

# Giovanni Sabato

(Consigliere di Stato, Straordinario di diritto amministrativo)

## I DIRITTI EDIFICATORI: QUALE FUTURO ?\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa; 2. La riforma dell'art. 2643 c.c.: critiche; 3. I diritti edificatori nell'ambito della cessione di cubatura; 4. Il regime giuridico dei diritti edificatori: l'ipoteca; 5. Segue: la costituzione di diritti reali parziali; 6. Segue: il contratto preliminare di cessione; 7. Segue: negozi gratuiti o liberali; 8. Segue: le altre fattispecie negoziali; 9. Diritti edificatori tra proiezione temporale e prescrizione; 10. Eterogeneità delle vicende descritte dall'art. 2643 c.c.; 11. Obiezioni alla tesi della reificazione dei diritti edificatori; 12. Possibili alternative alla teoria del bene giuridico; 13. I diritti edificatori nella perequazione urbanistica; 14. Eterogeneità dei diritti edificatori; 15. La generazione dei diritti edificatori; 16. Cosa ci può (o dovrebbe) riservare il futuro.

### 1. Premessa.

Le ragioni del titolo di questa relazione si devono al particolare momento storico che stiamo vivendo, in cui sempre di più si va diffondendo il metodo perequativo nelle realtà locali sulla spinta delle normative regionali e della giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 16 ottobre 2006, n. 6171, secondo la quale in ipotesi di vaste acquisizioni di aree, il modello della perequazione giunge a divenire obbligatorio, proprio in considerazione dei rilevanti vantaggi che esso in concreto presenta), mentre il legislatore nazionale continua a rimanere silente, essendosi limitato a disciplinare i diritti edificatori solo a fini pubblicitari.

La ritrosia del legislatore evidentemente si spiega con la consapevolezza che l'introduzione di una disciplina compiuta su tale ampia fattispecie, che del metodo perequativo costituisce il perno centrale, potrebbe mettere in crisi il *topos* dell'inerenza del *jus aedificandi* al diritto di proprietà. E' vero che il Consiglio di Stato ha affermato che il suo esercizio soggiace all'applicazione del regime giuridico introdotto dal legislatore (Cons. Stato, 10 maggio 2012, n. 2710), ma è vero anche che costituisce retaggio culturale tanto radicato da avere riflessi sia in diritto urbanistico sia in diritto civile.

E' appunto in questo panorama complessivo che si inquadra l'ormai storico intervento del legislatore (cd. decreto rilancio di cui al d.l. n. 70/2011), con il quale ha introdotto nel tessuto civilistico il n. 2 *bis* dell'art. 2643 c.c., con il quale ha preveduto la trasferibilità dei "contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori" utilizzando così una formula che evoca, *mutatis mutandis*, una norma cardine quale l'articolo 1321 del codice civile.

## **2. La riforma dell'art. 2643 c.c.: critiche**

Con l'introduzione del n. 2 *bis* si è subito affermata la tesi secondo cui il legislatore avrebbe conferito diritto di cittadinanza alla volumetria come bene giuridico a se stante. Una tesi, denominata della “*reificazione della volumetria*”, che sembra contraddire l'orientamento, consolidatosi in giurisprudenza, secondo cui la colonna d'aria non può atteggiarsi ad autonomo bene giuridico (C. Cass., n. 7051/2004).

Eppure non sono mancate pesanti critiche al legislatore, denunciando alcuni l'inadeguatezza della nuova disciplina per non essere stata introdotta una vera e propria definizione dei diritti edificatori. Si osserva (Alamanni), però, che non è la prima volta che il legislatore si orienta in maniera da incidere sul tessuto della disciplina pubblicitaria senza prima aver regolato il fenomeno dal punto di vista sostanziale. Si pensi all'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c. in tema di trascrizione degli atti di destinazione, anche in questo caso mancando una definizione di tale nuova fattispecie.

## **3. I diritti edificatori nell'ambito della cessione di cubatura**

Il quesito che si pone l'interprete è se il legislatore, nell'introdurre il n. 2 *bis* dell'art. 2643 c.c., aveva in mente la fattispecie negoziale atipica della cessione di cubatura, che tanto successo ha riscosso nei procedimenti che conducono al rilascio dei titoli edilizi, ovvero si sia ispirato ai numerosi e variegati modelli perequativi che si sono diffusi in ambito urbanistico.

Se è vero che il concetto di diritto edificatorio affiora con la cessione di cubatura, esso ha trovato nuova linfa con la perequazione urbanistica, assumendo però sembianze diverse a seconda delle specifiche dinamiche perequative contemplate dalle normative regionali.

Vanno allora presi in esame i problemi di inquadramento della cessione di cubatura, fenomeno visto più sul piano negoziale che su quello oggettuale. Si registrano al riguardo diverse tesi, orientate a dare ai diritti edificatori oggetto di cessione una precisa veste giuridica, in qualche modo riconducibile ai modelli legali ritraibili dall'ordinamento civilistico. Si è optato così per la tesi della rinuncia abdicativa (Triola), che si presta però alla facile obiezione che non sarebbe possibile la rinuncia ad una singola facoltà, atomisticamente considerata, bensì al diritto soggettivo nel suo complesso e che tale figura non produce alcun effetto traslativo.

