativa.

Prendendo le mosse dalla lettera della norma afferente ai «diritti edificatori», sembra infatti che la materia dei trasferimenti di volumetria implichi una diversa lettura del tradizionale rapporto soggetto-oggetto, con l'effetto che, l'autonomia negoziale di cui dispongono le parti, viene ad assumere un nuovo significato[778].

---

[775] Tale espressione è utilizzata nel disegno di legge di conversione (Atto della Camera n. 4357). Necessità che sembra aver prevalso rispetto a quella di tipizzazione della norma della quale invero non si rinvengono tracce univoche.

[776] Su tutti sia consentito rinviare a N. IRTI, *Testo e contesto,* Milano, 1996, p. 57 ss. Si veda anche N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato, cit.,* pp. 56, 169. L'Autore esprime l'auspicio affinché attraverso una coerente attività interpretativa sia attribuito alle parole «un significato costante cosicché le regole d'uso, una volta poste in essere e convenute, non siano violate per disattenzione o per capriccio».

[777] La *querelle* sulla natura giuridica sviluppatasi prima della novella era principalmente legata al fatto che, in assenza di una specifica norma legislativa, a seconda della natura giuridica prescelta si sarebbe potuto o meno accedere alla trascrizione, (è questa una delle ragioni principali per cui si è diffusa la ricostruzione della cessione di cubatura quale diritto di servitù). Cfr. F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura, cit.,* p. 633 ss.

[778] Quello tra soggetto-interesse-oggetto è un rapporto giuridico in cui ogni aspetto fa parte di un fenomeno unitario D. MESSINETTI, *Oggetto dei diritti, cit.,* p. 809. Secondo quanto indicato da N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile, cit.,* pp. 119, 130 indipendentemente dalle modalità con cui l'ordinamento garantisce l'interesse del soggetto o con cui compone il conflitto tra

Secondo quanto analizzato nel corso del lavoro, l'oggetto del contratto in relazione al quale si rapportano i contraenti, non è necessariamente un termine di riferimento oggettivo che precede l'attività del soggetto, potendo invece rappresentare il risultato dello specifico interesse perseguito[779].

La nuova visione, già proposta da una dottrina, contribuisce a rompere il consolidato paradigma che vorrebbe l'oggetto dell'accordo come sempre preesistente alla qualificazione giuridica e predefinito nei suoi tratti caratteristici[780].

Ciò produce l'effetto di spostare l'attenzione da un'ottica oggettivistica ad una soggettivistica, in cui la situazione reale è il frutto della volontà dei soggetti e trova il suo veicolo nel contratto.

In questo nuovo assetto l'accordo stipulato assume un ruolo decisivo e determinante in quanto non si limita a disciplinare l'*iter* traslativo del «oggetto», divenendo piuttosto lo strumento mediante il quale si sostanzia il processo creativo voluto dalle parti, atto a «generare» l'oggetto del contratto fino a quel momento inesistente[781].

La nuova lettura della specifica categoria giuridica sembra porsi in linea con l'esperienza della cessione di cubatura, in cui il contratto è elemento essenziale della vicenda, in grado di generare la volumetria che prima della sottoscrizione è ancorata al terreno.

---

più soggetti sul medesimo bene, il rapporto tra soggetto ed oggetto è stato tradizionalmente considerato assimilabile al paradigma del rapporto giuridico, in cui il soggetto tende al «bene» nel senso di acquisirlo o di conservarlo mentre il «bene» preesiste a tale rapporto quale interesse giuridicamente protetto. Era solo in questo contesto predefinito che poteva esprimersi l'autonomia privata, ragion per cui il codice civile ha da sempre riconosciuto la proprietà privata come la massima esplicazione del potere di un soggetto (il titolare) sul bene. L'autore osserva invece come le sopravvenienze storiche impongano di classificare fatti nuovi, non appartenenti all'esperienza del passato e come l'interesse dei contraenti non possa più essere considerato come «semplice proporzione di idoneità di un soggetto rispetto a un bene ma piuttosto come una sua tensione a crearlo, a far nascere una rilevanza giuridica altrimenti inesistente». Da tale impostazione deriverebbe dunque il rifiuto per le aprioristiche categorie concettuali ed una rivoluzione in ordine alla costruzione della c.d. categoria giuridica in quanto il «bene» non è più definibile come un'entità oggettiva in base alla quale si individuano l'interesse e la tutela giuridica da apprestavi in quanto l'interesse nasce insieme al bene al momento della formazione del contratto. Nel corso della trattazione si è messo in luce come i mutamenti giuridici e la nuova realtà dei rapporti economici e sociali dell'ultimo mezzo secolo impongano di guardare con occhi diversi alla classificazione indicata. Il rapporto tra soggetto ed oggetto è sempre stato immaginato in funzione dell'attribuzione di un diritto soggettivo ad un individuo cosicché la complementarità si sostanzia nel fatto che la sfera dei soggetti (siano essi persone fisiche o giuridiche) è quella a cui l'ordinamento da sempre riserva una tutela giuridica in funzione della loro attitudine ad aspirare a certi beni, la sfera dell'oggetto invece riguarda tutte quelle entità, materiali o immateriali, economicamente valutabili, che devono essere garantite affinché i soggetti ne possano fruire (anche laddove su di esse si istaurino dei conflitti che devono essere risolti), come osservato da Lipari il criterio di collegamento diviene dunque la posizione giuridica soggettiva. Cfr. S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale), cit.,* p. 164 ss. Proprio in virtù della complementarità fra i suddetti termini quando si è avuta la crisi della soggettività e delle posizioni giuridiche predefinite dall'ordinamento, ad essa è seguita è la crisi del concetto stesso di «bene».

779 Il codice civile del 1942 pone il contratto al centro del sistema giuridico individuandolo come il principale atto di esplicazione dell'autonomia privata. Cfr. N. IRTI, *L'età della codificazione, cit.,* pp. 115, 123. L'Autore rileva che la concezione tradizionale di contratto come atto di autonomia privata abbia subito un'evoluzione in un'ottica di funzionalizzazione sociale.

780 Cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile, cit.,* pp. 122 ss. L'autore tratta l'argomento con riferimento alla crisi della teoria dei beni come predeterminati rispetto al contratto sottoscritto dalle parti.

781 Il contratto secondo questa nuova analisi delle categorie del diritto civile, non può più essere considerato unicamente come lo strumento di composizione degli interessi delle parti rispetto ad un «bene» ma invece come uno strumento mediante il quale le parti conformano il contenuto delle situazioni oggetto del contratto con riferimento agli specifici ai loro interessi. Al riguardo anche M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, *cit.,* p. 149 ss. sottolinea come l'autonomia dei privati si esplichi anche nella possibilità di determinare il contenuto dei diritti reali laddove manchi un'espressa disciplina in grado di regolarne i profili sostanziali.

Sono dunque ravvisabili non pochi margini di autonomia privata nel conformare il contenuto «reale» dell'istituto, stante l'impossibilità di rinvenire traccia di un'espressa e compiuta disciplina del profilo «sostanziale» delle vicende in oggetto[782].

Fino a che il titolare non ne dispone, la potenzialità volumetrica non può essere identificata quale *quid* distinto dalla proprietà del terreno (tanto che ne segue le medesime vicende giuridiche); la separazione si verifica solo nel momento in cui i contraenti decidono di perseguire un determinato interesse, quale quello dello sfruttamento del suolo, con l'effetto che la volumetria assume una propria identità giuridica rispetto alla proprietà della terra, potendo circolare separatamente dal fondo.

La materia dei diritti edificatori nella sua specificità, mette in luce tutta la ristrettezza della tradizionale concezione di «autonomia privata» intesa come potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento giuridico al soggetto «privato»[783].

Ciò non stupisce se solo si pensa che sin dagli inizi della diffusione della prassi, l'importanza del ruolo del contratto nei trasferimenti di volumetria era già stata riconosciuta da copiosa giurisprudenza[784].

---

[782] L'Autore che ha messo in discussione le categorie tradizionali del diritto civile ritiene che l'esempio della forza creativa del contratto possa rinvenirsi chiaramente nell'istituto della multiproprietà in cui prima dell'attività negoziale non esiste il bene rispetto al quale gli interessi delle parti vengono regolati, in quanto l'immobile non è considerato come punto di riferimento degli interessi che sottendono la multiproprietà. È piuttosto il contratto a creare un «bene» con particolari caratteri sia in ordine al tempo che al modo di godimento dell'immobile, senza che il prodotto del contratto goduto in multiproprietà possa invero coincidere con l'oggetto della proprietà esclusiva. In senso opposto, chi ragiona secondo i modelli tradizionali delle categorie giuridiche parla invece di godimento di un bene. Si veda in tal senso A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, cit.,* p. 652 ss.

[783] In tal senso si veda anche P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile, cit.,* pp. 337 ss., 341. Si dovrebbe piuttosto parlare di autonomia «come potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento al soggetto di diritto privato o pubblico, di regolare con le proprie manifestazioni di volontà, interessi privati o pubblici, comunque non necessariamente propri». N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato, cit.,* p. 107 ss. Gli elementi che un tempo garantivano al diritto la sua unità e certezza, come il linguaggio tecnico-giuridico, il controllo rigido del legislatore e l'assoluta centralità della Costituzione, lasciano spazio all'incessante produzione di norme del tutto svincolata da elementi di unificazione. Non esistendo un criterio immutabile, le norme assumono caratteristiche diverse a seconda della specifica volontà umana ed il rischio è quello di sudditanza alla volontà di parte, in cui si perseguono singoli scopi a discapito della centralità costituzionale. La norma diviene quindi il prodotto giuridico di manifestazioni di volontà (fondate su procedure legislative legittime), in grado di assumere qualunque contenuto, senza alcuna necessità di ritrovare raccordo con le altre manifestazioni di volontà coesistenti. Di conseguenza il diritto non è più un insieme ordinato di elementi, ma piuttosto «un sistema aleatorio in cui la volontà dell'uomo (…) si espande illimitatamente nel diritto e si fa macchina produttrice di norme».

[784] Il riferimento è alle teorie diffuse precedentemente al 2011 che avevano tentato di ricostruire la fattispecie ad esempio come semplice «rinuncia del diritto di edificare» da parte privato nei confronti del Comune. La prassi della cessione di cubatura quale fenomeno non codificato dal Legislatore, nasceva infatti per effetto del solo accordo tra le parti, del tutto dipendente dalla loro volontà. La giurisprudenza in più pronunce aveva statuito l'imprescindibilità del vincolo contrattuale per il fatto che la mera rinuncia di per sé non è in grado di giustificare lo spostamento della volumetria da un fondo all'altro, cosicché il Comune avrebbe potuto attribuire il permesso di costruire solo laddove il cessionario ne avesse dimostrato la titolarità. Non bisogna tuttavia dimenticare che l'intento della giurisprudenza, nelle copiose pronunce antecedenti alla novella, era quello di riuscire a giustificare l'opponibilità ai terzi delle contrattazioni aventi ad oggetto la volumetria. Le pronunce attenevano sempre a problematiche connesse alla natura giuridica. Anche a seguito della novella il contratto mantiene la sua centralità, non solo per l'espresso riferimento che ne fa il n. 2-*bis* ma anche perché il contratto, trascritto, diviene il titolo idoneo in virtù del quale il Comune è in grado di accertare i requisiti tecnici necessari per rilasciare il permesso di costruire maggiorato al cessionario che ne faccia richiesta.

Mentre dunque tradizionalmente ai privati non è consentito intervenire nella conformazione di situazioni predefinite dal legislatore, oggi l'attività produttiva coinvolge anche il contratto che diviene uno strumento creativo[785].

È allora comprensibile come la nuova stagione che il diritto sta vivendo sotto la spinta delle esperienze straniere e delle nuove esigenze sociali, si opponga alle tradizionali categorie concettuali sedimentate nella teoria generale del diritto, imponendo un loro ripensamento per la varietà degli esiti interpretativi che ciascuna di esse sottende[786].

In questo contesto il fatto che la potenzialità volumetrica non sia chiaramente ascrivibile alle categorie già conosciute dal diritto civile (imponendo un richiamo al diritto amministrativo), non è dunque tale da impedirne l'utilizzo[787].

La nuova concezione dinamica che permea il diritto civile, assegna infatti un ruolo decisivo al momento interpretativo non solo perché il diritto nasce anche dal «basso», nella concretezza delle prassi che si consolidano nella società civile, né unicamente perché il dettato legislativo è in alcune occasioni ambiguo ed incongruente ma poiché, a volte, le nuove fattispecie non possono essere automaticamente ricondotte entro aprioristiche classificazioni, stante l'impossibilità di riscontrare fattori tra loro omogenei[788].

---

[785] A. TESTA, *Cessione di diritti edificatori: dalla cessione di cubatura alla* chance *edificatoria, cit.,* p. 9 ss. Nei margini entro cui il legislatore non è intervenuto, il bene si presenta come il risultato di un processo interpretativo posto in essere dalle parti, con riflessi evidenti sulla conformazione del contratto e altresì sul ruolo del potere giudiziario non più avocato semplicemente per qualificare un rapporto tra il soggetto ed il bene ma atto a conformarlo. In un contesto in cui all'autonomia negoziale viene riconosciuta una funzione conformativa della «situazione reale», la norma non è più qualificatoria ma solo disciplinatrice di certi effetti, cosicché risulta più agevole comprendere perché il dibattito sulla natura giuridica sia divenuto peraltro, sotto taluni aspetti, secondario. Per un'analisi circa il ruolo della norma si veda A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario, cit.,* p. 86 che effettua tali considerazioni con riferimenti all'autonomia delle parti negli istituti del diritto ereditario.

[786] N. IRTI, *L'età della codificazione, cit.,* p. 12 ss. L'Autore osserva come le «potenze del nostro tempo (…) non si lasciano racchiudere entro gli stabiliti confini dei codici». G. B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma, cit.,* pp. 26-27. Come già messo in luce nel Capitolo IV, l'Autore ritiene che si debba prendere coscienza dei mutamenti giuridici e sociali per «(…) liberarsi dal sistema, se questo è di ostacolo, invece che di aiuto, a risolvere i problemi emergenti (…). L'evoluzione dei rapporti sociali, l'evoluzione dell'idea dello Stato, l'evoluzione dei valori della persona devono indurre a un tale ripensamento critico». La materia dei diritti edificatori nella sua specificità, mette in luce tutta la ristrettezza della tradizionale definizione e dell'esplicazione «autonomia privata» intesa come potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento giuridico al soggetto «privato». Cfr. anche P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile, cit.,* pp. 337 ss., 341. Secondo cui l'autonomia consiste nel «potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento al soggetto di diritto privato o pubblico, di regolare con le proprie manifestazioni di volontà, interessi privati o pubblici, comunque non necessariamente propri».

[787] N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato, cit.,* p. 130 ss. Per l'Autore la differenziazione tra diritto pubblico e diritto privato, (uno fondato sulla diversa natura dell'interesse tutelato dalla norma, uno sulla struttura della disciplina dettata dal legislatore ed infine l'ultimo basato sull'elemento soggettivo del rapporto regolato), nell'epoca attuale devono essere totalmente rimessi in discussione per l'effetto di molteplici fattori come l'influenza del diritto pubblico sull'economia, l'intrecciarsi degli interessi pubblici con quelli della collettività e l'affievolirsi della centralità costituzionale. Ciascuno di essi contribuisce infatti a determinare il modificarsi del contenuto della disciplina del diritto privato che non si esaurisce più nella definizione di rapporti elementari, a causa della continua moltiplicazione delle leggi speciali o sovranazionali destinate a regolare operazioni economiche in cui i poteri pubblici svolgono un ruolo da protagonisti. Per tale motivo, secondo l'Autore, l'unico criterio valido per definire il diritto privato (e con esso la norma giuridica) è quello dello specifico contenuto, «ossia degli strumenti che esso ha elaborato e che oggi si espandono all'azione economica dei pubblici poteri».

