

LE NUOVE LEGGI CIVILI

COMMENTATE

RIVISTA BIMESTRALE
ANNO XXXIX

a cura di
GIORGIO CIAN
ALBERTO MAFFEI ALBERTI
PIERO SCHLESINGER

2/2016

 edicolaprofessionale.com/NLC

Direzione:

G. Balena, M. Campobasso, M. Cian, G. De Cristofaro,
M. De Cristofaro, F. Delfini, G. Guerrieri, M. Meli,
S. Menchini, E. Minervini, S. Pagliantini, D. Sarti

Redattore capo:

A. Finessi

**Divieto di apporto di lavoro nell'associazione
in partecipazione (d.lgs. n. 81/15)**

**L'ultimo atto di riforma delle Banche popolari
(d.l. 2 n. 3/15 conv. l. n. 33/15)**

I finanziamenti all'impresa in crisi

**Pubblicità e garanzia nel contratto di cessione
dei "diritti edificatori" di cui all'art. 2643, n. 2 bis, c.c.**

**Tutela del debitore inadempiente e disciplina europea
dei mutui ipotecari**



ROLANDO QUADRI *
Professore associato nell'Università di Napoli « Federico II »

PUBBLICITÀ E GARANZIA NEL CONTRATTO DI CESSIONE DEI « DIRITTI EDIFICATORI » DI CUI ALL'ART. 2643, N. 2 *BIS*, C.C.

SOMMARIO: 1. Il difficile inquadramento della « cessione di cubatura » nella prassi negoziale. – 2. L'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c. e i conseguenti nuovi spunti nel dibattito sulla natura giuridica dei « diritti edificatori ». – 3. Eterogeneità genetica dei « diritti edificatori ». – 4. Circolazione « in volo » dei « diritti edificatori » e problematiche in tema di trascrizione. – 5. I « diritti edificatori »: vicende estintive e pubblicità. – 6. I « diritti edificatori » quali « interessi giuridicamente protetti ». – 7. Profili ricostruttivi della disciplina del contratto di cessione dei « diritti edificatori »: la garanzia del cedente.

1. *Il difficile inquadramento della « cessione di cubatura » nella prassi negoziale.*

Il tema dei « diritti edificatori », riproposto all'attenzione della dottrina e degli operatori dall'introduzione nel c.c. dell'art. 2643, n. 2 *bis*, impone all'interprete di ricercare soluzioni adeguatamente idonee a risolvere questioni di natura applicativa, a loro volta, peraltro, strettamente dipendenti dall'esatto inquadramento della fattispecie.

Chi si avventura nello studio dei « diritti edificatori », infatti, scopre quasi immediatamente come le relative problematiche inducano a muoversi nelle ampie – ma dagli incerti confini – aree che spaziano dal diritto privato al diritto amministrativo, dal diritto soggettivo all'interesse legittimo, dalla distinzione tra diritti reali e diritti di credito alla teoria dei beni giuridici¹. Per arrivare, poi, all'inevitabile ricostruzione di fattispecie e

* Contributo pubblicato previo parere favorevole formulato da un componente del Comitato per la valutazione scientifica.

¹ Il tema dei « diritti edificatori », proprio perché sembra svilupparsi sull'incerto confine delle diverse branche del diritto, non può che evocare il celebre pensiero di F. CARNE-LUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939, p. 32 ss., il quale, nell'affermare il principio della « unità della scienza », ovvero della « interdipendenza delle scienze », e nel riferirsi alle varie specie o famiglie della scienza, rileva che « le divisioni, che tra di esse, in modo empirico o anche in modo scientifico, noi usiamo tracciare, non valgono più che i confini segnati, con vari colori, dal geografo sulla carta ». Sempre secondo l'A. (p. 69 s.), « la scomposizione del diritto è un procedimento necessario della nostra scienza; ma ci può condurre a gravissimi errori se non sia accompagnata dalla consapevolezza che, in questo modo, ciò che noi osserviamo è piuttosto *il cadavere del diritto* che il *diritto vivo*, perché la

modelli negoziali spesso influenzati da prassi « locali », che devono fare i conti con una variegata gamma di eterogenei interessi, ora di carattere individuale (quelli dei contraenti), ora di carattere generale (quelli, destinati ad acquisire rilievo attraverso le competenze e l'attività della Pubblica Amministrazione, alla tutela dell'ambiente ed al razionale sfruttamento della risorsa « territorio »)². Per concludere, infine, con le delicate questioni legate al sistema della pubblicità immobiliare, che sconta, nello specifico argomento oggetto di attenzione in questa sede, la formulazione di una disposizione tutt'altro che chiara ed esaustiva, soprattutto ove si ponga mente al carattere risalente, complesso e controverso della problematica cui ha inteso attribuire veste normativa. Il riferimento è al citato art. 2643, n. 2 *bis*, c.c., che dispone la trascrizione dei « contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale ».

La disposizione, nel porre sullo stesso piano una serie di diverse fattispecie negoziali idonee alla circolazione dei diritti edificatori, accomunate

vita cioè la realtà del diritto non è nelle singole parti ma nel tutto e così nella sua unità » (il corsivo è dell'A.). Il citato insegnamento, se inteso quale monito ad evitare classificazioni ovvero prese di posizione sulla base di concetti appartenenti alle singole aree del diritto, si mostrerà di indubbio ausilio anche in ordine al tentativo di delineare taluni principi attinenti alla circolazione dei « diritti edificatori ». Con specifico riferimento al diritto di proprietà, il cui contenuto nel diritto moderno si determinerebbe « in quell'incontro variabile tra pubblico e privato che è segno dell'età contemporanea », sempre attuale è la riflessione di A. TRABUCCHI, *La facoltà di edificare tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 43, il quale rileva, appunto, che « in quest'ambito, se dal generico concetto di proprietà e dalla proclamata funzione sociale dei beni, si passa in particolare alla proprietà del suolo e al suo rapporto con l'attività edilizia, il tema di ogni discussione vitale viene a cadere sul problema giuridico dell'appartenenza del *ius aedificandi* e si confronta con il problema politico e sociale dell'attribuzione al pubblico o al privato degli incrementi di valore che la proprietà del terreno viene a subire in connessione con le facoltà riconosciute al titolare di disporre, anche, o soprattutto, per attività edificatorie ».

² Come rileva N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, 2003, p. 1113 ss., « caratteristica precipua del negozio di cessione di cubatura e che ne rende difficile la classificazione è quella di coinvolgere interessi di diversa natura: da un lato, l'interesse tipicamente privato dei proprietari dei due fondi consistente nell'ottenimento della concessione ad edificare, dall'altro il superiore interesse pubblico che è quello di vedere rispettate le prescrizioni dello strumento urbanistico e di evitare che l'atto *de quo*, incidendo sull'assetto urbanistico-edilizio del territorio, divenga lo strumento per eludere gli obblighi ed i divieti posti dal piano regolatore, ad esempio concentrando eccessivamente la volumetria disponibile o aumentando surrettiziamente la volumetria edificabile ». Del resto, come evidenzia E. CATERINI, *Proprietà*, in *Tratt. Perlingieri*, III, 3, Napoli, 2005, p. 325, « il regime giuridico dell'attività edilizio-urbanistica rappresenta uno degli esempi più evidenti in cui l'ordinamento giuridico ha disciplinato la programmazione sia pur settoriale della relativa attività pubblica e privata, perseguendo con ciò i fini sociali della norma costituzionale ».

sovente dalla sola comune esigenza pubblicitaria, in effetti, non fornisce né una definizione dei « diritti edificatori », tale da consentire di ricostruirne la natura, né tanto meno alcuna indicazione in ordine al contenuto dell'accordo negoziale diretto ad incidere sulla circolazione dei medesimi diritti edificatori³.

Quale premessa, non si può fare a meno di sottolineare come, in verità, non sia la prima volta che il legislatore si orienti ad incidere sul tessuto della disciplina pubblicitaria senza prima aver regolato il fenomeno dal punto di vista sostanziale: basti qui richiamare l'esperienza dell'art. 2645 *ter* c.c. in tema di trascrizione degli atti di destinazione. Ora, con riferimento ai « diritti edificatori », come allora con riguardo agli « atti di destinazione », l'interprete viene conseguentemente chiamato a ricavare dal sistema i dati necessari a ricostruire – per quanto possibile e compiendo scelte che, almeno in prima battuta, possono sembrare approssimative – la reale carica innovativa della disposizione sul piano sistematico.

La dottrina, peraltro, già prima dell'introduzione nel c.c. dell'art. 2643, n. 2 *bis*, si è sforzata di fornire le più diverse ricostruzioni e spiegazioni della natura giuridica dei « diritti edificatori », ovvero, secondo una locuzione assai diffusa, della « cessione di cubatura ». Fattispecie, quest'ultima, consistente in quell'atto di autonomia privata con il quale il proprietario di un fondo presta il proprio consenso a che la « cubatura » (o « volumetria »), ovvero parte di essa, relativa al proprio fondo, sia utilizzata dal proprietario di altro fondo (al quale, appunto, essa viene trasferita o ceduta), al fine di ottenere dal Comune un titolo abilitativo « maggiorato », tale, cioè, da consentire al cessionario di realizzare una costruzione che non avrebbe potuto altrimenti realizzare limitandosi ad utilizzare esclusivamente la volumetria generata dal proprio fondo.

Ebbene, le ricostruzioni che si sono nel tempo sviluppate e susseguite nel tentativo di inquadrare la fattispecie dianzi prospettata tendono ad assumere una diversa visione del rapporto sussistente tra il piano del consenso dei privati ed il piano del titolo abilitativo rilasciato dal Comune a seguito del riscontro dei necessari presupposti, vale a dire una diversa valutazione, nella problematica esaminata, del valore dell'autonomia privata rispetto al ruolo della Pubblica Amministrazione. E la diversità di prospettive che fanno da sfondo, appunto, agli eterogenei ragionamenti degli interpreti, finisce col condurre, pur con una serie di rilevanti sfumature, ad una contrapposta ricostruzione del contratto di « cessione di cubatu-

³ Al riguardo, pare opportuno fin d'ora precisare subito che il termine « circolazione » sarà utilizzato esclusivamente per una maggiore comodità espositiva, pur nella consapevolezza della inidoneità, quasi per definizione, dello stesso termine a ricomprendere fattispecie « costitutive » dei diritti edificatori.

ra», ora in termini di contratto ad efficacia reale ora in termini di contratto ad efficacia obbligatoria⁴.

Senza voler in questa sede ripercorrere tutte le proposte ermeneutiche prospettate nel tentativo di ricostruire la fattispecie in esame⁵, non può farsi a meno di collocare in una posizione di preminenza, soprattutto per l'influenza successivamente riscontrata nella prassi applicativa, l'idea di accostare la figura della « cessione di cubatura » alla costituzione di servitù e, in particolare, alla costituzione di una « servitù di non edificare finalizzata o qualificata »⁶. Formula, quest'ultima, che consentirebbe di spiegare, in uno stesso unitario contesto, l'impegno del proprietario a non sfruttare la cubatura retraibile dal proprio fondo e la facoltà concessa al cessionario di utilizzare la medesima cubatura veicolandola, appunto, sul proprio fondo⁷: il tutto a condizione che tra i fondi appartenenti ai contraenti sussista il requisito della *vicinitas*⁸.

⁴ In senso critico verso quelle impostazioni tendenti ad attribuire carattere prevalente ora alla fase privatistica dell'accordo tra i proprietari ora alla fase amministrativa del rilascio del titolo abilitativo, MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012, p. 17 ss., secondo la quale, appunto, « il collegamento tra dette due fasi esclude allora la possibilità di attribuire all'una o all'altra carattere prevalente e tale da assorbire la specificità disciplinare dell'altra », con la conseguenza che « non sono condivisibili quelle impostazioni che tentano di individuare il momento qualitativamente pozio e, di qui, stabilire la disciplina dominante ». L'intima correlazione tra la vicenda privatistica riguardante il contratto di cessione e quella pubblicistica inerente al rilascio del titolo abilitativo viene ben sottolineata da MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013, p. 106, secondo la quale « siffatta correlazione è nei fatti e non può essere ignorata, dovendo, al contrario, l'interprete muovere proprio dalla necessaria confluenza dell'accordo traslativo fra privati all'interno del più ampio procedimento edilizio per tentare una corretta qualificazione del contenuto della situazione giuridica soggettiva ».

⁵ Basti qui rinviare, anche per gli opportuni ulteriori riferimenti, a MASTROPIETRO, *op. cit.*, p. 24 ss.

⁶ In tal senso, LIBERTINI, *Sui « trasferimenti di cubatura »*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 93.

⁷ V. ancora LIBERTINI, *op. loc. cit.*, il quale prospetta « una servitù di non edificare finalizzata o qualificata, in cui il peso gravante sul fondo servente non consiste solo in un non *facere* (non edificare), ma anche in un *patis* (sopportare che, su un certo fondo confinante, insista una costruzione di volume superiore agli indici di densità fondiaria stabiliti dallo strumento urbanistico) » (il corsivo è dell'A.). Da una simile ricostruzione, lo stesso A. fa derivare l'applicabilità delle disposizioni in tema di servitù, tra le quali, in particolare, gli artt. 1068 e 1071 c.c.

⁸ Da intendersi, sempre secondo LIBERTINI, *op. cit.*, p. 94, « in senso non rigoroso ». Tuttavia, per l'A. da ultimo citato, « nei casi (in realtà limitati, ma ipotizzabili) in cui detto requisito manchi » – il riferimento è sempre all'elemento della *vicinitas* – « ci troveremmo di fronte ad un diritto reale atipico, che presenta diversi elementi delle servitù, ma in cui la connessione funzionale fra utilità del fondo dominante e peso del fondo servente sarebbe puramente giuridica, e non fattuale ». Non può farsi a meno di sottolineare l'intuizione riscontrabile nel ragionamento dell'A., il quale pare aver intravisto l'evenienza della prospet-

L'accostamento della « cubatura » ad un diritto reale « tipico », quale la servitù, sia pure senza disconoscerne la peculiarità consistente nel consentire al proprietario del fondo dominante di sfruttare la cubatura spettante al proprietario del fondo servente, se, da un lato, sembrava idoneo a superare le difficoltà insite in ogni tentativo di ricostruire la fattispecie in termini di diritto reale « atipico »⁹, dall'altro non riusciva a superare l'obiezione facente leva sulla circostanza che l'eventuale *utilitas* per il proprietario del fondo dominante, proprio nella fattispecie esaminata, risultava non percepibile se non a seguito del rilascio del permesso di costruire da parte della Pubblica Amministrazione. In altre parole, il cessionario della cubatura non avrebbe potuto realizzare il proprio interesse senza il necessario passaggio per un provvedimento amministrativo favorevole: con ciò finendosi con lo svilire, in un certo senso, il riferimento stesso al concetto di servitù.