Si afferma allora la tesi (Libertini) secondo cui si tratterebbe di una servitù negativa quale *servitus non faciendo* per sottolineare l'incidenza di tale fattispecie sulle prerogative del proprietario oppure

si opta per la tesi secondo cui si tratterebbe di un diritto di superficie (C. Cass., 20 ottobre 1976, n. 3639).

In realtà nessuna di tali due ultime impostazioni risulta del tutto convincente: non la prima perché la cessione di cubatura è ammissibile pure in caso di fondi lontani, a dispetto quindi del requisito della *vicinitas*, e perché non viene in evidenza una *utilitas* durevole in quanto destinata ad esaurirsi nel momento del rilascio del titolo edilizio da parte del Comune. Si osserva, altresì, che tale prospettazione “*non riesce né a giustificare causalmente l’effetto traslativo della volumetria dell’area di proprietà del cedente a quella del cessionario, né a spiegare la pratica, altrettanto diffusa, della cosiddetta “concentrazione di cubatura”, dove un unico soggetto proprietario di due o più aree della medesima zona provvede ad unificare la complessiva capacità edilizia su una soltanto di esse*” (cfr. Siano).

Così pure si osserva, in senso critico, che se è vero che il superficiario, costruendo sul terreno altrui, esercita le facoltà edificatorie del diritto di proprietà appunto altrui, nel trasferimento di volumetria il cessionario costruisce esercitando le prerogative che discendono dal proprio diritto dominicale, ora accresciuto (Alamanni).

Non sembra, quindi, che il fenomeno della cessione di cubatura possa essere spiegato utilizzando i modelli tipici dei diritti *in re aliena*. Forse questo spiega perché l’attenzione della giurisprudenza amministrativa si sia indirizzata non alla classificazione dell’oggetto della cessione quanto all’inquadramento dell’atto negoziale, opinandosi per la tesi secondo cui si tratterebbe di un contratto ad effetti obbligatori invece che reali. Il problema che comporta il ricorso alla cessione di cubatura, esclusa implicitamente la possibilità di configurare una cessione di diritti reali, è quello di assicurare adeguata tutela all’avente causa al cospetto di comportamenti scorretti di chi, una volta ceduti i diritti edificatori ed incamerato il corrispettivo, disinvoltamente ne disponga a danno della controparte negoziale.

#### **4. Il regime giuridico dei diritti edificatori: l’ipoteca**

Ma l’inquadramento dei diritti edificatori non si è palesato come inutile esercizio classificatorio, producendo importanti riflessi sul piano disciplinare, in particolare per quanto attiene all’ipoteca, dovendo interrogarsi circa la possibilità di escludere i diritti edificatori dalla compressione che deriva da tale diritto reale di garanzia. Si è infatti osservato che l’iscrizione di ipoteca su un fondo, ove i diritti edificatori siano qualificati come *iura in re aliena*, comporterebbe l’impossibilità di esclusione dell’estensione di essa a questi ultimi così come non sarebbe ipotizzabile la

cancellazione dell'ipoteca dai diritti edificatori nella persistente unicità del soggetto titolare del diritto di proprietà del fondo e dei diritti edificatori stessi.

Si osserva, quindi, che, ove si acceda alla diversa ricostruzione del bene giuridico reificato, sarebbe suscettibile di applicazione l'art. 2811 c.c. laddove prevede che l'ipoteca “*si estende ai miglioramenti, alle costruzioni e alle altre accessioni dell'immobile ipotecato, salve le eccezioni stabilite dalla legge*”, con la conseguenza che può essere stipulato un patto che limiti o escluda l'estensione dell'ipoteca a tutti gli accessori o ad una categoria di essi o a un singolo bene. Tale patto, che può essere coevo alla costituzione dell'ipoteca o anche successivo, quale rinuncia parziale al diritto di garanzia, ben può riguardare anche i diritti edificatori, fermo restando che, nell'ipotesi in cui l'ipoteca sull'area di partenza sia iscritta prima della trascrizione della cessione dei diritti edificatori, la prima, secondo il criterio temporale, è destinata a prevalere sulla seconda.

Su tale terreno giuridico, di nuova aratura, si colloca la pronuncia del Tribunale di Trento del 14 maggio 2019 secondo cui i diritti edificatori non sono trasferibili se provenienti da un terreno ipotecato (Sicchiero). Trattasi della prima pronuncia sul tema in esame, che evidentemente prelude a nuove riflessioni giurisprudenziali.