[788] In tal senso E. MICELLI, *La perequazione urbanistica*, *cit.,* p. 4 ss., secondo cui la mancanza di omogeneità che spesso si manifesta tra la prassi applicativa e l'intervento del legislatore dimostra come spesso machi una corrispondenza tra la pratica e l'intervento del legislatore cosicché l'intervento del codificatore non ha più la pretesa di oggettività essendo invece permeato da profili di soggettività.

È per questa ragione che in mancanza di una previsione normativa chiara, si è ritenuto più corretto attenersi ai risultati del dato letterale che rappresenta l'unico elemento certo a disposizione dell'interprete.

Ciò ha condotto a dover prediligere la soluzione che meglio soddisfacesse la norma e che, forse non a caso, più delle altre, si adatta alle ipotesi già codificate prese in esame nel capitolo III.

Un diritto, come espressamente qualificato dalla norma, assimilabile per la sua collocazione e per i tratti che lo caratterizzano alla categoria dei diritti reali eppure diverso dagli stessi perché coadiuvato da un provvedimento pubblico.

Ecco allora che l'opera dell'interprete si colloca in un difficile punto di equilibrio tra sfere di proprietà e sfere di libertà e, per certi versi, tra interesse privato e collettivo[789].

Nelle vicende relative alla circolazione della volumetria il nuovo rapporto tra soggetto ed oggetto può infatti essere compreso solo individuando l'esistenza di una convivenza tra queste due realtà, in modo che non siano più viste come forze contrapposte all'interno del medesimo ordinamento ma come sistemi in grado di interagire tra loro[790].

Il punto di partenza per ricercare la chiave di congiunzione esistente tra contratto e permesso di costruire, è ancora quello della struttura «complessa» dell'istituto[791], all'interno della quale (co)operano norme di diritto privato e di diritto amministrativo.

---

[789] L'osservazione si rifà al pensiero di Cfr. M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, *cit.,* p. 149 ss. L'Autore sottolinea come in una società in cui la fonte di ricchezza è rappresentata dalla conoscenza, è essenziale individuare criteri che possano garantirne la fruizione, assicurando all'interprete «spazi di manovra» che possano offrire tutele individuali e collettive in un'ottica che vada oltre «la logica riduttiva della prospettiva dominicale». Cfr. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato, cit.,* p. 129 ss Secondo l'Autore il diritto privato, potrà definirsi o in base alla *natura* degli interessi tutelati, rischiando così di sopravvivere come disciplina di un'economia statica e di fenomeni produttivi elementari, ovvero in base al *contenuto*, cioè alle attività svolte e agli istituti applicati, correndo il rischio tuttavia di perdere ogni connessione con il corpo delle norme codificate e di dissolversi in un nuovo «diritto comune». Per approfondimenti in merito alla complessa tematica del rapporto tra interessi della collettività e quelli privatistici sul territorio si veda P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani,* Roma, 2014, *passim.*

[790] Nel momento in cui la novella del 2011 inserendo il n. 2-*bis* non ha indicato chiaramente l'esclusione dell'una o dell'altra disciplina, pur nella consapevolezza del dibattito dottrinale da tempo sviluppatosi intorno al tema, ha implicitamente confermato l'impossibilità di elidere dalla struttura dell'istituto una delle due fasi, è apparso necessario volgere l'attenzione proprio ad esse, considerate per molto tempo come autonome ed indipendenti, nel tentativo di stabilire tra loro un dialogo.

[791] Dalla lettura del n. 2-*bis* emerge che il contratto è l'atto mediante i privati, possono disporre dei diritti edificatori (intesi in senso ampio, quale potenzialità volumetrica). La norma più precisamente dice che il contratto, trasferisce, costituisce e modifica tali diritti, riconducendo gli effetti unicamente all'accordo sottoscritto dalle parti. Ciò vuol dire che per verificare il trasferimento, la creazione o la modifica della potenzialità volumetrica si deve avere riguardo unicamente al contratto che, pertanto, produce effetti reali. Ciò che il contratto non può fare è attribuire di per sé al cessionario la possibilità di costruire, in quanto tale potere deriva al privato solo a seguito del permesso di costruire rilasciato dal Comune. È chiaro dunque come il contratto faccia parte di una fattispecie più ampia che si compone di due momenti che possono realizzarsi in momenti diversi, quello privatistico in grado di generare e spostare la volumetria e quello pubblicistico attraverso il quale si può invece fruire della cubatura. Si hanno dunque più fatti collegati in ordine logico e cronologico per la produzione dell'effetto finale, ciascuno dei quali può tuttavia produrre effetti. Non può invece parlarsi, come è stato fatto antecedentemente alla novella, di una fattispecie in cui gli atti posti in essere prima del rilascio del provvedimento finale producono effetti meramente obbligatori perché ciò andrebbe contro il dettato normativo, infatti, seppure è vero che tra le due fasi che costituiscono la fattispecie esiste un ordine logico e cronologico è anche vero che il contratto produce effetti essendo la condizione risolutiva apposta non al trasferimento della volumetria ma al suo utilizzo. Non potrebbe parlarsi nemmeno di «fattispecie complessa» nel senso proprio del termine, in quanto i fatti che la compongono non possono produrre effetti, avendolo solo carattere obbligatorio ed essendo tutti preordinati alla produzione dell'effetto finale che si ha

Infatti, anche se non è dubitabile che la volumetria circoli per effetto della sola volontà dei contraenti[792], la realizzazione degli effetti connessi alla sfruttamento della potenzialità edificatoria è necessariamente collegata all'esercizio del potere pubblico, logicamente e cronologicamente successivo al contratto.

Da ciò deriva che anche se ciascuna delle due fasi è regolata dalla disciplina che la riguarda, di fatto, ognuna di esse influisce sull'altra, cosicché se una delle due viene a mancare l'istituto è inevitabilmente tronco, ragion per cui si è ritenuto necessario uno sforzo di integrazione coerente tra i vari sistemi giuridici.

Si è infatti avuto modo di evidenziare come un provvedimento della p. a. che stabilisca la traslazione della volumetria da un terreno all'altro in modo del tutto arbitrario, sarebbe illegittimo per l'assenza di un titolo idoneo a giustificare l'intervento pubblico e per la violazione del principio di imparzialità della p. a.

Allo stesso modo il contratto che trasferisca, costituisca o modifichi la volumetria, pur produttivo di effetti reali come indicato dal n. 2-*bis*, non può di per sé consentire al cessionario di edificare sul fondo se prima l'acquirente non abbia ottenuto il permesso di costruire che solo il Comune può rilasciare.

Lo studio delle modalità operative dell'istituto, qui ripercorse brevemente, ha portato ad affermare che la sintesi tra i due momenti debba essere rintracciata necessariamente all'interno del codice civile e, più precisamente, nel contratto che si pone quale *condicio sine qua non* dell'atto pubblico.

La ragione risiede nel fatto che la volumetria circola per effetto del contratto stipulato secondo le regole di diritto privato, su cui tuttavia il permesso di costruire può incidere. Il provvedimento amministrativo è infatti in grado di determinare la risoluzione degli effetti del negozio sottoscritto dalle parti e di impedire il perfezionamento dell'istituto.

Per tale ragione non è apparso errato qualificarlo come «condizione», pur nella consapevolezza dell'attenzione che deve essere posta nella regolazione del carattere retroattivo o meno degli effetti dell'evento, in ragione dei possibili molteplici trasferimenti di volumetria.

Nel prendere in considerazione tali aspetti ci si è soffermati sulle ricadute applicative di ciascuna scelta.

---

solo quando tutti i fatti si sono verificati. Per tali ragioni parte della dottrina ritiene più corretto l'utilizzo del termine «procedimento», fenomeno presente nel diritto amministrativo ma verosimilmente utile anche in ambito più strettamente privatistico, in cui il compimento di una «fattispecie» avviene attraverso il concorso di fatti ed elementi di varia natura e variamente incidenti sugli effetti finali. Cfr. in tal senso F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato, cit.,* pp. 99-100.

792 Non solo la fase dello sfruttamento ma anche la vicenda genetica della potenzialità volumetrica trova il suo fondamento nel diritto amministrativo. Come già meglio precisato nel capitolo I, è pacificamente riconosciuto il ruolo conformativo della proprietà privata da parte della pubblica amministrazione. A seguito di tale intervento è però riconosciuto all'autonomia privata il compito di organizzare i beni ai fini urbanistici, mediante l'utilizzo di strumenti negoziali in grado di incidere (integrandolo) sul profilo attuativo della pianificazione territoriale. Non a caso negli ultimi anni si è molto diffusa la c.d. «urbanistica per accordi» per effetto dell'applicazione dei principi introdotti dall'art. 11 della legge 241 del 1990.

Più precisamente laddove si faccia riferimento ad una *condicio iuris*, i privati sono liberi di commerciare la volumetria esistente sui loro fondi, senza la necessità di un intervento della p. a. in sede di stipula del contratto, nella consapevolezza però che l'attività di edificazione è subordinata al provvedimento del Comune[793].

La verifica preventiva all'attività di costruzione rappresenta infatti uno dei limiti pubblici al godimento della proprietà privata, ineludibilmente connesso allo sfruttamento del suolo, che si verificherebbe (seppure con altra qualificazione), anche qualora un soggetto decidesse di disporre di quella volumetria sul proprio terreno[794].

Si è messo in luce come la scelta della condizione risolutiva al posto di quella sospensiva avrebbe il pregio di allinearsi all'efficacia reale del contratto, di agevolare la celerità delle contrattazioni e di legittimare il cessionario a richiedere il permesso di costruire in modo del tutto autonomo senza alcuna cooperazione del cedente.

Per contro, laddove le parti non si accordassero per il deposito della somma pagata presso un notaio, il cessionario verrebbe a trovarsi in una situazione di svantaggio laddove, rifiutato il permesso di costruire, dovesse agire contro il cedente che non volesse restituire il denaro.

L'obiezione, ha indotto a lasciare spazio anche all'utilizzo della condizione sospensiva seppur coadiuvata dal correttivo dell'atto d'obbligo.

La soluzione adottata permetterebbe alle parti di godere di un certo grado di tutela: il cedente manterrebbe la titolarità della volumetria fino al pagamento del denaro ed il cessionario non verserebbe alcuna somma fino al rilascio del titolo maggiorato.

---

[793] L'operatività di tale condizione non dipende dalla volontà dei contraenti ma dalla legge, a dimostrazione di come la cessione di cubatura sia un istituto a monte ed a valle del quale di collocano necessariamente provvedimenti di carattere pubblico. Le vicende circolatorie della cubatura possono essere ricondotte alla *condicio iuris* in quanto la previsione del permesso di costruire come elemento condizionante il contratto sottoscritto dalle parti è contemplato dal Piano Regolatore Generale. Nello stesso senso si veda P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata, cit.,* p. 392.

[794] A tal proposito si precisa che nel capitolo I, paragrafo 3, sono stati effettuati approfondimenti con riferimento al rapporto sussistente tra sfruttamento della capacità edificatoria da parte del privato e permesso di costruire. Si è sottolineato come, per rintracciare i limiti della disponibilità dello *ius aedificandi* nel rapporto pubblico-privato, sia necessario verificare la natura giuridica del provvedimento emesso dal Comune, al fine di stabilire il riflesso dell'atto negoziale sulle autorizzazioni urbanistiche, per verificare se esista un «alea» a cui il privato è assoggetto o se invece a fronte di specifici elementi, il Comune sia obbligato a rilasciare l'autorizzazione. A tal riguardo, mediante un'analisi del d.P.R. 380 del 2001, si sono rintracciati i caratteri che permetterebbero di parlare di provvedimento amministrativo vincolato, con l'effetto che ogniqualvolta un soggetto è titolare di una determinata volumetria (sia che gli sia stata attribuita *ab origine,* sia che gli sia pervenuta per effetto di un atto di cessione) l'ente territoriale, valutata l'idoneità di tali titoli presentati e la conformità alla normativa vigente, non può rifiutare l'emissione del provvedimento. A nulla rileva il fatto che, nel caso di cessione di cubatura, il Comune debba valutare una situazione differente da quella prevista in sede di pianificazione. L'ente territoriale non è infatti in grado di effettuare valutazioni nel merito una volta che abbia distribuito la volumetria tra i vari fondi, dovendo solo accertare che la pattuizione privata non abbia alterato l'indice edilizio generale previsto dal Piano. Il cessionario che presenti al Comune la domanda di edificare per una volumetria maggiorata, consapevole delle norme di leggi vigenti, non versa dunque in una situazione di incertezza dovendo potendo piuttosto rinvenirsi un obbligo del Comune nei suoi riguardi laddove il progetto presentato sia conforme a tutti gli indici che la stessa autorità ha stabilito a monte. Cfr. M. G. MAZZA, *Il procedimento edilizio: gestione, legittimità e responsabilità, cit.,* pp. 11 ss.

L'apposizione di tale condizione impedirebbe tuttavia al cessionario di divenire proprietario della volumetria fino al rilascio del provvedimento che paradossalmente egli non potrebbe richiedere proprio perché non vanterebbe ancora un titolo sulla cubatura acquistata.

La criticità (non priva di ripercussioni negative sull'utilizzo dell'istituto), ha indotto a ritenere necessaria la redazione di un atto d'obbligo mediante il quale il cedente si impegni nei confronti del Comune a non edificare sulla propria area, e nei confronti del cessionario a cooperare affinché lo stesso ottenga il permesso di costruire.

Si è potuto in tal modo sostenere come l'importanza del «valore condizionante» riconosciuta al provvedimento pubblico sia bilanciata dall'autonomia privatistica in virtù della quale sono solo le parti a poter decidere quale condizione preferire e come modulare il trasferimento di volumetria.

Le criticità a cui si è fatto riferimento sono infatti agevolmente superabili attraverso un'attenta redazione del negozio da cui traspaia la connessione tra diritto privato e diritto amministrativo, allo scopo di definire al meglio i rapporti tra le parti.

La particolare struttura dell'istituto esprime, d'altra parte, una tendenza sempre più diffusa a considerare l'ordinamento come un *unicum,* in cui i distinti sistemi normativi «perdono» il proprio primato se collocati all'interno dell'ordinamento giuridico unitario.

In tale contesto l'interprete è chiamato a superare i particolarismi delle singole discipline quando questi ostacolano mutamenti giuridici e sociali ed impediscono l'affermarsi di valori comuni destinati ad essere recepiti nella regolamentazione di nuovi istituti[795].

La persistente concezione dei vari sistemi giuridici come autonomi e disciplinati da regole proprie, si pone dunque in contrasto con la globalità del diritto.

L'effetto è che i sistemi parziali possono rappresentare unicamente il risultato di un primo approccio rispetto al quale l'interprete non può arrestarsi, soprattutto laddove emergono valori comuni destinati a disciplinare un istituto ed alla luce dei quali è d'obbligo effettuare valutazioni di validità e di legittimità[796].