Ed è, forse, proprio la considerazione del ruolo determinante della Pubblica Amministrazione che, già prima dell'introduzione dell'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c., aveva indotto parte della dottrina a contestare la configurabilità di un contratto costitutivo di servitù e, più in generale, di un contratto traslativo di un diritto reale immobiliare¹⁰. Quella stessa dottrina, appunto esaltando il profilo del « procedimento amministrativo concessorio », ravvisava nella « cessione di cubatura » non tanto un contratto ad effetti reali, quanto, piuttosto, un contratto ad effetti obbligatori¹¹, in vir-

tazione di casi – oggi, peraltro, non limitati, come si avrà modo di verificare in seguito (cfr. *infra*, par. 2 e 3) – nei quali lo spostamento della volumetria da un fondo all'altro possa verificarsi anche a prescindere dalla *vicinitas* dei fondi medesimi, nonché la difficoltà di accomunare le diverse ipotesi in una medesima ricostruzione giuridica. Non a caso lo stesso A., conclusivamente, avverte l'esigenza di evidenziare che « non è corretto parlare di “trasferimento di cubatura” al singolare, come se ci si riferisse sempre alla medesima fattispecie ».

⁹ Sul c.d. principio di tipicità dei diritti reali e su quello del c.d. *numerus clausus*, v., anche con riguardo all'evoluzione storica della relativa problematica, l'attenta opera ricostruttiva di M. COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 287 ss.

¹⁰ Cfr., per tutti, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare (artt. 2643-2645)*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, p. 661 ss., il quale ravvisa, quale ostacolo alla configurabilità della « cessione di cubatura » in termini di contratto traslativo, non solo il profilo della tipicità dei diritti reali, ma anche la circostanza secondo cui « ci si dimentica inoltre che, attesa la natura pubblicistica del procedimento edificatorio, in tanto il c.d. cessionario acquisterà il diritto di costruire per una cubatura maggiore, in quanto possa vantare a proprio favore una concessione edilizia in tal senso »; pertanto, « pur se, a seguito dell'atto *inter partes*, il cedente perdesse il diritto di cubatura, non per questo esso sarebbe acquistato a titolo derivativo dal cessionario ».

¹¹ V., ancora, F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 664 s., il quale, come corollario della ricostruzione del contratto di cessione di cubatura in termini di efficacia obbligatoria, rileva che « il vincolo interno resta, dunque, del tutto irrilevante su qualsivoglia piano che non sia quello della mera promessa di attivarsi con il Comune ». Sempre nella prospettiva dell'effi-

tù del quale, quindi, nessun trasferimento di cubatura si sarebbe prodotto tra cedente e cessionario: quest'ultimo, al contrario, avrebbe potuto realizzare il proprio interesse solo in virtù del rilascio del titolo abilitativo da parte del Comune¹². Nel senso della efficacia meramente obbligatoria

cacia obbligatoria della « cessione di cubatura », si rileva (cfr. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria*, in *Digesto IV ed., Disc. priv., Sez. civ., Agg.*, Torino, 2000, p. 739 s.) che « le obbligazioni a carico del cessionario sono rappresentate da tutte quelle attività necessarie al fine di conseguire l'assenso della P.A. a che il cedente (...) possa edificare una volumetria maggiore di quella che lo strumento urbanistico in vigore attribuisce al terreno di sua proprietà » e che « il patto tra i privati si inserisce in un procedimento amministrativo che si conclude con il rilascio della concessione maggiorata in favore del cessionario ». Sembra condividere la tesi della « efficacia meramente obbligatoria tra le parti private » della cessione di cubatura anche G. CECCHERINI, *Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 567. In senso palesemente critico, invece, nei confronti della configurazione della « cessione di cubatura » quale « atto avente effetti obbligatori consistenti nell'assunzione da parte del cedente dell'impegno a non sfruttare le volumetrie edificabili sull'area di sua titolarità », M. COSTANZA, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 373, secondo la quale « una conclusione di questo tipo non è sostenibile nell'ambito di un sistema normativo in cui la facoltà edificatoria e le sue modalità quantitative dipendono da un atto discrezionale della p.a. »; per l'A., in conclusione, la cessione di cubatura andrebbe qualificata preferibilmente quale trasferimento di diritto reale.

¹² La valutazione del ruolo della Pubblica Amministrazione in termini di preminenza rispetto a quello dell'autonomia deve ritenersi anche alla base della tendenza, sovente diffusa nella prassi, a ritenere non necessaria l'instaurazione di un rapporto contrattuale, bensì sufficiente l'assunzione dell'obbligo (unilaterale), da parte del proprietario del fondo e nei confronti del Comune, di non sfruttare la propria cubatura. Nella prospettiva del carattere meramente obbligatoria della cessione di cubatura pare altresì doversi collocare quella ricostruzione (per la quale cfr. TRIOLA, « *La cessione di cubatura* »: *natura giuridica e regime fiscale*, in *Riv. not.*, 1974, II, p. 115) che qualificava la cessione di cubatura quale « rinuncia dietro corrispettivo alla facoltà di edificare »: ricostruzione, quest'ultima, peraltro sottoposta a revisione critica da parte di F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 662, secondo il quale la « rinuncia abdicativa (...) pur sempre presupporrebbe un diritto su un bene, suscettibile di immediata dismissione ». Al riguardo, non può farsi a meno di evidenziare come l'introduzione dell'art. 2643, n. 2 *bis*. c.c., abbia inciso sulla visione di fondo dell'A.: sul punto, v. TRIOLA, *I diritti edificatori e la c.d. cessione di cubatura*, in *Tratt. dir. immob. Visintini*, II, *I diritti reali limitati e la circolazione degli immobili*, Padova, 2013, p. 86. il quale rileva, appunto, come sia venuto meno « l'ostacolo alla perdurante efficacia semplicemente obbligatoria della cessione di cubatura » proprio per effetto della recente modifica legislativa. Peculiare appare altresì il tentativo ricostruttivo compiuto da N.A. CIMMINO, *op. loc. cit.*, il quale, nel discostarsi dalle impostazioni tendenti a ricondurre la « cessione di cubatura » nel novero dei contratti traslativi o costitutivi di diritti reali, rileva che « il trasferimento della volumetria risulta essere l'effetto finale cui si perviene attraverso due atti distinti ma fra loro collegati: da un lato, l'atto d'obbligo privato – di natura bilaterale – con il quale il proprietario del fondo cedente impone a carico del proprio fondo ed a favore del fondo appartenente a diverso proprietario un vincolo di destinazione (perpetuo e con efficacia *erga omnes* in deroga all'art. 1379 c.c.) – e precisamente un vincolo di inedificabilità – implicante dismissione della cubatura; dall'altro lato, il provvedimento amministrativo di rilascio della concessione edilizia "maggiorata" a favore di un diverso proprietario, con conse-

della cessione di cubatura – e, quindi, del carattere non vincolante dell'eventuale accordo tra privati nei confronti della Pubblica Amministrazione – si è ripetutamente espressa anche la giurisprudenza, sia della Suprema Corte¹³ che del Consiglio di Stato¹⁴.

In una differente prospettiva – e prendendo le distanze pure dalla qualificazione della « cessione di cubatura » quale contratto ad efficacia obbligatoria – è stata ipotizzata la ricostruzione della fattispecie in termini di « diritto di credito », con espresso rinvio, per quanto attiene al profilo della circolazione, alla disciplina contenuta negli artt. 1260 ss. c.c., in tema di « cessione del credito »¹⁵. Secondo la proposta ricostruttiva da ultimo menzionata, la circostanza della potenziale prevalenza, nel « diritto edificatorio », del « valore di scambio » rispetto al « valore d'uso », metterebbe in crisi il modello del diritto reale, per definizione agganciato alla *res*, almeno in tutte quelle ipotesi nelle quali, appunto, addirittura la circolazione del medesimo diritto edificatorio sia svincolata da un fondo di riferimento: considerazione, quest'ultima, che indurrebbe a ricostruire il diritto edificatorio quale « diritto di credito », rispetto al quale il Comune assumerebbe la posizione di « debitore »¹⁶.

guente redistribuzione o assegnazione a favore di quest'ultimo della cubatura dismessa ». Sembra ipotizzare la riconducibilità al « diritto di credito » della fattispecie in esame, almeno dal punto di vista del rapporto tra privati, A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, p. 306, il quale, nel contempo, non esita a qualificare i « diritti edificatori » in termini di « interessi legittimi »: sul punto, cfr. *infra*, par. 2.

¹³ V., ad es., Cass. 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Notariato*, 1996, p. 417, secondo cui, se è vero che « il cd. trasferimento di cubatura presuppone il perfezionamento di un accordo, con il quale una delle parti cede parzialmente o per intero la facoltà di edificare dal proprio terreno, a quello, appartenente all'altra parte, compreso nella stessa zona urbanistica, per consentirle di chiedere ed ottenere una concessione per la costruzione di un immobile di volume maggiore di quello cui avrebbe avuto altrimenti diritto », è altrettanto vero che « tale accordo, però, ha una efficacia soltanto obbligatoria tra i suoi sottoscrittori, giacché, sul piano pubblicistico a rilevare è la rinuncia, all'utilizzazione della volumetria, che il cedente, aderente al progetto edilizio presentato dal cessionario, abbia manifestato al Comune ». La giurisprudenza più risalente, invece, tendeva a pronunziarsi nel senso della « cubatura » quale « diritto reale immobiliare »: così, ad es., Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 368, ove si richiama, appunto, anche l'orientamento già in precedenza seguito dalla medesima Suprema Corte.

¹⁴ Cfr. Cons. Stato 23 aprile 2009, n. 3, in *Foro it.*, 2009, III, c. 523, che, nel riferirsi agli atti di natura privata destinati ad incidere sulla concreta edificabilità di un'area, si esprime in termini di « contratti atipici ad effetti obbligatori con i quali le parti dispongono della volumetria di loro immobili » ovvero di « fattispecie negoziale atipica ad effetti obbligatori in base ai quali un'area viene destinata a servire al computo dell'edificabilità di altro fondo ».

¹⁵ In tal senso, SABBATO, *Il piano casa fra disciplina statale e regionale: dinamica applicativa e riflessi perequativi*, in MUSICO, SABBATO e SALITO (a cura di), *Il piano casa*, Torino, 2011, p. 59 ss.

¹⁶ V. sempre SABBATO, *op. cit.*, p. 62 ss., secondo il quale, peraltro, « l'inquadramento

2. *L'art. 2643, n. 2 bis, c.c. e i conseguenti nuovi spunti nel dibattito sulla natura giuridica dei « diritti edificatori ».*

Con l'entrata in vigore dell'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c., l'attenzione degli interpreti si focalizza, innanzitutto, sul significato da attribuirsi alla locuzione « diritti edificatori », attesa la natura « omnicomprensiva » che pare caratterizzare la formulazione della disposizione da ultimo menzionata¹⁷.

La tentazione, ad una prima lettura della disposizione, è stata, in effetti, quella di accedere all'impostazione che propende per la « reificazione » dei diritti edificatori, i quali potrebbero essere inquadrati alla stregua di un « bene » in senso giuridico. Del resto, già prima dell'emanazione della citata norma ed osservando il crescente fenomeno della commercializzazione dei diritti edificatori, una parte della dottrina si era cimentata nel problema della possibile ricostruzione dei diritti edificatori come « bene », dopo aver risolto in senso positivo il quesito circa la suscettibilità dei medesimi diritti edificatori ad essere oggetto di un contratto di compravendita, stante l'ampia formulazione dell'art. 1470 c.c. ed il riferimento ivi contenuto al « trasferimento di un altro diritto »¹⁸. In particolare, l'impostazione da ultimo richiamata sembra prendere le mosse dalla considerazione che la stessa commerciabilità dei diritti edificatori presupponga la relativa qualificazione in termini di beni, nel significato desumibile dall'art. 810 c.c. e, specificamente, in termini di beni assimilabili ai

del diritto edificatorio nell'ambito dei diritti di credito consentirebbe di superare *d'emblais* una serie di problemi connessi non solo al principio tradizionale del nostro ordinamento della unitarietà del diritto di proprietà, che quindi non si presta ad indebite scomposizioni secondo le singole facoltà che lo connotano, ma alla stessa problematica compatibilità con il principio di inerenza dello *ius aedificandi*. In senso critico verso l'accostamento tra « valore d'uso » e « valore di scambio » dei diritti edificatori, non tanto sul piano economico e patrimoniale, quanto « sul piano delle qualificazioni giuridiche », AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Atti del Convegno (Bari, 11 giugno 2011), Milano, 2012, p. 51: secondo l'A. da ultimo citato, infatti, « l'argomento tratto dalla realizzabilità immediata del valore di scambio, più ancora che inconferente risulta fuorviante », in quanto « identico risultato consegue al trasferimento di un diritto di credito, di un diritto potestativo, di un diritto su bene immateriale, di un diritto reale immobiliare » e, quindi, si dovrebbe concludere nel senso della « *indistinguibilità* dei diversi modelli di diritto » (il corsivo è dell'A.).

¹⁷ L'opzione del legislatore in favore di una formulazione così ampia della norma è stata operata in sede di conversione del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (convertito, appunto, con modificazioni in virtù della l. 12 luglio 2011, n. 106), laddove il testo originario si riferiva ai soli contratti traslativi di diritti edificatori: sul punto, per tutti, MASTROPIETRO, *Dalla cessione di cubatura al trasferimento « in volo » dei diritti edificatori: l'art. 2643, n. 2 bis, c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 569 s.

¹⁸ Cfr. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, p. 3 ss.

« beni immobili »¹⁹. Per pervenire, infine, alla conclusione che il diritto insistente sul bene « diritti edificatori » è il « diritto di proprietà » e non un altro diritto reale limitato²⁰.

L'idea che il concetto di « volumetria » possa ricondursi alla nozione di « bene » in senso giuridico viene sostenuta anche dopo l'introduzione dell'art. 2643, n. 2 *his*, c.c., non solo sottolineando il dato storico, ma nel contempo respingendo ogni prospettiva ancorata all'impossibilità di considerare lo spazio aereo sovrastante il suolo quale possibile oggetto di diritti separatamente dalla proprietà del suolo medesimo²¹. Dall'accoglimento di una considerazione, quindi, maggiormente estensiva della nozione di bene in senso giuridico deriverebbe la possibile qualificazione della « cubatura » quale bene astrattamente suscettibile di formare oggetto di diritto e, in quanto tale, di atti di disposizione²²: in particolare, la « cubatura » potrebbe reputarsi alla stregua di un « bene immateriale di origine immobiliare » e, per sua natura, idoneo a costituire oggetto di di-

¹⁹ V. sempre GAMBARO, *op. cit.*, p. 10, secondo il quale, appunto, « se si accoglie questa impostazione che già oggi si pone come chiarificatrice del concetto di bene in senso giuridico, non insorgono difficoltà di tipo dogmatico ad intendere i diritti edificatori come un bene suscettibile di divenire oggetto di diritti, con ciò allineandosi con le concezioni prevalenti sul piano globale, ed anche con le concezioni proprie della scienza economica, trattandosi di una risorsa scarsa ad uso rivale ».