#### **5. Segue: la costituzione di diritti reali parziali**

Esaurita la tematica della possibile soggezione dei diritti edificatori alla garanzia ipotecaria, va precisato che resta impregiudicata la possibilità di costituire diritti reali parziali su tali beni (ad es. l'usufrutto). Non può poi escludersi che si registri quel fenomeno noto con la formula della “*doppia alienazione immobiliare*”, dovendosi ritenere che gli atti di cui all'art. 2643 c.c. non abbiano effetti riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione dei medesimi.

#### **6. Segue: il contratto preliminare di cessione**

Ci si interroga, quindi, sulla possibilità che i diritti edificatori siano interessati dalla stipula di un contratto preliminare di cessione. Ebbene si ritiene che, almeno *primo intuitu*, non possano trovare emersione pubblicitaria i contratti preliminari di trasferimento della volumetria e ciò perché il contratto preliminare, pur preordinato ad un mutamento della titolarità di un immobile, importa invero semplicemente la costituzione di un'obbligazione di trasferire ed ha pertanto natura squisitamente obbligatoria. Se è vero che l'art. 2645 *bis* c.c. dispone che possono essere trascritti solo i contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri

1) 2) 3) e 4) dell'art. 2643 c.c. anche se sottoposti a condizione o relativi ad edifici da costruire o in corso di costruzione, da tale tassativa enunciazione numerica rimane esclusa proprio la fattispecie di cui al n. 2 *bis* ed a tale mancanza non può sopperire il richiamo alla disciplina degli immobili da costruire nell'*incipit* della disposizione, essendo questo inconferente con la materia dei diritti edificatori.

### **7. Segue: negozi gratuiti o liberali**

Si ritiene, quindi, che, stante la configurazione della cubatura quale bene del tutto attuale, economicamente apprezzabile immediatamente dal suo titolare, indipendentemente dall'atterraggio futuro sul fondo di destinazione, non può trovare alcuna applicazione il divieto di cui all'art. 771 c.c. in materia di donazione di beni futuri e pertanto non vi è ostacolo alcuno alla possibilità che la volumetria possa formare oggetto di negozi gratuiti o liberali.

### **8. Segue: le altre fattispecie negoziali**

È stata ipotizzata, poi, la possibilità di configurare accanto alla usuale vendita, una permuta, anche di bene presente con bene futuro, o una *datio in solutum*, ma anche una cessione a terzi dell'area sorgente con riserva al cedente dei diritti edificatori.

È del pari ipotizzabile la cessione di diritti edificatori totalmente o parzialmente altrui così come i diritti edificatori possono essere oggetto di apposita disposizione testamentaria, anche di tipo divisionale.

### **9. Diritti edificatori tra proiezione temporale e prescrizione**

Si è detto che i diritti edificatori in volo, per usare un linguaggio aeronautico molto in voga presso gli operatori del settore, godono di una proiezione temporale potenzialmente indefinita che deve indurre ad interrogarci circa il ruolo della prescrizione quale generale fattispecie estintiva. Non è poi da trascurare la circostanza che la mancata traduzione in fatto della provvista volumetrica possa costituire la conseguenza ineluttabile del mancato rilascio del permesso di costruire da parte del Comune. In tale ipotesi è dato ritenere che rimanga intatta la titolarità dei diritti edificatori in capo all'acquirente, suscettibili di essere utilizzati su altro fondo ovvero di essere ceduti in favore di terzi. Tale impostazione può essere condivisa atteggiandosi al più il rilascio del titolo edilizio quale condizione sospensiva dell'atto traslativo avente ad oggetto i diritti edificatori, ma non anche il mancato rilascio quale condizione risolutiva con effetto estintivo di questi ultimi.

Rimane allora il problema della possibile soggezione ad un regime estintivo che possa rappresentare un argine temporale alla altrimenti possibile perpetuità dei diritti edificatori. Ovviamente tutto dipende da come essi vengono classificati, perché sarebbero soggetti all'estinzione del diritto per non uso ventennale ove venissero qualificati come diritti reali limitati mentre sarebbero soggetti al termine decennale di prescrizione se fossero diritti di credito. L'adesione alla tesi dei diritti reali, riconducibili allo schema proprietario, darebbe luogo invece alla imprescrittibilità degli stessi (*semel dominus semper dominus*), ma questa impostazione risulta poco soddisfacente se rapportata all'inapplicabilità dell'istituto dell'usucapione per impossibile instaurazione della relazione possessoria *ad usucapionem*. Il diritto edificatorio cioè sconta l'insussistenza dell'elemento materiale che possa consentire di applicare quella fattispecie acquisitiva antagonista che, prevalendo sul contrapposto diritto del proprietario, consente all'ordinamento di reagire alle forme di inerzia che possono provocare delle diseconomie.

Ad ogni modo, la possibile emersione di eventi estintivi, ovvero consumativi del diritto, pone in evidenza la necessità di assicurare le relative forme pubblicitarie affinché siano anch'essi regolarmente trascritti.