Non a caso anche le *querelle* relativa al contenuto dello *ius aedificandi,* inscindibilmente connessa alla circolazione delle volumetrie, è superabile solo laddove si ammetta che il potere di edificare, pur attenendo al diritto di proprietà, se ne possa distaccare per essere assoggettato alla disciplina pubblicistica.

---

795 Il prevalere di una concezione dualistica o per comparti mal si concilia con l'unitarietà dell'ordinamento di cui anche la Costituzione si è fatta promotrice (nell'ambito dell'art. 134 Cost.) P. PERLINGIERI, *Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, *cit.,* p. 204.

796 Si deve quindi prendere coscienza dei mutamenti giuridici e sociali per «(…) liberarsi dal sistema, se questo è di ostacolo, invece che di aiuto, a risolvere i problemi emergenti (…). L'evoluzione dei rapporti sociali, l'evoluzione dell'idea dello Stato, l'evoluzione dei valori della persona devono indurre a un tale ripensamento critico». Con tali parole l'autore intende sottolineare che la finalità principe della legge sulla trasparenza è quella di segnare un primo passo nel progetto costituzionale relativo all'implicazione del cittadino nella vicenda amministrativa, che può avere successo solo se alla stessa si accompagna l'orientamento univoco della coscienza sociale. G. B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Firenze, 1987, pp. 26-27.

Non più dunque solo un potere di trasformazione sugli immobili ma anche un diritto di iniziativa economica riconosciuto dall'art. 41 Cost., da cui scaturisce una doppia rilevanza, privatistica e più in generale urbanistico-edilizia, in cui diritto pubblico e diritto privato non rappresentano due forze contrapposte ma divengono le componenti di un sistema giuridico complesso volto ad assicurare un efficiente utilizzo del suolo, compatibile con l'iniziativa economica privata.

Allo stesso modo i diritti edificatori, quale evoluzione della cessione di cubatura, svelano un rapporto tra cittadini e p. a., in cui l'azione autoritativa ha lasciato spazio alla c.d. «amministrazione concordata» che fa della volontà dei privati un veicolo necessario per la realizzazione delle scelte della p.a.[797]

Stabilito in che termini diritto privato e diritto amministrativo dialogano tra loro e superato *l'impasse* della qualificazione giuridica, è possibile valutare quali siano le prospettive future dei trasferimenti di volumetria.

Considerato il quadro generale esistente in Italia e facendo tesoro delle considerazioni che sono derivate da uno studio del *TDRs* statunitense, si è giunti a ritenere come agli intenti ambiziosi dei lavori preparatori non sia corrisposta un'opera di codificazione all'altezza dei propositi perseguiti.

L'analisi dell'esperienza americana ha consentito di mettere in luce come i buoni risultati del *transfer of development rights* non dipendano esclusivamente dall'appartenenza all'area di *common law* a cui si accompagnano una diversa concezione di proprietà, una maggiore liberà dell'iniziativa economica privata e più ampi poteri delle Corti.

Le ragioni del successo dipendono piuttosto dall'aver saputo codificare in tempi brevi, ogni più specifica fase dell'istituto attraverso «regole essenziali» e «regole facoltative», recepite dalle Contee che le hanno poi adattate, entro i limiti consentiti, alle loro specifiche esigenze.

La necessità di individuare in sede di stipula il fondo di atterraggio, le modalità di identificazione della cubatura e del suo valore economico e la presenza di un intermediario in grado di far incontrare domanda e offerta, consentono infatti un controllo costante sulla capacità volumetrica e sul corretto funzionamento dell'istituto anche nei rapporto con il potere pubblico.

Nel predisporre il n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. il legislatore non ha invece esplicitato nel modo più adeguato il potenziale innovativo dell'istituto, né per quanto concerne la natura giuridica, che di fatto è rimasta inespressa, né con riferimento agli elementi conformativi del contratto o al rapporto con la p.a., lasciando all'interprete l'arduo compito di condurre un'opera di adattamento all'ordinamento giuridico[798].

---

[797] L'interesse pubblico non è più di esclusiva pertinenza della pubblica autorità ma coinvolge il cittadino e le sue libertà.

[798] L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, *cit.,* p. 9. Non si può invero tacere come la continua opera di esegesi penalizzi fortemente la predisposizione di un sistema che possa fare da sfondo alla creazione del mercato. Interessante anche il pensiero di P. SALVATORE, *nuove sembianze del* dominium: *le multiproprietà immobiliari, cit.,* p. 79. L'Autore seppure con riferimento alla multiproprietà, afferma come alla dinamicità degli istituti che trovano spazio nel nostro ordinamento non corrisponda un'equivalente capacità del legislatore di «identificare e imporre una maglia di regole

Infatti, seppure è vero che l'indicazione dell'obbligo di trascrizione introdotto con il numero 2-*bis* esprime la volontà di garantire certezza alla circolazione della volumetria, manifestando una nuova visione della proprietà ed aprendo uno spiraglio verso il commercio di tali diritti, esso, a distanza di quattro anni, mostra tutta la debolezza del sistema giuridico nel recepire nuovi istituti e richiama l'attenzione sulla necessità che venga disegnato un perimetro di principi condivisi su scala nazionale, entro cui le autorità regionali possano coerentemente operare.

Anche il richiamo effettuato dalla norma alla pluralità di fonti statali, regionali e agli strumenti di pianificazione territoriale, che in principio è apparso come un valore aggiunto tale da garantire un coordinato sviluppo del mercato, ha invece palesato tutta la sua inefficienza per l'impossibilità di individuare i destinatari dei compiti ed i ruoli a ciascuno assegnati per un'efficace gestione del territorio.

Ma allora, preso atto che l'assetto attuale non è tale da consentire al mercato di decollare, ci si è domandati se nell'immediato futuro, pur in assenza di un intervento normativo e dei *success factors* presenti nel sistema americano, sia possibile dar vita ad un mercato efficiente, coadiuvato da un assetto istituzionale fertile, idoneo ad agevolare gli scambi dei diritti edificatori, per evitare che la norma continui a rimanere lettera morta.

In tale ottica si è ritenuto che una possibile soluzione sia quella di affiancare alla trascrizione istituti e figure già note all'ordinamento, che siano facilmente applicabili su tutto il territorio nazionale.

Se infatti è vero che l'innovazione è partita dal basso, occorre allora saper prendere quanto di buono è stato sino ad oggi elaborato dalle amministrazioni comunali e dalla prassi, così da identificare un *framework* di principi comuni, fornendo allo stesso tempo indicazioni precise in merito a problematiche ancora irrisolte (a fronte delle quali sono state offerte soluzioni sempre diverse).

Qualunque sia il sistema che si ritenga più opportuno adottare esso potrà funzionare concretamente solo mediante l'istaurarsi di una rete di relazioni che, oltre ai privati ed alla p. a.[799], coinvolga un terzo interlocutore, esterno ed imparziale, in grado di «incentivare» gli scambi e garantire lo stato della volumetria[800].

In tal senso si è osservato che vista la diffidenza mostrata dai Comuni italiani ad avvalersi di intermediari bancari (come invece avvenuto negli USA [801]), un sistema di relazioni idoneo ad assicurare

---

idonea a realizzare in maniera non precaria il grado di responsabilizzazione sociale degli imprenditori. La veloce evoluzione dei mercati e la naturale obsolescenza delle norme impositive di vincoli esterni inducono a ritenere che un ruolo importante, quantomeno complementare, potrà essere svolto dalla capacità degli operatori del settore di darsi regole proprie conformando i conseguenti comportamenti a criteri di responsabilità sociale» (ma anche, nel caso delle volumetrie) delle amministrazioni azioni locali e dei proprietari terrieri.

[799] Detto rapporto come delineato nel corso della trattazione e come già brevemente indicato deve poggiare sul contratto stipulato dalle parti in modo che siano definite le modalità di intervento del Comune su quell'accordo.

[800] La necessità di un terzo operatore risiede nel fatto che la p. a., salvo il caso in cui agisca *iure privatorum,* non ha la possibilità di incidere attivamente sul mercato delle volumetrie (si pensi all'agevolazione dell'incontro tra domanda e offerta, al sostenimento dell'attività di informazione ecc…) cosicché è opportuno individuare il «soggetto» che più efficacemente possa garantire la circolazione dei diritti.

[801] D'altra parte, come già messo in luce, sembra poco plausibile che i Comuni decidano di attribuire alle conservatorie il compito di farsi carico di tutte le verifiche attinenti allo *status* giuridico del bene e alla posizione dell'alienante, non solo per

lo scambio dei diritti edificatori potrebbe essere quello tra privati, notai ed amministrazioni territoriali ovvero tra privati, organo preposto alla tenuta del registro dei diritti edificatori ed amministrazioni territoriali[802].

Potrebbero dunque prospettarsi due strade: da un lato seguire l'esperienza del Comune di Milano che ha istituto registri comunali a cui è affidato il compito di affiancare il Comune negli scambi dei diritti edificatori, dall'altro avvalersi di figure professionali già esistenti come quelle dei notai.

Il registro permetterebbe di tenere costantemente aggiornato lo stato dei diritti edificatori e consentirebbe ad ogni operatore di conoscere in tempo reale la situazione di una certa volumetria mediante l'utilizzo di siti *web* di facile e pronta consultazione[803].

A tal proposito non si è però potuto fare a meno di rilevare le difficoltà di recepire tale sistema su scala nazionale, cosicché non è apparso irragionevole preferire l'utilizzo del certificato di destinazione urbanistica prevedendo un'estensione del suo contenuto.

I notai potrebbero infatti avvalersi del c.d.u per eseguire gli stessi controlli attualmente posti in essere mediante i registri dei diritti edificatori.

Tali professionisti, quali figure ibride di gestione degli interessi pubblico-privato, da un lato potrebbero assicurare un accurato controllo nella fase di predisposizione del contratto volta a prevenire possibili contenziosi, dall'altro potrebbero cooperare con le amministrazioni comunali per garantire l'incontro tra domanda ed offerta ed una più agevole circolazione delle informazioni.

In tal modo essi potrebbero ricoprire, come già avvenuto altrove in Europa, il ruolo di intermediari tanto caro al sistema americano e rivelatosi un basilare presupposto per il successo delle contrattazioni[804].

---

la mole di lavoro che le stesse già attualmente sopportano ma anche perché l'obbligo di verifica della documentazione necessaria alla predisposizione del contratto incontrerebbe il suo limite nell'art. dell'art. 20 comma 1 D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380. L'art. 20 comma 5 del D.P.R. 380 del 2001 consente al responsabile del procedimento di fare richiesta di documenti che integrino o completino la documentazione presentata solo quando detta documentazione non sia già nella disponibilità dell'amministrazione o laddove non si possa autonomamente acquisire. La norma non può invece ritenersi applicabile all'istante o al notaio in quanto il destinatario è il solo responsabile del procedimento amministrativo e non il soggetto privato cosicché la *ratio* alla base della disposizione è volta solo a garantire che il funzionario della p. a. non aggravi il procedimento mediante la richiesta di documentazione che la pubblica amministrazione già possiede.

802 Al riguardo cfr. G. BARDELLI, *Il registro dei diritti edificatori e la borsa dei diritti edificatori, cit.,* p. 34 ss.

803 Allo stesso tempo, di essere tutelato con riferimento ai trasferimenti di volumetria per effetto degli adempimenti obbligatori esperiti presso i registri immobiliari A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori, cit.,* p. 12. Come già sottolineato l'Autore afferma che per una proficua funzionalità degli scambi è necessario dunque che l'acquirente sia sicuro che il *tradens* coincida con il proprietario del diritto che gli viene alienato e che il contratto mediante il quale il trasferimento avviene costituisca un titolo valido *erga omnes*, vincolante e non impugnabile da terzi.

804 L'ipotesi trova riscontro nell'esperienza, già citata nel Capitolo V, di un paesino della Francia, Les Gets. Il commercio della potenzialità volumetrica avviene con eccellenti risultati attraverso un mercato che opera sulla base di una nuova concezione giuridica dei diritti di sviluppo che l'ordinamento è stato in grado di recepire e che si basa sul concetto secondo cui il diritto di edificare è separabile dal suolo di origine e utilizzabile su qualunque suolo «finale». Gli scambi si verificano con particolare celerità in quanto il mercato utilizza la figura dei notai quali collaboratori del Comune per lo svolgimento della funzione di intermediari al fine di agevolare la circolazione delle informazioni ed il conseguente incontro tra domanda ed offerta. Per maggiori approfondimenti sul piano di sviluppo di Les Gets, sia consentito rinviare a V. RENARD, *Land markets and transfer of development rights: some examples in French, Italy and the United States*, *cit.,* pp. 174- 175. Tale sistema organizzativo sembrerebbe implicitamente confermato anche dai registri adottati recentemente da alcuni Comuni, che più o

Pur propendendosi nettamente per l'utilizzo della figura notarile, non si può tacere come ad entrambe le soluzioni sia possibile muovere contestazioni. La prima implica un notevole sforzo economico da parte di tutte le amministrazioni comunali (spesso non dotate delle medesime risorse economiche) nella creazione di un apposito registro che continuerebbe a dipendere dalla p. a. non essendo dunque realmente «terzo», la seconda perché l'operato del notaio rischierebbe di non coordinarsi correttamente con le strutture dell'Amministrazione, con il pericolo di confinare ancora una volta l'istituto in una dimensione esclusivamente civilistica.

La validità di entrambi i sistemi illustrati è attualmente suffragata dai risultati ottenuti da quelle amministrazioni locali che, in modo isolato, utilizzano i diritti edificatori quale strumento di sviluppo del suolo. Allo stesso tempo però gli schemi applicativi indicati rappresentano un'incognita se inseriti in un contesto più ampio come quello di livello nazionale[805].

Ne deriva che le soluzioni prospettate seppur astrattamente idonee ad agevolare la nascita di un mercato dei diritti edificatori, sarebbero in grado di svelare la loro maggiore validità a supportarlo solo dopo un periodo di effettiva (ed omogenea) applicazione sul tutto territorio, scenario questo poco plausibile a causa dell'inerzia di molte amministrazioni locali ad operare in tal senso.

Quello che si evince è dunque un sistema di trasferimenti delle volumetrie ancora affidato, per la maggior parte, all'iniziativa locale stante l'assenza di un coordinamento coerente a livello nazionale.

La mancanza di uno strumento che consenta di imporre principi comuni necessari per gli scambi delle volumetrie, rende altamente improbabile il decollo del mercato dei «diritti edificatori», se non altro nell'intero Paese[806].

Il rischio è quello di un'Italia ancora fortemente caratterizzata da notevoli disuguaglianze in cui, con il passare del tempo, il divario già molto evidente tra le Regioni continuerà ad ampliarsi, con evidenti disparità di sviluppo del territorio[807].

Ne consegue che pur esistendo astrattamente le basi per la creazione di un mercato delle volumetrie, le soluzioni illustrate sono prive di valenza se non si può imporre a tutte le amministrazioni locali di adottarle.

Il cerchio si chiude dunque, inesorabilmente, con la necessità di un nuovo intervento legislativo che renda fattive le prospettive descritte dall'interprete e dal quale l'istituto non può prescindere[808].

---

meno consapevolmente accolgono il modello americano mediante la predisposizione di moduli semplificati, rivolti ai privati ed indirettamente ai notai per l'espletamento delle formalità burocratiche volte all'ottenimento del permesso di costruire.