²⁰ Secondo GAMBARO, *op. cit.*, p. 10 s., « chi acquista un diritto ad edificare maggiorato perché incorpora nella sua proprietà una volumetria originariamente concessa ad altri acquista un bene altrui (...) che però non è giuridicamente diverso da quello che gli spetta *naturaliter* in quanto proprietario del fondo, ma che è maggiore di quello che gli spetterebbe senza tale acquisto ».

²¹ Cfr. G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, in *Urbanistica e attività notarile*, cit., p. 100 ss., il quale reputa una simile prospettiva, appunto, « non solo sbagliata, ma anche superata dalle recenti evoluzioni del dato positivo ». L'idea è ribadita dallo stesso A., più di recente, in G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, Milano, 2014, p. 335 ss. Pare condividere, in sostanza, la ricostruzione della « cubatura » in termini di « bene » anche MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 82 ss.

²² Secondo G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, cit., p. 116, la volumetria deve intendersi quale bene « presente » e non futuro, con la conseguenza, quindi, che il relativo atto dispositivo può avere « carattere gratuito o liberale (richiedendo il rispetto dei requisiti legali in ipotesi in cui si configuri una donazione vera e propria) o oneroso ». Secondo l'A., « se la cubatura costituisce un bene, del tutto attuale, economicamente apprezzabile immediatamente dal suo titolare, indipendentemente dall'atterraggio futuro sul fondo di destinazione, non vi è ostacolo alcuno alla possibilità che la volumetria possa formare oggetto di negozi gratuiti o liberali non trovando evidentemente alcuna applicazione il divieto di cui all'art. 771 c.c. in materia di donazione di beni futuri ». Con particolare riguardo alla « donazione » avente ad oggetto diritti edificatori, cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., p. 491 ss. In una prospettiva non dissimile, MEUCCI, *op. cit.*, p. 134, secondo la quale non sembra di impedimento alla configurazione di una cessione gratuita la previsione contenuta nell'art. 771 c.c., « non foss'altro perché i diritti edificatori rappresentano beni attuali, economicamente apprezzabili ed immediatamente fruibili ».

ritti reali²³. Quale corollario della predetta impostazione, si sottolinea l'assoluta necessità di distinguere il piano privatistico dell'accordo tra i privati, sul quale opererebbe la « circolazione » della « cubatura », dal piano amministrativo dell'attività della Pubblica Amministrazione, sul quale si realizzerebbe la « fruizione » della stessa « cubatura »²⁴. In altre parole, le operazioni sulla volumetria verrebbero a collocarsi sul confine tra diritto amministrativo e diritto civile: quest'ultima assumerebbe contemporaneamente la veste di oggetto di diritto nei rapporti tra privati e di interesse legittimo nei confronti della Pubblica Amministrazione²⁵.

La ricostruzione tendente a qualificare la « cubatura » quale bene in

²³ In tal senso, G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, cit., p. 115, nonché ID., *I diritti edificatori*, cit., p. 343 s.

²⁴ V. sempre G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, cit., p. 105 s., il quale, a conferma della propria impostazione, richiama le diverse fattispecie delle « quote latte », del « diritto al reimpianto del vitigno », dei « diritti/titoli all'aiuto ». Nella prima, la titolarità della « quota latte » spetta al produttore, al quale, nel contempo, è riconosciuta, a determinate condizioni, la facoltà di cedere o affittare la quota senza trasferire l'azienda agricola: così potendosi configurare la « quota latte » quale « bene immateriale, incorporale, collegato all'azienda dell'allevatore quale elemento di essa, e non più al terreno » e, quindi, quale « bene oggetto di una specifica tutela giuridica », nonché suscettibile di essere oggetto del « diritto di proprietà ». Nella seconda, il « diritto al reimpianto del vitigno » può essere alienato ad altri viticoltori « con modalità autonome rispetto all'azienda di appartenenza originaria », così finendo con l'acquisire « il rilievo oggettivo di un vero e proprio bene – nel significato di cui all'art. 810 c.c. – del tutto indipendente anch'esso rispetto al terreno di riferimento ». Nella terza, infine, l'agricoltore, al quale sia stato riconosciuto il « diritto/titolo all'aiuto », può, in alternativa alla richiesta di pagamento, trasferire il medesimo ad altro agricoltore, anche in questo caso trattandosi di « beni immateriali, sia pure collegati ad un bene immobile ». Il riferimento alle « quote latte » quale « nuova » tipologia di « beni immateriali » è anche in MEUCCI, *op. cit.*, p. 92. L'accostamento della « cessione di cubatura » ora alle « quote latte » ora al « diritto di reimpianto di vitigni » viene, al contrario, respinto da F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in E. GABRIELLI e F. GAZZONI (a cura di), *Trattato della trascrizione*, I, 1, Torino, 2012, p. 210, il quale rileva che « le due predette vicende sono peraltro diverse rispetto alla cessione di cubatura, perché, per quanto riguarda la quota latte, non vi è alcun rapporto con un fondo e quindi non vi è collegamento, né come facoltà del relativo diritto di proprietà, né come bene in ipotesi ad esso unito » e, comunque, « in entrambi i casi (...) non è ipotizzabile un mero interesse legittimo alla produzione del latte e dei vitigni, salvo immaginare che si sia in presenza di beni conformati, piuttosto che di limiti all'iniziativa economica privata, la violazione dei quali comporta (solo) sanzioni pecuniarie ».

²⁵ Cfr., ancora, G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, cit., p. 107 ss., secondo il quale « il pregio della distinzione della qualificazione della fattispecie tra diritto soggettivo (nei rapporti tra le parti, atteggiato a sua volta nei termini richiesti da ciascuna fattispecie) avente ad oggetto il bene cubatura ed interesse legittimo (nei riguardi della pubblica amministrazione), permette, allora, di realizzare anche lo scopo di porre accanto al chiaro richiamo allo strumentario del contrattualista nella predisposizione dell'atto negoziale, che curerà l'emersione dei profili di realtà, il riferimento evidente ai meccanismi di salvaguardia specifici della situazione giuridica lesa nei confronti dell'ente pubblico ».

senso giuridico, peraltro, è stata sottoposta a revisione critica da una parte della dottrina. La necessità di « reificare » la « volumetria », storicamente alimentata dall'assenza di una previsione normativa idonea a giustificare la circolazione, risulterebbe oggi vanificata dall'introduzione dell'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c.: previsione, quest'ultima, che varrebbe a riconoscere l'esistenza del diritto edificatorio quale « situazione giuridica soggettiva autonoma »²⁶. A conferma dei rilievi critici dianzi svolti, si invoca un duplice ordine di considerazioni: in primo luogo, a voler considerare la « cubatura » quale bene, la citata previsione non sarebbe stata necessaria, ben potendosi ricondurre il medesimo bene al diritto di proprietà; in secondo luogo, il testuale riferimento nella norma ai contratti « costitutivi » del diritto edificatorio²⁷.

La conclusione nel senso della esclusione della cubatura dalla categoria dei beni in senso giuridico conduce quella stessa dottrina a propendere per la qualificazione del « diritto edificatorio » in termini di « diritto reale tipico »²⁸: da un lato, infatti, la problematica del *numerus clausus*

²⁶ V. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., p. 47 ss., secondo il quale la ricostruzione della volumetria in termini di « bene immateriale » sarebbe sorta proprio dalle difficoltà insite nei tentativi di qualificare il fenomeno in termini di « diritto reale », dovendosi salvaguardare i profili della « atipicità » e della « inerenza », caratteristici, appunto, dei diritti reali; in particolare, « all'una e all'altra difficoltà s'è tentato di ovviare, ridefinendo l'oggetto della tutela: alla prima (atipicità), costruendo la potenzialità edificatoria non come diritto, ma come *bene*; alla seconda (difetto di inerenza), affermandone in più la natura di bene *immateriale* » (il corsivo è dell'A.). Tuttavia, sempre secondo l'A., con l'introduzione dell'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c., « cade (...) la necessità di "reificare" la volumetria per assicurare la tutela (e l'attitudine circolatoria) garantite dalla proprietà, di cui verrebbe così (surrettiziamente) fatta oggetto: in quanto analoga tutela le è attribuita oggi dal legislatore nazionale, per il tramite della nuova figura di qualificazione giuridica rappresentata dal *diritto edificatorio* » (il corsivo è dell'A.).

²⁷ Cfr. AMADIO, *op. cit.*, p. 49, ad avviso del quale la « costituzione » del diritto edificatorio non sarebbe concepibile, « se fosse vero che la volumetria è *bene in sé*, e che dunque, come tale, una volta "attribuito al proprietario", in forza della previsione urbanistica, non avrebbe bisogno di alcun atto negoziale costitutivo, ma solo semmai (...) di un trasferimento » (il corsivo è dell'A.).

²⁸ Così AMADIO, *op. cit.*, p. 53, il quale, peraltro, esclude che il « diritto edificatorio » possa reputarsi « diritto reale su cosa altrui »: secondo l'A., infatti, « l'equivoco è dato, anche qui, dalla sovrapposizione tra il piano dispositivo e quello realizzativo: se è vero che il diritto edificatorio nasce attraverso l'atto con cui la potenzialità edificatoria (insita nel diritto dominicale) viene costituita in situazione giuridica soggettiva autonoma, e se ciò evoca (anche per l'indubbia assonanza con la superficie) la nascita di uno *ius in re aliena*, è altrettanto vero che per potersi riferire a quest'ultima categoria sarebbe necessario che il bene, su cui il nuovo diritto dovesse esercitarsi, fosse oggetto di una concorrente proprietà (*nuda*) altrui ». Con riguardo, tuttavia, al « diritto edificatorio », tale ultima circostanza sarebbe da escludersi: del resto, « l'assimilazione alla superficie può dunque rivelarsi utile per ricostruire il *contenuto* della situazione giuridica, e conseguentemente descriverne la genesi, che (analogamente a quella) avviene attraverso il distacco di una facoltà inerente il

viene superata con il richiamo alla espressa previsione normativa, oggi rappresentata dall'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c.²⁹; dall'altro, l'impossibilità di concepire l'esistenza di un diritto reale privo dell'attributo dell'attuale inerenza alla *res* si tempera, con specifico riguardo alla configurazione del « diritto edificatorio » quale « diritto reale », con l'affermazione alla cui stregua l'inerenza è presupposto necessario alla realizzazione del diritto ma non presupposto necessario alla circolazione di quest'ultimo, proprio per volontà dello stesso legislatore. In tal modo, allora, il carattere reale del diritto edificatorio, anche nelle ipotesi di circolazione senza un immediato legame con un fondo, troverebbe una propria giustificazione nell'affermazione della relativa « inerenza virtuale »³⁰.

Tuttavia, la ricostruzione dei « diritti edificatori » in termini di « diritto reale » non sembra aver convinto quella parte della dottrina che contesta il ricorso al concetto di « inerenza virtuale », quale presupposto necessario alla realizzazione del diritto edificatorio e non alla circolazione di quest'ultimo: l'inerenza, infatti, non potrebbe concepirsi se non quale « carattere intrinseco e quindi costitutivo del diritto reale »³¹. A ciò si aggiunga come, a voler configurare il diritto edificatorio alla stregua di *ius in re*, si finirebbe per correre il rischio di fornire una lettura non unitaria

dominio e la sua elevazione a diritto a sé stante: l'accostamento tuttavia non consente di attrarre la nuova figura alla categoria dei diritti reali su cosa altrui ».

²⁹ In tal senso, AMADIO, *op. cit.*, p. 49 s., il quale, proprio riferendosi all'ampia formulazione dell'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c., rileva che « produrrà dunque un effetto costitutivo-attributivo il contratto con cui il proprietario, il cui diritto dominicale incorpora la potenzialità edificatoria, attribuisce a un terzo la suddetta potenzialità (elevandola a diritto); saranno viceversa traslativi i contratti con cui quel diritto (ormai assunto a situazione giuridica autonoma) verrà trasferito ad ulteriori aventi causa ».

³⁰ Sul punto, AMADIO, *op. cit.*, p. 51 ss., il quale si esprime in termini di *inerenza virtuale* con riferimento alle ipotesi di trasferimento c.d. in volo (in relazione alle quali v. *infra*, par. 3), così individuando una peculiarità della fattispecie esaminata proprio nella distinzione, appunto, tra le ipotesi in cui la fruizione del diritto edificatorio può trovare immediata realizzazione e quelle in cui, al contrario, la fruizione del medesimo diritto appare differita: « l'inerenza al bene su cui il diritto deve esercitarsi potrà essere immediata o differita rispetto all'acquisto (...) essa incide sulla realizzabilità del diritto (cioè sull'esercizio in concreto della facoltà di sfruttamento edificatorio), ma non impedisce il perfezionarsi della fattispecie traslativa, come rilevato dalla previsione della trascrivibilità immediata dell'acquisto ».

³¹ In questi termini, F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 233, il quale sottolinea drasticamente che « un diritto reale senza un bene cui esso inerisca è davvero una contraddizione, onde esso non può circolare come tale ». Ancora, sempre secondo l'A. (p. 237), la ricostruzione dei diritti edificatori in termini di diritti reali « è, all'evidenza, frutto, da un lato, di una presa di posizione aprioristica, volta al recupero di una dimensione tendenzialmente privata della vicenda edificatoria e, dall'altro, di una sorta di strabismo, con deviazione degli assi visivi giuridici in direzione del terreno edificabile ». Sul punto, v. anche i rilievi critici di MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., spec. p. 100 ss. e MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 81 s.

del fenomeno circolatorio dei diritti edificatori, a seconda, cioè, che gli stessi circolino con ovvero senza legame con un fondo³².