#### **10. Eterogeneità delle vicende descritte dall'art. 2643 c.c.**

Valorizzando la formula dell'art. 2643 c.c., si è poi proposto di distinguere tra la vicenda traslativa (vendita aleatoria) e costitutivo-modificativa (non sembrano invece fattispecie riconducibili al diritto privato, semmai appartengono alle varie ipotesi regolate o dal testo unico dell'edilizia (d.P.R. n. 380/2001 ma anche art. 23, L. n. 1150/1942 "*Comparti edificatori*", art. 32, L. n. 47/1985, art. 21, 1° comma, L. n. 308/2004 "*Qualora, per effetto di vincoli sopravvenuti, diversi da quelli di natura urbanistica, non sia più esercitabile il diritto di edificare che sia stato già assentito a norma delle vigenti disposizioni, è in facoltà del titolare del diritto chiedere di esercitare lo stesso su altra area del territorio comunale, di cui abbia acquisito la disponibilità a fini edificatori*" ecc.) o dalle leggi regionali. Ne rimarrebbe fuori, però, come si dirà, la vicenda divisionale.

#### **11. Obiezioni alla tesi della reificazione dei diritti edificatori**

Si afferma quindi che il nuovo n. 2 *bis* dell'art. 2643 costituirebbe tipizzazione di un contratto e riconoscimento di un nuovo diritto reale. Il trasferimento dei diritti edificatori potrebbe essere qualificato contratto consensuale avente ad oggetto il trasferimento di un diritto reale, che ha

come contenuto lo sfruttamento edificatorio (in misura quantitativamente predeterminata) del suolo.

Orbene, in nome di un principio di omogeneità dei diritti edificatori, i quali avrebbero la medesima natura a prescindere dal fatto che siano inquadrati in una vicenda negoziale assimilabile al paradigma socio-giuridico della cessione di cubatura o a quella della perequazione urbanistica con cessione “*in volo*”, tanto da non subire alcuna mutazione genetica o fisiologica nell’uno o nell’altro caso, sarebbe assai poco spiegabile quale sia il bene materiale che forma oggetto del diritto stesso in entrambe le versioni. Le fattispecie sarebbero cioè troppo eterogenee per prestarsi ad una ricostruzione unitaria.

Di qui la tesi della cosiddetta “*inerenza virtuale*” per intendere che l’inerenza sarebbe presupposto necessario alla realizzazione del diritto edificatorio (in fase di atterraggio) ma non anche alla sua circolazione (in volo).

La teorica in esame trova però un ulteriore *escamotage* ipotizzandosi che la cubatura reificata consista in una *chance* ovvero sia in “*una potenzialità di trasformazione in termini volumetrici del territorio*” quale bene in sé distinto dal bene finale (la costruzione). Il diritto edificatorio, quale entità indicante la misura di quanto edificabile, può, dunque, qualificarsi quale bene giuridico determinato nel suo immediato riferimento ad un valore astrattamente apprezzabile.

A questo punto vediamo quali sono i precisi rilievi che si muovono a tale ricostruzione:

- 1) 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.;
- 2) 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 giuridico;
- 3) la prospettiva della reificazione della cubatura non tiene nella dovuta considerazione la collocazione del relativo contratto di cessione nel più ampio contesto di un procedimento amministrativo, del quale costituisce, appunto, uno dei presupposti. La volumetria rimane cioè valore in potenza fino a quando il titolo edilizio non sia rilasciato e la volumetria realizzata, residuando, anche dopo il rilascio, l’esercizio dei poteri di autotutela o la dichiarazione di decadenza per inattività. E’ appena il caso di precisare che la cessione di cubatura rappresenta una particolare ipotesi di negozio tra privati con funzione servente rispetto al momento

provvedimentale nel quale sfocia il procedimento, in quanto radica i requisiti, nel caso di specie volumetrici, sui quali si fonda il titolo edilizio richiesto. E' una vicenda complessa che si colloca nel quadro più generale dei rapporti tra elemento negoziale interprivato e procedimento che trova oggi significativa esplicazione, in termini generali, in materia di appalti con il contratto di avvalimento (in tal caso il procedimento è quello evidenziale e l'atto terminale è l'aggiudicazione).

E' dato quindi senz'altro dubitare delle tesi che interpretano il comma 2 *bis* dell'art. 2643 c.c. quale norma introduttiva nel nostro ordinamento di una nuova figura di diritto reale immobiliare.

Si registrano infatti resistenze nel ritenere che la volumetria possa costituire un bene giuridico a sé stante tant'è che sede civilistica ci si interroga sulla possibile qualità in tal senso della colonna d'aria, tesi che viene respinta in considerazione del fatto non può concepirsi il diritto su di un bene che non è ancora esistente e che potrà tradursi in fatto solo a seguito del rilascio del titolo edilizio nel rispetto della disciplina urbanistica in quel momento vigente

## **12. Possibili alternative alla teoria del bene giuridico**

L'impostazione ricostruttiva che opta per la reificazione della volumetria ha certamente incontrato i maggiori consensi in dottrina, volendosi così riconoscere una portata normativa al D.L. 13 maggio 2011, n. 70 addirittura storica nell'implementare il novero dei beni giuridici.