[805] Tra i Comuni che hanno adottato il registro dei diritti edificatori si pensi a quello di Milano ed altri del nord Italia, nel resto del Paese invece in assenza di tali registri si continua a fare affidamento al notaio nella stipula del contratto per la predisposizione delle clausole più idonee a tutelare la volontà delle parti.

[806] Sul punto sia consentito rinviare a P. URBANI, *Il contenuto minimo della proprietà nella pianificazione urbanistica,* in *www.pausania.it*, 2014.

[807] N. IRTI, *I cinquant'anni del codice civile,* Milano, 1992, p. 27 ss. L'Autore sottolinea come «l'economia si giuridifica» e, di fronte a tale assetto, spetta al legislatore questo, nelle forme della revisione o della novellazione, riappropriarsi della material giuridica, superando il particolarismo del mercato, e ristabilendo l'unità dell'assetto giuridico. Si veda anche P. URBANI, *Urbanistica solidale*, *cit.,* p. 224, in cui l'Autore ritiene che la mancanza di un intervento del legislatore sul tema dei diritti edificatori potrebbe determinare un grave danno allo sviluppo dell'economia e alla coesione sociale del territorio.

A tal proposito si ritiene che, in una prospettiva *de iure condendo,* la previsione dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c. potrebbe trovare il proprio contrappunto in altra norma del codice civile, plausibilmente inserita nel libro terzo, in grado di avvalorare il dettato letterale della previsione attualmente in vigore.

Il tenore letterale della disposizione potrebbe essere il seguente: «Colui che è titolare di diritti edificatori comunque denominati può alienarli, in tutto o in parte, separatamente dalla proprietà del suolo, negli ambiti di trasformazione e negli insediamenti previsti dal piano regolatore comunale nel rispetto degli strumenti urbanistici e delle disposizioni legislative vigenti.

La circolazione dei diritti edificatori avviene sulla base del contratto stipulato tra le parti mentre la fruizione di tali diritti è condizionata al rilascio del permesso di costruire in base alla normativa vigente al momento della richiesta».

In tale ottica ed in conformità di quanto meglio precisato nel capitolo IV, laddove si decidesse di abbandonare il sistema dei registri dei diritti edificatori per adottare il certificato di destinazione urbanistica, sarebbe opportuno modificare altresì l'art. 30 del d.P.R. 380 del 2001 inserendo il comma 2-*bis* del seguente tenore letterale: «Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica sia in forma privata, aventi ad oggetto trasferimento o costituzione o modifica dei diritti edificatori sono nulli e non possono essere stipulati né trascritti nei pubblici registri immobiliari ove agli stessi non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti la potenzialità edificatoria interessata, e precisamente: i dati catastali, la superficie in metri quadrati e la proprietà dell'area di "decollo", la quantità in metri quadrati di diritti edificatori generati dall'area di origine, la quantità in metri quadrati di diritti edificatori trasferiti, il nome e il cognome, luogo e data di nascita, o la ragione sociale e la sede, il codice fiscale del soggetto a cui vengono trasferiti di diritti edificatori, ed eventuali note ed informazioni aggiuntive»[809].

È inoltre auspicabile un coordinamento delle norme del codice civile che dopo l'introduzione del n. 2-*bis* non hanno invero subito alcun adattamento. Ci si riferisce ad esempio agli artt. 2645-*bis*, 2646, 2648 c.c., alle norme societarie in materia di conferimenti ed anche all'eventuale estensione dell'elencazione contenuta dell'art. 2810 c.c.

Se infatti lo scopo precipuo dell'intervento del 2011 è stato quello di introdurre nel codice civile una modifica che potesse conferire coerenza sistemica al modello sviluppatosi sotto le spinte centrifughe

---

[808] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato, cit.,* p. 9 e 41 ss. L'importanza di una chiara codificazione della norma astratta deriva non soltanto dal fatto che essa consente ad una specifica disciplina di essere uniforme ma deriva soprattutto dalla certezza nella programmazione che solo la norma può assicurare. Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma, 2005, p. 27 ss. Come sottolineato dall'Autore nell'opera Attualmente il diritto è ancorato alla mera volontà dell'individuo, senza alcun riferimento a presunti valori o verità teologiche, metastoriche o metafisiche. Si assiste ad un'incessante produzione e consumo di norme che perseguono singoli scopi, rifiutando ogni appello all'unità, sottomesse al volere umano. Il rischio del nostro tempo è quello di un diritto aggrappato a principi «intramondani» (che derivino dal popolo e dall'idealizzazione dello Stato) che rappresentano invero criteri effimeri, proiezioni di una volontà in cerca di appoggio stabile e concreto.

[809] Si tratterebbe, in sostanza, della maggior parte degli elementi che attualmente sono richiesti per la compilazione del registro dei diritti edificatori ai fini del rilascio del certificato urbanistico.

locali sempre più manifeste e incontrollate, allora appare oggi tanto più cogente l'urgenza della promulgazione di disposizioni normative in grado di attuare in modo pienamente soddisfacente, la programmata funzione sociale della proprietà[810] nel bilanciamento degli interessi privati e pubblici coinvolti, acciocché, l'introduzione dell'art. 2643 n. 2-*bis* c.c., non abbia invero sortito il contrario effetto di allontanare un qualunque più compiuto intervento[811].

[810] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato, cit.,* p. 42. Le regole astratte che, proprio per la loro ripetibilità sono in grado di garantire la certezza giuridica, assicurano la possibilità di «fare piani sulla base del diritto» che si poggiano sulla fiducia e sull'esperienza che ha condotto alla loro elaborazione, così da poter disciplinare anche ulteriori fattispecie future. Per quanto concerne invece la funzione sociale della proprietà sancita dalla Costituzione, cfr. M. LUCIANI*, L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia urbanistica e edilizia, cit.,* p. 22.

[811] Il pensiero è di E. BOSCOLO, *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione, cit.,* pp. 57-58. L'Autore afferma che l'approvazione di una legge statale è assolutamente imprescindibile, in quanto le leggi regionali sul punto non possono dirsi soddisfacenti per la pianificazione e la strutturazione della proprietà fondiaria. Le considerazioni sono state riprese da G. TRAPANI, *I diritti edificatori, cit.,* pp. 594-595., sempre con riferimento alla necessità di un più puntuale intervento del Legislatore. Cfr. G. SABBATO, *La perequazione urbanistica, cit.,* p. 11 ss. L'Autore paragona l'intervento futuro del legislatore all'attesa di *Godot*, ripercorrendo le varie proposte sul tema avanzate dall'Istituto Nazionale di Urbanistica e mai attuate.

BIBLIOGRAFIA

A

AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini,* Milano, 2008.

F. ADDIS, *Sui limiti verticali della proprietà fondiaria,* in S. PAGLIANTINI S., E. QUADRI e D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, I, Milano, 2008.

F. ADDIS, *Fonti legali della proprietà private e decentramento normativo*, in *Riv. dir, civ.,* 1994, II.

F. ADDIS, *Governo del territorio e «proprietà regionalizzata». Profili problematici e premesse metodologiche,* in *Legislazione urbanistica regionale e diritti di proprietà immobiliare, 1. Regione Lazio, Ricerca coordinata da L. V. Moscarini e F. G. Scoca,* Milano, 1993.

A. ALEMANNO, *Aiuti di stato (dir. comm.),* in S. CASSESE (a cura di), *Diz. dir. pubbl.,* I, Milano, 2006.

M. ALLARA, *Dei beni*, Milano, 1984.

M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, Torino, 1958.

M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie e fatti giuridici,* Torino, 1999.

G. ALPA, *L'attività negoziale della Pubblica Amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo,* in P. STANZIONE e A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione,* Padova, 2006.

G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Contr. impr.*, 2002.

G. ALPA, *Contratto nei sistemi di* Common law, in *Dig. disc, priv. Sez. civ.,* IV, 1989.

G. ALPA, *Diritto privato e legislazione regionale,* in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1979.

G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista,* in AA. VV., *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni - Atti del Convegno di Bari 11 Giugno 2011. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato,* Milano, 2012.

G. AMADIO, *Letture sull'autonomia privata*, Milano, 2005.

D. AMENDOLA, *D.L. n. 78, convertito - Nuovi adempimenti in sede di atti immobiliari notarili introdotti con la manovra corretti*, in *Il Fisco*, 33, 2010.

ANON, *Development in the Law- zoning*, in *Harvard Law Review*, 1978.

D. ANTONUCCI, *La cessione di cubatura «neutralizza» le varianti,* in *www.ilsole24ore.com.*

J. B. ARON., *The Quest for Regional Cooperation. A study of the New York Metropolitan Regional Council, University of California Press Berkley and Los Angeles*, 1969.

T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960.

T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato* (1945), in *Saggi giuridici*, Milano, 1949.

P. S. ATYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1981.

A. AVERARDI, *Il consiglio di Stato e la risarcibilità del danno biologico da ritardo,* in *Giornale dir. amm.,* 2011.

B

P. V. BAKER, R. *Megarry's manual of the law of real property,* London, 1975.

D. BARBERO, *Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema di identificazione delle servitù,* in *Foro pad.,* I, 1957.

A..BARONE, *Urbanistica consensuale, programmazione negoziata e integrazione comunitaria,* in *Riv. it. dir. pubbl. comun.,* 2001, 2.

A. BARTOLINI, *Circolazione dei diritti edificatori fra tecniche perequative e compensative,* in AA.VV., *Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale. Atti del Convegno di Pescara, 18-19 giugno 2014*, Pescara, 2014.

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

A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria,* in *Riv. giur. urb.,* 2007, 3.

A. BARUCCHI, *Jus aedificandi e proprietà dei suoli,* Torino, 1976.

S. BATTINI, C. FRANCHINI, R. PEREZ e S. CASSESE, *Manuale di diritto pubblico,* Milano, 2001.

T. BEATLEY*, Ethical land use. Principle of policy and planning*, *John Hopkins University press Baltimore and London,* 1993.

C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica,* Milano, 1992.

V. L. BEEN, J. INFRANCA e J. MADAR, *The Market for TDRs in New York City,* in *Seminar 1th of November, Furman Center for Real Estate and Urban Policy*, New York University, 2012.

A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.,* XL, Milano, 1989.

A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979.

S. BELLOMIA, *Diritto privato regionale, perequazione urbanistica e nuovi strumenti di governo del territorio,* in *Riv. giur. edil.*, 2008, 2.

A. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Dig., disc. priv., Sez. civ.,* XI, Torino, 1994.

G. BENEDETTI, *L'accordo procedimentale tra autorità e libertà*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da P. Perlingeri, Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto,* Napoli, 1995.

G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto,* in *Riv. dir. civ.,* 1991, I.

G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali fra vivi a contenuto patrimoniale,* Napoli, 1991.

G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.

G. BENEDETTI, *Intervento al seminario di Studio svoltosi a Roma il 26 maggio 1990 presso l'Istituto di diritto del lavoro della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università degli Studi «La Sapienza»,* in *Diritto del Lavoro e categorie civilistiche*, Torino, 1992.

G. BENEDETTI, *Commento all'art. 4 della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili,* in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 1989.

L. BENEVOLO, *Le origini dell'urbanistica moderna,* Bari, 1971.

M. BENINCASA, *Commento agli artt. 1353- 1361 cod. civ.*, in M. CONFORTINI, C. GRANELLI E G. BONILINI (a cura di), *Codice civile commentato ipertestuale*, Torino 2005.

F. BERGAMELLI, *La risarcibilità della lesione di interessi legittimi pretensivi fra interesse privato e interesse pubblico,* in *Foro amm.-TAR*, 2002.

E. BERGAMO, *La cessione di diritti edificatori,* in *Corr. mer.*, 2, 2012.

E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959.

E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, I, 1958.

E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, XV, Torino, 1950.

A. BETTMAN, *The decision of the Supreme Court of the United States in the Euclid Village zoning case,* in *Cincinnati University Law Review*, 1, 1927.

C. M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto Civile*, III, Milano, 2009.

C. M. BIANCA, *Diritto civile, VI, La proprietà*, Milano, 1999.

C. M. BIANCA, *Le autorità private,* Napoli, 1977.

C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, Torino, 1972.

C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, Torino, 1993.

L. BIGLIAZZI GERI, F. D. BUSNELLI, U. BRECCIA, U. NATOLI, *Diritto civile, 2, I diritti reali*, Torino, 1988.

L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni «Propter rem»,* in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XI, III, Milano, 1984.

L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

G. BONILINI e M. PROTO, *Risoluzione del contratto e responsabilità del terzo*, in G. BONILINI (a cura di), *Pareri e atti di diritto civile,* Piacenza, 2011.

G. BONILINI, *L'oggetto della donazione*, in G. BONILINI (a cura di), *La donazione,* I, Torino, 2001.

G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, Milano, 1990.

E. BOSCOLO, *Commento all'art. 7, L. 15.8.1942, n. 1150* in *Codice commentato delle leggi in materia di urbanistica ed edilizia,* 2013.

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

E. BOSCOLO, *Beni comuni e consumo del suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa,* in AA.VV., *Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale. Atti del Convegno di Pescara, 18-19 giugno 2014*, Pescara, 2014.

E. BOSCOLO, *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione,* in AA.VV., *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni - Atti del Convegno di Bari 11 Giugno 2011. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2012.

E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni,* in *Riv. giur. urb.*, 2010, 1.

E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni,* in AA. VV., *Atti del Convegno dell'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico - Verona 10/11 Ottobre 2008*, in *www.pausania.it*.

E. BOSCOLO, *Dalla zonizzazione alla perequazione. Il caso del PRG di Reggio Emilia*, in *Urb. app.* 2000.

E. BRABECA e C. SMITH, *Agricultural land fragmentation: the spatial effects of three land protection strategies in the eastern United States,* in *Landscape and Urban Planning* 58, 2002.

M. S. BRADY, *Exchanging property you didn't know you had. Transferable development rights for real property*, in *The Suffolk lawyer. The official publication of the Suffolk County bar association*, 24, 6, June, 2008.

G. BRANCA, *Della proprietà*, *Servitù prediali (art. 1027- 1099)*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Braca, 3, Bologna, 1987.

J. BREDIN, *Transfer of development rights: cases, statutes, examples*, in *Planning Advisory Service Memo*, 1998.

H. J. BROWN e R. GREENSTEIN, *Transfer of Development Rights for Balanced Development*, in *A Conference Sponsored by the Lincoln Institute of Land Policy and Regional Plan Association,* New York, 1998.

A. BUSANI, *L'imposta di registro*, Milano, 2009.

S. BUSENLLI, *Clausola risolutiva,* in *Enc. dir.,* VII, Milano, 1960.

S. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal "mero sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno resp.,*1997.

R. BUTTITA, *Convenzioni di lottizzazione e cessione di cubatura,* in R. CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009.

C

P. CALABRITTO, *Applicabilità dei limiti del divieto di alienazione ai vincoli di destinazione,* in *Notariato*, 2000.

F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1967.

F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico. Contratti di diritto pubblico,* in *Giur. it.,* IV, 1900.

T. CAMPANILE, F. CRIVELLARI e L. GENGHINI, *I diritti reali*, in L. GENGHINI (a cura di), *Manuali notarili*, Padova, 2012.

A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria, in Digesto disc. priv., Sez. civ., (Aggiornamento)*, Torino, 2002.