Quella stessa dottrina che, come dianzi rilevato, prende le distanze dalla ricostruzione dei « diritti edificatori » quali « diritti reali », non esita a discostarsi, altresì, dall'impostazione tendente alla reificazione dei medesimi diritti edificatori, principalmente sulla base di un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, se la cubatura fosse un bene, la medesima dovrebbe circolare secondo gli schemi contrattuali che, sotto il profilo pubblicitario, sarebbero già di per sé riconducibili alle previsioni contenute nei nn. 1) e 10) dell'art. 2643 c.c. In secondo luogo, la cubatura, in assenza del rilascio del titolo abilitativo alla costruzione, difetterebbe di quel carattere della *utilitas* per il privato, necessario alla individuazione di un bene in senso giuridico³³. Se a ciò si aggiunge come la prospettiva della « reificazione » della « cubatura » non tenga nella dovuta considerazione la collocazione del relativo contratto di cessione nel più ampio contesto di un procedimento amministrativo – del quale costituisce, appunto, uno dei presupposti³⁴ – ne deriva, sempre secondo l'impo-

³² Così, G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., p. 322 ss., secondo il quale, in particolare (p. 331), « è evidente poi che la fattispecie "diritti edificatori" non possa assumere colorazioni diverse dal punto di vista tecnico se è in volo, se sorge, se atterra o se non è originata, ma è sempre eguale a sé stessa in ogni diversa ipotesi: anzi è proprio questa la novità vera della nuova disposizione che omologa dal punto di vista della pubblicità i diritti edificatori comunque denominati, siano essi previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale ». Nello stesso senso, in sostanza, MASTROPIETRO, *op. ult. cit.*, p. 103, secondo la quale, appunto, « è indubbio, però, sul versante logico-ricostruttivo, che la fattispecie dei diritti edificatori non può assumere connotazioni diverse (diritto reale o no) a seconda che sia in volo o no e che sia originata o meno da un fondo ». Sulla necessità di adottare una prospettiva unitaria del fenomeno della circolazione dei « diritti edificatori », v. *infra*, par. 3.

³³ Cfr. F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 207 ss., il quale, nel rilevare che « il fatto che la potenzialità edificatoria sia senza dubbio un valore in termini economici e costituisca un vantaggio, vale solo a qualificare giuridicamente il bene terreno e quindi il regime della relativa proprietà in termini di conformazione, perché la cubatura è proprio il risultato del potere conformativo che, in materia edilizia, spetta alla legge », sottolinea la « ambiguità della teoria del bene autonomo » anche con riferimento all'utilizzazione della locuzione « bene immateriale di origine immobiliare ».

³⁴ Riflessione, quest'ultima, che, anteriormente all'introduzione del n. 2 *bis* dell'art. 2643 c.c., aveva indotto l'A. a condividere la ricostruzione della vicenda in termini di contratto ad efficacia obbligatoria: sul punto, v. *supra*, par. 1 e, ancora, F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 211. Sempre in senso critico verso la tendenza a « reificare » la « cubatura », pure identificando nella medesima un « bene immateriale », cfr. anche il rilievo di MASTROPIETRO, *op. ult. cit.*, p. 97, secondo la quale « potrebbero essere ricomprese nella categoria in esame (...) solo quelle entità immateriali che realizzino un apporto creativo e che siano suscettibili di essere riprodotte in un numero di esemplari indefinito, presupposti, questi, che difetterebbero nella fattispecie del bene immateriale cubatura ».

stazione dianzi richiamata, una netta presa di posizione in favore di un differente approccio ermeneutico.

L'introduzione dell'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c. conterrebbe una previsione tale da giustificare il transito da una ricostruzione in termini obbligatori del contratto di cessione dei diritti edificatori ad un'qualificazione di quest'ultimo alla stregua di contratto ad effetti reali. E, dopo aver respinto le ipotesi interpretative tendenti a ricondurre la fattispecie in esame nel novero dei contratti traslativi di un nuovo diritto reale ovvero nell'ambito dei contratti traslativi della proprietà della cubatura quale bene in senso giuridico, si prospetta l'idea che la medesima fattispecie possa consistere in un contratto avente ad oggetto « la *chance* edificatoria », discendente da un « interesse legittimo pretensivo », in quanto tale suscettibile di circolazione mediante contratto, appunto, ad effetti reali³⁵.

Da un punto di vista sistematico, la cessione dei diritti edificatori sarebbe riconducibile al principio posto dall'art. 1376 c.c., nella parte in cui tale previsione si riferisce al « trasferimento di un altro diritto ». Nell'ipotesi esaminata, tuttavia, il cessionario non vanterebbe un diritto di credito verso il Comune al rilascio del titolo abilitativo – atto, quest'ultimo, « non dovuto » – essendo assimilabile l'operazione, piuttosto, alla cessione di un « credito anche solo sperato » ovvero di una « aspettativa di diritto »³⁶. Dal momento, poi, che la *chance* edificatoria rappresenta

³⁵ « Interesse legittimo pretensivo », in particolare, da intendere quale « situazione giuridica soggettiva correlata a beni della vita, patrimonialmente valutabili »: in questi termini, F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 213. La concezione della « volumetria » quale *chance* viene condivisa anche da A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, cit., p. 306 s., il quale sottolinea il carattere atecnico della locuzione « diritti edificatori », dal momento che « da un punto di vista tecnico le cessioni ed i trasferimenti di cubatura non dispongono di "diritti edificatori", ma di interessi pretensivi alla realizzazione di volumetrie ».

³⁶ Secondo F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 213 s., in effetti, il « confine » tra la *chance* edificatoria e le figure della cessione di credito solo sperato ovvero dell'aspettativa di diritto viene definito « labile ». Inoltre, sempre secondo l'A., « l'interesse legittimo indubbiamente si attegga quale *chance*, tant'è che, in chiave risarcitoria, è necessario un giudizio prognostico con riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell'istanza presentata alla pubblica amministrazione e quindi sull'esistenza di una situazione suscettibile di fondate un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, secondo un criterio di normalità ». Sul punto, v. anche MASTROPIETRO, *op. ult. cit.*, p. 14, la quale, proprio per spiegare la ricostruzione operata dal citato A., rileva che « in questi termini, potrebbe allora sostenersi che la *chance* edificatoria circoli alla stessa stregua, pur senza esserlo, di un diritto di credito »; sempre secondo l'A. (p. 123 s.), « è in questi termini, pertanto, che potrebbe ricostruirsi la circolazione giuridica della *chance* edificatoria secondo il modello tipico della cessione del credito, pur non essendo tale, giacché, come ampiamente sottolineato, il cedente, prima della cessione, e il cessionario, a seguito di essa, non sono titolari di una pretesa in senso tecnico-giuridico, eseguibile in forma specifica, nei confronti dell'autorità comunale, il cui rilascio del permesso di costruzione per una cubatura mag-

una possibilità, per il titolare, di ottenere un vantaggio economico sperato, la medesima sarebbe in grado di circolare analogamente al diritto di credito³⁷.

In sintesi, sempre secondo l'opzione ermeneutica dianzi richiamata, l'esplicita previsione della trascrizione dei contratti aventi ad oggetto la cessione di diritti edificatori sembrerebbe assumere rilievo anche « sul piano dei principi »: essendo a carico del Comune la verifica dei presupposti vantati dal cessionario al fine del rilascio del permesso di costruire – tra i quali ora, appunto, deve ricomprendersi la verifica della continuità delle trascrizioni – gli eventuali vizi del contratto di cessione potrebbero ripercuotersi, in ultima analisi, sulla validità dell'atto amministrativo³⁸.

3. Eterogeneità genetica dei « diritti edificatori ».

Come già in precedenza rilevato, l'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c., con formulazione onnicomprensiva, dispone la trascrizione dei « contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale »: in virtù della predetta previsione, il legislatore, in sostanza, ha inteso accomunare, almeno sotto il profilo della disciplina pubblicitaria, una serie aperta di fattispecie, le quali, se da un lato appaiono, appunto, caratterizzate dal comune profilo consistente nella circolazione del diritto edificatorio, dall'altro, nel contempo, si discosta-

giorata non è atto dovuto ». L'A. da ultimo richiamata, peraltro, a conclusione del proprio ragionamento, prospetta l'accostamento della fattispecie esaminata alla « ipotesi di (cessione di) una aspettativa di (un diritto di) credito (futuro) », nella quale « il cessionario della *chance*, titolare di un'aspettativa edificatoria collegata al rilascio del titolo abilitativo edilizio, sembra trovarsi, infatti, *mutatis mutandis*, nella stessa situazione giuridica in cui si trova l'acquirente di un (diritto di) credito futuro, titolare, come pur si sostiene, di una situazione autonoma di aspettativa rispetto al futuro acquisto, che è eventuale e comunque differito e irretroattivo ».

³⁷ Sul punto, v. sempre F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 214, per cui chi acquista la *chance* edificatoria « ha la fondata probabilità che il Comune accolga l'istanza e rilasci il permesso di costruire, riferito a quella data cubatura maggiorata e dunque tenga quel dato comportamento, pur se non dovuto, ma frutto di discrezionalità ».

³⁸ Cfr. F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 219 s., ad avviso del quale « si è dunque pur sempre in presenza di un procedimento amministrativo, con la peculiarità che l'atto privato presupposto potrebbe essere ora un contratto opponibile, nel senso chiarito », con la conseguenza, infine, che « il Comune, in sede di esame dell'istanza, dovrebbe verificare non solo che chi chiede il permesso di costruire per una cubatura maggiore abbia osservato il principio di continuità, con il rispetto di quanto disposto dall'art. 2644, 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 ».

no dal tradizionale schema della « cessione di cubatura », nel senso sopra chiarito³⁹, traendo origine, piuttosto, da prassi applicative locali non sempre uniformi e trovando frammenti di disciplina, appunto, in normative particolari e sovente divergenti.

La complessità di simili fenomeni – ancorché generalmente ricondotti a comuni definizioni, al fine di utilizzare, almeno sul piano descrittivo, le medesime locuzioni – sembra celare, in realtà, una indubbia eterogeneità ed articolazione degli interessi sottesi, come tale refrattaria ad ogni tentativo di sistematizzazione. Tuttavia, nonostante le oggettive difficoltà insite, come rilavato, in ogni tentativo di classificazione delle figure esaminate, la dottrina sembra ormai tendenzialmente concordare nell'individuazione di almeno tre tipologie di esse: « perequazione », « compensazione » e « incentivazione ».

Secondo la tecnica urbanistica della c.d. perequazione, si tende ad attribuire, in sostanza, un valore edificatorio uniforme a tutti i proprietari di un'area oggetto di potenziale trasformazione urbanistica, a prescindere dalla effettiva localizzazione della capacità edificatoria in relazione alle singole porzioni di suolo⁴⁰. La stessa tecnica perequativa, peraltro, a sua volta sembra assumere connotazioni differenti a seconda delle modalità alla cui stregua, in concreto, viene realizzata⁴¹. Diversa appare, invece, la prospettiva nella quale sembra muoversi la tecnica urbanistica della c.d. compensazione, la quale cerca di ristorare il proprietario che abbia subito l'imposizione del vincolo espropriativo mediante l'attribuzione di quote di edificabilità o recupero di cubatura in altre aree, così discostandosi

³⁹ V. *supra*, par. 1.

⁴⁰ In tal senso, 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 *Urbanistica e attività notarile*, cit., p. 30 s., il quale individua, quali possibili principali ragioni del diffondersi della perequazione, quella di « ovviare alle criticità proprie della zonizzazione, in specie alle forti *sperequazioni* che la tecnica dello *zoning* determina tra le diverse classi dei proprietari fondiari » (il corsivo è dell'A.), nonché quella di « consentire ai comuni di disporre di aree pubbliche per servizi senza affrontare da un lato il carico finanziario necessario per l'attuazione di misure espropriative, dall'altro la conflittualità inevitabilmente conseguente al ricorso ai vincoli di inedificabilità e alle successive misure espropriative ». Per una prospettiva non dissimile, v. anche P. URBANI, *Disciplina regionale concorrente in materia di governo e del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica*, in *Urbanistica e attività notarile*, cit., p. 9 ss.

⁴¹ Sul punto, basti qui rinviare alla classificazione dei fenomeni, secondo le rispettive tipologie, compiuta da G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, cit., p. 84 s., il quale distingue, appunto, quali differenti ipotesi di perequazione: la c.d. perequazione urbanistica pura, la c.d. perequazione infrastrutturale (o infrastrutturativa) o con oneri di cessione, la c.d. perequazione con volumetria pubblica aggiuntiva, la c.d. perequazione sui residui. Per un'ampia ed approfondita disamina del fenomeno perequativo, cfr., anche per gli ulteriori opportuni riferimenti, BOVA, *Aspettative reali e diritti edificatori*, Napoli, 2012, p. 142 ss.

dallo schema tradizionale della prestazione pecuniaria eseguita dall'ente a vantaggio del proprietario espropriato e, nel contempo, evitando all'ente medesimo di sopportare i costi emergenti dalla stessa procedura espropriativa⁴². Ancora differente, infine, è la tecnica della c.d. incentivazione, nota anche come « premialità edilizia », la quale consente al Comune di attribuire diritti edificatori in favore di determinati soggetti, i quali possano ritenersi meritevoli per aver realizzato opere tendenti al raggiungimento di interessi pubblici⁴³.

I fenomeni dianzi, pur brevemente, illustrati non sembrano rilevare, in questa sede, per la funzione effettivamente svolta dalle differenti tecniche urbanistiche che ne risultano alla base: tecniche, queste ultime, che devono necessariamente adattarsi alle diverse istanze che promanano dal territorio e che, quindi, inevitabilmente, tendono ad incidere in maniera non uniforme sulle complesse relazioni che si vengono ad instaurare tra il privato, da un lato, e la Pubblica Amministrazione, dall'altro. Del resto, è proprio la ricchezza e diversità degli interessi che pare aver condotto al successo delle medesime tecniche rispetto ai tradizionali strumenti di pianificazione territoriale.

Ai fini della presente indagine, piuttosto, sembra rilevare principalmente il tratto comune emergente nelle distinte figure della perequazione, della compensazione e della incentivazione – anche definito « comune denominatore »⁴⁴ – vale a dire l'idoneità a generare « diritti edificatori », in quanto tali suscettibili di successiva circolazione⁴⁵. Al riguardo, proprio per distinguere le fattispecie da ultimo richiamate – caratterizzate

⁴² V., sul punto, P. URBANI, *op. cit.*, p. 16 e R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 34 s. Sottolinea bene « lo scopo della compensazione », ovvero « quello di consentire alle amministrazioni comunali di espropriare le aree soggette a vincolo urbanistico, senza l'esborso di un indennizzo (...) cui le amministrazioni spesso non possono provvedere per scarsità di risorse finanziarie », MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 59.