Non mancano tuttavia diverse opzioni ermeneutiche tra cui la tesi del bene immateriale di origine immobiliare, di cui sarebbe possibile rinvenire altra ipotesi esemplificativa nelle "quote latte", collegato all'azienda dell'allevatore quale elemento di essa, e non più al terreno (Trapani), tesi che si presta però ad un rilievo critico, stante la difficoltà di discorrere di bene immateriale quando, come nel caso di specie, non ricorre una precisa distinzione tra *corpus mysticum* e *corpus mechanicum* (è proprio questo che manca nei diritti edificatori atteso che la loro sussistenza può prescindere da un fondo edificabile).

## **13. I diritti edificatori nella perequazione urbanistica**

Occorre però chiarire se legislatore intendeva riferirsi alla cessione di cubatura ovvero alle varieghe fattispecie di perequazione urbanistica sempre più diffuse nei territori regionali. A tal riguardo, si osserva che i diritti edificatori non possono assumere colorazioni diverse dal punto di vista tecnico a seconda del momento in cui vengono in considerazione (volo, decollo, atterraggio) potendosi ritenere che sarebbe 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*". Si valorizza, in tal modo, proprio la formula di legge, ove appunto il legislatore dice "*comunque denominati*". La classificazione dei diritti edificatori come beni giuridici a se stante dovrebbe quindi abbracciare tutte queste diverse ipotesi, così da accentuare, ove ve ne fosse bisogno, l'importanza sistematica della norma. Ma tale ampia e pervasiva ricostruzione sconta ancor di più il fatto che manca una previsione nazionale che conferisca alla volumetria natura di autonomo bene giuridico, necessità che si pone in considerazione del fatto che si tratta di situazioni giuridiche soggettive di natura civilistica per le quali si spiega la competenza statale.

L'articolo 2643 non può reputarsi a tal uopo sufficiente in considerazione già solo per il suo tenore oltremodo generico e circoscritto all'ambito pubblicitario, ma anche perché rimane non del tutto chiaro se il legislatore intendeva riferirsi soltanto alla cessione di cubatura o anche ai fenomeni perequativi che la legge nazionale ancora non contempla. Sarebbe quantomeno curioso che il legislatore intendesse recepire la variegata fenomenologia della perequazione urbanistica nel persistente silenzio della normativa urbanistica nazionale mercé una previsione, oltre che laconica, afferente all'ambito civilistico della trascrizione. In tutto questo la grande assente è l'urbanistica e, quindi, il diritto amministrativo.

A tali considerazioni di carattere sistematico devono aggiungersi le seguenti riflessioni critiche:

- il fatto che il legislatore preveda la trasferibilità dei contratti non costituisce argomento decisivo nel senso della natura reale dei relativi diritti perché altrimenti il legislatore non avrebbe avvertito la necessità di sottoporli al regime della trascrizione;
- esistono ipotesi del nostro ordinamento in cui sono soggetti a trascrizione posizioni giuridiche non riconducibili al paradigma del diritto soggettivo, si pensi al dibattito che ha interessato la dottrina in materia di vendita obbligatoria;
- esiste inoltre una ontologica differenza tra cessione di cubatura da un lato e fattispecie perequative dall'altro, in quanto la cessione di cubatura si riferisce ad una edificabilità di immediata fruizione appunto perché tale negozio interviene in funzione e quindi in prossimità temporale del rilascio del titolo; questo invece non accade nella perequazione ove si verifica quel fenomeno della utilizzazione dei diritti edificatori (cosiddetto atterraggio) temporalmente anche molto lontana dalla generazione dei diritti edificatori (per il tempo intercorrente tra decollo e atterraggio).

Da tutto ciò consegue che attese le difficoltà di inquadramento dei diritti edificatori in termini generali ed atteso il modello non omogeneo di perequazione urbanistica contemplato a livello regionale, il futuro dei diritti edificatori dipende dall'intervento del legislatore nazionale questa volta chiarificatore, approfondito e consapevole della necessità di articolare modelli prestabiliti di perequazione urbanistica.

Ma sorge un ulteriore problema di carattere sistematico che attiene alla finalità che viene perseguita attraverso il conferimento dei diritti edificatori: occorre distinguere tra il trasferimento pubblico-privato e il trasferimento interprivato. La prima ipotesi, in realtà, non costituisce una vera e propria "cessione" ove consista nel riconoscimento, sulla base di norme urbanistiche ispirate a criteri perequativi (informati a criteri di parità di trattamento), di un certo coefficiente di diritti edificatori a prescindere dalla presenza di un vincolo urbanistico sull'area interessata. Si tratta di comprendere se il riconoscimento di questa quota parte di edificabilità rispetto al tutto consenta la permanenza o meno della nozione di vincolo espropriativo o di inedificabilità. Secondo un certo orientamento il riconoscimento del potere edificatorio non esclude la presenza di vincoli preordinati all'esproprio in quanto per queste aree persiste la necessità di far atterrare i diritti edificatori in un'area diversa da quella di proprietà del soggetto inciso. Si deve quindi ritenere che il riconoscimento di (una quota parte) di edificabilità territoriale non giustifica *ex se* l'insussistenza di un vincolo preordinato all'esproprio cosicché al soggetto inciso occorrerà riconoscere un maggior numero di diritti edificatori finalizzati a costituire l'indennizzo ad esso spettante.