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

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

F. CANGELLI, *La cessione di cubatura nel contesto dell'amministrazione c.d. concordata,* in *Urb. app.,* 4, 11, 2000.

E. CAPACCIOLI, *Considerazioni generali sulla nuova disciplina del commercio*, in *Atti del XVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, 1972.

G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, II, Milano, 2009.

V. CAPUTI JAMBREGHI, *La proprietà privata (disciplina amministrativa),* in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997.

R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999.

V. CARBONE, *La cessione del contratto,* in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, IV, *Il contratto in generale*, Torino, 2000.

V. CARBONE, *Struttura e funzione del contratto di cessione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, Torino, 1999.

L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1956.

F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni,* in E. BETTI e F. CARNELUTTI (a cura di), *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006.

F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto,* Roma, 1951.

B. CARPINO, *I contratti speciali. Il mandato, la commissione, la spedizione,* in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIV, Torino, 2007.

A. A. CARRABBA E G. CASU, *Della proprietà,* nel *Comm. cod. civ.* Jannarelli e Macario, Torino, 2012.

F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici,* in *Riv. dir. civ.,* I, 1957.

D. CARUSO, *Private law and State-Making in the Age of Globalization*, in *New York University Journal of International Law and Politics,* 39, 1, 2006.

D. CARUSO, *Private Law and Public Stakes in European integration: the Case of Property,* in *European Law Journal*, 2004, 10, 6.

L. CASELLA, *La perequazione urbanistica: nuovi scenari della pianificazione territoriale italiana*, in *Rass. Avv. Stato,* 2009, 2.

L. CASINI, *Governo e mercato dei diritti edificatori: l'esperienza del Lazio,* in A. BARTOLINI e A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori: esperienze regionali a confronto,* Napoli, 2009.

L. CASINI., *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2006.

S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo,* Milano 2012.

S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici,* in *Riv. trim. proc. civ,* 1969.

E..CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione,* in *Dir. amm.,* 1993, 11.

C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, 2, Milano, 2007.

G. CASU, *I negozi di destinazione a tutela della pianificazione urbanistica,* in AA.VV., *Negozio 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.

A. CATAUDELLA, *Il negozio giuridico,* in *Enc. for.,* V, Milano, 1960.

B..CAVALLO, *Accordi e procedimento amministrativo,* in AA. VV., *Procedimento amministrativo e diritto processuale,* Napoli, 1993.

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

G. CECCHERINI, *Il c.d. «trasferimento di cubatura»,* Milano, 1985.

P. CENDON, *La Trascrizione. Artt. 2643-2696,* in *Comm. cod. civ.* Cendon, Milano, 2008.

M. CEOLIN, *Trascrivibile la «cessione di cubatura»,* in *Studium Iuris,* 2011, 12.

V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato,* Torino, 2000.

V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi,* in N. Irti (a cura di), *Diz. dir. priv.*, Milano, 1980.

S. CERVELLI, *Trascrizione ed ipoteca*, in G. CAPOZZI (a cura di), *Manuale ed applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2009.

S. CERVELLI, *I diritti reali,* in G. CAPOZZI (a cura di), *Manuale ed applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi,* Milano, 2001.

W. CESARINI SFORZA, *Volontà privata ed autonomia,* in *Riv. intern. filos. dir.,* a. X. 1930.

B. CHAVOOSHIAN e T. NORMAN., *Transfer of development rights: a New concept in Land- Use Management*, in *The Appraisal J.,* 1975, 3.

A. CHIANALE., *Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di cubatura,* in *Giur. it.,* I, 1989.

R. CHIARELLA, *Governo del territorio e jus aedificandi. Il problema dei trasferimenti di volumetria,* in *Diritto & Diritti Febbraio 2012* e in *www.diritto.it.*

D. CHINELLO, *Il decreto sviluppo e le novità in materia urbanistico-edilizia*, in *Imm. prop.*, 9, 2011.

R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962.

A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale: divisione ereditaria,* in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1956.

N. A. CIMMINO, *La trascrizione immobiliare*, *Trattati* Cendon, Milano, 2012.

N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile,* in *Riv. not.*, 2003, 5.

G. P. CIRILLO, *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi,* in *www.giustizia-amministrativa.it* e in *Riv. not.*, 2013.

M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo fra reticenze del codice e apertura a nuove tutele*, in *www.giustiziaamministratvia.it,* 2010.

V. COLONNA, *Nuovo modello di pianificazione e perequazione urbanistica nella legislazione regionale dell'ultimo decennio,* in *Riv. giur. edil.*, III, 2007.

M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.,* 2008, I.

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

M. COMPORTI, *Diritti reali,* Roma, in *Enc. giur. Trecc.*, XI, 1989.

M. COMPORTI, *I diritti reali in generale,* in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1980.

R. CONTI, *Proprietà e diritto comunitario,* in R. CONTI (a cura di) *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009.

N. CORBO, *La tutela dei diritti,* Torino, 2014.

G. CORSO, *Poteri pubblici e regole privatistiche: una traccia per la discussione,* in *Studium iuris,* 2008, 3.

F. COSENTINO, *Il paternalismo del Legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia privata,* in *Quadrimestre,* 1993.

M. COSTANZA, *Nota (anepigrafa) a Cass. 6807/88,* in *Nuova giur. Comm.,* I, 1989.

M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981.

M. COSTANZA, Numerus clausus *dei diritti reali e autonomia contrattuale,* in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Milano, 1980.

J. COSTINS, *Space adrift: landmarket preservation and market*, in *Chicago University Illinois Press*, 1974.

J. COSTINS, *Development Rights Transfer: An exploratory essay*, in *Yale Law Journal*, 1973, 83, 1.

J. COSTINS, *Development Rights Transfer in New York City*, in *YLJ,* 1972- 1973.

N. COVIELLO, *Della trascrizione*, in *Dir. civ. it.*, Napoli- Torino, 1924.

D. J. COYLE, *Property rights and the Constitution. Shaping society Through land use Regulation,* New York, Albany, 1993

B. CRETELLA, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria),* in *Gazz. not.,* 2011.

J. CRIBBET, *Changings concepts in the Law of Use Land*, in *Iowa Law Review*, 50, 1957.

V. CRISCIUOLI, *Diritti facoltativi*, in *Enc. for.,* III, 1958.

G. CUGURRA, *Accordi e pianificazione territoriale e ambientale*, in *Riv. giur. urb.*, 2000.

D

M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.

S. D'ANCONA, *Il termine di conclusione del procedimento amministrativo nell'ordinamento italiano. Riflessioni alla luce delle novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009 n. 69*, in *www.giustamm.it*.

G. D'ANGELO, *Regime dei suoli e disciplina dell'attività costitutiva*, in *Riv. giur. edil.*, II, 1977.

M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti perequativi e compensativi. La traslazione del diritto ad edificare come strumento di compensazione urbanistica* , in S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI e C. VITALE (a cura di) *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013.

E. M. D'AURIA, *Negozio giuridico notarile. Tra autonomia privata e controlli,* in *Dir. priv. oggi* Cendon*,* Milano, 2000.

D. D'ORSOGNA, *Perequazione urbanistica e diritti edificatori: esperienze giuridiche a confronto,* in AA. VV., *Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale. Atti del Convegno di Pescara, 18-19 giugno 2014*, Pescara, 2014.

T. DANIELS e M. LAPPING, *Land Preservation: An Essential Ingredient in Smart Growth,* in *Journal of Planning Literature*, 2005, 19.

M. DEGROVE, *Land and growth management in federal system*, in *The political dynamics of the land and growth management movement*, in *Land and contemporary problems,* 1979, 43, 2.

M. DEGROVE, *The use of land: A citizens' Policy Guide to urban Growth*, in *Management and control of growth*, *Land and contemporary problems,* 1979, 43, 2.

G. DEJANA e G. GROSSO, *Le servitù prediali,* in *Tratt. dir. civ. comm.* Vassalli, Torino, 1963.

T. DE LUCA, R. D. COGLIANDRO, M. D'AURIA e M. RONZA, *Dei singoli contratti,* in G. CAPOZZI (a cura di), *Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di G. Capozzi*, Milano, 2002.

V. DE PAOLA e A. MARCRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978.

S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria,* in *Riv. giur. edil*, 2011, 5.

E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto. Art. 1325 c.c.,* in *Cod. civ. Commentario* Busnelli e Schlesinger, Milano, 2013.

F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Comm. cod civ.* Scialoja e Branca, III, Bologna-Roma,1946.

P. DE MARTINS, *Accorpamento urbanistico di più aree, con particolare riferimento al trasferimento di volumetria,* in *Nuova giur. civ. comm*., II, 1997.

P. DE MARTINS, *Asservimento di area,* in *Nuova giur. civ. comm.,* II, 1996.

G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale,* Padova, 1974.

F. DE VIRGILIS SPANTIGANTI, *Un esperimento di opinione dissenziente alla sentenza n.55 della Corte Costituzionale,* in *Giur. cost*., 1968.

A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 1995.

A. DIAMOND, *Codification of the law of contract*, in *Mod. law rev*., 1968, 31.

M. DIDONNA, *Edilizia ed Urbanistica, T.A.R. Sicilia Catania Sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4113*, in *Corr. mer.,* 2010, 12.

M. C. DIENER, *Il contratto in generale,* in G. CAPOZZI (a cura di), *Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di G. Capozzi*, Milano, 2002.

A. DI MAJO, *La causa del contratto,* L, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato,* Torino, 2003.

A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 1995.

A. DI MAJO e L. FRANCARIO, *Proprietà edilizia*, in *Enc. dir.,* XXXVII., Milano, 1988.

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

G. A. DI VITA, *La cessione di cubatura,* in *Diritti reali limitati: argomenti di interesse notarile. Nuovi Quaderni di Vita Notarile*, XI, Palermo, 1991.

M. DOGLIOTTI, *La forza della famiglia di fatto e la forza del contratto. Convivenza* more uxorio *e presupposizione,* nota a Trib. Savona, Sez. 7 marzo 2001, in *Fam. dir.*, 2001.

E

R. C. ELLIKSON e V. L. BEEN*, Land Use Controls Cases and Materials*, Aspen, 2013.

S. V. ERP, *A* Numerus Quasi-Clausus *of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law?*, in *Electronic Journal of comparative law*, 7.2, 2003.

F

G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi,* in *Enc. giur. Trecc.,* IX, Roma, 1988.

A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico,* Milano, 1979.

A. FALZEA, *La costituzione e l'ordinamento civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1998.

A. FALZEA, Relazione introduttiva, *I principi generali del diritto,* Roma, 1992.

A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.

G. FALZONE, *La vendita di cosa futura*, in M. BIN (a cura di), *La vendita*, III, II, Padova, 1995.

G. FALZONE E ALIBRANDI, *Trasferimento di cubatura,* in *Diz. enc. not.*, III, Roma, 1977.

S. FANTINI, *Profili pubblicistici dei diritti edificatori*, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

S. FANTINI, *Il trasferimento dei diritti edificatori dopo le modifiche all'art. 2643 del codice civile (art. 5, comma 3 L. N. 106/1022). La* "vexata quaestio" *della natura giuridica di tali diritti,* in *www.altervista.it*

A. FARNELLI, *Nota in materia di «cessione di cubatura»,* in *Giur. it.,* 1997.

P. FAVA, P. GIULIANO e F. SORANO, *La tutela della proprietà e degli altri diritti reali*, Rimini, 2006.

F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura,* in *Contr. impr.,* 2011, 3.

L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione,* Milano, 2003.

G. B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Firenze, 1987.

G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1966.

L. FERRI, *L'autonomia privata*, Napoli, 1959.

L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1957.

A. FERRUCCI e C. FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici,* I, Milano, 2002.

M. FINIZIO, *La cessione di cubature fa volare i diritti edificatori*, in *Il sole 24 ore,* 2011, 1.

C. F. FLOYD e M. T. ALLEN, *Real estate principles*, United States, 2002.

E. FOLLIERI, *Accordi amministrativi e pubblica amministrazione nella legge 7 agosto 1990 n. 241*, in AA. VV., *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da P. Perlingeri, Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto,* Napoli, 1995.

F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi,* in *Foro it.,* 1999, I.

F. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962.

R. FRANCO, *La cessione del contratto preliminare. Circolazione del contratto preliminare profili ricostruttivi e strumenti operativi*, in *Notariato e diritti immobiliari*, Milano, 2011.

L. FRANZESE, *Contratto, negozio e* lex mercatoria, *tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I.

W. FRATCHER, *International Enciclopedia of Comparative Law*, VI, 11, *Trust*, 109, 1993.

A. FRIGNANI, *Gli interessi dei privati in caso di mancata attuazione delle opere di urbanizzazione: operatività della inibitoria e della "*reductio in pristinum*", Relazione al convegno «Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati», Bari 29-30 aprile 1977*, in AA. VV., *Atti del convegno Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Bari 29-30 aprile 1977, Milano, 1978.

A. FUSARO, *Gli atti di impegno in materia edilizia e la loro trascrivibilità,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I.

G

G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare,* in *Tratt. dir. civ.. La parte generale del diritto civile* Sacco, IV, Torino, 2012.

E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione, Tomo 1, La trascrizione degli atti e delle sentenze,* Torino, 2012.

G. GABRIELLI, *Facoltà di sopraelevazione dell'edificio condominiale autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I.

A. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2003.

F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, ed. II, Padova, 2010.

F. GALGANO, *Autodisciplina urbanistica*, in *Contr. impr.,* 1985.

F. GALGANO, *Le regioni e il governo della società civile,* in *Giur. cost.*, 1977, I.

T. GALLETTO, *Le convenzioni urbanistiche*, *I contratti in generale, I contratti atipici*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, II, 2, Torino, 1991.

R. GALLI, *Novità normative e giurisprudenziali in materia di diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo*, Padova, 2012.

R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2001.

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

A. GAMBARO, *I beni,* in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 2012.

A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori,* in *Riv. giur. edil.*, 1, I-II, 2010.

A. GAMBARO e U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali, I, Proprietà e possesso*, Milano, 2009.

A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1999.

A. GAMBARO, *Proprietà in diritto comparato*, in *Dig. disc, priv., Sez. civ.*, IV, Torino 1997.

A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà,* Milano, 1995.

A. GAMBARO, P. G. MONTANERI e R. SACCO, *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 3, Torino, 1988.

A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, 7,* in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Torino, 1982.

A. GAMBARO e P. SCHLESINGER., *Commento all'art. 1 della legge 28 gennaio 1977 n. 10,* in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978.

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

S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze Europee e Nord-America,* Milano, 2012.

G. GANGI, *La successione testamentaria*, Milano, II, 1952.

J. GARCIA BELLIDO, *Il trasferimento dei diritti edificatori in Spagna,* in F. CURTI (a cura di), *Urbanistica e fiscalità locale. Orientamento di riforma e buone pratiche in Italia e all'estero,* Rimini, 1999.

R. GAROFOLI., *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 Cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa,* in AA. VV., *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni - Atti del Convegno di Bari 11 Giugno 2011. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato,* Milano, 2012.

F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione,* in *www.judicium.it.,* 2012.

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009.

F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare,* in *Cod civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 1998.

F. GAZZONI, *La c.d. cessione di cubatura,* in *Cod civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 1991.

F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970.