⁴³ Sul punto, R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 35, il quale ricorda che « gli interventi di riqualificazione urbana diretti a realizzare attrezzature e servizi in aggiunta a quanto necessario per soddisfare gli standard o migliorare la qualità ambientale determinano quindi un premio riconosciuto dalla pubblica amministrazione e consistente nell'attribuzione di un *bonus* di diritti edificatori in aggiunta a quelli già spettanti all'area ». In argomento, v. anche la riflessione svolta da MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 64 ss., la quale, in particolare, rileva che « scopo della premialità edilizia è, dunque, quello di promuovere l'iniziativa privata sul versante dell'efficientamento energetico e della riqualificazione paesaggistica, concedendo un beneficio, però, ai soggetti privati sotto forma di incremento volumetrico proporzionale alla rilevanza dei vantaggi collettivi prodotti dall'intervento stesso ».

⁴⁴ L'espressione è in R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 35 s.

⁴⁵ V. sempre, R. GAROFOLI, *op. loc. cit.*, secondo il quale « allorché l'amministrazione ricorre alle misure citate si registra, invero, una separazione della capacità edificatoria dalla proprietà del terreno da cui la stessa ha origine, divenendo tale capacità qualcosa di trasferibile e negoziabile ».

dalla comune circostanza della genesi amministrativa della volumetria – dalla tradizionale ipotesi della « cessione di cubatura », nella quale il provvedimento amministrativo si limita ad innestarsi su di un accordo già intercorso tra privati, si è utilizzata la locuzione « crediti edilizi »⁴⁶.

Le peculiarità che valgono a distinguere le più recenti ipotesi di « diritti edificatori » emergenti nella prassi dal classico schema della « cessione di cubatura » attengono, peraltro, non soltanto al momento genetico, come dianzi rilevato, ma anche al profilo circolatorio. Se, infatti, secondo la definizione in questa sede adottata quale premessa⁴⁷, la cessione di cubatura consiste in quell'atto di autonomia privata con il quale il proprietario di un fondo presta il proprio consenso a che la « cubatura » (o « volumetria ») oppure parte di essa, relativa al proprio fondo, sia utilizzata dal proprietario di altro fondo (al quale, appunto, essa viene trasferita o ceduta), al fine di ottenere dal Comune un titolo abilitativo « maggiorato » (tale, cioè, da consentire al cessionario di realizzare una costruzione che non avrebbe potuto altrimenti realizzare limitandosi ad utilizzare esclusivamente la volumetria generata dal proprio fondo), è dato evincere che uno dei presupposti dell'operazione negoziale prospettata deve individuarsi nella circostanza che il cessionario della cubatura risulti proprietario, al momento della conclusione dell'atto di cessione, di altro fondo, in relazione, al quale, appunto, debba essere rilasciato dal Comune il permesso di costruire « maggiorato ».

Il connotato peculiare, invece, dei diritti edificatori riconosciuti al privato in virtù delle tecniche della perequazione, compensazione e incentivazione viene comunemente individuato nella loro caratteristica di non essere necessariamente ancorati ad un fondo, ben potendo il cessionario dei medesimi diritti edificatori non risultare, al momento del trasferimento, titolare di altro fondo in relazione al quale sfruttare la volumetria stessa, al fine del rilascio di un titolo abilitativo da parte del Comune. Circostanza, quest'ultima, che rende i diritti edificatori, in queste ipotesi, per così dire, di genesi amministrativa, autonomi e, in quanto tali, suscettibili di rientrare nell'oggetto di negozi giuridici, ancorché in assenza di un collegamento diretto con l'area di provenienza o con l'area di destinazione⁴⁸.

⁴⁶ Locuzione, quella di « crediti edilizi », definita « atecnica » da F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 221 s., in quanto, « a seguito dell'accordo di pianificazione, il privato non ha, nei confronti della pubblica amministrazione, un diritto perfetto, che possa risolversi in una pretesa, eseguibile magari in forma specifica, ma, anche in questo caso, una *chance*, legata ad un interesse legittimo pretensivo, valutabile, in chiave prognostica, sulla base dell'affidamento all'utilizzazione del c.d. credito, dovendo sempre intervenire un successivo provvedimento amministrativo, in sede di effettiva utilizzazione ».

⁴⁷ V. *supra*, par. 1.

⁴⁸ In tal senso, R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 36, il quale precisa che « se nell'ipotesi di pe-

Quale corollario del non necessario, immediato ed attuale legame dei diritti edificatori con altro fondo, gli stessi sono suscettibili altresì di reiterate successive cessioni, vale a dire di una serie indefinita di trasferimenti in favore di soggetti, i quali, proprio per la peculiare connotazione assunta dai diritti edificatori medesimi, possono non risultare proprietari di un fondo, ovvero proprietari di un fondo che, per le relative caratteristiche, non si presenti tale da consentire il rilascio, da parte del Comune, del titolo abilitativo. Secondo una felice espressione fatta propria dalla dottrina pressoché unanime, nella circolazione dei diritti edificatori si dovrebbero distinguere, in sostanza, tre fasi: la prima fase, definita del « decollo », nella quale i diritti edificatori sono ceduti dal titolare e si staccano dal suolo che li ha originati; una seconda fase, definita del « volo », nella quale i diritti edificatori in parola sono oggetto di atti di disposizione e sono trasferiti, ancorché essi non siano sfruttabili (in astratto) ovvero sfruttati (in concreto) a fini edificatori; una terza fase, definita di « atterraggio », nella quale i diritti edificatori sono acquistati da soggetto titolare di un fondo che, per sua natura, presenti quelle caratteristiche tali da consentirne lo sfruttamento, al fine del rilascio del titolo abilitativo da parte della competente Autorità.

4. *Circolazione « in volo » dei « diritti edificatori » e problematiche in tema di trascrizione.*

L'eventuale diversa genesi dei diritti edificatori, privata o amministrativa che si ritenga essere, con tutte le conseguenze che se ne possano trarre sotto il profilo della relativa circolazione, non ha indotto, comunque, la dottrina ad adottare una diversa qualificazione del fenomeno a seconda che i medesimi diritti edificatori siano originati nell'ambito dell'applicazione di tecniche urbanistiche di pianificazione territoriale, ovvero in virtù di accordi che, almeno nella loro fase iniziale, risultino rilevare esclusivamente sul piano dell'autonomia privata.

Una simile visione, per così dire, unitaria, può essere agevolmente riscontrata negli interpreti anche allorché la ricostruzione di fondo del fenomeno abbia indotto i medesimi a sostenere una differente ipotesi ermeneutica. In particolare, la circostanza che, ai fini della qualificazione dei

requazione c'è un collegamento genetico tra diritto e terreno (la qualità edificatoria è propria del terreno), nell'ipotesi di compensazione e di incentivazione può mancare il rapporto diretto anche nel momento genetico il diritto edificatorio essendo infatti attribuito dall'amministrazione quale corrispettivo per la cessione di un'area in seguito ad un intervento di riqualificazione, non costituendo quindi qualità intrinseca dell'area stessa ».

« diritti edificatori », si ricorra ora al concetto di « bene »⁴⁹, ora al concetto di « diritto reale »⁵⁰, ora al concetto di « *chance* edificatoria »⁵¹, non sembra incidere sulla comune esigenza di attribuire alle differenti figure esaminate una medesima natura giuridica: in tal modo non lasciandosi influenzare, appunto, dalla possibile eterogenea connotazione della relativa fase genetica.

A parere di chi scrive, l'adozione di una prospettiva ricostruttiva unitaria, tale, cioè, da non frantumare la natura giuridica dei diritti edificatori a seconda della possibile eterogenea origine dei medesimi, appare un corretto metodo esegetico nella misura in cui si riveli strumento necessario a pervenire ad analoga visione unitaria anche sotto il profilo del meccanismo pubblicitario. È bene ricordare, infatti, come la previsione che contempla i diritti edificatori sia stata collocata nella parte che il codice civile dedica alla pubblicità immobiliare e sia valsa, quindi, proprio a legittimare, sul piano normativo, l'utilizzazione dello strumento della trascrizione anche allorché gli stessi diritti edificatori circolino « in volo », nel senso in precedenza chiarito⁵².

La problematica principale, allora, che pare emergere in tema di trascrizione degli atti comportanti trasferimento di diritti edificatori si presenta legata, indubbiamente, a quelle ipotesi nelle quali questi ultimi circolano tra i privati, ancorché in assenza di qualsiasi riferimento ad un suolo.

Le difficoltà insite nella prospettazione di un meccanismo pubblicitario, pur in assenza di riferimento ad un fondo, hanno indotto qualche autore a concludere nel senso della esclusione del medesimo strumento

⁴⁹ Cfr. G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, cit., p. 107 s., nonché ID., *I diritti edificatori*, cit., p. 353, secondo il quale « sono pertanto omogenei dal punto di vista della loro natura giuridica i diritti edificatori, quale che sia la loro fonte ed il meccanismo urbanistico peculiare che li regola, come è peraltro evidente dal riferimento omogeneo contenuto proprio nel n. 2 bis dell'art. 2643 c.c. ».

⁵⁰ V. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., p. 44, il quale sembra condividere « l'esigenza (...) che il problema venga affrontato e risolto in prospettiva unitaria ». Tuttavia, lo stesso A., nell'illustrare l'ipotesi (p. 52) in cui il diritto edificatorio non sia collegato alla titolarità di un fondo, assimila quest'ultimo al « credito inesigibile ».

⁵¹ In tal senso, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 223, il quale, nel riferirsi all'ipotesi della circolazione dei diritti edificatori in assenza di legame con un fondo di atterraggio, rileva che « non si vede però come possa distinguersi tale ipotesi rispetto a quella della cessione di cubatura tra fondi contigui, senza dunque un "volo", salvo, appunto, la libera circolabilità, a prescindere da singole autorizzazioni amministrative »; secondo l'A., in conclusione, « la cubatura dunque è e resta la misura matematica dell'edificabilità del suolo ». Secondo una analoga prospettiva unitaria, cui si perviene anche risaltando il dato normativo dell'art. 2643, n. 2 bis, c.c., v. anche MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., spec. p. 103 ss.

⁵² Sul punto, cfr. *supra*, par. 3.

pubblicitario in tutte quelle ipotesi nelle quali i diritti edificatori sorgano senza alcun rapporto, anche nella fase iniziale, con un fondo di origine⁵³: circostanza controversa, quest'ultima, che potrebbe verificarsi, in particolare, ogni qual volta sia il Comune a generare i diritti edificatori mediante un provvedimento amministrativo in vista di una futura assegnazione dei medesimi, dietro corrispettivo, ai privati⁵⁴.

In ogni caso, anche nelle ipotesi nelle quali, almeno nella fase iniziale, i diritti edificatori abbiano avuto il legame con un determinato fondo, i successivi atti di trasferimento dei medesimi diritti edificatori dovrebbero essere trascritti nei registri immobiliari facendo riferimento, nel quadro della nota di trascrizione relativo, appunto, all'oggetto, ai dati del suolo di origine⁵⁵, anche allorché le parti non abbiano più alcun collegamento diretto con il proprietario del suolo originario né con lo stesso suolo originario.

⁵³ In tal senso, AMADIO, *op. cit.*, p. 54, ad avviso del quale « quel che non può mancare (...) è l'inerenza d'origine: se fosse vero che un diritto edificatorio può essere attribuito indipendentemente dalla titolarità di un'area, e che può prospettarsi, di conseguenza, l'ipotesi di diritti edificatori creati, per così dire, "dal nulla", cioè svincolati da un legame con un fondo sorgente, ebbene a tali figure il discorso sin qui svolto non si adatta in alcun modo » (il corsivo è dell'A.). Sempre secondo l'A., infatti, « che si tratti di fattispecie estranee al nostro tema è dimostrato proprio dall'impossibilità di attrarle alla disciplina del nuovo n. 2 *bis* del 2643: per la irrealizzabilità tecnica di una trascrizione non riferita a un immobile ».

⁵⁴ Sul punto, v. i rilievi critici di F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 222, il quale sembra condividere i sospetti di incostituzionalità adombrati, al riguardo, da una parte della dottrina, stante la necessità di « una legge statale che consenta al Comune di autogenerare diritti edificatori, prescindendo dal collegamento con un proprio diritto di proprietà sui suoli ». Ad ogni buon conto, lo stesso A. (p. 224 s.), per superare la contraddizione insita in un eventuale sistema che consenta la trascrizione dei trasferimenti di diritti edificatori c.d. in volo – in questo caso definita « possibile, ma solo in base ad un falso, perché si indicano i dati catastali di un terreno che è di proprietà non già del cedente, ma di un terzo, già titolare dei diritti ceduti, ma ora del tutto estraneo al contratto » – e nel contempo la escluda qualora non sussista un suolo d'origine, conclude che, « dal punto di vista dell'immobile (...) piuttosto che l'indicazione dei confini catastali, si dovrebbe indicare l'ambito o comparto di atterraggio così come previsto nel provvedimento stesso »: soluzione, quest'ultima, che, secondo lo stesso A., sarebbe « del tutto anomala e perfino abnorme, ma, in chiave di formalismo trascrittivo, non peggiore di quella che legittima l'indicazione falsa dell'immobile di riferimento ». In senso adesivo, MASTROPIETRO, *op. ult. cit.*, p. 148 s., nonché, in sostanza, G. TRAPANI, *op. ult. cit.*, p. 420 s.

⁵⁵ In questi termini, AMADIO, *op. cit.*, p. 55, secondo il quale « non preoccupa (...) l'impossibilità di indicare, nell'ipotesi del trasferimento in volo, l'immobile di destinazione: non essendo accostabile il nuovo diritto edificatorio alla servitù, lo scopo della trascrizione può dirsi raggiunto assicurando evidenza all'effetto che si produce "a carico" del fondo d'origine ». Per la necessità di inserire nella nota di trascrizione relativa alle ipotesi di cessione dei diritti edificatori c.d. in volo i dati del suolo di origine, v. anche F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 224. Nello stesso senso, in sostanza, G. TRAPANI, *op. ult. cit.*, p. 419 s.

A ben vedere, tuttavia, l'indicazione, nella nota di trascrizione, pure nelle ipotesi in cui i diritti edificatori circolino « in volo », dei dati relativi al suolo d'origine potrebbe rendere la stessa pubblicità fuorviante, una volta venuto meno proprio il legame degli stessi diritti edificatori con il suolo d'origine⁵⁶. In altre parole, allorché il proprietario del suolo d'origine non sia più parte dell'atto di cessione dei diritti edificatori, l'indicazione del suolo d'origine potrebbe addirittura rivelarsi irrilevante, dal momento che lo stesso esercizio dei diritti edificatori acquistati viene fatta dipendere dalle caratteristiche di un eventuale suolo di atterraggio e non anche dall'origine dei diritti medesimi⁵⁷.