Da qui nasce l'ulteriore problema e cioè se i diritti edificatori possano costituire quel "*serio ristoro*" di cui discorre la Corte costituzionale. Se è vero che si registra la tesi della giurisprudenza in senso favorevole alla indennizzabilità dell'esproprio attraverso il conferimento della "moneta volumetrica" tale possibilità postula che questi diritti edificatori siano effettivamente realizzabili sul terreno su cui andranno ad atterrare e questo generalmente accade quando l'amministrazione prevede una sorta di permuta e quindi individua preventivamente le aree di atterraggio da edificare.

Non si può tuttavia escludere che i diritti edificatori siano comunque negoziabili in favore di soggetti terzi preferendosi quindi il valore di scambio al valore d'uso. Poiché in questo caso siamo in presenza di una posizione giuridica che presenta entrambi i profili tipici del diritto reale possiamo ritenere che in questo caso i diritti edificatori siano qualificabili come diritti di natura

reale in quanto costituiscono proiezione del terreno che è stato espropriato e sono di immediata utilizzabilità.

E' evidente però che il riconoscimento dei diritti edificatori in sede di perequazione diffusa non possa incidere sulla disciplina urbanistica delle aree comprese tanto da trasformarli in terreni edificabili.

Non resta che interrogarsi in merito all'ipotesi in cui i diritti edificatori si collochino in una vicenda perequativa compensativa o premiale risultando così piegati a finalità di rango pubblicistico. In tale ottica si palesa come i diritti edificatori assumano caratteristiche teleologiche ben diverse a seconda che si tratti di indennizzo sostitutivo nell'ambito dell'esercizio di un potere espropriativo vero e proprio ovvero del riconoscimento di diritti edificatori ora in nome di quelle esigenze perequative che sottende la cd. perequazione diffusa ora invece di quelle finalità promozionali alle quali tende la perequazione compensativa o premiale. E' proprio in queste particolari ipotesi che si accentua il fenomeno della cessione in volo che esaspera le difficoltà di inquadramento.

L'interrogativo di fondo, quindi, è se il diritto edificatorio assuma natura mutevole a seconda delle finalità che vengono perseguite cosicché si palesano tre fenomeni giuridici non confondibili rispetto a quelli perequativi e segnatamente:

1. la cessione di cubatura;
2. l'indennizzo sostitutivo nelle vicende espropriative;
3. le convenzioni di lottizzazione e gli atti d'obbligo (atti di micropianificazione)

Diventa a questo punto indifferente il fatto che la cessione dei diritti edificatori si inquadri in rapporti interprivati o pubblico-privato venendo in considerazione una volumetria immediatamente realizzabile e quindi di (tendenzialmente) pronta e sicura materializzazione. Residuano allora tutte quelle ipotesi in cui il diritto edificatorio, per sua natura, si proietta in una dimensione temporale indefinita.

#### **14. Eterogeneità dei diritti edificatori**

Sembra allora più agevole ricorrere ad una diversa impostazione, che assecondi l'idea non dell'omogeneità quanto dell'eterogeneità dei diritti edificatori *ex art. 2643 c.c.*. Si osserva così in dottrina che i diritti edificatori, accomunati nell'ampia formula di tale articolo, si distinguono nei

rapporti interprivati, ove si discorre di *chance* di edificazione discendente da un interesse legittimo pretensivo, e nei rapporti con la p.a., ove si persegue la diversa configurazione dell'interesse legittimo pretensivo *tout court*. Nemmeno tali ricostruzioni ci appaiono condivisibili, in quanto alludono ad una intrinseca negoziabilità delle posizioni giuridiche ascrivibili al paradigma degli interessi legittimi, di cui si è cominciato a discorrere con l'avvento degli accordi amministrativi di cui all'art. 11 della legge n. 241/90. Tale ricostruzione, che pur trova un qualche addentellato giurisprudenziale, non convince per la natura ancora non sostanziale dell'interesse legittimo (anche dopo la consacrazione normativa della sua risarcibilità) bensì più esattamente processuale, traducendosi l'accordo amministrativo, in sostanza nella implicita rinuncia all'azione impugnatoria. Non è questa la sede per soffermarsi su questo (ulteriore e più a monte) problema classificatorio, che attanaglia da sempre la dottrina; è appena il caso di evidenziare che la tuttora scarsa incidenza statistica delle pronunce di accoglimento delle domande risarcitorie innanzi al giudice amministrativo tradisce la peculiare natura dell'interesse legittimo quale posizione giuridica non necessariamente connessa ad un bene della vita. La valorizzazione dell'art. 11 su richiamato non considera che, ad opinare nel senso auspicato dai fautori della natura traslativa degli accordi amministrativi si giungerebbe all'assurda conseguenza che l'amministrazione diventi titolare, ad un tempo, degli interessi legittimi e della potestà cui essi si riconnettono.