L. GENGHINI, *La forma degli atti notarili. Tecniche redazionali degli atti inter vivos, mortis causa, e societari,* in L. GENGHINI (a cura di), *Manuali notarili*, I, Milano, Padova, 2009.

L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione*, Padova, 2006.

A. GENOVESE, *La istituzione di erede,* in AA.VV., *Le disposizioni testamentarie,* a cura di G. Bonilini e V. Barba, Torino, 2012.

A. GENOVESE, *L'interpretazione complessiva del contratto*, in *Obb. e contr.*, 2012.

F. GERBO*, I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui. Disegni normativi costruzioni della giurisprudenza, prospettive negoziali*, Milano, 2001.

M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993.

M. S. GIANNINI., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971.

B. GINSBERG*, Berman v. Parker: Congress, the Court and the Public Purpose,* in *Polity,* 4, 1971.

E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1915.

V. GIORGIANNI, *Diritti reali (diritto civile),* in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960.

R. GISONDI, *Il legislatore consacra la risarcibilità del danno da ritardo,* in F. CARINGELLA- M. PROTO (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo,* Roma, 2009.

R. GISONDI, *Via libera all'azione di adempimento per ottenere il rilascio del permesso di costruire,* in *Urb. app.*, 2012, 5.

A. GIUSTI, *Il «decreto sviluppo» e la cessione di cubatura*, in *Enc. Trecc.*, 2012.

A. GIUSTI, *Principio di legalità e pianificazione urbanistica perequata. Riflessioni a margine dell'esperienza del piano regolatore generale della città di Roma*, in *Foro amm. CDS 2011*, 1.

G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, III.

G. GORLA, *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.

G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico,* in *Riv. dir. comm., I* 1956

N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata,* in *Riv. not.*, 1992 e in *Giur. it.*, IV, 1990.

G. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938.

G. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato,* Torino, 2013.

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

P. GROSSI, *Pensiero giuridico (Appunti per una «voce» enciclopedica),* in *Quaderni Fiorentini,* 17, 1988.

P. GROSSI, *Sulla «natura» del contratto,* in *Quaderni fiorentini,* 1986.

G. GROSSO *Efficacia diretta ed efficacia obbligatoria del legato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 3, 1954.

A. GUARNERI, *Superficie e nuovi diritti connessi*, in *Tratt. dir. reali* Gambaro e Morello, II, Milano, 2011.

A. GUARNIERI, *La superficie. Artt. 952-956 c.c., Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 2007.

A. GUAZZAROTTI, *Potestà concorrente e principi innovativi regionali: il caso dell'urbanistica perequativa*, in *Le Regioni,* Bologna, 39, 4, 2011.

G. GUIDARELLI, *La reintegrazione in forma specifica della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.* 2006.

G. GUAZZO, *Cessione di diritti edificatori e comparti: un caso di doppia tutela a "senso unico",* in *Dir. amm.*, 2013.

H

J. HARRIS, *The New Istitutional Economics and Third World Development,* 1995.

R. G. HEALY, *Land Use and the States* (1976), in *Baltimore: Johns Hopkins University Press for Resources for the Future*, 1979.

D. HEETER, *Six basis requirement for a TDR system*, in *transferable development rights Chicago American Society of Planning Officials*,1974.

I

A. IANNARELLI, *La disciplina dei beni tra proprietà ed impresa nel codice del 1942*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 1993.

A. IANNELLI, *Le violazioni edilizie amministrative civili e penali,* Milano, 1981.

M. IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 2009.

N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma, 2005.

N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2001.

N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1999,4.

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

N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato,* Roma-Bari, 1998.

N. IRTI, *Legislazione e codificazione,* in *Enciclopedia delle scienze sociali, Treccani*, 1996.

N. IRTI, *Testo e contesto,* Milano, 1996.

N. IRTI, *I cinquant'anni del codice civile,* Milano, 1992.

N. IRTI, *Letture bettiniane sul negozio giuridico*, Milano, 1991.

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

N. IRTI, *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli,* in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni* Napoli, 1989.

N. IRTI, Idola libertatis. *Tre esercizio sul formalismo negoziale*, Milano, 1988.

N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile,* Milano, 1982.

N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1964.

J

H. JACOBS, *Programmi di trasferimento dei diritti edificatori in usa: oggi e domani,* in *Urbanistica*, 1997, 109.

A. JANNARELLI, *La disciplina dei beni tra proprietà ed impresa nel codice del 1942,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1993.

K

M. KAPLOWITZ, P. MACHEMER e R. PRUETZ, *Planner's experiences in managing growth using transferable development rights (TDR) in United States*, in *Land use policy*, 25, 2008.

H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, Tubinga, 1920.

L

U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995.

D. LAVERMICOCCA, *La cessione di cubatura e l'asservimento di area tra presente e futura applicazione,* in *Urb. app.*, 8, 2006.

T. J. LAWRNENCE, *Transfer of Development Rights Land Use Series CDFS-1264-98,* Ohio State University Fact Sheet, Community Development, in *ohioline.osu.edu*, 1998.

M. LEO, *Il trasferimento di cubatura - Commissione studi civilistici n. 1763/29.9.1999,* in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, VI, 2, Milano, 2001.

M. LEO, *Trasferimento di cubatura,* in *Diz. enc. notar.,* 2002.

M. LIBERITNI, T*rasferimenti di cubatura,* III, in F. GALGANO (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario,* Torino, 1995.

M. LIBERTINI, *I «trasferimenti di cubatura»,* in AA. VV., *Il Contratto, Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992.

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

B. LIBONATI, *Titoli impropri e documenti di legittimazione*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973.

R. R. LINOWES e D. T. ALLENSWORTH, *The politics of Land Use Law*, New York, 1976.

N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile,* Milano, 2013.

N. LIPARI, *Osservazioni su Corte Cost. 5/1980*, nota a sentenza Corte Cost. sent. n. 5 del 30 gennaio 1980, in *Giur. cost.*, I, 1980.

N. LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, *in Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 1960.

M. LUCANI, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia urbanistica e edilizia*, in *Riv. giur. ediliz.*, 2009.

M. LUCANI, *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n. 260 del 1976*), in *Giur. cost.*, 1977.

A. LUMINOSO e G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare,* Milano, 1998.

A. LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1995.

S. LUNARDI e S. RICCI, *Gli aspetti fiscali del trasferimento di cubatura,* in *Il Fisco,* 2006, 39, 1.

M

N. W. MACCHENSEY, *The principles of real estate law*, New York, 1927.

P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani,* Roma, 2014.

M. MAGRI, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *Riv. giur. edil.*, 2004.

U. MAIELLO, *Situazioni soggettive e rapporti giuridici. Fatti atti e negozi giuridici,* VII, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato,* Torino, 2003.

W. F. MAITLAND, *Why the History of English Law is Not Written,* in *H.A.L. Fisher*, *The Collected Papers of Frederic William Maitland,* 1, *Cambridge University Press*, Cambridge, 1911.

A. MALTONI, *Il trasferimento dei diritti edificatori,* in *Riv. giur. urb.*, II, 2012.

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 A. BAROLINI e A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto*, Napoli, 2009.

P. MANTINI, *Le trasformazioni del diritto urbanistico,* in *Urbanistica. Opere pubbliche. Espropriazioni*, Padova, 2012.

F. MANTOVANI*, il Diritto Penale*, Milano 1992.

E. MARANGONI, *Servitus altius non tollendi: estinzione totale per lesione minima e utilitas (utilitas del fondo o utilitas delle parti)*, in *Vita not.,* 2003, 2.

F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non de materializzati*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger, Milano, 2002.

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

M. L. MATTIA, *Comunione legale dei beni e diritti reali limitati,* Studio n. 524 del 2011/C, *Approvato dalla Commissione Studi Civilistici,* in *CNN,* 14 giugno 2012.

M. L. MATTIA, *Appunti sul regime di trasferimento dei diritti all'aiuto previsti dal regolamento Ce n. 1782/2003 nell'ambito della riforma della politica agraria comune - Studio 2-2007/A, Approvato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali il 2 febbraio 2007*, in *CNN Notizie* 21 maggio 2007 e in *www.notariato.it.*

M. MARÉ, *Natura e funzioni dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica,* in *Riv. not.*, 1990.

A. M. MAROCCO e G. PICCO, *I cosiddetti "trasferimenti di cubatura",* in *Riv. not.,* 1974, I.

E. MARTINETTI, *Il trasferimento di volumetria: profili di diritto civile, di diritto urbanistico e di diritto tributario,* in *Riv. giur. ed.*, 6, 2012.

R. MASSARO, *asservimento di aree ad edifici preesistenti, trasferimenti di volumetria e sopravveninenza di nuovi indici di edificabilità*, in *Riv. giur. urb.,* 2001.

M. G. MAZZA, *Il procedimento edilizio: gestione, legittimità e responsabilità,* Matelica, 2004.

S. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile,* in *Dir. amm.,* 2011, 2.

S. MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica,* in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989.

L. D. MEDINETS, *Exchaning Development Rights in NYU,* in *www.madisontitle.com*

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

L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950.

T. W. MERRILL e H. E. SMITH, *Optimal standardization in the Law of Property: The* Numerus Clausus *Principle,* 110, Yale, L. J., 1, 2000.

F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957.

D. MESSINETTI, *Beni immateriali,* in *Enc. giur. Trecc.*, V, Roma, 1988.

D. MESSINETTI, *Oggetto dei diritti,* in *Enc. giur.,* V, Roma, 1988.

D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970.

S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012.

E. MICELLI, *I diritti edificatori: un'innovazione controversa, intervento al Convegno sui crediti edilizi – Como 8 Aprile 2011,* in *www.notaicomolecco.it.*

E. MILANESE, *I diritti trasferibili di edificazione alla luce di alcune esperienze esterne*, in AA. VV., *La proprietà privata immobiliare, Atti del convegno di Urbino*, 1-3 Ottobre, 1979, Milano, 1981.

A. M. MINVERVA, *La cessione di cubatura alla luce dell'art. 2643, n. 2 bis c.c.,* in *Riv. not.,* 2013, 1.

D. MINUSSI, *Diritti edificatori: costituzione e circolazione,* in *www.e-glossa.it.*

G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale,* in *Comm. cod. civ.,* Torino, 1980.

L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà,* in AA. VV., *Diritto privato comparato istituti e problemi*, Roma, 2004.

L. MOCCIA, *Contract*, in *Enc. giur.,* VIII, Roma, 1988.

G. MONACO, *Le convenzioni di lottizzazione quali accordi sostitutivi di procedimenti e l'applicabilità ad esse della disciplina in materia di obbligazioni e di contratti,* in *Riv. giur. ed.*, 2010, 2.

A. MONICA, *La cosiddetta "cessione di cubatura", in Il diritto privato della pubblica amministrazione,* Padova, 2006.

M. MONTANARI, *Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente davanti al giudice amministrativo nella dimensione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *Dir. proc. amm.*, 2003.

G. MORBIDELLI, *Della perequazione urbanistica,* in *www.giustamm.it,* 2009.

G. MORBIDELLI e M. ZAPONATO, *Appalti pubblici*, in M. P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, Milano 2007.

G. MIRABELLI, *Pianificazione territoriale ed urbanistica,* in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1.

G. MIRABELLI, *Note sulla giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. espropriazioni sostanziali,* in *Foro amm.,* II, 1970.

L. V. MOSCARINI, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.,* 1998.

L. V. MOSCARINI, *I contratti della pubblica amministrazione e la disciplina dell'art. 11 della L. 7.8.1990, n. 241,* in AA. VV., *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da P. Perlingeri, Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto,* Napoli, 1995.

M. MOSCO, *Principi sull'interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952.

G. MUSCOLINO*, L'usufrutto*, in P. BOERO e G. MUSOLINO (a cura di), *Strumenti del diritto*, *diritti reali,* Bologna, 2011.

G. MUSOLINO, *Lo spazio aereo ed il diritto di sopraelevazione fra proprietà e diritto di superficie,* in *Riv. not., I,* 2005.

G. MUSOLINO, *La costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia,* nota a sentenza Cass. 7 marzo 2001, n. 3314, in *Riv. not.*, 2001, 5.

N

G. NAPOLITNO, *L'attività amministrativa e il diritto privato,* in *Giorn dir. amm.,* 2005, 5.

A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Milano, 2008.

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

U. NATOLI, *Orientamenti della Corte Costituzionale in ordine alle garanzie della proprietà privata ex art. 42 Cost.,* in *Riv. trim. proc. civ.*, 1969.

U. NATOLI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione. Prove,* VI, 1, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1971.

A. C. NELSON, R. PRUEZ e D. WOODRUFF, *The TDR Handbook. Designing and implementing Transfer of Development Rights Programs*, United States, 2012.

S. NESPOR, *«Revolution in land use policy»: la pianificazione urbanistica negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. pub.,* 1982.

M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati. Problemi generali*, in M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela dei rapporti tra privati,* , Milano 1995.

M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia amministrativa legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge),* in P. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento legislativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione,* a cura di Milano, 1990.

R. NICOLÒ, *La trascrizione,* Milano, 1973.

O

G. OPPO, *Per una definizione della «industrialità» dell'invenzione,* in *Riv. dir. civ,* I, 1973.

G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico,* Bologna, 1945.

A. ORIS BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.,* II, Torino, 1987.

S. OSELLA, *La centralità del «tempo» nella valutazione della correttezza della Pubblica Amministrazione,* in *Foro amm., CDS*, 2012, 3.

P

A. PAGANO, *In tema di c.d. trasferimento di cubatura, Cass. civ. Sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352*, in *Corr. giur.*, 11, 1996.

G. PAGLIARI, *Gli accordi urbanistici tra P. A. e privati*, in *Riv. giur. urb.,* 2008.

M. PALLOTTINO, *Le nuove norme sull'edificabilità dei suoli*, in *I, TAR*, II. 1977.

N. PARRINO, *I diritti edificatori. La recente Cass. pen. n. 40111 del 2012 dopo la novella introdotta dal D.L. 70 del 13.05.11 art. 5 conv. con L. 106/11 (art. 2643 n. 2 –bis c.c.),* in *www.diritto.it.*

F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico,* in *Vita not.*, 3, II, 2001.

A. PAVAN, *Il trasferimento di cubatura*, in *Studium iuris,* 2006.

G. PERICU, *Note in tema di diritto privato della Pubblica amministrazione*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Genova*, I, Milano, 1966.

P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007.

P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti,* II, Napoli, 2006.

P. PERLINGIERI, *Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1.

P. PERLINGIERI, *Diritto civile nella legalità costituzionale,* Napoli, 1991.

P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico nella negoziazione privata,* in *Rass. dir. civ.,* 1986.

P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti,* in *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1982.

P. PERLINGIERI*, Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento,* in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975.

P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968.

P. PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su edificio da costruire,* Napoli, 1966.

P. PERLINGIERI, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria),* in *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile primo semestre 2011*, in *www.gaetanopetrelli.it*

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

G. PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile,* in *Notariato,* 2001, 2, 3.

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

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

G. PICCO, *Natura ed efficacia dei vincoli volumetrici conseguenti a piani regolatori o regolamenti urbanistici - Il trasferimento di cubatura*, in AA. VV., *Relazione al XV° Congresso Nazionale del Notariato*, Verona, 1966.