Perché, allora, in considerazione delle indubbie peculiarità dei fenomeni qui esaminati, non ipotizzare un meccanismo di trascrizione che prescindano dal riferimento ad un immobile? Del resto, già il sistema della pubblicità immobiliare conosce la trascrizione dell'accettazione con beneficio d'inventario, che deve effettuarsi anche qualora nell'asse ereditario non vi siano beni immobili e, quindi, senza alcun necessario riferimento a diritti immobiliari nella nota di trascrizione⁵⁸.

A ciò si aggiunga che il nostro sistema pubblicitario resta « su base personale »; la possibilità di effettuare ispezioni « su base reale », infatti, rappresenta solo un comodo espediente offerto dalla informatizzazione, ma non vale a snaturare il carattere, appunto, personale dei registri im-

⁵⁶ Del resto, anche chi, in ultima analisi, pare condividere il riferimento al suolo d'origine pure nella successiva circolazione c.d. in volo dei diritti edificatori, non esita a definire la stessa come « una vera e propria ipocrisia giuridica »: in questi termini, F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 225. Perplexità in relazione alla soluzione nel senso della « indicazione, nella compilazione della relativa nota, dei dati relativi al terreno di decollo, del quale, tuttavia, il cedente non è proprietario, ma che appartiene, invece, ad un terzo, estraneo al contratto », sono manifestate anche da MASTROPIETRO, *op. ult. cit.*, p. 148.

⁵⁷ A ciò si aggiunga, peraltro, come il mancato inserimento del suolo d'origine nelle formalità che riguardano la successiva circolazione dei diritti edificatori dal medesimo suolo generati, come si avrà modo di evidenziare, non vale ad erodere in alcun modo l'interesse alla conoscenza della compressione della facoltà di edificare che concerne lo stesso suolo d'origine: interesse, quest'ultimo, che sembra trovare piena realizzazione nella prima nota di trascrizione, nella quale, appunto, si fornisce evidenza pubblicitaria dell'avvenuto trasferimento dei diritti edificatori da esso generati.

⁵⁸ La finalità principale della trascrizione dell'accettazione con beneficio d'inventario, che vale a giustificare l'esecuzione della formalità pubblicitaria anche in assenza di beni immobili (ovvero in presenza di beni immobili situati al di fuori dell'ambito territoriale di riferimento dell'ufficio dei registri immobiliari cui si riferisce l'art. 484, comma 2°, c.c.), è quella di consentire agli eventuali creditori e legatari del *de cuius* di opporsi al pagamento, da parte dell'erede che non voglia adottare la procedura di liquidazione di cui all'art. 503 c.c., dei creditori e legatari « a misura che si presentano, salvi i loro diritti di pozionalità » (art. 495 c.c.). Sul punto, anche per gli ulteriori opportuni riferimenti, CIATTI, *Il beneficio d'inventario e la separazione dei beni del defunto*, in CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, I, Napoli, 2008, p. 358.

mobiliari⁵⁹. Se questo è vero, l'ispezione per nominativi dei soggetti coinvolti nella vicenda circolatoria consente, da un lato, di ricostruire con esattezza i vari passaggi e, quindi, di verificare la continuità delle trascrizioni che, in materia, costituisce l'obiettivo finale; dall'altro, di individuare la eventuale compressione del suolo di origine, il quale sia stato privato di tutti o di parte dei « diritti edificatori » in virtù del trasferimento di questi ultimi.

Ad ogni buon conto, la consistenza dei diritti edificatori ceduti e, quindi, l'identificazione dello stesso contenuto dell'atto di cessione saranno rimesse ad una spiegazione fornita nel « Quadro D » della nota di trascrizione. Al riguardo, non può farsi a meno di rilevare, almeno sotto due profili, come debba oggi mettersi in discussione l'affermazione dell'irrelevanza del « Quadro D » della nota di trascrizione in ordine all'opponibilità ai terzi del contenuto dell'atto⁶⁰.

In primo luogo, proprio l'esperienza del *trust*⁶¹ e degli atti di destinazione ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c. pare palesare l'importanza, appunto,

⁵⁹ Il rilievo esclusivamente « di fatto » che assume la ricerca « su base reale », effettuata, cioè, « mediante utilizzo, a tal fine, dei dati catastali » e resa possibile grazie alla « informatizzazione dei registri immobiliari », è ben sottolineato da G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 704. Anche nella giurisprudenza più recente della Suprema Corte viene ribadito che « la trascrizione sui registri immobiliari è informata al criterio della ricerca del nome », con tutte le conseguenze che se ne possano trarre in termini di responsabilità di chi esegue la ricerca: così, sul punto, di recente, Cass. 6 giugno 2014, n. 12835, dal sito *www.iusexplorer.it*, secondo un orientamento già recepito da Cass. 7 giugno 2013, n. 14440, sempre dal sito *www.iusexplorer.it*.

⁶⁰ Per l'affermazione della funzione « ancillare » del « Quadro D » rispetto agli altri tre quadri della nota di trascrizione, v. F. GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. notariato*, 2002, I, p. 1115, il quale sottolinea, appunto, « che la nota di trascrizione si identifica con i primi tre quadri, mentre il quadro D è, per così dire, al servizio degli altri, nel senso che può contenere precisazioni, ma non già segnalazioni del tutto difformi e tali addirittura da contraddire quanto la nota stessa intende segnalare ». La riportata affermazione dell'A. potrebbe, forse, non risultare in contrasto con l'idea, che in questa sede si intende sostenere, di non fare riferimento ad un immobile nella nota di trascrizione relativa all'atto di cessione di « diritti edificatori » c.d. in volo, nel senso chiarito nel testo, in quanto, proprio in tale ultima evenienza, non potrebbe rinvenirsi alcuna contraddizione tra quanto riportato nel « Quadro D » della nota di trascrizione e quanto riportato nel quadro relativo agli immobili: quest'ultimo, in effetti, secondo la prospettata ricostruzione, risulterebbe non compilato.

⁶¹ V., ad es., Trib. Chieti, ord. 10 marzo 2000, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 372, che, nel ritenere « l'ingiustificatezza del rifiuto da parte della Conservatoria di trascrivere un ordinario atto di compravendita stipulato da un lato da una persona fisica e dall'altro da un soggetto – che può essere persona sia fisica che giuridica – che agisce nella qualità di trustee (Istituto introdotto nell'ordinamento italiano con l. n. 364/89) », conclude ordinando alla medesima Conservatoria di trascrivere il suddetto atto, inserendo, appunto, nel « quadro D » l'indicazione della qualità di *trustee*.

del « Quadro D » ai fini dell'individuazione dello scopo della destinazione (e, quindi, anche della conseguente valutazione di pertinenza degli atti compiuti dal gestore del bene vincolato allo scopo prefissato dal disponente).

In secondo luogo, sembra trovare sempre più riscontro, anche nelle affermazioni della Suprema Corte, la conferma della portata del principio posto dall'art. 2665 c.c., alla cui stregua « l'omissione o l'inesattezza di alcune indicazioni richieste nelle note menzionate negli artt. 2659 e 2660 non nuoce alla validità della trascrizione, eccetto che induca incertezza sulle persone, sul bene o sul rapporto giuridico, a cui si riferisce l'atto o, rispettivamente, la sentenza o la domanda »⁶².

In tema di trascrizione, del c.d. regolamento di condominio contrattuale, ad esempio, si afferma la necessità di far emergere dalla nota di trascrizione non soltanto il riferimento al regolamento medesimo, ma anche quelle pattuizioni che incidano sulla posizione giuridica dei soggetti coinvolti⁶³. In materia di trascrizione di domanda giudiziale volta alla verifica di una vendita immobiliare, parimenti, si rileva come l'omessa indicazione del prezzo della compravendita nella relativa nota renda la trascrizione medesima inidonea a far decorrere il termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di riscatto da parte del locatario, ai sensi dell'art. 39 l. n. 392/78⁶⁴. Anche se, nelle ipotesi dianzi richiamate in via esemplificativa, la giurisprudenza non risulta affermarlo espressamente, la valutazione dell'idoneità della nota di trascrizione a svolgere la sua essenziale funzione di opponibilità nei confronti dei terzi non pare poter prescindere, in concreto, anche dalla dovuta considerazione del « Quadro D » della medesima formalità, al quale soltanto è demandato il compito di fornire quelle indicazioni decisive a delineare l'effettivo contenuto e, quindi, va-

⁶² Sul punto, di recente, Cass. 6 giugno 2014, n. 12835, cit., in cui la Suprema Corte, al fine di spiegare la *ratio* dell'art. 2655 c.c., rileva che « il legislatore, per un verso, ha inteso sostanzialmente dare rilievo invalidante solo a quelle inesattezze ed omissioni le quali determinino una inidoneità della nota all'individuazione dell'atto da trascriversi (cioè della notizia da pubblicizzare) nei suoi profili personali e oggettivi; e, per altro verso, ha inteso correlativamente escludere quel rilievo per le inesattezze ed omissioni che non determinino quella inidoneità ».

⁶³ Cfr. Cass. 31 luglio 2014, n. 17493, dal sito www.iusexplorer.it, secondo cui, appunto, « in caso di regolamento di condominio c.d. contrattuale, non basta indicare il medesimo ma occorre indicare le clausole di esso incidenti in senso limitativo sui diritti dei condomini sui beni condominiali o sui beni di proprietà esclusiva ».

⁶⁴ In tal senso, Cass. 31 agosto 2009, n. 18892, dal sito www.iusexplorer.it, secondo cui, testualmente, « dalla nota di trascrizione il prezzo non risulta e dunque la trascrizione della citazione introduttiva del giudizio di verifica era inidonea a far decorrere il termine di decadenza per l'esercizio del diritto di riscatto », con la conseguenza che « il contro ricorrente non poteva quindi esercitare il diritto di riscatto senza conoscere il prezzo pattuito tra le parti della scrittura oggetto di verifica ».

lore giuridico dell'atto cui essa si riferisce: in entrambe le menzionate fattispecie del regolamento di condominio e della domanda giudiziale concernente la compravendita, esclusivamente nel « Quadro D » delle rispettive note di trascrizione si sarebbe potuto dare conto, rispettivamente, delle pattuizioni volte ad incidere sui diritti dei condomini, nonché del prezzo convenuto dai contraenti nel contratto di compravendita dell'immobile⁶⁵.

5. I « diritti edificatori »: vicende estintive e pubblicità.

Nella formulazione dell'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c., nel mentre si rinviene un testuale riferimento ai « contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori », non risulta alcuna menzione relativamente alle possibili vicende estintive dei medesimi diritti edificatori. Problematica, quest'ultima, di estremo interesse, dal momento che ogni compiuto sistema di pubblicità dovrebbe consentire la conoscibilità della titolarità delle situazioni giuridiche non solo nella loro fase genetica, ma anche nella relativa fase estintiva. Non a caso, dalla circostanza della possibile non coincidenza delle situazioni effettive nei rapporti tra privati con le risultanze dei registri immobiliari – sovente esasperata dal decorso del tempo – è emersa la ormai non più tanto recente, ma sempre importante, modifica legislativa, che ha disposto la perdita di efficacia di tutta una serie di formalità pregiudizievoli, ove non rinnovate prima del decorso del termine ventennale⁶⁶. E ciò a testimonianza della volontà del legislatore di allineare, per quanto possibile, pure la « apparenza » emergente dai registri immobiliari alla situazione reale.

Anche con riguardo alle vicende circolatorie dei diritti edificatori, al-

⁶⁵ A voler diversamente opinare, quindi, l'affermazione dell'irrilevanza del « Quadro D » ai fini dell'opponibilità del contenuto dell'atto, almeno nelle ipotesi esaminate nel testo e poste all'attenzione della giurisprudenza, rischierebbe di frustrare, finendo per renderli, in concreto, inapplicabili, gli stessi orientamenti della Suprema Corte.

⁶⁶ Il riferimento è all'art. 2668 *bis* c.c. (introdotto dall'art. 62, comma 1°, l. 18 giugno 2009, n. 69), secondo cui « la trascrizione della domanda giudiziale conserva il suo effetto per venti anni dalla sua data. L'effetto cessa se la trascrizione non è rinnovata prima che scada detto termine ». Principio, quest'ultimo, esteso altresì alla trascrizione del pignoramento e del sequestro conservativo sugli immobili, in virtù del rinvio allo stesso art. 2668 *bis* c.c. contenuto nel successivo art. 2668 *ter* c.c. L'art. 58, comma 4°, l. n. 69/09, quale norma transitoria, disponeva che « la trascrizione della domanda giudiziale, del pignoramento e del sequestro conservativo sugli immobili eseguita venti anni prima dell'entrata in vigore della presente legge o in un momento ancora anteriore conserva il suo effetto se rinnovata ai sensi degli artt. 2668 *bis* e 2668 *ter* del codice civile entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge ».

lora, non può farsi a meno di sottolineare l'interesse generale ad avere conoscenza legale delle vicende estintive degli stessi. Non può farsi a meno di notare, infatti, come, normalmente, la vicenda circolatoria dei diritti edificatori che traggano origine da un suolo si sviluppi diversamente dalla successiva vicenda circolatoria del fondo medesimo: in altre parole, chi acquista il fondo che abbia originato i diritti edificatori ha interesse a sapere se quella sottrazione al fondo acquistato della potenzialità edificatoria (o di parte di essa), quale emergente dai registri immobiliari, sia ancora attuale o se, al contrario, l'avvenuta pubblicità della avvenuta cessione dei diritti edificatori debba considerarsi non più pregiudizievole, attesa l'avvenuta estinzione della situazione giuridica. A ciò si aggiunga – a ulteriore riprova dell'esigenza di carattere generale di avere conoscenza legale anche delle vicende estintive che attengono ai diritti edificatori – come l'emergere di formalità pregiudizievoli quali cessioni di diritti edificatori possa risultare, in concreto, di ostacolo non soltanto alla circolazione stessa del fondo, in quanto economicamente meno appetibile, ma anche allo sfruttamento del fondo quale strumento per ottenere finanziamenti, sempre dal punto di vista del valore economico del fondo, nella diversa prospettiva di una minore appetibilità del fondo medesimo, questa volta, quale possibile oggetto di garanzia ipotecaria.

Alla luce di quanto dianzi rilevato, sembrerebbe da respingersi, allora, l'idea che la conoscenza delle vicende estintive dei diritti edificatori possa essere rimessa alla sola verifica, in sede amministrativa, dell'attualità ovvero dell'avvenuta estinzione degli stessi diritti edificatori. Verifica, quest'ultima, che sarebbe sì possibile, ma esporrebbe il soggetto interessato ai relativi costi, sia in termini di tempo – necessario, magari, al rilascio di certificati da parte delle competenti Autorità, soventi non inclini a rilasciare attestazioni di tal genere – sia in termini economici: basti qui pensare alla possibile perdita di favorevoli occasioni contrattuali.