Si potrebbe quindi valorizzare la diversità oggettiva delle fattispecie testè elencate, distinguendo tra i diritti edificatori nei rapporti interprivati (cessione di cubatura) ed i crediti edilizi inquadrabili nei rapporti tra amministrazione e privati.

Nel primo caso, 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*" (Quadri). 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*". La nozione di *chance* edificatoria può cogliere nel segno dovendo tuttavia rilevare che l'intensità e quindi il valore di tale situazione giuridica è inversamente proporzionale al tempo necessario ai fini della sua concreta attuazione.

Per quanto riguarda i diritti edificatori da perequazione diffusa il problema di inquadramento è infatti aggravato dal fatto che in questo caso non viene in evidenza una vicenda negoziale e nemmeno espropriativa quanto piuttosto urbanistica in senso proprio cosicché i diritti edificatori

non solo si collocano in un contesto territoriale più ampio ma presentano profili attuativi che si proiettano nel tempo in maniera indefinita.

A questo riguardo non si registrano opinioni dottrinali e giurisprudenziali che al momento consentano di raggiungere un risultato ermeneutico di ampia soddisfazione dovendosi a questo punto inquadrare le specifiche vicende urbanistiche alla luce della normativa di settore e di particolare della disciplina regionale che volta per volta trova applicazione.

Questo deriva anche dall'ampiezza del fenomeno perequativo perché, come in Campania, la perequazione potrebbe configurarsi solo "*endoambito*" e pertanto inquadrarsi in un contesto territoriale minore ma non mancano leggi regionali che accedono a una nozione di perequazione diffusa vera e propria tanto da interessare potenzialmente l'intero territorio comunale ed oltre.

E' necessario, a questo punto, ripercorrere, sia pure brevemente e con la consapevolezza che ogni schema descrittivo risulta inadeguato parziale rispetto al multiforme fenomeno della perequazione urbanistica.

E' necessario a tal fine distinguere tra i diritti edificatori:

a) perequativi: in tal caso si avrà un effetto distributivo, sia della edificabilità sia degli oneri di trasformazione, con incidenza su un perimetro territoriale più ristretto (comparto) o più ampio (intero territorio comunale o addirittura intercomunale);

b) compensativi: in tal caso la vicenda urbanistica è innescata dalla apposizione di un vincolo di inedificabilità o di esproprio (c.d. area di decollo) con la possibile individuazione dell'area di atterraggio in cui potrà essere esercitata concretamente la capacità edificatoria da parte del titolare del fondo di decollo. A fronte di tale attribuzione di volumetria il titolare dell'area sottoposta a vincolo sarà tenuto alla cessione gratuita dell'area oggetto di trasformazione pubblica;

c) premiali: in tal caso il riconoscimento del credito volumetrico avviene dietro effettuazione di talune prestazioni (ad esempio il raggiungimento di certi requisiti prestazionali sotto il profilo energetico, sismico o a fronte della eliminazione di opere incongrue) nel quadro di un vero e proprio "*scambio sinallagmatico*", con la conseguenza che si ha la creazione di nuova volumetria, cioè di una volumetria ulteriore e del tutto slegata da quella previgente.

Ebbene, come emerge dalla delineata elencazione, le diverse tipologie presentano tutte specifiche peculiarità. I diritti edificatori perequativi sono direttamente collegati alle modifiche della

pianificazione; quelli compensativi e premiali sono invece accomunati dal rapporto sinallagmatico in considerazione del bene ceduto (diritti compensativi) o della prestazione più onerosa assunta dal privato per scopi di interesse pubblico (diritti premiali). Per altro verso, mentre nella perequazione urbanistica la dotazione volumetrica, anche se poi sfruttata altrove, è pur sempre riferita alla proprietà dell'area, nel caso della compensazione urbanistica la potenzialità edificatoria è del tutto distaccata dal suolo di origine. Questa destinazione al volo dei diritti edificatori di nuova generazione rende quantomai ardua la loro classificazione nell'ambito dei diritti reali.

### **15. La generazione dei diritti edificatori**

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 pubblicitario in tutte quelle ipotesi nelle quali i diritti edificatori sorgano senza alcun rapporto, anche nella fase iniziale, con un fondo di origine : 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 privati.

Resta poi da chiedersi se, nella prospettiva di stimolare l'attuazione degli obiettivi di interesse pubblico, nel caso della perequazione compensativa o incentivante sia consentito, come previsto in taluni strumenti pianificatori, la progressiva riduzione della provvista volumetrica, al fine di stimolare la loro utilizzazione. E' questo un tema estremamente complesso che non può essere affrontato in questa sede e che si presta ad una indagine comparatistica ma anche economico-finanziaria, dovendosi stabilire se sia consentita la deliberata scelta di mantenere un portafoglio di diritti edificatori a fini speculativi.