G. PICCO e A. M. MAROCCO, *I cosiddetti "trasferimenti di cubatura",* in *Riv. not.*, 1974, I.

G. PIGA, *Effetti della sentenza n. 55 della Corte Costituzionale nel processo di formazione dei piani regolatori,* in *Foro amm.*, II, 1968.

A. PISCHETOLA, *Negoziazione dei diritti edificatori e relativa rilevanza fiscale anche alla luce dell'art. 2643 n.2-bis) c.c.* in AA. VV., *Notiziario d'informazione del Consiglio Nazionale del Notariato del 16/10/2014 Studio Tributario n. 540-2014/T.*

A. PISCHETOLA, *La circolazione di cubatura, di crediti edilizi e di diritti edificatori: profili fiscali,* in *Il Fisco*, 17, 1, 2011.

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

J. PIZOR, *Making TDR work: A study of program implementation,* in *Journal of the American Planning Association*, 52, 1986.

J. PIZOR, *A review of Transfer of Development Right,* in *The Appraisal J.,* 1978, 3.

A. POLICE, *Governo e mercato dei diritti edificatori (Esperienze regionali a confronto)*, Napoli, 2009.

P. PORTUALI, *Le funzioni urbanisitiche "necessarie" dei soggetti privati: aspetti di diritto interno e comunitario,* in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1999.

A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977 n.10 sulla edificabilità dei suoli,* Milano, 1977.

A. PREDIERI, *Riserve della facoltà di edificare e proprietà funzionalizzata delle aree fabbricabili,* in AA. VV., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione,* Milano, 1969.

A. PREDIERI, *Espropriazione e regime della proprietà della aree edificabili*, in *Giur. cost.*, 1968.

M. PROTO, *Il modo*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni* Bonilini, II, *La successione testamentaria,* Milano, 2009.

M. PROTO, *I soggetti della comunione*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni* Bonilini, IV, *Comunione e divisione ereditaria,* Milano, 2009.

M. PROTO, *Inadempimento del legato modale e risoluzione*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2005, 1.

M. PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Milano, 2004.

A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro. it.,* 2009.

R. PRUETZ e N. STANDRIDGE, *What makes transfer of development rights work?: Success factor from research and practice*, in *Journal of American Planning Association*, 2009, 75.

R. PRUETZ, *Beyond Takings and Givings: Saving Natural Areas, Farmland and Historic Landmarks with Transfer of Development Rights and Density Transfer Charges*, 2003.

R. PRUETZ, *Saved By Development. Preserving Environmental Areas, Farmland and Historic Landmarks with Transfer of Development Rights*, in *Burbank: Arje Press*, 1997.

S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, ora in *La proprietà nel nuovo diritto,* Milano, 1964.

S. PUGLIATTI, *Cosa (Teoria generale),* in *Enc. dir.,* XI, Milano, 1962.

S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale),* in *Enc. dir.*, V, Milano 1959.

S. PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico,* in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951.

G. PUGLIESE, *Property,* in *Enc. giur.*, XXIV, 1990.

G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione,* in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1973.

G. PUGLIESE, *Della superficie, Artt. 810-956,* in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, IV, Bologna- Roma, 1976.

F. P. PUGLIESE, Il *procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1971.

R

C. RAFFAELE, *Articolo 952 c.c. Costituzione del diritto di superficie,* in *Comm. cod.* Cendon, IX, Milano, 2008.

O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *Giur. it.,* XLVI, 1984, IV.

F. RAPONI, *Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori. Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni,* in AA. VV., *Atti convegno Bari, 11 giugno 2011,* in *Fond. naz. not.*, Milano, 2012.

C. REICH, *the new property*, in *The Yale Law Journal,* 1974, 73, 5.

V. RENARD, *Land markets and transfer of development rights: some examples in French, Italy and the United States*, in *Turism and sustainable economic development*, 2000.

M. RENNA, *L'esperienza della Lombardia,* in A. BARTOLINI, A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori,* Napoli, 2009, 4.

L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali,* in *www.e-glossa.it*

L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, in *www.e-glossa.it*.

G. RIZZI, *I diritti edificatori/crediti edilizi: il loro riconoscimento e la loro circolazione*, in *Fond. it. not.,* Roma, 2012.

M. RHEINSTEIN, *Commol Law – Equity*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.

N. A. ROBINSON, *Handling land use and environmental problems of real estate*, in *Practising Law Institute,* 1988.

R. J. RODEWING e C. A. INGHRAM, *Transerable development rifhts programs: TDRs and real estate marketplace*, in *Apa (American planning association) PAS (planning advisory service)*, n. 401, 1987.

S. RODOTÀ, *Commento all'art. 42 Cost.,* in *Comm. Cost.* Branca, Bologna-Roma, 1976.

S. ROMANO, *Autonomia privata, (Appunti),* in *Riv. dir. trim. pubbl.*, 1956, 6.

V. ROPPO, *Diritto privato regionale?,* in *Politica del diritto*, XXXIII, 2002, 4.

J. G. ROSE, *Legal fundation of land use planning*, United States, 2013.

G. RUBERTO*, Profili giurdici della programmazione negoziata*, in *Giust. amm*, *sez. ed. urb.,* 2007.

D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm*. Cicu e Messineo, XVI, Milano, 1971.

D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare,* in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1956.

A. RUOTOLO e C. CACCAVALE, *Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni. Approvato dalla commissione di studi del Consiglio Nazionale del Notariato 22 giugno 1999*, in *Studi e materiali del Consiglio Notarile del Notariato, 6.2.,* Milano, 2001.

F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 2011.

F. RUSSO e F. PATTI, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico,* in *Vita not.,* 3, II, 2001.

S

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

G. SABBATO, *La perequazione urbanistica,* in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2010.

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

R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato,* in *Dig. disc. priv., Sez. civ.,* I, Torino, 1987.

R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966.

R. SACCO, *Circolazione giuridica,* in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.

JR. P. V. SALSICH e T. J. TRYNIECKI, *Land use regulation. A legal analysis & practical application of the land use law*, in *American Bar Association,* 2003.

P. SALVATORE, *Nuove sembianze del* dominium: *le multiproprietà immobiliari,* in *Giurisd. amm.,* 2006, 4, 4.

A. M. SANDULLI, *Finalmente "definitiva "certezza sul riparto di giurisdizione in tema di "comportamenti" e sulla c.d. "pregiudiziale" amministrativa? Tra i due litiganti vince la "garanzia di piena tutela" (a primissima lettura in margine a Cass. Sez. Un., 13659,13660 e 13911 del 2006),* in *Riv. giur. ed.,* 2006.

A. M. SANDULLI, *Le convenzioni di lottizzazione: natura e tutela*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 19 dicembre 1994, n. 1046 in *Giorn. dir. amm.*, 1995.

A. M. SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e Costituzione,* in *Riv. Giur. ed.*, II, 1978.

A. M. SANDULLI, *Nozioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *RTDP,* 1957.

A. M. SANDULLI, *I limiti alla proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale,* in *Giur. cost.*, 1971.

A. M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in AA.VV. *atti del convegno di studi giuridici sulla tutela del paesaggio*, Milano, 1963.

A. M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, II, 1967.

A. M. SANDULLI, *Sul regime dei contratti di diritto privato della pubblica amministrazione,* in *Foro. it.,* 1953, I.

SANTI ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

F. SANTORO-PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, in *Libertà e Autorità*, Padova, 1977.

F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1974.

F. SANTORO-PASSARELLI, *Proprietà privata e Costituzione,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972.

F. SANTORO-PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi,* in *Enc. dir.,* XII, Milano, 1964.

F. SANTORO-PASSARELLI, *La causa del negozio di assicurazione*, in AA. VV., *Studi sulle assicurazioni*, Roma, 1963.

F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm. CDS,* 2004.

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.

P. V. SCANDONE, *Le controversie inerenti alle convenzioni di lottizzazione competono alla G. a. in via esclusiva,* in *Urb. app.,* 1998, 1.

S. SCARLATTELLI, *La cosiddetta cessione di cubatura. Problemi e prospettive,* in *Giust. civ.*, II, 1995.

F. G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008.

R. SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico (profili generali),* in *Enc. giur. Trecc.,* XX, Roma, 1990.

R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico,* Napoli, 1990.

R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1975.

G. SEGRÉ, *Sulla concessione del diritto di edificare e sulla pretesa proprietà dello spazio aereo,* in *Foro. it*, 1983, I, 1002.

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

P. SICA , *Storia dell'urbanistica,* Roma-Bari, 1979.

B. H. SIEGAN, *Economic liberties and the Costitution,* Lexingnton, 2006.

B. H. SIEGAN, *Land use withouth zaoning,* Lexingnton, 1972.

E. SMANIOTTO, *La cubatura e la trascrizione della cubatura,* in *Imm. propr.*, 2012, 6.

F. SPAGNUOLO, *Partecipazione, democrazia e diritto amministrativo nella governance del sistema terra,* in *Riv. quadr. dir. amb.,* 2012, 3.

M. SPAGNUOLO, *La cessione di cubatura e le varianti urbanistiche*, in *Ufficio Tecnico,* 10, 2011 e in *www.unitel.it.*

F. SPANTIGATI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1969.

S. STANGHELLINI, *Piani urbanistici, proprietà del suolo e mercato immobiliare: considerazioni sul governo del territorio negli Stati Uniti d'America. Il transfert of development rights negli Usa,* in M. DE CARLI e F. ANGELI (a cura di), *Strumenti per il governo del territorio. Perequazione urbanistica e Borsa dei diritti edificatori,* Milano, 2011.

P. STELLA RICHTER*, I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006.

P. STELLA RICHTER, *Il difficile rapporto tra urbanistica e diritto di proprietà,* in A. M. SANDULLI, M. R. SPASIANO e P. STELLA RICHTER (a cura di), *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Napoli, 2006.

P. STELLA RICHTER*, Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica,* in *Riv. giur. edil.*, 1968, II.

E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* Milano, 1992.

J. STINSON, *Transferring development rights: Purpose, problems, and prospects in New York,* in *Pace Law Reviw,* 1996.

P. STROPPIANA, *La reintegrazione in forma specifica: orientamenti giurisprudenziali e nuove prospettive*, in *Urb. app.*, 2008.

T

M. TAMPONI, *Una proprietà speciale, (lo statuto dei beni forestali),* Padova, 1983.

G. TATARANO, *"Incertezza", autonomia privata e modello condizionale*, Napoli, 1976.

G. TEDESCHI, *Volontà privata autonoma,* in *Riv. intern. filosf. dir.,* IX, 1929.

C. TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione,* in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996.

C. TENELLA SILLANI, *I «*limiti verticali*» della proprietà fondiaria*, Milano, 1994.

A. TESTA, *Cessione di diritti edificatori: dalla cessione di cubatura alla change edificatoria*, in *Corso avanzato scuola di notariato Jacopo Da Lentini*, Catania, 2013.

J. THORENS, *Les traits caractéristiques de la property law anglo- américaine. Le cas des Etats Unis- droits reels, successions, trust*, Berne, 1986.

B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale,* Milano 2004.

G. TORREGROSSA, *Introduzione al diritto urbanistico,* Milano, 1987.

A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile,* Padova 2013.

D. M. TRAINA, *Lo jus aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in *Riv. giur. edil.,* 5, 2013.

G. TRAPANI, *I diritti edificatori,* in *Notariato e diritto immobiliare*, Milano, 2014.

G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori,* in AA. VV., *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni- Atti del Convegno di Bari 11 Giugno 2011. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato,* Milano, 2012.

G. TRAPANI, *I diritti edificatori,* in *Riv. not.*, 2012, 4.

G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto? Studio Civilistico n. 671-2009/C,* in *Studi e materiali. Quaderni trimestrali CNN*, 2011, 2, anche in *www.notaicomolecco.it*, con il titolo, *La cubatura quale bene in senso stretto.*

A. TRAVI, *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2003.

A. TRAVI, *Commento all'art. 35 comma 1, in D. Lgs. N. 80/1998,* in *Nuove leggi civ.*, 1999.

G. H. TREITEL*, Law of contract*, London, 1983.

M. TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione,* in *Riv. dir. civ.,* 2009.

M. TRIMACHI, *Diritto privato dell'Unione europea,* in *Tratt. dir. priv.* Bessone, I, Torino, 2000.

P. TRIMACHI, *Istituzioni di diritto privato,* Milano, 1986.

R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione,* in *Tratt. dir. civ.* Bessone, IX, Torino, 2012.

R. TRIOLA, *La «cessione di cubatura»: natura giuridica e regime fiscale,* nota a sentenza Cass. civ., 9 marzo 1973, n. 641, in *Riv. not.* 1974, II.

J. TRIPP e D. DUDEK, *Institutional Guidelines for Designing Successful Transferable Rights Programs ,* in *Yale in Journal on Regulation*, 1989.

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, 2.

U

P. URBANI, *Il contenuto minimo della proprietà nella pianificazione urbanistica,* in *www.pausania.it*, 2014.

P. URBANI, *Le nuove frontiere del diritto urbanistico,* Torino 2013.

P. URBANI, *Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica comunale,* in AA. VV., *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni - Atti del Convegno di Bari 11 Giugno 2011. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato,* Milano, 2012.

P. URBANI, *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge n. 106/2011 di conversione del D.L. 70, 13 maggio 2011. Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia,* in *Riv. giur. edil.*, 2011.

P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino, 2011.

P. URBANI, *Nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 121/2010,* in *www.pausania.it.*

P. URBANI, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali,* in *Ed. terr.*, 2008, 30.

P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, 2007.

P. URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli,* in *Urb. app.*, 2006, 8.

P. URBANI, *Ancora sui principi perequativi e sulle modalità di attuazione nei piani urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2004 , 4.

P. URBANI, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica,* in *Riv. giur. urb.*, 2000.

P. URBANI, *Urbanistica consensuale. La disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, 2000.

P. URBANI, *Urbanistica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992.

P. URBANI, *Il tema del contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica,* in *www.giustamm.it.*

P. URBANI*, La riforma regionale del prg: un primo bilancio. Efficacia contenuti ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità nel provvedere e garanzia del contenuto minimo del diritto di proprietà,* in *www.giustamm.it.*

V

V. VANGHETTI, *Profili civilistici della «cessione di cubatura»,* in *Notariato*, 1996.

G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto dell'uso e dell'abitazione*, Napoli-Torino, 1936.

G. VENEZIAN, *La causa nei contratti,* in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919.

G. VESPERINI, *L'attuazione della legge n. 241/90 da parte delle Regioni*, in *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge 7 agosto 1991, n. 241, Atti del convegno svoltosi a Siena il 30 ottobre 1992,* in *Supplemento a mondo Economico*, 1993, 9.

G. VESPERINI, *La legge di attuazione del nuovo titolo V della Costituzione,* in *Giorn. dir. amm.,* 2003.

G. VETTORI, *Diritto dei contratti e costituzione europea,* Milano, 2005.

G. VETTORI, *Opponibilità*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1999.

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

G. VETTORI, *Accordi amministrativi e contratto*, in AA. VV., *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da P. Perlingeri, Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto,* Napoli, 1995.

G. VETTORI, *Accordi amministrativi e contratto,* in *Contr. impr.,* 1993.

R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974.

G. VIOTTI, *Vincoli di destinazione convenzionali e loro efficacia nei confronti degli enti pubblici,* in *Vita not.*, 2001.

P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, II, Milano, 1987.