La rilevata necessità che le vicende estintive dei diritti edificatori trovino adeguato riscontro nei meccanismi pubblicitari si scontra, peraltro, sotto il profilo pratico delle concrete modalità attuative, con il problema della forma che tali meccanismi pubblicitari dovrebbero rivestire. Volendo ricondurre, in via esemplificativa e, comunque, con un certo grado di approssimazione, le vicende estintive dei diritti edificatori in due categorie – vale a dire la consumazione dei medesimi a seguito del rilascio del titolo abilitativo « maggiorato » e la sopravvenuta non fruibilità dei medesimi diritti edificatori in virtù del provvedimento di diniego del titolo abilitativo richiesto – lo strumento pubblicitario più adatto potrebbe essere quello della « annotazione »⁶⁷.

⁶⁷ La funzione di « completezza » del sistema pubblicitario della trascrizione, ravvisa-

Nella prima ipotesi – quella, cioè, dell'avvenuto rilascio del permesso di costruire – il meccanismo dell'annotazione, da eseguirsi a margine della formalità principale concernente il trasferimento dei diritti edificatori, consentirebbe di far constare dai registri immobiliari la definitiva fruizione degli stessi diritti edificatori da parte dell'ultimo cessionario⁶⁸ e, nel contempo, il definitivo « depauperamento » o la definitiva « compressione » della facoltà edificatoria pertinente al fondo che li abbia generati⁶⁹.

Maggiormente problematica appare, nella seconda ipotesi – quella, cioè, dell'avvenuto diniego del permesso richiesto dall'acquirente dei diritti edificatori – la prospettazione di una disciplina pubblicitaria tale da garantire la conoscibilità dell'eventuale vicenda estintiva degli stessi diritti edificatori. Il mancato rilascio del titolo abilitativo in favore del cessionario, in effetti, non sembra, di per sé, significativo, in un senso o nell'altro, rispetto al quesito dell'estinzione o della persistente sussistenza dei diritti

bile, appunto, nella « annotazione », viene lucidamente sottolineata da G. MARICONDA, *La pubblicità*, in *Tratt. Perlingieri*, IV, 38. *La pubblicità*, Napoli, 2009, p. 35, il quale, con riferimento alle « cancellazioni », rileva che, « annotate a margine di una trascrizione o iscrizione, ne eliminano l'efficacia senza aggiungere alcun effetto ad una realtà già compiutamente attuata con il verificarsi dell'evento annotato e quindi senza svolgere, come pubblicità, alcuna funzione diversa dal conseguimento della completezza del quadro delle risultanze pubblicitarie fornendo informazione puntuale, tempestiva e affidabile ».

⁶⁸ Il problema della « estinzione per consumazione del c.d. diritto edificatorio » viene evidenziato da F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 219, il quale propone l'annotazione del provvedimento amministrativo « a margine della trascrizione ai sensi dell'art. 2655, ma se, da un lato, il richiamo, all'ult. comma, alla convenzione aiuterebbe, non si può negare che l'ipotesi della consumazione non rientra in alcuna delle ipotesi previste al comma 1° ». Sul punto, v. anche MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 146, la quale, prospetta che, « pur in difetto di una previsione espressa, il provvedimento abilitativo edilizio debba essere annotato a margine della trascrizione, in virtù del principio secondo il quale l'apparato pubblicitario deve offrire una informazione conforme alla realtà giuridica ».

⁶⁹ Il titolo cui « agganciare » l'annotazione a margine della principale nota di trascrizione potrebbe farsi consistere in un atto di avveramento, nel quale si dia conto dell'avvenuto rilascio del titolo abilitativo da parte del Comune, attesa l'estrema difficoltà di carattere pratico cui si rischierebbe di andare incontro qualora si intendesse ottenere la stessa annotazione esclusivamente sulla base dell'esibizione di copia autentica del permesso di costruire. È evidente che, a voler optare in favore di un simile meccanismo, dovrebbe revocarsi in dubbio ogni troppo rigida affermazione nel senso della operatività dei principi di tipicità o tassatività in materia di trascrizione. Sul punto, v. quanto osservato da G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, cit., p. 742 ss., il quale non esita a riesaminare in senso critico « l'affermazione della tassatività delle fattispecie trascrivibili » (il corsivo è dell'A.), non potendosi trascurare « i numerosi indici (...) di un sostanziale cambiamento di prospettiva da parte del legislatore, né il formante giurisprudenziale che rivela, anch'esso, una significativa evoluzione ». Lo stesso A. individua nel principio della « evidente ragionevolezza » il criterio principale al fine di determinare la « trascrivibilità di quelle fattispecie a cui la lettera della legge o l'interpretazione sistematica ricollegano, già sul piano sostanziale, effetti opponibili ai terzi ».

edificatori. Al riguardo, non può farsi a meno di osservare che, fatto salvo un diverso meccanismo contrattualmente definito dai contraenti⁷⁰, il mancato rilascio del permesso di costruire da parte del Comune pare lasciare intatta la titolarità dei diritti edificatori in capo all'acquirente, il quale potrà, eventualmente, acquisire altro fondo che presenti le caratteristiche tali da consentirgli lo sfruttamento della volumetria acquistata ovvero, più in generale, attendere il verificarsi di nuove diverse circostanze tali da permettergli analogo sfruttamento, ovvero, in ultima analisi, monetizzare, per così dire, la volumetria mediante cessione in favore di terzi di quest'ultima.

Sembra porsi, allora, il problema della durata dei diritti edificatori e, quindi, inevitabilmente quello della loro eventuale prescrizione. E deve rilevarsi, almeno in linea di prima approssimazione, come l'eventualità dell'estinzione dei diritti edificatori in virtù di meccanismi prescrittivi renda ancora più complesso il tema dell'individuazione di adeguati strumenti pubblicitari delle vicende estintive degli stessi diritti edificatori. A ciò si aggiunga che l'opzione in favore dell'una piuttosto che dell'altra regola operativa in materia di prescrizione, con riguardo alla figura in questa sede esaminata, potrebbe essere fatta dipendere dalla scelta stessa che si voglia a monte compiere in relazione alla relativa natura giuridica⁷¹. In altre parole, a voler qualificare i « diritti edificatori » in termini di beni in senso giuridico, così riconducendo la titolarità dei medesimi allo schema proprietario, questi ultimi non dovrebbero reputarsi suscettibili di estinzione per prescrizione, stante il carattere imprescrittibile del diritto di proprietà. Ove, al contrario, si volesse aderire all'impostazione che qualifica i « diritti edificatori » quali « diritti reali immobiliari » diversi dal diritto di proprietà, doveroso potrebbe apparire il richiamo a quelle regole dettate in tema di diritti reali limitati che, in sostanza, prevedono l'estinzione del diritto per non uso ventennale⁷². Qualora, infine, si intendesse propendere per l'accostamento dei « diritti edificatori » al « diritto di

⁷⁰ L'autonomia contrattuale delle parti ben potrebbe, infatti, condurre ad una scelta, ove essa risulti rispondente all'interesse delle medesime, nel senso di individuare nel mancato rilascio del titolo abilitativo il momento temporale dal quale far dipendere l'eventuale risoluzione dell'avvenuto trasferimento della volumetria in favore del cessionario, con conseguente riacquisizione di quest'ultima in capo al proprietario del suolo d'origine. Fatta salva, in quest'ultima ipotesi, la previsione di meccanismi economici e di garanzia tali da compensare, in un certo senso, la mancata fruizione della stessa volumetria da parte dell'acquirente. Sul punto, pare opportuno rinviare alle considerazioni che saranno svolte *infra*, par. 7.

⁷¹ V. *supra*, parr. 1 e 2.

⁷² Cfr. l'art. 954, comma 4°, c.c. in tema di estinzione del diritto di superficie; l'art. 970 c.c. in tema di estinzione del diritto dell'enfiteuta; l'art. 1014, n. 1), c.c. in tema di estinzione dell'usufrutto; l'art. 1073, comma 1°, c.c. in tema di estinzione della servitù.

credito », in tal caso essi non potrebbero che ritenersi soggetti al termine decennale di prescrizione⁷³.

Ad ogni buon conto, le difficoltà di far emergere fenomeni estintivi dei diritti edificatori non devono in alcun modo apparire tali da sminuire l'importanza della problematica, risultando del tutto evidente che dalla estinzione dei diritti edificatori ceduti sembra inesorabilmente dipendere anche la riespansione del diritto del proprietario del suolo d'origine, con tutte le rilevanti conseguenze che se ne possano trarre, soprattutto sotto il profilo del relativo accresciuto valore economico. Considerazione, quest'ultima, che dovrebbe indurre i contraenti a regolare nel dettaglio le cause risolutive dell'atto di cessione e, comunque, le fattispecie estintive dei diritti ceduti.

6. I « diritti edificatori » quali « interessi giuridicamente protetti ».

L'analisi fin qui svolta ha consentito di ripercorrere le principali ricostruzioni che, nel tempo, si sono alternate in relazione alla natura giuridica della « cubatura », prima, e dei « diritti edificatori », poi, finendo con l'offrire un variegato panorama di spiegazioni e tentativi ermeneutici, facenti leva, a loro volta, sull'accostamento a eterogenee categorie del diritto: come già rilevato in principio⁷⁴, « diritto soggettivo », « interesse legittimo », « diritto reale », « diritto di credito », « bene », « proprietà ». Ricostruzioni, queste, che con ricchezza di argomentazioni hanno cercato di fornire una visione per quanto possibile coerente del fenomeno, correndo inevitabilmente il rischio, però, nel contempo, di rimanere vincolate, nelle soluzioni concrete, alle scelte compiute in sede teorica.

È forse questo il motivo che potrebbe indurre a non prendere esplicitamente posizione in merito ai richiamati orientamenti, nel senso dell'adesione all'uno piuttosto che all'altro. Anche se, non può farsi a meno di notare, proprio la condivisione di una specifica qualificazione di fondo della figura qui esaminata, sotto alcuni profili, sembra finire col consentire di pervenire a differenti conclusioni in merito alla disciplina in concreto applicabile: basti qui rinviare a quanto dianzi rilevato in relazione al tema dell'estinzione e, in particolare, della prescrizione⁷⁵.

⁷³ Il termine ordinario di prescrizione decennale, comunque, potrebbe trovare applicazione anche a voler far rientrare la figura nella previsione generale dell'art. 2946 c.c., stante la non perfetta riconducibilità della stessa né allo schema proprietario, né agli schemi dei diritti reali o dei diritti di credito. E una soluzione in tal senso potrebbe risultare, forse, maggiormente in armonia con le peculiarità dei diritti edificatori.

⁷⁴ V. *supra*, par. 1.

⁷⁵ Cfr. *supra*, par. 5.

Come già si è avuto modo di constatare⁷⁶, le ricostruzioni che si sono susseguite nel tentativo di inquadrare la fattispecie dei « diritti edificatori » sembrano muovere da una diversa valutazione del valore dell'autonomia privata rispetto al ruolo della Pubblica Amministrazione e paiono inesorabilmente condurre, almeno in linea di prima approssimazione, alla scelta tra una qualificazione in termini di « interesse legittimo » ed un'altra in termini di « diritto soggettivo »: salvo poi, nell'ipotesi di opzione in favore di quest'ultima, a ricondurre i « diritti edificatori » al novero dei « diritti reali », dei « diritti di credito », ovvero dei « beni » (in quest'ultimo caso, con richiamo alla categoria del « diritto di proprietà »).

Se già da un punto di vista generale potrebbe oggi legittimamente dubitarsi – alla luce dell'evoluzione non soltanto del quadro normativo, ma anche degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali – dell'opportunità di avallare una rigida contrapposizione tra « diritto soggettivo » e « interesse legittimo », ogniqualvolta da quest'ultima si intenda trarre una necessaria ricaduta sotto il concreto profilo operativo, una simile contrapposizione, per quanto si avrà modo di considerare, può apparire ancor più fuorviante ove estesa alla figura dei « diritti edificatori », in questa sede specifico oggetto d'indagine.

L'attenzione non può che muovere nella direzione già tratteggiata da autorevole dottrina, chiamata a valutare le affermazioni (e le implicazioni derivanti dalle medesime affermazioni) contenute in una nota pronunzia delle sezioni unite della Corte di Cassazione e, in particolare, stimolata a interrogarsi circa « la compatibilità tra l'ammissione degli interessi legittimi alla tutela risarcitoria con il mantenimento della loro distinzione dai diritti soggettivi »⁷⁷. In altre parole – e per quello che più immediatamente pare rilevare in questa sede – ci si deve chiedere, una volta intrinsecamente valutato in termini economici l'interesse legittimo al punto da consentirne la risarcibilità in caso di relativa lesione – aggiungerei, quindi, con riguardo al tema della circolazione dei « diritti edificatori », una volta ammessa la valutazione economica di questi ultimi ai fini del relativo atto di cessione – se abbia senso, in linea generale, distinguere lo stesso interesse legittimo dal diritto soggettivo e se abbia senso, quindi, con particolare riferimento alla problematica qui esaminata, lasciar dipendere la ricostruzione della disciplina applicabile (ovvero di singoli profili di disciplina applicabile) dalla riconduzione dei medesimi diritti edificatori ora al concetto di « interesse legittimo » ora al concetto di « diritto soggettivo ».

⁷⁶ V. sempre *supra*, par. 1.

⁷⁷ Il riferimento è alla riflessione di A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 678 ss. e, appunto, ai rilievi ivi mossi alla nota sentenza (n. 500/99) delle sez. un.

Il principale elemento di contraddizione che la citata dottrina pare ravvisare nei ragionamenti svolti dalla Suprema Corte per dimostrare la risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo è da individuarsi nell'affermazione secondo cui il medesimo interesse legittimo, per essere risarcibile, debba consistere in un « interesse materiale ad un bene della vita ». Se, infatti, è vero che anche il diritto soggettivo, nella sua essenza, deve ricostruirsi quale « bene della vita tutelato dal diritto positivo », sembra venire meno ogni plausibile ragione di distinguere, in effetti, lo stesso interesse legittimo dal diritto soggettivo: ciò che varia, in relazione ai diversi « interessi » giuridici considerati rilevanti, sono le diverse modalità con le quali essi si atteggiano, oltre che i relativi strumenti di tutela⁷⁸. Muovendo da simili premesse, la riflessione dianzi richiamata, nel prospettare un ripensamento dell'intera problematica delle situazioni soggettive culminante nella identificazione di un'unica categoria generale tale da ricomprendere tutte le situazioni soggettive attive⁷⁹, conclude nel senso della riconducibilità dell'interesse legittimo alla « categoria sistematica del diritto soggettivo, nella sua veste di interesse giuridicamente protetto » e nel rilievo del medesimo interesse legittimo anche al di là dei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione⁸⁰.