### **16. Cosa ci può (o ci dovrebbe) riservare il futuro**

A conclusione di questa breve rassegna delle elaborazioni teoriche in materia e dei molteplici risvolti problematici che ne derivano, non resta che allungare lo sguardo verso il futuro prossimo per preconizzare, se possibile, ma forse ancor meglio per stimolare un nuovo, questa volta, complessivo intervento del legislatore nazionale, tanto più necessario se, come sembra, si tratti di un nuovo bene giuridico di stampo civilistico.

Cogliamo l'occasione per esprimere i seguenti auspici:

- l'abbandono di una prospettiva amministrativistica che faccia leva su una pretesa trasferibilità delle posizioni di interesse legittimo (*ex art. 11 l.n. 241/90*) per le ragioni anzidette poco plausibile anche se autorevolmente sostenute in dottrina (Gazzoni);
- la presa d'atto della necessità che i Comuni “congelino”, sia pure a tempo determinato, la disciplina urbanistica ove si tratti di diritti edificatori attribuiti in occasione di vicende espropriative per dare certezza alla loro esecuzione in nome del principio del serio ristoro;
- la espressa ricomprensione tra le vicende trascrivibili dell'atto di divisione di diritti edificatori (Bergamo) ovvero quelle estintive (Quadri);
- la previsione, in caso di concessione di crediti compensativi, di un *surplus* volumetrico rispetto ai diritti edificatori assegnati al momento stesso di entrata in vigore del piano e scambiabili sin da allora in quanto, avendo origine “*soltanto in seguito alla cessione volontaria al Comune o all'esatto adempimento degli obblighi di riqualificazione paesaggistico - ambientale sorgono in un tempo necessariamente successivo ai secondi, con l'effetto paradossale di permettere al titolare una minore scelta tra le aree di atterraggio disponibili e conseguentemente generare un minore valore economico*” (cfr. Trapani);
- la consacrazione della possibilità di ricorrere a strumenti di garanzia, anche attraverso un espresso riferimento, in questa sede, alla “*cessione del credito*” o al modello dell'art. 1381 c.c. (promessa del fatto del terzo) per assicurare la realizzazione dell'utilità economica del cessionario attraverso l'esecuzione della prestazione da parte del debitore ceduto ovvero attraverso la successiva cessione e, quindi, monetizzazione del credito già acquistato.

Siamo ben consapevoli però che il prossimo futuro sarà segnato dall'attesissima pronuncia della Corte di cassazione a sezioni unite sulla natura giuridica della c.d. cessione di cubatura, preannunciata da altra pronuncia, delle stesse sezioni unite, sulla classificazione dei diritti edificatori (sentenza n. 23902 del 29 ottobre 2020) e che si è espressa escludendo che il diritto edificatorio compensativo abbia natura reale. Quest'ultima pronuncia, pur muovendo in ambito tributario, assume una rilevanza sistematica fondamentale sia perché pone un argine alla tassabilità delle aree sulla base di una loro soltanto astratta edificabilità sia perché richiama il principio costituzionale di cui all'art. 117 Cost. per escludere che la disciplina di fonte regionale, limitata al governo del territorio ed alle relative prescrizioni conformative, possa in alcun modo “*spingersi a riempire di contenuto civilistico o dominicale gli istituti in questione, così da sovrapporsi alla potestà legislativa esclusiva ed unitaria dello Stato in materia di ordinamento civile e di diritto di proprietà*”. Ma

l'importanza della pronuncia si deve anche al fatto che, in tema di perequazione, riconosce la *“natura al contempo multilivello e polimorfa della fattispecie”*, cosa che *“è poi resa evidente – una volta di più – anche sul piano linguistico, stante la frequente adozione, da parte non solo della dottrina e della giurisprudenza, ma anche della stessa normativa, di terminologie diverse (da qui l'avvertita esigenza del “comunque denominati” di cui all'articolo 2643 cit.), discutendosi ora di “diritti edificatori”, ora di “crediti edilizi”, ora di “crediti compensativi”, ora di “titoli volumetrici” o altre simili locuzioni”*.

Alla luce di tale autorevole constatazione del Supremo Collegio sarebbe forse il caso di abbandonare l'idea, coltivata dal legislatore del d.l. n. 70/2011, di una impostazione unitaria ed omnicomprensiva per valorizzare tali profonde e non trascurabili differenze in nome di un principio di eterogeneità dei diritti edificatori. Un nuovo intervento del legislatore nazionale sarebbe quindi quantomai opportuno, per soddisfare esigenze di chiarezza e di speditezza operativa, alle quali, in un ordinamento di *civil law* quale rimane il nostro, non devono sopperire i contributi giurisprudenziali per quanto in funzione nomofilattica.

Giovanni Sabato

*\*Relazione svolta on line in occasione dell'incontro formativo organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Salerno il 18 maggio 2021*