C. VITALE, *Il «Decreto sviluppo»,* in *Giornale dir. amm.,* 2011, 10.

P. VITUCCI, *«Gli ordinamenti territoriali distinti» nella tradizione e nelle prospettive del diritto privato*, in *Giur. cost.,* 2005, 4.

C. VITUCCI, *Utilità ed interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974.

I. VOLPE, *Permesso di costruire: un cambio solo di facciata?,* in *Dossier mensile di Guida al Diritto*, 2001.

Z

G. ZANOBINI, *Autonomia privata e pubblica,* in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, IV, Padova, 1950.

H. E. ZIEGLER, *Transfer of development rights in Unite States,* in *Liverpool Law Review,* XVIII, 2, 1996.

A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995.

INDICE DELLE SENTENZE

Corte di giustizia dell'Unione europea:

Corte di giustizia, 12 luglio 2001, c. 399/98, Ordine degli architetti and others, in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2001, 5.

Corte di giustizia, 13 luglio 2000, c. 423/98, Albore, in *Raccolta*, 2000-I.

Corte di giustizia, 22 ottobre 1991, c. 44/89, Von Deetzen II, in *Raccolta,* 1991-I.

Corte Costituzionale:

Corte Costituzionale sent. 11 marzo 2011, n. 77 in *Giur. cost.* 2011, 2.

Corte Costituzionale sent. 26 marzo 2010, n. 121 in *Giur. cost., 2010, 2.*

Corte Costituzionale sent. 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro amm. CDS,* 2004 e in *Dir. proc. amm.* 2004, 3.

Corte Costituzionale sent. 1 ottobre 2003, n. 303 in *Corr. giur.*, 2004.

Corte Costituzionale sent. 19 dicembre 2003, n. 361, in *Foro amm.*, 2003, 12.

Corte Costituzionale sent. 6 novembre 2001, n. 352, in *Foro. it.*, 2002.

Corte Costituzionale sent. 20 maggio 1999, n. 179, in *Corr. giur.,* 1999.

Corte Costituzionale sent. 11 novembre 1998, n. 398, in *Foro. it.,* I, 1999.

Corte Costituzionale sent. 6 aprile 1998 n. 100, in *Foro. it.,* I, 1998.

Corte Costituzionale sent. 16 giugno 1993, n. 283, in *Corr. giur.*., 1993.

Corte Costituzionale sent., 30 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. cost.*, 1980, I, e in *Riv. giur. ed.*, 1980.

Corte Costituzionale sent. 25 maggio 1989, n. 284, in *Foro. it.*, I, 1990.

Corte Costituzionale sent. 28 maggio 1968, n. 55, in *Giur. cost.*, 1968.

Consiglio di Stato:

Consiglio Stato, Sez. V, 13 settembre 2013, n. 4531, in *www.giustizia-amministrativa.it*

Consiglio Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271 in *Giornale dir. amm.,* 2011.

Consiglio Stato, Sez. IV, 8 giugno 2011, n. 3508, in *Foro amm. CDS,* 2011.

Consiglio Stato, Sez. IV, 9 luglio 2011, n. 4134, in *Ufficio Tecnico*, 2011, 10.

Consiglio Stato, Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 5.

Consiglio Stato, Sez. IV, 1 marzo 2010, n. 1176, in *Giur. it.,* 2011.

Consiglio Stato, Sez. IV, 10 gennaio 2009, n. 2418, in *Abusi edilizi, titoli edilizi*, 2009.

Consiglio Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2009, 3, in *Foro it.,* 2009.

Consiglio Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248 in *Guida al diritto*, 2008.

Consiglio Stato, Sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

Consiglio Stato, Sez. IV, 26 settembre 2008, n. 4647, in *Urb. app.*, 2009, 3.

Consiglio Stato VI, 31 gennaio 2006, n. 321 in *Foro amm. Cons. Stato,* 2006, I.

Consiglio Stato, Sez. IV, 4 maggio 2006, n. 2488, in *Urb. app.*, 2006, 8.

Consiglio Stato Ad. Plen. 15 settembre 2005 n. 7, in *Foro it.,* III, 1.

Consiglio Stato, Sez. V, 12 luglio 2004, n. 5039, disponibile su *www.ambientediritto.it.*

Consiglio Stato. Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 33 in *Vita not.,* 2003.

Consiglio Stato, Sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6734 in *Giornale di dir. amm.*, 2004.

Consiglio Stato, Sez. V, 7 novembre 2002, n. 6128, in *Ed. urb*, 2002.

Consiglio Stato, Sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776, in *Urb. app.,* 2000.

Consiglio Stato, Sez. V, 28 giugno 2000, n. 3637, in *Giur. it.,* 2001 e *Ed. urb.,* 2000.

Consiglio Stato, Sez. IV, 15 luglio 1999, n. 1246, in *Foro amm.,* 1999.

Consiglio Stato, Sez. V, 21 gennaio 1997, n. 63, in *Giur. it.,* 1997.

Consiglio Stato, Sez. V, 4 novembre 1997, n. 1227 in *Comuni d'Italia,* 1998.

Consiglio Stato, Sez. V, 26 novembre 1994, n. 1382, in *Riv. giur. ed.,* 1995.

Consiglio Stato, Sez. V, 4 gennaio 1993, n. 26, in *Foro amm.*, 1993.

Consiglio Stato, Sez. V, 11 aprile, 1991, n. 530, in *Ed. urb.*, 1991.

Consiglio Stato, Sez. V. 1 ottobre, 1986, in *Riv. giur. edil.*, 1986, I.

Consiglio Sato, Sez. V, 8 settembre 1983, n. 366, in *Ed. urb.*, 1983.

Consiglio Stato, Sez. IV, 14 aprile 1981, n. 367, in *Giur. it.*, 1982 e *Foro amm.,* I, 1981.

Suprema Corte di Cassazione:

Cassazione civ., Sez. III, 21 giugno 2012, n. 10297, in *Vita not.*, 2013, I.

Cassazione civ., Sez. II, 16 marzo 2010, n. 6352 in *Foro it.,* 2010, 10, I.

Cassazione civ., Sez. Un., 26 gennaio 2009, n. 1850, in *Danno resp.*, 2009, 11.

Cassazione pen., Sez. III, 30 aprile 2009, n. 21177, in *Urb. app.*, 2009.

Cassazione civ. Sez. Un., 1 luglio 2009, n. 15388, in *Giust. civ. mass.,* 2009, 7/8.

Cassazione civ., Sez. II, 24 settembre 2009, n. 20623, in *Nuova giur. civ. comm*., 2010.

Cassazione civ., Sez. V, 14 maggio 2007, n. 10979, in *Notariato*, 2007 e in *www.fisconline.it.*

Cassazione civ., Sez. Un., 15 giugno 2006, n. 13911, in *Riv. giur. ed.,* 2006.

Cassazione civ., Sez. I, 31 agosto 2005, n. 17590, in *Fallimento*, 2006.

Cassazione civ., Sez. I, 22 dicembre 2005, n. 28492, in *Fallimento*, 2006.

Cassazione civ., Sez. II, 3 febbraio 2005, n. 2162, in *Riv. not.,* 2006, II.

Cassazione civ., Sez. II, 16 giugno 2005, n. 12880, in *Giust. civ.,* 2006, I.

Cassazione, civ., Sez. I, 22 aprile 2003 n. 6422, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2004, I.

Cassazione civ., Sez. V, 14 maggio 2003, n. 7417, in *Dir. giust.,* 2003, 24 e in *Giur. it.,* 2003.

Cassazione civ., Sez. I, 11 giugno 2003, n. 9366 in *Foro it.,* 2003, I.

Cassazione pen., Sez. III, 5 marzo 2002, n. 14763 in *Riv. pen*., 2003.

Cassazione civ., Sez. II, 28 agosto 2002, n. 12571, in *Dir. giur. agr.,* 2003.

Cassazione civ., Sez. II, 7 marzo 2001, n. 3314, in *Riv. not.,* 2001, 5.

Cassazione civ., Sez. III, 19 giugno 2001 n. 8333, in *Riv. not*., 2002.

Cassazione civ., Sez. II, 15 giugno 2001, n. 8151, in *Vita not*., 2003.

Cassazione civ., Sez. Un., 15 dicembre 2000, n.1262 in *Giust. civ. mass.* 2000.

Cassazione civ., Sez. Un, 22 luglio 1999, n. 500, in *Giur. civ.,* 1999, I.

Cassazione civ., Sez. II, 9 dicembre 1999, n. 13749, in *Mass. foro. it*., 1999.

Cassazione civ., Sez. I, 6 marzo 1998, n. 2519, in *Giust. civ.,* 1998, I.

Cassazione civ., Sez. II, 12 settembre 1998, n. 9081, in *Giur. it.,* 1998.

Cassazione civ. Sez. Un., 11 agosto 1997, n. 7452, in *Urb. app.,* 1998, 1.

Cassazione civ., Sez. I., 27 settembre 1997, n. 9508, in *Urb. app*., 1998.

Cassazione civ., Sez. II, 16 luglio 1997, n. 6485, in *Giur. it.,* 1998.

Cassazione civ., Sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Notariato*, 1996.

Cassazione civ., Sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Giur. it.,* 1997.

Cassazione civ., Sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Nuova giur. comm*., 1997, I.

Cassazione civ., Sez. II, 7 giugno 1994, n. 5508, in *Giur. it,* 1995, I, 1.

Cassazione civ., Sez. II, 16 febbraio 1993, n. 1921, in *Giust. civ.,* 1993, I.

Cassazione civ., Sez. I, 14 marzo 1992, n. 3141, in *Dir. fam.,* 1992.

Cassazione civ., Sez. I, 11 giugno 1991, n. 6622, in *Vita not.,* 1991.

Cassazione civ., Sez. II, 6 novembre 1991, n. 11840 in *Mass. Giur. it.,* 1991.

Cassazione civ., Sez. III, 11 maggio 1990, n. 4062, *Giur. it.*, I, 1990.

Cassazione civ., Sez. Un., 4 maggio 1989, n. 2084, in *Vita not.* 1989.

Cassazione civ., Sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Giur. it.*, I, 1989.

Cassazione civ., Sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 1989, e in *Giur. it.,* 1989.

Cassazione civ., Sez. II, 28 novembre 1987, n. 8863 in *Mass. Giur. it.*, 1987.

Cassazione civ. Sez. I, 22 gennaio 1986, n. 398, in *Nuova giur. civ.* 1987, I.

Cassazione civ., Sez. I, 29 settembre 1984, n. 4832, in *Foro it.*, 1984, I.

Cassazione civ., Sez. Un. 7 ottobre 1983 n. 5838, in *Foro it.*, 1983, I.

Cassazione civ., Sez. Un., 20 dicembre 1983, n. 7499, in *Giur. it.,* 1985, I.

Cassazione civ., Sez. II, 5 febbraio 1983, n. 965, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I.

Cassazione civ., Sez. Un., 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I.

Cassazione civ., Sez. II, 21 aprile 1981, n. 2338, in *Giur. civ.,* 1981, I.

Cassazione civ., Sez. II 5 agosto 1977, n. 3559, in *Mass. Giust. civ.* 1997.

Cassazione civ., Sez. I, 22 gennaio 1975, n. 250 in *Riv. leg. fisc.,* 1975.

Cassazione civ., Sez. II, 10 ottobre 1975, n. 3242, in *Comm. cod. civ.* Cendon*,* Milano 2011.

Cassazione civ., Sez. I, 30 aprile 1974, n. 1231, in *Riv. not.*, 1975, in *Giur. civ.*, 1974, I.

Cassazione civ., Se. II, 9 marzo 1973, n. 641, in *Riv. not.* 1974, II, in *Foro. it.,* 1973, I.

Cassazione civ., Sez. I, 21 marzo 1973, n. 802, in *Foro it.,* 1973, I.

Cassazione civ., Sez. I, 25 ottobre 1973, n. 2743, *Riv. not.*, II, 1973.

Cassazione civ., Sez. II, 6 luglio 1972, n. 2235, in *Riv. not.,* 1973.

Cassazione civ., Sez. I, 10 gennaio 1966, n. 184, in *Banca borsa tit. cred.,* 1966, II.

Cassazione civ., Sez. Un. 27 gennaio 1996 n. 651, in *Corr. giur.,* 1996.

Cassazione civ., Sez. Un., 16 luglio 1964, n. 1936, in *Giust. civ.*, 1965, I.

Cassazione civ., 9 aprile 1963, n. 908, in *Vita not.*, 1978.

Cassazione civ., Sez. II, 1 giugno 1953, n. 1655, in *Giur. it.,* 1954, I, e in *Riv. not.*, 1974, 1.

Tribunale ordinario:

Trib. Milano, Sez. civ. IX, 6 marzo 2013, n. 8725, in *in www.e-glossa.it.*

Tribunale amministrativo regionale:

T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 19 settembre 2014, n. 1657, in *ricerca-amministrativa.it*

T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 25 novembre 2011, n. 1807, in *Urb. app.*, 2012, 5.

T.A.R. Lazio, Sez. II/bis, 4 febbraio 2010, n. 1524 in *Urb. app.,* 2010, 9.

T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 10 gennaio 2006, n. 24, in *Foro amm.*, 2006.

T.A.R. Campania, Salerno, I, 7 agosto 2003, n. 844, in *Foro amm.*, 2003.

T.A.R. Lombardia, Sez. III, 31 gennaio 2002, n. 416, in *Foro amm.*, 2002.

T.A.R. Abruzzo, Pescara, 15 gennaio 2002, n. 96, in *Ed. urb.,* 2002.

T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 17 gennaio 2000, n. 169 in *Urb. app.*, 2000.

T.A.R. Sardegna, Cagliari, 23 febbraio 2000, n. 171, in *Foro amm.*, 2000.

T.A.R. Puglia, Bari Sez. I, 4 aprile 2000, n. 1401, in *Foro it.* 2000, III.

T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22, in *Foro amm.* 1999.

T.A.R. Veneto, Sez. I, 9 febbraio 1999, n. 119, in *TAR*, 1999, I.

T.A.R. Toscana, Sez. III, 17 febbraio 1998, n. 30, in *Foro amm.-T.A.R.,* 1998, 10.

T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 1 dicembre 1997, n. 868, in *TAR,* 1998, I.

T.A.R. Lombardia, Brescia, 29 aprile 1995, n. 404, in *Giust. civ.,* 1996, I.

Pronunce straniere:

Buckley v. Amityville Village Clerk, 264 A.D.2d 732, (1999).

Il Classico Restaurant v. Colin, 254 A.D.2d 418, (1998).

H.O.M.E.S v. New York State Urban Development Corp., 69 A.D. 2d 222, (1997).

Lerner v. Town Board of Town of Oyster Bay, 244 A.D. 2d 336, (1997).

Suitum v. Tahoe Reg'l Planning Agency, 520, U.S., (1997).

Sasso v. Osgood, 633 N.Y.S. 2d 259, (1995).

Town of Dryden v. Tompkins County, 78 N.Y. 2d 331 (1991).

Village of Westbury v. Dept. of Transportation, 75 N.Y. 2d 62, (1989).

Jackson v. New York State Urban Development Corp., 67 N.Y. 2d 400, (1986).

Schenectady Chems. Inc. v. Flacke, 83 A.D. 2d 460 (1981).

Berman v. Parker, 348 US, 33, (1954).

Nectow v. City of Cambridge, 277 US 183, (1926).

Euclid Village zoning case, in *Cincinnati University Law Review*, 1272 US, 365, (1926).