⁷⁸ In tal senso, A. FALZEA, *op. cit.*, p. 680 s., per il quale « la correlazione con un bene della vita (...) è un momento necessario di qualunque situazione di interesse e rappresenta perciò una nota comune, non soltanto a tutti gli interessi legittimi ma anche ad ogni possibile interesse giuridicamente rilevante »: considerazione, quest'ultima, che sembra riecheggiare la significativa « nozione normativa » fornita da E. BETTI, voce *Interesse (Teoria generale)*, in *Noviss. Digesto it.*, VIII, Torino, 1965, p. 838 ss., dell'interesse « come esigenza di beni o valori da realizzare o da proteggere nel mondo sociale ». L'A. da ultimo citato, in particolare, dato che « nella vita di relazione si fanno valere e si fronteggiano in perenne vicenda interessi divergenti e contrastanti affermando l'esigenza di realizzare o proteggere beni o valori, che non possono avere attuazione pari e congiunta, ma solo attuazione differenziata secondo un rango di subordinazione », conclude nel senso che « a stabilire un rango siffatto deve intervenire, sulle orme della coscienza sociale, l'ordine giuridico », al quale, pertanto, « spetta il compito di stabilire un rango di beni e di valori secondo la rispettiva idoneità a soddisfare esigenze di più alta importanza sociale e, come tali, meritevoli della sua tutela ». Sulla nozione di « interesse », v., incisivamente, anche M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I (*La parte generale delle obbligazioni*), Milano, 1951, p. 58 ss., U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, p. 10 ss., BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1963, p. 35 ss. e DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982, p. 133 ss. Per l'esame della letteratura tedesca in tema di « interesse », con particolare riguardo alla *Interessenjurisprudenz*, restano classiche le pagine di K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1969, p. 50 ss.

⁷⁹ Cfr. A. FALZEA, *op. cit.*, p. 684, secondo il quale, « ove si accolga la definizione del diritto soggettivo come interesse giuridicamente protetto, può essere questa figura a rappresentare la categoria generale delle situazioni giuridiche attive mentre quella del vincolo giuridico varrà a costituire la categoria generale delle situazioni giuridiche passive ».

⁸⁰ V., ancora, A. FALZEA, *op. cit.*, p. 686.

Le considerazioni dianzi accennate in relazione ai rapporti tra « diritto soggettivo » e « interesse legittimo », al di là del loro notevole impatto sistematico e dell'influenza che esse hanno indubbiamente avuto nelle successive ricostruzioni di una parte della dottrina, sembrano attaggiarsi alle principali caratteristiche dei « diritti edificatori », quali fattispecie rilevanti non soltanto nei rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione, ma anche nei soli rapporti tra privati: basti pensare proprio all'atto di cessione avente ad oggetto gli stessi diritti edificatori, nel quale la situazione giuridica ceduta, in quanto « interesse giuridicamente protetto », sembra assumere, appunto, un ruolo centrale nel complessivo assetto d'interessi dei contraenti, prima ancora che nei rapporti tra cessionario e Comune⁸¹.

Lo stesso richiamo ai concetti di « valore d'uso » e « valore di scambio » e la loro innegabile coesistenza nei « diritti edificatori » – argomentazione rispetto alla quale la dottrina pare porsi in modo contrastante⁸² – sembra condurre ad un deciso ridimensionamento della contrapposizione insita nell'invocazione dei diversi concetti di « diritto reale » e « diritto di credito »: categorie, queste, cui sovente la dottrina si riferisce al fine di identificare la natura giuridica dei medesimi « diritti edificatori ». In altre parole, non può negarsi che, sia in relazione al « diritto reale » sia al « diritto di credito », risultino compresenti un « valore d'uso » ed un « valore di scambio »⁸³, seppur con differenti gradi di intensità. Se si guarda, infatti, al « diritto di credito », il valore della situazione soggettiva è desti-

⁸¹ Accogliendo la prospettiva delineata nel testo – dei « diritti edificatori », cioè, quali « interessi giuridicamente protetti » – potrebbero forse superarsi, almeno in parte, quelle perplessità manifestate nei confronti dell'affermazione (per la quale v. G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, cit., p. 107 s., nonché ID., *I diritti edificatori*, cit., p. 350 s.) di una duplice natura dei diritti edificatori, vale a dire di « diritto soggettivo » nei rapporti tra le parti e di « interesse legittimo » nei rapporti con la Pubblica Amministrazione: affermazione, quest'ultima, che rischierebbe, appunto, secondo una parte della dottrina (cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 214 s.), in sostanza, di minare in radice l'unitarietà della figura. A ben vedere, in effetti, se, per un verso, pare non corretto e, per quanto rilevato nel testo, forse inutile distinguere, anche in relazione al diritto edificatorio, la duplice prospettiva del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, a seconda che essi siano osservati dal punto di vista dei rapporti tra privati ovvero dei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione, trattandosi, piuttosto, di un unico e unitario interesse giuridicamente protetto (comunque riconducibile, per richiamarsi al dianzi ricordato insegnamento, alla « categoria del diritto soggettivo »), per altro verso, tuttavia, proprio le peculiarità che valgono a connotare i diritti edificatori e che ne giustificano particolari e diverse forme di tutela, in grado di coesistere, appunto, ora nei rapporti tra privati ora nei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione, non sembrano contraddire ovvero porsi in contrasto con il carattere, piuttosto, unitario, della figura qui esaminata.

⁸² V. *supra*, par. 1.

⁸³ Sul punto, AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit., p. 51.

nato a variare in base ad una serie di fattori, oggettivi (quali, ad es., l'esigibilità) e soggettivi (quali, ad es., la solvibilità del debitore), i quali, incidendo sulle probabilità di realizzazione del credito, conducono ad una modifica, in aumento ovvero in diminuzione, dei relativi « valore di scambio » e « valore d'uso ». E, anche nel « diritto reale », gli stessi valori possono subire oscillazioni: basti pensare, in via esemplificativa e per l'indubbia assonanza con il tema qui in esame, al « diritto di superficie » ed alle possibili incertezze legate al rilascio del titolo abilitativo alla costruzione.

7. Profili ricostruttivi della disciplina del contratto di cessione dei « diritti edificatori »: la garanzia del cedente.

Alla luce di quanto fin qui rilevato, non sembra possibile, insomma, ricondurre i « diritti edificatori » alle tradizionali categorie, almeno alla stregua delle generali accezioni che delle stesse categorie si è soliti adottare. Discorrere in termini di « interessi giuridicamente protetti », in effetti, consente di attenuare le rigidità insite in ogni tentativo di utilizzazione di una categoria predeterminata. Nel contempo, non può negarsi come la scarna disciplina dei medesimi « diritti edificatori » imponga all'interprete di ricercare nel sistema, complessivamente inteso, le regole da applicarsi alla fattispecie in discussione e, quindi, di attingere, ancorché con gli opportuni adattamenti, a quelle stesse categorie cui i « diritti edificatori » pure non paiono perfettamente riconducibili.

Una volta chiarito che chi acquista il diritto edificatorio può realizzare la propria utilità economica o attendendo, ricorrendone i presupposti, il rilascio del titolo abilitativo da parte del Comune, ovvero rimettendo in circolazione il diritto edificatorio già acquistato, l'attenzione dell'interprete deve necessariamente incentrarsi sui soggetti che prendono parte all'accordo negoziale: il cedente ed il cessionario. Il motivo è semplice e la finalità intuitiva: il legislatore, non avendo tratteggiato neanche sommariamente gli elementi e le regole essenziali dell'atto di cessione, sembra rimettere in blocco all'operatore la delicata individuazione degli strumenti idonei a garantire la realizzazione degli interessi di coloro che sono i protagonisti dell'operazione. Il meccanismo della trascrizione, infatti, attiene all'opponibilità dell'atto nei confronti dei terzi, ma non vale certo a risolvere le complesse problematiche connesse all'esigenza di rendere ragionevolmente equilibrato il regolamento negoziale.

Se si pensa, allora, ad un atto di cessione e, in particolare, ad un atto di cessione a titolo oneroso, la figura paradigmatica di riferimento, nel nostro ordinamento, viene ad essere quella del contratto di compravendita: contratto, quest'ultimo, che rimane tale sia che abbia ad oggetto il tra-

sferimento di un bene, sia che abbia ad oggetto il trasferimento « di un altro diritto » (art. 1470 c.c.). Ebbene, chi aliena ad altri un diritto edificatorio dietro corrispettivo sarà obbligato, di conseguenza, a garantire l'acquirente dall'evizione: se l'evizione consiste nella perdita del diritto acquistato a vantaggio di terzi che vantino un diritto prevalente, il meccanismo della trascrizione, allora, pare effettivamente muoversi nella corretta direzione di tutelare efficacemente l'acquirente dello stesso diritto edificatorio contro il rischio dell'esistenza di diritti prevalenti vantati da terzi (si faccia il caso, in via esemplificativa, della doppia alienazione). Il problema reale, tuttavia, è da ravvisarsi in un'altra, diversa eventualità: che il Comune, per un motivo o per un altro, non rilasci il titolo abilitativo necessario all'acquirente dei diritti edificatori a realizzare la propria utilità⁸⁴.

Se è vero che la disciplina delle garanzie nel contratto di compravendita, nell'evenienza prospettata, può apparire insufficiente a tutelare l'acquirente, sembra altrettanto vero come la disciplina del medesimo contratto di compravendita, proprio per l'ampia formulazione adottata dal legislatore, debba essere necessariamente integrata da altri principi contenuti nel sistema del diritto patrimoniale e, quindi, per quanto in questa sede specificamente pare rilevare in relazione al profilo delle garanzie, dalla disciplina della « cessione del credito ».

L'opportunità di formulare un espresso riferimento, in questa sede, alla « cessione del credito » deriva non tanto dalla considerazione dei « diritti edificatori » alla stregua di « diritti di credito »⁸⁵, quanto, piuttosto, dalla circostanza che proprio il meccanismo della cessione del credito evoca la compresenza di tre soggetti (cedente, cessionario e ceduto): meccanismo, quest'ultimo, che, per certi versi, presenta indubbe assonanze con le vicende circolatorie dei « diritti edificatori ». Nella cessione del credito, in effetti, la realizzazione dell'utilità economica del cessionario transita attraverso l'esecuzione della prestazione da parte del debitore ceduto, ovvero attraverso la successiva cessione e, quindi, monetizzazione del credito già acquistato. Ebbene, se questo è vero, perché non richiamare, allora, anche con riguardo alla cessione di « diritti edificatori », con gli opportuni adattamenti resi necessari dalle peculiarità della fattispecie, la regola che consente alle parti di convenire la garanzia della solvibilità del debitore?

⁸⁴ L'ipotesi del mancato rilascio del titolo abilitativo da parte del Comune è già stata in questa sede esaminata quale possibile « vicenda estintiva » del diritto edificatorio: cfr. *supra*, par. 5.

⁸⁵ Per il rinvio alla disciplina della « cessione del credito » quale riflesso dell'adesione alla tesi ricostruttiva della natura giuridica dei « diritti edificatori » in termini di « diritti di credito », cfr. SABBATO, *Il piano casa fra disciplina statale e regionale*, cit., p. 59 ss.

Se, infatti, il nostro ordinamento già consente alle parti di introdurre nel regolamento contrattuale una regola che accolla il rischio dell'inadempienza da parte del debitore in capo al cedente – appunto, la prestazione di garanzia della solvibilità del debitore – perché non ammettere, in sede negoziale, una regola analoga, che faccia carico al cedente del rischio del mancato rilascio, da parte del Comune, del titolo abilitativo che legittimi lo sfruttamento economico dei « diritti edificatori » e, quindi, la definitiva realizzazione dell'utilità economica del titolare dei diritti medesimi?

Certo, la garanzia da parte del cedente dovrebbe essere espressamente convenuta dalle parti, non potendosi ritenere elemento naturale dell'accordo al pari della garanzia dell'evizione, stante il principio posto dall'art. 1267 c.c. (« il cedente non risponde della solvenza del debitore, salvo che ne abbia assunto la garanzia »)⁸⁶.

Ad ogni buon conto, ove non dovesse convincere, sotto il profilo della garanzia, l'accostamento della cessione dei « diritti edificatori » alla cessione del credito⁸⁷, potrebbe richiamarsi un'altra regola contenuta nel sistema del diritto patrimoniale, vale a dire l'art. 1381 c.c., che consente ad un soggetto di promettere, sotto pena di indennizzo, l'obbligazione o il fatto del terzo. In altre parole, nulla sembrerebbe ostare a che colui che cede il diritto edificatorio, all'atto della cessione, prometta il rilascio del titolo abilitativo da parte del Comune, sotto pena dell'obbligo di compensare economicamente il cessionario. Una eventuale pattuizione in tal senso, potrebbe svolgere, appunto, l'utile funzione di ridurre il rischio a carico cessionario, per sua natura insito nella possibilità di diniego del permesso di costruire, ovvero, più in generale, nella impossibilità in concreto, per il medesimo cessionario, di sfruttare i « diritti edificatori » acquistati.

E quanto fin qui rilevato fa emergere la significativa elasticità del carattere aleatorio dell'atto di cessione dei diritti edificatori. Il medesimo

⁸⁶ Del resto, l'opportunità che i contraenti regolino il profilo del rapporto, in assenza di specifiche regole di carattere normativo, è già emersa con riguardo al profilo delle « vicende estintive »: cfr. *supra*, par. 5.

⁸⁷ Al richiamo del modello della cessione del credito, operato al fine di adattare il meccanismo delle garanzie ivi previsto alla cessione dei « diritti edificatori », potrebbe obiettarsi che il rilascio del titolo abilitativo da parte del Comune non è, al pari dell'esecuzione della prestazione da parte del debitore, « atto dovuto ». È pur vero, tuttavia, che, al ricorrere dei presupposti prescritti dagli strumenti urbanistici vigenti, il Comune si troverebbe in estrema difficoltà nell'obbligo di motivazione di un eventuale provvedimento di diniego. Non a caso, parte della dottrina tende a ritenere sempre più vincolato e sempre meno discrezionale la natura del provvedimento di rilascio del permesso di costruire (sul punto, anche per ulteriori riferimenti, cfr. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 162 ss.).

atto di cessione, infatti, già di per sé aleatorio attesa la natura discrezionale del rilascio del titolo abilitativo da parte del Comune, potrà altresì, per volontà dei contraenti, presentare un grado di aleatorietà maggiore o minore, proprio in virtù dell'aumento, ovvero della riduzione, delle garanzie prestate dal cedente nei confronti del cessionario.

